



CHAMBRE DES DÉPUTÉS
GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG

Dossier consolidé

Projet de loi 7466

Projet de loi portant

1° modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ;

2° modification de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune («
Vermögenssteuergesetz ») ;

3° modification de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz ») ;

4° modification de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung ») ;

en vue de transposer la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2
16/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers

Date de dépôt : 08-08-2019

Date de l'avis du Conseil d'État : 11-12-2019

Liste des documents

Date	Description	Nom du document	Page
13-03-2020	Résumé du dossier	Résumé	<u>3</u>
08-08-2019	Déposé	7466/00	<u>5</u>
08-10-2019	Avis de la Chambre de Commerce (27.9.2019)	7466/01	<u>65</u>
24-10-2019	Avis de la Chambre des Salariés (15.10.2019)	7465/02, 7466/02	<u>89</u>
29-11-2019	Avis de la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics (25.11.2019)	7466/03	<u>98</u>
11-12-2019	Avis du Conseil d'État (10.12.2019)	7466/04	<u>103</u>
13-12-2019	Rapport de commission(s) : Commission des Finances et du Budget Rapporteur(s) : Monsieur André Bauler	7466/05	<u>135</u>
19-12-2019	Premier vote constitutionnel (Vote Positif) En séance publique n°16 Une demande de dispense du second vote a été introduite	7466	<u>172</u>
27-12-2019	Dispense du second vote constitutionnel par le Conseil d'Etat (27-12-2019) Evacué par dispense du second vote (27-12-2019)	7466/06	<u>174</u>
13-12-2019	Commission des Finances et du Budget Procès verbal (21) de la reunion du 13 décembre 2019	21	<u>177</u>
12-12-2019	Commission des Finances et du Budget Procès verbal (20) de la reunion du 12 décembre 2019	20	<u>181</u>
09-12-2019	Commission des Finances et du Budget Procès verbal (19) de la reunion du 9 décembre 2019	19	<u>190</u>
23-12-2019	Publié au Mémorial A n°889 en page 1	7466	<u>199</u>

Résumé

Projet de loi portant modification

- 1° de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ;**
- 2° de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune (« Vermögensteuergesetz ») ;**
- 3° de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz ») ;**
- 4° de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung ») ;**

en vue de transposer la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers

Le présent projet de loi a pour but de transposer en droit national la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers, qui constitue la deuxième directive contre l'évasion fiscale, communément appelée directive ATAD2 (« *Anti Tax Avoidance Directive* »).

La directive ATAD1, transposée en droit national par la loi du 21 décembre 2018, a prévu des mesures dans cinq domaines différents, tels que la limitation de la déductibilité des intérêts, l'imposition à la sortie, des clauses anti-abus générales, des règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées, et des règles pour lutter contre les dispositifs hybrides. La directive ATAD2 précise et complète les dispositions portant sur les dispositifs hybrides, notamment en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers.

En effet, le cadre relatif à la lutte contre les dispositifs hybrides, qui est introduit par la directive ATAD1, ne s'applique pas à tous les différents types de dispositifs hybrides et se limite aux dispositifs localisés à l'intérieur de l'Union européenne. Partant, la directive ATAD2 vise également les dispositifs hybrides entre États membres et États tiers. De plus, elle introduit des règles sur d'autres types de dispositifs hybrides non visés par ATAD1, tout en maintenant la cohérence avec les recommandations de l'OCDE en la matière.

Tout comme la directive ATAD1, le projet de loi sous rubrique inclut également une règle visant les dispositifs hybrides importés, ainsi qu'une mesure pour contrecarrer la duplication de crédits d'impôt dans le cadre d'un transfert hybride.

Par ailleurs, le présent projet de loi prévoit des mesures en vue de neutraliser les effets des dispositifs fondés sur la double résidence qui pourrait donner lieu à une double déduction. Finalement une mesure spécifique est introduite concernant le traitement fiscal des organismes hybrides inversés. Cette mesure entrera en vigueur à partir de 2022. Les autres dispositions de la présente loi seront applicables aux exercices d'exploitation commençant le 1^{er} janvier 2020.

7466/00

N° 7466**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2018-2019

PROJET DE LOI

portant

1° **modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ;**

2° **modification de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune (« Vermögensteuergesetz ») ;**

3° **modification de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz ») ;**

4° **modification de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung ») ;**

en vue de transposer la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers

* * *

*(Dépôt: le 8.8.2019)***SOMMAIRE:**

	<i>page</i>
1) Arrêté Grand-Ducal de dépôt (1.8.2019).....	2
2) Texte du projet de loi.....	2
3) Exposé des motifs.....	8
4) Commentaire des articles.....	9
5) Tableau de concordance.....	29
6) Textes coordonnés.....	30
7) Fiche financière.....	45
8) Fiche d'évaluation d'impact.....	46
9) Directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers.....	49

*

ARRETE GRAND-DUCAL DE DEPOT

Nous HENRI, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau,

Sur le rapport de Notre Ministre des Finances et après délibération du Gouvernement en conseil ;

Arrêtons:

Article unique. – Notre Ministre des Finances est autorisé à déposer en Notre nom à la Chambre des Députés le projet de loi portant

- 1° modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ;
 - 2° modification de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune (« Vermögensteuergesetz ») ;
 - 3° modification de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz ») ;
 - 4° modification de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung ») ;
- en vue de transposer la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers.

Cabasson, le 1^{er} août 2019

Le Ministre des Finances,
Pierre GRAMEGNA

HENRI

*

TEXTE DU PROJET DE LOI

Chapitre 1^{er}. – Modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu

Art. 1^{er}. Le titre I (impôt sur le revenu des personnes physiques) de la loi modifiée du 4 décembre 1967 est modifié comme suit :

- 1° A l'article 134*bis*, alinéa 1^{er}, les termes « Lorsqu'un » sont remplacés par les termes « Sous réserve des dispositions de l'article 168*ter*, alinéa 5, numéro 2, lorsqu'un » ;
- 2° A l'article 134*ter*, alinéa 1^{er}, le terme « En » est remplacé par les termes « Sous réserve des dispositions de l'article 168*ter*, alinéa 5, numéro 2, en » ;
- 3° A l'article 154, alinéa 1^{er}, numéro 2, les termes « l'impôt retenu à la source pour autant qu'il se rapporte à des revenus soumis à l'assiette pour cette année » sont remplacés par les termes « l'impôt retenu à la source pour autant qu'il se rapporte à des revenus soumis à l'assiette pour cette année et sous réserve des dispositions de l'article 168*ter*, alinéa 5, numéro 1^{er} ».

Art. 2. Le titre II (impôt sur le revenu des collectivités) de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu est modifié et complété comme suit :

- 1° A l'article 164*ter*, alinéa 2, première phrase, les termes « entreprise associée au sens de la présente loi » sont remplacés par les termes « entreprise associée au sens du présent article » ;
- 2° A l'article 168*bis*, alinéa 1^{er}, numéro 6, le terme « associée » est remplacé par les termes « associée au sens de l'article 164*ter*, alinéa 2 » ;
- 3° L'article 168*ter* est remplacé comme suit :
 - « **Art. 168*ter*.** (1) Au sens du présent article, on entend par :
 - 1. « contribuable », un organisme visé par l'article 159 ou un établissement stable indigène d'un organisme visé par l'article 160, alinéa 1^{er} ;
 - 2. « dispositif hybride », une situation faisant intervenir le contribuable ou, au regard de l'alinéa 3, numéro 3, un organisme au sens des articles 159, 160 ou 175 désigné ci-après par le terme « organisme », lorsque :

a) un paiement effectué au titre d'un instrument financier donne lieu à une déduction sans inclusion et :

- l'effet d'asymétrie est imputable aux différences existant dans la qualification de l'instrument ou du paiement effectué au titre de cet instrument ; et
- ce paiement n'est pas inclus dans un délai raisonnable.

Aux fins du présent numéro 2, un paiement effectué au titre d'un instrument financier est considéré comme inclus dans un délai raisonnable lorsque :

- le paiement est inclus par la juridiction du bénéficiaire dans une période d'imposition qui commence dans les douze mois suivant la fin de la période d'imposition du payeur ; ou
- il est raisonnable de penser que le paiement sera inclus par la juridiction du bénéficiaire dans une période d'imposition ultérieure et que les conditions du paiement sont celles dont il serait envisageable que des entreprises indépendantes conviennent entre elles.

Un paiement effectué au titre d'un instrument financier n'est pas considéré comme inclus dans la mesure où le paiement ouvre droit à un allègement fiscal, quel qu'il soit, uniquement du fait de la qualification de ce paiement en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire.

Un paiement représentant le rendement sous-jacent d'un instrument financier transféré ne donne pas lieu à un dispositif hybride au titre de la lettre a) du présent numéro 2 lorsque le paiement est effectué par un négociant financier dans le cadre d'un transfert hybride sur le marché, à condition que la juridiction du payeur exige du négociant financier qu'il inclue tous les montants reçus en rapport avec l'instrument financier transféré ;

b) un paiement en faveur d'un organisme hybride donne lieu à une déduction sans inclusion et que cet effet d'asymétrie résulte des différences dans l'attribution des paiements versés à l'organisme hybride au titre des lois de la juridiction où l'organisme hybride est établi ou enregistré et des lois de la juridiction de toute personne physique ou de tout organisme qui est titulaire d'une participation dans cet organisme hybride ;

c) un paiement en faveur d'un organisme disposant d'un ou de plusieurs établissements stables donne lieu à une déduction sans inclusion et que cet effet d'asymétrie résulte des différences dans l'attribution des paiements entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus du même organisme en vertu des lois des juridictions où l'organisme mène ses activités ;

d) un paiement donne lieu à une déduction sans inclusion du fait d'un paiement en faveur d'un établissement stable non pris en compte ;

e) un paiement effectué par un organisme hybride donne lieu à une déduction sans inclusion et que cet effet d'asymétrie résulte de la non prise en compte du paiement en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire. Toutefois, un dispositif hybride ne survient que dans la mesure où ce paiement est déductible dans la juridiction du payeur d'un revenu qui n'est pas un revenu soumis à double inclusion ;

f) un paiement réputé effectué entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus donne lieu à une déduction sans inclusion et que cette asymétrie résulte de la non prise en compte du paiement en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire. Toutefois, un dispositif hybride ne survient que dans la mesure où ce paiement est déductible dans la juridiction du payeur d'un revenu qui n'est pas un revenu soumis à double inclusion ;
ou

g) une double déduction se produit. Toutefois, un dispositif hybride ne survient que dans la mesure où ce paiement, dépense ou perte est déductible dans la juridiction du payeur d'un revenu qui n'est pas un revenu soumis à double inclusion ;

3. « effet d'asymétrie », une double déduction ou une déduction sans inclusion ;

4. « déduction », le montant qui est considéré comme déductible des revenus imposables en vertu des lois de la juridiction d'origine du paiement, des dépenses ou des pertes (juridiction du payeur) ou d'une autre juridiction (juridiction de l'investisseur). Le terme « déductible » est interprété en conséquence ;

5. « double déduction », une déduction du même paiement, des mêmes dépenses ou des mêmes pertes dans la juridiction d'origine du paiement, des dépenses ou des pertes (juridiction du

payeur) et dans une autre juridiction (juridiction de l'investisseur). Dans le cas d'un paiement par un organisme hybride ou un établissement stable, la juridiction du payeur est celle dans laquelle l'organisme hybride ou l'établissement stable est établi ou situé ;

6. « déduction sans inclusion », la déduction d'un paiement ou d'un paiement réputé effectué entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus dans toute juridiction dans laquelle ce paiement ou paiement réputé effectué est considéré comme effectué (juridiction du payeur) sans inclusion correspondante à des fins fiscales de ce paiement ou paiement réputé effectué dans la juridiction du bénéficiaire. La juridiction du bénéficiaire est toute juridiction où ce paiement ou paiement réputé effectué est reçu, ou est considéré avoir été reçu en vertu des lois de toute autre juridiction ;
7. « inclusion », le montant qui est pris en compte à la base de calcul du revenu imposable en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire. Le terme « inclus » est interprété en conséquence ;
8. « allègement fiscal », une exonération, une réduction du taux d'imposition ou tout crédit ou remboursement d'impôt (autre qu'une imputation d'un impôt retenu à la source) ;
9. « revenu soumis à double inclusion », tout élément de revenu inclus en vertu des lois des deux juridictions où survient l'effet d'asymétrie ;
10. « organisme hybride », tout organisme ou tout dispositif qui est considéré en vertu des lois d'une juridiction comme un organisme soumis à l'impôt et dont les revenus ou les dépenses sont considérés en vertu des lois d'une autre juridiction comme les revenus ou les dépenses d'une ou de plusieurs autres personnes physiques ou organismes ;
11. « instrument financier », tout instrument dans la mesure où il génère un rendement financier ou un rendement de capitaux propres soumis aux règles d'imposition applicables aux titres de dette, titres de participation ou produits dérivés selon les lois des juridictions du bénéficiaire ou de celles du payeur, y compris tout transfert hybride ;
12. « négociant financier », toute personne physique ou organisme qui exerce une activité professionnelle consistant à acheter ou à vendre régulièrement des instruments financiers pour son propre compte afin de réaliser un bénéfice ;
13. « transfert hybride », tout dispositif permettant de transférer un instrument financier lorsque le rendement sous-jacent de l'instrument financier transféré est considéré à des fins fiscales comme obtenu simultanément par plusieurs des parties à ce dispositif ;
14. « transfert hybride sur le marché », tout transfert hybride auquel procède un négociant financier dans le cadre de ses activités habituelles, et non dans le cadre d'un dispositif structuré ;
15. « établissement stable non pris en compte », tout dispositif qui est considéré comme donnant lieu à un établissement stable en vertu des lois de la juridiction du siège, mais qui n'est pas considéré comme un établissement stable selon les lois de l'autre juridiction ;
16. « dispositif structuré », un dispositif utilisant un dispositif hybride et dont les termes intègrent la valorisation de l'effet d'asymétrie ou un dispositif qui a été conçu en vue de générer l'effet d'un dispositif hybride, à moins que l'on ne puisse pas raisonnablement attendre du contribuable ou d'une entreprise associée qu'il/elle soit informé(e) de l'existence du dispositif hybride, et qu'il/elle n'ait pas bénéficié de l'avantage fiscal découlant de ce dispositif ;
17. « entreprise associée »,
 - a) un organisme dans lequel le contribuable détient, directement ou indirectement, une participation de 50 pour cent ou plus des droits de vote ou du capital, ou dont il est en droit de recevoir 50 pour cent ou plus des bénéfices ;
 - b) une personne physique ou un organisme qui détient, directement ou indirectement, une participation de 50 pour cent ou plus des droits de vote ou du capital du contribuable, ou qui est en droit de recevoir 50 pour cent ou plus des bénéfices de ce contribuable ;
 - c) un organisme qui fait partie du même groupe consolidé à des fins de comptabilité financière que le contribuable ;
 - d) une entreprise dans laquelle le contribuable exerce une influence notable sur la gestion ou une entreprise qui exerce une influence notable sur la gestion du contribuable.

Si une personne physique ou un organisme détient, directement ou indirectement, une participation de 50 pour cent ou plus en termes de droits de vote ou de capital d'un contribuable et

d'un ou de plusieurs organismes, tous les organismes concernés, y compris le contribuable, sont également considérés comme des entreprises associées.

En cas de dispositif hybride au sens de l'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre a), le taux de 50 pour cent susmentionné est remplacé par le taux de 25 pour cent.

Une personne physique ou un organisme qui agit conjointement avec une autre personne physique ou un autre organisme au titre des droits de vote ou de la propriété du capital d'un organisme est considéré comme détenant une participation dans l'ensemble des droits de vote ou des capitaux de cet organisme qui sont détenus par l'autre personne physique ou l'autre organisme. Une personne physique ou un organisme qui détient, directement ou indirectement, moins de 10 pour cent des titres ou des parts dans un fonds d'investissement, et qui est en droit de recevoir moins de 10 pour cent des bénéfices de ce fonds d'investissement, est considéré, sauf preuve contraire, ne pas agir conjointement au sens de la phrase précédente avec une autre personne physique ou un autre organisme détenant des titres ou des parts dans ce même fonds d'investissement.

Un groupe consolidé à des fins de comptabilité financière est un groupe composé de tous les organismes qui sont pleinement intégrés dans les états financiers consolidés établis conformément aux normes internationales d'information financière ou au système national d'information financière d'un État membre.

(2) Il ne peut être question de dispositif hybride que si l'effet d'asymétrie survient entre des entreprises associées, entre le contribuable et une entreprise associée, entre le siège et un établissement stable, entre deux établissements stables ou plus du même organisme ou dans le cadre d'un dispositif structuré.

(3) Les paiements, dépenses ou pertes en relation avec un dispositif hybride sont soumis aux règles suivantes :

1. Dans la mesure où un dispositif hybride entraîne une double déduction :

- a) le paiement, les dépenses ou les pertes ne sont pas déductibles auprès du contribuable qui est l'investisseur ; et
- b) lorsque le paiement, les dépenses ou les pertes sont déductibles dans la juridiction de l'investisseur, le paiement, les dépenses ou les pertes ne sont pas déductibles auprès du contribuable qui est le payeur.

Toutefois, de tels paiements, dépenses ou pertes restent déductibles d'un revenu soumis à double inclusion de l'exercice d'exploitation en cours. Les paiements, dépenses ou pertes qui n'ont pas pu être déduits en vertu de la phrase précédente restent déductibles d'un revenu soumis à double inclusion d'un exercice d'exploitation ultérieur.

2. Dans la mesure où un dispositif hybride entraîne une déduction sans inclusion :

- a) le paiement n'est pas déductible auprès du contribuable qui est le payeur; et
- b) lorsque le paiement est déductible dans la juridiction du payeur, le produit ou la recette correspondant qui, autrement, donnerait lieu à un effet d'asymétrie est pris en compte dans le total des revenus nets du contribuable qui est le bénéficiaire sans préjudice de l'article 166, alinéa 2*bis*.

Sont exclus du champ d'application de la lettre b) du présent numéro 2, les dispositifs hybrides définis à l'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettres b), c), d) et f).

Sont exclus du champ d'application des lettres a) et b) du présent numéro 2, jusqu'au 31 décembre 2022, les dispositifs hybrides résultant du paiement d'intérêts à une entreprise associée, dans le cadre d'un instrument financier, lorsque :

- l'instrument financier a pour caractéristique la conversion, le renflouement interne ou la dépréciation ;
- l'instrument financier a été émis dans le seul but de satisfaire aux exigences en matière de capacité d'absorption des pertes applicables au secteur bancaire et l'instrument financier est reconnu comme tel selon les exigences du contribuable en matière de capacité d'absorption des pertes ;
- l'instrument financier a été émis

- en liaison avec des instruments financiers ayant pour caractéristique la conversion, le renflouement interne ou la dépréciation au niveau de l'entreprise mère,
 - au niveau requis pour satisfaire aux exigences applicables en matière de capacité d'absorption des pertes,
 - non dans le cadre d'un dispositif structuré ; et
- la déduction nette globale pour le groupe consolidé prévue dans le cadre du dispositif n'exécède pas le montant qu'il aurait atteint si le contribuable avait émis directement sur le marché un tel instrument financier.
3. Ne sont pas déductibles auprès du contribuable les paiements dans la mesure où ils financent, directement ou indirectement, des dépenses déductibles, donnant lieu à un dispositif hybride dans le cadre d'une transaction ou d'une série de transactions conclues entre des entreprises associées ou dans le cadre d'un dispositif structuré. Toutefois, ces paiements restent déductibles dans la mesure où l'une des juridictions concernées par la transaction ou les séries de transactions a procédé à un ajustement équivalent à l'égard de ce dispositif hybride.
4. Dans la mesure où un dispositif hybride fait intervenir des revenus d'établissements stables non pris en compte qui sont exonérés en vertu d'une convention tendant à éviter la double imposition conclue entre le Grand-Duché de Luxembourg et un État membre, les revenus qui, autrement, seraient attribués à l'établissement stable non pris en compte, sont pris en compte dans le total des revenus nets du contribuable.

(4) Ne sont pas déductibles auprès du contribuable qui est également considéré comme contribuable résident par une ou plusieurs autres juridictions, les paiements, dépenses ou pertes dans la mesure où ces paiements, dépenses ou pertes sont déductibles dans cette ou ces juridictions de revenus qui ne sont pas des revenus soumis à double inclusion. Toutefois, ces paiements, dépenses ou pertes restent déductibles dans le cas où l'autre juridiction, ou les autres juridictions sont des États membres avec lequel, ou avec lesquels, le Grand-Duché de Luxembourg a conclu une convention tendant à éviter la double imposition en application de laquelle le contribuable est considéré comme un résident du Grand-Duché de Luxembourg.

(5) Dans la mesure où un transfert hybride est conçu pour donner lieu à un allègement au titre des retenues d'impôt à la source pour un paiement provenant d'un instrument financier transféré à plusieurs des parties concernées, les règles ci-dessous sont à observer :

1. L'imputation de l'impôt retenu à la source en relation avec ce transfert hybride sur la créance d'impôt due qui résulte de l'application de l'article 154, alinéa 1^{er}, numéro 2, est limitée à proportion des revenus nets imposables liés au paiement dans le cadre de ce transfert hybride.
2. L'imputation de l'impôt étranger en relation avec ce transfert hybride sur l'impôt luxembourgeois sur le revenu qui résulte de l'application des dispositions des articles 134^{bis} et 134^{ter} est limitée à proportion des revenus nets imposables liés au paiement dans le cadre de ce transfert hybride. Par dérogation à l'article 13, alinéa 2, la part de l'impôt étranger qui ne peut pas être imputée sur l'impôt luxembourgeois lors de l'application des dispositions de la phrase précédente n'est pas admise en déduction du revenu imposable au Luxembourg.

(6) Sur demande de l'administration des contributions, le contribuable doit être en mesure de fournir une déclaration de l'émetteur de l'instrument financier ou tout autre élément pertinent tels que des déclarations d'impôt, d'autres documents fiscaux ou des certificats fournis par les autorités fiscales d'un autre État, afin de prouver que les dispositions des alinéas 3 à 5 du présent article ne sont pas applicables. »

4° A la suite de l'article 168^{ter}, il est inséré un nouvel article 168^{quater}, libellé comme suit :

« Art. 168^{quater}. (1) Les organismes au sens de l'article 175 et les dispositifs, constitués ou établis au Grand-Duché de Luxembourg, dont les revenus nets sont considérés comme les revenus nets d'une ou de plusieurs autres personnes physiques ou organismes au sens des articles 159, 160 ou 175, sont considérés comme des contribuables résidents et leurs revenus nets sont soumis à l'impôt sur le revenu des collectivités dans la mesure où ces revenus nets ne sont pas par ailleurs imposés en vertu de la présente loi ou des lois de toute autre juridiction, lorsqu'une ou plusieurs entreprises associées au sens de l'article 168^{ter}, alinéa 1^{er}, numéro 17 non résidentes détenant globalement un intérêt direct ou indirect de 50 pour cent ou plus des droits de vote, des participations

au capital ou des droits de participation aux bénéficiaires de ces organismes ou dispositifs, se situent dans une juridiction ou des juridictions qui considèrent ces organismes ou dispositifs comme une personne imposable au Grand-Duché de Luxembourg.

(2) Le présent article ne s'applique pas aux organismes de placement collectif. Aux fins du présent article, on entend par « organisme de placement collectif », un organisme ou fonds de placement à participation large, doté d'un portefeuille de titres diversifié et soumis aux règles de protection des investisseurs dans l'État où il est établi.

(3) Sur demande de l'administration des contributions, le contribuable doit être en mesure de fournir tout élément pertinent tels que des déclarations d'impôt, d'autres documents fiscaux ou des certificats fournis par les autorités fiscales d'un autre État, afin de prouver que les dispositions de l'alinéa 1^{er} du présent article ne sont pas applicables. »

Art. 3. Le titre III de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu est modifié comme suit :

A l'article 175, alinéa 1^{er}, le terme « Les » est remplacé par les termes « Sous réserve des dispositions de l'article 168^{quater}, les ».

Chapitre 2 – Modification de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune (« *Vermögenssteuergesetz* »)

Art. 4. La loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune (« *Vermögenssteuergesetz* ») est modifiée et complétée comme suit :

Le paragraphe 3, alinéa 1^{er} est modifié et complété comme suit :

1° Le point final du numéro 11 est remplacé par un point-virgule ;

2° Il est ajouté un nouveau numéro 12 libellé comme suit :

« 12. les contribuables visés par l'article 168^{quater} de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu. »

Chapitre 3 – Modification de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« *Steueranpassungsgesetz* »)

Art. 5. La loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« *Steueranpassungsgesetz* ») est modifiée comme suit :

Au paragraphe 11^{bis} de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934, le terme « Les » est remplacé par les termes « Sous réserve des dispositions de l'article 168^{quater} de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, les ».

Chapitre 4 – Modification de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« *Abgabenordnung* »)

Art. 6. La loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« *Abgabenordnung* ») est modifiée et complétée comme suit :

Au paragraphe 215, l'alinéa 2 est complété à la fin par le libellé suivant :

« Les dispositions du présent alinéa ne s'appliquent pas dans la mesure où l'article 168^{quater} de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu s'applique. »

Chapitre 5 – Mise en vigueur

Art. 7. Les dispositions de la présente loi sont applicables aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2020, à l'exception de celles des articles 2, 4^o, 3, 4, 5 et 6, qui sont applicables à partir de l'année d'imposition 2022.

*

EXPOSE DES MOTIFS

Par le dépôt du présent projet de loi, le Gouvernement propose de transposer en droit national la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers.

Dans ses conclusions du 8 décembre 2015, le Conseil de l'Union européenne a insisté sur la nécessité de trouver des solutions communes, mais flexibles, au niveau de l'Union européenne qui soient en conformité avec les conclusions de l'OCDE concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéficiaires.

La directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016, ci-après « directive ATAD », a introduit un cadre visant à lutter contre les dispositifs hybrides dans son article 9, transposé par l'article 168^{ter} de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu (« L.I.R. »). Ce cadre ne traite pas encore de tous les dispositifs hybrides. D'un côté, les mesures de la directive ATAD concernent uniquement des dispositifs hybrides au sein de l'Union européenne. D'un autre côté, la directive ATAD ne contient pas de règles sur d'autres dispositifs hybrides tels que ceux impliquant des établissements stables.

Or, lors de la session du Conseil du 12 juillet 2016 au cours de laquelle la directive ATAD a été adoptée, une déclaration a été inscrite au procès-verbal par laquelle le Conseil a demandé à la Commission de « présenter, d'ici octobre 2016, une proposition relative aux dispositifs hybrides impliquant des pays tiers afin de prévoir des règles qui soient cohérentes avec les règles recommandées dans le rapport sur l'action 2 du projet BEPS de l'OCDE, et pas moins efficaces que celles-ci, afin de dégager un accord d'ici la fin de l'année 2016 ».

En conséquence, une proposition de directive a été présentée par la Commission européenne le 25 octobre 2016. Il s'agit de la proposition de directive du Conseil modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers (COM(2016) 687 final), ci-après « proposition de directive ».

Celle-ci a mené à l'adoption par le Conseil en date du 29 mai 2017 de la directive (UE) 2017/952 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers, ci-après « directive ATAD 2 ». A relever que la directive (UE) 2016/1164 (désignée par « directive ATAD »), telle que modifiée et complétée par la directive ATAD 2, est également désignée ci-après par « directive ATAD ». La directive ATAD 2 vise également les dispositifs hybrides entre États membres et États tiers et elle introduit aussi des règles sur d'autres formes encore de dispositifs hybrides, en garantissant la cohérence avec les règles recommandées en la matière par l'OCDE. Il est également mis en exergue au considérant 28 que les États membres devraient utiliser lors de la mise en œuvre de la directive ATAD les explications et les exemples applicables figurant dans le rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE¹ (ci-après : « DHR15 ») comme source d'illustration ou d'interprétation, dans la mesure où ils sont conformes aux dispositions de la directive et au droit de l'Union européenne. Dès lors, et en ligne avec le considérant 28 de la directive ATAD 2, lors de la mise en œuvre du présent projet de loi, les explications et les exemples applicables figurant dans le DHR15 serviront de source d'illustration ou d'interprétation, dans la mesure où ils sont conformes aux dispositions de la directive et au droit de l'Union européenne. A remarquer dans ce contexte que les auteurs du projet de loi estiment que ces considérations devraient également valoir en principe pour le rapport sur les dispositifs hybrides impliquant une succursale² (ci-après : « DHSC17 »).

Les mesures dans le cadre du présent projet de loi doivent être appliquées à partir de 2020, sauf celles transposant l'article 9^{bis} de la directive ATAD qui s'appliqueront à partir de 2022.

En ligne avec la directive ATAD, le présent projet de loi contient tout d'abord des mesures relatives aux dispositifs hybrides. Celles-ci s'attaquent à quatre catégories de dispositifs hybrides, tel que relevé par le considérant 15 de la directive ATAD 2: premièrement, les dispositifs hybrides qui résultent de paiements effectués dans le cadre d'un instrument financier; deuxièmement, les dispositifs hybrides qui sont la conséquence de différences dans l'attribution des paiements effectués à une entité hybride ou à un établissement stable, y compris du fait de paiements à un établissement stable non pris en

1 OCDE (2017), Neutraliser les effets des dispositifs hybrides, Action 2 – Rapport final 2015, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéficiaires, Éditions OCDE, Paris.

2 OCDE (2017), Neutraliser les effets des dispositifs hybrides, Action 2 – Rapport final 2015, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéficiaires, Éditions OCDE, Paris.

compte; troisièmement, les dispositifs hybrides qui résultent de paiements effectués par une entité hybride à son propriétaire ou de paiements réputés effectués entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus; quatrièmement, les effets de double déduction qui résultent de paiements effectués par une entité hybride ou un établissement stable. De même que la directive ATAD, le présent projet de loi inclut en plus une règle visant les dispositifs hybrides importés.

Ces règles relatives aux dispositifs hybrides contenues dans la directive ATAD, et transposées par le présent projet de loi, sont fondées sur l'objectif de neutraliser les effets de tels dispositifs hybrides, ceci sans chercher à modifier les éléments généraux d'un système fiscal. Tel est mis en exergue par le considérant 9 de la directive ATAD 2.

Le présent projet de loi contient ensuite des mesures visant à contrecarrer des dispositifs fondés sur la double résidence donnant lieu à une double déduction.

A relever que le présent projet de loi, tout comme la directive ATAD, contient aussi une mesure qui contrecarre la duplication de crédits d'impôt dans le cadre d'un transfert hybride.

La directive ATAD 2 introduit en outre à partir de 2022 une mesure spécifique concernant le traitement fiscal des organismes hybrides inversés contenue à l'article 9*bis* de la directive ATAD, qui est également transposée dans le cadre du présent projet de loi.

*

COMMENTAIRE DES ARTICLES

Ad article 1^{er}, 1^o et 2^o

L'adaptation proposée des articles 134*bis* et 134*ter* L.I.R. s'impose en conséquence de la transposition à l'article 168*ter*, alinéa 5, numéro 2 L.I.R. de la règle contenue à l'article 9, paragraphe 6 de la directive ATAD. En effet, dans la mesure où un transfert hybride est conçu pour donner lieu à un allègement au titre des retenues d'impôt à la source pour un paiement provenant d'un instrument financier transféré à plusieurs des parties concernées, l'article 168*ter*, alinéa 5, numéro 2 limite le montant de l'allègement au titre de la retenue d'impôt à la source étrangère qui résulte de l'application des dispositions des articles 134*bis* et 134*ter* L.I.R. en proportion des revenus nets imposables liés au paiement dans le cadre de ce transfert hybride.

Ad article 1^{er}, 3^o

L'adaptation proposée de l'article 154 L.I.R. s'impose en conséquence de la transposition à l'article 168*ter*, alinéa 5, numéro 1 L.I.R. de la règle contenue à l'article 9, paragraphe 6 de la directive ATAD. En effet, dans la mesure où un transfert hybride est conçu pour donner lieu à un allègement au titre des retenues d'impôt à la source pour un paiement provenant d'un instrument financier transféré à plusieurs des parties concernées, l'article 168*ter*, alinéa 5, numéro 1 L.I.R. limite le montant de l'allègement au titre de la retenue d'impôt à la source prélevée au Luxembourg qui résulte de l'application des dispositions de l'article 154 L.I.R. en proportion des revenus nets imposables liés au paiement dans le cadre de ce transfert hybride.

Ad article 2, 1^o

Même si la nouvelle définition de l'entreprise associée en matière de dispositifs hybrides se base sur la définition de l'entreprise associée de l'article 164*ter*, alinéa 2 L.I.R., il a été jugé approprié dans le cadre du présent projet de loi d'insérer dans le corps de l'article 168*ter* L.I.R. une définition autonome de l'entreprise associée aux fins des règles en matière de dispositifs hybrides, étant donné les modifications importantes que la directive ATAD 2 a apportées à cette notion. Il s'avère en conséquence nécessaire de modifier l'article 164*ter*, alinéa 2 L.I.R. afin de mettre en exergue que la définition de l'entreprise associée y contenue et prévue jusqu'à présent « au sens de la présente loi » est prévue dorénavant au sens de l'article 164*ter*, alinéa 2 L.I.R.

Ad article 2, 2^o

Alors que l'article 168*bis* L.I.R. se réfère dans son alinéa 1^{er}, numéro 6 à la définition de l'entreprise associée telle que contenue à l'article 164*ter*, alinéa 2 L.I.R., et prévue jusqu'ici au sens de la loi concernant l'impôt sur le revenu, il s'avère en conséquence nécessaire, suite à la modification de

l'article 164^{ter} L.I.R., de renvoyer de manière explicite à cette définition telle que contenue à l'article 164^{ter}, numéro 2 L.I.R. dans le cadre de l'article 168^{bis} L.I.R.

Ad article 2, 3°

Tout comme la directive ATAD 2 qui remplace l'ancien libellé de l'article 9 de la directive ATAD par un nouveau texte, le présent projet de loi propose pareillement de remplacer les dispositions de l'article 168^{ter} L.I.R. – constituant la transposition de l'ancien article 9 de la directive ATAD – par un nouveau texte, qui lui va transposer le nouvel article 9 tel que modifié par la directive ATAD 2. En parallèle, il est également proposé d'y transposer l'article 9^{ter}, que la directive ATAD 2 a inséré dans la directive ATAD. L'article 168^{ter} L.I.R. dans sa nouvelle version s'applique aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2020.

Il convient de relever que les règles relatives aux dispositifs hybrides requièrent qu'un effet d'asymétrie au sens de l'article 168^{ter}, alinéa 1^{er}, numéro 3 L.I.R. survient dans le cadre d'un dispositif hybride au sens de l'article 168^{ter}, alinéa 1^{er}, numéro 2 L.I.R. dans une situation visée à l'article 168^{ter}, alinéa 2 L.I.R. Si ces éléments sont réunis, il y a lieu de neutraliser l'asymétrie en vertu des règles prévues à l'article 168^{ter}, alinéa 3, numéros 1 à 4 L.I.R. La neutralisation consiste pour le Luxembourg soit à refuser la déduction d'un paiement, de dépenses ou de pertes, soit à obliger le contribuable d'inclure un paiement, selon le cas. Tel est également relevé au considérant 9 de la directive ATAD 2.

Les règles relatives aux asymétries liées à la résidence fiscale figurent à l'article 168^{ter}, alinéa 4 L.I.R.

Les règles relatives aux transferts hybrides qui ont été structurés de façon à produire un excédent de crédit d'impôt figurent à l'article 168^{ter}, alinéa 5 L.I.R.

Le dernier alinéa de l'article 168^{ter} L.I.R. contient des dispositions en matière de preuve, à l'instar de l'article 168^{ter} L.I.R. dans sa version actuelle.

Alinéa 1^{er} – Définitions

L'alinéa 1^{er} définit certaines notions clés issues de la directive ATAD. Ces notions reproduisent le texte de la directive à transposer en adaptant légèrement certaines terminologies à la lumière du droit national.

L'alinéa 1^{er}, numéro 1 délimite le champ des contribuables auxquels s'appliquent les règles prévues par l'article 168^{ter} L.I.R., à savoir les organismes à caractère collectif résidents visés par l'article 159 L.I.R. et les établissements stables indigènes d'un organisme visé par l'article 160, alinéa 1^{er} L.I.R.

L'alinéa 1^{er}, numéro 2 définit la notion de dispositif hybride en se référant de manière synthétique à quatre catégories qui donnent lieu à une double déduction, ci-après « DD », ou à une déduction sans inclusion (également désignée par l'expression « déduction/non-inclusion », ci-après « D/NI »).

Ces quatre catégories englobent principalement les dispositifs hybrides suivants:

- premièrement, les dispositifs hybrides qui résultent de paiements effectués dans le cadre d'un instrument financier (dispositifs hybrides figurant à la lettre a) de l'alinéa 1^{er}, numéro 2);
- deuxièmement, les dispositifs hybrides qui sont la conséquence de différences dans l'attribution des paiements effectués à une entité hybride (dispositifs hybrides figurant à la lettre b) de l'alinéa 1^{er}, numéro 2) ou à un établissement stable (dispositifs hybrides figurant à la lettre c) de l'alinéa 1^{er}, numéro 2), y compris du fait de paiements à un établissement stable non pris en compte (dispositifs hybrides figurant à la lettre d) de l'alinéa 1^{er}, numéro 2) ;
- troisièmement, les dispositifs hybrides qui résultent de paiements effectués par une entité hybride à son propriétaire (dispositifs hybrides figurant à la lettre e) de l'alinéa 1^{er}, numéro 2) ou de paiements réputés effectués entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus (dispositifs hybrides figurant à la lettre f) de l'alinéa 1^{er}, numéro 2);
- quatrièmement, les effets de double déduction qui résultent de paiements effectués par une entité hybride ou un établissement stable (dispositifs hybrides figurant à la lettre g) de l'alinéa 1^{er}, numéro 2).

Aux fins d'identifier et de distinguer les différentes catégories de dispositifs hybrides visés par l'article 168^{ter} L.I.R., le commentaire des articles a recours à certains exemples. Ces exemples sont à considérer comme purement illustratifs et ne prétendent pas constituer une énumération exhaustive des cas régis par le projet de loi.

L'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre a), qui se réfère à la première catégorie de dispositifs hybrides couverte par la directive ATAD et qui est visée également par la recommandation 1 du DHR15, entend transposer l'article 2, point 9) a) de la directive ATAD.

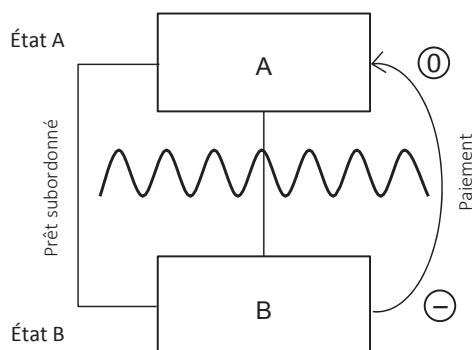
À l'instar de la directive ATAD, l'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre a) saisit l'asymétrie qui survient en ce qui concerne les paiements effectués dans le cadre d'un instrument financier lorsque l'asymétrie, en l'occurrence la déduction sans inclusion, est imputable aux différences existant dans la qualification de l'instrument ou du paiement effectué au titre de celui-ci.

Il est mis en exergue au paragraphe 423 de la recommandation 12 du DHR15 qu'un « *paiement désigne un versement d'argent (ce qui inclut la valeur de cet argent) effectué au titre de l'instrument de financement, et comprend (ce qui inclut la valeur de cet argent) effectué au titre de l'instrument de financement, et comprend une distribution, un crédit ou une somme due. Il inclut tout montant susceptible d'être payé comme une obligation future ou conditionnelle d'effectuer un paiement. La définition du paiement englobe les engagements constatés au titre d'obligations futures de paiement, même lorsque le montant de l'engagement constaté ne correspond pas à une obligation de paiement renforcée au cours de la période concernée. Lorsque le contexte le nécessite, un paiement englobe une fraction d'un paiement.* »

Tel que relevé par la directive ATAD dans le cadre de sa définition du terme « inclusion », l'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre a) dispose que le paiement effectué au titre d'un instrument financier n'est pas considéré comme inclus dans la mesure où le paiement ouvre droit à un allègement fiscal, quel qu'il soit, uniquement du fait de la qualification de ce paiement en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire. Conformément au considérant 16 de la directive ATAD 2, si la nature du paiement permet d'accorder un allègement de la double imposition au titre des lois de la juridiction du bénéficiaire, par exemple, exonération d'impôt, réduction du taux d'imposition ou tout crédit ou remboursement d'impôt, le paiement doit être considéré comme donnant lieu à un dispositif hybride à hauteur du montant sous-imposé qui en résulte.

Il convient d'illustrer l'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre a) par l'exemple ci-dessous :

Exemple 1 :



Supposons deux organismes à caractère collectif A et B, qui constituent des entreprises associées.

L'organisme A (situé dans l'État A) prête de l'argent à l'organisme B (situé dans l'État B) dans le cadre d'un prêt subordonné.

Le prêt est traité comme un titre de créance en vertu de la législation de l'État B et comme un titre représentatif du

capital social (c'est-à-dire des parts sociales) en vertu de la législation de l'État A. Les paiements d'intérêts faits au titre du prêt sont considérés comme une dépense déductible dans l'État B, mais traités comme des dividendes qui sont exonérés d'impôt dans l'État A.

Le paiement d'intérêts effectué au titre de l'instrument financier (en l'occurrence le prêt subordonné) donne lieu à un dispositif hybride :

- Le traitement fiscal du prêt subordonné diffère selon la législation des États A et B ;
- Cette différence de traitement fiscal conduit à une déduction du paiement effectué au titre du prêt dans le chef du payeur (organisme B), alors que ce même paiement n'est pas pris en compte à la base de calcul du revenu du bénéficiaire (organisme A).

Il convient de relever qu'il est encore mis en exergue par le considérant 16 de la directive ATAD 2 qu'un paiement effectué dans le cadre d'un instrument financier ne doit toutefois pas être considéré comme donnant lieu à un dispositif hybride lorsque l'allègement fiscal accordé dans la juridiction du bénéficiaire est uniquement imputable au statut fiscal du bénéficiaire (par exemple un fonds d'invest-

tissement ou un fonds souverain exonérés d'impôt) ou au fait que l'instrument est détenu sous réserve des modalités d'un régime spécial.

En outre, les différences dans les conséquences fiscales qui sont exclusivement imputables à des différences de valorisation d'un paiement, y compris celles liées à l'application des prix de transfert, n'engendrent pas d'effet de déduction sans inclusion. Il ressort du considérant 22 que de telles différences n'entrent pas dans le champ d'application d'un dispositif hybride.

Il en est ainsi aussi, en général, de différences temporelles concernant le moment où des éléments de revenus ou de dépenses ont été perçus ou supportés, générés par les périodes d'imposition et règles différentes dans les juridictions. Toutefois, l'alinéa 1^{er}, numéro 2 tient compte des décalages qui surviennent en raison de décalages temporels qui excèdent des délais raisonnables. Le standard à appliquer en l'occurrence est un standard de pleine concurrence, c'est-à-dire qu'il s'agira d'examiner si les parties auraient convenu les mêmes modalités de paiement si elles n'avaient pas été des entreprises associées. L'article 2, point 9) a) de la directive ATAD prévoit également une règle de sauvegarde (« *safe harbour rule* ») qui permet au contribuable de déduire le paiement en vertu d'un instrument financier si le paiement en question fera l'objet d'une inclusion dans la juridiction du bénéficiaire dans une période d'imposition qui commence dans les 12 mois suivant la fin de la période d'imposition du payeur.

Afin de déterminer si un paiement dans le cadre d'un instrument financier a induit un dispositif hybride, il est nécessaire de connaître l'identité de la contrepartie et les règles fiscales applicables dans la juridiction de la contrepartie. A cet effet, il y a lieu de se référer notamment au paragraphe 85 du DHR15 qui dispose que l'identification d'une asymétrie comme étant un dispositif hybride découlant d'un instrument financier « *est avant tout une question juridique qui suppose une analyse des règles générales appliquées pour établir la nature, le montant et les dates associées aux paiements effectués au titre d'un instrument financier dans la juridiction du payeur et dans celle du bénéficiaire. De manière générale, la règle peut être appliquée même si le contribuable et l'administration fiscale ne savent pas précisément comment les paiements effectués au titre d'un instrument financier ont été pris en compte lors du calcul du revenu imposable de la contrepartie. En partant du principe qu'un contribuable connaît sa propre situation fiscale au titre d'un paiement, une asymétrie peut être identifiée, dans la pratique, en comparant le traitement fiscal attendu d'un instrument dans la juridiction du contribuable avec le traitement fiscal attendu par le contribuable dans la juridiction de la contrepartie* ».

L'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre a) concerne également les différences de traitement fiscal auxquelles peuvent donner lieu les paiements effectués dans le cadre d'un transfert hybride. En effet, tel que relevé au considérant 23 de la directive ATAD 2, les transferts hybrides peuvent donner lieu à une différence de traitement fiscal si, à la suite d'un dispositif permettant de transférer un instrument financier, le rendement sous-jacent dudit instrument a été considéré comme tiré par plusieurs des parties du dispositif.

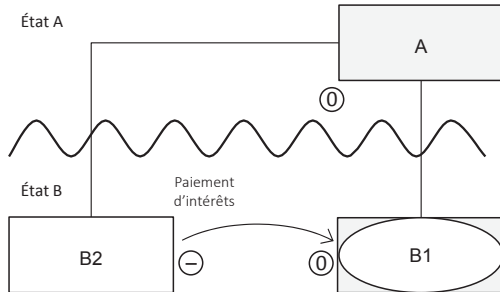
L'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre a) dispose finalement qu'un paiement représentant le rendement sous-jacent d'un instrument financier transféré ne donne pas lieu à un dispositif hybride lorsque le paiement est effectué par un négociant financier dans le cadre d'un transfert hybride sur le marché, à condition que la juridiction du payeur exige du négociant financier qu'il inclue dans ses revenus tous les montants reçus en rapport avec l'instrument financier transféré.

L'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre b), qui se réfère à la deuxième catégorie de dispositifs hybrides couverte par la directive ATAD, visée également par la recommandation 4 du DHR15, entend transposer l'article 2, point 9) b) de la directive ATAD. Cette disposition tient compte de l'asymétrie résultant d'un paiement effectué en faveur d'un organisme hybride lorsque la juridiction où l'organisme hybride est établi ou enregistré attribue ce paiement aux investisseurs dans cet organisme hybride tandis que la juridiction des investisseurs attribue le paiement à l'organisme hybride lui-même.

Dans la proposition de directive, la Commission européenne se réfère à un tel genre de dispositifs hybrides notamment comme suit : « *si une entité est considérée comme transparente à des fins fiscales dans la juridiction où elle a été initialement constituée ou créée, un paiement en faveur de ladite entité ne sera pas taxé dans cette juridiction. Si, par contre, le titulaire du titre de participation dans cette entité est résident dans une autre juridiction et que cette dernière considère l'entité comme non transparente, le paiement ne sera pas non plus taxé dans cette autre juridiction* » (proposition de directive, page 8). A noter qu'un organisme considéré comme étant transparent aux fins fiscales selon les lois de la juridiction où il est établi et comme étant non transparent, c'est-à-dire comme étant opaque, aux fins fiscales selon les lois de la juridiction de l'investisseur est appelé « organisme hybride inversé ».

Il convient d'illustrer l'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre b) par l'exemple ci-dessous :

Exemple 2 :



Supposons deux organismes à caractère collectif A et B2, et un organisme B1 qui est un organisme hybride inversé. Ces trois organismes constituent des entreprises associées. L'organisme hybride inversé B1 est considéré comme opaque sous la législation de l'État A, mais comme transparent sous la

législation de l'État B.

L'organisme A (situé dans l'État A) prête de l'argent à l'organisme B2 (situé dans l'État B) par l'intermédiaire de l'organisme B1 (établi dans l'État B).

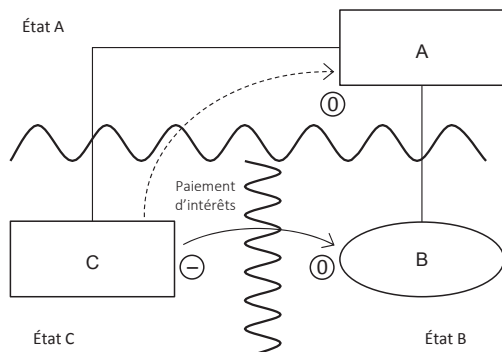
Les intérêts d'emprunt sur le prêt :

- *sont considérés comme déductibles dans l'État B ;*
- *ne sont pas pris en compte à la base de calcul du revenu imposable de l'organisme A, parce que l'État A considère le paiement d'intérêts comme devant être attribué à l'organisme B1 ;*
- *ne sont pas non plus pris en compte à la base de calcul du revenu imposable de l'organisme B1, parce que l'État B considère le paiement d'intérêts comme devant être attribué à l'organisme A.*

L'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre c) se réfère aussi, comme la lettre b) du même numéro 2, à la deuxième catégorie de dispositifs hybrides au sens de la directive ATAD, alors que cette catégorie vise, à côté des dispositifs hybrides qui sont la conséquence de différences dans l'attribution des paiements effectués à une entité hybride, également ceux qui sont la conséquence de différences dans l'attribution des paiements effectués à un établissement stable. Le dispositif hybride visé à l'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre c) est également visé par le DHSC17. En l'occurrence, la différence dans les règles régissant la répartition des paiements n'existe pas entre l'organisme hybride et ses investisseurs, tel que c'est le cas pour le dispositif hybride visé à l'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre b), mais entre l'établissement stable et le siège (ou entre deux établissements stables ou plus du même organisme).

Il convient d'illustrer l'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre c) par l'exemple ci-dessous :

Exemple 3 :



Supposons deux organismes à caractère collectif A et C, qui constituent des entreprises associées. L'organisme A dispose par ailleurs d'un établissement stable B situé dans l'État B.

L'organisme A (situé dans l'État A) prête de l'argent à l'organisme C (situé dans l'État C) par l'intermédiaire de l'établissement stable B.

Les États A et B ont conclu une convention tendant à éviter la double imposition en vertu de laquelle les revenus d'un établissement stable sont exonérés d'impôt dans l'État A.

Les intérêts sur le prêt:

- sont considérés comme déductibles dans l'État C ;
- ne sont pas pris en compte à la base de calcul du revenu imposable de l'établissement stable B, parce que l'État B considère le revenu comme devant être attribué au siège (c'est-à-dire à l'organisme A) ;
- ne sont pas pris en compte à la base de calcul du revenu imposable du siège dans l'État A, parce que l'État A considère le revenu comme devant être attribué à l'établissement stable B.

Pour ce qui est des paiements à un organisme hybride ou à un établissement stable visés aux lettres b) et c) ci-dessus, il convient encore de renvoyer au considérant 18 en ce qu'il relève que: «*La définition d'un dispositif hybride ne devrait s'appliquer que lorsque l'effet d'asymétrie résulte de différences dans les règles régissant l'attribution des paiements au titre des lois des deux juridictions, et un paiement ne devrait pas donner lieu à un dispositif hybride qui serait survenu en tout état de cause en raison de l'exonération fiscale dont jouit le bénéficiaire au titre des lois de la juridiction dont il relève, quelle qu'elle soit.*».

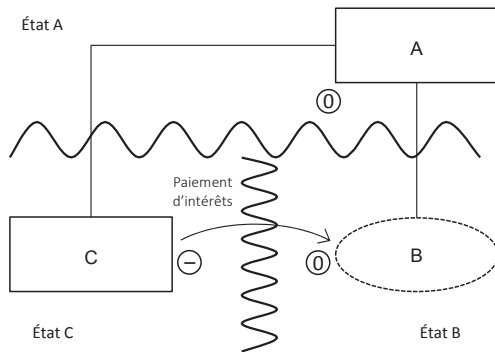
L'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre d) qui se réfère, outre les lettres b) et c) du même numéro 2, à la deuxième catégorie de dispositifs hybrides au sens de la directive ATAD, entend transposer l'article 2, point 9) d) de la directive ATAD. En effet, cette disposition tient compte de l'asymétrie résultant d'un paiement effectué en faveur d'établissements stables non pris en compte, tels qu'ils sont définis, à l'instar de l'article 2, point 9) d) de la directive ATAD, à l'alinéa 1^{er}, numéro 15 du nouvel article 168^{ter} L.I.R. Ce dispositif hybride est également visé par le DHSC17. La définition s'applique lorsque l'État du siège exonère de l'impôt le paiement au motif que le paiement est considéré comme ayant été reçu dans un établissement stable étranger, alors que le droit étranger ne considère pas qu'il y a existence d'un établissement stable.

L'effet d'asymétrie, à savoir la déduction sans inclusion, est donc dû en l'occurrence à un conflit relatif à la qualification de l'établissement stable et non pas à une disparité des règles entre la juridiction du siège et celle de l'établissement stable concernant l'attribution des paiements à l'établissement stable telle que visée par l'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre c).

A noter encore que le considérant 19 de la directive ATAD 2 relève que la règle relative aux dispositifs hybrides ne devrait toutefois pas s'appliquer dans les cas où l'asymétrie serait survenue en tout état de cause en raison de l'exonération fiscale dont jouit le bénéficiaire au titre des lois de la juridiction dont il relève, quelle qu'elle soit.

Il convient d'illustrer l'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre d) par l'exemple ci-dessous :

Exemple 4 :



Supposons deux organismes à caractère collectif A et C, qui constituent des entreprises associées.

L'organisme A (situé dans l'État A) prête de l'argent à l'organisme C (situé dans l'État C) par l'intermédiaire de B (situé dans l'État B) qui est considéré comme un établissement stable par l'État A.

Les États A et B ont conclu une convention tendant à éviter la double imposition en vertu de laquelle les revenus d'un établissement stable sont exonérés d'impôt dans l'État A.

Les intérêts sur le prêt :

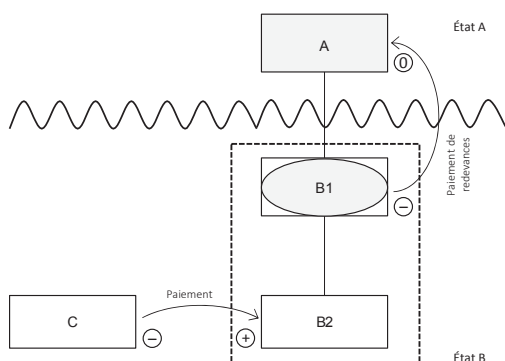
- sont considérés comme déductibles dans l'État C ;
- ne sont pas pris en compte à la base de calcul du revenu imposable du siège (c'est-à-dire de l'organisme A), parce que l'État A considère le revenu comme devant être attribué à l'établissement stable étranger B ;
- ne sont pas pris en compte à la base de calcul du revenu imposable dans l'État B, parce que l'État B ne considère pas que l'organisme A dispose d'une présence suffisante au sein de l'État B pour y constituer un établissement stable.

L'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre e), qui se réfère à la troisième catégorie de dispositifs hybrides couverte par la directive ATAD et qui est visée également par le champ d'application de la recommandation 3 du DHR15, entend transposer l'article 2, point 9) e) de la directive ATAD. Les asymétries en question surviennent lorsqu'un organisme hybride effectue un paiement à son bénéficiaire qui n'est pas pris en compte selon les lois de la juridiction du bénéficiaire, par exemple, en raison du fait que l'organisme hybride est ignoré en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire, ce qui entraîne une déduction pour le payeur mais aucune inclusion pour le bénéficiaire du paiement.

La proposition de directive donne l'exemple suivant : « (...) si une entité est considérée comme non transparente dans la juridiction où elle est constituée ou créée, elle peut déduire de son assiette imposable des paiements versés au titulaire du titre de participation dans ladite entité. Si, par contre, l'entité est considérée comme transparente par la juridiction où le titulaire du titre de participation est résident, les paiements ne seront pas pris en compte et ne seront dès lors pas inclus dans les revenus imposables du titulaire du titre de participation, (...) » (proposition de directive, page 7).

Il convient d'illustrer l'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre e) par l'exemple ci-dessous :

Exemple 5 :



Supposons deux organismes à caractère collectif A et B2, et un organisme hybride B1. Ces trois organismes A, B1 et B2 constituent des entreprises associées.

L'organisme B2 (situé dans l'État B) fournit des services à un organisme indépendant C.

L'organisme B1 (établi dans l'État B) paie des redevances en faveur de l'organisme A (situé dans l'État A).

Ces redevances :

- sont considérées comme déductibles dans l'État B, étant donné que l'organisme B1 est considéré comme opaque dans cet État. Le paiement des redevances effectué par B1 en faveur de l'organisme A est compensé par les revenus de l'organisme B2 dans le cadre d'un régime de groupe fiscal dans l'État B ;
- ne sont pas prises en compte à la base de calcul du revenu imposable dans l'État A, parce que l'organisme B1 est considéré comme transparent dans cet État.

L'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre f), qui se réfère encore à la troisième catégorie de dispositifs hybrides à laquelle s'attaque la directive ATAD en ce qu'elle vise des dispositifs hybrides résultant de paiements réputés avoir été effectués par un établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus, entend transposer l'article 2, point 9) f) de la directive ATAD. Ce dispositif hybride est également visé par le DHSC17. Ce rapport met en exergue qu'il est notamment « possible de générer une asymétrie interne entre la succursale et le siège lorsque les règles applicables dans ces juridictions concernant l'attribution du bénéfice net entre la succursale et le siège permettent au contribuable de comptabiliser un paiement réputé avoir été effectué entre la succursale et le siège sans appliquer l'ajustement correspondant au bénéfice net dans la juridiction bénéficiaire pour prendre en compte l'effet de ce paiement » (Introduction, paragraphe 10).

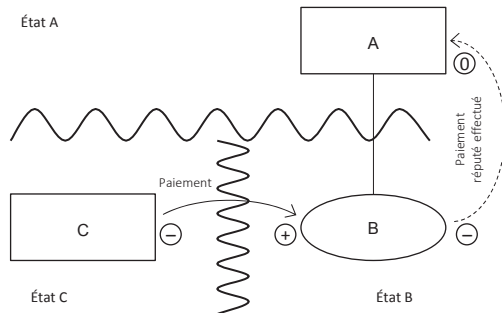
Il y est encore précisé notamment qu'à « la différence des paiements hybrides non pris en compte, lorsque la déduction est une conséquence d'un paiement réel entre des entités distinctes et lorsque l'asymétrie résulte de différences dans le traitement juridique du payeur en vertu des législations des juridictions du payeur et du bénéficiaire, un paiement réputé effectué par une succursale est un paiement purement notionnel entre deux composantes d'une personne donnant lieu à une asymétrie dans la répartition des charges entre les juridictions du payeur et du contribuable (...) » (Chapitre 3, paragraphe 62).

Les asymétries hybrides en question résultent donc d'un conflit entre les règles de répartition des charges (plutôt que de différences au niveau de la qualification juridique du payeur).

A noter encore que le considérant 20 de la directive ATAD 2 relève qu'aucun dispositif hybride ne devrait survenir lorsque le bénéficiaire est exonéré d'impôt au titre des lois de la juridiction du bénéficiaire.

Il convient d'illustrer l'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre f) par l'exemple ci-dessous :

Exemple 6 :



Supposons deux organismes à caractère collectif A et C, qui sont indépendants. L'organisme A dispose par ailleurs d'un établissement stable B situé dans l'État B.

L'organisme A (situé dans l'État A) fournit des services à l'organisme indépendant C (situé dans l'État C) par l'intermédiaire de l'établissement stable B.

Les services fournis par l'établissement stable B font appel à des actifs incorporels sous-jacents.

Sur le plan fiscal, l'État B attribue ces actifs au siège et considère que l'établissement stable effectue un paiement correspondant à un prix de pleine concurrence au siège afin de rémunérer le siège pour l'utilisation des actifs.

Les États A et B ont conclu une convention tendant à éviter la double imposition en vertu de laquelle les revenus d'un établissement stable sont exonérés d'impôt dans l'État A.

Le paiement réputé effectué entre le siège et l'établissement stable :

- est considéré comme déductible dans l'État B ;
- n'est pas pris en compte à la base de calcul du revenu imposable dans l'État A, parce que l'État A attribue les actifs incorporels sous-jacents à l'établissement stable B.

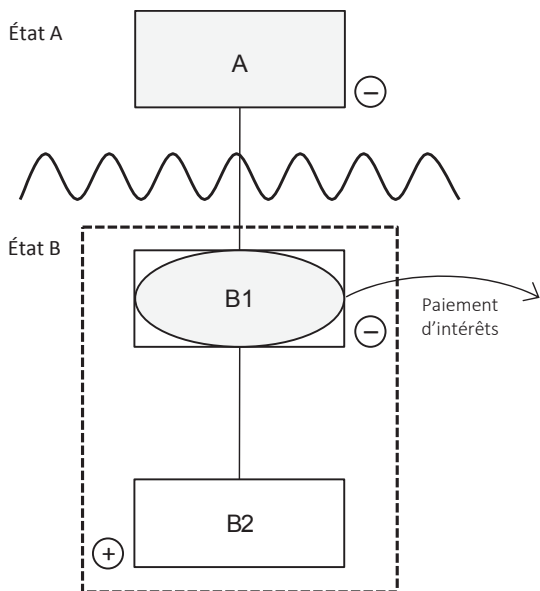
L'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre g), qui se réfère à la quatrième catégorie de dispositifs hybrides à laquelle s'attaque la directive ATAD, entend transposer l'article 2, point 9) g) de la directive ATAD. Les DHR15 et DHSC17 visent également des effets de double déduction par leurs recommandations 6 et 4. Un effet de double déduction est un effet où le même poste de dépense donne lieu à deux déductions dans des juridictions différentes.

Conformément au considérant 21 de la directive ATAD 2, sont ainsi également englobés les effets de doubles déductions, indépendamment du fait que ces effets résultent de paiements, de dépenses qui ne sont pas considérées comme des paiements en vertu de la législation nationale ou qu'ils résultent de charges d'amortissement ou de dépréciation.

La disposition couvre la totalité des effets de double déduction. En particulier, un tel effet peut être déclenché, par exemple, dans l'hypothèse d'une déduction opérée par un organisme hybride dans un contexte transfrontalier, à savoir notamment si « (...) une entité est considérée comme non transparente à des fins fiscales dans la juridiction où elle a été initialement constituée ou créée, tout paiement, charge ou perte de l'entité peut être déductible de l'assiette imposable de cette entité. Si la même entité est considérée comme transparente dans la juridiction du titulaire du titre de participation dans l'entité, ces paiements, charges ou pertes peuvent être déductibles de l'assiette imposable du titulaire du titre de participation dans ladite juridiction également, ce qui donne lieu à une double déduction (...) » (proposition de directive, page 6).

Il convient d'illustrer l'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre g) par l'exemple ci-dessous :

Exemple 7 :



Supposons deux organismes à caractère collectif A (situé dans l'État A) et B2 (situé

dans l'État B), et un organisme hybride B1 (établi dans l'État B). Ces trois organismes A, B1 et B2 constituent des entreprises associées.

L'organisme B1 emprunte de l'argent auprès de la banque.

Les intérêts sur le prêt :

- sont considérés comme déductibles dans l'État A, puisque l'État A considère l'organisme B1 comme transparent ;
- sont considérés comme déductibles dans l'État B, puisque l'État B considère l'organisme B1 comme opaque. Le paiement des intérêts effectué par l'organisme B1 en faveur de la banque est compensé par les revenus de l'organisme B2 dans le cadre d'un régime de groupe fiscal.

Conformément au considérant 15, sont également visés les effets de double déduction qui résultent de paiements effectués par un établissement stable.

Le numéro 3 de l'alinéa 1^{er} transpose la notion d'« effet d'asymétrie ».

Les numéros 4 à 6 de l'alinéa 1^{er} transposent les notions de « déduction », « double déduction » et « déduction sans inclusion » conformément aux définitions de la directive ATAD. Dans ce contexte, il y a lieu de relever que le projet de loi, tout comme la directive ATAD, définissent les termes de « double déduction » (DD) et de la « déduction sans inclusion » (D/NI) de manière à identifier les juridictions à l'origine de l'asymétrie.

L'« inclusion » est définie au numéro 7 de l'alinéa 1^{er} comme « le montant qui est pris en compte à la base de calcul du revenu imposable en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire ». Lorsque le Luxembourg est la juridiction du bénéficiaire, un montant sera considéré comme inclus s'il est pris en compte dans le total des revenus nets.

Il est renvoyé au paragraphe 89 du DHR15 qui précise qu'un paiement qui est pris en compte comme un revenu ordinaire dans au moins une juridiction ne génère aucune asymétrie justifiant l'application des mesures relatives aux dispositifs hybrides.

Dans le cadre d'un paiement effectué en vertu d'un instrument financier, tel qu'un dividende, un montant ne sera pas considéré comme inclus dans la mesure où il donne droit à un allègement fiscal uniquement du fait de la qualification de ce paiement dans la juridiction du bénéficiaire. Ceci est le cas quelle que soit la nature ou la forme de cet allègement fiscal, qui fait par ailleurs l'objet du numéro 8 de l'alinéa 1^{er}.

Est défini au numéro 9 de l'alinéa 1^{er} le « revenu soumis à double inclusion » comme tout élément de revenu inclus selon les lois des deux juridictions où l'asymétrie s'est produite. A noter qu'un dispositif hybride au titre des lettres e), f) ou g) du numéro 2 de l'alinéa 1^{er} ne survient que dans la mesure où la juridiction du payeur autorise l'imputation de la déduction sur un montant autre qu'un revenu soumis à double inclusion.

La définition de l'« organisme hybride » au sens du numéro 10 de l'alinéa 1^{er} entend transposer l'expression « entité hybride » telle que définie par la directive ATAD.

Le projet de loi contient encore, tout comme la directive ATAD, des définitions de « l'instrument financier » (alinéa 1^{er}, numéro 11) et du « transfert hybride » (alinéa 1^{er}, numéro 13). Sont visés par la définition du transfert hybride notamment les opérations de mise en pension ou les prêts de titres lorsque le cédant demeure concerné par les rendements financiers générés par l'instrument financier transféré. Tel est le cas, par exemple, lorsque le cédant continue d'être considéré comme le propriétaire économique de l'instrument financier qui a été transféré en vertu du prêt de titres ou de la mise en pension.

S'y ajoutent les définitions du « négociant financier » (alinéa 1^{er}, numéro 12) et du « transfert hybride sur le marché » (alinéa 1^{er}, numéro 14), qui reprennent également littéralement les définitions de ces expressions telles que contenues dans la directive ATAD. Il en est de même des définitions qui suivent de l'« établissement stable non pris en compte » (alinéa 1^{er}, numéro 15) et du « dispositif structuré » (alinéa 1^{er}, numéro 16).

Il convient d'illustrer le concept d'un dispositif structuré par l'exemple ci-après :

Exemple 8 :

Supposons deux organismes à caractère collectif A et B qui ne sont pas des entreprises associées. L'organisme A (situé dans l'État A) accorde à l'organisme B (situé dans l'État B) un prêt de 300 000 euros portant intérêt au taux annuel. Ce prêt est traité comme un titre de créance en vertu de la législation de l'État B et comme un titre représentatif du capital social en vertu de la législation de l'État A (par exemple comme une action). En vertu de sa législation interne, l'État A exonère en général les dividendes de source étrangère. Par conséquent, le versement donne lieu à un effet d'asymétrie qui représente un dispositif hybride au sens de l'article 168ter, alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre a) L.I.R.

La formule utilisée en l'occurrence pour le calcul des intérêts à payer sur l'instrument d'emprunt comprend une réduction sur le taux d'intérêt du marché à hauteur du taux de l'impôt sur le revenu des collectivités dans l'État A [c'est-à-dire la formule est la suivante: $\text{taux du marché} \times (1 - \text{taux d'impôt})$]. Pour les besoins du présent exemple, supposons que le taux du marché pour le prêt équivaldrait à 2,25%, de sorte que les intérêts s'élèveraient à (300 000 euros \times 2,25% =) 6 750 euros par an. Avec un taux d'impôt sur le revenu des collectivités de 24% dans l'État A, le revenu d'intérêts de l'organisme A s'élèverait après impôts à 5 130 euros. Toutefois, étant donné que le paiement est traité dans l'État A comme dividende et qu'il est partant exonéré, l'avantage fiscal découlant de l'effet d'asymétrie (1 620 euros) est pris en compte dans les termes de l'instrument, de sorte que les intérêts à payer au titre du prêt s'élèvent seulement à 5 130 euros. Vu que l'avantage fiscal a été pris en compte dans le calcul du taux d'intérêt, on est en présence d'un dispositif structuré au sens de l'article 168ter, alinéa 1^{er}, numéro 16 L.I.R.

Aux fins de l'application des règles de la directive ATAD relatives aux dispositifs hybrides, l'expression « entreprise associée » fait l'objet d'une définition autonome, que le présent projet propose de transposer à l'alinéa 1^{er}, numéro 17. En effet, la directive ATAD 2 a adapté les définitions figurant à l'article 2, point 4) de la directive ATAD aux fins des articles 9 et 9bis. La définition figurant à l'alinéa 1^{er}, numéro 17 se base sur celle de l'article 164ter L.I.R., mais elle en diffère à plusieurs égards.

D'un côté, la directive ATAD 2 a introduit des modifications concernant les niveaux de seuil et leur application en cas d'action conjointe. Ainsi, le seuil de détention de 50 pour cent est à appliquer de manière générale dans le cadre des règles en matière de dispositifs hybrides, à l'exception de celles concernant les instruments financiers hybrides.

Tel que relevé par le considérant 13 de la directive ATAD 2, les « dispositifs qui résultent notamment du caractère hybride des entités ne devraient être pris en considération que lorsque l'une des entreprises associées détient, au moins, le contrôle effectif des autres entreprises associées. Par conséquent, en pareils cas, il convient d'exiger qu'une entreprise associée soit détenue par le contribuable ou une autre entreprise associée, ou qu'elle les détienne, au moyen d'une participation sous la forme de droits de vote, de propriété du capital ou de droits sur les bénéfices de 50% ou plus. La propriété ou les droits de personnes agissant collectivement devraient être agrégés aux fins de l'application de ce seuil ». Ainsi, une personne physique ou un organisme au sens des articles 159, 160 ou 175 L.I.R. (désigné ci-après comme « organisme », à l'instar de leur désignation par l'article 168ter, alinéa 1^{er}, numéro 2 L.I.R., 1^{re} phrase), qui agit conjointement avec une autre personne physique ou un autre organisme au titre des droits de vote ou de la propriété du capital d'un organisme est considéré comme détenant une participation dans l'ensemble des droits de vote ou des capitaux de cet organisme, qui sont détenus par l'autre personne physique ou l'autre organisme ou les autres personnes ou organismes. Conformément au paragraphe 369 du DHR15, le concept de l'« action commune » a pour objectif d'empêcher les contribuables de se soustraire au test fondé sur les parties liées en transférant leurs

droits de vote ou leurs participations à une autre personne qui continue d'agir sous leur direction pour ce qui concerne ces droits de vote ou participations. Sur cette base, et dans la mesure où les investisseurs dans un fonds d'investissement n'ont en principe pas de contrôle effectif sur les investissements effectués par ce fonds, il est proposé de retenir qu'un investisseur détenant, directement ou indirectement, moins de 10 pour cent des titres ou des parts dans un fonds d'investissement ainsi que moins de 10 pour cent des droits de participation aux bénéfices de ce fonds d'investissement, ne devrait, sauf preuve contraire, pas être considéré comme agissant conjointement avec un autre investisseur dans ce même fonds d'investissement. Pour les besoins de l'article 168^{ter} L.I.R., on entend par fonds d'investissement un organisme de placement collectif, qui lève 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.

Par exception, pour les besoins de l'application des règles relatives aux dispositifs hybrides impliquant un paiement effectué au titre d'un instrument financier, le seuil de détention est ramené à 25%. D'un autre côté, la directive ATAD prévoit, « (...) dans l'objectif de fournir une définition suffisamment complète de l'« entreprise associée » aux fins des règles relatives aux dispositifs hybrides (...) » (considérant 14 de la directive ATAD 2) que la notion d'« entreprise associée » désigne également un organisme qui, à des fins de comptabilité financière, fait partie du même groupe consolidé que le contribuable, une entreprise dans laquelle le contribuable exerce une influence notable sur la gestion ou une entreprise qui exerce une influence notable sur la gestion du contribuable.

Ainsi, lorsque le contribuable est membre d'un groupe consolidé à des fins de comptabilité financière, les autres organismes qui composent ce même groupe consolidé constituent par définition des « entreprises associées » dudit contribuable. Le périmètre de consolidation est avant tout tributaire du référentiel comptable retenu par l'entreprise mère qui est tenue d'établir des comptes consolidés. Aux fins de la définition de l'entreprise associée, un contribuable et un organisme constituent des entreprises associées, si les deux font partie du périmètre de consolidation de la même tête de groupe. Ainsi, le critère de l'entreprise associée est rempli par l'appartenance *de facto* des organismes concernés au périmètre de consolidation d'une même tête de groupe, et en vertu du référentiel de consolidation comptable appliqué par cette tête de groupe, quel qu'il soit. Même à défaut de comptes consolidés, la définition de l'entreprise associée s'étend aussi aux entreprises dans lesquelles le contribuable exerce une influence notable sur la gestion, ainsi qu'aux entreprises qui exercent une influence notable sur la gestion du contribuable.

Alinéa 2 – Portée de la définition des dispositifs hybrides

La directive ATAD se limite à traiter les dispositifs hybrides qui surviennent entre certains intervenants. Il y a lieu de relever que le considérant 12 de la directive ATAD 2 précise, à ce sujet, qu'il est nécessaire de se limiter aux cas dans lesquels il existe un risque substantiel d'évasion fiscale par le recours à des dispositifs hybrides.

Conformément à la directive ATAD, l'alinéa 2 circonscrit ainsi la portée de la définition des dispositifs hybrides, telle que contenue à l'alinéa 1^{er}, numéro 2, aux seuls cas de figure ci-dessous, à savoir :

- aux dispositifs hybrides qui surviennent entre le contribuable et ses entreprises associées ou entre des entreprises associées,
- aux dispositifs hybrides qui surviennent entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus du même organisme,
- ainsi qu'aux dispositifs hybrides qui découlent d'un dispositif structuré concernant un contribuable.

En circonscrivant la portée de la définition des dispositifs hybrides, l'alinéa 2 délimite partant aussi la portée des règles relatives aux dispositifs hybrides, transposées par le présent projet de loi. Celles-ci s'appliquent, en conséquence, aux seuls cas de figure énoncés ci-avant.

Cette détermination précise en matière de portée rend les règles relatives aux dispositifs hybrides à la fois complètes et administrables.

Alinéa 3 – Règles relatives aux dispositifs hybrides

L'alinéa 3 transpose les règles relatives aux contre-mesures prévues par l'article 9 de la directive ATAD pour parer aux effets d'asymétrie qui resteraient en place en l'absence desdites contre-mesures.

L'alinéa 3, numéro 1, a pour objectif de lutter contre des dispositifs hybrides engendrant une double déduction.

La règle primaire relative à la double déduction et établie par l'alinéa 3, numéro 1, lettre a) prévoit que la déduction du paiement, des dépenses ou des pertes doit d'abord être refusée dans la juridiction de l'investisseur. Ensuite, dans l'hypothèse où la juridiction de l'investisseur ne neutralise pas l'asymétrie – ce qui pourrait être le cas d'une juridiction située en dehors de l'Union européenne, ou en cas de divergences inattendues dans la transposition de la directive ATAD – la règle secondaire relative à la double déduction, posée à l'alinéa 3, numéro 1, lettre b), dispose que la déduction doit être refusée dans la juridiction du payeur.

Il convient de renvoyer à l'exemple 7. Si l'État A est un État membre et l'État B un État tiers à l'Union européenne (ci-après « État tiers ») qui n'a pas mis en place de législation équivalente aux recommandations du DHR15, l'État A doit refuser de déduire le paiement d'intérêts. Si l'État A est un État tiers et l'État B un État membre, l'État B doit refuser de déduire le paiement d'intérêts.

L'alinéa 3, numéro 1 prévoit aussi une limitation importante tant de la règle primaire que de la règle secondaire, alors qu'il permet la déduction d'un tel paiement, dépense ou perte à hauteur du montant d'un revenu soumis à double inclusion.

Il convient de renvoyer encore à l'exemple 7. Si l'organisme B1 comptabilise des produits d'exploitation de 4 et des charges d'intérêt de 10, le montant de DD est de 6 (10 – 4), le produit d'exploitation de 4 constituant un revenu soumis à double inclusion.

Le contribuable, qui se voit refuser une double déduction lors de l'exercice d'exploitation en cours en vertu de l'une de ces règles, a le droit de reporter cette déduction prospectivement pour qu'elle soit déduite d'un revenu soumis à double inclusion au cours d'un exercice d'exploitation ultérieur.

L'alinéa 3, numéro 2 a pour objectif de lutter contre des dispositifs hybrides engendrant une déduction sans inclusion.

L'alinéa 3, numéro 2, lettre a) contient la règle primaire relative à la déduction sans inclusion en vertu de laquelle la juridiction du payeur refuse toute déduction dès lors qu'un paiement génère un effet de déduction sans inclusion. Si la juridiction du payeur n'applique pas la règle primaire et permet la déduction d'un paiement donnant lieu à un effet de déduction sans inclusion – ce qui pourrait être le cas d'une juridiction en dehors de l'Union européenne ou en cas de divergences inattendues dans la transposition de la directive ATAD – l'alinéa 3, numéro 2, lettre b) établit la règle secondaire relative à la déduction sans inclusion en prévoyant que le produit correspondant est à inclure auprès du contribuable qui est le bénéficiaire luxembourgeois, c'est-à-dire à prendre en compte dans le total de ses revenus nets.

Il importe de relever, ainsi qu'il ressort du considérant 29 de la directive ATAD 2, notamment, que les règles anti-hybrides visées à l'article 168ter, alinéa 3, numéros 1 et 2 L.I.R. ne devraient pas s'appliquer, lorsque le dispositif fait l'objet d'une adaptation par application de l'article 9, paragraphe 5, de la directive ATAD (transposé par l'article 168ter, alinéa 3, numéro 4 L.I.R.) ou de l'article 9bis de la directive ATAD (transposé par l'article 168quater L.I.R.).

En outre, les règles relatives aux dispositifs hybrides prévues par le présent projet de loi en transposition de la directive ATAD ne s'appliquent pas lorsque des dispositions d'une autre directive permettent de neutraliser l'asymétrie. En effet, le considérant 30 de la directive ATAD 2 dispose que « *Lorsque les dispositions d'une autre directive, comme celles de la directive 2011/96/UE du Conseil, permettent de neutraliser l'asymétrie dans les conséquences fiscales, les règles relatives aux dispositifs hybrides prévues par la présente directive ne devraient pas s'appliquer* ».

A noter que la directive 2014/86/UE du Conseil du 8 juillet 2014 modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents contient une règle spécifique visant à neutraliser une asymétrie dans les conséquences fiscales. Celle-ci a été introduite par la loi du 18 décembre 2015 portant transposition de la directive 2014/86/UE, par l'insertion d'un nouvel alinéa 2bis au corps de l'article 166 L.I.R., qui s'applique aux revenus alloués après le 31 décembre 2015 par un organisme à caractère collectif résident d'un autre État membre et visé par l'article 2 de la directive 2011/96/UE. Ces revenus sont uniquement exonérés dans la mesure où ils ne sont pas déductibles dans cet autre État membre. La directive 2014/86/UE permet d'éliminer les situations de double non-imposition des bénéfices découlant de l'asymétrie du traitement fiscal appliqué aux distributions de bénéfices entre États membres. Dans certains cas, un instrument financier hybride donne lieu à une déduction d'intérêts dans l'État membre de la filiale, tandis que dans l'État

membre de la société mère, l'instrument financier hybride est considéré comme participation dont les revenus sont couverts par la directive 2011/96/UE.

Il se pose ainsi la question de l'interaction de la règle contenue à l'article 9, paragraphe 2, point a) de la directive ATAD, transposée par le présent projet de loi dans l'alinéa 3, numéro 2, lettre a), avec la règle spécifique introduite par la directive précitée 2014/86/UE du Conseil du 8 juillet 2014. Or, le considérant 30, cité ci-avant, y apporte une réponse. Dans le même ordre d'idées, le DHR15 dit notamment ce qui suit : « *Un paiement effectué dans le cadre d'un instrument financier hybride n'est pas considéré comme générant un effet de déduction/non-inclusion si l'asymétrie est neutralisée dans la juridiction de la contrepartie par une règle spécifique visant à aligner le traitement fiscal du paiement avec celui appliqué à un instrument de la même nature. Ces règles spécifiques recouvrent toutes les règles de la juridiction du bénéficiaire qui sont conformes à la recommandation 2.1 et limitent les cas où un contribuable peut bénéficier d'une exonération de dividendes ou d'un allègement fiscal équivalent au titre de paiements non déductibles aux fins fiscales. (...) En conséquence, si la juridiction du bénéficiaire n'applique pas l'exonération des dividendes au titre d'un paiement qui est déductible selon les lois de la juridiction du payeur, il n'existe aucune asymétrie aux fins de la règle relative aux instruments financiers hybrides. (...)* » (Chapitre 1, paragraphe 35 DHR15). Partant, un paiement dans le cadre d'un instrument financier hybride n'est pas considéré comme entraînant une déduction sans inclusion lorsque l'asymétrie est neutralisée dans la juridiction de la contrepartie par une règle spécifique du genre de celle de l'alinéa 2bis de l'article 166 L.I.R. portant transposition de la directive précitée 2014/86/UE du Conseil du 8 juillet 2014. La règle contenue à l'article 9, paragraphe 2, point a) de la directive ATAD ne devrait donc pas s'appliquer dans la juridiction du payeur dans un tel cas de figure.

A relever encore dans ce contexte que, d'un autre côté, seul l'article 166, alinéa 2bis L.I.R. sera applicable en présence de revenus alloués à un contribuable qui sont visés par l'article 166, alinéa 2, point 1 L.I.R., mais qui sont déductibles dans l'autre État membre.

L'alinéa 3 prévoit encore certaines limitations quant aux types d'ajustements requis en vertu des dispositions précitées du numéro 2 du même alinéa. L'article 9, paragraphe 4 de la directive ATAD donne l'option aux États membres de transposer en droit national lesdites limitations, et le projet de loi entend exercer les options en question.

Il s'agit en premier lieu de la limitation de l'application de la règle secondaire relative à la déduction sans inclusion, prévue à l'article 9, paragraphe 4, point a) de la directive ATAD. Ainsi, conformément à l'article 9, paragraphe 4, point a) de la directive ATAD, cette règle ne s'applique pas dans le cas :

- de paiements à un organisme hybride inversé [alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre b)],
- de paiements en faveur d'un organisme disposant d'un ou de plusieurs établissements stables ou en faveur d'établissements stables non pris en compte [alinéa 1^{er}, numéro 2, lettres c) et d)], ou
- de paiements réputés effectués entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus [alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre f)].

Il s'agit en second lieu de la limitation de l'application des règles relatives aux instruments financiers hybrides, telle que prévue à l'article 9, paragraphe 4, point b) de la directive ATAD. En effet, sans préjudice des règles relatives aux aides d'État, conformément au considérant 17 de la directive ATAD 2, les États membres devraient être en mesure d'exclure du champ d'application de la directive les instruments intragroupe qui ont été émis dans le seul but de satisfaire aux exigences de l'émetteur en matière de capacité d'absorption des pertes et non aux fins d'éviter l'impôt. La limitation en question s'applique jusqu'au 31 décembre 2022.

L'alinéa 3, numéro 2 exclut ainsi l'application des règles primaire et secondaire relatives à la déduction sans inclusion dans le cas de dispositifs hybrides résultant du paiement d'intérêts à une entreprise associée, dans le cadre d'un instrument financier, lorsque :

- l'instrument financier a pour caractéristique la conversion, le renflouement interne ou la dépréciation;
- l'instrument financier a été émis dans le seul but de satisfaire aux exigences en matière de capacité d'absorption des pertes applicables au secteur bancaire et l'instrument financier est reconnu comme tel selon les exigences du contribuable en matière de capacité d'absorption des pertes;
- l'instrument financier a été émis
 - en liaison avec des instruments financiers ayant pour caractéristique la conversion, le renflouement interne ou la dépréciation au niveau de l'entreprise mère,

- au niveau requis pour satisfaire aux exigences applicables en matière de capacité d'absorption des pertes,
 - non dans le cadre d'un dispositif structuré; et
- la déduction nette globale pour le groupe consolidé prévue dans le cadre du dispositif n'exécède pas le montant qu'il aurait atteint si le contribuable avait émis directement sur le marché un tel instrument financier.

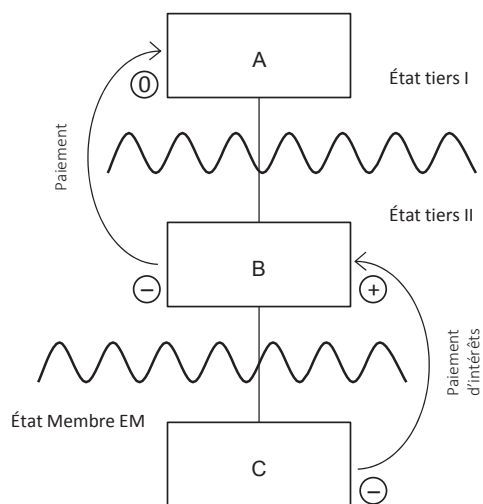
Dans ce contexte, il y a lieu de signaler l'existence d'une autre limitation importante, qui est la limitation de l'application de la règle relative aux instruments financiers hybrides en cas de paiements effectués par un négociant financier, prévue à l'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre a). Dans la logique adoptée par la directive ATAD, le résultat de l'application de l'exception dite du négociant financier est que le paiement représentant le sous-jacent d'un instrument financier transféré ne donne pas lieu à un dispositif hybride [au sens de l'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre a)]. A défaut de dispositif hybride, il n'y a pas lieu d'appliquer les contre-mesures prévues à l'alinéa 3, numéro 2.

L'alinéa 3, numéro 3, qui transpose fidèlement les dispositions de l'article 9, paragraphe 3 de la directive ATAD, a pour objectif d'empêcher des contribuables de recourir à des dispositifs structurés ou à des dispositifs conclus entre des entreprises associées qui permettent de transférer vers le Luxembourg l'effet d'un dispositif hybride conclu à l'étranger au moyen d'un instrument non hybride (par exemple, un prêt ordinaire).

En effet, un dispositif hybride importé peut être planifié entre deux États qui n'ont pas de règles sur les dispositifs hybrides ou qui ont des règles à portée différente. Il y a lieu de relever notamment qu'au regard du considérant 25, il s'agit de refuser une déduction pour tout paiement effectué par un contribuable dans la mesure où ce paiement finance directement ou indirectement une dépense déductible donnant lieu à une double déduction ou une déduction sans inclusion entre des États tiers. Il convient d'illustrer l'alinéa 3, numéro 3 par les exemples ci-dessous.

Effet de D/NI importé :

Exemple 9 :



Supposons les trois organismes à caractère collectif A, B, et C, qui

constituent des entreprises associées.

Les organismes A et B sont résidents dans les États tiers I et II, l'organisme C est résident dans l'État membre EM.

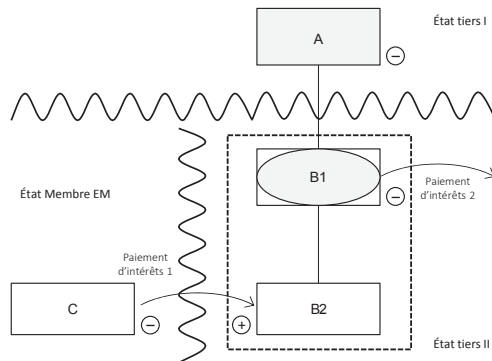
L'organisme C verse des intérêts à l'organisme B. Le paiement est déduit par l'organisme C. Il est pris en compte à la base de calcul du revenu imposable de l'organisme B, mais est compensé par un paiement à l'organisme A sur un prêt subordonné.

Le paiement en vertu du prêt subordonné est déduit dans l'État tiers II, mais est exonéré dans l'État tiers I, générant un effet de D/NI entre les États tiers II et I.

Le dispositif hybride existant entre les États tiers I et II est importé dans l'État membre EM par l'intermédiaire du paiement d'intérêts par l'organisme C.

Effet de DD importé :

Exemple 10 :



Supposons les organismes à caractère collectif A, B2 et C, et un organisme hybride B1. Ces quatre organismes constituent des entreprises associées.

L'organisme C est un organisme collectif résident dans l'État membre EM ; l'organisme B1 est un organisme hybride établi dans l'État tiers II ; l'organisme B2 est un organisme collectif résident dans l'État tiers II ; l'organisme A est un organisme collectif résident dans l'État

tiers I.

L'organisme C verse des intérêts à l'organisme B2 (paiement d'intérêts 1). L'organisme B1 verse des intérêts à un tiers (paiement d'intérêts 2).

Le paiement d'intérêts 1 est déduit par l'organisme C. Il est pris en compte à la base de calcul du revenu imposable de l'organisme B2 dans l'État tiers II, mais il est compensé par le paiement d'intérêts 2 effectué par l'organisme B1, dans le cadre d'un régime de groupe fiscal.

Le paiement d'intérêts est également déduit par l'organisme A, parce que l'organisme B1 est considéré comme transparent dans l'État tiers I.

Ainsi, le paiement d'intérêts 2 génère un effet de DD entre les États tiers I et II.

Le dispositif hybride existant entre les États tiers I et II est importé dans l'État membre EM par l'intermédiaire du paiement d'intérêts 1 par l'organisme C.

Le libellé de l'article 168ter, alinéa 3, numéro 4 L.I.R. qui reprend en substance les dispositions de l'article 9, paragraphe 5 de la directive ATAD, prévoit une règle de fond dans le cas où le Luxembourg est le pays du siège d'un contribuable, qui exploite un établissement stable non pris en compte situé dans un État membre.

La proposition de directive a fourni l'explication suivante : « Dans le cas d'un dispositif utilisant un établissement stable hybride entre plusieurs États membres qui donne lieu à une non-imposition sans inclusion, l'État membre dans lequel le contribuable est résident devrait inclure (et non exonérer) les revenus attribués audit établissement stable » (page 10). Or, ceci est l'objet de l'article 9, paragraphe 5 de la directive ATAD et de sa mesure de transposition en droit national, soit l'article 168ter, l'alinéa 3, numéro 4 L.I.R.

Alinéa 4 – Règle relative aux dispositifs fondés sur la double résidence

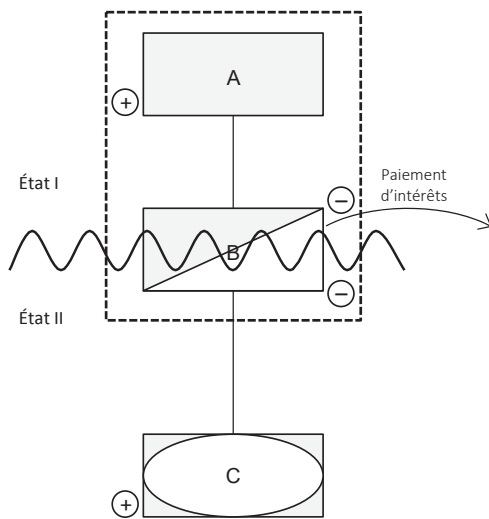
L'alinéa 4, qui transpose l'article 9ter de la directive ATAD, a pour objectif de lutter contre des dispositifs fondés sur la double résidence qui peuvent donner lieu à une double déduction lorsqu'un paiement, une dépense ou une perte dans le chef d'un contribuable à double résidence est déductible au titre des lois des deux juridictions où le contribuable est résident.

L'alinéa 4, tout comme la recommandation 7 du DHR15, ne connaît pas de limitation au niveau de la portée de la règle. Ainsi, la duplication de la déduction doit être refusée concernant un contribuable à double résidence dans la mesure où le paiement, la dépense ou la perte est compensé dans l'autre juridiction par un revenu qui n'est pas un revenu soumis à double inclusion.

Toutefois, lorsque la ou les autres juridictions concernées sont des États membres de l'Union européenne tenus, comme le Grand-Duché de Luxembourg, d'appliquer cette mesure de la directive ATAD, la déduction n'est refusée que dans l'État membre dans lequel le contribuable n'est pas réputé être résident en application de la convention tendant à éviter la double imposition en vigueur entre les États membres concernés.

Il convient d'illustrer un tel dispositif par l'exemple suivant :

Exemple 11 :



Supposons les organismes A, B et C, qui constituent des entreprises associées.

L'organisme A est un organisme collectif résident dans l'État I ; l'organisme C est un organisme hybride inversé établi dans l'État II ; l'organisme B est un organisme collectif résident à la fois dans l'État I et l'État II.

Le paiement d'intérêts par l'organisme B est déduit et compensé dans l'État I par les revenus de l'organisme A dans le cadre d'un régime de groupe fiscal.

Le paiement d'intérêts par l'organisme B est déduit et compensé dans l'État II par les revenus de l'organisme C.

Dès lors, le paiement par l'organisme B fait l'objet d'une double déduction.

Alinéa 5 – Règle relative aux crédits d'impôt multiples dans le cadre d'un transfert hybride

L'alinéa 5, qui transpose les dispositions de l'article 9, paragraphe 6 de la directive ATAD, a pour objectif de lutter contre les transferts hybrides qui ont été conçus de façon à donner lieu à des crédits d'impôt multiples dans plusieurs juridictions au titre de la même retenue d'impôt à la source. En effet, tel que relevé par le considérant 23 de la directive ATAD 2, dans le cas de transferts hybrides structurés de façon à produire un excédent de crédit d'impôt, l'État membre concerné devrait empêcher le payeur d'utiliser le crédit d'impôt pour obtenir un avantage fiscal. Ainsi, la règle de l'article 9, paragraphe 6 de la directive ATAD, qui remédie à de telles situations, consiste à limiter le montant de l'allègement proportionnellement aux revenus nets imposables liés au paiement dans le cadre d'un transfert hybride.

Il y a lieu de préciser qu'il ressort de la directive ATAD, dont l'article 9, paragraphe 6 ne contient notamment pas de référence à des dispositifs hybrides, que la contre-mesure y prévue pour empêcher les duplications de crédits d'impôt a une portée illimitée. Ainsi, le champ d'application de la règle relative aux crédits d'impôt multiples, transposée par l'alinéa 5, n'est pas limité à des cas de figure impliquant le contribuable et ses entreprises associées, des entreprises associées, le siège et l'établissement stable, deux établissements stables ou plus du même organisme, ou un dispositif structuré. Un champ d'application illimité est d'ailleurs également prévu par la recommandation 2.3 du DHR15.

En vertu de la règle relative aux crédits d'impôt multiples dans le cadre d'un transfert hybride, lorsqu'un contribuable et un intervenant étranger sont tous les deux considérés, par leurs juridictions respectives, comme ayant reçu des revenus générés par un instrument financier faisant l'objet d'un transfert hybride, et peuvent, en conséquence, demander tous les deux un crédit d'impôt au titre de l'impôt retenu à la source sur ces revenus, l'imputation sur l'impôt sur le revenu du contribuable est limitée à proportion des revenus nets imposables liés au paiement dans le cadre du transfert hybride.

Il convient de relever que les retenues d'impôt à la source appliquées à de tels paiements dans le cadre de transferts hybrides peuvent être des retenues domestiques, opérées en vertu de l'article 146 L.I.R., ou étrangères.

Le numéro 1^{er} de l'alinéa 5 transpose la limitation prévue par la directive ATAD pour le cas où le paiement dans le cadre du transfert hybride est soumis à une retenue d'impôt à la source domestique. Dans la mesure où un tel transfert hybride est conçu pour donner lieu à un allègement au titre des retenues d'impôt à la source pour un paiement provenant d'un instrument financier transféré à plusieurs des parties concernées, le montant de l'allègement au titre de la retenue d'impôt à la source, qui résulte de l'application de l'article 154, alinéa 1^{er}, numéro 2 L.I.R., est limité en proportion des revenus nets imposables liés au paiement dans le cadre de ce transfert hybride.

Il convient d'illustrer l'application du numéro 1^{er} de l'alinéa 5 par l'exemple suivant :

Exemple 12 :

Le contribuable A et l'intervenant B, établi à l'étranger, ont conclu une convention de prêt de titres aux termes de laquelle B est le prêteur et A est l'emprunteur. Le prêt porte sur des instruments financiers émis par un émetteur établi au Luxembourg.

Dans cet exemple, il est supposé que l'émetteur distribue des dividendes de 100 au titre de ces instruments financiers. Cette distribution est soumise à une retenue d'impôt à la source de 15 pour cent, prélevée par l'émetteur établi au Luxembourg. Aux termes de la convention de prêt, le contribuable A doit verser un paiement de compensation de 85 à B.

En vertu de leur législation interne, A et B sont tous les deux considérés comme ayant reçu un paiement brut de 100 au titre des instruments financiers.

En l'occurrence, le montant des revenus nets imposables du contribuable A liés au paiement dans le cadre du transfert hybride s'élève à $100 - 85 = 15$. Conformément à l'article 168ter, alinéa 5, numéro 1 L.I.R., la retenue d'impôt à la source luxembourgeoise imputable sur la créance d'impôt due par le contribuable A s'élève partant à $15 \times (100 - 85) / 100 = 2,25$.

Le numéro 2 de l'alinéa 5 transpose dans sa première phrase la limitation prévue par la directive ATAD pour le cas où le paiement dans le cadre du transfert hybride est soumis à une retenue d'impôt à la source étrangère. Dans la mesure où un transfert hybride est conçu pour donner lieu à un allègement au titre des retenues d'impôt à la source pour un paiement provenant d'un instrument financier transféré à plusieurs des parties concernées, le montant de l'allègement au titre de la retenue d'impôt à la source étrangère, qui résulte de l'application des dispositions des articles 134bis et 134ter L.I.R., est limité en proportion des revenus nets imposables liés au paiement dans le cadre de ce transfert hybride.

En présence d'un paiement effectué dans le cadre d'un transfert hybride, il convient partant dans une première étape de déterminer l'imputation de l'impôt retenu à l'étranger sur l'impôt luxembourgeois, qui résulte de l'application des articles 134bis et 134ter L.I.R. Dans une seconde étape à l'issue de cette détermination « ordinaire » du montant maximal imputable de l'impôt étranger, il s'agit d'appliquer au montant ainsi dégagé la limitation prévue par la directive ATAD.

La part de l'impôt étranger qui ne peut pas être imputée sur l'impôt sur le revenu luxembourgeois lors de l'application des dispositions de la 1^{re} phrase du numéro 2 de l'alinéa 5 n'est pas admise en déduction du revenu imposable au Luxembourg. Autrement dit, n'est pas déductible la différence entre, d'une part, la fraction imputable « ordinaire » de l'impôt étranger résultant de l'application des règles des articles 134bis et 134ter L.I.R. et, d'autre part, la fraction imputable de l'impôt étranger résultant de l'application de la limite spécifique de la directive ATAD à cette fraction imputable « ordinaire ». Cette non-déductibilité de la part de l'impôt étranger, qui ne peut pas être imputée en conséquence de la limitation en vertu de la 1^{re} phrase du numéro 2 de l'alinéa 5, est proposée par le présent projet de loi afin d'éviter que la contre-mesure de la directive ATAD, à savoir une limitation au niveau du montant imputable de l'impôt retenu à la source sur la cote d'impôt du contribuable, ne soit atténuée par un impact accru au niveau du revenu imposable en conséquence d'une telle limitation de la fraction imputable.

Il convient d'illustrer l'application du numéro 2 de l'alinéa 5 par l'exemple suivant :

Exemple 13 :

Le contribuable A et un intervenant B, établi à l'étranger, sont tous les deux considérés, en vertu de leur législation interne, comme ayant reçu un paiement de 100 au titre d'un instrument financier faisant l'objet d'un transfert hybride. Le paiement de 100 a été soumis à une retenue d'impôt à la source étrangère de 10 pour cent. Le contribuable A doit verser un paiement de compensation à B à hauteur de 90.

En l'occurrence, le montant du total des revenus nets du contribuable A lié au paiement dans le cadre du transfert hybride s'élève à $100 - 90 = 10$.

L'imputation par application des dispositions des articles 134bis et 134ter L.I.R., déterminée dans une première étape, est de 10 (imputation de l'impôt étranger à hauteur de 100 pour cent).

Dans une deuxième étape, en appliquant à ce montant de 10 la limitation prévue par le numéro 2, 1^{re} phrase, la retenue d'impôt à la source étrangère imputable sur l'impôt sur le revenu du contribuable

A s'élève à $10 \times (100 - 90) / 100 = 1$. La part de l'impôt étranger qui ne peut pas être imputée sur l'impôt luxembourgeois, qui s'élève à 9, n'est pas déductible en vertu de l'article 168ter, alinéa 5, numéro 2, 2e phrase L.I.R.

Alinéa 6 – Dispositions en matière de preuve

Le nouvel alinéa 6 de l'article 168ter L.I.R. reprend en substance le dispositif de l'actuel article 168ter, alinéa 4 L.I.R. Dans le cadre du présent projet de loi, il est uniquement proposé d'ajuster légèrement cet alinéa en matière de preuve dans sa dernière phrase, afin de couvrir l'ensemble des dispositions qui sont contenues dans l'article 168ter L.I.R.

Au cas où le contribuable estime que les dispositions des alinéas 3 à 5 du présent article ne s'appliquent pas à son égard, il doit être en mesure de fournir la preuve sur simple demande du bureau d'imposition compétent. En d'autres termes, le contribuable doit pouvoir mettre en mesure le bureau d'imposition de vérifier que dans une situation donnée, il n'y a pas lieu d'appliquer les mesures prévues par la directive ATAD.

Suivant le cas, il incombera donc au contribuable d'apporter les preuves raisonnables pour établir, à la satisfaction de l'administration fiscale, notamment :

- a) qu'il n'y a pas eu recours à un dispositif hybride,
- b) que, dans l'hypothèse où il y a eu recours à un dispositif hybride entraînant une double déduction par le contribuable qui est le payeur, la déduction est refusée dans la juridiction de l'investisseur (application de la règle primaire),
- c) que, dans l'hypothèse où il y a eu recours à un dispositif hybride entraînant une déduction sans inclusion par le contribuable qui est le bénéficiaire, la déduction est refusée dans la juridiction du payeur (application de la règle primaire),
- d) que des paiements ne financent pas, directement ou indirectement, des dépenses déductibles, donnant lieu à un dispositif hybride,
- e) qu'un transfert hybride n'a pas été conçu pour donner lieu à un allègement au titre des retenues d'impôt à la source pour un paiement provenant d'un instrument financier transféré à plusieurs des parties concernées,
- f) que des paiements, dépenses ou pertes ne sont pas déductibles dans la ou les juridictions, dont le contribuable est également considéré comme contribuable résident de revenus qui ne sont pas des revenus soumis à double inclusion.

Concernant, par exemple, des paiements au titre d'un instrument financier, le contribuable doit apprécier le traitement attendu dans la juridiction de la contrepartie et pouvoir justifier de cette appréciation vis-à-vis de l'administration fiscale afin d'établir le bien-fondé au regard de l'article 168ter L.I.R. d'une déduction qu'il entend faire valoir. Il convient de renvoyer notamment au paragraphe 85 du DHR15, cité dans le contexte de l'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre a).

Pour ce qui est d'éléments de législation fiscale étrangère, le contribuable doit être en mesure de les étayer par des informations circonstanciées, objectives et vérifiables.

Ad article 2, 4°

Le présent projet de loi propose d'introduire un nouvel article 168quater L.I.R. à la suite de l'article 168ter L.I.R. afin de transposer l'article 9bis de la directive ATAD, qui, en vertu de son article 1^{er}, paragraphe 2, s'applique aux entités considérées comme fiscalement transparentes.

Rappelons que l'article 168ter, alinéa 3, numéro 2, lettre a) L.I.R. transpose la règle primaire consistant dans le refus de déduction qui s'applique lorsqu'un dispositif hybride donne lieu à une déduction sans inclusion. Cette règle s'applique à partir de 2020 entre autres en cas de paiement en faveur d'un organisme hybride inversé [article 168ter, alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre b) L.I.R.]. Or, avec effet à partir de 2022, une règle additionnelle spécifique qui fera l'objet de l'article 168quater, alinéa 1^{er} L.I.R. et qui transposera l'article 9bis, paragraphe 1^{er} de la directive ATAD, sera introduite qui concernera le traitement fiscal des organismes hybrides inversés.

Cette mesure spécifique s'appliquera, à l'instar de l'article 9bis de la directive ATAD, aux organismes hybrides constitués ou établis au Grand-Duché de Luxembourg que le Grand-Duché considère comme transparents à des fins fiscales, lorsqu'une ou plusieurs entreprises associées au sens de l'article 168ter, alinéa 1^{er}, numéro 17 L.I.R. non résidentes détenant globalement un intérêt direct ou indirect de

cinquante pour cent ou plus des droits de vote, des participations au capital ou des droits de participation aux bénéficiaires de ces organismes ou dispositifs, se situent dans une juridiction ou des juridictions qui considèrent ces organismes hybrides comme une personne imposable au Grand-Duché. Au regard de la définition de l'expression « entité hybride » transposée à l'article 168^{ter}, alinéa 1^{er}, numéro 10 L.I.R., l'article 168^{quater} L.I.R. visera les organismes au sens de l'article 175 L.I.R. et les dispositifs constitués ou établis au Grand-Duché de Luxembourg, dont les revenus sont considérés comme les revenus d'une ou de plusieurs autres personnes physiques ou organismes au sens des articles 159, 160 ou 175 L.I.R.

En vertu de l'article 168^{quater} L.I.R., un tel organisme ou dispositif constitué ou établi au Grand-Duché de Luxembourg sera considéré comme résident et l'impôt sur le revenu des collectivités s'appliquera à ses revenus dans la mesure où ses revenus ne sont pas par ailleurs imposés selon la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ou selon la loi de toute autre juridiction. L'organisme ou le dispositif sera ainsi considéré à raison de tels revenus comme contribuable, et redevable de l'impôt sur le revenu des collectivités sur ces revenus.

Cette mesure ne s'appliquera pas aux revenus d'un tel organisme ou dispositif constitué ou établi au Grand-Duché de Luxembourg dans la mesure où il s'agit de revenus indigènes au sens de l'article 156 L.I.R. en raison desquels sont imposés au Luxembourg des contribuables non résidents. Ce n'est que dans ce dernier cas qu'en l'occurrence les dispositions du paragraphe 215, alinéa 2 de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (*Abgabenordnung*, ci-après « AO ») en matière d'établissement séparé et en commun s'appliqueront.

La règle de l'article 168^{quater} L.I.R. ne s'appliquera pas non plus dans la mesure où des revenus d'un tel organisme ou dispositif constitué ou établi au Grand-Duché de Luxembourg sont imposés à l'étranger.

Les dispositifs faisant l'objet d'une adaptation en vertu de l'article 168^{quater} L.I.R. ne devraient pas faire l'objet d'une quelconque autre adaptation en vertu des règles relatives aux dispositifs hybrides. Tel ressort du considérant 29 de la directive ATAD 2.

En vertu de l'alinéa 2 qui porte transposition de l'article 9^{bis}, paragraphe 2 de la directive ATAD, l'alinéa 1^{er} ne s'appliquera pas aux organismes de placement collectif tels que définis par la directive ATAD. Sont dès lors visés les organismes de placement collectif luxembourgeois au sens de la loi du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif, les fonds d'investissement spécialisés au sens de la loi du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés ainsi que les fonds d'investissement alternatifs réservés au sens de la loi du 23 juillet 2016 relative aux fonds d'investissement alternatifs réservés. Sont également visés les autres fonds d'investissement alternatifs qui n'entrent pas dans une de ces catégories tout en étant couverts par la loi du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs, à condition d'être détenus de manière large, de posséder un portefeuille de titres diversifié limitant l'exposition au risque marché et d'être assujettis aux obligations relatives à la protection des investisseurs.

Tout comme l'article 168^{ter} L.I.R., l'article 168^{quater} L.I.R. contiendra une disposition en matière de preuve dans son dernier alinéa. Le contribuable devra pouvoir mettre le bureau d'imposition en mesure de vérifier, sur sa simple demande, qu'il n'y aura pas lieu de procéder à un ajustement au titre de l'article 168^{quater} L.I.R.

L'article 168^{quater} L.I.R. sera applicable à partir de l'année d'imposition 2022.

Ad article 3

L'adaptation proposée de l'article 175, alinéa 1^{er} L.I.R. s'impose en conséquence de la transposition à l'article 168^{quater} L.I.R. de la règle contenue à l'article 9^{bis} de la directive ATAD, qui revient dans certaines circonstances à refuser la transparence fiscale aux organismes visés à l'article 175, alinéa 1^{er} L.I.R. dans la mesure où les revenus de ces organismes ne sont pas par ailleurs imposés, ni au Grand-Duché de Luxembourg ni dans toute autre juridiction.

Ad article 4

L'article 168^{quater} L.I.R. qualifie dans certaines circonstances les organismes hybrides y visés, c'est-à-dire les organismes au sens de l'article 175 L.I.R. et les dispositifs, de contribuables résidents, mais seulement dans la mesure où leurs revenus sont soumis à l'impôt sur le revenu des collectivités par application de la mesure contenue à l'article 168^{quater} L.I.R.

En considérant qu'un assujettissement à l'impôt sur la fortune n'est pas requis par la directive ATAD aux fins de la transposition de l'article 9*bis*, il est proposé dans le cadre du présent projet de loi d'exonérer ces organismes et dispositifs considérés au titre de l'article 168*quater* L.I.R. comme des contribuables résidents en matière de l'impôt sur la fortune.

Ad article 5

L'adaptation proposée du paragraphe 11*bis* de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 s'impose en conséquence de la transposition à l'article 168*quater* L.I.R. de la règle contenue à l'article 9*bis* de la directive ATAD, qui revient dans certaines circonstances à refuser la transparence fiscale aux organismes visés au présent paragraphe 11*bis* dans la mesure où les revenus de ces organismes ne sont pas par ailleurs imposés, ni au Grand-Duché de Luxembourg ni dans toute autre juridiction.

Ad article 6

Dans les cas où s'appliquera la mesure spécifique de l'article 168*quater* L.I.R., les organismes au sens de l'article 175 L.I.R. et les dispositifs, dont les revenus sont considérés comme les revenus d'une ou de plusieurs autres personnes physiques ou organismes au sens des articles 159, 160 ou 175 L.I.R., constitués ou établis au Grand-Duché de Luxembourg, deviendront résidents et l'impôt sur le revenu des collectivités s'appliquera à leurs revenus dans la mesure où leurs revenus ne sont pas par ailleurs imposés au Grand-Duché de Luxembourg ou à l'étranger. Les organismes ou les dispositifs seront donc redevables eux-mêmes de l'impôt sur le revenu des collectivités à raison de tels revenus.

Les dispositions du paragraphe 215, alinéa 2 AO en matière d'établissement séparé et en commun ne pourront donc pas trouver à s'appliquer dans la mesure où des revenus d'un tel organisme ou dispositif seront soumis dans son propre chef à l'impôt sur le revenu des collectivités par application de l'article 168*quater* L.I.R. Ceci est précisé de manière explicite par la nouvelle phrase que le présent projet de loi propose d'insérer à la fin de l'alinéa 2 du paragraphe 215 AO.

Les dispositions du paragraphe 215, alinéa 2 AO en matière d'établissement séparé et en commun resteront d'application si, ou dans la mesure où, la règle de l'article 168*quater* L.I.R. ne s'appliquera pas.

Ad article 7

La mise en vigueur se fait en deux étapes, conformément à l'article 2 de la directive ATAD 2. Les dispositions concernant les articles 9 et 9*ter* de la directive ATAD s'appliquent aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2020.

En ce qui concerne l'article 9*bis*, la directive ATAD 2 prévoit à son égard une mise en vigueur décalée de deux années. Il s'ensuit que la mesure additionnelle prévue à l'article 168*quater* L.I.R. et les modifications afférentes s'appliquent à partir de l'année d'imposition 2022.

*

TABLE DE CONCORDANCE

Lois fiscales à modifier

Le projet de loi est consacré à la transposition en droit national de la Directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers.

En ce qui concerne la loi concernant l'impôt sur le revenu, la transposition affecte principalement le Titre II consacré à l'impôt sur le revenu des collectivités (« I.R.C. »). L'article 168*ter* L.I.R. est remplacé. Un article 168*quater* (organismes hybrides inversés) est nouvellement inséré dans le corps du Titre II. Sont encore modifiés les articles 164*ter* et 168*bis* L.I.R.

Il y a également lieu de modifier les articles 134*bis*, 134*ter* et 154 L.I.R. (limitation des imputations au titre des retenues d'impôt à la source dans le cadre d'un transfert hybride) du Titre I concernant l'impôt sur le revenu des personnes physiques.

D'autres modifications ont trait à l'article 175 L.I.R. du Titre III concernant des dispositions additionnelles et transitoires, au paragraphe 11*bis* de la loi modifiée d'adaptation fiscale du 16 octobre 1934 et au paragraphe 215 de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931.

Finalement, la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune est encore modifiée [paragraphe 3 Vermögensteuergesetz (« VStG »)].

Tableau de concordance

Référence à la directive	Objet	Référence aux lois L.I.R./ /StAnpG/ AO/VStG
Article 1 ^{er} de la directive 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers (directive ATAD 2)	<ul style="list-style-type: none"> – Modification de l'article 1^{er} (Champ d'application) (1) et de l'article 2 (Définitions) (2) de la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers (directive ATAD) ; – Remplacement de l'article 9 (Dispositifs hybrides) (3) de la directive ATAD; – Insertion des articles 9bis (Dispositifs hybrides inversés) (4) et 9ter (Asymétries liées à la résidence fiscale) (5) dans la directive ATAD. 	
	(1) Modification portée à l'article 1 ^{er} de la directive ATAD (Champ d'application)	Articles 168quater et 175 L.I.R., paragraphe 11bis StAnpG
	(2) Modification portée à l'article 2 de la directive ATAD (Définitions)	Article 168ter L.I.R.
	(3) Remplacement de l'article 9 de la directive ATAD (Dispositifs hybrides)	Articles 168ter L.I.R., Articles 134bis, 134ter et 154 L.I.R.
	(4) Insertion de l'article 9bis dans la directive ATAD (Dispositifs hybrides inversés)	Articles 168quater et 175 L.I.R., paragraphe 3 VStG, paragraphe 11bis StAnpG, paragraphe 215 AO
	(5) Insertion de l'article 9ter dans la directive ATAD (Asymétries liées à la résidence fiscale)	Article 168ter L.I.R.
Article 2 de la directive ATAD 2	Entrée en vigueur	Article 7 du projet de loi

*

TEXTES COORDONNES

Modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu

Art. 134bis (1) ~~Lorsqu'un~~ Sous réserve des dispositions de l'article 168ter, alinéa 5, numéro 2, lorsqu'un contribuable résident pleinement imposable a des revenus provenant d'un État avec lequel le Grand-Duché n'a pas conclu de convention tendant à éviter la double imposition et qui sont soumis dans cet autre État à un impôt correspondant à l'impôt luxembourgeois sur le revenu, la fraction d'impôt correspondant à ces revenus est réduite à concurrence de l'impôt établi et payé à l'étranger. Si l'impôt étranger est établi ou modifié après l'imposition, celle-ci est révisée s'il y a lieu, à moins qu'il n'y ait prescription. Les dispositions qui précèdent sont applicables séparément par État de provenance des revenus.

Un règlement grand-ducal pourra

- a) prévoir que les réductions de l'impôt sur le revenu qui résultent de l'application des dispositions qui précèdent ne pourront pas avoir pour effet de réduire l'impôt luxembourgeois sur le revenu grevant les revenus étrangers au-delà d'un pourcentage à fixer. Ces réductions peuvent être différenciées suivant la nature des revenus visés à l'alinéa 2;
- b) décréter, dans les conditions et sous les limitations qu'il établira, que l'application des dispositions de l'alinéa qui précède se fera, par dérogation à la dernière phrase de celui-ci soit sur une base globale, soit par régions de provenance des revenus pouvant comprendre chacune une pluralité d'États.

(2) Sont à considérer en vue de l'application de l'alinéa qui précède, comme revenus provenant d'un autre État:

1. Le bénéfice commercial réalisé par un établissement stable sis à l'étranger ou par l'intermédiaire d'un représentant permanent opérant dans un autre État et les revenus de la nature de ceux visés aux N^{os} 4, 7 et 8 ci-après, pour autant que ces revenus font partie du bénéfice commercial ;
2. Le bénéfice agricole et forestier provenant d'une exploitation agricole ou forestière sise à l'étranger et les revenus de la nature de ceux visés aux N^{os} 4, 7 et 8 ci-après, pour autant que ces revenus dépendent de l'exploitation agricole ou forestière ;
3. Le revenu provenant de l'exercice d'une profession libérale, lorsque l'activité afférente est ou a été exercée ou mise en valeur dans un autre État et les revenus de la nature de ceux visés aux N^{os} 4, 7 et 8 ci-après, pour autant que ces revenus font partie des revenus provenant de l'exercice de la profession libérale ;
4. Les revenus provenant de la réalisation
 - a) de biens dépendant de l'actif net investi d'une entreprise, d'une exploitation agricole ou forestière ou de biens servant à l'exercice d'une profession libérale, lorsque les biens sont situés dans un autre État ;
 - b) de parts de sociétés de capitaux, lorsque la société a son siège statutaire et son administration centrale à l'étranger ;
5. Les revenus provenant d'une occupation salariée qui est exercée ou mise en valeur dans un autre État et les revenus alloués par des caisses publiques étrangères en considération d'une occupation salariée actuelle. Les revenus alloués par des caisses publiques indigènes, y compris les caisses de la société nationale des chemins de fer luxembourgeois en considération d'une occupation salariée actuelle, ne sont pas à considérer comme provenant d'un autre État, lorsque l'occupation est exercée dans cet autre État ;
6. a) les pensions visées à l'alinéa 1^{er}, N^o 1 de l'article 96, lorsque l'occupation salariée génératrice de ces pensions a été exercée ou mise en valeur dans un autre État ou lorsque les pensions sont allouées par une caisse publique étrangère. Encore que l'occupation ait été exercée à l'étranger les pensions allouées par des caisses publiques indigènes, y compris les caisses de la société nationale des chemins de fer luxembourgeois, ne sont toutefois pas à considérer comme provenant d'un autre État,
 - b) les arrérages de rentes, pensions et autres allocations visés à l'alinéa 1^{er}, N^{os} 2 et 3 de l'article 96, lorsque le débiteur du revenu a son domicile fiscal ou son administration centrale dans un autre État ;
7. Les revenus provenant de capitaux mobiliers, lorsque le débiteur du revenu a son domicile fiscal ou son administration centrale dans un autre État ;
8. Les revenus provenant de la location de biens, lorsque les biens immobiliers ou les universalités de biens visés par l'article 98 ou les substances minérales ou fossiles génératrices des revenus visés par l'article 98, alinéa 1^{er} N^o 2 sont situés dans un autre État ou lorsque les droits et informations visés sub 3 de l'alinéa 1^{er} de l'article 98 sont mis en valeur dans un autre État ;
9. Les revenus dégagés par application des articles 99*bis* et 99*ter*, lorsque les biens réalisés sont situés dans un autre État.

Un règlement grand-ducal pourra:

- a) assimiler aux impôts correspondant à l'impôt luxembourgeois sur le revenu des impôts personnels sur le revenu perçus par des collectivités locales étrangères,
- b) étendre, aux conditions et sous les limitations et modalités à prévoir, l'application du présent article à des revenus visés à l'alinéa 2 qui proviennent d'un État avec lequel le Grand-Duché a conclu une convention tendant à éviter la double imposition,
- c) édicter des prescriptions concernant la justification du paiement de l'impôt à l'étranger,
- d) obliger les contribuables à déclarer les réductions ultérieures d'impôts payés à l'étranger,
- e) prévoir une fixation forfaitaire de l'impôt étranger imputable en vertu de l'alinéa 1^{er},
- f) rendre applicable, aux conditions et suivant les modalités à déterminer, le présent article à des contribuables résidents non imposables pleinement et à des établissements stables indigènes de contribuables non résidents.

Art. 134ter (1) ~~En~~ Sous réserve des dispositions de l'article 168ter, alinéa 5, numéro 2, en vue de la détermination de la fraction d'impôt correspondant aux revenus visés à l'article 134bis, ainsi que de la fraction d'impôt sur laquelle un impôt étranger est à imputer en vertu d'une convention internationale, les règles ci-dessous sont à observer.

(2) Un sous-total des revenus nets est à établir séparément, par application des dispositions de l'article 7, alinéa 2, pour chaque revenu ou groupe de revenus pour lequel la fraction d'impôt est à déterminer ainsi que pour les autres revenus. Les pertes sont à prendre en considération pour l'établissement du sous-total auquel appartiendrait le revenu positif correspondant. En vue de l'application de l'article 114 concernant le report de pertes, les pertes sont à considérer comme non compensées dans la mesure où elles ne peuvent pas être compensées avec des revenus positifs lors de l'établissement du sous-total. Le total des revenus nets au sens du ~~pré~~ article 7, alinéa 2 est égal à la somme des sous-totaux positifs, les sous-totaux négatifs étant négligés.

(3) Le revenu imposable est égal au total des revenus nets diminué des dépenses spéciales visées à l'article 109. Les pertes reportables ne sont à prendre en considération toutefois comme dépenses déductibles au titre de l'année considérée qu'à concurrence, au maximum, du sous-total des revenus nets auxquels elles se rapportent. Lorsque plusieurs pertes à prendre en considération selon la phrase qui précède ne sont pas intégralement déductibles, parce qu'elles dépassent avec les autres dépenses spéciales le total des revenus nets, la déduction se règle en proportion des montants de pertes prises en considération.

(4) Sauf en cas d'application de l'alinéa 5 ci-après la fraction d'impôt correspondant à un revenu ou à un groupe de revenus est déterminée en scindant l'impôt total d'après le rapport entre le sous-total des revenus nets correspondant et la somme des sous-totaux nets constituant le total des revenus nets. Au cas où les dépenses spéciales déduites du total des revenus nets comprennent des pertes reportées en vertu de l'article 114, ces pertes reportées sont à retrancher des sous-totaux de revenus nets auxquels elles se rapportent avant le calcul à faire en vertu de la phrase qui précède.

(5) Lorsque le contribuable dispose de revenus extraordinaires au sens de l'article 132, les règles spéciales ci-après sont à observer:

- a) après l'établissement du revenu imposable ajusté au sens de l'article 126 et après l'application de l'article 131 alinéa 3 les revenus extraordinaires doivent être réduits le cas échéant au montant du sous-total de revenus nets auxquels ils appartiennent, ce sous-total étant lui-même préalablement diminué des pertes reportées déduites au titre des dépenses spéciales qui se rapportent à ce sous-total ;
- b) en vue de la détermination de la fraction d'impôt correspondant à un revenu ou à un groupe de revenus, seul l'impôt correspondant au revenu ordinaire au sens de l'article 131, alinéa 2 (impôt ordinaire) est à scinder d'après les règles faisant l'objet de l'alinéa 4. A cet effet chaque sous-total, réduit à concurrence des pertes reportées déduites comme dépenses spéciales, est à diminuer préalablement en outre d'un montant égal aux revenus extraordinaires imposés distinctement qu'il comprend. La fraction d'impôt correspondant à un revenu ou à un groupe de revenus est ensuite fixée en ajoutant à la part d'impôt ordinaire y relative l'impôt sur les revenus extraordinaires compris dans le sous-total correspondant.

(6) Un règlement grand-ducal peut prévoir, dans les limites et sous les conditions à fixer, un système simplifié de détermination de la fraction d'impôt correspondant à un revenu ou à un groupe de revenus compris dans le revenu imposable.

Art. 154 (1) Sont imputés sur la créance d'impôt due au titre d'une année d'imposition:

1. les modérations d'impôt pour enfants sous forme de dégrèvement d'impôt visées à l'article 122, alinéa 3, ainsi que, le cas échéant, les bonifications d'impôt pour enfants visées à l'article 123bis ;
2. l'impôt retenu à la source pour autant qu'il se rapporte à des revenus soumis à l'assiette pour cette année l'impôt retenu à la source pour autant qu'il se rapporte à des revenus soumis à l'assiette pour cette année et sous réserve des dispositions de l'article 168ter, alinéa 5, numéro 1^{er}, ainsi que le crédit d'impôt monoparental visé à l'article 154ter d'après les dispositions prévues à l'article 154bis ;

3. l'impôt retenu à l'étranger en application de la directive modifiée 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, telle qu'elle a été modifiée ou des conventions internationales directement liées à cette directive pour l'année d'imposition précitée; cette imputation est toutefois réservée à la retenue européenne qui n'est pas imputée sur le prélèvement libératoire prévu par l'article 6bis de la loi modifiée du 23 décembre 2005 portant introduction d'une retenue à la source libératoire sur certains intérêts produits par l'épargne mobilière. La retenue d'impôt européenne opérée au Luxembourg en application des dispositions mentionnées ci-devant est également imputable si elle est en relation avec des revenus indigènes d'un contribuable non résident.
4. les avances versées pour l'année d'imposition précitée.

(2) Lorsque la créance d'impôt sur le revenu est supérieure à la somme des déductions prévues à l'alinéa premier, le solde d'impôt, préalablement arrondi au multiple inférieur d'un euro, est à verser dans le mois de la notification du bulletin d'impôt, le jour de la notification n'étant pas compté.

(3) Sont à verser dès la notification du bulletin d'impôt:

- a) l'impôt ou le solde d'impôt dû à la suite d'une imposition établie par application des dispositions du troisième alinéa de l'article 117 ;
- b) la part du solde d'impôt qui correspond aux avances devenues exigibles durant l'année d'imposition mais non encore réglées.

(4) Un règlement grand-ducal fixera le mode de notification des bulletins d'impôt et en général de toutes pièces et communications émises par l'administration en vertu de la présente loi.

(5) La retenue d'impôt sur les traitements et salaires n'est pas sujette à restitution lorsque la retenue a été opérée à charge des salariés qui sont contribuables résidents pendant une partie de l'année seulement parce qu'ils s'établissent au pays ou parce qu'ils quittent le pays au courant de l'année.

(6) Les contribuables résidents pendant une partie de l'année seulement peuvent demander, à condition de justifier leurs revenus annuels par des documents probants, à être imposés, par dérogation à l'article 6, alinéa 3, comme s'ils avaient été contribuables résidents pendant toute l'année. Dans ce cas, et par dérogation à l'alinéa 5, l'excédent de la retenue d'impôt sur les traitements et salaires sur la cote d'impôt établie d'après le régime d'imposition des contribuables résidents est restituable.

(6a) Sous réserve des dispositions de l'article 149, alinéa 4a, les retenues sur les revenus de capitaux dûment opérées ne sont pas sujettes à restitution.

(7) Lorsque la créance d'impôt sur le revenu est inférieure à la somme des déductions prévues à l'alinéa premier, l'excédent payé est, dès la notification du bulletin, à imputer sur d'autres créances exigibles du même contribuable ou, à défaut, à rembourser d'office à ce dernier.

(8) Par dérogation à l'alinéa 7, en cas d'imposition selon les dispositions de l'article 3ter, alinéa 3 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, l'excédent payé n'est ni imputable sur d'autres créances exigibles du même contribuable, ni restituable pendant une période de six mois à partir de la notification du bulletin. Cette dérogation est toutefois limitée au montant pour lequel le contribuable peut être rendu responsable suivant le paragraphe 7bis de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz »). L'excédent payé est à imputer sur d'autres créances exigibles du même contribuable ou, à défaut, à rembourser d'office à ce dernier au plus tôt dès la notification du bulletin engageant la responsabilité du contribuable suivant le paragraphe 7bis précité et le paragraphe 118 de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 et au plus tard dès l'écoulement du délai de six mois à partir de la notification du bulletin d'impôt. L'imputation de l'excédent payé se fait en priorité sur la créance pour laquelle le contribuable a été rendu responsable suivant les paragraphes 7bis et 118 précités.

Art. 164ter (1) Au sens de la présente loi, on entend par société étrangère contrôlée un organisme à caractère collectif ou un établissement stable, dont les revenus ne sont pas imposables ou sont exonérés au Luxembourg lorsque les conditions suivantes sont simultanément remplies :

1. dans le cas d'un organisme à caractère collectif, le contribuable, à lui seul ou avec ses entreprises associées,
 - a) soit détient une participation directe ou indirecte de plus de 50 pour cent des droits de vote dans cet organisme à caractère collectif,
 - b) soit possède, directement ou indirectement, plus de 50 pour cent du capital dans cet organisme à caractère collectif,
 - c) soit est en droit de recevoir plus de 50 pour cent des bénéfices de cet organisme à caractère collectif ;
2. l'impôt réel en relation avec le revenu réalisé par l'organisme à caractère collectif ou l'établissement stable au sens de l'alinéa 1^{er}, établi et payé par celui-ci, est inférieur à la différence entre, d'une part, l'impôt sur le revenu des collectivités qui aurait été supporté par l'organisme à caractère collectif ou l'établissement stable au sens de l'alinéa 1^{er} conformément aux dispositions de la présente loi et, d'autre part, l'impôt réel en relation avec le revenu réalisé par l'organisme à caractère collectif ou l'établissement stable au sens de l'alinéa 1^{er}, établi et payé par celui-ci. Aux fins du numéro 2, l'établissement stable d'un organisme à caractère collectif au sens de l'alinéa 1^{er}, qui n'est pas imposable ou qui est exonéré d'impôt sur le territoire où il est situé, n'est pas pris en considération.

On entend par impôt réel au sens du numéro 2, l'impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités.

Par contribuable, il y a lieu d'entendre aux fins du présent article un organisme visé par l'article 159 ou un établissement stable indigène d'un organisme visé par l'article 160, alinéa 1^{er}.

N'est pas visée par le présent article, une société étrangère contrôlée qui

- a) réalise un bénéfice suivant le bilan commercial qui n'est pas supérieur à 750 000 euros ; ou
- b) réalise un bénéfice suivant le bilan commercial qui ne dépasse pas 10 pour cent des coûts de fonctionnement pendant l'exercice d'exploitation. Les coûts de fonctionnement ne peuvent pas inclure le coût des biens vendus en dehors de l'État, dans lequel l'organisme à caractère collectif au sens de l'alinéa 1^{er} a sa résidence, ou dans lequel l'établissement stable au sens de l'alinéa 1^{er} est situé, à des fins fiscales, ni les paiements aux entreprises associées.

(2) Par ~~entreprise associée au sens de la présente loi~~ entreprise associée au sens du présent article, il y a lieu d'entendre :

- a) un organisme au sens des articles 159, 160 ou 175, dans lequel le contribuable détient, directement ou indirectement, une participation de 25 pour cent ou plus des droits de vote ou du capital, ou dont il est en droit de recevoir 25 pour cent ou plus des bénéfices ;
- b) une personne physique ou un organisme au sens des articles 159, 160 ou 175 qui détient, directement ou indirectement, une participation de 25 pour cent ou plus des droits de vote ou du capital du contribuable, ou qui est en droit de recevoir 25 pour cent ou plus des bénéfices de ce contribuable.

Si une personne physique ou un organisme au sens des articles 159, 160 ou 175 détient, directement ou indirectement, une participation de 25 pour cent ou plus en termes de droits de vote ou de capital d'un contribuable et d'un ou de plusieurs organismes, tous les organismes concernés, y compris le contribuable, sont également considérés comme des entreprises associées.

En ce qui concerne les participations indirectes détenues par le contribuable, le respect des critères énoncés au présent alinéa est déterminé en multipliant les taux de détention successivement aux différents niveaux.

(3) Les revenus nets d'un exercice d'exploitation déterminé de la société étrangère contrôlée qui ne sont pas distribués au courant du même exercice d'exploitation au contribuable et qui proviennent de montages non authentiques mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal, sont à inclure dans le revenu net du contribuable.

Aux fins du présent alinéa, un montage ou une série de montages sont considérés comme non authentiques lorsque la société étrangère contrôlée ne posséderait pas les actifs qui sont la source de tout ou partie de ses revenus ni n'aurait pris les risques qui y sont associés si elle n'était pas contrôlée par un contribuable où les fonctions importantes liées à ces actifs et risques sont assurées et jouent un rôle essentiel dans la création des revenus de la société étrangère contrôlée.

(4) La détermination du revenu net de la société étrangère contrôlée, qui est à inclure dans le revenu net du contribuable, suit les règles suivantes :

1. les revenus nets à inclure rangent dans la catégorie de revenu du bénéficiaire commercial et sont limités aux montants générés par les actifs et les risques liés aux fonctions importantes assumées par le contribuable exerçant le contrôle. L'affectation des revenus d'une société étrangère contrôlée est calculée selon le principe de pleine concurrence tel que prévu aux articles 56 et 56*bis*. Ne sont déductibles que les dépenses d'exploitation qui sont en connexion économique avec les revenus à inclure ;
2. lorsque le total des revenus nets de la société étrangère contrôlée à inclure est négatif, il n'est pas inclus dans le revenu net du contribuable ;
3. lorsque le total des revenus nets de la société étrangère contrôlée à inclure est positif, le contribuable peut déduire jusqu'à concurrence de ce total les revenus nets négatifs qui n'ont pas été déductibles conformément au numéro 2 ci-avant au titre d'un exercice d'exploitation antérieur et qui n'ont pu être déduits pendant aucun exercice d'exploitation postérieur par application des dispositions du présent alinéa. Seuls les revenus nets négatifs réalisés par une société étrangère contrôlée après l'entrée en vigueur du présent article sont déductibles ;
4. le total des revenus nets à inclure dans le revenu net du contribuable est calculé au prorata de la participation au sens de l'alinéa 1^{er}, numéro 1, détenue par le contribuable dans l'organisme à caractère collectif au sens de l'alinéa 1^{er} ;
5. les revenus nets à inclure sont imposés au titre de l'exercice d'exploitation au cours duquel l'exercice d'exploitation de la société étrangère contrôlée se termine ;
6. lorsque la société étrangère contrôlée est un organisme à caractère collectif qui distribue des bénéfices au contribuable et que ces bénéfices distribués sont inclus dans le revenu net du contribuable, les montants des revenus nets précédemment inclus dans les revenus nets du contribuable en sont déduits jusqu'à concurrence du montant imposable de ces distributions de bénéfices ;
7. lorsque le contribuable cède des titres d'une participation détenue de manière directe ou indirecte dans le capital d'un organisme à caractère collectif au sens de l'alinéa 1^{er} ou l'activité exercée par un établissement stable au sens de l'alinéa 1^{er}, et que la part de la plus-value afférente à cette cession a été incluse précédemment dans le revenu net du contribuable, les montants des revenus nets précédemment inclus dans les revenus nets du contribuable sont déduits de la plus-value afférente à cette cession jusqu'à concurrence du montant imposable de cette plus-value ;
8. conformément aux dispositions des articles 134*bis* et 134*ter*, la fraction d'impôt correspondant au total des revenus nets à inclure dans le revenu net du contribuable est réduite, au prorata de sa participation, à concurrence de l'impôt qui correspond à ce même total des revenus nets, établi et payé à l'étranger par la société étrangère contrôlée.

Art. 168*bis* (1) Au sens du présent article, on entend par :

- 1) contribuable : un organisme visé par l'article 159 ou un établissement stable indigène d'un organisme visé par l'article 160, alinéa 1^{er} ;
- 2) coûts d'emprunt : les charges d'intérêts sur toutes les formes de dette, les autres coûts économiquement équivalents à des intérêts et les charges supportées dans le cadre de financements, notamment, mais pas exclusivement,
 - les rémunérations dues sur des prêts participatifs,
 - les intérêts imputés sur des instruments, tels que des obligations convertibles et des obligations sans coupon,
 - les montants déboursés au titre de mécanismes de financement alternatifs, du type finance islamique,
 - les intérêts dus au titre de contrats de crédit-bail,
 - les intérêts capitalisés inclus dans la valeur de l'actif correspondant inscrit au bilan, ou l'amortissement des intérêts capitalisés,
 - les montants mesurés par référence à un rendement financier en vertu des règles d'établissement des prix de transfert, le cas échéant,
 - les intérêts notionnels au titre d'instruments dérivés ou de contrats de couverture portant sur les emprunts d'un organisme,

- certains gains et pertes de change sur emprunts et instruments liés à des financements,
 - les frais de garantie concernant des accords de financement,
 - les frais de dossier et frais similaires liés à l'emprunt de fonds ;
- 3) surcoûts d'emprunt : le montant du dépassement des coûts d'emprunt déductibles supportés par un contribuable par rapport aux revenus d'intérêts imposables et autres revenus imposables économiquement équivalents réalisés par ce contribuable ;
- 4) EBITDA : le total des revenus nets majoré des surcoûts d'emprunt visés au numéro 3, des amortissements calculés d'après les articles 29 à 34 et des déductions pour dépréciation qui ont été opérées. Sont exclus du calcul de l'EBITDA, les revenus exonérés d'impôts et les dépenses d'exploitation qui sont en connexion économique avec ces mêmes revenus exonérés ;
- 5) projet d'infrastructures publiques à long terme : un projet reconnu d'intérêt public visant à fournir, à améliorer, à exploiter ou à conserver un actif de grande ampleur ;
- 6) entité autonome : un contribuable qui ne fait pas partie d'un groupe consolidé à des fins de comptabilité financière et qui n'a pas d'entreprise associée associée au sens de l'article 164ter, alinéa 2 ou pas d'établissement stable situé dans un État autre que le Luxembourg ;
- 7) entreprises financières :
- a) un établissement de crédit, une entreprise d'investissement au sens de l'article 4, paragraphe 1^{er}, point 1), de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, un gestionnaire de fonds d'investissement alternatifs au sens de l'article 4, paragraphe 1^{er}, point b), de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) no 1060/2009 et (UE) no 1095/2010 ou une société de gestion d'OPCVM (organisme de placement collectif en valeurs mobilières) au sens de l'article 2, paragraphe 1^{er}, point b), de la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) ;
 - b) une entreprise d'assurance au sens de l'article 13, point 1), de la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II) ;
 - c) une entreprise de réassurance au sens de l'article 13, point 4), de la directive 2009/138/CE précitée ;
 - d) une institution de retraite professionnelle relevant du champ d'application de la directive 2003/41/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 juin 2003 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle, sauf si un État membre a choisi de ne pas appliquer ladite directive en tout ou partie à cette institution conformément à l'article 5 de cette directive, ou le délégué d'une institution de retraite professionnelle visé à l'article 19, paragraphe 1^{er}, de ladite directive ;
 - e) les institutions de retraite gérant des régimes de retraite qui sont considérés comme des régimes de sécurité sociale relevant du règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et du règlement (CE) no 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) no 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, ainsi que toute entité juridique créée aux fins d'investissements de tels régimes ;
 - f) un fonds d'investissement alternatif, ci-après « FIA », géré par un gestionnaire de fonds d'investissement alternatifs au sens de l'article 4, paragraphe 1^{er}, point b), de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010, ou un FIA surveillé en vertu de la loi modifiée du 15 juin 2004 relative à la Société d'investissement en capital à risque (SICAR) ;
 - g) les OPCVM au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives,

réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) ;

- h) les contreparties centrales au sens de l'article 2, point 1), du règlement (UE) no 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux ;
- i) les dépositaires centraux de titres au sens de l'article 2, paragraphe 1^{er}, point 1), du règlement (UE) n° 909/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 concernant l'amélioration du règlement de titres dans l'Union européenne et les dépositaires centraux de titres, et modifiant les directives 98/26/CE et 2014/65/UE ainsi que le règlement (UE) n° 236/2012 ;
- j) les entités de titrisation au sens de l'article 2, point 2), du règlement (UE) 2017/2402 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 créant un cadre général pour la titrisation ainsi qu'un cadre spécifique pour les titrisations simples, transparentes et standardisées, et modifiant les directives 2009/65/CE, 2009/138/CE et 2011/61/UE et les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 648/2012.

(2) Les surcoûts d'emprunt encourus au titre d'un exercice d'exploitation par un contribuable ne peuvent être déduits qu'à concurrence du montant le plus élevé des deux montants suivants :

- a) 30 pour cent de l'EBITDA du contribuable ;
- b) 3 millions d'euros.

(3) Au cas où la fraction d'EBITDA établie conformément à l'alinéa 2, lettre a) excède le montant des surcoûts d'emprunt, pourvu que ce dernier montant soit supérieur à 3 millions d'euros, cet excédent, constituant la capacité inemployée de déduction des intérêts, peut être reporté en avant sur les cinq exercices d'exploitation subséquents. Cette capacité inemployée est en outre à réduire des surcoûts d'emprunt portés en déduction conformément à l'alinéa 4. Seul celui dans le chef duquel la capacité inemployée a pris naissance est en droit de la reporter en avant.

(4) Le contribuable peut déduire, jusqu'à concurrence du montant de la déduction maximale déterminée conformément à l'alinéa 2, diminué des surcoûts d'emprunt déduits en application du même alinéa 2, les surcoûts d'emprunt qui n'ont pas été déductibles au titre d'un exercice d'exploitation antérieur et qui n'ont pu être déduits pendant aucun exercice d'exploitation subséquent par application des dispositions du présent article. Les surcoûts d'emprunt les plus anciens sont déductibles en premier. Seul celui qui a supporté les surcoûts d'emprunt peut les porter en déduction.

(5) Le contribuable peut déduire les surcoûts d'emprunt qui dépassent le montant de la déduction maximale déterminée conformément à l'alinéa 2 jusqu'à concurrence des capacités inemployées au cours des cinq derniers exercices d'exploitation réduites des surcoûts d'emprunt qui, au titre des mêmes exercices, ont été déduits en application du présent alinéa. Les capacités inemployées les plus anciennes sont décomptées en premier.

(6) Lorsque le contribuable est membre d'un groupe consolidé à des fins de comptabilité financière, l'intégralité des surcoûts d'emprunt est, sur demande, déductible si le contribuable peut démontrer que le ratio entre ses fonds propres et l'ensemble de ses actifs est égal ou supérieur au ratio équivalent du groupe, pour autant que les conditions suivantes soient remplies :

- a) le ratio entre les fonds propres d'un contribuable et l'ensemble de ses actifs est considéré comme égal au ratio équivalent du groupe si le ratio entre les fonds propres du contribuable et l'ensemble de ses actifs est inférieur de deux points de pourcentage au maximum ; et
- b) l'ensemble des actifs et des passifs est estimé selon la même méthode que celle utilisée dans les états financiers consolidés établis conformément aux normes internationales d'information financière ou au système national d'information financière d'un État membre.

(7) Sont exclus du champ d'application de l'alinéa 2, les surcoûts d'emprunt afférents aux :

- a) emprunts qui ont été contractés avant le 17 juin 2016, mais cette exclusion ne s'étend à aucune modification ultérieure de ces emprunts ;
- b) emprunts utilisés pour financer un projet d'infrastructures publiques à long terme, lorsque l'opérateur du projet, les coûts d'emprunt, les actifs et les revenus se situent tous dans l'Union européenne.

Dans ce cas, tout revenu provenant d'un projet d'infrastructures publiques à long terme est exclu de l'EBITDA.

(8) Par dérogation à l'alinéa 2, la déduction des surcoûts d'emprunt est intégralement admise :

- a) si le contribuable est une entreprise financière ;
- b) si le contribuable est une entité autonome.

Art. 168ter (1) ~~Au sens du présent article, on entend par « dispositif hybride » les différences dans la qualification juridique d'un instrument financier ou d'un organisme lorsqu'un dispositif structuré conclu entre le contribuable et une partie établie dans un autre État membre ou lorsque les relations commerciales ou financières entre le contribuable et une entreprise associée établie dans un autre État membre entraînent les conséquences suivantes :~~

- ~~1. les mêmes dépenses d'exploitation ou les mêmes pertes font l'objet d'une déduction aussi bien au Luxembourg que dans un autre État membre qui est à l'origine des dépenses d'exploitation ou des pertes, dénommée « double déduction » ;~~
- ~~2. le paiement fait l'objet d'une déduction au Luxembourg où il a sa source sans donner lieu à une inclusion du produit correspondant dans le total des revenus nets de l'autre État membre, dénommée « déduction sans prise en compte ».~~

~~Par « contribuable », il y a lieu d'entendre, aux fins du présent article, un organisme visé par l'article 159 ou un établissement stable indigène d'un organisme visé par l'article 160, alinéa 1^{er}.~~

~~(2) Ne sont pas déductibles auprès d'un contribuable, les dépenses d'exploitation en relation avec un dispositif hybride dans la mesure où elles :~~

- ~~a. sont déductibles dans un autre État membre qui est à l'origine de la dépense d'exploitation ou de la perte conformément à l'alinéa 1^{er}, numéro 1;~~
- ~~b. ne sont pas imposées dans un autre État membre conformément à l'alinéa 1^{er}, numéro 2.~~

~~(3) Aux fins du présent article, le taux de 25 pour cent prévu à l'article 164ter, alinéa 2 est remplacé par le taux de 50 pour cent lorsque le dispositif concerne un organisme hybride.~~

~~(4) Sur demande de l'administration des contributions, le contribuable doit être en mesure de fournir une déclaration de l'émetteur de l'instrument financier ou tout autre élément pertinent tels que des déclarations d'impôt, d'autres documents fiscaux ou des certificats fournis par les autorités fiscales de l'autre État membre, afin de prouver que le paiement au sens de l'alinéa 2, numéro 1, n'était pas déductible dans cet autre État membre ou y est imposé conformément à l'alinéa 2, numéro 2.~~

(1) Au sens du présent article, on entend par :

1. « contribuable », un organisme visé par l'article 159 ou un établissement stable indigène d'un organisme visé par l'article 160, alinéa 1^{er} ;
2. « dispositif hybride », une situation faisant intervenir le contribuable ou, au regard de l'alinéa 3, numéro 3, un organisme au sens des articles 159, 160 ou 175 désigné ci-après par le terme « organisme », lorsque :
 - a) un paiement effectué au titre d'un instrument financier donne lieu à une déduction sans inclusion et :
 - l'effet d'asymétrie est imputable aux différences existant dans la qualification de l'instrument ou du paiement effectué au titre de cet instrument; et
 - ce paiement n'est pas inclus dans un délai raisonnable.
 - Aux fins du présent numéro 2, un paiement effectué au titre d'un instrument financier est considéré comme inclus dans un délai raisonnable lorsque:
 - le paiement est inclus par la juridiction du bénéficiaire dans une période d'imposition qui commence dans les douze mois suivant la fin de la période d'imposition du payeur; ou
 - il est raisonnable de penser que le paiement sera inclus par la juridiction du bénéficiaire dans une période d'imposition ultérieure et que les conditions du paiement sont celles dont il serait envisageable que des entreprises indépendantes conviennent entre elles.

Un paiement effectué au titre d'un instrument financier n'est pas considéré comme inclus dans la mesure où le paiement ouvre droit à un allègement fiscal, quel qu'il soit, uniquement du fait de la qualification de ce paiement en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire.

Un paiement représentant le rendement sous-jacent d'un instrument financier transféré ne donne pas lieu à un dispositif hybride au titre de la lettre a) du présent numéro 2 lorsque le paiement est effectué par un négociant financier dans le cadre d'un transfert hybride sur le marché, à condition que la juridiction du payeur exige du négociant financier qu'il inclue tous les montants reçus en rapport avec l'instrument financier transféré ;

- b) un paiement en faveur d'un organisme hybride donne lieu à une déduction sans inclusion et que cet effet d'asymétrie résulte des différences dans l'attribution des paiements versés à l'organisme hybride au titre des lois de la juridiction où l'organisme hybride est établi ou enregistré et des lois de la juridiction de toute personne physique ou de tout organisme qui est titulaire d'une participation dans cet organisme hybride ;
 - c) un paiement en faveur d'un organisme disposant d'un ou de plusieurs établissements stables donne lieu à une déduction sans inclusion et que cet effet d'asymétrie résulte des différences dans l'attribution des paiements entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus du même organisme en vertu des lois des juridictions où l'organisme mène ses activités ;
 - d) un paiement donne lieu à une déduction sans inclusion du fait d'un paiement en faveur d'un établissement stable non pris en compte ;
 - e) un paiement effectué par un organisme hybride donne lieu à une déduction sans inclusion et que cet effet d'asymétrie résulte de la non prise en compte du paiement en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire. Toutefois, un dispositif hybride ne survient que dans la mesure où ce paiement est déductible dans la juridiction du payeur d'un revenu qui n'est pas un revenu soumis à double inclusion ;
 - f) un paiement réputé effectué entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus donne lieu à une déduction sans inclusion et que cette asymétrie résulte de la non prise en compte du paiement en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire. Toutefois, un dispositif hybride ne survient que dans la mesure où ce paiement est déductible dans la juridiction du payeur d'un revenu qui n'est pas un revenu soumis à double inclusion ; ou
 - g) une double déduction se produit. Toutefois, un dispositif hybride ne survient que dans la mesure où ce paiement, dépense ou perte est déductible dans la juridiction du payeur d'un revenu qui n'est pas un revenu soumis à double inclusion ;
3. « effet d'asymétrie », une double déduction ou une déduction sans inclusion ;
 4. « déduction », le montant qui est considéré comme déductible des revenus imposables en vertu des lois de la juridiction d'origine du paiement, des dépenses ou des pertes (juridiction du payeur) ou d'une autre juridiction (juridiction de l'investisseur). Le terme « déductible » est interprété en conséquence ;
 5. « double déduction », une déduction du même paiement, des mêmes dépenses ou des mêmes pertes dans la juridiction d'origine du paiement, des dépenses ou des pertes (juridiction du payeur) et dans une autre juridiction (juridiction de l'investisseur). Dans le cas d'un paiement par un organisme hybride ou un établissement stable, la juridiction du payeur est celle dans laquelle l'organisme hybride ou l'établissement stable est établi ou situé ;
 6. « déduction sans inclusion », la déduction d'un paiement ou d'un paiement réputé effectué entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus dans toute juridiction dans laquelle ce paiement ou paiement réputé effectué est considéré comme effectué (juridiction du payeur) sans inclusion correspondante à des fins fiscales de ce paiement ou paiement réputé effectué dans la juridiction du bénéficiaire. La juridiction du bénéficiaire est toute juridiction où ce paiement ou paiement réputé effectué est reçu, ou est considéré avoir été reçu en vertu des lois de toute autre juridiction ;
 7. « inclusion », le montant qui est pris en compte à la base de calcul du revenu imposable en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire. Le terme « inclus » est interprété en conséquence ;
 8. « allègement fiscal », une exonération, une réduction du taux d'imposition ou tout crédit ou remboursement d'impôt (autre qu'une imputation d'un impôt retenu à la source) ;

9. « revenu soumis à double inclusion », tout élément de revenu inclus en vertu des lois des deux juridictions où survient l'effet d'asymétrie ;
10. « organisme hybride », tout organisme ou tout dispositif qui est considéré en vertu des lois d'une juridiction comme un organisme soumis à l'impôt et dont les revenus ou les dépenses sont considérés en vertu des lois d'une autre juridiction comme les revenus ou les dépenses d'une ou de plusieurs autres personnes physiques ou organismes ;
11. « instrument financier », tout instrument dans la mesure où il génère un rendement financier ou un rendement de capitaux propres soumis aux règles d'imposition applicables aux titres de dette, titres de participation ou produits dérivés selon les lois des juridictions du bénéficiaire ou de celles du payeur, y compris tout transfert hybride ;
12. « négociant financier », toute personne physique ou organisme qui exerce une activité professionnelle consistant à acheter ou à vendre régulièrement des instruments financiers pour son propre compte afin de réaliser un bénéfice ;
13. « transfert hybride », tout dispositif permettant de transférer un instrument financier lorsque le rendement sous-jacent de l'instrument financier transféré est considéré à des fins fiscales comme obtenu simultanément par plusieurs des parties à ce dispositif ;
14. « transfert hybride sur le marché », tout transfert hybride auquel procède un négociant financier dans le cadre de ses activités habituelles, et non dans le cadre d'un dispositif structuré ;
15. « établissement stable non pris en compte », tout dispositif qui est considéré comme donnant lieu à un établissement stable en vertu des lois de la juridiction du siège, mais qui n'est pas considéré comme un établissement stable selon les lois de l'autre juridiction ;
16. « dispositif structuré », un dispositif utilisant un dispositif hybride et dont les termes intègrent la valorisation de l'effet d'asymétrie ou un dispositif qui a été conçu en vue de générer l'effet d'un dispositif hybride, à moins que l'on ne puisse pas raisonnablement attendre du contribuable ou d'une entreprise associée qu'il/elle soit informé(e) de l'existence du dispositif hybride, et qu'il/elle n'ait pas bénéficié de l'avantage fiscal découlant de ce dispositif ;
17. « entreprise associée »,
 - a) un organisme dans lequel le contribuable détient, directement ou indirectement, une participation de 50 pour cent ou plus des droits de vote ou du capital, ou dont il est en droit de recevoir 50 pour cent ou plus des bénéfices ;
 - b) une personne physique ou un organisme qui détient, directement ou indirectement, une participation de 50 pour cent ou plus des droits de vote ou du capital du contribuable, ou qui est en droit de recevoir 50 pour cent ou plus des bénéfices de ce contribuable ;
 - c) un organisme qui fait partie du même groupe consolidé à des fins de comptabilité financière que le contribuable ;
 - d) une entreprise dans laquelle le contribuable exerce une influence notable sur la gestion ou une entreprise qui exerce une influence notable sur la gestion du contribuable.

Si une personne physique ou un organisme détient, directement ou indirectement, une participation de 50 pour cent ou plus en termes de droits de vote ou de capital d'un contribuable et d'un ou de plusieurs organismes, tous les organismes concernés, y compris le contribuable, sont également considérés comme des entreprises associées.

En cas de dispositif hybride au sens de l'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre a), le taux de 50 pour cent susmentionné est remplacé par le taux de 25 pour cent.

Une personne physique ou un organisme qui agit conjointement avec une autre personne physique ou un autre organisme au titre des droits de vote ou de la propriété du capital d'un organisme est considéré comme détenant une participation dans l'ensemble des droits de vote ou des capitaux de cet organisme qui sont détenus par l'autre personne physique ou l'autre organisme. Une personne physique ou un organisme qui détient, directement ou indirectement, moins de 10 pour cent des titres ou des parts dans un fonds d'investissement, et qui est en droit de recevoir moins de 10 pour cent des bénéfices de ce fonds d'investissement, est considéré, sauf preuve contraire, ne pas agir conjointement au sens de la phrase précédente avec une autre personne physique ou un autre organisme détenant des titres ou des parts dans ce même fonds d'investissement.

Un groupe consolidé à des fins de comptabilité financière est un groupe composé de tous les organismes qui sont pleinement intégrés dans les états financiers consolidés établis conformément

aux normes internationales d'information financière ou au système national d'information financière d'un État membre.

(2) Il ne peut être question de dispositif hybride que si l'effet d'asymétrie survient entre des entreprises associées, entre le contribuable et une entreprise associée, entre le siège et un établissement stable, entre deux établissements stables ou plus du même organisme ou dans le cadre d'un dispositif structuré.

(3) Les paiements, dépenses ou pertes en relation avec un dispositif hybride sont soumis aux règles suivantes :

1. Dans la mesure où un dispositif hybride entraîne une double déduction :

- a) le paiement, les dépenses ou les pertes ne sont pas déductibles auprès du contribuable qui est l'investisseur ; et
- b) lorsque le paiement, les dépenses ou les pertes sont déductibles dans la juridiction de l'investisseur, le paiement, les dépenses ou les pertes ne sont pas déductibles auprès du contribuable qui est le payeur.

Toutefois, de tels paiements, dépenses ou pertes restent déductibles d'un revenu soumis à double inclusion de l'exercice d'exploitation en cours. Les paiements, dépenses ou pertes qui n'ont pas pu être déduits en vertu de la phrase précédente restent déductibles d'un revenu soumis à double inclusion d'un exercice d'exploitation ultérieur.

2. Dans la mesure où un dispositif hybride entraîne une déduction sans inclusion :

- a) le paiement n'est pas déductible auprès du contribuable qui est le payeur ; et
- b) lorsque le paiement est déductible dans la juridiction du payeur, le produit ou la recette correspondant qui, autrement, donnerait lieu à un effet d'asymétrie est pris en compte dans le total des revenus nets du contribuable qui est le bénéficiaire sans préjudice de l'article 166, alinéa 2bis.

Sont exclus du champ d'application de la lettre b) du présent numéro 2, les dispositifs hybrides définis à l'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettres b), c), d) et f).

Sont exclus du champ d'application des lettres a) et b) du présent numéro 2, jusqu'au 31 décembre 2022, les dispositifs hybrides résultant du paiement d'intérêts à une entreprise associée, dans le cadre d'un instrument financier, lorsque :

- l'instrument financier a pour caractéristique la conversion, le renflouement interne ou la dépréciation ;
- l'instrument financier a été émis dans le seul but de satisfaire aux exigences en matière de capacité d'absorption des pertes applicables au secteur bancaire et l'instrument financier est reconnu comme tel selon les exigences du contribuable en matière de capacité d'absorption des pertes ;
- l'instrument financier a été émis
 - en liaison avec des instruments financiers ayant pour caractéristique la conversion, le renflouement interne ou la dépréciation au niveau de l'entreprise mère,
 - au niveau requis pour satisfaire aux exigences applicables en matière de capacité d'absorption des pertes,
 - non dans le cadre d'un dispositif structuré ; et
- la déduction nette globale pour le groupe consolidé prévue dans le cadre du dispositif n'excède pas le montant qu'il aurait atteint si le contribuable avait émis directement sur le marché un tel instrument financier.

3. Ne sont pas déductibles auprès du contribuable les paiements dans la mesure où ils financent, directement ou indirectement, des dépenses déductibles, donnant lieu à un dispositif hybride dans le cadre d'une transaction ou d'une série de transactions conclues entre des entreprises associées ou dans le cadre d'un dispositif structuré. Toutefois, ces paiements restent déductibles dans la mesure où l'une des juridictions concernées par la transaction ou les séries de transactions a procédé à un ajustement équivalent à l'égard de ce dispositif hybride.

4. Dans la mesure où un dispositif hybride fait intervenir des revenus d'établissements stables non pris en compte qui sont exonérés en vertu d'une convention tendant à éviter la double imposition conclue entre le Grand-Duché de Luxembourg et un État membre, les revenus qui, autrement, seraient attri-

bués à l'établissement stable non pris en compte, sont pris en compte dans le total des revenus nets du contribuable.

(4) Ne sont pas déductibles auprès du contribuable qui est également considéré comme contribuable résident par une ou plusieurs autres juridictions, les paiements, dépenses ou pertes dans la mesure où ces paiements, dépenses ou pertes sont déductibles dans cette ou ces juridictions de revenus qui ne sont pas des revenus soumis à double inclusion. Toutefois, ces paiements, dépenses ou pertes restent déductibles dans le cas où l'autre juridiction, ou les autres juridictions sont des États membres avec lequel, ou avec lesquels, le Grand-Duché de Luxembourg a conclu une convention tendant à éviter la double imposition en application de laquelle le contribuable est considéré comme un résident du Grand-Duché de Luxembourg.

(5) Dans la mesure où un transfert hybride est conçu pour donner lieu à un allègement au titre des retenues d'impôt à la source pour un paiement provenant d'un instrument financier transféré à plusieurs des parties concernées, les règles ci-dessous sont à observer :

1. L'imputation de l'impôt retenu à la source en relation avec ce transfert hybride sur la créance d'impôt due qui résulte de l'application de l'article 154, alinéa 1^{er}, numéro 2, est limitée à proportion des revenus nets imposables liés au paiement dans le cadre de ce transfert hybride.
2. L'imputation de l'impôt étranger en relation avec ce transfert hybride sur l'impôt luxembourgeois sur le revenu qui résulte de l'application des dispositions des articles 134bis et 134ter est limitée à proportion des revenus nets imposables liés au paiement dans le cadre de ce transfert hybride. Par dérogation à l'article 13, alinéa 2, la part de l'impôt étranger qui ne peut pas être imputée sur l'impôt luxembourgeois lors de l'application des dispositions de la phrase précédente n'est pas admise en déduction du revenu imposable au Luxembourg.

(6) Sur demande de l'administration des contributions, le contribuable doit être en mesure de fournir une déclaration de l'émetteur de l'instrument financier ou tout autre élément pertinent tels que des déclarations d'impôt, d'autres documents fiscaux ou des certificats fournis par les autorités fiscales d'un autre État, afin de prouver que les dispositions des alinéas 3 à 5 du présent article ne sont pas applicables.

Art. 168quater (1) Les organismes au sens de l'article 175 et les dispositifs, constitués ou établis au Grand-Duché de Luxembourg, dont les revenus nets sont considérés comme les revenus nets d'une ou de plusieurs autres personnes physiques ou organismes au sens des articles 159, 160 ou 175, sont considérés comme des contribuables résidents et leurs revenus nets sont soumis à l'impôt sur le revenu des collectivités dans la mesure où ces revenus nets ne sont pas par ailleurs imposés en vertu de la présente loi ou des lois de toute autre juridiction, lorsqu'une ou plusieurs entreprises associées au sens de l'article 168ter, alinéa 1^{er}, numéro 17 non résidentes détenant globalement un intérêt direct ou indirect de 50 pour cent ou plus des droits de vote, des participations au capital ou des droits de participation aux bénéfices de ces organismes ou dispositifs, se situent dans une juridiction ou des juridictions qui considèrent ces organismes ou dispositifs comme une personne imposable au Grand-Duché de Luxembourg.

(2) Le présent article ne s'applique pas aux organismes de placement collectif. Aux fins du présent article, on entend par « organisme de placement collectif », un organisme ou fonds de placement à participation large, doté d'un portefeuille de titres diversifié et soumis aux règles de protection des investisseurs dans l'État où il est établi.

(3) Sur demande de l'administration des contributions, le contribuable doit être en mesure de fournir tout élément pertinent tels que des déclarations d'impôt, d'autres documents fiscaux ou des certificats fournis par les autorités fiscales d'un autre État, afin de prouver que les dispositions de l'alinéa 1^{er} du présent article ne sont pas applicables.

Art. 175 (1) La loi modifiée d'adaptation fiscale du 16 octobre 1934 est complétée par le texte suivant qui en forme le paragraphe 11bis:

« Les Sous réserve des dispositions de l'article 168quater, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés en commandite spéciale, les groupements d'intérêt

économique, les groupements européens d'intérêt économique, les sociétés commerciales momentanées, les sociétés commerciales en participation et les sociétés civiles sont considérés comme n'ayant pas de personnalité juridique distincte de celle des associés, excepté ceux de ces organismes qui sont des organismes non résidents visés par l'article 2 de la directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents ou par l'article 3 de la directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre. »

(2) L'aliénation à titre onéreux de parts sociales dans une société civile immobilière est à considérer comme réalisation des immeubles investis pour la fraction que représentent dans le capital social de la société les parts cédées.

**Modification de la loi modifiée du 16 octobre 1934
concernant l'impôt sur la fortune (« Vermögensteuergesetz »)**

§ 3: Befreiungen

(1) Von der Vermögensteuer sind befreit:

1.
2. Staatsbanken, soweit sie Aufgaben staatswirtschaftlicher Art erfüllen;
3. Unternehmen, wenn die Anteile an ihnen ausschließlich dem Staat, einer Gemeinde, einem Gemeindeverband oder einem Zweckverband gehören und die Erträge ausschließlich diesen Körperschaften zufließen. Cette disposition ne s'applique pas aux institutions de crédit, ni à l'entreprise des postes et télécommunications;
4. les sociétés de titrisation constituées sous la forme d'une société anonyme, d'une société en commandite par actions, d'une société à responsabilité limitée ou d'une société coopérative organisée comme une société anonyme, sous réserve de l'impôt sur la fortune minimum déterminé conformément aux dispositions du § 8, alinéa 2;
5. les sociétés d'investissement en capital à risque (SICAR) et les fonds d'investissement alternatifs réservés répondant aux critères de l'article 48, paragraphe 1^{er} de la loi du 23 juillet 2016 relative aux fonds d'investissement alternatifs réservés, constitués sous la forme d'une société en commandite par actions, d'une société coopérative organisée sous forme de société anonyme, d'une société à responsabilité limitée ou d'une société anonyme, sous réserve de l'impôt sur la fortune minimum déterminé conformément aux dispositions du § 8, alinéa 2;
6. Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, die nach der Satzung, Stiftung oder sonstigen Verfassung und nach ihrer tatsächlichen Geschäftsführung ausschließlich und unmittelbar kirchlichen, gemeinnützigen oder mildtätigen Zwecken dienen. Unterhalten sie einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, der über den Rahmen einer Vermögensverwaltung hinausgeht, so sind sie insoweit steuerpflichtig. Par décision du Gouvernement en Conseil, prise sur avis du ministre des finances, certaines activités des associations sans but lucratif ne sont pas considérées comme activités à caractère industriel et commercial lorsque l'objet ou les objets en vue desquels l'asbl est formée présente(nt) un intérêt public particulièrement accusé et lorsque l'asbl ne cherche pas à procurer à ses membres un gain matériel.
7. rechtsfähige Pensions-, Witwen-, Waisen-, Sterbe-, Kranken-, Unterstützungskassen und sonstige rechtsfähige Hilfskassen für Fälle der Not und Arbeitslosigkeit nach näherer Anordnung des Ministers der Finanzen.
8. les associations agricoles pour autant que leur activité concerne:
 - a) l'utilisation en commun de machines ou installations agricoles ou forestières;
 - b) la transformation ou la vente de produits agricoles ou forestiers provenant des exploitations agricoles ou forestières de leurs membres, à condition que la transformation ou la vente reste dans le domaine de l'agriculture ou de la sylviculture. Ces associations ne perdent pas l'exemption par le fait de la poursuite occasionnelle d'activités non visées à la phrase précédente pour autant que les recettes d'exploitation provenant de telles activités n'atteignent pas 10 pour cent du total des recettes d'exploitation autres que les revenus des participations visées ci-après.

Ces associations ne perdent en outre pas l'exemption par le fait de prendre et de détenir, dans le cadre de l'arrêté grand-ducal du 11 septembre 1945 portant révision de la loi du 21 mars 1900 sur l'organisation des associations agricoles, des participations dans des entreprises industrielles ou commerciales dont l'objet consiste essentiellement dans la mise en œuvre ou la vente de produits agricoles.

Toutefois, les apports effectués dans le cadre de ces participations sont imposables. En ce qui concerne les participations acquises avant le 1^{er} janvier 1965, les apports affectés à l'acquisition de ces participations ne sont pas imposables;

9. les sociétés d'épargne-pension à capital variable (sepcav) constituées sous la forme d'une société coopérative organisée comme une société anonyme de droit luxembourgeois, sous réserve de l'impôt sur la fortune minimum déterminé conformément aux dispositions du § 8, alinéa 2;
10. les associations d'épargne-pension (asep) constituées sous la forme juridique d'une association d'épargne-pension, sous réserve de l'impôt sur la fortune minimum déterminé conformément aux dispositions du § 8, alinéa 2;
11. les sociétés commerciales dûment agréées en tant que sociétés d'impact sociétal, à condition que le capital social de telles sociétés soit constitué à 100 pour cent de parts d'impact;
12. les contribuables visés par l'article 168^{quater} de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu.

(2)

**Modification de la loi d'adaptation fiscale modifiée
du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz »)**

§ 11bis

Les Sous réserve des dispositions de l'article 168^{quater} de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés en commandite spéciale, les groupements d'intérêt économique, les groupements européens d'intérêt économique, les sociétés commerciales momentanées, les sociétés en participation les sociétés commerciales en participation et les sociétés civiles sont considérés comme n'ayant pas de personnalité juridique distincte de celle des associés, excepté ceux de ces organismes qui sont des organismes non résidents visés par l'article 2 de la directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents ou par l'article 3 de la directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un Etat membre à un autre.

**Modification de la loi générale des impôts modifiée
du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung »)**

§ 215

(1) Die im § 214 vorgesehenen gesonderten Feststellungen werden einheitlich getroffen, wenn an dem Gegenstand mehrere beteiligt sind oder wenn die Gebäude oder Betriebsmittel eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs nicht sämtlich dem Eigentümer des Grund und Bodens gehören.

(2) Ferner werden einheitlich und gesondert festgestellt: die einkommensteuerpflichtigen und körperschaftsteuerpflichtigen Einkünfte (der Gewinn oder der Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten)

1. aus Land- und Forstwirtschaft,
2. aus Gewerbebetrieb,
3. aus selbständiger Arbeit,
4. aus Vermietung und Verpachtung unbeweglichen Vermögens,

5. aus Spekulations- oder Veräußerungsgeschäften, wenn an den Einkünften mehrere beteiligt sind.

Les dispositions du présent alinéa ne s'appliquent pas dans la mesure où l'article 168^{quater} de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu s'applique.

(3) Werden zusammen mit Einkünften, für die eine einheitliche Feststellung nach Absatz 2 stattfindet, andere gemeinschaftliche Einkünfte, insbesondere Einkünfte aus Kapitalvermögen, verwaltet, so sollen auch diese anderen Einkünfte einheitlich mit festgestellt werden.

(4) Die Vorschriften des Absatzes 2 finden keine Anwendung, wenn das unbewegliche Vermögen (Absatz 2 Ziffern 1 und 4) weder im Inland belegen noch in ein inländisches öffentliches Buch oder Register eingetragen ist oder wenn die Gesellschaft oder die Gemeinschaft (Absatz 2 Ziffer 2) weder ihre Geschäftsleitung noch ihren Sitz im Inland hat. Auch sonst kann von der Anwendung des Absatzes 2 abgesehen werden, wenn es sich um Fälle von geringerer Bedeutung handelt.

*

FICHE FINANCIERE

Le projet de loi comporte des dispositions fiscales dont l'application pourrait avoir un certain impact sur le budget de l'Etat. L'objectif du présent projet de loi est de transposer dans la législation luxembourgeoise la directive (UE) 2017/952 du 29 mai 2017 qui a pour but d'élargir l'application des règles anti-hybrides aux pays tiers.

En l'état actuel des choses, et sans prise en compte d'éventuels effets dynamiques engendrés par le présent projet de loi, les mesures anti-hybrides en question sont *a priori* susceptibles de mener à une assiette de l'impôt plus large, ce qui impliquerait donc un accroissement des recettes fiscales. Cependant, étant donné que beaucoup d'entreprises établies au Luxembourg sont actives dans le domaine des participations financières et du financement intragroupe, l'on ne peut exclure dans l'absolu que certains contribuables potentiellement impactés par ces règles puissent être amenés à délocaliser leurs activités. Un chiffrage plus précis de l'impact budgétaire potentiel de l'ATAD II est un exercice complexe à l'heure actuelle eu égard aux nombreux paramètres à prendre en compte dans ce contexte, dont en particulier la teneur des dispositions prises le cas échéant par les acteurs économiques pour se conformer aux exigences nouvelles.

Même s'il convient de garder à l'esprit que les champs d'application territorial et matériel des règles de l'ATAD II sont plus étendus que ceux des règles anti-hybrides de l'ATAD I, il est également à noter dans ce contexte que les hybrides adressés par l'article 168^{ter} LIR dans sa version applicable à l'année d'imposition 2019 n'ont à ce jour pas eu d'impact significativement négatif sur les recettes de l'Etat, ce qui pourrait être interprété comme indice que le bouleversement des règles en matière de fiscalité européenne et internationale des dernières années est d'une certaine mesure anticipé par les acteurs économiques.

En fin de compte, et en raison de l'entrée en vigueur des règles anti-hybrides à partir de 2020 et de celle en matière d'hybrides inversés au 1 janvier 2022, les répercussions du présent projet de loi ne se présenteront de manière complète qu'à partir de l'année budgétaire 2022, voire 2023. Dans le cadre de l'élaboration du budget pluriannuel de l'Etat, l'évolution des recettes fiscales liées aux différentes catégories d'impôts continuera d'être analysée en détail afin de pouvoir adapter, si nécessaire, les prévisions budgétaires de manière subséquente.

Il convient finalement de prendre en compte les frais de personnel induits par le présent projet de loi. Aux fins de mise en œuvre du présent projet de loi, l'Administration des contributions directes devra en effet être renforcée par des agents disposant des compétences et connaissances adéquates dans ce contexte.

*

FICHE D’EVALUATION D’IMPACT

Coordonnées du projet

Intitulé du projet :	Projet de loi du ... 2019 portant 1° modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l’impôt sur le revenu ; 2° modification de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l’impôt sur la fortune (« Vermögensteuergesetz ») ; 3° modification de la loi d’adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz ») ; 4° modification de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung ») ; en vue de transposer la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers
Ministère initiateur :	Ministère des Finances
Auteur(s) :	Administration des contributions directes
Téléphone :	247-52092
Courriel :	secdir@co.etat.lu
Objectif(s) du projet :	Transposition en droit national de la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers
Autre(s) Ministère(s)/Organisme(s)/Commune(s)impliqué(e)(s) :	CTIE/Ministère de la Digitalisation
Date :	28/06/2019

Mieux légiférer

1. Partie(s) prenante(s) (organismes divers, citoyens, ...) consultée(s) : Oui Non
Si oui, laquelle/lesquelles : organismes représentant le secteur de la discalité en matière des entreprises et organismes de placement collectif
Remarques/Observations :
2. Destinataires du projet :

– Entreprises/Professions libérales :	Oui <input checked="" type="checkbox"/>	Non <input type="checkbox"/>
– Citoyens :	Oui <input type="checkbox"/>	Non <input type="checkbox"/>
– Administrations :	Oui <input checked="" type="checkbox"/>	Non <input type="checkbox"/>
3. Le principe « Think small first » est-il respecté ? Oui Non N.a.¹
(c.-à-d. des exemptions ou dérogations sont-elles prévues suivant la taille de l’entreprise et/ou son secteur d’activité ?)
Remarques/Observations :
4. Le projet est-il lisible et compréhensible pour le destinataire ? Oui Non
Existe-t-il un texte coordonné ou un guide pratique, mis à jour et publié d’une façon régulière ? Oui Non
Remarques/Observations :

¹ N.a. : non applicable.

5. Le projet a-t-il saisi l'opportunité pour supprimer ou simplifier des régimes d'autorisation et de déclaration existants, ou pour améliorer la qualité des procédures ? Oui Non
Remarques/Observations :
6. Le projet contient-il une charge administrative² pour le(s) destinataire(s) ? (un coût imposé pour satisfaire à une obligation d'information émanant du projet ?) Oui Non
Si oui, quel est le coût administratif³ approximatif total ? (nombre de destinataires x coût administratif par destinataire) Les frais liés à la mise en conformité des entreprises sont impossibles à chiffrer.
7. a) Le projet prend-il recours à un échange de données interadministratif (national ou international) plutôt que de demander l'information au destinataire ? Oui Non N.a.
Si oui, de quelle(s) donnée(s) et/ou administration(s) s'agit-il ?
- b) Le projet en question contient-il des dispositions spécifiques concernant la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel⁴ ? Oui Non N.a.
Si oui, de quelle(s) donnée(s) et/ou administration(s) s'agit-il ?
8. Le projet prévoit-il :
- une autorisation tacite en cas de non réponse de l'administration ? Oui Non N.a.
 - des délais de réponse à respecter par l'administration ? Oui Non N.a.
 - le principe que l'administration ne pourra demander des informations supplémentaires qu'une seule fois ? Oui Non N.a.
9. Y a-t-il une possibilité de regroupement de formalités et/ou de procédures (p.ex. prévues le cas échéant par un autre texte) ? Oui Non N.a.
Si oui, laquelle :
10. En cas de transposition de directives communautaires, le principe « la directive, rien que la directive » est-il respecté ? Oui Non N.a.
Sinon, pourquoi ?
11. Le projet contribue-t-il en général à une :
- a) simplification administrative, et/ou à une Oui Non
 - b) amélioration de la qualité réglementaire ? Oui Non
- Remarques/Observations :
12. Des heures d'ouverture de guichet, favorables et adaptées aux besoins du/des destinataire(s), seront-elles introduites ? Oui Non N.a.

2 Il s'agit d'obligations et de formalités administratives imposées aux entreprises et aux citoyens, liées à l'exécution, l'application ou la mise en oeuvre d'une loi, d'un règlement grand-ducal, d'une application administrative, d'un règlement ministériel, d'une circulaire, d'une directive, d'un règlement UE ou d'un accord international prévoyant un droit, une interdiction ou une obligation.

3 Coût auquel un destinataire est confronté lorsqu'il répond à une obligation d'information inscrite dans une loi ou un texte d'application de celle-ci (exemple: taxe, coût de salaire, perte de temps ou de congé, coût de déplacement physique, achat de matériel, etc.).

4 Loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel (www.cnpd.lu)

13. Y a-t-il une nécessité d'adapter un système informatique auprès de l'Etat (e-Government ou application back-office) ? Oui Non
Si oui, quel est le délai pour disposer du nouveau système ?
1er janvier 2020
14. Y a-t-il un besoin en formation du personnel de l'administration concernée ? Oui Non N.a.
Si oui, lequel ?
formation spécifique:
pour des agents affectés aux services inspection et révision,
pour les agents affectés aux bureaux d'imposition des sociétés et organismes ou dispositifs fiscalement transparents,
pour des agents affectés au service informatique,
pour des agents affectés à la division du contentieux,
formation de base:
pour tous les agents des groupes de traitement A et B
Remarques/Observations : au moins 2 jours complets par agents

Egalité des chances

15. Le projet est-il :
– principalement centré sur l'égalité des femmes et des hommes ? Oui Non
– positif en matière d'égalité des femmes et des hommes ? Oui Non
Si oui, expliquez de quelle manière :
– neutre en matière d'égalité des femmes et des hommes ? Oui Non
Si oui, expliquez pourquoi : le projet de loi concerne exclusivement la fiscalité des organismes à caractère collectif et des organismes ou dispositifs fiscalement transparents.
– négatif en matière d'égalité des femmes et des hommes ? Oui Non
Si oui, expliquez de quelle manière :
16. Y a-t-il un impact financier différent sur les femmes et les hommes ? Oui Non N.a.
Si oui, expliquez de quelle manière :

Directive « services »

17. Le projet introduit-il une exigence relative à la liberté d'établissement soumise à évaluation⁵ ? Oui Non N.a.
Si oui, veuillez annexer le formulaire A, disponible au site Internet du Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur :
www.eco.public.lu/attributions/dg2/d_consommation/d_march_int_rieur/Services/index.html
18. Le projet introduit-il une exigence relative à la libre prestation de services transfrontaliers⁶ ? Oui Non N.a.
Si oui, veuillez annexer le formulaire B, disponible au site Internet du Ministère de l'Economie et du Commerce extérieur :
www.eco.public.lu/attributions/dg2/d_consommation/d_march_int_rieur/Services/index.html

⁵ Article 15, paragraphe 2 de la directive « services » (cf. Note explicative, p.10-11)

⁶ Article 16, paragraphe 1, troisième alinéa et paragraphe 3, première phrase de la directive « services » (cf. Note explicative, p.10-11)

DIRECTIVE (UE) 2017/952 DU CONSEIL
du 29 mai 2017
modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers

LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,

vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et notamment son article 115,

vu la proposition de la Commission européenne,

après transmission du projet d'acte législatif aux parlements nationaux,

vu l'avis du Parlement européen ⁽¹⁾,

vu l'avis du Comité économique et social européen ⁽²⁾,

statuant conformément à une procédure législative spéciale,

considérant ce qui suit:

- (1) Il est impératif de restaurer la confiance dans l'équité des systèmes fiscaux et de permettre aux États d'exercer efficacement leur souveraineté fiscale. Par conséquent, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a publié des recommandations en vue d'actions concrètes dans le cadre de l'initiative pour lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS).
- (2) Les rapports finaux sur les quinze actions de l'OCDE contre le BEPS ont été rendus publics le 5 octobre 2015. Le Conseil a salué ce travail dans ses conclusions du 8 décembre 2015. Dans lesdites conclusions, il insistait sur la nécessité de trouver des solutions communes, mais flexibles, au niveau de l'Union qui soient en conformité avec les conclusions de l'OCDE sur le BEPS.
- (3) En réponse à la nécessité d'assurer une fiscalité plus juste et, en particulier, pour donner suite aux conclusions de l'OCDE sur le BEPS, la Commission a présenté le 28 janvier 2016 son paquet de mesures contre l'évasion fiscale. La directive (UE) 2016/1164 du Conseil ⁽³⁾, concernant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale, a été adoptée dans le cadre de ce paquet.
- (4) La directive (UE) 2016/1164 prévoit un cadre visant à lutter contre les dispositifs hybrides.
- (5) Il est nécessaire d'établir des règles qui neutralisent de manière aussi exhaustive que possible les dispositifs hybrides. La directive (UE) 2016/1164 étant limitée aux dispositifs hybrides issus de l'interaction entre les

⁽¹⁾ Avis du 27 avril 2017 (non encore paru au Journal officiel).

⁽²⁾ Avis du 14 décembre 2016 (non encore paru au Journal officiel).

⁽³⁾ Directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur (JO L 193 du 19.7.2016, p. 1).

systèmes d'imposition des sociétés des États membres, le Conseil «Ecofin» a publié une déclaration le 12 juillet 2016 demandant à la Commission de présenter, d'ici octobre 2016, une proposition relative aux dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers afin de prévoir des règles qui soient cohérentes avec les règles recommandées dans le rapport de l'OCDE intitulé «Neutraliser les effets des dispositifs hybrides — Action 2: rapport final 2015» (ci-après dénommé «rapport sur l'action 2 du BEPS de l'OCDE»), et pas moins efficaces que celles-ci, afin de dégager un accord d'ici la fin de l'année 2016.

- (6) La directive (UE) 2016/1164 reconnaît, notamment, qu'il est essentiel d'entreprendre des travaux supplémentaires sur d'autres dispositifs hybrides tels que ceux utilisant des établissements stables. De ce fait, il est primordial que les dispositifs hybrides utilisant des établissements stables soient également traités dans ladite directive.
- (7) Afin de prévoir un cadre qui soit cohérent avec le rapport sur l'action 2 du BEPS de l'OCDE, et pas moins efficace que celui-ci, il est essentiel que la directive (UE) 2016/1164 inclue également des règles relatives aux transferts hybrides et aux dispositifs hybrides importés et qu'elle traite de l'ensemble des effets de double déduction, afin d'empêcher les contribuables d'exploiter les lacunes qui subsistent.
- (8) La directive (UE) 2016/1164 contient des règles sur les dispositifs hybrides entre États membres et doit donc aussi inclure des règles relatives aux dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers dans lesquels au moins une des parties concernées est une entreprise contribuable ou, dans le cas d'entités hybrides inversées, une entité située dans un État membre, ainsi que des règles relatives aux dispositifs hybrides importés. En conséquence, il convient que les règles sur les dispositifs hybrides et les asymétries liées à la résidence fiscale s'appliquent à l'ensemble des contribuables soumis à l'impôt sur les sociétés dans un État membre, y compris aux établissements stables ou aux dispositifs considérés comme des établissements stables, d'entités résidentes dans des pays tiers. Les règles sur les dispositifs hybrides inversés devraient s'appliquer à toutes les entités considérées comme transparentes à des fins fiscales par un État membre.
- (9) Il convient que les règles relatives aux dispositifs hybrides portent sur les asymétries résultant de doubles déductions, de divergences relatives à la qualification des instruments financiers, des paiements et des entités ou de l'attribution des paiements. Étant donné que les dispositifs hybrides pourraient donner lieu à une double déduction ou à une déduction sans inclusion, il est nécessaire de définir des règles selon lesquelles l'État membre concerné soit refusé de déduire un paiement, des dépenses ou des pertes, soit oblige le contribuable à inclure le paiement dans ses revenus imposables, selon le cas. Néanmoins, ces règles ne s'appliquent qu'aux paiements déductibles et ne devraient pas modifier les éléments généraux d'un système fiscal, qu'il s'agisse d'un système classique ou d'un système d'imputation.
- (10) Il est question de dispositifs hybrides utilisant des établissements stables lorsque les différences entre les règles de la juridiction de l'établissement stable et de la juridiction de résidence en matière de répartition des revenus et des dépenses entre différentes parties de la même entité donnent lieu à une asymétrie dans les conséquences fiscales et notamment lorsqu'un effet d'asymétrie survient parce qu'un établissement stable n'est pas pris en compte au titre des lois de la juridiction de la succursale. Ces effets d'asymétrie peuvent donner lieu à une double déduction ou à une déduction sans inclusion; il convient dès lors de les supprimer. Dans le cas d'établissements stables non pris en compte, l'État membre dans lequel le contribuable est résident devrait prendre en compte les revenus qui, autrement, seraient attribués à l'établissement stable.
- (11) Toute adaptation nécessaire en vertu de la présente directive ne devrait pas, en principe, modifier la répartition des droits d'imposition prévue entre les juridictions par une convention préventive de la double imposition.
- (12) Afin de garantir la proportionnalité, il est nécessaire de se limiter aux cas dans lesquels il existe un risque substantiel d'évasion fiscale par le recours à des dispositifs hybrides. Il est dès lors approprié de traiter les dispositifs hybrides qui surviennent entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus de la même entité, les dispositifs hybrides qui surviennent entre le contribuable et ses entreprises associées ou entre des entreprises associées, ainsi que ceux qui découlent d'un dispositif structuré concernant un contribuable.
- (13) Les dispositifs qui résultent notamment du caractère hybride des entités ne devraient être pris en considération que lorsque l'une des entreprises associées détient, au moins, le contrôle effectif des autres entreprises associées. Par conséquent, en pareils cas, il convient d'exiger qu'une entreprise associée soit détenue par le contribuable ou une autre entreprise associée, ou qu'elle les détienne, au moyen d'une participation sous la forme de droits de vote, de propriété du capital ou de droits sur les bénéfices de 50 % ou plus. La propriété ou les droits de personnes agissant collectivement devraient être agrégés aux fins de l'application de ce seuil.

- (14) Afin de fournir une définition suffisamment complète de l'«entreprise associée» aux fins des règles relatives aux dispositifs hybrides, cette définition devrait également englober une entité qui fait partie du même groupe consolidé à des fins comptables, une entreprise dans laquelle le contribuable exerce une influence notable sur la gestion et, inversement, une entreprise qui exerce une influence notable sur la gestion du contribuable.
- (15) Il est nécessaire de s'attaquer à quatre catégories de dispositifs hybrides: premièrement, les dispositifs hybrides qui résultent de paiements effectués dans le cadre d'un instrument financier; deuxièmement, les dispositifs hybrides qui sont la conséquence de différences dans l'attribution des paiements effectués à une entité hybride ou à un établissement stable, y compris du fait de paiements à un établissement stable non pris en compte; troisièmement, les dispositifs hybrides qui résultent de paiements effectués par une entité hybride à son propriétaire ou de paiements réputés effectués entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus; quatrièmement, les effets de double déduction qui résultent de paiements effectués par une entité hybride ou un établissement stable.
- (16) En ce qui concerne les paiements effectués dans le cadre d'un instrument financier, un dispositif hybride pourrait apparaître lorsque la déduction ne donnant pas lieu à une inclusion est imputable aux différences dans la qualification de l'instrument ou des paiements effectués dans le cadre de celui-ci. Si la nature du paiement permet d'accorder un allègement de la double imposition au titre des lois de la juridiction du bénéficiaire, par exemple, exonération d'impôt, réduction du taux d'imposition ou tout crédit ou remboursement d'impôt, le paiement devrait être considéré comme donnant lieu à un dispositif hybride à hauteur du montant sous-imposé qui en résulte. Un paiement effectué dans le cadre d'un instrument financier ne devrait toutefois pas être considéré comme donnant lieu à un dispositif hybride lorsque l'allègement fiscal accordé dans la juridiction du bénéficiaire est uniquement imputable au statut fiscal du bénéficiaire ou au fait que l'instrument est détenu sous réserve des modalités d'un régime spécial.
- (17) Afin d'éviter tout effet non souhaité pouvant découler de l'interaction entre la règle relative aux instruments financiers hybrides et les exigences en matière de capacité d'absorption des pertes imposées aux banques, et sans préjudice des règles relatives aux aides d'État, les États membres devraient être en mesure d'exclure du champ d'application de la présente directive les instruments intragroupe qui ont été émis dans le seul but de satisfaire aux exigences de l'émetteur en matière de capacité d'absorption des pertes et non aux fins d'éluider l'impôt.
- (18) En ce qui concerne les paiements effectués à une entité hybride ou à un établissement stable, un dispositif hybride pourrait survenir lorsque la déduction ne donnant pas lieu à une inclusion résulte de différences dans les règles régissant la répartition de ces paiements entre l'entité hybride et son propriétaire dans le cas d'un paiement effectué à une entité hybride, entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus dans le cas d'un paiement réputé effectué à un établissement stable. La définition d'un dispositif hybride ne devrait s'appliquer que lorsque l'effet d'asymétrie résulte de différences dans les règles régissant l'attribution des paiements au titre des lois des deux juridictions, et un paiement ne devrait pas donner lieu à un dispositif hybride qui serait survenu en tout état de cause en raison de l'exonération fiscale dont jouit le bénéficiaire au titre des lois de la juridiction dont il relève, quelle qu'elle soit.
- (19) La définition d'un dispositif hybride devrait également englober les déductions ne donnant pas lieu à une inclusion qui résultent de paiements effectués à un établissement stable non pris en compte. Par «établissement stable non pris en compte», on entend tout dispositif qui est considéré comme donnant lieu à un établissement stable au titre des lois de la juridiction du siège, mais qui n'est pas considéré comme un établissement stable au titre des lois de l'autre juridiction. La règle relative aux dispositifs hybrides ne devrait toutefois pas s'appliquer dans les cas où l'asymétrie serait survenue en tout état de cause en raison de l'exonération fiscale dont jouit le bénéficiaire au titre des lois de la juridiction dont il relève, quelle qu'elle soit.
- (20) En ce qui concerne les paiements effectués par une entité hybride à son propriétaire ou les paiements réputés effectués entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus, un dispositif hybride pourrait survenir lorsque la déduction ne donnant pas lieu à une inclusion résulte de la non-reconnaissance dans la juridiction du bénéficiaire du paiement ou du paiement réputé effectué. Dans ce cas, lorsque l'effet d'asymétrie est la conséquence de la non-attribution du paiement ou du paiement réputé effectué, la juridiction du bénéficiaire est la juridiction où le paiement ou le paiement réputé effectué est considéré comme ayant été reçu au titre des lois de la juridiction du payeur. Comme c'est le cas pour d'autres entités hybrides ou asymétries impliquant une succursale qui se traduisent par des déductions ne donnant pas lieu à une inclusion, aucun

dispositif hybride ne devrait survenir lorsque le bénéficiaire est exonéré d'impôt au titre des lois de la juridiction du bénéficiaire. En ce qui concerne cette catégorie de dispositifs hybrides, toutefois, un effet d'asymétrie ne surviendrait que dans la mesure où la juridiction du payeur autoriserait l'imputation de la déduction relative au paiement ou au paiement réputé effectué sur un montant autre qu'un revenu à double inclusion. Si la juridiction du payeur autorise le report de la déduction à une période d'imposition ultérieure, l'obligation de procéder à d'éventuelles adaptations en vertu de la présente directive pourrait être différée jusqu'à ce que la déduction soit effectivement imputée sur des revenus non soumis à double inclusion dans la juridiction du payeur.

- (21) La définition d'un dispositif hybride devrait également englober les effets de double déduction indépendamment du fait qu'ils résultent de paiements, de dépenses qui ne sont pas considérées comme des paiements en vertu de la législation nationale ou qu'ils résultent de charges d'amortissement ou de dépréciation. Comme c'est le cas pour les paiements réputés effectués et les paiements effectués par une entité hybride qui ne sont pas pris en compte par le bénéficiaire, un dispositif hybride ne devrait toutefois survenir que dans la mesure où la juridiction du payeur autorise l'imputation de la déduction sur un montant autre qu'un revenu à double inclusion. Cela signifie que si la juridiction du payeur autorise le report de la déduction à une période d'imposition ultérieure, l'obligation de procéder à des adaptations en vertu de la présente directive pourrait être différée jusqu'à ce que la déduction soit effectivement imputée sur des revenus non soumis à double inclusion dans la juridiction du payeur.
- (22) Les différences dans les conséquences fiscales qui sont uniquement imputables à des différences dans la valeur attribuée à un paiement, y compris par l'application des prix de transfert, ne devraient pas relever du champ d'application d'un dispositif hybride. Par ailleurs, étant donné que les juridictions utilisent des périodes d'imposition différentes et appliquent des règles différentes pour la prise en compte du moment où des éléments de revenus ou de dépenses ont été respectivement perçus ou supportés, ces différences temporelles ne devraient pas, en général, être considérées comme donnant lieu à des asymétries dans les conséquences fiscales. Néanmoins, un paiement déductible effectué dans le cadre d'un instrument financier dont on ne peut pas raisonnablement s'attendre à ce qu'il soit inclus dans les revenus dans un délai raisonnable devrait être considéré comme donnant lieu à un dispositif hybride si cette déduction ne donnant pas lieu à une inclusion est imputable à des différences dans la qualification de l'instrument financier ou des paiements effectués dans le cadre de celui-ci. Il est entendu qu'un effet d'asymétrie pourrait survenir si un paiement effectué dans le cadre d'un instrument financier n'est pas inclus dans les revenus dans un délai raisonnable. Un tel paiement devrait être considéré comme inclus dans les revenus dans un délai raisonnable, s'il est inclus par le bénéficiaire dans un délai de douze mois à compter de la fin de la période d'imposition du payeur ou tel que déterminé selon le principe de pleine concurrence. Les États membres pourraient exiger qu'un paiement soit inclus dans un délai précis afin d'éviter de donner lieu à un effet d'asymétrie et de garantir un contrôle fiscal.
- (23) Les transferts hybrides pourraient donner lieu à une différence de traitement fiscal si, à la suite d'un dispositif permettant de transférer un instrument financier, le rendement sous-jacent dudit instrument a été considéré comme tiré par plusieurs des parties du dispositif. Dans de tels cas, le paiement effectué dans le cadre d'un transfert hybride pourrait donner lieu à une déduction en faveur du payeur tout en étant assimilé à un rendement de l'instrument sous-jacent par le bénéficiaire. Cette différence de traitement fiscal pourrait conduire à une déduction ne donnant pas lieu à une inclusion ou à la production d'un excédent de crédit d'impôt au titre de la retenue à la source pour l'instrument sous-jacent. Il y a donc lieu de supprimer ce type d'asymétries. En cas de déduction sans inclusion, il convient d'appliquer les mêmes règles que pour la neutralisation des asymétries qui résultent de paiements effectués dans le cadre d'un instrument financier hybride. Dans le cas de transferts hybrides qui ont été structurés de façon à produire un excédent de crédit d'impôt, l'État membre concerné devrait empêcher le payeur d'utiliser le crédit d'impôt pour obtenir un avantage fiscal, y compris au moyen de l'application d'une clause anti-abus générale conforme à l'article 6 de la directive (UE) 2016/1164.
- (24) Il est nécessaire de prévoir une règle permettant aux États membres de remédier aux divergences en matière de transposition et de mise en œuvre de la présente directive donnant lieu à un dispositif hybride alors que les États membres agissent en conformité avec la présente directive. Lorsqu'une telle situation se produit et que la règle primaire prévue par la présente directive ne s'applique pas, une règle secondaire devrait s'appliquer. Néanmoins, l'application des règles primaires et secondaires ne concerne que les dispositifs hybrides tels que définis par la présente directive et ne devrait pas porter atteinte aux caractéristiques générales du système fiscal d'un État membre.
- (25) Les asymétries importées transfèrent les effets d'un dispositif hybride entre des parties situées dans des pays tiers vers la juridiction d'un État membre par le recours à un instrument non hybride, compromettant ainsi l'efficacité des règles qui neutralisent les dispositifs hybrides. Un paiement déductible dans un État membre peut être utilisé pour financer des dépenses faisant intervenir un dispositif hybride. Pour lutter contre ces asymétries importées, il est nécessaire d'inclure des règles interdisant la déduction d'un paiement si les revenus correspondants tirés de ce paiement sont compensés, directement ou indirectement, par une déduction découlant d'un dispositif hybride qui donne lieu à une double déduction ou à une déduction sans inclusion entre des pays tiers.

- (26) Un dispositif fondé sur la double résidence pourrait donner lieu à une double déduction lorsqu'un paiement effectué par un contribuable à double résidence est déduit au titre des lois des deux juridictions où le contribuable est résident. Étant donné que les dispositifs fondés sur la double résidence pourraient donner lieu à des doubles déductions, ils devraient relever du champ d'application de la présente directive. Un État membre devrait refuser la duplication de la déduction concernant une société à double résidence dans la mesure où ce paiement est compensé par un montant qui n'est pas considéré comme des revenus au titre des lois de l'autre juridiction.
- (27) L'objectif de la présente directive est d'améliorer la résilience du marché intérieur dans son ensemble face aux dispositifs hybrides. Cet objectif ne peut être atteint de manière suffisante par les États membres agissant à titre individuel, étant donné que les systèmes nationaux d'imposition des sociétés sont hétérogènes et qu'une action individuelle des États membres ne ferait que reproduire la fragmentation existante du marché intérieur en matière de fiscalité directe. Des lacunes et des distorsions pourraient ainsi subsister dans l'interaction de mesures nationales différentes. Cela se traduirait par un manque de coordination. En raison de la nature transfrontière des dispositifs hybrides et de la nécessité d'adopter des solutions efficaces pour le marché intérieur dans son ensemble, cet objectif peut être mieux atteint au niveau de l'Union. L'Union peut donc prendre des mesures conformément au principe de subsidiarité énoncé à l'article 5 du traité sur l'Union européenne. Conformément au principe de proportionnalité énoncé audit article, la présente directive n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. En fixant le niveau requis de protection du marché intérieur, la présente directive vise uniquement à parvenir au degré essentiel de coordination au sein de l'Union qui est nécessaire à la réalisation de son objectif.
- (28) Lors de la mise en œuvre de la présente directive, les États membres devraient utiliser les explications et les exemples applicables figurant dans le rapport sur l'action 2 du BEPS de l'OCDE comme source d'illustration ou d'interprétation, dans la mesure où ils sont conformes aux dispositions de la présente directive et au droit de l'Union.
- (29) Les règles relatives aux dispositifs hybrides prévues à l'article 9, paragraphes 1 et 2, ne s'appliquent que dans la mesure où la situation concernant un contribuable donne lieu à un effet d'asymétrie. Aucun effet d'asymétrie ne devrait survenir lorsqu'un dispositif fait l'objet d'une adaptation en vertu de l'article 9, paragraphe 5, ou de l'article 9 bis et, en conséquence, les dispositifs faisant l'objet d'une adaptation en vertu de ces dispositions de la présente directive ne devraient pas faire l'objet d'une quelconque autre adaptation en vertu des règles relatives aux dispositifs hybrides.
- (30) Lorsque les dispositions d'une autre directive, comme celles de la directive 2011/96/UE du Conseil ⁽¹⁾, permettent de neutraliser l'asymétrie dans les conséquences fiscales, les règles relatives aux dispositifs hybrides prévues par la présente directive ne devraient pas s'appliquer.
- (31) Il convient que la Commission évalue la mise en œuvre de la présente directive cinq ans après son entrée en vigueur et en rende compte au Conseil. Il est opportun que les États membres communiquent à la Commission toutes les informations nécessaires à cette évaluation.
- (32) Il y a donc lieu de modifier la directive (UE) 2016/1164 en conséquence,

A ADOPTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE:

Article premier

La directive (UE) 2016/1164 est modifiée comme suit:

- 1) L'article 1^{er} est remplacé par le texte suivant:

«Article premier

Champ d'application

1. La présente directive s'applique à tous les contribuables soumis à l'impôt sur les sociétés dans un ou plusieurs États membres, y compris les établissements stables, lorsqu'ils sont situés dans un ou plusieurs États membres, d'entités ayant leur résidence fiscale dans un pays tiers.

2. L'article 9 bis s'applique également à toutes les entités qu'un État membre considère comme transparentes à des fins fiscales.»

⁽¹⁾ Directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents (JO L 345 du 29.12.2011, p. 8).

2) L'article 2 est modifié comme suit:

a) au point 4), le dernier alinéa est remplacé par le texte suivant:

«Aux fins des articles 9 et 9 bis:

- a) dans les cas où l'effet d'asymétrie relève de l'article 2, point 9) b), c), d), e) ou g), du présent article ou lorsqu'un ajustement est nécessaire au titre de l'article 9, paragraphe 3, ou de l'article 9 bis, la définition de l'expression "entreprise associée" est modifiée de sorte que le seuil de 25 % est remplacé par un seuil de 50 %;
- b) une personne qui agit conjointement avec une autre personne au titre des droits de vote ou de la propriété du capital d'une entité est considérée comme détenant une participation dans l'ensemble des droits de vote ou des capitaux de cette entité qui sont détenus par l'autre personne;
- c) une "entreprise associée" désigne également une entité qui, à des fins de comptabilité financière, fait partie du même groupe consolidé que le contribuable, une entreprise dans laquelle le contribuable exerce une influence notable sur la gestion ou une entreprise qui exerce une influence notable sur la gestion du contribuable.»

b) le point 9) est remplacé par le texte suivant:

«9) "dispositif hybride", une situation faisant intervenir un contribuable ou, au regard de l'article 9, paragraphe 3, une entité, lorsque:

a) un paiement effectué au titre d'un instrument financier donne lieu à une déduction sans inclusion et:

- i) ce paiement n'est pas inclus dans un délai raisonnable; et
- ii) l'effet d'asymétrie est imputable aux différences existant dans la qualification de l'instrument ou du paiement effectué au titre de cet instrument.

Aux fins du premier alinéa, un paiement effectué au titre d'un instrument financier est considéré comme inclus dans les revenus dans un délai raisonnable lorsque:

- i) le paiement est inclus par la juridiction du bénéficiaire dans une période d'imposition qui commence dans les douze mois suivant la fin de la période d'imposition du payeur; ou
 - ii) il est raisonnable de penser que le paiement sera inclus par la juridiction du bénéficiaire dans une période d'imposition ultérieure et que les conditions du paiement sont celles dont il serait envisageable que des entreprises indépendantes conviennent entre elles;
- b) un paiement en faveur d'une entité hybride donne lieu à une déduction sans inclusion et que cet effet d'asymétrie résulte des différences dans l'attribution des paiements versés à l'entité hybride au titre des lois de la juridiction où l'entité hybride est établie ou enregistrée et des lois de la juridiction de toute personne titulaire d'une participation dans cette entité hybride;
 - c) un paiement en faveur d'une entité disposant d'un ou de plusieurs établissements stables donne lieu à une déduction sans inclusion et que cet effet d'asymétrie résulte des différences dans l'attribution des paiements entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus de la même entité en vertu des lois des juridictions où l'entité mène ses activités;
 - d) un paiement donne lieu à une déduction sans inclusion du fait d'un paiement en faveur d'un établissement stable non pris en compte;
 - e) un paiement effectué par une entité hybride donne lieu à une déduction sans inclusion et que cet effet d'asymétrie résulte de la non prise en compte du paiement en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire;
 - f) un paiement réputé effectué entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus donne lieu à une déduction sans inclusion et que cette asymétrie résulte de la non prise en compte du paiement en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire; ou
 - g) une double déduction se produit.

Aux fins du présent point 9):

- a) un paiement représentant le rendement sous-jacent d'un instrument financier transféré ne donne pas lieu à un dispositif hybride au titre du point a) du premier alinéa lorsque le paiement est effectué par un négociant financier dans le cadre d'un transfert hybride sur le marché, à condition que la juridiction du payeur exige du négociant financier qu'il inclue dans ses revenus tous les montants reçus en rapport avec l'instrument financier transféré;
- b) un dispositif hybride ne survient au titre des points e), f) ou g) du premier alinéa que dans la mesure où la juridiction du payeur autorise l'imputation de la déduction sur un montant autre qu'un revenu soumis à double inclusion;
- c) un effet d'asymétrie n'est considéré comme un dispositif hybride que s'il survient entre des entreprises associées, entre un contribuable et une entreprise associée, entre le siège et un établissement stable, entre deux établissements stables ou plus de la même entité ou dans le cadre d'un dispositif structuré.

Aux fins du présent point 9) et des articles 9, 9 bis et 9 ter, on entend par:

- a) "effet d'asymétrie", une double déduction ou une déduction sans inclusion;
- b) "double déduction", une déduction du même paiement, des mêmes dépenses ou des mêmes pertes dans la juridiction d'origine du paiement, des dépenses ou des pertes (juridiction du payeur) et dans une autre juridiction (juridiction de l'investisseur). Dans le cas d'un paiement par une entité hybride ou un établissement stable, la juridiction du payeur est celle dans laquelle l'entité hybride ou l'établissement stable est établi ou situé;
- c) "déduction sans inclusion", la déduction d'un paiement ou d'un paiement réputé effectué entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus dans toute juridiction dans laquelle ce paiement ou paiement réputé effectué est considéré comme effectué (juridiction du payeur) sans inclusion correspondante à des fins fiscales de ce paiement ou paiement réputé effectué dans la juridiction du bénéficiaire. La juridiction du bénéficiaire est toute juridiction où ce paiement ou paiement réputé effectué est reçu, ou est considéré avoir été reçu en vertu des lois de toute autre juridiction;
- d) "déduction", le montant qui est considéré comme déductible des revenus imposables en vertu des lois de la juridiction du payeur ou de l'investisseur. Le terme "déductible" est interprété en conséquence;
- e) "inclusion", le montant qui est pris en compte à la base de calcul du revenu imposable en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire. Un paiement effectué au titre d'un instrument financier n'est pas considéré comme inclus dans la mesure où le paiement ouvre droit à un allègement fiscal, quel qu'il soit, uniquement du fait de la qualification de ce paiement en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire. Le terme "inclus" est interprété en conséquence;
- f) "allègement fiscal", une exonération fiscale, une réduction du taux d'imposition ou tout crédit ou remboursement d'impôt (autre qu'un crédit d'impôt pour retenues à la source);
- g) "revenu soumis à double inclusion", tout élément de revenu inclus en vertu des lois des deux juridictions où survient l'effet d'asymétrie;
- h) "personne", une personne physique ou une entité;
- i) "entité hybride", toute entité ou tout dispositif qui est considéré comme une entité imposable en vertu des lois d'une juridiction et dont les revenus ou les dépenses sont considérés comme les revenus ou les dépenses d'une ou de plusieurs autres personnes en vertu des lois d'une autre juridiction;
- j) "instrument financier", tout instrument dans la mesure où il génère un rendement financier ou un rendement de capitaux propres soumis aux règles d'imposition applicables aux titres de dette, titres de participation ou produits dérivés selon les lois des juridictions du bénéficiaire ou de celles du payeur, y compris tout transfert hybride;
- k) "négociant financier", toute personne ou entité qui exerce une activité professionnelle consistant à acheter ou à vendre régulièrement des instruments financiers pour son propre compte afin de réaliser un bénéfice;

- l) "transfert hybride", tout dispositif permettant de transférer un instrument financier lorsque le rendement sous-jacent de l'instrument financier transféré est considéré à des fins fiscales comme obtenu simultanément par plusieurs des parties à ce dispositif;
 - m) "transfert hybride sur le marché", tout transfert hybride auquel procède un négociant financier dans le cadre de ses activités habituelles, et non dans le cadre d'un dispositif structuré;
 - n) "établissement stable non pris en compte", tout dispositif qui est considéré comme donnant lieu à un établissement stable en vertu des lois de la juridiction du siège, mais qui n'est pas considéré comme un établissement stable selon les lois de l'autre juridiction;»
- c) les points suivants sont ajoutés:
- «10) "groupe consolidé à des fins de comptabilité financière", un groupe composé de toutes les entités qui sont pleinement intégrées dans les états financiers consolidés établis conformément aux normes internationales d'information financière ou au système national d'information financière d'un État membre;
 - 11) "dispositif structuré", un dispositif utilisant un dispositif hybride et dont les termes intègrent la valorisation de l'effet d'asymétrie ou un dispositif qui a été conçu en vue de générer l'effet d'un dispositif hybride, à moins que l'on ne puisse pas raisonnablement attendre du contribuable ou d'une entreprise associée qu'il/elle soit informé(e) de l'existence du dispositif hybride, et qu'il/elle n'ait pas bénéficié de l'avantage fiscal découlant de ce dispositif.»
- 3) L'article 4 est modifié comme suit:
- a) au paragraphe 5, le point a) ii) est remplacé par le texte suivant:
 - «ii) l'ensemble des actifs et des passifs est estimé selon la même méthode que celle utilisée dans les états financiers consolidés établis conformément aux normes internationales d'information financière ou au système national d'information financière d'un État membre;»
 - b) le paragraphe 8 est remplacé par le texte suivant:
 - «8. Aux fins des paragraphes 1 à 7, le contribuable peut obtenir le droit d'utiliser des états financiers consolidés élaborés selon des normes différentes des normes internationales d'information financière ou du système national d'information financière d'un État membre.»

- 4) L'article 9 est remplacé par le texte suivant:

«Article 9

Dispositifs hybrides

1. Dans la mesure où un dispositif hybride entraîne une double déduction:

- a) la déduction est refusée dans l'État membre qui constitue la juridiction de l'investisseur; et
- b) lorsque la déduction n'est pas refusée dans la juridiction de l'investisseur, elle est refusée dans l'État membre qui constitue la juridiction du payeur.

Toutefois, toute déduction de ce type est susceptible d'être imputée sur un revenu soumis à double inclusion, qu'il soit pris en compte durant la période en cours ou durant une période d'imposition ultérieure.

2. Dans la mesure où un dispositif hybride donne lieu à une déduction sans inclusion:

- a) la déduction est refusée dans l'État membre qui constitue la juridiction du payeur; et
- b) lorsque la déduction n'est pas refusée dans la juridiction du payeur, le montant du paiement qui, autrement, donnerait lieu à un effet d'asymétrie est inclus dans les revenus par l'État membre qui constitue la juridiction du bénéficiaire.

3. Un État membre refuse la déduction de tout paiement par un contribuable dans la mesure où ce paiement finance, directement ou indirectement, des dépenses déductibles, donnant lieu à un dispositif hybride dans le cadre d'une transaction ou d'une série de transactions conclues entre des entreprises associées ou dans le cadre d'un dispositif structuré, sauf dans la mesure où l'une des juridictions concernées par la transaction ou les séries de transactions a procédé à un ajustement équivalent à l'égard de ce dispositif hybride.

4. Un État membre peut exclure du champ d'application du:

- a) paragraphe 2, point b) du présent article, les dispositifs hybrides définis à l'article 2, point 9) b), c), d) ou f);
- b) paragraphe 2, points a) et b) du présent article, les dispositifs hybrides résultant du paiement d'intérêts à une entreprise associée, dans le cadre d'un instrument financier, lorsque:
 - i) l'instrument financier a pour caractéristique la conversion, le renflouement interne ou la dépréciation;
 - ii) l'instrument financier a été émis dans le seul but de satisfaire aux exigences en matière de capacité d'absorption des pertes applicables au secteur bancaire et l'instrument financier est reconnu comme tel selon les exigences du contribuable en matière de capacité d'absorption des pertes;
 - iii) l'instrument financier a été émis
 - en liaison avec des instruments financiers ayant pour caractéristique la conversion, le renflouement interne ou la dépréciation au niveau de l'entreprise mère,
 - au niveau requis pour satisfaire aux exigences applicables en matière de capacité d'absorption des pertes,
 - non dans le cadre d'un dispositif structuré; et
 - iv) la déduction nette globale pour le groupe consolidé prévue dans le cadre du dispositif n'excède pas le montant qu'il aurait atteint si le contribuable avait émis directement sur le marché un tel instrument financier.

Le point b) s'applique jusqu'au 31 décembre 2022.

5. Dans la mesure où un dispositif hybride fait intervenir des revenus d'établissements stables non pris en compte qui ne sont pas imposables dans l'État membre dans lequel le contribuable est résident fiscal, cet État membre oblige le contribuable à inclure les revenus qui, autrement, seraient attribués à l'établissement stable non pris en compte. Cela s'applique à moins que l'État membre soit tenu d'exonérer les revenus en vertu d'une convention préventive de la double imposition conclue par l'État membre concerné avec un pays tiers.

6. Dans la mesure où un transfert hybride est conçu pour donner lieu à un allègement au titre des retenues à la source pour un paiement provenant d'un instrument financier transféré à plusieurs des parties concernées, l'État membre du contribuable limite le bénéfice de cet allègement au prorata des revenus nets imposables liés à ce paiement.»

5) Les articles suivants sont insérés:

«Article 9 bis

Dispositifs hybrides inversés

1. Lorsqu'une ou plusieurs entités associées non résidentes détenant globalement un intérêt direct ou indirect dans 50 % ou plus des droits de vote, des participations au capital ou des droits de participation aux bénéfices d'une entité hybride constituée ou établie dans un État membre se situent dans une juridiction ou des juridictions qui considèrent l'entité hybride comme une personne imposable, l'entité hybride est considérée comme une résidente de cet État membre et ses revenus sont imposés dans la mesure où ils ne sont pas par ailleurs imposés selon les lois de l'État membre ou de toute autre juridiction.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux organismes de placement collectif. Aux fins du présent article, on entend par "organisme de placement collectif" un organisme ou fonds de placement à participation large, doté d'un portefeuille de titres diversifié et soumis aux règles de protection des investisseurs dans le pays où il est établi.

Article 9 ter

Asymétries liées à la résidence fiscale

Dans la mesure où une déduction de paiements, de dépenses ou de pertes d'un contribuable qui est résident fiscal dans deux juridictions ou plus est déductible de l'assiette imposable dans l'ensemble de ces juridictions, l'État membre du contribuable refuse la déduction dans la mesure où l'autre juridiction permet d'imputer la double déduction sur un revenu qui n'est pas un revenu soumis à double inclusion. Si les deux juridictions sont des États membres, l'État membre dans lequel le contribuable n'est pas réputé être résident en application de la convention préventive de la double imposition en vigueur entre les deux États membres concernés refuse la déduction.»

6) À l'article 10, paragraphe 1, l'alinéa suivant est ajouté:

«Par dérogation au premier alinéa, la Commission évalue la mise en œuvre des articles 9 et 9 bis, en particulier les conséquences de l'exemption prévue à l'article 9, paragraphe 4, point b), au plus tard le 1^{er} janvier 2022 et en rend compte au Conseil.»

7) À l'article 11, le paragraphe suivant est inséré:

«5 bis. Par dérogation au paragraphe 1, les États membres adoptent et publient, au plus tard le 31 décembre 2019, les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à l'article 9. Ils communiquent immédiatement à la Commission le texte de ces dispositions.

Ils appliquent ces dispositions à partir du 1^{er} janvier 2020.

Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres.»

Article 2

1. Les États membres adoptent et publient, au plus tard le 31 décembre 2019, les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive. Ils communiquent immédiatement à la Commission le texte de ces dispositions.

Ils appliquent ces dispositions à partir du 1^{er} janvier 2020.

Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres.

2. Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive.

3. Par dérogation au paragraphe 1, les États membres adoptent et publient, au plus tard le 31 décembre 2021, les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à l'article 9 bis de la directive (UE) 2016/1164. Ils communiquent immédiatement à la Commission le texte de ces dispositions.

Ils appliquent ces dispositions à partir du 1^{er} janvier 2022.

Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres.

Article 3

La présente directive entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au *Journal officiel de l'Union européenne*.

Article 4

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Bruxelles, le 29 mai 2017.

Par le Conseil
Le président
C. CARDONA

7466/01

N° 7466¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2018-2019

PROJET DE LOI

portant

1° **modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ;**

2° **modification de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune (« Vermögensteuergesetz ») ;**

3° **modification de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz ») ;**

4° **modification de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung ») ;**

en vue de transposer la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

(27.9.2019)

Le Projet de loi sous avis (ci-après, le « Projet ») vise à transposer la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017¹ (ci-après, l'« ATAD2² ») modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers (ci-après, l'« ATAD1³»). Cette transposition a vocation à s'opérer dans le droit interne par le biais de la modification des quatre textes suivants :

- loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu (ci-après, la « LIR »),
- loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune,
- loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (ci-après, la « StAnpG »), et
- loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931.

*

RESUME SYNTHETIQUE

L'ATAD2, que le Projet se propose de transposer, vient compléter l'ATAD1 sur le point des dispositifs hybrides mis en place, non plus uniquement entre Etats membres, mais avec des pays tiers.

A l'instar des commentaires qu'elle avait formulés dans son avis n°5123 du 5 octobre 2018 relatif au projet de loi n°7318 transposant l'ATAD1, la Chambre de Commerce estime que la transposition est relativement fidèle. Cependant, elle déplore avec constance au fil du Projet qu'il ne soit pas suffisamment adapté aux spécificités et aux besoins de la Place financière internationale et sophistiquée

1 Directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers

2 Acronyme anglais pour « *Anti Tax Avoidance Directive* »

3 Directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur

qu'est celle du Grand-Duché de Luxembourg, même si la Chambre de Commerce doit bien admettre que ce manque de précision vient en grande partie du texte européen lui-même.

La Chambre de Commerce salue l'exercice de l'option prévue au paragraphe 4 du nouvel article 9 de l'ATAD2 permettant d'exclure les instruments financiers émis dans le seul but de satisfaire aux exigences en matière de capacité d'absorption des pertes applicables au secteur bancaire. De même, elle apprécie l'introduction d'une présomption d'action non-conjointe pour la détention de moins de 10% directe ou indirecte de titres ou parts dans un fonds d'investissement. Pour le reste, le Projet transpose littéralement la directive, générant ainsi indirectement un manque de sécurité et de prévisibilité juridique difficilement tolérable, en sus du risque de double imposition rencontré dans certains cas de figure.

Aussi, pour pallier ce manque de précision, la Chambre de Commerce recommande une action en deux temps.

En premier lieu, une action visant à amender toute une série de dispositions du Projet. Afin de gagner du temps vu la date de transposition ultime rapprochée, la Chambre de Commerce propose des reformulations « prêtes à l'emploi ». Elles concernent les points suivants :

- reconnaissance d'une double inclusion lorsque plus de deux juridictions sont impliquées ;
- système de « recapture » d'intérêts déduits plutôt que report dans le futur du droit à une déduction éventuelle en présence de revenus soumis à double inclusion ;
- non-refus de la déduction en cas de paiement à une entité hybride si celle-ci distribue à ses investisseurs le paiement reçu d'un payeur luxembourgeois et que ceux-ci incluent dans un délai raisonnable le montant reçu de l'entité hybride (ou bénéficient d'une exonération fiscale au titre des lois des juridictions dont ils relèvent) ;
- entrée en vigueur des règles relatives aux dispositifs hybrides inversés à compter des exercices commençant à partir du 1er janvier 2022 ;
- non application des règles sur les dispositifs hybrides inversés si les investisseurs bénéficient d'une exonération fiscale au titre des lois des juridictions dont ils relèvent ;
- maintien (i) de la transparence des dispositifs hybrides inversés au sens de l'article 175 LIR et 11*bis* StAnpG avec imposition uniquement sur leurs revenus nets qui ne sont pas imposés par ailleurs et (ii) du régime dit « mère-fille » lorsque les autres conditions sont remplies ;
- introduction d'un seuil de 10% sous lequel un contribuable serait réputé ne pas être partie à un dispositif structuré ;
- appréciation de la notion d'action conjointe uniquement au regard des droits de vote et de la propriété du capital ;
- préférence pour la notion de portefeuille d'« actifs » et non de « titres » dans la définition d'organisme de placement collectif ;
- obligations relatives à la protection des investisseurs ; et
- les états financiers consolidés selon des normes différentes.

Dans un second temps, une action visant à émettre, d'ici la fin de l'année, une circulaire portant sur les points ci-après :

- les contours de l'action conjointe, et particulièrement :
 - o le niveau auquel doit se faire le test de 10% ;
 - o la situation des investisseurs détenant au moins 10% des parts d'intérêts ou droits de vote ;
 - o le niveau d'application du concept d'action commune ;
 - o le moment où le test de détention directe ou indirect doit être appliqué ; et
 - o les moyens de preuve ;
- la notion d'influence notable ;
- l'absence de test contrefactuel pour les effets d'asymétrie résultant d'un instrument hybride ;
- la qualification du paiement par rapport à la qualification de l'instrument au titre duquel le paiement est effectué ;
- la reconnaissance d'une inclusion en cas d'application de règles SEC ou similaires ;
- reconnaissance d'une double inclusion même si le revenu bénéficie d'un régime spécial ;

- la non-inclusion en présence de bénéficiaires exonérés sous un instrument hybride ou sous une entité hybride ;
- les engagements et paiements des organismes de titrisation ; et
- le champ d’application des asymétries importées.

*

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut marquer son accord au Projet que sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

Appréciation du projet de loi :

	<i>Incidence</i>
Compétitivité de l’économie luxembourgeoise	+/- ⁴
Impact financier sur les entreprises	-
Transposition de la directive	+/- ⁵
Simplification administrative	n.a.
Impact sur les finances publiques	n.d.
Développement durable	+ ⁶

Appréciations: ++ : très favorable
 + : favorable
 0 : neutre
 - : défavorable
 -- : très défavorable
 n.a. : non applicable
 n.d. : non disponible

*

CONTEXTE ET EVOLUTION

Comme le souligne l’exposé des motifs du Projet, l’ATAD2 a été émise en complément de l’ATAD1 sur la question des instruments hybrides concernant non plus uniquement entre Etats membres, mais aussi des pays tiers.

Pour rappel, l’ATAD1 s’attachait, quant à elle, à traiter, en sus de l’hybridité, les problématiques suivantes, majoritairement issues du rapport BEPS⁷.

- imposition à la sortie ou « *exit tax* »,
- limitation de la déductibilité des intérêts,
- bénéfice des sociétés étrangères contrôlées, et
- clause anti-abus générale.

⁴ La transposition de l’ATAD2 participe des exigences d’une compétitivité saine au sein de l’Union européenne. Une note négative pourrait cependant être octroyée pour ne pas avoir adapté le texte aux spécificités et besoins de la Place.

⁵ Voir les considérations générales, point 1

⁶ Le principe de la neutralisation des effets de non-imposition ou double déductibilité des instruments et entités hybrides participe du développement durable mais le texte du Projet est susceptible de créer des cas de double imposition et d’insécurité qui, eux, ne contribuent pas à ce développement durable.

⁷ Tout terme capitalisé non autrement défini a la signification lui attribuée dans l’avis de la Chambre de Commerce n°5123 du 5 octobre 2018 relatif au projet de loi n°7318 transposant l’ATAD1.

Le présent avis de la Chambre de Commerce s'inscrit donc dans la continuité de son avis n° 5123 précité transposant l'ATAD1 et auquel elle se permet de renvoyer, principalement concernant ses commentaires relatifs à l'article 168^{ter} LIR sur les dispositifs hybrides. La Chambre de Commerce souligne qu'elle avait, à l'époque, fermement demandé de supprimer l'insertion de cet article dont la date de prise d'effet avait été reportée par l'ATAD2 avant même que l'ATAD1 ne soit transposée. Au vu du Projet qui vise à remplacer intégralement l'article 168^{ter} LIR actuel, il s'avère que la position prise à l'époque par la Chambre de Commerce était tout à fait fondée et rationnelle.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Avant d'entrer dans l'examen détaillé de celles des dispositions du Projet qui appellent un commentaire de sa part, la Chambre de Commerce aimerait émettre des considérations générales sur le mode de transposition utilisé pour l'ATAD2 ainsi que sur l'absence d'estimation disponible de l'impact financier du Projet et la table de concordance fragmentaire.

1. Appréciation de la transposition de l'ATAD2

La Chambre de Commerce est nuancée sur la manière dont l'ATAD2 a été transposée en droit interne.

Au titre des points positifs, elle note l'effort de dialogue avec les secteurs concernés qui a précédé à l'élaboration du Projet. Il s'agit là d'un processus que la Chambre de Commerce encourage fortement pour la rédaction de projets de loi ou de règlements grand-ducaux à l'avenir et ce, de façon encore renforcée.

Par ailleurs, les auteurs se sont donné la peine d'illustrer le commentaire des dispositions avec des schémas et des explications, même s'ils restent limités sur bien des points – voir *infra* – les considérants de l'ATAD2 suggérant d'ailleurs d'utiliser les exemples de l'action 2 du plan BEPS.

Enfin, bien que le texte de l'ATAD2 n'offre que très peu de latitude aux Etats-membres, il est une option qu'il était important de lever pour la Place, à savoir, celle prévue au paragraphe 4 du nouvel article 9 de l'ATAD2 et permettant d'exclure les instruments financiers émis dans le seul but de satisfaire aux exigences en matière de capacité d'absorption des pertes applicables au secteur bancaire, pour autant que celui-ci soit reconnu comme tel suivant les exigences prudentielles. Il était en effet tout à fait opportun que le Luxembourg fasse usage de cette faculté. S'il est vrai qu'à l'heure actuelle les banques de la Place recourent globalement de manière limitée aux instruments concernés à des fins prudentielles⁸, cette situation pourrait néanmoins changer du fait d'exigences réglementaires pouvant soulever des nouveaux besoins en capital. Il paraît ainsi important de ne pas préempter l'avenir en évitant de créer un désavantage concurrentiel pour le Luxembourg. Par conséquent, la Chambre de Commerce salue l'exercice de cette option.

De même, la Chambre de Commerce apprécie l'introduction d'une présomption d'action non-conjointe pour la détention de moins de 10% de titres ou parts dans un fonds d'investissement.

Il n'en reste pas moins que la Chambre de Commerce n'est pas entièrement satisfaite de la transposition.

Tout en respectant le principe de transposition littérale qu'elle défend habituellement, la Chambre de Commerce, à l'instar de ce qu'elle avait demandé dans la transposition de l'ATAD1, aurait souhaité que les auteurs du Projet précisent certains aspects de la directive afin de prévoir les cas non (suffisamment) couverts par le texte européen. Il en va de la sécurité juridique, et donc, de la compétitivité du pays.

La Place étant caractérisée par un haut degré de spécificité de la finance et des outils et produits qu'elle a développés, le texte de l'ATAD2 ne permet pas d'appréhender correctement la réalité du terrain luxembourgeois. A titre d'exemple, la définition de double inclusion n'est pas adaptée dans le cas où trois états ou plus interviennent avec des entités interposées (voir Partie I, point 1.1 des commentaires). Or les cas de figure où trois juridictions sont impliquées sont très fréquents à Luxembourg

⁸ Selon les chiffres de la CSSF pour 2017, les fonds propres de base catégorie 1 (CET1) représentent 94,7% du total. Les fonds propres additionnels AT1 et T2 représentent 5,3% soit 2,71 milliards d'euros.

pour des raisons largement étrangères à la fiscalité. La Chambre de Commerce aurait donc souhaité un texte de loi adapté et des commentaires beaucoup plus étoffés.

Enfin, les options permises par l'ATAD2 étant déjà très limitées, la Chambre de Commerce estime qu'il aurait fallu les exercer toutes. A cet égard, elle regrette qu'il n'ait pas été fait usage de la possibilité prévue au nouveau paragraphe 8 de l'article 4 ATAD 2 – déjà prévue dans l'ATAD1 – permettant d'utiliser des états financiers consolidés différents des normes internationales d'information financière ou du système national d'information financière d'un Etat membre.

Dans la suite de cet avis, la Chambre de Commerce va donc s'attacher à proposer des changements à adopter par voie législative (Partie I des commentaires) et d'autres précisions à apporter par voie de circulaire (Partie II des commentaires) afin de donner la sécurité juridique nécessaire à la pratique et contre la concurrence fiscale d'autres Etats membres où l'application des règles est beaucoup plus claire et évidente.

2. Impact financier non chiffré

La Chambre de Commerce constate que le Projet ne comporte, tout comme le projet de loi n°5123 transposant l'ATAD1 précité, aucune évaluation précise de son incidence financière. Si la Chambre de Commerce peut comprendre la justification donnée par les auteurs, elle ne peut en revanche accepter qu'aucune ébauche d'impact n'ait à ce jour été communiquée, voire même réalisée.

La Chambre de Commerce avait en effet recommandé au « *Gouvernement de lancer dès que possible une démarche analytique, permettant d'évaluer à l'avenir les retombées des nouvelles réglementations fiscales en termes de valeur ajoutée, de finances publiques et d'emploi. Une telle évaluation devrait certes probablement reposer sur des fourchettes plus ou moins larges, mais elle serait en tout état de cause éminemment préférable à l'incertitude prévalant actuellement. Les autorités pourraient notamment s'inspirer de pratiques étrangères. Ainsi et à titre d'exemple, l'incidence de la réforme fiscale américaine de décembre 2017 a pu être estimée sur un horizon de long terme au moyen d'un modèle néoclassique et, pour ce qui est de son impact à court terme, sur la base de régressions économétriques*⁹. La Chambre de Commerce encourage les autorités à évaluer la faisabilité d'approches de ce type, ou le cas échéant d'évaluations plus « micro-économiques », dans la situation spécifique du Luxembourg ».

La Chambre de Commerce avait également noté avec intérêt le passage suivant de la fiche financière du projet n°5123 précité : « *Dans le cadre de l'élaboration du budget pluriannuel de l'Etat, l'évolution des recettes fiscales liées aux catégories d'impôts mentionnées ci-avant continuera d'être scrutée et analysée en détail pour adapter, le cas échéant, les prévisions budgétaires de manière subséquente* ».

Dans ces circonstances, la Chambre de Commerce s'étonne de l'absence de référence explicite, dans le projet de budget pluriannuel 2019-2022 déposé en mars dernier, à une quelconque analyse portant sur l'évaluation de l'impact budgétaire d'ATAD1 sur les recettes fiscales luxembourgeoises¹⁰.

Enfin, la fiche financière mentionne le risque que certaines entreprises puissent quitter le pays. Pour la Chambre de Commerce, il n'est pas concevable, en ayant conscience de ce risque, de ne pas faire tout pour l'éviter, car chaque entreprise, quelle que soit sa taille, est précieuse pour l'économie du pays. La Chambre de Commerce ne retrouve aucune trace selon laquelle des mesures permettant de limiter ce risque de départ seraient en train d'être élaborées alors qu'il existe des solutions déjà proposées par la Chambre de Commerce notamment, comme la suppression de la retenue à la source sur le paiement d'intérêts et de l'impôt sur la fortune. Si ces mesures, surtout la seconde, peuvent avoir un coût immédiat sur le budget, l'effet retour serait très probablement bien supérieur. Différentes pistes avaient été suggérées notamment dans le cadre de la réforme fiscale de 2017 dans l'avis 4733 du 18 novembre 2016 sur le projet de loi n°7050 et d'autres sont toujours à l'étude. La Chambre de Commerce est partant d'avis qu'il convient d'explorer toutes les pistes possibles afin d'éviter des fuites de capitaux et pour, au contraire, être une Place la plus attractive possible.

9 « *Macroeconomic Effects of the 2017 Tax Reform* », par Robert J. Barro et Jason Furman, mars 2018, https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2018/03/4_barrofurman.pdf

10 Tout au plus est-il fait brièvement et sporadiquement mention de l'ATAD1, dans le document intitulé « *Principales mesures fiscales* » distribué en même temps que le Projet.

3. Table de concordance

La Chambre de Commerce déplore le caractère fragmentaire et incomplet de la table de concordance jointe au Projet.

*

COMMENTAIRE DES ARTICLES

Etant donné l'importance de la matière pour la Place, la Chambre de Commerce souhaite formuler, dans la suite de son avis, des propositions d'amendements au Projet systématiquement accompagnées de reformulation figurant dans des encadrés (partie I). D'autres éléments, tout aussi importants mais ne nécessitant pas obligatoirement une modification législative mais plutôt un traitement par voie de circulaire, seront exposés dans la suite du commentaire par la Chambre de Commerce (Partie II).

PARTIE I

Propositions d'amendements

Cette première partie s'articule autour de six thèmes que sont :

- les entités hybrides ;
- les dispositifs hybrides « inversés » ;
- les dispositifs structurés ;
- la notion d'action conjointe ;
- la notion d'organisme de placement collectif ; et
- l'élaboration d'états financiers consolidés selon des normes différentes.

Le commentaire de la Chambre de Commerce ne suivra donc pas l'ordre des articles mais les regroupera par thème et sous-thème dans un souci de logique et de lisibilité.

Remarque préliminaire

La Chambre de Commerce note, au travers de plusieurs dispositions du Projet, l'emploi erroné du terme « alinéa » à la place de « paragraphe ». La division d'un article se fait par paragraphes, eux-mêmes divisés en alinéas lorsqu'il y a un double niveau de division¹¹. Elle demande dès lors de rectifier toutes les références inappropriées dans le Projet. Dans le présent avis, la Chambre de Commerce a donc adopté cette approche rectifiée.

1. Les entités hybrides

1.1 Reconnaissance d'une double inclusion lorsque plus de deux juridictions sont impliquées

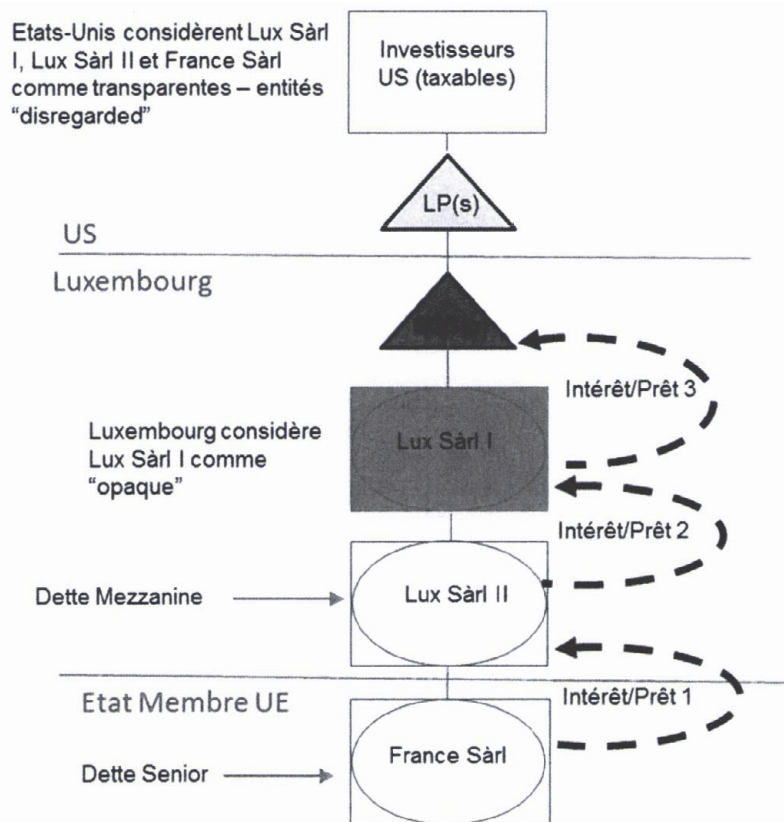
Afin d'éviter un risque de double imposition résultant de l'application des règles d'ATAD2 transposées à l'article 168^{ter} LIR tel que projeté, il est important d'adopter une interprétation de la notion de « *revenu soumis à double inclusion* » conforme au rapport sur l'Action 2 du Plan BEPS de 2015 (en abrégé ci-après, le « Rapport BEPS AP2 »). Ce rapport prévoit plusieurs situations. La Chambre de Commerce se réfère notamment à l'exemple 3.1 (qui mentionne de « *revenu net global* » en son paragraphe 4) et à l'exemple 6.3 (qui mentionne un « *revenu net total* » en son paragraphe 5). L'exemple 6.4 est, en outre, particulièrement intéressant en matière de détermination d'un revenu soumis à double inclusion du fait de l'application de règles sur les sociétés étrangères contrôlées (en abrégé ci-après, les « SEC »).

¹¹ Pour plus de précision, voir « *Normes et légistique en droit public luxembourgeois – vade mecum* », Marc Besch, Promoculture Larcier, 2019, points 527 à 536.

Pour rappel, une double inclusion peut avoir lieu en vertu des règles d'imposition ordinaires lorsqu'un organisme est considéré comme opaque dans sa juridiction de résidence mais transparent par ses investisseurs, de sorte que les revenus et charges de l'organisme sont inclus dans la base d'imposition de l'organisme lui-même et (au *prorata*) dans celles des investisseurs.

Une double inclusion peut également avoir lieu lorsque le revenu imposable d'une société est aussi pris en compte dans le chef de l'un de ses investisseurs directs ou indirects en application de règles sur les sociétés étrangères contrôlées (ou de règles poursuivant un objectif similaire, par exemple « *GILTI*¹² » aux Etats-Unis).

Un revenu soumis à double inclusion peut encore exister en présence de structures avec de multiples sociétés interposées qui sont résidentes dans diverses juridictions. Ces différents niveaux de sociétés interposées sont très souvent nécessaires pour des questions légales et commerciales (p.ex. isolement des dettes et garanties bancaires, prise de participation des gestionnaires, entrée d'un co-investisseur, etc.). L'exemple suivant permet d'illustrer une telle situation.



D'un point de vue fiscal américain, toutes les sociétés situées en dessous du fonds (la société en commandite spéciale dans la structure ci-dessus) peuvent être « *checked disregarded* » et donc considérées comme totalement transparentes aux Etats-Unis. Cela signifie que les investisseurs américains sont immédiatement imposables sur les bénéfices de la dernière entité de la chaîne de détention France Sàrl, mais sans tenir compte du paiement effectué par la « *top holding* » luxembourgeoise Lux Sàrl I au fonds sous le Prêt 3, ni des revenus reçus par cette société luxembourgeoise de Lux Sàrl II sous forme de dividendes ou d'intérêts sous le Prêt 2 et qui trouvent leur source (de manière indirecte) dans les revenus de la dernière entité étrangère dans la chaîne de détention, i.e. France Sàrl. Il est encore à noter que dans une telle structure, les Etats-Unis ne voient pas le Prêt 1 (ni les charges d'intérêt au niveau de France Sàrl, ni le revenu d'intérêt au niveau de Lux Sàrl II).

¹² L'inclusion « *GILTI* » correspond à l'excédent du « revenu fondé sur les bénéfices » (*tested income*) de chaque actionnaire américain par rapport au « revenu net réputé tiré de biens corporels » (*net deemed tangible income return*) de l'actionnaire. Cfr. également Partie II, 5.1. des Commentaires.

Dans l'exemple ci-dessus, une lecture restrictive impliquerait que la seule entité de la structure ayant un revenu « à double inclusion » (ici inclus aux États-Unis et en France) serait la société étrangère détenant directement les actifs source des revenus inclus aux États-Unis et située en dessous des entités luxembourgeoises – dans l'exemple, France Sàrl. Dès lors :

- la déduction du paiement effectué par Lux Sàrl I au fonds serait refusée, tandis que les bénéficiaires qui financent économiquement ce paiement seraient imposés au niveau français, puis luxembourgeois, et aux États-Unis en raison de la transparence des sociétés intermédiaires d'un point de vue fiscal américain. Cela conduirait donc à une double/multiple imposition économique que l'ATAD 2 et le Rapport BEPS AP2 ne visent pas à introduire (cf. en particulier l'exemple 6.4 du Rapport BEPS AP2) ;
- la société luxembourgeoise avec la dette mezzanine se verrait alors refuser une déduction pour les intérêts sur cette dette externe, car les paiements d'intérêts seraient considérés comme des paiements donnant lieu à « double déduction » visés par la règle défensive de l'article 9, paragraphe 1, lettre b) de l'ATAD2 (article 168ter, paragraphe 3, numéro 1, alinéa 1, lettre b LIR tel que projeté) sans qu'il y ait double inclusion des revenus perçus par Lux Sàrl II. Toutefois, la société luxembourgeoise sera toujours imposée sur les intérêts perçus sur le Prêt 1 accordé à France Sàrl, qui ont pourtant leur source dans le revenu soumis à double inclusion réalisé par la filiale.

Par conséquent, afin d'éviter une double imposition:

- le montant des revenus de France Sàrl qui est inclus à la fois en France et aux États-Unis et qui excède le montant des intérêts sur la dette senior doublement déduit devrait pouvoir être pris en compte pour permettre la déduction des intérêts sous la dette mezzanine qui sont soumis à double déduction ;
- le supplément d'excédent de ce revenu de France Sàrl inclus à la fois aux États-Unis et en France devrait également pouvoir être pris en compte pour permettre la déduction des intérêts dus par Lux Sàrl I sous le Prêt 3 (déduction sans inclusion mais dont la déduction est imputée sur un revenu soumis à double inclusion).

La Chambre de Commerce propose de chiffrer l'exemple précédent avec :

- des revenus totaux de France Sàrl de 400 sur la période d'investissement ;
- le total des intérêts sous le prêt senior de 200 ;
- le total des intérêts sous le prêt mezzanine de 100.

Le total des revenus soumis à double inclusion (en France et aux États-Unis) est de 400. Ce revenu soumis à double inclusion en France est utilisé à hauteur de 200 comme contrepartie de la double déduction en France et aux États-Unis de 200 d'intérêts sous le prêt senior. 100 peuvent être utilisés économiquement comme contrepartie de la double déduction de 100 d'intérêts sous la dette mezzanine au niveau de Lux Sàrl II. 100 de revenus soumis à double inclusion restent et peuvent être utilisés économiquement en contrepartie de la déduction des intérêts sous le prêt 3 qui ne sont pas autrement soumis à inclusion aux États-Unis.

Afin d'éviter une double imposition dans ce cas de figure notamment, la Chambre de Commerce demande de :

- Modifier l'article 168ter, paragraphe 1^{er}, numéro 9 LIR tel que projeté en : « [...] tout élément de revenu inclus en vertu des lois des d'au moins deux juridictions où survient l'effet d'asymétrie concernées par un effet d'asymétrie ou une combinaison d'effets d'asymétrie ; »
- Modifier l'article 168ter, paragraphe 3, numéro 1, second alinéa LIR tel que projeté en : « Toutefois de tels paiements, dépenses ou pertes restent déductibles d'un revenu soumis à double inclusion ou d'un revenu financé directement ou indirectement par un revenu soumis à double inclusion dans la mesure où ce dernier n'a pas été pleinement compensé par une double déduction [...] ».
- Modifier l'article 168ter, paragraphe 1^{er}, numéro 2, lettre e LIR tel que projeté en : « [...] Toutefois, aucun dispositif hybride ne survient que dans la mesure où ce paiement est déductible dans la juridiction du payeur d'un revenu qui n'est pas un revenu soumis à double inclusion, ou d'un revenu financé directement ou indirectement par un revenu soumis à double inclusion dans la mesure où ce dernier n'a pas été pleinement compensé par une double déduction ; ».

- Modifier l'article 168ter, paragraphe 1^{er}, numéro 2, lettre f LIR tel que projeté en : « [...] Toutefois, aucun dispositif hybride ne survient que dans la mesure où ce paiement est déductible dans la juridiction du payeur d'un revenu qui n'est pas un revenu soumis à double inclusion, ou d'un revenu financé directement ou indirectement par un revenu soumis à double inclusion dans la mesure où ce dernier n'a pas été pleinement compensé par une double déduction ; ».
- Modifier l'article 168ter, paragraphe 1^{er}, numéro 2, lettre g LIR tel que projeté en : « [...] Toutefois, aucun dispositif hybride ne survient que dans la mesure où ce paiement est déductible dans la juridiction du payeur d'un revenu qui n'est pas un revenu soumis à double inclusion, ou d'un revenu financé directement ou indirectement par un revenu soumis à double inclusion dans la mesure où ce dernier n'a pas été pleinement compensé par une double déduction ; ».

1.2 Système de « recapture » d'intérêts déduits plutôt que report dans le futur du droit à une déduction éventuelle en présence de revenus soumis à double inclusion

L'article 9, paragraphe 1^{er} de l'ATAD1, tel que modifié par ATAD2, relatif aux dispositifs hybrides entraînant une double déduction, dispose que « toute déduction de ce type est susceptible d'être imputée sur un revenu soumis à double inclusion, qu'il soit pris en compte durant la période en cours ou durant une période d'imposition ultérieure ». Cette précision permet de traiter les différences temporelles entre les charges donnant lieu à une double déduction et la réalisation de revenus soumis à double inclusion.

En ligne avec cette disposition de la directive, la Chambre de Commerce estime que la déduction devrait être admise également dans le cas où deux problématiques relatives aux asymétries hybrides sont susceptibles de se poser (une déduction sans inclusion sur la dette actionnaire – cette problématique est déjà traitée sous le point 1.1 ci-dessus – et une double déduction sur la dette bancaire) ainsi qu'illustré dans l'exemple chiffré simplifié suivant :

- Une Sàrl luxembourgeoise (Lux Sàrl) est financée par fonds propres, dette bancaire (100 d'intérêts par an) et dette d'actionnaires (50 d'intérêts par an) pour réaliser un projet de développement immobilier au Luxembourg ou dans une juridiction non-conventionnée. En année 1, cette société n'a pas de revenu, en année 2, elle génère 150 de revenu et en année 3, 300 de revenu.
- Lux Sàrl est « *checked disregarded* » d'un point de vue fiscal américain. Son associé est résident et imposable aux Etats-Unis. En d'autres termes, Lux Sàrl est, d'un point de vue fiscal américain, considérée comme n'ayant pas de personnalité juridique distincte de son associé unique américain. Par conséquent, l'associé américain bénéficie d'une déduction pour les intérêts payés par la société luxembourgeoise sur la dette bancaire. L'associé américain ne déduit pas les intérêts sur la dette actionnaire, mais n'inclut pas non plus le revenu d'intérêt (la dette actionnaire n'existe pas d'un point de vue fiscal américain). L'associé américain inclut dans sa base imposable tous les revenus de la société luxembourgeoise.
- La première année, Lux Sàrl paie 100 d'intérêts sur la dette bancaire et 50 sur la dette actionnaire. La seconde et la troisième année, il y a toujours 100 d'intérêts sur la dette bancaire et 50 d'intérêts sur la dette actionnaire.

Par conséquent, le traitement fiscal devrait être le suivant :

- La première année il y aurait 100 d'intérêts sur la dette bancaire donnant lieu à double déduction (une déduction au Luxembourg et une déduction aux Etats-Unis). Il y aurait aussi une déduction de 50 d'intérêts sur la dette actionnaire au Luxembourg avec non prise en compte aux Etats-Unis. Cependant, durant cette première année, il n'y a pas de revenu soumis à double inclusion car il n'y a encore aucun revenu. Ces 150 devraient toutefois être déductibles l'année 1 car il est raisonnable de penser que les revenus futurs seront soumis à double inclusion (ce qui est effectivement le cas, tel qu'expliqué ci-dessous).
- Durant l'année 2, il y aurait 150 de revenus inclus dans la base imposable luxembourgeoise de la société et dans la base imposable américaine de l'associé. Il y aurait toujours 100 d'intérêts sur la dette bancaire donnant lieu à double déduction (une déduction au Luxembourg et une déduction aux Etats-Unis), mais cette fois la double déduction serait imputée sur un revenu soumis à double inclusion à hauteur de 100. La déduction de 50 d'intérêts sur la dette actionnaire au Luxembourg avec non prise en compte aux Etats-Unis serait toujours applicable mais la déduction serait imputable sur un revenu de 50 soumis à double inclusion (cf. position sous le point 1.1 ci-dessus).

- Durant l'année 3, il y a 300 de revenus inclus dans la base imposable luxembourgeoise de la société et dans la base imposable américaine de l'associé. Il y aurait toujours 100 d'intérêts sur la dette bancaire donnant lieu à double déduction (une déduction au Luxembourg et une déduction aux États-Unis), mais la double déduction est imputée sur un revenu soumis à double inclusion à hauteur de 100. Il y aurait toujours une déduction de 50 d'intérêts sur la dette actionnaire au Luxembourg avec non prise en compte aux États-Unis, mais la déduction est imputable sur un revenu de 50 soumis à double inclusion. Cependant, 150 de revenus supplémentaires seraient soumis à double inclusion qui devraient permettre la déduction des 150 d'intérêts de l'année 1.

Afin de parvenir à ce traitement fiscal, la Chambre de Commerce demande donc de :

Modifier l'article 168ter, paragraphe 3, numéro 1, second alinéa LIR tel que projeté en : « *Toutefois, de tels paiements, dépenses ou pertes restent déductibles d'un revenu soumis à double inclusion, que celle-ci intervienne au cours de l'exercice d'exploitation en cours ou d'un exercice ultérieur, lorsqu'il est raisonnable de penser¹³ que les revenus du payeur luxembourgeois seront également inclus par les juridictions de ses investisseurs. Les paiements, dépenses ou pertes qui n'ont pas pu être déduits en vertu de la phrase précédente restent déductibles d'un revenu soumis à double inclusion d'un exercice d'exploitation ultérieur.* »¹⁴

1.3 Non-refus de la déduction en cas de paiement à une entité hybride si celle-ci distribue à ses investisseurs le paiement reçu d'un payeur luxembourgeois et que ceux-ci incluent dans un délai raisonnable le montant reçu de l'entité hybride (ou bénéficient d'une exonération fiscale au titre des lois des juridictions dont ils relèvent)

Le paragraphe 156 du Rapport BEPS AP2 note que le « *traitement fiscal qui sera appliqué à un futur paiement de l'entité hybride inversée en faveur de l'investisseur (et qui sera, ou non, financé par des paiements couverts par la règle relative aux entités hybrides inversées) est en règle générale trop éloigné dans le temps de la date d'apparition de l'asymétrie [...]* » (soulignement ajouté).

Or, la plupart des fonds d'investissement alternatifs distribuent leurs profits et gains aux investisseurs le plus rapidement possible après leur réception. Pour ces fonds distribuant des revenus aux investisseurs dans un délai de douze mois après réception du paiement (ou davantage, s'il est raisonnable de penser qu'il y aura inclusion), il serait juste et proportionné de considérer qu'il existe une inclusion au niveau des investisseurs.

D'ailleurs, les fonds d'investissement ont souvent l'obligation (contractuelle) de distribuer à leurs investisseurs dans un bref délai les sommes qu'ils reçoivent. Etant donné que le fonds et ses investisseurs ne sont pas nécessairement liés et pourraient donc très bien être des entreprises indépendantes, les délais éventuels entre la réception des revenus et une distribution aux investisseurs, qui s'appliquent sans distinction aux différents investisseurs (sauf exception), ne peuvent pas être présumés comme ayant pour but de donner lieu à un effet d'asymétrie. Un délai dans ces distributions devrait donc être considéré comme respectant le principe de pleine concurrence.

Par conséquent, et pour éviter une double imposition lors de la distribution aux investisseurs, la Chambre de Commerce propose que les dispositifs hybrides de l'article 168ter, paragraphe 1^{er}, numéro 2, lettre b LIR tel que projeté ne visent pas les paiements effectués à un organisme hybride lorsque celui-ci distribue le montant du paiement reçu et que ses investisseurs directs ou indirects incluent le paiement dans un délai de douze mois suivant la fin de la période d'imposition de l'auteur

13 La Chambre de Commerce jugerait utile de clarifier que le délai dans lequel une inclusion future est susceptible d'avoir lieu dépendra du type d'actifs dans lesquels le contribuable investit directement ou indirectement (par exemple, des actifs immobiliers, des créances (en souffrance ou non), etc.) et de la politique d'investissement (par exemple, détention à long-terme pour développer l'actif, acquisitions et cessions fréquentes en vue de réaliser des plus-values, etc.).

14 En combinant les propositions des points 1.1 et 1.2 ci-dessus, les modifications au texte de l'article 168ter, paragraphe 3, numéro 1, second alinéa LIR seraient donc :

« *Toutefois de tels paiements, dépenses ou pertes restent déductibles d'un revenu soumis à double inclusion ou d'un revenu financé directement ou indirectement par un revenu soumis à double inclusion dans la mesure où celui-ci n'a pas été pleinement compensé par une double déduction, que cette double inclusion intervienne au cours de l'exercice d'exploitation en cours ou d'un exercice ultérieur, lorsqu'il est raisonnable de penser que la double inclusion aura lieu. Les paiements, dépenses ou pertes qui n'ont pas pu être déduits en vertu de la phrase précédente restent déductibles d'un revenu soumis à double inclusion d'un exercice d'exploitation ultérieur.* »

du paiement en faveur de l'organisme hybride ou dans une période d'imposition ultérieure et que les conditions du paiement en faveur de l'organisme hybride et des paiement effectués par l'organisme hybride sont celles dont il serait envisageable que des entreprises indépendantes conviennent entre elles.

Sur base de ce qui précède, la Chambre de Commerce demande donc de :

Compléter l'article 168ter, paragraphe 1^{er}, numéro 2, lettre b LIR tel que projeté par le texte souligné suivant : « un paiement en faveur d'un organisme hybride donne lieu à une déduction sans inclusion et que cet effet d'asymétrie résulte des différences dans l'attribution des paiements versés à l'organisme hybride au titre des lois de la juridiction où l'organisme hybride est établi ou enregistré et des lois de la juridiction de toute personne physique ou de tout organisme qui est titulaire d'une participation dans cet organisme hybride. Toutefois, un paiement est réputé inclus si l'organisme hybride distribue le montant du paiement reçu et que ses investisseurs directs ou indirects incluent le paiement dans une période d'imposition qui commence dans les douze mois suivant la fin de la période d'imposition du payeur ou lorsqu'il est raisonnable de penser¹⁵ que le paiement sera inclus par les investisseurs directs ou indirects de l'organisme hybride dans une période d'imposition ultérieure et que les conditions sont celles dont il serait envisageable que des entreprises indépendantes conviennent entre elles. ».

2. Les dispositifs hybrides « inversés »

2.1 Entrée en vigueur des règles relatives aux dispositifs hybrides inversés à compter des exercices commençant à partir du 1^{er} janvier 2022

L'ATAD2, en son article 2, permet de décaler de deux ans l'entrée en vigueur de l'article relatif aux dispositifs hybrides inversés.

Néanmoins, la rédaction de l'article 7 du Projet mériterait d'être revue afin de mieux refléter la possibilité offerte par cette option.

Par conséquent, la Chambre de Commerce demande de :

Modifier l'article 7 du Projet en : « [...] à l'exception de celles des articles 2, 4^o, 3, 4, 5 et 6 qui sont applicables aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier de l'année d'imposition 2022. »

2.2 Non application des règles sur les dispositifs hybrides inversés si les investisseurs bénéficient d'une exonération fiscale au titre des lois des juridictions dont ils relèvent

La Chambre de Commerce note que, même sans interposition du dispositif hybride inversé, les investisseurs qui bénéficient d'une exonération fiscale au titre des lois des juridictions dont ils relèvent, ne sont pas imposés sur le revenu sous-jacent.

En outre, dans ce même cas de figure, la déduction n'est pas refusée à un payeur luxembourgeois (effectuant le paiement au dispositif hybride inversé) sur base de l'article 168ter, alinéa 2, puisqu'il n'y a pas de dispositif hybride au sens de l'article 168ter, paragraphe 1^{er} numéro 2, lettre b LIR tel que projeté.

Partant, pour tenir compte de cette situation particulière et par souci de cohérence avec l'article 168ter LIR tel que projeté, la Chambre de Commerce demande de :

Compléter l'article 168quater, paragraphe 1^{er} par le texte suivant : « *Ne sont toutefois pas pris en compte les investisseurs qui bénéficient d'une exonération fiscale au titre des lois des juridictions dont ils relèvent.* »¹⁶.

¹⁵ Voir note de bas de page n°13

¹⁶ Les juridictions dont relèvent les investisseurs sont celles où les investisseurs ont une présence à laquelle la détention des parts d'intérêts dans le dispositif hybride inversé est allouée.

2.3 Maintien (i) de la transparence des dispositifs hybrides inversés au sens de l'article 175 LIR et 11bis StAnpG avec imposition uniquement sur leurs revenus nets qui ne sont pas imposés par ailleurs et (ii) du régime dit « mère-fille » lorsque les autres conditions sont remplies

Pour éviter toute confusion sur le maintien des effets d'une transparence fiscale partielle des dispositifs hybrides inversés et pour dissiper tout doute sur le fait qu'un dispositif hybride inversé ne tombe pas dans le champ de l'article 159 LIR du fait de l'imposition d'une partie de ses revenus, la Chambre de Commerce propose de supprimer les modifications de l'article 175 LIR et du paragraphe IIbis StAnpG et de rendre les dispositifs hybrides inversés uniquement imposables sur leurs revenus nets non autrement imposés nonobstant leur transparence fiscale.

L'objectif de l'ATAD2 est uniquement de soumettre les revenus d'un dispositif hybride inversé à l'IRC, pas d'en faire un contribuable au sens de l'article 159 LIR, ni de le soumettre aux multiples autres dispositions applicables lorsqu'un organisme est soumis à l'article 159 LIR.

Par ailleurs, afin d'éviter une discrimination avec un contribuable au sens des articles 159 et 160 LIR, qui bénéficierait du régime de l'article 166 LIR, la Chambre de Commerce demande l'ajout d'un nouvel alinéa dans l'article 168^{quater}LIR qui prévoirait qu'un organisme ou dispositif soumis à l'IRC en vertu de l'alinéa 1^{er} du même article, peut bénéficier dudit régime pour ses revenus soumis à l'IRC dans son chef qui proviendraient d'une participation remplissant les autres critères de l'article 166 LIR (relatifs à la filiale, au seuil de participation et à la durée de détention de la participation).

Dans une structure avec un contribuable au sens de l'article 159 LIR à la place du dispositif hybride inversé, ledit contribuable bénéficierait de l'article 166 LIR et les investisseurs seraient imposés, le cas échéant, sur les distributions effectuées par le contribuable résident.

La Chambre de Commerce souhaite donc arriver à ce résultat également dans le premier cas de figure, i.e., application de l'article 166 LIR (lorsque les conditions sont remplies) aux revenus du dispositif hybride inversé et imposition des investisseurs (dans leur juridiction de résidence), le cas échéant, sur les distributions effectuées par le dispositif hybride inversé.

Par conséquent, la Chambre de Commerce demande de :

- Supprimer les modifications à l'article 175 LIR et au paragraphe 11bis StAnpG.
- Modifier l'article 168^{quater}, alinéa 1^{er} LIR tel que projeté en : « Nonobstant les dispositions de l'article 175, les organismes au sens de l'article 175 et les dispositifs, constitués ou établis au Grand-Duché de Luxembourg, dont les revenus nets sont considérés comme les revenus nets d'une ou de plusieurs autres personnes physiques ou organismes au sens de articles 159, 160 ou 175 sont considérés comme des contribuables résidents et leurs revenus nets sont soumis à l'impôt sur le revenu des collectivités sur leurs revenus nets dans la mesure où ces revenus nets ne sont pas par ailleurs imposés [...]. Les dispositifs hybrides inversés visés par le présent alinéa ne sont pas résidents au sens de l'article 159 LIR. ».
- Insérer un nouvel article 168^{quater}, alinéa 3 formulé comme suit : « *Lorsqu'un organisme ou dispositif est soumis à l'impôt sur le revenu des collectivités en application de l'alinéa 1^{er}, il est assimilé à une société de capitaux pleinement imposable au sens de l'article 166, alinéa 1^{er}, numéro 2 aux fins de l'article 166. Le bénéfice du régime de l'article 166 est accordé si les revenus proviennent d'une participation qui remplit l'ensemble des autres conditions de l'article 166.* »
- Renommer l'article 168^{quater}, alinéa 3, LIR tel que projeté à l'alinéa 4.

3. Introduction d'un seuil de 10% sous lequel un contribuable serait réputé ne pas être partie à un dispositif structuré

Pour accroître la sécurité juridique et la praticabilité des règles sans compromettre l'esprit de l'ATAD2, la Chambre de Commerce voudrait introduire une règle de « *safe harbour* » consistant en un seuil de 10% (de participation au capital ou des droits de vote) sous lequel un contribuable ou une entreprise associée serait réputé(e) ne pas être partie à un dispositif structuré.

A cette fin, la Chambre de Commerce propose de :

Compléter l'article 168ter, paragraphe 1^{er}, numéro 16 LIR tel que projeté par le texte suivant :
 « ou que le contribuable ou l'entreprise associée détienne directement ou indirectement une participation de moins de 10 pour cent des droits de vote ou du capital d'un contribuable ou organisme partie à un dispositif structuré, ou qu'un organisme ou une personne physique détienne directement ou indirectement une participation de moins de 10 pour cent des droits de vote ou du capital du contribuable ou de l'entreprise associée ».

4. L'appréciation de la notion d'action conjointe uniquement au regard des droits de vote et de propriété du capital

Le concept d'action commune dans l'ATAD2 ne se réfère qu'aux droits de vote et à la propriété du capital. Pour la Chambre de Commerce, il ne semble donc pas justifié, dans le Projet, de se référer au droit de recevoir une certaine part des bénéfices du fonds d'investissement pour l'application du seuil de 10% sous lequel une personne physique ou un organisme est considéré, sauf preuve contraire, ne pas agir conjointement avec une autre personne physique ou un autre organisme détenant des titres ou des parts dans ce même fonds d'investissement.

Par conséquent, la Chambre de Commerce demande donc de :

Modifier l'article 168ter, paragraphe 1^{er}, numéro 17, quatrième alinéa LIR tel que projeté en supprimant « , et qui est en droit de recevoir moins de 10 pour cent des bénéfices de ce fonds d'investissement, ».

5. La notion d'organisme de placement collectif

5.1 Préférence pour la notion de portefeuille d'« actifs » et non de « titres »

La définition d'organisme de placement collectif de l'article 168quater, alinéa 2 LIR tel que projeté fait référence à la détention d'un portefeuille de titres diversifié limitant l'exposition aux risques de marché. Le terme « titres » est repris de la définition donnée par l'ATAD 2. Toutefois, cette définition trop restrictive pour correspondre à la réalité du marché des fonds d'investissement luxembourgeois, ceux-ci pouvant parfaitement détenir des actions, prêts, avances, et tout autre actif comptabilisés en immobilisations financières ou actif circulant. Ainsi, les commentaires à la loi devraient préciser que la définition de « titres » doit être comprise dans un sens large et peut inclure tout type d'actifs détenus par les organismes de placement collectif (immobilisations financières ou actifs circulants) et ne pas se limiter aux seuls titres de participations et obligations.

Afin de tenir compte de ce type d'investissement, la Chambre de Commerce demande de :

Modifier l'article 168quater, alinéa 2 LIR tel que projeté en remplaçant les termes « portefeuille de titres » par « portefeuille d'actifs ».

5.2. Obligations relatives à la protection des investisseurs

L'article 168quater, paragraphe 2 LIR tel que projeté, fait référence à la soumission des organismes de placement collectif aux règles de protection des investisseurs dans l'Etat où ils sont établis. Si cette référence est en ligne avec le texte de l'ATAD2, toutefois, dans le cas des fonds d'investissement alternatifs soumis aux dispositions de la loi modifiée du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de

fonds d'investissement alternatifs¹⁷, seul le gestionnaire du fonds d'investissement alternatif est soumis aux obligations relatives à la protection des investisseurs¹⁸, ce gestionnaire pouvant par ailleurs être établi dans un autre Etat que le Luxembourg.

En conséquence, la Chambre de Commerce demande de :

Modifier l'article 168^{quater}, alinéa 2 LIR tel que projeté en ajoutant après la dernière phrase « *Un fonds d'investissement alternatif organisé sous la loi modifiée du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et qui n'est pas assujéti lui-même aux obligations relatives à la protection des investisseurs mais dont la société de gestion est assujéti à de telles obligations est considéré comme satisfaisant à ce critère* ».

6. Les états financiers consolidés selon des normes différentes¹⁹

Profitant de la confirmation par l'ATAD2 de l'option déjà permise sous l'ATAD1 – mais non exercée dans le projet de loi n°7318 précité – consistant en l'utilisation possible d'un référentiel de consolidation comptable autre que les IFRS ou EU GAAP pour le calcul du ratio dans la règle de limitation de déduction des intérêts, la Chambre de Commerce, vu le caractère international de la Place, demande d'exercer cette option.

Vu que la règle sur la limitation de la déduction des intérêts est déjà en vigueur pour l'année 2019, il faudra, en sus, veiller à pouvoir l'appliquer de façon rétroactive.

Partant, la Chambre de Commerce demande d' :

- Introduire un point 5° à l'article 2 du Projet afin de modifier les articles 168^{bis}, alinéa 6, lettre b LIR et l'article 164^{bis}, alinéa 9, numéro 9, lettre b comme suit : « *b) l'ensemble des actifs et des passifs est estimé selon la même méthode que celle utilisée dans les états financiers consolidés établis conformément aux normes internationales d'information financière, ou au système national d'information financière d'un Etat membre, ou aux normes comptables reconnues comme équivalentes selon le règlement (CE) n°1569/2007 de la Commission du 21 décembre 2007 établissant un mécanisme de détermination de l'équivalence des normes comptables appliquées par des émetteurs de valeurs mobilières de pays tiers conformément aux directives 2003/71/CE et 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil.* ».
- Modifier l'article 7 du Projet comme suit : « : « [...] à l'exception de celles des articles 2, 4°, 3, 4, 5 et 6 qui sont applicables aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier²⁰ de l'année d'imposition 2022 et 2, 5° qui sont applicables aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2019. »

*

17 Loi modifiée du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et – portant transposition de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010; – portant modification: – de la loi modifiée du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif; – de la loi modifiée du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés; – de la loi modifiée du 15 juin 2004 relative à la société d'investissement en capital à risque (SICAR); – de la loi modifiée du 13 juillet 2005 relative aux institutions de retraite professionnelle sous forme de société d'épargne-pension à capital variable (sepcav) et d'association d'épargne-pension (assep); – de la loi du 13 juillet 2005 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle; – de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier; – de la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme; – de la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier; – de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales; – de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises; – du Code de commerce; – de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu; – de la loi modifiée du 1er décembre 1936 concernant l'impôt commercial; – de la loi modifiée d'adaptation fiscale du 16 octobre 1934; – de la loi modifiée du 16 octobre 1934 sur l'évaluation des biens et valeurs; – de la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée

18 Voir commentaires du projet de loi n°6471, p.26

19 Ce point est traité en dernier car il ne concerne pas l'objet principal de l'ATAD2, i.e. l'hybridité. Il n'en n'est pas moins important.

20 Voir proposition de modification demandée sous le point 2.1 de la présente Partie I

PARTIE II

Points à intégrer dans une circulaire

Dans la présente partie, la Chambre de Commerce entend exposer toute une série de problématiques, non exhaustives, qui ne manqueront pas de se poser en pratique, même avec un texte amendé conformément à ses recommandations formulées dans la Partie I ci-dessus. Si la Chambre de Commerce peut concevoir que les auteurs ne souhaitent pas aborder ces questions dans le cadre du Projet, elle demande avec insistance, toujours dans un même but de sécurité et prévisibilité juridique, de traiter dans une circulaire à émettre dans un délai rapproché, les points suivants :

1. Notion d'action conjointe

La notion d'action conjointe a déjà été soulevée sous le point 4 de la Partie I. Dans la présente partie, la Chambre de Commerce voudrait insister sur d'autres aspects.

Pour rappel, une personne physique ou un organisme qui agit conjointement avec une autre personne physique ou un autre organisme au titre des droits de vote ou de la propriété du capital d'un organisme est considéré(e) comme détenant une participation dans l'ensemble des droits de vote ou des capitaux de cette entreprise qui sont détenus par l'autre personne physique ou l'autre organisme. Cependant, une personne physique ou un organisme qui détient, directement ou indirectement, moins de 10 pour cent des titres ou des parts dans un fonds d'investissement est considéré, sauf preuve contraire, ne pas agir conjointement, au sens de la phrase précédente, avec une autre personne physique ou un autre organisme détenant des titres ou des parts dans ce même fonds d'investissement.

Pour l'appréciation de ce concept, la Chambre de Commerce demande de préciser plusieurs notions :

1.1 Le niveau auquel doit se faire le test de 10%

Dans une structure de fonds « Master-Feeder », comme le « Master » et le « Feeder » sont des éléments d'un seul et même fonds, la Chambre de Commerce estime que le seuil de 10% devrait être apprécié par rapport au pourcentage de participation de tous les investisseurs directs ou indirects dans le fonds Master. Dans le cas particulier des agrégateurs, le seuil de 10% devrait s'apprécier au niveau des investisseurs dans chacun des fonds qui investissent dans l'agrégateur. En d'autres termes, les véhicules intermédiaires, notamment de type « feeder » ou « agrégateur », qui sont fiscalement transparents, devraient donc être ignorés pour l'application du test de 10%.

1.2 Situation des investisseurs détenant au moins 10% des parts d'intérêts ou droits de vote

La Chambre de Commerce voudrait voir préciser la situation des investisseurs détenant au moins 10% des parts d'intérêts ou droits de vote. En effet, ces investisseurs ne bénéficient pas de la présomption qu'ils n'agissent pas conjointement avec d'autres investisseurs.

Compte tenu de l'interprétation de la notion d'action conjointe dans le Rapport BEPS AP2, ils pourraient être considérés comme agissant conjointement avec d'autres investisseurs.

Ils devraient cependant avoir la possibilité de prouver que tel n'est pas le cas.

Par ailleurs, ils ne peuvent agir conjointement qu'avec d'autres investisseurs détenant au moins 10% des parts d'intérêts ou droits de vote (sauf renversement de la présomption). En effet, dans la mesure où « agir conjointement » implique une relation mutuelle, ils ne peuvent être réputés agir conjointement avec des investisseurs n'atteignant pas le seuil de 10%, alors que ces derniers sont réputés ne pas agir conjointement avec tout autre investisseur.

Par exemple, supposons un actionnaire A détenant 20% des droits de vote dans un organisme contribuable et supposons 16 autres actionnaires détenant chacun 5% des droits de vote à titre individuel. Supposons par ailleurs que la preuve est apportée que l'actionnaire A agit conjointement avec un des autres actionnaires (par exemple son époux actionnaire B). Il convient dès lors d'agréger les droits de vote de l'actionnaire A avec l'actionnaire B agissant conjointement : chacun sera présumé détenir 25% (20% Actionnaire A + 5% Actionnaire B) pour les besoins d'application des seuils de 25%/50% pour définir l'existence d'entreprises associées. Ils n'agissent en revanche pas conjointement avec les autres

investisseurs détenant 5%, ces derniers étant présumés (sauf preuve contraire) ne pas agir conjointement avec les autres investisseurs.

1.3 Niveau d'application du concept d'action conjointe

Dans le cadre des fonds d'investissements, les investisseurs n'ont en principe pas de contrôle effectif sur les investissements effectués par ce fonds. Dans ces circonstances, la Chambre de Commerce aimerait voir confirmer que si des investisseurs (ayant au moins 10% des droits de vote ou parts d'intérêt) dans le fonds sont réputés agir conjointement du fait que le fonds est géré par un associé commandité, l'action conjointe doit s'apprécier par rapport aux investissements sous-jacents du fonds puisqu'ils peuvent agir conjointement (par l'action de l'associé commandité) pour investir dans ces actifs sous-jacents. En revanche, ils n'agiraient pas conjointement par rapport à leur investissement direct dans le fonds (sauf autres cas d'action conjointe, par exemple l'existence d'un pacte d'actionnaires ou un investissement avec d'autres membres de la famille).

1.4 Moment où le test de détention directe ou indirecte doit être appliqué

Aucune précision n'est apportée sur le moment où le test de détention directe ou indirecte doit être appliqué. Puisque l'imposition est annuelle, la Chambre de Commerce estime qu'il serait pertinent que le test soit effectué à la date de clôture du contribuable concerné.

Cette approche n'est pas contredite par les recommandations 9.1 (h) et (i) du Rapport BEPS AP2, selon lesquelles les règles devraient être conçues de manière à « être applicables par les contribuables et réduire au minimum les coûts de discipline » et « minimiser les contraintes administratives supportées par les autorités fiscales ».

La Chambre de Commerce suggère également d'appliquer ce principe pour les tests des 25 et 50%.

Par ailleurs, elle demande de préciser si les tests doivent être vérifiés annuellement dès la première clôture ou à la clôture de la levée de fonds totale.

Dans ce contexte, il conviendrait encore de préciser si ces tests doivent s'apprécier sur base des souscriptions effectives par les investisseurs uniquement ou également sur base des engagements pris par ces derniers.

Enfin, les conséquences d'un dépassement temporaire de seuils devraient en outre être clarifiées.

1.5 Moyens de preuve

La Chambre de Commerce demande de fournir des exemples illustrant l'existence de la « preuve contraire » renversant la présomption qu'un investisseur n'atteignant pas le seuil des 10% n'agit pas conjointement avec les autres investisseurs.

2. La notion d'influence notable

Dans le cadre de la définition d'« entreprise associée », la Chambre de Commerce demande de clarifier quelles seraient les situations d'influence notable sur la gestion qui devraient être comprises comme étant couvertes au point d) de l'article 168ter, paragraphe 1^{er}, numéro 17 LIR tel que projeté « une entreprise dans laquelle le contribuable exerce une influence notable sur la gestion ou une entreprise qui exerce une influence notable sur la gestion du contribuable ».

3. Absence de test contrefactuel²¹ pour les effets d'asymétrie résultant d'un instrument hybride

La Chambre de Commerce note qu'il semble y avoir une ambiguïté entre, d'une part, l'article 168ter, paragraphe 1^{er}, numéro 2, lettre a LIR tel que projeté qui, dans son avant-dernier paragraphe, prévoit qu'un « paiement effectué au titre d'un instrument financier n'est pas considéré comme inclus dans la mesure où le paiement ouvre droit à un allègement fiscal, quel qu'il soit, uniquement du fait de la

²¹ Le test contrefactuel implique d'analyser la situation qui aurait été applicable si le contribuable avait été soumis à un régime fiscal de droit commun.

qualification de ce paiement en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire » (soulignement ajouté) et le commentaire qui prévoit qu'il n'y a pas de dispositif hybride « *lorsque l'allègement fiscal accordé dans la juridiction du bénéficiaire est uniquement imputable au statut fiscal du bénéficiaire* » (soulignement ajouté) – ce commentaire étant lui-même contrebalancé par le commentaire en page 13 qui mentionne « *Dans le cadre d'un paiement effectué en vertu d'un instrument financier, tel qu'un dividende, un montant ne sera pas considéré comme inclus dans la mesure où il donne droit à un allègement fiscal uniquement du fait de la qualification de ce paiement dans la juridiction du bénéficiaire* » (soulignement ajouté). Le commentaire peut en effet laisser entendre qu'un cumul de motifs pour l'existence de l'effet d'asymétrie ne permet pas de rester en dehors des règles. La même ambiguïté se retrouve dans la directive ATAD2 entre le texte de la directive (définition de « revenu sans inclusion ») et le texte de son considérant 16.

Dans la mesure où le texte de loi prime sur les commentaires (de même que le texte du corps de la directive prime le texte des considérants), la Chambre de Commerce demande de confirmer qu'il n'y a pas de test contrefactuel (i.e. comparaison avec la situation d'un contribuable « ordinaire » (qui serait à définir) résident de la juridiction du bénéficiaire du paiement) à effectuer pour invoquer le statut fiscal du bénéficiaire comme justification de l'existence d'une déduction sans inclusion.

4. Qualification du paiement par rapport à la qualification de l'instrument au titre duquel le paiement est effectué

L'article 168ter LIR tel que projeté considère comme « *dispositif hybride* » une situation faisant intervenir un contribuable ou au regard de l'alinéa 3, numéro 3, un organisme [...] lorsque :

a) un paiement effectué au titre d'un instrument financier donne lieu à une déduction sans inclusion et:

- l'effet d'asymétrie est imputable aux différences existant dans la qualification de l'instrument ou du paiement effectué au titre de cet instrument ; et
- ce paiement n'est pas inclus dans un délai raisonnable; ».

A défaut de précision quant à la notion de qualification du paiement, la Chambre de Commerce estime que cette dernière est à faire par rapport à la qualification de l'instrument au titre duquel le paiement est effectué. Ainsi, un paiement effectué au titre d'un instrument financier qualifié de dette dans une juridiction et de participation au capital dans l'autre juridiction aboutit nécessairement à une « différence existant dans la qualification du paiement effectué au titre de cet instrument », sauf si une disposition spécifique modifie expressément la qualification du paiement

5. Interprétation de la notion de « prise en compte »

5.1 Reconnaissance d'une inclusion en cas d'application de règles SEC ou similaires

La Chambre de Commerce souhaite voir reconnu que, dès lors qu'un paiement déduit au Luxembourg fait l'objet d'une inclusion dans une autre juridiction, en ce compris une juridiction autre que celle du bénéficiaire direct du paiement, il n'y a pas lieu d'appliquer les règles de l'article 168ter LIR relatif aux dispositifs hybrides. Il serait bon de clarifier que l'inclusion est également reconnue si elle a lieu en application des règles sur les SEC ou règles similaires, telles que les règles dites « *GILTI* » aux Etats-Unis.

La prise en compte de l'inclusion a pour but d'éviter les cas de multiple imposition qui pourraient résulter de l'application cumulée des règles sur les SEC transposées à l'article 164ter LIR ou existant dans toute autre juridiction, et les règles anti-hybrides transposées à l'article 168ter LIR projeté.

Les inclusions en application d'un régime SEC, bien qu'elles conduisent effectivement à une imposition du bénéficiaire sur les bénéfices sous-jacents, ne fonctionnent pas forcément dans la pratique comme une inclusion à l'identique du paiement en question. Cependant, dès lors qu'elles atteignent l'objectif visé par les règles anti-hybrides, à savoir que le revenu est imposé une fois, elles sont à traiter comme une « prise en compte ». Par exemple, une inclusion en application d'un régime SEC compensée par des dépenses d'une autre SEC (par application des règles SEC étrangères) est à traiter comme une « prise en compte », étant donné que cette compensation n'est pas attribuable à l'hybridité de l'instrument ou de l'entité impliquée dans le dispositif mais résulte de l'application générale des règles SEC.

5.2 Reconnaissance d'une double inclusion même si le revenu bénéficie d'un régime spécial

La prise en compte des règles SEC ou similaires telle que décrite ci-dessus devrait également s'appliquer en cas de « *revenu soumis à double inclusion* ».

La définition d'inclusion se réfère à juste titre à la prise en compte dans les revenus nets du contribuable, et non à l'imposition effective du revenu.

La Chambre de Commerce en veut pour preuve les paragraphes 125 et 198 du Rapport BEPS AP2, relatifs respectivement aux paiements hybrides non pris en compte et aux paiements hybrides non déductibles :

« 125. [...] Les mesures visant à éviter une double imposition, comme une exonération des dividendes nationaux accordée par la juridiction du payeur, ou un crédit d'impôt étranger accordée par celle du bénéficiaire, ne devraient pas empêcher qu'un élément de revenu soit considéré comme soumis à une double inclusion lorsque l'allègement fiscal ainsi accordé permet simplement de soustraire cet élément de revenu à une strate supplémentaire d'impôt dans l'une des deux juridictions (soulignement ajouté). En conséquence, alors qu'un paiement doit généralement être inclus dans le revenu ordinaire selon les lois des deux juridictions pour être considéré comme soumis à une double inclusion, un rendement de capitaux propres devrait cependant être qualifié de revenu soumis à une double inclusion si le paiement fait l'objet d'une exonération, d'une exclusion, ou d'une autre mesure d'élimination de la double imposition dans la juridiction du payeur ou dans celle du bénéficiaire afin d'éviter une double imposition économique. Ce type de revenu soumis à une double inclusion est présenté dans l'exemple 6.3, dans le contexte d'une structure qui génère des effets de double déduction, et dans l'exemple 7.1, qui fait appel à la règle applicable aux payeurs ayant le statut de double résident. Dans cet exemple, les dépenses d'une entité hybride sont financées par un dividende intra-groupe qui est exonéré d'impôt dans la juridiction du bénéficiaire du paiement mais entre dans le calcul du revenu selon les lois de la juridiction de la société mère. La décision d'accorder à l'entité hybride une déduction au titre de ce type de rendement de capitaux propres exonéré ou exclus permet d'atteindre le résultat fiscal recherché dans les deux juridictions, et par conséquent, le dividende devrait être traité comme un revenu soumis à une double inclusion aux fins de la règle relative aux paiements hybrides non pris en compte, même lorsque ce dividende ouvre droit à un crédit d'impôt étranger sous-jacent dans la juridiction du bénéficiaire. [...] ».

6. Non-inclusion en présence de bénéficiaires exonérés

6.1. Sous un instrument financier hybride

Les commentaires du Projet citent expressément le considérant 16 de l'ATAD 2²² en retenant qu'« un paiement effectué dans le cadre d'un instrument financier ne doit toutefois pas être considéré comme donnant lieu à un dispositif hybride lorsque l'allègement fiscal accordé dans la juridiction du bénéficiaire est uniquement imputable au statut fiscal du bénéficiaire (par exemple un fonds d'investissement ou un fonds souverain exonérés d'impôt) ou au fait que l'instrument est détenu sous réserve des modalités d'un régime spécial ».

Ce commentaire vise à exclure l'application des règles anti-hybrides lorsque l'effet d'asymétrie ne résulte pas des caractéristiques intrinsèques de l'instrument mais du traitement fiscal du bénéficiaire dans sa juridiction de résidence ou du système fiscal de la juridiction du bénéficiaire. Aux fins de l'interprétation de ce commentaire, il peut aussi être fait référence aux exemples du Rapport BEPS AP2.

22 « (16) En ce qui concerne les paiements effectués dans le cadre d'un instrument financier, un dispositif hybride pourrait apparaître lorsque la déduction ne donnant pas lieu à une inclusion est imputable aux différences dans la qualification de l'instrument ou des paiements effectués dans le cadre de celui-ci. Si la nature du paiement permet d'accorder un allègement de la double imposition au titre des lois de la juridiction du bénéficiaire, par exemple, exonération d'impôt, réduction du taux d'imposition ou tout crédit ou remboursement d'impôt, le paiement devrait être considéré comme donnant lieu à un dispositif hybride à hauteur du montant sous-imposé qui en résulte. Un paiement effectué dans le cadre d'un instrument financier ne devrait toutefois pas être considéré comme donnant lieu à un dispositif hybride lorsque l'allègement fiscal accordé dans la juridiction du bénéficiaire est uniquement imputable au statut fiscal du bénéficiaire ou au fait que l'instrument est détenu sous réserve des modalités d'un régime spécial » (soulignement ajouté)

La Chambre de Commerce déplore que le commentaire omette de préciser explicitement qu'il n'y a pas non plus d'asymétrie hybride (déduction sans inclusion) en cas de paiement sous un instrument financier hybride à un investisseur résidant dans une juridiction à fiscalité nulle (c'est-à-dire avec un taux d'imposition à 0%) ou sans système d'imposition sur le revenu (par exemple les Emirats Arabes Unis) ou ayant un système d'imposition territoriale (par exemple Hong Kong).

Dans le cas de paiements à des entités situées dans une juridiction à fiscalité nulle ou sans fiscalité ou ayant un système territorial, la question de l'inclusion du paiement n'est pas pertinente en ce sens que la déduction/absence d'inclusion n'est pas due à l'hybridité de l'instrument ou de l'entité – il semble d'ailleurs difficile d'établir l'hybridité d'un instrument financier du point de vue d'un bénéficiaire résident d'une juridiction à imposition nulle ou sans système d'imposition sur le revenu. En effet, les revenus du bénéficiaire n'étant pas effectivement soumis à impôt, la notion de qualification de l'instrument en instrument de dette ou de capital, ou la notion de qualification du revenu en revenu d'intérêts ou de dividendes, sont inconnues pour ces systèmes fiscaux, et il est donc problématique, voire dans certains cas impossible de déterminer s'il y a hybridité ou non. Il n'y a donc, dans ce cas, conformément aux recommandations du Rapport BEPS AP2, pas de dispositif hybride entraînant une déduction sans inclusion. Référence est encore faite au paragraphe 98 du Rapport BEPS AP2 et à l'exemple 1.7 dudit rapport : « *même si le paiement crée des effets de déduction/non-inclusion, l'asymétrie qui en résulte n'est pas une asymétrie hybride parce qu'elle est attribuable non aux dispositions de l'instrument, mais plutôt au fait que A Co bénéficie d'une exonération des revenus de source étrangère, sous quelque forme qu'ils soient. Il n'y a pas de modification qui pourrait être apportée aux dispositions de l'instrument et qui aurait pour effet de rendre imposables les paiements faits aux termes de l'instrument.* ».

Pour la Chambre de Commerce, il conviendrait encore de préciser que lorsque l'investisseur exonéré (ou résident dans une juridiction à imposition nulle ou sans système d'imposition) investit par l'intermédiaire d'un véhicule fiscalement transparent, il faut tenir compte de l'investisseur (et non du véhicule intermédiaire) pour conclure à l'absence de dispositif hybride.

6.2. Sous une entité hybride

Les commentaires du Projet citent les considérants 18 et 20 de la directive ATAD 2²³. A l'instar du non-refus de déduction lorsque l'effet d'asymétrie implique un instrument financier (hybride), la Chambre de Commerce demande de clarifier que l'exception en présence d'un bénéficiaire bénéficiant d'une exonération fiscale vaut également lorsque le bénéficiaire réside dans une juridiction à imposition nulle, une juridiction sans système d'imposition sur le revenu et une juridiction à régime territorial.

Pour la Chambre de Commerce, la définition d'un dispositif hybride ne devrait s'appliquer que lorsque l'effet d'asymétrie résulte de différences dans les règles régissant l'attribution des paiements au titre des lois de deux juridictions, et un paiement ne devrait pas donner lieu à un dispositif hybride lorsque la non-inclusion serait survenue en tout état de cause en raison de l'exonération fiscale dont jouit le bénéficiaire au titre des lois de la juridiction dont il relève, quelle qu'elle soit (par exemple une juridiction sans système d'imposition ou ayant adopté le principe de territorialité de l'impôt ou ayant un taux d'impôt sur les sociétés nul) ou en raison du statut fiscal du bénéficiaire (par exemple un fonds exonéré, fonds souverain, certains véhicules bénéficiant d'un régime spécifique tel que les REITs²⁴ ou un véhicule ayant un régime similaire à la SICAR luxembourgeoise)).

23 « (18) En ce qui concerne les paiements effectués à une entité hybride [...], un dispositif hybride pourrait survenir lorsque la déduction ne donnant pas lieu à une inclusion résulte de différences dans les règles régissant la répartition de ces paiements entre l'entité hybride et son propriétaire dans le cas d'un paiement effectué à une entité hybride, [...]. La définition d'un dispositif hybride ne devrait s'appliquer que lorsque l'effet d'asymétrie résulte de différences dans les règles régissant l'attribution des paiements au titre des lois des deux juridictions, et un paiement ne devrait pas donner lieu à un dispositif hybride qui serait survenu en tout état de cause en raison de l'exonération fiscale dont jouit le bénéficiaire au titre des lois de la juridiction dont il relève, quelle qu'elle soit » (soulignement ajouté)

« (20) En ce qui concerne les paiements effectués par une entité hybride à son propriétaire [...], un dispositif hybride pourrait survenir lorsque la déduction ne donnant pas lieu à une inclusion résulte de la non-reconnaissance dans la juridiction du bénéficiaire du paiement [...]. Dans ce cas, lorsque l'effet d'asymétrie est la conséquence de la non-attribution du paiement [...], la juridiction du bénéficiaire est la juridiction où le paiement réputé effectué est considéré comme ayant été reçu au titre des lois de la juridiction du payeur. Comme c'est le cas pour d'autres entités hybrides [...] qui se traduisent par des déductions ne donnant pas lieu à une inclusion, aucun dispositif hybride ne devrait survenir lorsque le bénéficiaire est exonéré d'impôt au titre des lois de la juridiction du bénéficiaire » (soulignement ajouté)

24 Abréviation anglaise pour « *real estate investment trusts* »

7. Organismes de titrisation

De manière spécifique, la Chambre de Commerce aimerait voir préciser qu'aucune hybridité ou asymétrie importée ne devrait être reconnue du fait de la déduction des paiements faits par un véhicule de titrisation soumis à la loi du 22 mars 2004²⁵ ou tout véhicule étranger ayant un régime fiscal similaire. Une telle position permettrait de préserver la neutralité fiscale des véhicules de titrisation telle qu'elle a été voulue par la loi du 22 mars 2004 et serait en ligne avec le paragraphe 102 du rapport BEPS Action 2 de l'OCDE et sa recommandation 1.5.

Cette précision se base pour l'essentiel sur le paragraphe 102 du Rapport BEPS AP2 (en lien avec la recommandation 1.5, qui concerne les paiements effectués par des organismes de placement soumis à un traitement réglementaire et fiscal particulier) : « 102. Dans certains cas, la neutralité fiscale d'un organisme de placement ne dépend pas du statut fiscal de celui-ci, mais d'hypothèses concernant le traitement fiscal des instruments émis par cet organisme. Cette situation est illustrée par l'exemple d'un organisme de titrisation ou d'un fonds d'investissement dans les infrastructures presque entièrement financé par l'emprunt et dont le revenu est versé aux prêteurs, en totalité ou pour l'essentiel, sous la forme d'intérêts déductibles. L'exception à la règle relative aux instruments financiers hybrides prévue par la recommandation 1(5) a pour objet de maintenir la neutralité fiscale de ces organismes tout en garantissant qu'ils ne pourront pas être utilisés de telle manière que le bénéficiaire reporte ou évite une imposition. En conséquence, l'exception s'applique lorsque le cadre réglementaire et fiscal de la juridiction d'établissement de l'organisme a pour effet que les instruments financiers émis par l'organisme de placement procurent au contribuable un revenu qui est, en totalité ou pour l'essentiel, payé et distribué aux détenteurs de ces instruments financiers dans un délai raisonnable et lorsque la politique fiscale de cette même juridiction d'établissement prévoit d'imposer les investisseurs au titre de ces paiements. La recommandation 5 précise clairement que la règle défensive énoncée au paragraphe 1.1(b) doit rester applicable à de tels paiements lors de leur réception. ».

8. Asymétries importées

Pour les asymétries importées, la Chambre de Commerce voudrait voir clarifier qu'un paiement ne sera pas couvert par les règles sur les asymétries hybrides importées s'il finance directement ou indirectement un paiement dont la déduction ne serait pas refusée au Luxembourg en vertu des dispositions de l'article 168ter, paragraphe 3, numéros 1 et 2, et paragraphe 4.

En outre, la Chambre de Commerce estime que l'application de la règle relative aux dispositifs hybrides importés devrait être limitée aux situations dans lesquelles :

- (i) il est raisonnable de conclure que le contribuable (ou un membre du groupe sous contrôle auquel il appartient) avait l'intention d'importer l'effet d'asymétrie au Luxembourg et,
- (ii) l'on peut raisonnablement attendre de lui (ou d'un membre du groupe sous contrôle auquel il appartient) qu'il soit informé et puisse prévoir et bénéficier des avantages fiscaux en découlant.

Il serait par exemple disproportionné d'attendre de sociétés holdings ou opérationnelles détenues directement ou indirectement par un fonds d'investissement qu'elles soient informées de l'existence d'un effet d'asymétrie dans le cadre de la structure employée par un investisseur pour investir dans le fonds.

9. Ordre d'application des règles relatives aux dispositifs hybrides

Il conviendrait de définir l'ordre d'application entre les règles applicables aux dispositifs hybrides résultant des différences de qualification d'un instrument et celles résultant des différences de qualification d'un organisme.

²⁵ Loi modifiée du 22 mars 2004 relative à la titrisation et portant modification de

- la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier
- la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier
- la loi du 27 juillet 2003 sur le trust et les contrats fiduciaires
- la loi modifiée du 4 décembre 1967 relative à l'impôt sur le revenu
- la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune
- la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée

Le considérant 29 de l'ATAD2 suggère d'appliquer en priorité les règles sur les dispositifs hybrides inversés (article 168*quater* LIR tel que projeté) et celles sur l'inclusion (au niveau du contribuable) du revenu d'un établissement stable non pris en compte avant d'appliquer les règles visant à contrecarrer les déductions sans inclusion et les doubles déductions. Pour le surplus, sur base des indications du Rapport BEPS AP2 dans son paragraphe 286, la Chambre de Commerce demande d'appliquer les règles relatives aux dispositifs hybrides dans l'ordre suivant :

- (a) règle applicable aux instruments financiers hybrides ;
- (b) règle applicable aux paiements effectués à des entités hybrides inversées et règle applicable aux paiements hybrides non pris en compte;
- (c) règle applicable aux dispositifs hybrides importés ;
- (d) règle applicable aux paiements hybrides déductibles et règle applicable aux entités à double résidence.

Ces règles ne seraient applicables que dans la mesure où il subsisterait un effet d'asymétrie après application des règles relatives aux entités hybrides inversées.

10. Interaction avec les différentes règles anti-abus

De même, pour l'interaction avec les différentes règles anti-abus, la Chambre de Commerce demande d'appliquer les dispositions visées ci-dessous dans l'ordre suivant :

- (a) articles 56/56*bis* LIR,
- (b) article 166(5) LIR, article 50*ter* LIR et article 45(2) LIR,
- (c) article 168*ter* LIR (instruments puis entités hybrides), et enfin
- (d) article 168*bis* LIR.

11. Organismes hybride inversés et impôt commercial communal

Tel que mentionné dans le Projet, l'article 168*quater*, paragraphe 1^{er} LIR tel que projeté soumet à l'impôt tout organisme hybride au sens de l'article 175 LIR ou dispositif constitué ou établi au Luxembourg que le Luxembourg considère comme transparent à des fins fiscales mais dont l'entreprise ou les entreprises associées non résidentes détenant globalement un intérêt direct ou indirect de 50 pour cent ou plus des droits de vote, des participations au capital ou des droits de participation aux bénéfices se situent dans une juridiction ou des juridictions qui considère(nt) ces organismes ou dispositifs comme des personnes imposables au Grand-Duché du Luxembourg.

La Chambre de Commerce voudrait que soit indiqué que la soumission à l'impôt sur le revenu de ces organisme hybrides inversés eu égard à leur seule hybridité n'entraîne pas soumission de ces organismes ou dispositifs à l'impôt commercial communal.

La soumission à l'impôt commercial de tels organismes procède nécessairement du fait pour ces organismes de réaliser une activité commerciale au sens de l'article 14, point 1 LIR sur le territoire du Luxembourg ou encore, à défaut d'application de l'article 14, point 1 LIR, en raison du caractère « commercialement teinté » de l'organisme au sens de l'article 14, point 4 LIR.

S'agissant d'intérêts directs ou indirects détenus par des sociétés de capitaux non résidentes, à défaut d'établissement stable au Luxembourg, la Chambre de Commerce souhaiterait que la nature des activités de l'organisme hybride inversé ne soit pas commercialement teintée.

12. Champ d'application de l'exclusion de l'article 168*quater*, alinéa 2

Tel que mentionné dans le Projet, l'article 168*quater*, alinéa 2 LIR exclut l'application de l'article 168*quater*, alinéa 1^{er} aux organismes de placement collectif. Le commentaire du Projet précise que lesdits organismes de placement collectif incluent les organismes de placement collectif visés par la loi modifiée du 17 décembre 2010, les fonds d'investissement spécialisés au sens de la loi modifiée du 13 février 2007, les fonds d'investissement alternatifs réservés organisés par la loi modifiée du 23 juillet 2016, ainsi que tout autre fonds d'investissements alternatifs qui est détenu de manière large, possède un portefeuille de titres diversifié limitant l'exposition au risque marché et est assujetti aux obligations relatives à la protection des investisseurs.

La Chambre de Commerce voudrait voir ajouter à cette liste que les sociétés d'investissement en capital à risque organisés sous la loi modifiée du 15 juin 2004, lorsqu'elles sont constituées sous la forme d'une société en commandite simple ou spéciale, bénéficient également de l'exclusion de l'article 168^{quater}, alinéa 2 LIR projeté.

*

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut marquer son accord au Projet que sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

Impression: CTIE – Division Imprimés et Fournitures de bureau

7465/02, 7466/02

N° 7465²**N° 7466²****CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2019-2020

PROJET DE LOI**relative aux dispositions transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration****PROJET DE LOI****portant****1° modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ;****2° modification de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune (« Vermögensteuergesetz ») ;****3° modification de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz ») ;****4° modification de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung ») ;****en vue de transposer la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers**

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DES SALARIES

(15.10.2019)

Par lettre du 8 août 2019 réf. 82dx2d099, M Pierre Gramegna, ministère des Finances, a soumis à l'avis de la Chambre des salariés (CSL) le projet de loi relative aux dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration.

Par ailleurs, M. Pierre Gramegna ministère des Finances a, par lettre du 8 août 2019, réf. 82dx18edc, également soumis à l'avis de notre chambre professionnelle le projet de loi relative aux dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers.

Les deux projets de loi étant intimement liés quant à leur finalité, c'est-à-dire endiguer le recours à des dispositifs impliquant plusieurs États-membres ou des États-membres et des pays tiers et permettant de réduire de façon agressive la charge fiscale, la CSL préconise de traiter les deux projets de loi sous rubrique dans le cadre d'un avis unique.

*

PROJET DE LOI 7465
relative aux dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration

L'objet du projet de loi sous avis est de transposer en droit national la directive (UE) 2018/822 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration.

Le projet de loi introduit une obligation de déclaration de certains dispositifs transfrontières concernant plusieurs États membres ou un État membre et un pays tiers. Les informations ainsi déclarées sont ensuite échangées de manière automatique avec les autorités fiscales des autres États membres.

Il est à noter qu'à l'heure actuelle, l'échange des informations relatives aux dispositifs transfrontières est limité aux États membres de l'Union européenne.

Les informations ainsi obtenues et échangées permettront aux autorités des États membres de réagir plus rapidement contre les dispositifs de planification fiscale à caractère potentiellement agressif et de remédier aux éventuelles lacunes devenues le cas échéant apparentes, notamment par la réalisation d'analyses des risques appropriées et de contrôles fiscaux, voire par l'engagement de réformes législatives visant à fermer de telles lacunes.

Les règles de communication prévues par la directive (UE) 2018/822 s'inspirent de l'Action 12 du projet de l'OCDE concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéficiaires (Base erosion and profit shifting, BEPS), intitulée « Règles de communication obligatoire d'informations ».

Le projet de loi reprend toutefois une exception prévue par la directive (UE) 2018/822, dans la mesure où il propose de dispenser les intermédiaires dont les activités sont réglementées par la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat de certaines des obligations de déclaration mises en place par le projet de loi. De telles obligations de déclaration ne pourraient en effet pas être réconciliées avec le secret professionnel qui s'impose à l'avocat en vertu de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat et qui protège les informations obtenues par l'avocat dans le cadre de l'exercice de sa profession, qu'elles soient obtenues de la part d'un client ou d'un tiers.

D'après l'exposé des motifs accompagnant le projet de loi, cette dispense se justifie par la situation spécifique de la profession d'avocat en ce qui concerne les types d'activités que l'avocat est susceptible d'entreprendre. En effet, l'avocat peut notamment être appelé à représenter les intérêts de ses clients en justice, le cas échéant dans le cadre d'un litige en lien direct ou indirect avec un dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration.

Toutefois, afin de ne pas porter atteinte à l'objectif de la directive (UE) 2018/822 qui est de permettre aux autorités fiscales d'obtenir des « *informations complètes et pertinentes sur les dispositifs fiscaux à caractère potentiellement agressifs* », il est prévu que, dans les situations dans lesquelles une dispense est applicable, et où il n'existe pas d'autre intermédiaire soumis aux obligations de déclaration, les obligations de déclaration mises en place par le projet de loi incombent au contribuable concerné par le dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration.

En outre, les avocats concernés par la dispense sont néanmoins obligés de transmettre un certain nombre d'informations en lien avec les dispositifs transfrontières. Il s'agit des informations de nature générale relatives à ces dispositifs qui ne permettront pas d'identifier les contribuables concernés.

*

PROJET DE LOI 7466
relative aux dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers

OBJET DU PROJET DE LOI

Ce projet de loi vise à transposer en droit luxembourgeois la Directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la Directive (UE) 2016/1164 (directive ATAD, « Anti Tax Avoidance Directive »).

Si la Directive ATAD avait pour but de mettre en oeuvre des solutions à la problématique de l'érosion de la base d'imposition et du transfert de bénéficiaires, cette nouvelle Directive à transposer en droit national, vient étendre et compléter la précédente en s'attaquant à une forme particulière, mais très répandue, d'évitement fiscal : les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers.

Le présent projet de loi vient modifier la loi concernant l'impôt sur le revenu, celle concernant l'impôt sur la fortune (« Vermögenssteuergesetz »), la loi d'adaptation fiscale (« Steueranpassungsgesetz ») ainsi que la loi générale des impôts (« Abgabenordnung »).

*

CONTEXTE

En date du 5 octobre 2015, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a publié une liste de quinze actions ayant pour objectif d'enrayer les phénomènes d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices (BEPS) utilisés par les sociétés afin de réduire leur charge d'imposition. La Commission européenne a décidé de s'approprier cette liste de propositions afin de les faire appliquer au sein de l'Union européenne par le biais d'une Directive adoptée le 12 juillet 2016 par le Conseil (directive ATAD) ayant, entre autres, pour objectif d'enrayer le recours à des dispositifs dits « hybrides » (action 2 des mesures BEPS).

On désigne par dispositifs hybrides l'exploitation de différences de traitement fiscal d'une entité ou d'un instrument existant dans deux ou plusieurs juridictions fiscales, différences qui permettent à un contribuable de bénéficier d'une double non-imposition des transactions effectuées entre ces juridictions fiscales. Il s'agit donc là d'une technique courante de planification fiscale agressive utilisée par les entreprises multinationales.

Si la directive ATAD a mis en oeuvre des règles empêchant le recours à des dispositifs hybrides à des fins d'évitement de l'impôt au sein de l'Union européenne, cela n'a pas été le cas pour ce qui est des dispositifs hybrides impliquant un pays de l'UE et un pays tiers. Par ailleurs, certaines formes de dispositifs hybrides, tels que ceux impliquant des établissements stables, n'étaient pas non plus couvertes par les dispositions de la directive ATAD.

En effet, le traitement de ces cas de figure nécessitait des travaux supplémentaires afin d'y apporter des réponses appropriées et c'est donc par le biais de la directive (UE) 2017/952 (dite ATAD 2), que le présent projet de loi a pour but de transposer en droit national, que la Commission européenne entend apporter ces réponses.

L'objectif de ces règles proposées par la directive est d'arriver à une situation où les contribuables ne pourront plus obtenir d'avantages fiscaux en recourant à des dispositifs hybrides. Il s'agit de faire en sorte que les transactions soient imposables dans au moins une des juridictions concernées tout en évitant de tomber dans le piège de la double imposition.

*

MESURES PREVUES PAR LE PROJET DE LOI

Le projet de loi sous rubrique s'attache à renforcer la lutte contre la planification fiscale agressive par le biais des dispositifs hybrides. On peut en distinguer quatre catégories :

1. ceux résultant de paiements effectués dans le cadre d'un instrument financier,
2. ceux découlant de différences dans l'attribution des paiements effectués à une entité hybride ou à un établissement stable, y compris quand les paiements concernent un établissement stable non pris en compte,
3. les dispositifs hybrides résultant de paiements effectués soit par une entité hybride à son propriétaire, soit entre le siège et un établissement stable, soit entre deux ou plusieurs établissements stables,
4. les entités hybrides ou établissements stables dont les paiements résultent en un double déduction.

Qui plus est, le projet de loi inclut également une règle visant les dispositifs hybrides importés, les dispositifs fondés sur la double résidence donnant lieu à une double imposition ainsi que la duplication de crédits d'impôt donnant lieu à une double déduction.

Finalement, une mesure spécifique concerne le traitement fiscal des organismes hybrides inversés.

Les mesures énumérées ci-avant seront appliquées à partir de l'année 2020. Seule la dernière mesure concernant les organismes hybrides inversés ne sera applicable qu'à compter de 2022.

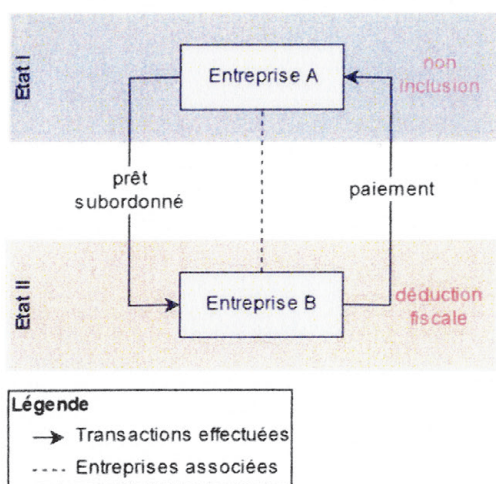
*

EXEMPLES DE SITUATIONS VISEES PAR LE PROJET DE LOI

La mise en oeuvre de règles empêchant le recours à des dispositifs hybrides aux fins de réduction de la charge fiscale étant une matière complexe, il convient d'illustrer ces situations à l'aide de quelques exemples.

Exemple 1 :

déduction sans inclusion imputable à la différence de qualification d'un instrument financier hybride



Soient deux entreprises associées A et B établies dans deux États différents.

L'entreprise A prête à B de l'argent sous forme d'un prêt subordonné.

Un prêt subordonné peut, selon les juridictions, être considéré :

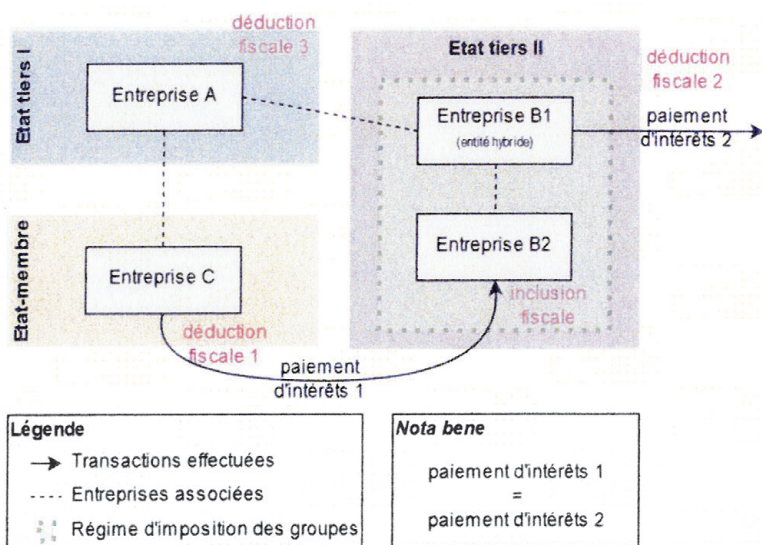
- comme un titre de créance dont les intérêts sont déductibles (cas de l'État II) ;
- comme un titre représentatif du capital social (puisque'il est subordonné à toutes les autres dettes) dont les dividendes sont exonérés d'impôt (cas de l'État I)

Dès lors, les entreprises associées A et B ne paient aucun impôt sur les paiements concernant le prêt subordonné puisque ces paiements sont :

- déduits de l'impôt dans l'État II,
- exonérés, donc non pris en compte, dans l'État I.

Exemple 2 :

double déduction importée dans un État-membre via une entité hybride existant entre deux États tiers



Soient trois entreprises A, B2 et C et un organisme hybride B1. Ces quatre organismes sont des entreprises associées.

L'organisme B1 est une entité hybride puisque :

- l'État tiers I considère que l'entité hybride B1 est transparente et que ses revenus sont donc imposables au niveau de l'entreprise A ;
- pour l'État tiers II, les entreprises B1 et B2 sont soumises à un régime de groupe fiscal et sont donc imposées collectivement comme s'il s'agissait d'une seule entité.

L'entreprise C verse des paiements d'intérêts 1 à l'entreprise B2 et peut donc les déduire de son revenu imposable dans l'État-membre Dans l'État tiers II, ces revenus sont pris en compte dans le revenu imposable du groupe fiscal formé par les entreprises B1 et B2.

Cependant, dans le même temps, l'entreprise B1 verse elle aussi des intérêts à un tiers (paiement d'intérêts 2) pour un montant équivalent au flux entre C et B2. Ces versements sont bien évidemment déductibles des impôts dus par le groupe B1/B2. Ainsi, l'inclusion fiscale du flux C \square B2 sera compensée par la déduction fiscale obtenue grâce au flux B1 \square tiers.

Avant la prise en compte de l'entreprise A, la situation se présente comme suit :

- l'entreprise C déduit le montant du paiement d'intérêts 1 de son revenu imposable ;
- en contrepartie, B2 doit rajouter ce montant à son revenu imposable, c'est-à-dire à celui du groupe fiscal formé par les entreprises B1 et B2 ;
- B1 peut déduire un montant équivalent du fait du paiement d'intérêts 2 versé à un tiers, faisant ainsi baisser le revenu imposable du groupe.

Pour l'instant, les paiements d'intérêts 1 et 2 étant de même montant, le seul effet fiscal de ces transactions est que C peut déduire le montant en question de son revenu imposable.

Cependant, le fait qu'A et B1 soient des entreprises associées et que B1 est considéré transparent dans l'État tiers I, fait que A peut déduire l'équivalent du paiement d'intérêts 2 de son revenu imposable. Il s'agit là d'un effet de double déduction entre les États tiers I et II.

Le dispositif hybride existant entre I et II est importé dans l'État-membre par l'entreprise C par le biais du paiement d'intérêts 1. Selon les règles prévues dans le présent projet de loi, l'État membre devra alors refuser à C la déduction des intérêts au prorata de la double déduction.

*

COMMENTAIRES DE LA CHAMBRE DES SALARIES

Concernant tout particulièrement le projet de loi 7465 relative aux dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration, la Chambre des salariés note, tout en insistant sur le respect de l'obligation citée ci-avant, que les avocats ne sont pas toujours des intermédiaires innocents en matière d'évasion fiscale, voire de fraude fiscale et de blanchiment d'argent. Il suffit de penser à la fameuse étude Mossack Fonseca, révélée par les *Panama Papers*. Ce cabinet d'avocats utilisait un système complexe de sociétés écran et de trusts fiduciaires, à travers desquels il a permis à ses clients d'opérer derrière un mur de secret presque impénétrable.

Par ailleurs, la Chambre des salariés tient à formuler ci-dessous un certain nombre d'observations plus générales quant à la fiscalité des entreprises.

1. Complexité

Parlant de complexité, la CSL estime que les initiatives prises au niveau de l'OCDE et au niveau de l'Union européenne pour endiguer la planification fiscale agressive (BEPS/ATAD/ACCIS/Système commun de taxe sur les services numériques), bien qu'elles soient évidemment à saluer, vont considérablement accroître la complexité des législations fiscales nationales, ce qui aura des incidences en termes de charges administratives tant pour les administrations fiscales que pour les contribuables concernés. En raison de cette complexité, les effets des dispositions sur les recettes fiscales sont difficiles à prédire à l'heure actuelle.

En effet, d'après le commentaire relatif à l'article 1^{er} du projet de loi relative aux dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration, « Les dispositifs de planification fiscale à caractère agressif ont évolué au fil des ans pour devenir toujours plus complexes et font en permanence l'objet de modifications et d'ajustements pour répondre aux contre-mesures défensives prises par les autorités fiscales. » Compte tenu de ces difficultés, la directive (UE) 2018/822, plutôt que de définir la notion de planification fiscale agressive, fournit en annexe une liste de caractéristiques, ou marqueurs, présentant des signes potentiels d'évasion fiscale ou de pratiques fiscales abusives.

La directive ATAD1, transposée en législation luxembourgeoise fin 2018, n'est applicable qu'à partir de l'année d'imposition 2019, voire 2020, et la directive ATAD2 n'est qu'au stade de projet

de loi. Il est donc beaucoup trop tôt pour en tirer des conclusions quant à l'élargissement de la base imposable et l'augmentation des recettes fiscales. La croissance récente des recettes de l'impôt sur le revenu des collectivités ne peut pas être due à la mise en vigueur des règles anti-BEPS, mais d'autres facteurs, comme la déclaration électronique, en sont responsables¹.

Si l'harmonisation de la base d'imposition prévue va dans le sens d'une harmonisation des règles fiscales en Europe, elle permettra cependant toujours de jouer sur d'autres aspects de la fiscalité, à savoir les taux d'imposition, les niches fiscales ainsi que les dispositifs d'allègement et d'incitation (v. ci-dessous).

2. Taux effectifs d'imposition

La loi du 23 décembre 2016 portant mise en oeuvre de la réforme fiscale 2017 a fixé le tarif applicable aux collectivités (IRC) à 18% (à partir de l'année d'imposition 2018) lorsque le revenu imposable du contribuable, personne morale, dépasse 30.000 EUR. Si le revenu imposable ne dépasse pas 25.000 EUR, le taux est fixé à 15%.

La loi du 26 avril 2019 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'État pour l'exercice 2019 a réduit de manière supplémentaire l'imposition des entreprises à partir de l'année d'imposition 2019. Ainsi, le tarif est fixé à

- 15% lorsque le revenu imposable ne dépasse pas 175 000 euros ;
- 26 250 euros plus 31% du revenu dépassant 175 000 euros lorsque le revenu imposable est compris entre 175 000 euros et 200 001 euros ;
- 17% lorsque le revenu imposable dépasse 200 000 euros ».

La loi budgétaire a en outre modifié la loi du 21 décembre 2018 transposant la directive ATAD. Afin de s'aligner sur la transposition de la directive ATAD réalisée dans d'autres pays européens, la loi laisse aux groupes intégrés le choix d'appliquer le plafond de déductibilité des intérêts aux résultats soit de l'ensemble du groupe, soit de chacune des sociétés le composant. Ainsi, on offre aux grands groupes d'entreprises une possibilité supplémentaire d'optimisation fiscale, voire d'évitement d'impôts. À ce défaut s'ajoute le fait que l'on rajoute une couche de complexité à la législation fiscale impliquant une augmentation de la charge administrative pour l'Administration des contributions directes alors que la contribution aux recettes fiscales des personnes morales périclité depuis de nombreuses années.

En ce qui concerne les taux nominaux, la baisse du taux de 21% à 17%, voire à 15% pour les petites entreprises avec augmentation du plafond, a déjà été motivée par les mesures fiscales décidées au niveau international (BEPS, ACCIS), sans que lesdites mesures soient complètement implémentées à l'heure actuelle. La réduction est en fait une avance sur les évolutions à venir.

En outre, les sociétés d'une certaine envergure s'intéressant au Luxembourg sont probablement plus intéressées par un taux effectif d'imposition qui leur est fourni par des cabinets de conseils fiscaux que par le taux nominal.

Actuellement, l'impact de la réforme fiscale sur les recettes en matière d'impôt sur le revenu des collectivités n'est pas encore connu. Il n'est donc pas prudent de procéder à une réduction supplémentaire des taux d'imposition nominaux, dont on ne peut pas évaluer l'impact sur les finances publiques.

3. Autres éléments d'optimisation fiscale

Au mois de juillet 2019, dans ses recommandations spécifiques pour le Luxembourg, la Commission européenne invite le Luxembourg « à se pencher sur les caractéristiques du système fiscal susceptibles de faciliter la planification fiscale agressive, en particulier par le biais des paiements sortants ».

¹ « Sur le 1^{er} semestre 2019, l'Etat a encaissé 15% d'impôts de plus sur un an (soit +1.2 Mia EUR). Cette forte progression provient surtout de la poussée des impôts sur les sociétés. Leur envolée sur la fin de 2018 et le 1^{er} trimestre de cette année devrait en partie refléter l'introduction de la déclaration électronique obligatoire à partir de 2018 (encaissement accéléré suite à une imposition automatique). Ils ont nettement ralenti au 2^e trimestre, mais leur croissance sur la 1^{re} moitié de 2019 s'éleve encore à +50% sur un an. » Statec, Conjoncture Flash, juillet 2019

La CSL s'est à maintes reprises prononcée contre la concurrence fiscale au niveau international. En effet, cette concurrence est malsaine, étant donné qu'elle conduit à un nivellement vers le bas en matière d'imposition et à une érosion des recettes fiscales des Etats. La conséquence en est le risque d'une réduction du rôle de l'Etat qui ne serait plus à même de remplir ses missions et/ou une augmentation de l'imposition des personnes physiques. Les entreprises ont également une responsabilité à contribuer au financement des infrastructures publiques matérielles et immatérielles, celles-ci étant également mises au service de l'économie.

La Commission a cité un élément de la politique d'optimisation fiscale, à savoir l'imposition (ou non) des dividendes, intérêts et redevances. Notre chambre tient toutefois à souligner qu'il existe un ensemble de facteurs et de critères sur lesquels un Etat peut jouer pour attirer des entreprises multinationales qui souhaitent bénéficier d'un traitement fiscal avantageux. Citons-en quelques-uns :

- le taux d'impôt sur le revenu des sociétés ;
- le report de pertes ;
- un régime d'imposition des droits de propriété intellectuelle ;
- des incitations fiscales R&D ;
- une imposition allégée des plus-values ;
- le défaut d'imposition à la source des dividendes ;
- le défaut d'imposition à la source des intérêts ;
- le défaut d'imposition à la source des droits de licence ;
- des règles avantageuses en matière de dépréciations et amortissements.

D'après ces critères, le Luxembourg n'est certainement pas le plus mauvais élève de l'Union européenne ou de l'OCDE.

4. Transparence

Transparence signifie en premier lieu que la politique fiscale n'est pas un domaine où les problèmes et les différends seraient à résoudre entre entreprises, contribuables fortunés et administrations fiscales, mais c'est un sujet qui relève de l'intérêt public. Les représentants des travailleurs et la société civile ont également leur mot à dire.

En ce qui concerne plus spécialement le taux d'imposition effectif des entreprises, les informations sont particulièrement rares. Or, beaucoup d'études indiquent que le taux d'imposition effectif est parfois largement inférieur au taux nominal.

Ainsi, dans son bulletin 2015/03, la Banque centrale du Luxembourg se penche sur les taux d'imposition implicites des entreprises et calcule un taux de 11% environ. Par ailleurs, selon l'étude «Paying Taxes 2016» de PricewaterhouseCoopers (PwC) et de la Banque mondiale, qui mesure notamment le taux d'imposition total moyen pour une entreprise « type » de taille moyenne² selon les règles fiscales en vigueur en 2014, le taux d'imposition total moyen (qui comprend les prélèvements sociaux) est de 20,1% au Luxembourg. Toutefois, le taux d'imposition du seul bénéfice n'est que de 4,2%.

Rappelons aussi que la Commission européenne cite un taux effectif moyen de 23,5 % pour les sociétés à modèle d'affaire traditionnel, alors que le taux correspondant pour les entreprises numériques ne serait que de 9,5 %, certaines d'entre elles ayant toutefois fait usage de règles fiscales spécifiques dans certains États membres, réduisant ainsi leur taux effectif d'imposition à un niveau proche de zéro.

² *Paying Taxes 2016* évalue les impôts et cotisations annuels obligatoires des petites et moyennes entreprises, sur la base d'une « société type », une PME industrielle ou commerciale, créée le 1^{er} janvier 2013. Les impôts et cotisations évalués comprennent l'imposition des bénéfices, les cotisations et les charges sociales supportées par l'employeur, la taxe foncière, l'impôt sur la transmission du patrimoine, l'imposition des dividendes; l'impôt sur les plus-values, la taxe sur les transactions financières et les taxes sur la collecte des déchets, les taxes sur les véhicules et de circulation routière et d'autres droits et taxes accessoires.

5. Remarques générales sur le système fiscal

Dans ce contexte, la CSL souhaite également rappeler certains principes qui, selon elle, doivent régir de façon impérative le système fiscal d'un pays.

D'une part, et cela malgré l'indubitable nécessité d'alléger la charge fiscale des ménages les plus modestes et de la classe moyenne, le système fiscal luxembourgeois doit pouvoir assurer à l'État suffisamment de recettes afin de subvenir aux besoins d'investissement pour faire face aux défis actuels, notamment d'ordre climatique, et de préparer le pays aux défis à venir tout en assurant à la fois une certaine équité fiscale (*cf. supra*), un haut niveau de cohésion sociale et une croissance durable et préservatrice de notre environnement naturel.

Pour cela, il est nécessaire de garantir une juste contribution aux recettes fiscales des différents acteurs économiques, c'est-à-dire des personnes physiques et des collectivités. En effet, il appert depuis de nombreuses années que la tendance est à une contribution croissante aux recettes de l'État de la part des personnes physiques tandis que les collectivités bénéficient d'un nombre croissant d'allégements et incitatifs fiscaux au nom de la sacrosainte compétitivité du pays.

Par ailleurs, un déséquilibre notoire existe entre l'imposition des revenus du travail et ceux provenant du capital, alors même que le patrimoine des personnes physiques n'est soumis à aucune imposition.

Corriger ces déséquilibres (entre personnes physiques et morales ; entre revenus du travail et du capital) permettrait de maintenir les recettes fiscales de l'État à un niveau suffisamment élevé pour faire face aux défis futurs tout en permettant de délester les salariés et retraités à revenus faibles et moyens.

Luxembourg, le 15 octobre 2019

Pour la Chambre des salariés,

Le Directeur,
Sylvain HOFFMANN

La Présidente,
Nora BACK

7466/03

N° 7466³

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2019-2020

PROJET DE LOI

portant

- 1° **modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ;**
 - 2° **modification de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune (« Vermögensteuergesetz ») ;**
 - 3° **modification de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz ») ;**
 - 4° **modification de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung ») ;**
- en vue de transposer la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers**

* * *

**AVIS DE LA CHAMBRE DES FONCTIONNAIRES
ET EMPLOYES PUBLICS**

(25.11.2019)

Par dépêche du 8 août 2019, Monsieur le Ministre des Finances a demandé, „dans vos meilleurs délais“, l'avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics sur le projet de loi spécifié à l'intitulé.

Le projet en question est le énième de ce genre, transposant en droit luxembourgeois des directives de l'Union européenne ayant leurs racines dans le plan BEPS („*action plan on base erosion and profit shilling*“) élaboré par l'OCDE et adopté par la Commission européenne. La crise bancaire de 2008-2009, ayant nécessité le sauvetage de bon nombre de banques systémiques moyennant un endettement étatique supplémentaire, était à la base de la prise de conscience par les décideurs politiques qu'il y avait des problèmes manifestes au niveau des rentrées fiscales, notamment en ce qui concerne les grands groupes de sociétés travaillant de manière transfrontalière. Les problèmes existants ont été exposés au grand public à travers les révélations publiées à partir de 2014 par le consortium international des journalistes d'investigation (ICIJ). Plusieurs paquets de révélations provenant de lanceurs d'alerte ont montré l'ampleur de l'impôt sur le revenu des sociétés évité à grande échelle par les groupes internationaux, souvent à l'aide de dispositions légales existant dans les législations fiscales en Europe et dans le monde.

Dans ce contexte, la Commission européenne a dû réagir par des mesures adéquates et c'est ainsi que la directive (UE) 2016/1164 du 12 juillet 2016 – mieux connue sous la dénomination de „*directive ATAD*“ („*Anti Tax Avoidance Directive*“) – a vu le jour. Elle a été transposée en droit national par la loi du 21 décembre 2018 et elle a introduit cinq mesures visant à lutter contre l'érosion de la base imposable et le transfert de bénéfices. Dans son avis n° A-3135 du 12 décembre 2018 sur le projet qui est devenu la loi précitée, la Chambre des fonctionnaires et employés publics avait examiné en détail les dispositions relatives à la transposition dans la législation nationale de ladite directive (UE) 2016/1164.

Le projet de loi sous avis transpose maintenant en droit national la directive (UE) 2017/952 du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant

intervenir des pays tiers. Suivant l'exposé des motifs joint au projet, la „directive ATAD a introduit un cadre visant à lutter contre les dispositifs hybrides“, ceci dans son article 9, transposé dans l'article 168ter de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu (LIR). Ce cadre ne vise cependant pas encore tous les dispositifs hybrides. D'un côté, les mesures de la directive ATAD concernent uniquement des dispositifs hybrides au sein de l'Union européenne. De l'autre côté, la directive ATAD ne contient pas de règles sur d'autres dispositifs hybrides spéciaux, tels que ceux impliquant des établissements stables.

*

EXAMEN DU TEXTE

Dans son avis précité n° A-3135, la Chambre des fonctionnaires et employés publics avait commenté les différentes mesures proposées concernant la transposition de la directive ATAD du 12 juillet 2016. Étant donné que le projet de loi sous examen a pour objet de transposer une directive de l'Union européenne qui ne fait que compléter et modifier la directive (UE) 2016/1164, la Chambre n'entend pas commenter en détail dans le présent avis les ajouts et les modifications au niveau des différentes dispositions de la LIR, de la loi concernant l'impôt sur la fortune (IF), de la loi d'adaptation fiscale (StAnpG) et de la loi générale des impôts (AO).

Le champ d'application du projet de loi sous avis vise notamment les dispositifs hybrides impliquant des États membres de l'Union européenne et des États tiers. Seront également introduites des règles sur d'autres formes de dispositifs hybrides, en garantissant la cohérence avec les règles recommandées en la matière par l'OCDE. Il est mis en exergue au considérant 28 de la directive (UE) 2017/952 que „les États membres devraient utiliser (lors de la mise en oeuvre de la directive) les explications et les exemples applicables figurant dans le rapport sur l'action 2 du BEPS de l'OCDE comme source d'utilisation ou d'interprétation, dans la mesure où ils sont conformes aux dispositions de la directive et au droit de l'Union“. La Chambre approuve que les auteurs du projet de loi „estiment que ces considérations devraient également valoir en principe pour le rapport sur les dispositifs hybrides impliquant une succursale“.

L'actuel article 168ter LIR sera intégralement remplacé par un nouveau texte, lequel s'appliquera „aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2020“.

Dans son avis n° A-3135, la Chambre des fonctionnaires et employés publics avait espéré que le nouvel article 168ter introduit par la transposition de la première directive ATAD „pourra mettre fin au problème des dispositifs hybrides, généré par les différences de qualification juridique d'instruments financiers existant entre contribuables de deux ou plusieurs États membres“.

La Chambre avait regretté dans ce contexte que „l'article 9 de la directive, visant à éviter ce genre de situations, ne concerne malheureusement que les dispositifs hybrides à l'intérieur de l'Union européenne, sans englober donc les dispositifs faisant intervenir, à côté des États membres, des pays tiers“. Le projet de loi sous avis entend remédier à cette lacune importante, ce que la Chambre approuve dès lors de toute évidence.

Le nouvel article 168ter LIR définit la notion de dispositif hybride „en se référant de manière synthétique à quatre catégories qui donnent lieu à une double déduction (...) ou à une déduction sans inclusion“. La Chambre approuve que des exemples illustratifs soient énumérés de façon non exhaustive au commentaire des articles aux fins d'identification et de distinction des différentes catégories de dispositifs hybrides visées par la nouvelle disposition.

Afin de pouvoir transposer l'article 9bis de la directive ATAD, qui s'applique aux entités considérées comme fiscalement transparentes, le projet de loi sous avis propose l'introduction d'un nouvel article 168quater LIR. Ainsi, une règle additionnelle spécifique, avec effet à partir de 2022, sera introduite, qui concernera le traitement fiscal des „organismes hybrides inversés“.

Ce nouvel article contiendra, tout comme l'article 168ter LIR, une disposition en matière de preuve: le contribuable devra pouvoir mettre le bureau d'imposition en mesure de vérifier, sur simple demande de celui-ci de fournir une preuve, qu'il n'y aura pas lieu de procéder à un ajustement au titre de l'article 168quater LIR.

*

REMARQUE FINALE

Pour le Grand-Duché, le texte sous avis constitue une étape supplémentaire dans la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, qui améliore l'image de marque de sa place financière.

Dans ces conditions, la Chambre des fonctionnaires et employés publics se déclare d'accord avec le projet de loi lui soumis pour avis.

Ainsi délibéré en séance plénière le 25 novembre 2019.

Le Directeur,
G. MULLER

Le Président,
R. WOLFF

Impression: CTIE – Division Imprimés et Fournitures de bureau

7466/04

N° 7466⁴

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2019-2020

PROJET DE LOI

portant

- 1° **modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ;**
 - 2° **modification de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune (« Vermögensteuergesetz ») ;**
 - 3° **modification de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz ») ;**
 - 4° **modification de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung ») ;**
- en vue de transposer la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers**

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(10.12.2019)

Par dépêche du 9 août 2019, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous objet, élaboré par le ministre des Finances.

Au texte du projet de loi proprement dit étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche d'évaluation d'impact, une fiche financière, les textes coordonnés par extraits des lois dont le projet vise la modification, le tableau de concordance entre la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers et le projet de loi sous examen, ainsi que le texte intégral de ladite directive.

Les avis de la Chambre de commerce et de la Chambre des salariés ainsi que celui de la Chambre des fonctionnaires et employés publics ont été communiqués au Conseil d'État par dépêches respectivement des 7 et 21 octobre 2019 et du 28 novembre 2019.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Le projet de loi sous examen vise principalement à transposer en droit luxembourgeois la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers.

La directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur (encore appelée « directive ATAD ») tire sa source, pour l'essentiel, des rapports finaux sur les quinze actions de l'Organisation de coopération et de développement économiques, ci-après « OCDE », contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (*Base erosion and profit shifting* – BEPS) et a pour objectif d'instaurer, dans des domaines spécifiques, un niveau minimal commun de protection des systèmes nationaux d'imposition des sociétés contre les pratiques d'évasion fiscale ainsi que de

coordonner les actions des États membres dans ces domaines. Un de ces domaines consiste en des règles pour lutter contre les dispositifs hybrides.

La directive ATAD a introduit, par son article 9, un cadre visant à lutter contre les dispositifs hybrides. Cette disposition a été transposée en droit luxembourgeois par une loi du 21 décembre 2018¹ ayant inséré un article 168ter à la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, ci-après « LIR ». Il s'avère toutefois que le cadre prévu par la directive ATAD ne traite pas de tous les dispositifs hybrides en ce que, d'une part, les mesures envisagées s'appliquent uniquement aux dispositifs hybrides au sein de l'Union européenne et, d'autre part, il n'y a pas de règles sur certains autres dispositifs hybrides tels ceux qui impliquent des établissements stables.

Cependant, lors de la session du Conseil du 12 juillet 2016 au cours de laquelle la directive ATAD a été adoptée, une déclaration dudit Conseil demandait à la Commission européenne de présenter une proposition relative aux dispositifs hybrides impliquant des pays tiers. C'est ainsi que la proposition de directive de la Commission européenne du 25 octobre 2016 a abouti à l'adoption, par le Conseil, en date du 29 mai 2017 de la directive (UE) 2017/952 précitée, ci-après « directive ATAD2 ». La directive ATAD 2 vise les dispositifs hybrides entre États membres et États tiers et introduit, par ailleurs, des règles sur d'autres formes de dispositifs hybrides, tout en garantissant la cohérence avec les règles recommandées en cette matière par l'OCDE.

Les auteurs du projet de loi sous examen exposent que, en conformité avec la directive ATAD, le projet contient tout d'abord des mesures relatives aux dispositifs hybrides, lesquelles mesures s'attaquent à quatre catégories de dispositifs hybrides tels qu'ils sont présentés par le considérant 15 de la directive ATAD 2². S'y ajoute, toujours en conformité avec la directive ATAD, une règle visant les dispositifs hybrides importés.

Les auteurs du projet de loi exposent que celui-ci contient ensuite, d'une part, des mesures visant à contrecarrer des dispositifs fondés sur la double résidence donnant lieu à une double déduction et, d'autre part, une mesure dont l'objectif est de contrecarrer la duplication de crédits d'impôts dans le cadre d'un transfert hybride.

Il est enfin exposé que le projet de loi sous examen entend transposer, avec effet à partir de l'année 2022, une mesure spécifique relative au traitement fiscal des organismes hybrides inversés contenue à l'article 9bis de la directive ATAD.

Le Conseil d'État note qu'en dehors des dispositions transposant l'article 9bis de la directive ATAD – qui s'appliqueront à partir de l'année 2022 – les autres dispositions du projet de loi sous examen s'appliquent aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2020.

*

1 Loi du 21 décembre 2018 1) transposant la directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur ; 2) modifiant la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ; 3) modifiant la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial (« Gewerbesteuerengesetz ») ; 4) modifiant la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz ») ; 5) modifiant la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung ») (Mém.l A – n° 1164 du 21 décembre 2018).

2 Le considérant 15 de la directive ATAD 2 énonce en effet qu'il est nécessaire de s'attaquer à quatre catégories de dispositifs hybrides à savoir : (i) les dispositifs hybrides qui résultent de paiements effectués dans le cadre d'un instrument financier ; (ii) les dispositifs hybrides qui sont la conséquence de différences dans l'attribution des paiements effectués à une entité hybride ou à un établissement stable, y compris du fait de paiements à un établissement stable non pris en compte ; (iii) les dispositifs hybrides qui résultent de paiements effectués par une entité hybride à son propriétaire ou de paiements réputés effectués entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus ; (iv) les effets de double déduction qui résultent de paiements effectués par une entité hybride ou un établissement stable.

EXAMEN DES ARTICLES

Article 1^{er}

La disposition sous examen entend modifier les articles 134*bis*, 134*ter* et 154 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu (LIR). Elle se subdivise en trois points dont l'objectif est d'adapter le libellé des articles 134*bis*, 134*ter* et 154 LIR afin de tenir compte des dispositions du nouvel article 168*ter*, alinéa 5, numéro 2, LIR en projet.

Cet article n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Article 2

Points 1 et 2

Il est proposé de modifier l'article 164*ter* LIR (point 1) et l'article 168*bis* LIR (point 2) de manière à préciser que la définition du concept d'« entreprise associée », donnée par l'article 164*ter*, alinéa 2, ne vaut que pour les deux articles précités et ne s'étend pas à l'ensemble de la loi concernant l'impôt sur le revenu.

Le Conseil d'État prend acte de ce que cette modification s'impose dans la mesure où l'article 168*ter* LIR en projet instaure une définition autonome du concept d'« entreprise associée », laquelle s'applique uniquement pour les besoins de cet article.

Ces points n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Point 3

Paragraphe 1^{er}

Le paragraphe 1^{er} reproduit les définitions du point b) de l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la directive (UE) 2017/952 précitée, en adaptant légèrement certaines terminologies aux concepts et notions utilisés dans la LIR.

Ad numéro 1

La disposition sous examen vise à délimiter le champ des contribuables auxquels s'appliquent les règles prévues par le nouvel article 168*ter* en projet. Elle définit le contribuable au sens de cet article par un renvoi aux organismes visés par l'article 159 LIR ainsi qu'aux établissements stables indigènes visés par l'article 160, alinéa 1^{er}, LIR.

Le Conseil d'État note que le texte proposé reste en ligne avec l'esprit de la directive (UE) 2017/952, qui dispose dans son article 1^{er} que « la présente Directive s'applique à tous les contribuables soumis à l'impôt sur les sociétés dans un ou plusieurs États membres, y compris les établissements stables, lorsqu'ils sont situés dans un ou plusieurs États membres, d'entités ayant leur résidence fiscale dans un pays tiers ». Le concept d'« entité » n'est en principe pas utilisé en tant que tel dans la LIR; il est donc judicieux de le remplacer par un concept qui y est utilisé communément. Du fait du renvoi à l'article 159 LIR, sont couverts par les dispositions de l'article 168*ter* LIR en projet, tous les contribuables résidents passibles de l'impôt sur le revenu des collectivités luxembourgeoises, et, par le renvoi à l'article 160, alinéa 1^{er}, LIR, les organismes à caractère collectif de l'article 159 LIR, qui n'ont ni leur siège statutaire ni leur administration centrale au Luxembourg (sans distinction entre organismes d'un État membre ou d'un pays tiers), et qui sont passibles de l'impôt sur le revenu des collectivités pour leur revenus indigènes au sens de l'article 156 LIR. Le Conseil d'État ne s'oppose dès lors pas au libellé choisi par les auteurs du texte en projet.

Ad numéro 2

Cette disposition reprend la définition de la notion de « dispositif hybride », telle qu'elle figure à l'article 1^{er}, alinéa 2, lettre b), de la directive (UE) 2017/952, en y apportant toutefois certaines adaptations.

Le texte en projet englobe quatre catégories de dispositifs hybrides, à savoir : (i) ceux qui résultent de paiements effectués dans le cadre d'un instrument financier (lettre a)), (ii) ceux qui sont la conséquence de différences dans l'attribution des paiements effectués à une entité hybride (lettre b)) ou à un établissement stable (lettre c)), y compris du fait de paiements à un établissement stable non pris en compte (lettre d)), (iii) ceux qui résultent de paiements effectués par une entité à son propriétaire

(lettre e)) ou de paiements réputés effectués entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus (lettre f)) et (iv) les effets de double déduction qui résultent de paiements effectués par une entité hybride ou un établissement stable (lettre g)).

Tout comme pour la définition du concept de « contribuable », le texte en projet remplace, pour les besoins de la définition du concept de « dispositif hybride », la notion d'« entité », utilisée dans le texte de la directive (UE) 2017/952, par celle d'« organisme ». Alors que le texte de ladite directive désigne par « dispositif hybride », « une situation faisant intervenir un contribuable ou, au regard de l'article 9, paragraphe 3, une entité », le texte en projet mentionne que le concept de dispositif hybride désigne « une situation faisant intervenir le contribuable ou, au regard de l'alinéa 3, numéro 3, un organisme au sens des articles 159, 160 ou 175, désigné ci-après par le terme « organisme » ». L'article 9, paragraphe 3, de la directive (transposé par l'alinéa 3, numéro 3, du texte en projet) décrit les mesures à appliquer en présence de dispositifs structurés ou de dispositifs conclus entre des entreprises associées qui permettent de transférer vers le Luxembourg l'effet d'un dispositif hybride conclu à l'étranger au moyen d'un instrument hybride. Cependant, le libellé choisi par les auteurs du texte pourrait laisser suggérer que le concept d'« organisme », tel que défini, ne s'appliquerait que dans le contexte de l'alinéa 3, numéro 3 de l'article 168^{ter} LIR en projet (« ou, au regard de l'alinéa 3, numéro 3, un organisme au sens des articles 159, 160 ou 175 désigné ci-après par le terme “ organisme ” »). Or, cette dernière disposition n'emploie pas dans son libellé le concept d'« organisme » en tant que tel. Ce concept n'intervient que de manière indirecte dans la mesure où il est renvoyé au concept de « dispositif hybride », qui fait justement l'objet de la définition du numéro 2, alinéa 1^{er}, de l'article 168^{ter} LIR en projet. Il en découle dès lors une circularité dans les définitions.

Le Conseil d'État note par ailleurs que le concept d'« organisme » est employé à plusieurs endroits dans le texte, notamment dans la définition du concept d'« organisme hybride », qui couvre « tout organisme ou tout dispositif qui est considéré en vertu des lois d'une juridiction comme un organisme soumis à l'impôt et dont les revenus ou les dépenses sont considérés en vertu des lois d'une autre juridiction comme les revenus ou les dépenses d'une ou de plusieurs autres personnes physiques ou organismes ». Ont donc vocation à être couverts par cette définition, les organismes visés par l'article 175 LIR, et pour lesquels les dispositions des lettres b) et e) commentées ci-dessous, s'appliquent. Afin d'éviter une erreur d'interprétation, tel qu'exposé ci-dessus, à savoir que les organismes au sens de l'article 175 ne seraient visés que par l'alinéa 3, numéro 3, le Conseil d'État est d'avis qu'il serait opportun de prévoir une définition autonome du concept d'« organisme ».

Le Conseil d'État suggère de modifier le libellé de la définition du concept de « dispositif hybride » comme suit :

« « dispositif hybride », une situation faisant intervenir le contribuable ou, au regard de l'alinéa 3, numéro 3, un organisme ».

Le Conseil d'État suggère également d'insérer, sous la définition du concept de « revenu soumis à double inclusion », une définition autonome du concept d'« organisme », qui pourrait être libellée comme suit :

« « organisme », un organisme au sens des articles 159, 160 ou 175 ».

Le Conseil d'État note en outre que le texte en projet ne contient pas de définition propre au concept de « paiement » et qu'une telle définition fait par ailleurs défaut dans les directives (UE) 2016/1164 et (UE) 2017/952 précitées. Les commentaires sur le projet sous examen renvoient cependant au paragraphe 423 de la recommandation 12 figurant dans le rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE, à savoir que : « Un paiement désigne un versement d'argent (ce qui inclut la valeur de cet argent) effectué au titre de l'instrument de financement, et comprend une distribution, un crédit ou une somme due. Il inclut tout montant susceptible d'être payé, comme une obligation future ou conditionnelle d'effectuer un paiement. La définition du paiement englobe les engagements constatés au titre d'obligations futures de paiement, même lorsque le montant de l'engagement constaté ne correspond pas à une obligation de paiement renforcée au cours de la période concernée. Lorsque le contexte le nécessite, un paiement englobe une fraction d'un paiement. »

De ce qui précède, le Conseil d'État comprend qu'il y a lieu de se référer à la définition susmentionnée pour apprécier s'il y a un paiement. De même, en ligne avec les recommandations de l'OCDE (cf. paragraphe 28 du même rapport), le Conseil d'État comprend que seuls les paiements impliquant l'apparition de droits économiques entre parties sont visés, à l'exclusion de tous paiements réputés effectués à des fins fiscales (ajustements fiscaux) et ne correspondant à aucun transfert de valeur présent

ou à venir. Cette position semble d'ailleurs confirmée par le renvoi fait par les auteurs du projet sous examen au considérant 22 de la directive (UE) 2017/952 suivant lequel les conséquences fiscales qui sont exclusivement imputables à des différences dans la valeur attribuée à un paiement, y compris par l'application des prix de transfert, ne devraient pas relever du champ d'application d'un dispositif hybride.

Ad lettre a) La disposition sous examen vise à saisir l'asymétrie qui survient en ce qui concerne les paiements effectués dans le cadre d'un instrument financier, lorsque l'asymétrie est imputable aux différences existant dans la qualification de l'instrument ou du paiement effectué au titre de celui-ci et que le paiement ayant fait l'objet d'une déduction auprès du payeur, ne fait pas l'objet d'inclusion correspondante dans un délai raisonnable dans le chef du bénéficiaire. Le texte en projet fournit des explications quant au concept de « délai raisonnable ».

Le texte en projet pose ensuite une restriction quant à l'inclusion, à savoir qu'un paiement effectué au titre d'un instrument financier n'est pas considéré comme inclus, dans la mesure où le paiement ouvre droit à un allègement fiscal, quel qu'il soit, uniquement du fait de la qualification de ce paiement en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire.

Enfin, le texte en projet exclut du champ d'application de la lettre a) les paiements représentant le rendement sous-jacent d'un instrument financier transféré, lorsque le paiement est effectué par un négociant financier dans le cadre d'un transfert hybride sur le marché, à condition que la juridiction du payeur exige du négociant financier qu'il inclue tous les montants reçus en rapport avec l'instrument financier transféré. Les commentaires sur cette disposition précisent par ailleurs que les transferts hybrides peuvent, de manière générale, donner lieu à une différence de traitement fiscal si, à la suite d'un dispositif permettant de transférer un instrument financier, le rendement sous-jacent dudit instrument a été considéré comme tiré par plusieurs des parties du dispositif.

Si la disposition sous examen reproduit fidèlement le texte de la directive (UE) 2017/952, elle appelle néanmoins un certain nombre d'observations de la part du Conseil d'État :

Tout d'abord, le Conseil d'État note que ni la directive ni le projet de loi sous examen ne fournissent une explication sur le concept de « différence existant dans la qualification [...] du paiement effectué au titre de cet instrument ». Le Conseil d'État comprend, tel qu'illustré dans l'exemple 1 fourni par les auteurs du projet, que la qualification du paiement effectué au titre d'un instrument financier devrait, de manière générale, suivre la qualification de l'instrument lui-même et que ce n'est qu'en présence d'une disposition spécifique modifiant expressément la qualification du paiement qu'un effet d'asymétrie peut naître. Le Conseil d'État relève par ailleurs que le libellé de la directive (UE) 2017/952 diverge du libellé du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE, selon lequel « [u]n paiement effectué dans le cadre d'un instrument financier génère une asymétrie hybride lorsque celle-ci peut être attribuée aux termes de l'instrument » (Recommandation 1.3). Dès lors, le Conseil d'État comprend que les explications et exemples du rapport relatifs à une asymétrie hybride découlant des termes de l'instrument ne sont, le cas échéant, pas forcément entièrement applicables à la disposition sous examen, ce qui est conforme à la directive (UE) 2017/952.

Comme l'ont indiqué les auteurs du projet de loi dans les commentaires sur cette disposition – en se référant au considérant 16 de la directive (UE) 2017/952 – un allègement fiscal accordé dans la juridiction du bénéficiaire du seul fait du statut fiscal de celui-ci ou du fait que l'instrument est détenu sous réserve des modalités d'un régime spécial ne saurait donner lieu à un dispositif hybride. Le Conseil d'État considère que la même conclusion s'impose lorsque la juridiction du bénéficiaire applique un taux d'imposition nul ou très faible (cf. paragraphe 387 du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE³), ou lorsque la juridiction du bénéficiaire applique le principe de territorialité de l'impôt (cf. paragraphe 98 du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE⁴). En effet, dans tous ces cas de figure, l'allègement fiscal ne résulte pas de la qualification du paiement, mais du système fiscal en tant que tel, et la non-prise en compte (non-inclusion) de ce paiement ne devrait pas

3 « Les recommandations figurant dans ce rapport concernant les dispositifs de déduction/d'absence d'inclusion ne visent pas les paiements en faveur d'une personne résidente d'une juridiction à fiscalité nulle. »

4 « Une asymétrie dans les traitements fiscaux découlant d'un paiement transfrontalier en faveur d'un contribuable soumis à un régime fondé uniquement sur le principe de territorialité (dans une juridiction qui exclut ou exonère tout revenu d'origine étrangère) n'est pas couverte par la règle relative aux instruments financiers hybrides car l'asymétrie dans les résultats fiscaux est attribuable à la qualité du payeur (payeur non résident qui verse un revenu d'origine étrangère) plutôt qu'aux termes de l'instrument en lui-même. »

s'appliquer. Pour le surplus, le Conseil d'État renvoie à ses observations ci-dessous concernant la définition du concept d'« allègement fiscal ».

Ensuite, le Conseil d'État note que les commentaires sur la disposition sous examen n'apportent aucune précision quant à la nécessité de procéder à une analyse contrefactuelle, lorsque le paiement est effectué au profit d'un bénéficiaire d'un allègement fiscal du fait de son statut fiscal ou aux circonstances dans lesquelles un instrument financier est détenu. En effet, les recommandations du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE⁵ préconisent de procéder à une analyse contrefactuelle pour vérifier si les termes de l'instrument suffiraient à provoquer une asymétrie des résultats fiscaux, auquel cas il y a lieu de considérer que l'asymétrie est attribuable aux termes de l'instrument lui-même plutôt qu'au statut du contribuable ou aux circonstances dans lesquelles l'instrument est détenu.

Comme le Conseil d'État l'a déjà relevé dans ses observations ci-dessus, le libellé de la Recommandation 1.3 du Plan d'Action BEPS étant différent du libellé de la directive (UE) 2017/952, il y a lieu d'interpréter l'expression « les termes de l'instrument » comme désignant l'instrument lui-même ou les paiements effectués en vertu de l'instrument. Dans une telle hypothèse, la règle relative aux instruments financiers hybrides resterait applicable parce que l'instrument financier en tant que tel présente bien un caractère d'hybridité. Le Conseil d'État comprend, sur base du commentaire sur le texte en projet, que le test contrefactuel est requis – dans la mesure où il précise « lorsque l'allègement fiscal accordé dans la juridiction du bénéficiaire est uniquement imputable au statut fiscal du bénéficiaire », cette formulation étant par ailleurs également employée au considérant 16 du préambule de la directive (UE) 2017/952 –, mais il note également que le texte sous examen se réfère à la qualification du paiement : « un paiement effectué au titre d'un instrument financier n'est pas considéré comme inclus dans la mesure où le paiement ouvre droit à un allègement fiscal, quel qu'il soit, uniquement du fait de la qualification de ce paiement en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire », ce libellé correspondant par ailleurs exactement au texte de la directive (UE) 2017/952 dans sa définition du concept d'« inclusion ». Il existe donc une certaine ambiguïté entre le texte de loi et les commentaires, le commentaire pouvant en effet laisser entendre qu'un cumul de motifs pour l'existence de l'effet d'asymétrie entraîne une soumission aux règles. Par application du principe que le texte de la loi prime sur les commentaires, le Conseil d'État comprend qu'une analyse contrefactuelle n'est pas requise dans ce contexte. Si tel n'est pas l'avis et l'intention des auteurs du texte, le Conseil d'État demande à ce que ces derniers mentionnent explicitement qu'une telle analyse doit être effectuée.

Le texte en projet prévoit également que le paiement effectué au titre d'un instrument financier doit être inclus dans un délai raisonnable. Le concept de « délai raisonnable » couvre tout d'abord une inclusion par la juridiction du bénéficiaire dans une période d'imposition qui commence dans les douze mois suivant la fin de l'année d'imposition du payeur. Ensuite, un paiement sera considéré comme inclus dans un délai raisonnable lorsqu'il est, selon les auteurs du texte en projet, « raisonnable de penser que le paiement sera inclus par la juridiction du bénéficiaire dans une période d'imposition ultérieure et que les conditions du paiement sont celles dont il serait envisageable que des entreprises indépendantes conviennent entre elles ». Le Conseil d'État comprend que dès lors que le texte en projet n'impose pas de formalités spécifiques concernant une éventuelle preuve à rapporter lors de l'établissement de la déclaration d'impôt pour justifier que le paiement est inclus dans un délai raisonnable, les dispositions générales en matière de preuve, introduites par l'alinéa 6 de l'article 168^{ter} LIR en projet, trouveront à s'appliquer. En d'autres termes, le contribuable devra être en mesure de produire une appréciation concernant le traitement attendu du paiement dans la juridiction du bénéficiaire et de la justifier sur la base d'informations circonstanciées, objectives et vérifiables, lorsque l'Administration des contributions directes en fera la demande et non à l'avance, au moment de la remise de sa déclaration d'impôt. Dans certains cas, la preuve de l'inclusion du paiement pourra se faire par la production, par exemple, d'une copie de la déclaration d'impôt soumise par le bénéficiaire du paiement et/ou d'un document émanant des autorités fiscales de cet autre État, donc au moyen de documents qui ne sont pas nécessairement à la disposition du contribuable au moment où il va remettre sa propre déclaration fiscale. Dans d'autres cas cependant, il en sera autrement : si les auteurs du texte en projet devaient confirmer la nécessité d'une analyse contrefactuelle ou s'il devait s'agir de démontrer qu'il est raisonnable de penser que le paiement sera inclus par la juridiction du bénéficiaire dans une période d'imposition ultérieure, une telle analyse ou démonstration devrait forcément se baser sur une situation théorique.

⁵ Considérant 95 et suivants.

Les commentaires sur le texte en projet indiquent également que : « Concernant, par exemple, des paiements au titre d'un instrument financier, le contribuable doit apprécier le traitement attendu dans la juridiction de la contrepartie et pouvoir justifier de cette appréciation vis-à-vis de l'administration fiscale afin d'établir le bien-fondé au regard de l'article 168^{ter} LIR d'une déduction qu'il entend faire valoir. » Il est également renvoyé au paragraphe 85 du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE, qui dispose que : « L'identification d'une asymétrie comme étant un dispositif hybride découlant d'un instrument financier est avant tout une question juridique qui suppose une analyse des règles générales appliquées pour établir la nature, le montant et les dates associées aux paiements effectués au titre d'un instrument financier dans la juridiction du payeur et dans celle du bénéficiaire. De manière générale, la règle peut être appliquée même si le contribuable et l'administration fiscale ne savent pas précisément comment les paiements effectués au titre d'un instrument financier ont été pris en compte lors du calcul du revenu imposable de la contrepartie. En partant du principe qu'un contribuable connaît sa propre situation fiscale au titre d'un paiement, une asymétrie peut être identifiée, dans la pratique, en comparant le traitement fiscal attendu d'un instrument dans la juridiction du contribuable avec le traitement fiscal attendu par le contribuable dans la juridiction de la contrepartie. »

Sur base de ce qui précède, il apparaît donc que le contribuable pourrait ne pas être en mesure de prouver la non-application des règles anti-hybride par la production de déclarations d'impôt ou de certificats fournis par les autorités fiscales d'un autre État, étant donné qu'il s'agit de comparer de manière théorique le traitement fiscal attendu de l'instrument financier en question dans la juridiction de la contrepartie. Le Conseil d'État recommande de préciser, dans le corps de loi ou par règlement grand-ducal, les éléments que le contribuable devra fournir dans le cadre d'une analyse contrefactuelle, si les auteurs du projet de loi venaient à confirmer qu'une telle analyse contrefactuelle est effectivement requise, ou lorsqu'il s'agira de prouver qu'il est raisonnable de penser que le paiement sera inclus par la juridiction du bénéficiaire dans une période d'imposition ultérieure. Ces précisions devraient répondre aux questions de savoir si l'analyse peut émaner du contribuable lui-même ou doit émaner d'une personne exerçant une profession réglementée au Luxembourg ou dans la juridiction de la contrepartie (par exemple réviseur d'entreprises, expert-comptable ou avocat), quels documents doivent être inclus (copie des textes légaux en vigueur, circulaires ou notes administratives) ainsi que des informations concernant une possible modification des règles en vigueur (par exemple projet de loi, annonce d'une modification prochaine, etc.). Le Conseil d'État renvoie à ce sujet à ses observations relatives aux dispositions en matière de preuve (cf. article 168^{bis}, alinéa 6 ci-dessous).

D'un autre côté, le texte en projet reste muet quant à l'interaction avec les règles en matière de sociétés étrangères contrôlées, ci-après « SEC », introduites au Luxembourg à partir du 1^{er} janvier 2019 par l'article 164^{ter} LIR, ou des règles similaires qui peuvent exister dans d'autres pays (à titre d'exemple, on peut citer les règles « GILTI »⁶ aux États-Unis). Pour rappel, les règles relatives aux SEC ont pour objet de réattribuer les revenus d'une filiale contrôlée soumise à une faible imposition à sa société mère par le biais d'une inclusion dans la base imposable de cette dernière des revenus non distribués des SEC.

Le but recherché par la directive (UE) 2017/952 étant de mettre fin à toute situation de double déduction ou de déduction sans inclusion, il ne devrait en aucun cas en résulter une double imposition économique, c'est-à-dire une imposition du même revenu dans le chef de deux contribuables distincts. Or, l'application conjointe des dispositions anti-hybrides de l'article 168^{ter} LIR en projet et des règles relatives aux SEC ou de régimes analogues risque d'aboutir à une telle double imposition. À titre d'exemple, on peut prendre le cas de figure d'un paiement d'intérêts fait par un contribuable luxembourgeois à une société étrangère au titre d'un instrument financier hybride, ayant pour effet une déduction au Luxembourg et une non-inclusion dans la juridiction du bénéficiaire. L'on suppose qu'en outre, le revenu du bénéficiaire est inclus dans le revenu imposable de l'actionnaire du bénéficiaire en vertu d'un régime applicable aux SEC. Dans ce cas de figure, il y aurait donc en principe non-déduction du paiement dans le chef du contribuable luxembourgeois, mais en même temps inclusion et imposition de ce même paiement en vertu du régime applicable aux SEC, ce qui génère ainsi une double imposition économique. S'il est vrai que la règle anti-hybride vise les « paiements » alors que la règle SEC vise les « revenus », force est cependant de constater qu'il y a bien imposition du même flux financier.

⁶ *Global Intangible Low-Taxed Income*, règles exigeant que les citoyens ou résidents américains incluent annuellement dans leur revenus imposables une partie des revenus générés par une société étrangère contrôlée pour autant qu'ils dépassent certains seuils.

Le Conseil d'État relève toutefois que le paragraphe 36 du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE énonce que « la règle relative aux instruments financiers hybrides a pour seul objet de s'appliquer aux paiements générant des asymétries dans les résultats fiscaux, elle n'a pas vocation à entraîner une double imposition économique ». Il est en outre ajouté qu'« un pays cherchant à éviter la double imposition économique devrait alors étudier comment neutraliser l'asymétrie des résultats fiscaux en appliquant la règle relative aux instruments financiers hybrides sachant que le paiement a été inclus par l'actionnaire dans son revenu ordinaire en vertu d'un régime applicable aux SEC ; il devrait établir si l'inclusion en vertu du régime applicable aux SEC doit être assimilée à une inclusion dans le revenu ordinaire aux fins de déterminer si un effet de déduction/non-inclusion a été généré au sens de la règle relative aux instruments financiers hybrides. »

Le considérant 28 de la directive (UE) 2017/952 énonce que les États membres devraient utiliser, lors de la mise en œuvre de la directive, les explications et exemples figurant dans le rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE comme source d'illustration ou d'interprétation, dans la mesure où ils sont conformes aux dispositions de la directive et au droit de l'Union européenne. Les auteurs du projet de loi sous avis se doivent donc d'adapter le texte sous examen de manière à prendre en compte une inclusion en vertu d'un régime applicable aux SEC ou de tout autre régime produisant les mêmes effets. Dans la même logique – en ligne avec les recommandations formulées par l'OCDE – il appartiendra au contribuable de prouver à l'administration fiscale que le paiement en question a été entièrement inclus selon les lois de la juridiction concernée.

Des considérations qui précèdent, le Conseil d'État note que dans les faits, le libellé de la disposition sous rubrique pourrait donner lieu à une double imposition économique. Or, le texte sous examen doit être interprété à la lumière du considérant 5 du préambule de la directive (UE) 2016/1164 qui précise que « l'objectif de ces règles ne devrait pas se limiter à lutter contre les pratiques d'évasion fiscale mais aussi viser à empêcher la création d'autres obstacles au marché, tels que la double imposition ».

Enfin, le Conseil d'État prend acte de l'option prise par les auteurs du projet de loi de limiter l'application de la règle relative aux instruments financiers hybrides en cas de paiements effectués par un négociant financier.

Ad lettre b) La disposition sous examen concerne les asymétries résultant d'un paiement effectué en faveur d'un organisme qui est considéré comme un organisme soumis à l'impôt en vertu des lois d'une juridiction et comme organisme transparent aux fins fiscales – les revenus ou dépenses étant attribués non pas à l'organisme, mais aux investisseurs dans cet organisme –, en vertu des lois d'une autre juridiction (désigné sous le concept d'« organisme hybride » défini à l'alinéa 1^{er}, numéro 10), et la juridiction où l'organisme hybride est établi ou enregistré attribue ce paiement aux investisseurs dans cet organisme hybride, tandis que la juridiction des investisseurs attribue le paiement à l'organisme hybride lui-même.

Les commentaires sur cette disposition renvoient au considérant 18 de la directive (UE) 2017/952 et précisent qu'un paiement ne devrait pas donner lieu à un dispositif hybride qui serait survenu, en tout état de cause, en raison de l'exonération fiscale dont jouit le bénéficiaire au titre des lois de la juridiction dont il relève, quelle qu'elle soit. En d'autres termes, le Conseil d'État comprend qu'un dispositif hybride, selon la lettre b), ne peut survenir que du fait de différences dans les règles de répartition d'un paiement entre l'entité hybride et ses investisseurs, et non du fait que le bénéficiaire jouit d'une exonération fiscale au titre des lois de la juridiction dont il relève, et qu'il en est de même lorsque la juridiction de la personne physique ou de l'organisme qui est titulaire d'une participation dans l'organisme hybride envers lequel le paiement a été effectué, applique un régime fiscal à taux nul ou très faible, ou un régime basé sur le principe de la territorialité de l'impôt.

Le Conseil d'État s'interroge cependant sur le point de savoir comment les auteurs du projet de loi entendent traiter des situations où un paiement est effectué à une entité hybride qui distribue le paiement reçu à ses investisseurs et que ceux-ci incluent, dans un délai raisonnable (au sens de l'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre a)), le montant reçu de l'entité hybride. Soit, par exemple, une société de personnes luxembourgeoise qui détient toutes les parts sociales d'une société à responsabilité limitée luxembourgeoise, et qui est elle-même détenue par des investisseurs qui sont des contribuables non résidents. La société de personnes finance la société à responsabilité limitée luxembourgeoise par un prêt portant intérêts. La société de personnes est considérée comme fiscalement transparente par le Luxembourg, mais le pays de l'investisseur considère la société de personnes comme entité opaque. Dans les faits,

la société de personnes procède à une distribution sur une base trimestrielle de ses revenus à ses investisseurs qui sont soumis à imposition au titre de ces distributions. Si la déduction de l'intérêt sur le prêt payé par la société à responsabilité limitée luxembourgeoise à la société de personnes luxembourgeoise devrait en principe être refusée dans le chef de la société emprunteuse, dans la mesure où le pays des investisseurs considère que le paiement est attribuable à la société de personnes, il s'avère qu'il y a néanmoins inclusion indirecte de ce même paiement dans le chef des investisseurs dans la mesure où la société de personnes distribue ses revenus, y compris le paiement reçu, sur une base trimestrielle à ses investisseurs.

À cet égard, le Conseil d'État relève que le traitement des distributions de bénéfices effectuées par une entité hybride inversée est commenté au paragraphe 156 du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE comme suit : « La règle relative aux entités hybrides inversées est applicable même si un investisseur est finalement imposé au titre de distributions effectuées par une entité hybride inversée. Le simple fait que le revenu cumulé de l'entité hybride inversée soit imposable en tant que revenu ordinaire après sa distribution à l'investisseur ne suffit pas à prouver que le paiement ne génère aucune asymétrie. La règle relative aux entités hybrides inversées a pour objet de neutraliser l'effet de déduction/non-inclusion généré lors du paiement effectué en faveur de l'entité hybride inversée. Le traitement fiscal qui sera appliqué à un futur paiement de l'entité hybride inversée en faveur de l'investisseur (et qui sera, ou non, financé par des paiements couverts par la règle relative aux entités hybrides inversées) est en règle générale trop éloigné dans le temps de la date d'apparition de l'asymétrie pour pouvoir être utilisé aux fins de la règle. » Si le paragraphe ci-avant cité préconise l'application de la règle relative aux entités hybrides inversées même en cas d'imposition de l'investisseur au titre des distributions effectuées par cette entité hybride inversée, cette position semble être justifiée dans les cas de figure où les distributions sont effectuées à un moment plus ou moins éloigné du moment de la déduction (emploi de la formulation « en règle générale »). Si la distribution est cependant opérée, comme dans l'exemple ci-dessus, sur une base trimestrielle, il y a lieu de reconnaître une identité économique entre le paiement et la distribution.

Il en résulte, selon le Conseil d'État, que le droit à déduction du paiement d'intérêts devrait rester acquis. Il propose par conséquent aux auteurs du projet de loi d'adapter le libellé du texte en projet de manière à refléter qu'un paiement sera considéré comme inclus si l'organisme hybride distribue le montant du paiement reçu et que ce paiement est inclus par les investisseurs dans cet organisme dans un certain délai, sinon de clarifier l'interprétation de la disposition sous examen pour les cas de figure tels que décrits dans l'exemple ci-dessus.

Ad lettre c) La disposition sous examen concerne les asymétries qui sont la conséquence de différences dans l'attribution des paiements effectués entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus d'un même organisme en vertu des lois des juridictions où cet organisme mène ses activités.

Les commentaires sur cette disposition se réfèrent également au considérant 18 de la directive (UE) 2017/952 en ce qui concerne une restriction de la constitution d'un dispositif hybride du fait d'une possible exonération fiscale du bénéficiaire (cf. lettre b) ci-dessus). Le Conseil d'État renvoie par conséquent à ses observations ci-dessus en ce qui concerne l'interprétation du concept d'« exonération fiscale ».

Pour le reste, le texte en projet reprend fidèlement le libellé de la directive (UE) 2017/952 et n'appelle pas d'autre observation de la part du Conseil d'État.

Ad lettre d) La disposition sous examen vise l'asymétrie résultant d'un paiement effectué en faveur d'établissements stables non pris en compte, c'est-à-dire un paiement qui est exonéré par l'État du siège au motif que le paiement est considéré comme ayant été reçu dans un établissement stable étranger, alors que le droit étranger ne considère pas qu'il y a existence d'un établissement stable. Comme les commentaires sur la disposition le relèvent, il s'agit d'un conflit relatif à la qualification de l'établissement stable et non d'un conflit dans l'attribution des paiements entre le siège et l'établissement stable.

Les commentaires précités sur cette disposition renvoient au considérant 19 de la directive (UE) 2017/952 et précisent que la règle relative aux dispositifs hybrides ne devrait toutefois pas s'appliquer dans les cas où l'asymétrie serait survenue, en tout état de cause, en raison de l'exonération fiscale dont jouit le bénéficiaire au titre des lois de la juridiction dont il relève, quelle qu'elle soit. Dès lors, si le

pays du siège n'avait pas reconnu l'existence de l'établissement stable, mais n'a pas procédé à une imposition du paiement parce que le siège bénéficie d'une exonération fiscale résultant des lois internes, il n'y a pas de dispositif hybride. Le Conseil d'État comprend qu'il en est de même – c'est-à-dire qu'il y a absence de dispositif hybride – lorsque la juridiction du bénéficiaire applique une fiscalité à taux réduit ou une exonération fondée, par exemple, sur un système de territorialité de l'impôt.

Ad lettre e) La disposition sous examen vise les asymétries qui surviennent lorsqu'un organisme hybride effectue un paiement à son bénéficiaire qui n'est pas pris en compte selon les lois de la juridiction du bénéficiaire (par exemple du fait que l'organisme hybride est considéré comme une entité fiscalement transparente), ce qui entraîne une déduction pour le payeur, mais aucune inclusion pour le bénéficiaire du paiement.

Le Conseil d'État constate qu'en raison de l'interaction avec les règles SEC ou avec celles ayant un effet similaire, l'application de la règle pourra générer des situations de double imposition économique que le texte sous examen ne prend pas en considération. Le Conseil d'État renvoie à ses observations ci-dessous concernant le concept d'« inclusion » et de « revenu soumis à double inclusion » et estime qu'une prise en compte au titre de règles SEC ou de règles ayant un effet similaire équivaut à une prise en compte au titre de la disposition sous examen, de manière à en écarter l'application le cas échéant. Si ceci ne correspond pas à l'intention des auteurs du projet de loi, le Conseil d'État invite ces derniers à l'exprimer dans le corps de la loi.

Ad lettre f) La disposition sous examen entend régler les asymétries pouvant résulter de paiements dits « notionnels » entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus. Sont visés les paiements réputés effectués, c'est-à-dire sans qu'il y ait de paiement réel, par un établissement stable au profit du siège ou d'un autre établissement stable, engendrant une déduction dans le chef de l'établissement stable « payeur », sans prise en compte d'un revenu correspondant dans le chef du bénéficiaire.

D'après les commentaires sur cette disposition, les asymétries hybrides dont il s'agit résultent d'un conflit entre les règles de répartition des charges plutôt que de différences au niveau de la qualification juridique du payeur. Le Conseil d'État considère cependant qu'il ne s'agit pas d'une question de répartition des charges, mais de la création de paiements notionnels donc de charges fiscalement déductibles dans le chef de l'établissement stable sans création de revenus imposables correspondants dans le chef du siège⁷.

Les mêmes commentaires se réfèrent au considérant 20 de la directive (UE) 2017/952 et indiquent qu'aucun dispositif hybride ne devrait survenir lorsque le bénéficiaire est exonéré d'impôt au titre des lois de la juridiction dudit bénéficiaire. Le Conseil d'État comprend que, d'une part, par « bénéficiaire » est visé le siège et, d'autre part, l'absence de dispositif hybride vaut également lorsque la juridiction du bénéficiaire applique une fiscalité à taux réduit ou une exonération fondée par exemple sur un système de territorialité de l'impôt.

Le Conseil d'État s'interroge néanmoins sur l'interaction de la disposition sous examen avec celles des conventions tendant à éviter les doubles impositions conclues par le Luxembourg avec des États tiers. Pour le Conseil d'État en effet, si une telle convention devait spécifiquement prévoir la possibilité de la prise en compte de paiements notionnels, les dispositions anti-hybrides relatives aux paiements notionnels de l'article 168^{ter} LIR en projet ne s'appliqueraient pas en raison du principe de la primauté des traités internationaux sur les lois internes (même celles postérieures à un traité), tel que cela est reconnu depuis de nombreuses années par la jurisprudence luxembourgeoise.

Le Conseil d'État renvoie à ses observations ci-dessous concernant les concepts d'« inclusion » et de « revenu soumis à double inclusion ».

Ad lettre g) La disposition sous examen a trait aux doubles déductions, c'est-à-dire un effet où un même paiement, dépense ou perte donne lieu à deux déductions dans des juridictions différentes. Les commentaires sur la disposition indiquent qu'il est indifférent que les effets de double déduction résultent de paiements, de dépenses qui ne sont pas considérées comme des paiements en vertu de la législation nationale ou de charges d'amortissement ou de dépréciation.

⁷ Considérant 20 de la directive (UE) 2017/952 : « (...) un dispositif hybride pourrait survenir lorsque la déduction ne donnant pas lieu à une inclusion résulte de la non-reconnaissance dans la juridiction du bénéficiaire du paiement ou du paiement réputé effectué. »

Le Conseil d'État renvoie à ses observations ci-dessous concernant la définition du concept de « double déduction » sous le numéro 5 ainsi qu'à celles concernant le concept d'« inclusion » et de « revenu soumis à double inclusion », et estime qu'une prise en compte au titre de règles SEC ou de règles ayant un effet similaire équivaut à une prise en compte au titre de la disposition sous rubrique, de manière à en écarter l'application le cas échéant. Si ceci ne correspond pas à l'intention des auteurs du projet de loi, le Conseil d'État invite ces derniers à l'exprimer clairement dans le corps de la loi.

Ad numéros 3 et 4

Sans observation.

Ad numéro 5

La disposition sous examen vise à reprendre la définition du concept de « double déduction », telle que formulée par la directive (UE) 2017/952.

Le Conseil d'État note que la double déduction nécessite une symétrie conceptuelle, dans le sens où le paiement, la dépense ou la perte doit avoir comme origine le même actif ou la même obligation. Ainsi, par exemple, si une société luxembourgeoise clôture son exercice de l'année N avec une perte fiscale, due à une transaction ayant résulté en une moins-value et que, pour la même année N, la société mère non résidente décide d'acter une correction de valeur déductible dans sa juridiction, il ne saurait être question d'une double déduction dans la mesure où la perte de la société luxembourgeoise trouve son origine dans une transaction qui lui est propre, alors que la déduction pour dépréciation effectuée par la société mère est en relation avec les actions de la société luxembourgeoise, donc un actif différent.

D'une part, le Conseil d'État comprend que le mot « perte » désigne une moins-value et ne saurait désigner des pertes fiscales reportables, auquel cas un renvoi à l'article 114 LIR doit être inséré dans la définition envisagée.

D'autre part, cette définition donnée par le texte en projet, à l'instar de celle donnée par la directive (UE) 2017/952, ne contient pas de précision temporelle c'est-à-dire qu'il n'est pas précisé à quel moment il faut se placer pour apprécier s'il y a une double déduction. Or, certaines dispositions du projet de loi contiennent de telles précisions temporelles, par exemple l'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre a), ou l'alinéa 3, paragraphe 1^{er}. Par conséquent, le Conseil d'État comprend que la double déduction d'un paiement, d'une dépense ou d'une perte peut avoir lieu à n'importe quel moment et donc pas nécessairement au titre de la même année fiscale pour le payeur et pour l'investisseur, ce qui serait en ligne avec les recommandations du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE⁸. Toutefois, si tel n'est pas l'intention des auteurs du projet de loi sous examen, le Conseil d'État recommande d'inclure une limitation temporelle dans la définition même de la double déduction.

La même problématique se pose au demeurant pour la définition du concept d'« inclusion » (voir les observations en ce qui concernent ad numéro 7 ci-dessous) de sorte qu'une symétrie entre les deux concepts s'impose. En effet, il ne serait pas concevable de prévoir une limitation temporelle pour l'appréciation d'une double déduction, alors qu'une telle limitation temporelle n'existerait pas en ce qui concerne le concept d'« inclusion ».

Ad numéro 6

La disposition sous examen vise à reprendre la définition du concept de « déduction sans inclusion », telle que formulée par la directive (UE) 2017/952.

Si le texte en tant que tel ne soulève pas d'observation particulière, le Conseil d'État renvoie néanmoins à ses observations ci-dessous concernant le concept d'« inclusion », dans la mesure où ce dernier concept est utilisé dans la définition du concept de « déduction sans inclusion ».

Ad numéro 7

La disposition sous examen vise à donner une définition du concept d'« inclusion », à savoir le montant qui est pris en compte à la base de calcul du revenu imposable en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire. Les commentaires sur cette disposition précisent que lorsque le Luxembourg est la

⁸ Paragraphe 118 : « Les juridictions utilisent différentes périodes comptables et différentes règles pour établir à quelle date des éléments de revenu ou de dépenses ont été constatés. Ces différences temporelles et quantitatives ne devraient pas être considérées comme donnant lieu à des asymétries des résultats fiscaux aux fins de la recommandation 3. »

juridiction du bénéficiaire, un montant sera considéré comme inclus s'il est pris en compte dans le total des revenus nets.

Si le libellé du texte en projet correspond à celui de la définition donnée par la directive (UE) 2017/952, le Conseil d'État note que, d'un point de vue pratique, certains points nécessitent clarification.

Ainsi, la disposition sous examen requiert une « prise en compte dans la base de calcul du revenu imposable », sans pour autant qu'une imposition effective soit exigée. Le Conseil d'État comprend dès lors que, si un montant donné ne subit pas d'imposition effective – du fait par exemple que le bénéficiaire dispose de pertes reportables – la condition de l'inclusion est néanmoins remplie. De même, lorsque le montant fait l'objet d'une inclusion dans la base de calcul du revenu imposable du bénéficiaire, mais bénéficie tout de même d'une exonération d'impôt en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire ou d'une imposition à un taux fixe (réduit ou non, dénommé « impôt sur le revenu » ou autrement comme par exemple « impôt sur les plus-values »), la même conclusion s'impose, à savoir qu'il y a bien inclusion, sous réserve des dispositions spécifiques applicables en matière d'instruments financiers hybrides.

Comme le Conseil d'État l'a relevé précédemment en ce qui concerne le concept de « double déduction », la définition donnée par le texte en projet ne précise pas à quel moment il faut se placer pour apprécier la prise en compte à la base de calcul du revenu imposable d'un montant déterminé. L'inclusion d'un montant peut par conséquent avoir lieu à n'importe quel moment – et donc pas nécessairement au titre de l'année fiscale durant laquelle la déduction a lieu –, sauf pour les dispositions qui prévoient expressément une limite temporelle, ce qui est en ligne avec les recommandations du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE. Toutefois, si telle n'était pas la position des auteurs du projet de loi sous examen, le Conseil d'État proposerait d'inclure expressément une limitation temporelle dans la définition même de l'inclusion.

Par ailleurs, il ressort du paragraphe 89 du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE (tel que cité dans les commentaires sur le texte en projet) qu'un paiement, qui est pris en compte comme un revenu ordinaire dans au moins une juridiction, ne génère aucune asymétrie justifiant l'application de la règle. Le Conseil d'État relève à cet égard que le texte de la directive (UE) 2017/952, tout comme le texte du projet de loi sous examen, diverge du texte du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE, en ce sens que la directive n'exige pas une prise en compte comme un « revenu ordinaire », mais simplement une prise en compte « à la base de calcul du revenu imposable ». Le concept utilisé dans le cadre de la directive (UE) 2017/952 est donc moins restrictif que ce qui est recommandé dans le rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE. Le Conseil d'État renvoie à ce sujet à ses observations ci-dessous ad numéro 8.

Ad numéro 8

La disposition sous examen reprend la définition donnée par la directive (UE) 2017/952 du concept d'« allègement fiscal ». Ce concept vient à s'appliquer dans le contexte des mesures concernant les instruments financiers hybrides, dans la mesure où le paiement effectué au titre d'un instrument financier n'est pas considéré comme inclus lorsqu'un tel paiement ouvre droit à un allègement fiscal, quel qu'il soit, uniquement du fait de la qualification de ce paiement en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire. La définition vise plus précisément toute exonération, réduction du taux d'imposition ou tout crédit ou remboursement d'impôt (autre qu'une imputation d'un impôt retenu à la source).

Tout d'abord, le Conseil d'État note que dans les commentaires sur le numéro 7 ci-dessus – et par référence au considérant 16 de la directive (UE) 2017/952 –, les auteurs du projet de loi sous examen indiquent qu'un allègement fiscal accordé dans la juridiction du bénéficiaire, du seul fait du statut fiscal de celui-ci ou du fait que l'instrument est détenu sous réserve des modalités d'un régime spécial, ne saurait donner lieu à un dispositif hybride. Par un effet de symétrie, la même conclusion s'impose lorsque la juridiction du bénéficiaire applique un taux d'imposition nul ou très faible, ou lorsque la juridiction du bénéficiaire applique le principe de territorialité de l'impôt. En effet, dans tous ces cas de figure, l'allègement fiscal ne résulte pas de la qualification du paiement, mais du système fiscal en tant que tel, de sorte que qu'il ne devrait pas avoir de non-prise en compte (non-inclusion) de ce paiement.

Ensuite, le Conseil d'État s'interroge plus particulièrement sur le concept de « réduction du taux d'imposition » et ce, dans des situations où les lois de la juridiction du bénéficiaire procèdent à une inclusion du revenu dans la base imposable, mais soumettent néanmoins le revenu à un taux fixe, donc

indépendant du taux plein marginal qui s'applique normalement au bénéficiaire. À titre d'exemple, on peut mentionner le cas des États-Unis qui soumettent les dividendes et les plus-values de cession d'actions, détenues depuis plus de douze mois, à un taux fixe qui est de 0 %, 15 % ou 20 %, en fonction du montant du dividende ou de la plus-value.

Le rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE diffère de la directive (UE) 2017/952 en ce sens qu'il considère qu'un paiement est inclus s'il est intégré en tant que revenu ordinaire dans le calcul du revenu imposable du bénéficiaire, le revenu ordinaire étant lui-même défini comme « [...] un revenu soumis à l'impôt au taux marginal applicable au contribuable et qui ne bénéficie d'aucune exonération, exclusion, crédit ou autre réduction applicable à certaines catégories de paiements (comme les crédits d'impôt indirects pour des impôts sous-jacents sur le revenu du payeur). Le revenu est considéré comme assujéti à l'impôt au taux marginal applicable au contribuable nonobstant le fait que l'impôt est minoré d'un crédit ou d'une autre réduction accordée par la juridiction du bénéficiaire au titre d'une retenue à la source ou d'autres impôts appliqués par la juridiction du payeur sur le paiement proprement dit. » Contrairement à la définition donnée par la directive (UE) 2017/952, il y a donc une exigence supplémentaire, à savoir la soumission du revenu au taux plein marginal applicable au contribuable. Cependant, le rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE prend également en compte le fait que certains pays soumettent les différentes catégories de revenu à des taux d'imposition distincts, pour conclure que : « Dans le contexte de l'application de la règle relative aux instruments financiers hybrides, le taux plein marginal applicable au bénéficiaire désigne le taux d'imposition qui serait en principe applicable au bénéficiaire au titre du revenu ordinaire généré par un instrument financier, de manière à éviter l'apparition d'une asymétrie, aux fins de la règle relative aux instruments financiers hybrides, du simple fait que la juridiction du bénéficiaire applique aux revenus générés par des instruments financiers un taux inférieur à celui applicable à d'autres catégories de revenus. »

Sur base des considérations qui précèdent, le Conseil d'État arrive aux conclusions suivantes :

- les concepts de « réduction du taux d'imposition » et d'« exonération » se réfèrent uniquement à une exemption partielle, accordée en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire et ayant pour effet de réduire le taux effectif⁹ ;
- une imposition à un taux fixe, même très bas, n'est pas qualifiée d'allègement fiscal pour l'application des dispositions concernant les instruments financiers hybrides. De l'avis du Conseil d'État, ce taux fixe ne peut pas être un taux à 0 %, sauf pour les cas où le taux de 0 % s'applique à tous les revenus indépendamment de leur nature et de leur source ;
- tout revenu qui est inclus dans la base imposable, mais qui est soumis à l'impôt à un taux représentant une quote-part en pourcentage du taux d'imposition normal, est à considérer comme une réduction du taux d'imposition, et donc comme un allègement fiscal, au sens de la définition sous rubrique.

Le Conseil d'État recommande aux auteurs du projet de loi de clarifier ce point si une interprétation différente devait s'appliquer.

Enfin, le Conseil d'État réitère ici ses observations au sujet des situations de double imposition économique susceptibles de découler de la formulation actuelle de certaines dispositions du projet de loi sous examen. On peut l'illustrer par l'exemple d'une société luxembourgeoise qui émet un instrument financier, souscrit par sa société mère américaine, servant à financer des activités opérationnelles au Luxembourg. L'instrument financier est considéré aux États-Unis comme un titre représentatif du capital social de la société luxembourgeoise et les États-Unis qualifient la société luxembourgeoise de société étrangère contrôlée (SEC). De ce fait, les États-Unis vont inclure, au titre de l'année N, les revenus bruts (donc abstraction faite des charges d'intérêts relatives à l'instrument financier) de la société luxembourgeoise dans la base imposable de la société mère. Si la société luxembourgeoise effectue, durant l'année N+1, un paiement au titre des intérêts dus, ces intérêts vont être inclus dans la base imposable de la société américaine, mais ils vont bénéficier d'une exonération dans la mesure où ils ont déjà fait l'objet d'une inclusion et d'une imposition par application des règles SEC au cours de l'année N. Si la déduction du paiement des intérêts au niveau de la société luxembourgeoise devait être refusée du fait que l'inclusion de ses revenus bruts dans la base imposable de la société mère, durant l'année N, au titre des règles SEC, ne correspond pas à une « inclusion » du paiement au sens de l'article 168^{ter} LIR en projet et qu'il est considéré qu'il n'y a pas non plus inclusion durant l'année N+1 dans la mesure où le paiement ouvre droit à un allègement fiscal dans le chef de la société

⁹ À titre d'exemple, on peut citer l'article 115 15a) LIR qui prévoit une exemption de 50 % de certains dividendes.

mère (pour rappel, l'exonération fiscale n'est accordée que parce que les revenus ont déjà été inclus durant l'année N), il y a bien une double imposition économique.

Le Conseil d'État propose que la définition du concept d'« allègement fiscal » soit adaptée de manière à exclure toute exonération, réduction du taux d'imposition ou tout crédit ou remboursement d'impôt accordés dans le seul but d'éliminer une double imposition économique. Le libellé de cette définition pourrait être reformulé comme suit :

« “allègement fiscal”, une exonération, une réduction du taux d'imposition ou tout crédit ou remboursement d'impôt (autre qu'une imputation d'un impôt retenu à la source), à l'exclusion de toute exonération, réduction du taux d'imposition ou crédit ou remboursement d'impôt accordé uniquement en vue d'éliminer une double imposition ».

Ad numéro 9

La disposition sous examen reprend la définition de la directive (UE) 2017/952 du revenu soumis à double inclusion, à savoir tout élément de revenu inclus selon les lois des deux juridictions où l'asymétrie s'est produite.

Comme l'a relevé la Chambre de commerce, sur base d'un exemple, dans son avis du 7 octobre 2019, une application restrictive de la règle pourrait conduire à une double, voire à une multiple imposition économique. Le Conseil d'État note que les commentaires sur le projet sous examen font référence aux « deux juridictions où l'asymétrie s'est produite ». Une telle formulation n'est cependant pas claire en ce qui concerne la question de savoir quelles sont les deux juridictions qui sont concernées. À titre d'exemple, prenons la situation d'une société luxembourgeoise qui détient une participation dans une autre société européenne dans des conditions telles, que les deux sociétés sont à considérer comme entreprises associées au sens de l'article 168*ter* LIR en projet. La société luxembourgeoise a pour seul actionnaire une société américaine. La filiale européenne, au titre de l'année N, réalise des revenus opérationnels de 150 et paie des intérêts de 100 à la société luxembourgeoise au titre d'un prêt. La société luxembourgeoise comptabilise pour l'année N des charges d'intérêts pour un montant de 90 sur un prêt qui lui a été octroyé par sa société mère. Du point de vue des États-Unis, la société luxembourgeoise est considérée comme transparente, alors que du point de vue luxembourgeois et de la juridiction de la filiale, la société luxembourgeoise est une société fiscalement opaque. La filiale européenne, quant à elle, est considérée, d'un point de vue américain, comme une SEC. Il y aura, aux États-Unis, inclusion dans la base imposable de la société américaine du revenu de la filiale européenne pour un montant de 150 par application des règles SEC au titre de l'année N. Par conséquent, il y aura un paiement de 90 effectué par un organisme hybride (la société luxembourgeoise), donnant lieu à une déduction sans inclusion du même paiement et cet effet d'asymétrie résulte de la non prise en compte du paiement en vertu des lois du bénéficiaire (du fait que l'entité luxembourgeoise est ignorée d'un point de vue américain). Les dispositions de la lettre 3), numéro 2, alinéa 1^{er}, de l'article 168*ter* LIR en projet prévoient une mesure corrective, à savoir qu'« un dispositif hybride ne survient que dans la mesure où ce paiement est déductible dans la juridiction du payeur d'un revenu qui n'est pas soumis à double inclusion ».

Par rapport à l'exemple ci-dessus, deux interprétations sont possibles :

- 1) il est considéré que l'asymétrie s'est produite entre le Luxembourg et les États-Unis : les revenus inclus au Luxembourg ne seront pas les mêmes revenus que ceux qui seront inclus aux États-Unis, étant donné qu'il y aura inclusion au Luxembourg d'un paiement d'intérêts de 100, alors que les États-Unis incluront des revenus opérationnels de 150. Néanmoins, les intérêts de 100 sont, d'un point de vue économique, inclus dans les revenus opérationnels de 150, dans la mesure où les États-Unis procèdent à une inclusion des revenus bruts et non des revenus nets ; il y a donc bien une situation de double inclusion ; ou
- 2) il est considéré que l'asymétrie s'est produite entre la filiale européenne et les États-Unis (la filiale européenne est considérée comme opaque par le Luxembourg, mais comme transparente par les États-Unis et de ce fait il y a imposition des revenus de la filiale européenne aux États-Unis) : dans la mesure où il n'est pas exigé que l'inclusion soit faite au Luxembourg et comme la filiale européenne a inclus les revenus opérationnels de 150 dans sa base imposable, il y a donc double inclusion, dans la mesure où les 150 de revenus opérationnels sont également inclus aux États-Unis.

Dans les deux cas, et dans la mesure où il y a une double inclusion, les intérêts de 90 payés par la société luxembourgeoise doivent rester déductibles.

Le Conseil d'État observe que la même problématique se pose si les États-Unis considèrent tant la société luxembourgeoise que la filiale européenne comme « *checked entities* », c'est-à-dire comme sociétés transparentes. Dans ce cas de figure, il y aura inclusion, au niveau des États-Unis, des revenus de la filiale européenne et de la société luxembourgeoise générant ainsi une double inclusion. Le Conseil d'État se réfère à cet égard aux exemples mis en avant par la Chambre de commerce dans son avis du 7 octobre 2019.

Sur base de ce qui précède et afin d'éviter une double imposition contraire à l'esprit de la directive (UE) 2017/952, le Conseil d'État comprend que la disposition sous rubrique est à interpréter, en ligne avec les principes posés par le rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE, dans le sens que l'asymétrie se produit entre les deux juridictions qui incluent effectivement le même revenu, donc, pour reprendre l'exemple ci-dessus, entre la filiale européenne et les États-Unis. Par conséquent, et comme mentionné ci-dessus, les intérêts de 90 payés par la société luxembourgeoise restent déductibles, dans la mesure où il y a une double inclusion du revenu de 150. Si ceci ne correspond pas à l'intention des auteurs du projet de loi, le Conseil d'État invite ces derniers à l'exprimer clairement dans le corps de la loi.

Le Conseil d'État comprend que pour la définition du concept de « revenu soumis à double inclusion », il n'est pas pertinent que le revenu ouvre droit à un allègement fiscal ; il suffit qu'il y ait inclusion indépendamment du taux d'imposition auquel le revenu sera finalement soumis.

Ad numéro 10

Il ressort des commentaires sur cette disposition que, par la définition de l'« organisme hybride », les auteurs du projet de loi sous examen entendent transposer l'expression « entité hybride », telle que définie par la directive (UE) 2017/952. L'expression « organisme » est, quant à elle, définie à l'alinéa 1^{er}, numéro 2 du texte en projet (voir ci-dessus les observations du Conseil d'État sur cette disposition).

L'expression « personne » utilisée dans le texte de la directive (UE) 2017/952 – qui fait l'objet d'une définition spécifique, à savoir « une personne physique ou une entité » – a été remplacée par l'expression « personnes physiques ou organismes ». Cette expression choisie par les auteurs du projet de loi rencontre l'esprit de la directive et ne suscite pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Ad numéros 11 et 12

Sans observation.

Ad numéro 13

La disposition sous examen vise à transposer la définition donnée par la directive (UE) 2017/952 du concept de « transfert hybride ».

Un transfert hybride désigne tout dispositif permettant de transférer un instrument financier lorsque le rendement sous-jacent de l'instrument financier transféré est considéré à des fins fiscales comme obtenu simultanément par plusieurs des parties à ce dispositif. Comme le précisent les commentaires y relatifs dans le texte en projet, sont notamment visées les opérations de mise en pension (opération de vente avec rachat) ou de prêts de titres lorsque le cédant demeure concerné par les rendements financiers générés par l'instrument financier transféré.

Dans la mesure où le considérant 28 de la directive (UE) 2017/952 invite les États membres à utiliser les explications et les exemples applicables figurant dans le rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE comme source d'illustration ou d'interprétation, le Conseil d'État comprend que les précisions supplémentaires apportées par ledit rapport peuvent être utilisées pour illustrer le concept sous rubrique. Ainsi, en ce qui concerne les opérations de mise en pension, le paragraphe 74 apporte les explications suivantes : « Dans le cas d'une mise en pension qui constitue également un transfert hybride, le cédant est soumis à l'impôt au titre du dispositif conformément à la substance de celui-ci, de telle sorte que le transfert sous-jacent est ignoré aux fins fiscales et que les paiements effectués dans le cadre du transfert hybride sont assimilés à des paiements effectués au titre d'un instrument financier, tandis que le cessionnaire respecte en règle générale l'accord conclu entre les parties et traite le transfert hybride comme une vente d'actif. » En ce qui concerne les opérations de prêt de titres, et par référence aux exemples 1.32 à 1.34 et 2.2, le paragraphe 75 énonce que : « Lors de ces transactions, le cessionnaire (l'emprunteur aux fins du dispositif) s'engage à restituer les titres transférés (ou leur équivalent) ainsi que tout dividende ou intérêt perçu en lien avec ces titres pendant la durée du prêt. La juridiction du cédant soumet le dispositif à l'impôt conformément à sa substance, ignorant le transfert et traitant

le cédant comme s'il détenait toujours les titres sous-jacents, tandis que la juridiction du cessionnaire traite le transfert conformément à la forme qu'il revêt et considère le dispositif, aux fins fiscales, comme un achat et une vente de titres. »

Ad numéros 14 et 15

Sans observation.

Ad numéro 16

La disposition sous examen reprend la définition donnée par la directive (UE) 2017/952 du concept de « dispositif structuré », à savoir : « un dispositif utilisant un dispositif hybride et dont les termes intègrent la valorisation de l'effet d'asymétrie ou un dispositif qui a été conçu en vue de générer l'effet d'un dispositif hybride, à moins que l'on ne puisse pas raisonnablement attendre du contribuable ou d'une entreprise associée qu'il/elle soit informé(e) de l'existence du dispositif hybride, et qu'il/elle n'ait pas bénéficié de l'avantage fiscal découlant de ce dispositif ».

Si le libellé de la disposition reprend fidèlement le texte de la directive (UE) 2017/952, le Conseil d'État note cependant que cette définition ne fait pas l'objet d'explications plus détaillées dans les commentaires et qu'aucun renvoi n'est fait à ce sujet aux recommandations formulées dans le rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE. Or, certains concepts méritent quelques explications supplémentaires.

Ainsi, il s'avère opportun de définir ce qu'il faut entendre par « dispositif ». À cet effet, il pourrait être renvoyé au paragraphe 322 du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE, qui énonce que : « La définition d'un dispositif englobera un certain nombre de dispositifs distincts qui font tous partie du même plan ou du même accord, et inclura l'ensemble des mesures et des transactions qui donnent effet à ce plan ou à cet accord. Pour déterminer si “ les termes et le prix reflètent la prise en compte de l'effet du dispositif hybride ” ou si, au regard des faits et circonstances, “ [le dispositif] a été conçu en vue de générer une asymétrie fiscale ”, les contribuables et les administrations fiscales doivent examiner le dispositif dans son ensemble, et pas seulement la transaction qui donne lieu à des résultats fiscaux asymétriques. »

Ensuite, pour déterminer si les termes du dispositif intègrent la valorisation de l'effet d'asymétrie, le paragraphe 323 précise que : « Le test se fonde sur les termes effectifs du dispositif car ils influent sur son rendement, ainsi que sur les accords passés entre les parties, pour déterminer si le prix de la transaction diffère de ce qui aurait été convenu si l'asymétrie ne s'était pas produite. Il s'agit d'un test juridique et factuel qui étudie uniquement les termes du dispositif et la répartition correspondante des risques et du rendement, sans tenir compte de facteurs plus généraux tels que la relation entre les parties ou les circonstances dans lesquelles le dispositif a été conclu. » À ce titre, il est renvoyé à l'exemple 10.1 dans lequel le rendement sur un prêt accordé par la société résidente du pays A est considéré comme un dividende exonéré, alors que le pays de résidence de l'emprunteur (pays B) considère que les paiements constituent des intérêts déductibles. Les règles concernant les instruments financiers hybrides ne s'appliquent pas, dans la mesure où les deux sociétés ne sont pas des entreprises associées. Par contre, les deux sociétés sont parties à un dispositif structuré, dans la mesure où la société B bénéficie de l'avantage découlant de ce dispositif à travers une réduction du taux d'intérêt accordé par la société résidente du pays A. L'avantage fiscal dont bénéficie le prêteur a été pris en compte dans les termes de l'instrument financier (réduction du taux de marché qui aurait normalement été applicable au prêt).

Pour déterminer si un dispositif peut être considéré comme « conçu en vue de générer une asymétrie fiscale », il y a lieu d'examiner « la relation entre les parties, les circonstances dans lesquelles le dispositif a été conclu, les mesures et les transactions engagées pour que le dispositif prenne effet, les termes du dispositif proprement dit, et les avantages économiques et commerciaux procurés par la transaction » (paragraphe 326). Une liste de facteurs, qui ne sont ni exclusifs ni exhaustifs, signalant l'existence d'un dispositif structuré est dressée à la recommandation 10.2.

Le Conseil d'État relève également que le paragraphe 320 du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE précise que : « La définition d'un dispositif structuré ne s'applique pas à un contribuable qui n'est pas partie au dispositif. Une personne sera partie à un dispositif si elle s'est suffisamment impliquée dans sa conception pour comprendre comment il est structuré et quels peuvent en être les effets fiscaux. Une personne ne sera pas partie à un dispositif structuré si cette personne (ou tout membre du groupe sous contrôle) n'en bénéficie pas et si on ne pouvait pas attendre raisonnablement d'elle qu'elle soit informée de l'asymétrie générée par le dispositif structuré. »

Le libellé de la définition du concept de « dispositif structuré » semble combiner deux éléments de la recommandation 10 du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE. Le point 1 de la recommandation 10 donne une définition générale (« Un dispositif structuré désigne tout dispositif dont les termes et le prix reflètent la prise en compte de l'effet du dispositif hybride ou qui, au regard des faits et circonstances qui lui sont propres (y compris les termes du dispositif), a été conçu en vue de générer une asymétrie fiscale. »), tandis que le point 3 détaille les circonstances dans lesquelles un contribuable n'est pas partie à un dispositif structuré (« Un contribuable ne sera pas considéré comme partie à un dispositif structuré si on ne peut pas raisonnablement attendre de ce contribuable ou d'un membre du même groupe sous contrôle commun qu'il soit informé de l'existence de l'asymétrie et s'il n'a pas bénéficié de l'avantage fiscal généré par cette asymétrie. »).

Des considérations qui précèdent, le Conseil d'État aboutit à la conclusion qu'il y aura un dispositif structuré dès lors qu'on est en présence d'un « dispositif utilisant un dispositif hybride et dont les termes intègrent la valorisation de l'effet d'asymétrie ou un dispositif qui a été conçu en vue de générer l'effet d'un dispositif hybride ». Cependant, les mesures anti-hybrides de l'article 168^{ter} LIR en projet ne s'appliqueront pas :

- lorsqu'on ne peut pas « raisonnablement attendre du contribuable ou d'une entreprise associée qu'il/elle soit informé(e) de l'existence du dispositif hybride » – le Conseil d'État renvoie à ce sujet à ses observations en matière de preuve, ad alinéa 6 –, et
- lorsqu'il/elle n'a pas « bénéficié de l'avantage fiscal découlant de ce dispositif », c'est-à-dire que l'avantage fiscal a été répercuté d'une manière ou d'une autre sur le contribuable, par exemple par le biais d'une réduction du taux d'intérêt.

Ainsi, si une société luxembourgeoise émet par exemple un instrument financier sur le marché, sans connaître au moment de l'émission de cet instrument quels seront les souscripteurs et sans avoir délibérément élaboré les termes de cet instrument financier en vue de démarcher activement des investisseurs pour lesquels cet instrument sera à l'origine d'un dispositif hybride, il ne saurait, aux yeux du Conseil d'État, être question d'un dispositif structuré.

En conséquence, le Conseil d'État comprend que les explications et exemples, notamment ceux repris sous la recommandation 10.2. du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE, serviront de base pour apprécier l'existence d'un éventuel dispositif structuré.

Si tel n'est pas l'avis et l'intention des auteurs du texte, le Conseil d'État invite ces derniers à l'exprimer dans le corps de la loi en projet.

Ad numéro 17

Le texte en projet entend introduire une définition autonome du concept d'« entreprise associée », dans la mesure où elle diffère à plusieurs égards de la définition de ce concept qui est actuellement codifiée à l'article 164^{ter} LIR (disposition relative aux sociétés étrangères contrôlées). La définition proposée n'aura donc vocation à s'appliquer que dans le contexte du nouvel article 168^{ter} LIR en projet ; la définition de l'article 164^{ter} LIR restant d'application pour l'application dudit article, tout comme pour l'application de l'article 168^{bis} LIR (limitation de la déductibilité des intérêts).

Les principales différences de la définition de la directive (UE) 2017/952 avec celle de la directive (UE) 2016/1164 ont trait aux seuils de détention et à leur application en cas d'action conjointe.

En ce qui concerne les seuils de détention, ils sont relevés de 25 % à 50 % ou plus. Par exception, pour les besoins de l'application des règles relatives aux dispositifs hybrides impliquant un paiement effectué au titre d'un instrument financier, le seuil de détention est ramené à 25 %.

Le Conseil d'État constate l'absence d'explications quant au concept d'« influence notable sur la gestion ». En effet, il se demande sur base de quels critères il est prévu d'apprécier l'existence ou non d'une influence notable : est-ce qu'une présence dans l'organe décisionnel du contribuable ou de l'entreprise (p.ex. dans le conseil d'administration) est suffisante ou bien le contribuable ou l'entreprise doivent-ils avoir un poste lui conférant la gestion au quotidien (administrateur-délégué) ? Doit-il disposer du pouvoir de signature ; seul ou le cas échéant avec d'autres ? Étant donné que le concept d'entreprise associée est un concept fondamental conditionnant dans la très grande majorité des cas l'application des règles anti-hybrides, le Conseil d'État demande aux auteurs du projet de loi sous examen d'inclure des critères permettant d'établir l'existence de l'influence notable au sens de la disposition sous rubrique.

Le texte en projet introduit également le concept d'« action commune ». En vertu de ce principe, les droits de vote ou la propriété du capital d'un organisme sont agrégés aux fins de l'application des seuils prévus par le même texte en projet en ce qui concerne les personnes physiques ou organismes qui agissent conjointement, chaque personne physique ou organisme étant ainsi considéré comme détenant une participation dans l'ensemble des droits de vote ou des capitaux de cet organisme qui sont détenus par une autre personne physique ou organisme. Par référence au rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE, les auteurs expliquent que ce concept a pour objectif d'empêcher les contribuables de se soustraire au test fondé sur les parties liées en transférant leurs droits de vote ou leurs participations à une autre personne qui continue d'agir sous leur direction en ce qui concerne ces droits de vote ou participations.

Si les auteurs du projet de loi n'ont pas inclus de détails permettant de conclure à l'existence d'une action commune (définition positive), ils ont en revanche inséré dans le texte en projet un cas de figure qui est considéré comme non constitutif d'une action commune (définition négative). En effet, le texte en projet retient qu'un investisseur détenant, directement ou indirectement, moins de 10 % des titres ou des parts dans un fonds d'investissement ainsi que moins de 10 % des droits de participation aux bénéfices de ce fonds d'investissement, ne devrait, sauf preuve contraire, pas être considéré comme agissant conjointement avec une autre personne physique ou un autre organisme détenant des titres ou des parts dans ce même fonds d'investissement. De l'avis des auteurs du projet, cette exception se justifie par le fait que les investisseurs dans un fonds d'investissement n'ont en principe pas de contrôle effectif sur les investissements effectués par ce fonds.

Le concept de l'action commune dans un contexte de fonds d'investissements est susceptible de générer de nombreux problèmes, notamment pour les fonds d'investissement comptant un nombre important d'investisseurs. Les gestionnaires de ces fonds devront effectuer des diligences et démarches conséquentes en termes d'identification et d'obtention des informations concernant les attributs fiscaux des investisseurs (notamment en présence d'investisseurs opérant à travers des véhicules intermédiaires pour investir dans le fonds).

Dès lors, le Conseil d'État ne s'oppose pas à la dérogation proposée par les auteurs du projet de loi, dans la mesure où elle reste en ligne avec l'esprit de la directive (UE) 2017/952.

Le Conseil d'État déduit de la règle dérogatoire susmentionnée que les personnes physiques ou organismes tombant en dehors de la règle dérogatoire du fait qu'ils atteignent ou dépassent le seuil de 10 %, ne seront pas automatiquement des « entreprises associées ». En effet, il n'en sera ainsi que si l'application du principe de l'action commune entraîne, du fait de l'agrégation des droits de vote ou de la propriété du capital des personnes physiques ou organismes tombant en dehors de la règle dérogatoire, le dépassement du seuil de 50 % (ou de 25 % en cas d'application des règles relatives aux dispositifs hybrides impliquant un paiement effectué au titre d'un instrument financier). Prenons l'exemple d'une société en commandite simple, dont les parts et droits aux bénéfices sont détenus par onze associés, dont dix détiennent chacun 8 % des parts et droits aux bénéfices, et un détient 20 % des parts et droits aux bénéfices. Sur la base de la règle dérogatoire, il y a un seul associé excédant le seuil de 10 %. En l'absence de tout autre associé tombant sous la règle générale, il n'y a donc pas de cumul des titres ou parts, droits aux bénéfices ou droits de vote. L'associé concerné est donc, du fait de sa participation de 20 % dans le fonds de placement, en dessous des seuils fixés par l'alinéa 1^{er}, lettres a) à d), de la disposition sous rubrique et n'est donc pas à considérer comme entreprise associée.

En dernier lieu, de la compréhension du Conseil d'État, et contrairement au principe posé par l'alinéa 6 de l'article 168^{ter} LIR en projet que le contribuable doit fournir la preuve de la non-application des dispositions anti-hybrides prévues par l'article en question, la charge de la preuve de la non-application de la règle dérogatoire est dévolue à l'administration fiscale. Il appartiendra donc à l'administration fiscale de prouver que les conditions pour bénéficier de la règle dérogatoire ne sont pas remplies (à l'exclusion de la preuve du seuil de détention en dehors de 10 % qui est à charge du contribuable).

Paragraphe 2

La disposition sous examen vise à limiter la portée de la définition des dispositifs hybrides à des cas de figure précis. Conformément à la directive (UE) 2017/952 en effet, les dispositions anti-hybrides du texte en projet s'appliqueront uniquement lorsqu'un effet d'asymétrie survient :

- entre entreprises associées telles que définies au numéro 17 de l'alinéa 1^{er} de l'article 168^{ter}LIR en projet ;

- entre le contribuable et une entreprise associée suivant définition susmentionnée ;
- entre le siège et son établissement stable ;
- entre deux ou plusieurs établissements stables du même organisme ; ou
- dans le cadre d'un dispositif structuré.

Cette disposition n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Paragraphe 3

Cette disposition vise à transposer les mesures prévues par la directive (UE) 2017/952 en vue de parer aux différents effets d'asymétrie identifiés par celle-ci.

Ad numéro 1

Les dispositions du numéro 1 sous examen ont pour objectif de déterminer les mesures à prendre lorsqu'un paiement, une dépense ou une perte en relation avec un dispositif hybride entraînent une double déduction. Ces mesures se subdivisent en une règle primaire, qui fait l'objet de la lettre a), et une règle secondaire, reprise sous la lettre b).

En vertu de la règle primaire, le paiement, les dépenses ou les pertes découlant d'un dispositif hybride et entraînant une double déduction, ne sont pas déductibles auprès du contribuable qui est l'investisseur. Au cas où la juridiction de l'investisseur n'appliquerait pas une telle mesure corrective (ce qui pourrait être le cas, comme relevé dans les commentaires du texte en projet, lorsque cette juridiction n'est pas un État membre de l'Union européenne ou lorsqu'elle n'a pas mis en place une législation équivalente aux recommandations du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE), la règle secondaire viendra s'appliquer. En vertu de cette dernière règle, il appartiendra à la juridiction du payeur de refuser la déduction de ce paiement, des dépenses ou des pertes. Tel qu'il ressort des commentaires relatifs à l'alinéa 2, numéro 5, le Conseil d'État comprend que la « perte » désigne une moins-value et non pas des pertes fiscales reportables.

Le texte sous examen prévoit une limitation des règles, ci-dessus exposées, en application de laquelle un paiement, une dépense ou une perte reste déductible d'un revenu soumis à double inclusion de l'exercice d'exploitation en cours. Il prévoit en outre un report des paiements, dépenses ou pertes qui n'ont pas pu être déduits au cours de l'exercice d'exploitation en cours, pour qu'ils soient déduits d'un revenu soumis à double inclusion au cours d'un exercice d'exploitation. Le Conseil d'État note que la formulation retenue par les auteurs du projet de loi paraît plus restrictive que la disposition correspondante de la directive (UE) 2017/952. En effet, l'article 9, alinéa 1^{er}, de cette directive prévoit que « toute déduction de ce type est susceptible d'être imputée sur un revenu soumis à double inclusion, qu'il soit pris en compte durant la période en cours ou durant une période d'imposition ultérieure ». Le texte de la directive ne semble donc pas limiter la déduction des paiements, dépenses ou pertes d'un exercice d'exploitation au montant du revenu soumis à double inclusion du même exercice et admet par ailleurs une déduction d'un éventuel solde de ces paiements, dépenses ou pertes d'un revenu soumis à double inclusion d'un exercice ultérieur.

Le libellé du texte en projet crée ainsi une distorsion temporelle qui peut être illustrée comme suit : Une société luxembourgeoise établit durant l'année N une succursale dans le pays A, dont l'activité consiste à procurer des financements à des sociétés appartenant au même groupe que la société luxembourgeoise. Au cours de l'année N, la succursale contracte un emprunt auprès d'une banque et paie des intérêts à cette dernière pour un montant de 100. Les contrats de prêt avec les autres sociétés du groupe n'ayant cependant pas encore été mis en place, la succursale ne génère pas de revenus au cours de l'année N. Durant l'année N+1, la succursale génère des revenus de 300 et paie des intérêts de 150. D'un point de vue fiscal luxembourgeois, la succursale ne remplit pas les critères requis pour la qualifier d'établissement stable, de sorte que les revenus et dépenses de cette succursale sont à prendre en compte dans la base imposable de la société luxembourgeoise. Le pays A, par contre, reconnaît l'existence d'un établissement stable et soumet les revenus et dépenses de la succursale à imposition. Au cours de l'année N, les intérêts de 100 payés par la succursale de la société luxembourgeoise font l'objet d'une double déduction (déduction au Luxembourg et dans le pays A). En vertu du libellé du paragraphe 3, numéro 1 sous rubrique, dans la mesure où durant l'année N il n'y a pas de revenu soumis à double inclusion, le Luxembourg devra refuser la déduction des intérêts de 100. En partant par exemple d'un revenu imposable de -10 avant l'ajustement susmentionné, la société luxembourgeoise se retrouvera avec une base imposable de 90, soumise à l'impôt au taux de 24,94 %, soit une charge fiscale de

22,45 %. Durant l'année N+1, la succursale génère un revenu de 300 et subit des dépenses de 150. Du fait de la non-reconnaissance par le Luxembourg d'un établissement stable dans le pays A, le revenu de 300 sera un revenu soumis à double inclusion (dans le pays A et au Luxembourg), tout comme les dépenses de 150 seront des dépenses soumises à double déduction (pareillement dans le pays A et au Luxembourg). En outre, la société luxembourgeoise dispose d'un report de dépenses soumises à double déduction de l'année N de 100. Les dépenses soumises à double déduction de l'année N et de l'année N+1 peuvent être déduites dans leur entièreté, dans la mesure où le revenu soumis à double inclusion est supérieur. En partant à nouveau d'un revenu imposable pour l'année N+1 de -10 avant ajustement, ce dernier sera réduit des dépenses non déduites de 100 durant l'année N, pour aboutir ainsi à -110. Au 1^{er} janvier de l'année N+2, la société luxembourgeoise et la succursale sont liquidées.

En appliquant le libellé de l'article 9, alinéa 1^{er}, de la directive (UE) 2017/952 – à savoir une imputation de la dépense soumise à double déduction sur un revenu soumis à double inclusion pris en compte durant la période en cours ou durant une période d'imposition ultérieure –, la société luxembourgeoise n'aurait pas subi d'ajustement durant l'année N (le revenu imposable serait donc maintenu à -10), ni durant l'année N+1, l'intégralité des dépenses soumises à double déduction de l'année N+1 étant compensée par des revenus soumis à double inclusion (de 200, dans la mesure où 100 des 300 ont compensé les dépenses soumises à double déduction de l'année N).

L'exemple ci-dessus démontre dès lors que le libellé du texte en projet donne lieu à une charge fiscale de 22,45 %, alors qu'en suivant le libellé de la directive (UE) 2017/952, aucun impôt ne serait dû.

Il y a cependant lieu de tempérer l'exemple ci-dessus, dans la mesure où il n'y aura pas création d'une charge fiscale plus lourde, sur base du libellé du texte en projet, dans tous les cas de figure. En effet, sur une période de référence plus longue, le libellé du texte en projet peut également aboutir à une simple répartition temporelle différente de la (même) charge fiscale.

Ainsi, un possible impact de la différence dans le libellé aura notamment vocation à apparaître en cas de liquidation d'une société luxembourgeoise ou en cas de variation du taux d'imposition (p. ex. réduction du taux d'imposition à partir de l'année d'imposition suivant celle ayant donné lieu à imposition du fait de la limitation de la déduction des dépenses soumises à double déduction au montant du revenu soumis à double inclusion de la même année d'imposition).

Le texte sous examen instaure ainsi un système de report des déductions concernées qui n'est, en tant que tel, pas prévu par la directive (UE) 2017/952 et qui, comme le démontre l'exemple ci-dessus, est susceptible de créer des situations qui semblent aller au-delà de ce que la Directive exige. Même si le paragraphe 118 du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE prévoit un tel mécanisme de report¹⁰, le Conseil d'État renvoie aux observations de la Chambre de commerce formulées dans son avis du 27 septembre 2019 et demande aux auteurs du projet de loi un alignement sur le texte de la directive (UE) 2017/952 en modifiant la disposition sous examen comme suit¹¹ : « Toutefois, de tels paiements, dépenses ou pertes restent déductibles d'un revenu soumis à double inclusion, qu'il soit pris en compte durant l'exercice d'exploitation en cours ou durant un exercice d'exploitation ultérieur. »

Le Conseil d'État note aussi qu'il va de soi qu'une déduction ne peut avoir lieu qu'à concurrence du montant du revenu soumis à double inclusion pour lequel il est raisonnable de penser qu'il y aura une prise en compte durant un exercice d'exploitation ultérieur. Pour le surplus éventuel, même si cela n'est pas prévu en tant que tel par la directive (UE) 2017/952, il pourrait être envisagé de maintenir un système de report limité dans le temps, tel que prévu par le libellé actuel de la disposition sous examen. Comme le paragraphe 118 précité se réfère « aux règles normalement applicables aux pertes nettes », la limite pourrait être fixée à dix-sept ans en ligne avec les dispositions applicables en matière de report de pertes suivant l'article 114 LIR. La possibilité d'un tel report pourrait être prévue par

10 « Les déductions excédentaires visées par une limitation dans la juridiction du payeur en vertu de la règle relative aux paiements hybrides non pris en compte peuvent être reportées sur un autre exercice, conformément aux règles normalement applicables aux pertes nettes, pour y être imputées à un revenu soumis à une double inclusion ».

11 À titre d'exemple, en France, le projet de loi de finances pour 2020, qui transpose les dispositions de la directive (UE) 2017/952 dans le code général des impôts français, propose le libellé suivant (article 13 (44)) : « Ces dispositions ne sont pas applicables lorsque la double déduction concerne un revenu soumis à double inclusion au titre du même exercice ou au titre d'un exercice qui commence dans les vingt-quatre mois suivant la fin de l'exercice au titre duquel la charge a été initialement déduite. »

l'insertion, à la suite du paragraphe 2 du numéro 1 de l'alinéa 3 sous rubrique, de la phrase suivante :

« Les paiements, dépenses ou pertes qui n'ont pas pu être déduits en vertu de la phrase précédente restent déductibles d'un revenu soumis à double inclusion au cours des dix-sept exercices d'exploitation suivants. »

Le Conseil d'État réitère ici également ses observations concernant le concept de « revenu soumis à double inclusion ». Ainsi, lorsqu'un paiement, une dépense ou une perte fait l'objet d'une inclusion – en vertu de règles nationales telles que les règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées ou tout autre règle ayant pour effet une inclusion en temps réel dans la base imposable du contribuable des bénéficiaires réalisés par une entreprise associée située à un niveau inférieur de la chaîne de détention – dans la juridiction d'une entreprise associée, même lorsque cette dernière n'est pas la juridiction où survient l'effet d'asymétrie, celui-ci devrait être considéré comme un revenu soumis à double inclusion pour les besoins de l'application de la limitation des règles de non-déduction.

Ad numéro 2

Le numéro 2 de la disposition sous examen a pour objectif de lutter contre les dispositifs hybrides engendrant une déduction sans inclusion. Les mesures prévues se subdivisent à nouveau en une règle primaire et une règle secondaire.

La règle primaire prévoit le refus de la déduction du paiement auprès du contribuable qui est le payeur, lorsque ce paiement génère un effet de déduction sans inclusion. Si la juridiction du payeur ne refuse pas la déduction dans un tel cas de figure, la règle secondaire vient à s'appliquer : dans ce cas, le produit correspondant est à inclure, donc à prendre en compte dans le total des revenus nets, auprès du contribuable qui est le bénéficiaire luxembourgeois.

Les commentaires relatifs à cette disposition précisent que la règle secondaire ne s'applique pas, lorsque l'asymétrie est neutralisée par l'application des dispositions de l'article 166, alinéa *2bis*, LIR. Cette dernière disposition prévoit, entre autres, que les revenus d'une participation ne bénéficient pas de l'exonération prévue par l'alinéa 1^{er} du même article, lorsque ces mêmes revenus sont déductibles dans l'État membre du payeur. Le Conseil d'État constate que la formulation choisie ne reflète pas correctement la primauté de l'article 166, alinéa *2bis*, LIR par rapport à la règle secondaire analysée. En effet, l'expression « sans préjudice de l'article 166, alinéa *2bis* » signifie, d'après le Guide de légistique pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires¹², que « la règle qui va être énoncée est sans incidence sur l'application d'une autre règle qu'on entend précisément ne pas écarter et qui pourra s'appliquer également ». Cette expression entraîne donc un cumul des deux règles, alors que l'intention ici est d'écarter une règle au profit de l'autre. La formule « sous réserve » est par conséquent plus appropriée dans le cas d'espèce, dans la mesure où cette locution indique « l'ordre de prééminence entre deux dispositions en conflit, soit qu'elles appartiennent à deux textes différents, soit qu'elles se situent à l'intérieur d'un même texte : la disposition ne joue que lorsque le texte réservé ne trouve pas à s'appliquer »¹³. Le Conseil d'État demande dès lors aux auteurs du projet de loi, sous peine d'opposition formelle pour contrariété avec la directive, de modifier la disposition sous examen comme suit :

« b) lorsque le paiement est déductible dans la juridiction du payeur, le produit ou la recette correspondant qui, autrement, donnerait lieu à un effet d'asymétrie est pris en compte dans le total des revenus nets du contribuable qui est le bénéficiaire sous réserve de l'article 166, alinéa *2bis* ».

Il y a lieu de noter que, dans la mesure où la non-application de l'exonération n'est susceptible de s'appliquer que pour des revenus en provenance d'un État membre, les revenus provenant d'une participation, remplissant par ailleurs toutes les conditions prévues par l'article 166 LIR pour pouvoir bénéficier de l'exonération y prévue, dans une société résidente d'un État tiers et qui donnent lieu à une déduction sans inclusion, auront vocation à tomber sous l'application de la règle secondaire en projet.

12 Cf. M. Besch, « Normes et légistique en droit public luxembourgeois », Windhof, Promoculture Larcier, 2019, p. 436, n° 552. Adde : « Guide de légistique pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires », Secrétariat général du Gouvernement et Conseil d'État, France, éd. 2018, p. 302.

13 Guide de légistique, op. cit., p. 303.

À l'inverse, si le Luxembourg est la juridiction du payeur, et que le bénéficiaire est une entité résidente d'un État membre et bénéficiant des dispositions de la directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, telle que transposée en droit national, le Luxembourg n'aura pas à appliquer la règle primaire. En effet, le considérant 30 de la directive (UE) 2017/952 précise que « [l]orsque les dispositions d'une autre directive, comme celles de la directive 2011/96/UE du Conseil, permettent de neutraliser l'asymétrie dans les conséquences fiscales, les règles relatives aux dispositifs hybrides prévues par la présente directive ne devraient pas s'appliquer ». Il appartiendra dans ce cas à l'État membre du bénéficiaire de prendre en compte le paiement dans la base de calcul du revenu imposable du bénéficiaire. Il y a lieu de noter à nouveau que la non-application de la règle primaire ne vaut que pour un revenu tombant sous l'application de la directive 2011/96/UE précitée.

Le Conseil d'État note que, contrairement aux dispositions applicables en cas de double déduction, le texte en projet relatif aux mesures applicables en cas de déduction sans inclusion vise uniquement les « paiements » effectués. Il renvoie à ses observations ci-dessus au sujet du point 3, numéro 2, concernant l'interprétation du concept de « paiement ». Il comprend que, dans le contexte de l'article 168ter, alinéa 3, numéro 2, LIR, le refus de la déduction se rapporte à une déduction qui aurait autrement été permise au contribuable, en application de la loi concernant l'impôt sur le revenu et pour autant que les critères de qualification en « paiement » sont remplis.

Par ailleurs, le Conseil d'État constate que les auteurs du projet de loi ont entendu exercer l'option offerte par la directive (UE) 2017/952 de restreindre l'application de la règle secondaire à certains cas de figure. Ainsi, le Luxembourg n'appliquera pas la règle secondaire – inclusion d'un paiement qui a bénéficié d'une déduction dans la juridiction du payeur – en présence des dispositifs hybrides qui sont la conséquence de différences dans l'attribution des paiements effectués à une entité hybride (alinéa 2, lettre b)) ou à un établissement stable (alinéa 2, lettre c)), y compris du fait de paiements à un établissement stable non pris en compte (alinéa 2, lettre d)), et ceux qui résultent de paiements réputés effectués entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus (alinéa 2, lettre f)).

En outre, le Conseil d'État prend acte de ce que les auteurs du projet de loi sous examen ont opté, conformément à la possibilité offerte par la directive (UE) 2017/952, d'exclure du champ d'application des règles relatives à la déduction sans inclusion les instruments financiers intragroupes émis dans le but de satisfaire aux exigences de l'émetteur en matière de capacité d'absorption des pertes. Le texte en projet énumère les différents cas de figure qui engendrent la non-application – jusqu'au 31 décembre 2022 – des règles susmentionnées. Néanmoins, les contribuables ayant un exercice d'exploitation qui ne coïncide pas avec l'année civile, en cas de modification ultérieure de la date limite d'application de la disposition sous examen, risquent, au titre de l'année d'imposition 2023, de voir leur exercice d'exploitation soumis pour partie aux règles primaires et secondaires. Pour des raisons de simplification, le Conseil d'État recommande de faire coïncider, selon la formulation suivante, la date limite d'application avec l'année d'imposition 2022 :

« Sont exclus du champ d'application des lettres a) et b) du présent numéro 2, jusqu'à l'année d'imposition 2022 inclusivement, les dispositifs hybrides [...] ».

Plus fondamentalement et pour des raisons de cohérence et de continuité dans l'application des lois, le Conseil d'État considère que, si les dérogations devaient être reconduites après la date du 31 décembre 2022, cette reconduction devrait s'appliquer à compter de l'année d'imposition 2023.

Ad numéro 3

La disposition sous examen décrit les mesures à appliquer en présence de dispositifs structurés ou de dispositifs conclus entre des entreprises associées qui permettent de transférer vers le Luxembourg l'effet d'un dispositif hybride conclu à l'étranger. À cet égard, la déduction pour tout paiement effectué par un contribuable sera refusée, dans la mesure où ce paiement finance directement ou indirectement une dépense déductible donnant lieu à une double déduction ou une déduction sans inclusion entre deux États qui n'ont pas de règles sur les dispositifs hybrides ou qui ont des règles à portée différente, lorsque ce paiement est effectué dans le cadre d'un dispositif structuré ou d'une transaction ou d'une série de transactions conclues entre entreprises associées (dispositif hybride importé).

Le Conseil d'État note que ni la directive (UE) 2017/952 ni les commentaires sur la disposition sous examen n'apportent de précisions quant au concept de « dispositif hybride importé ». Il y a par conséquent lieu de se reporter au rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE, plus précisément

au chapitre 8 de la partie I. Il ressort ainsi du paragraphe 241 dudit rapport que la règle applicable aux dispositifs hybrides importés repose sur trois éléments, à savoir :

- l'existence d'un paiement déductible effectué par un contribuable soumis aux règles applicables aux dispositifs hybrides importés et inclus dans le revenu ordinaire selon les lois de la juridiction du bénéficiaire (« paiement générant une asymétrie importée », au sujet duquel il est précisé au paragraphe 242 que : « La définition de la notion de paiement utilisée dans la règle applicable aux dispositifs hybrides importés est la même que celle employée pour les autres recommandations. Elle est généralement suffisamment large pour permettre d'appréhender tout transfert de valeur d'une personne à une autre, mais elle ne recouvre pas les paiements réputés avoir été effectués uniquement à des fins fiscales et qui ne supposent pas un transfert des droits économiques entre les parties. Un paiement n'est considéré comme un paiement générant une asymétrie importée que s'il est déductible selon les lois de la juridiction du payeur et génère en même temps un revenu ordinaire selon les lois de la juridiction du bénéficiaire. ») ;
- l'existence d'un paiement déductible effectué par une personne non soumise aux règles applicables aux dispositifs hybrides qui génère une asymétrie hybride ; et
- l'existence d'un lien entre le paiement générant une asymétrie directement importée et la déduction hybride faisant apparaître comment le paiement générant une asymétrie importée a été compensé (directement ou indirectement) par cette déduction hybride. Le paragraphe 244 du rapport précité énonce que : « L'exercice de suivi devient toutefois plus complexe lorsque le paiement générant une asymétrie hybride importée doit être retracé à travers toute une série de paiements imposables ou compensés en vertu d'un régime de groupe afin de déterminer si ce paiement générant une asymétrie importée a été indirectement compensé par une déduction hybride en application de la règle applicable aux dispositifs hybrides importés indirects. ».

Le Conseil d'État constate que les commentaires sur le texte en projet restent silencieux quant aux démarches qui incomberaient au contribuable concerné pour s'assurer que le paiement qu'il effectue ne finance pas des dépenses déductibles donnant lieu à un dispositif hybride dans le cadre d'une transaction ou d'une série de transactions conclues entre des entreprises associées ou dans le cadre d'un dispositif structuré. À cet égard, le Conseil d'État renvoie au paragraphe 343 du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE qui précise, en ce qui concerne le test permettant de déterminer si une personne est partie à un dispositif structuré, que « le test fondé sur la connaissance est un test objectif basé sur les informations accessibles au contribuable et ne devrait pas le contraindre à soumettre une transaction commerciale à des procédures de diligence raisonnable qui excéderaient ce qu'on peut attendre d'une personne prudente et raisonnable ».

En ce qui concerne la détermination d'un éventuel dispositif hybride importé, il est recommandé au paragraphe 245 du rapport précité que « les pays appliquant les règles relatives aux dispositifs hybrides importés devraient toutefois adopter une approche uniforme claire, facile à gérer et à appliquer et propre à prévenir tout risque de double imposition ». Dans le contexte des fonds d'investissement notamment, il sera souvent difficile pour une société luxembourgeoise détenue par un fonds d'obtenir des informations sur la possible existence d'un effet d'asymétrie dans le cadre d'une structure, utilisant souvent plusieurs entités intermédiaires, employée par un investisseur pour effectuer son investissement dans ledit fonds.

Le Conseil d'État considère qu'il est impératif de cerner, avec plus de précision, les diligences raisonnablement attendues.

Le texte en projet précise également que les paiements en cause restent déductibles dans la mesure où l'une des juridictions concernées par la transaction ou les séries de transactions a procédé à un ajustement équivalent au sujet de ce dispositif hybride. À cet égard, le Conseil d'État demande aux auteurs du projet de loi de préciser qu'une inclusion, par une des juridictions au titre de ses règles SEC ou de tout autre régime ayant pour effet une inclusion en temps réel dans la base imposable du contribuable des bénéfices réalisés par l'autre entreprise associée partie au dispositif hybride, doit être considérée comme un « ajustement équivalent à l'égard de ce dispositif hybride » de manière à permettre la déduction des paiements.

Par ailleurs, le Conseil d'État note que le texte en projet n'apporte pas de précisions en ce qui concerne le moment auquel l'on doit apprécier si un ajustement équivalent a été effectué. Il observe que les mêmes considérations qu'en ce qui concerne les effets d'asymétrie « directs » (voir ci-dessus les observations sur les concepts de « double déduction » et « inclusion ») doivent prévaloir. Prenons

l'exemple d'un instrument financier hybride, pour lequel la directive (UE) 2017/952 prévoit que le paiement peut être inclus par la juridiction du bénéficiaire dans un délai raisonnable – auquel cas l'instrument financier ne sera plus considéré comme dispositif hybride. Dès lors, si une société luxembourgeoise effectue durant l'année N un paiement qui finance des dépenses déductibles auprès d'une entité d'un État A donnant lieu à un instrument financier hybride entre l'entité de l'État A et une entité de l'État B, et si le paiement reçu par l'entité de l'État B est à inclure durant l'année N+1 ou qu'il est raisonnable de penser que le paiement sera inclus par l'État B dans une période ultérieure et que les conditions du paiement sont celles dont il serait envisageable que des entreprises indépendantes conviennent entre elles, la société luxembourgeoise devrait pouvoir déduire, durant l'année N, le paiement qu'elle a effectué. Si tel n'est pas l'intention des auteurs du projet, le Conseil d'État recommande d'inclure une limitation dans le temps dans le libellé du texte et, par conséquent, de préciser que l'ajustement équivalent doit avoir lieu durant le même exercice d'exploitation.

Ad numéro 4

La disposition sous examen prévoit une règle de fond dans le cas où le Luxembourg est le pays du siège d'un contribuable qui exploite un établissement stable non pris en compte situé dans un État membre, à savoir que les revenus, qui autrement seraient attribués à l'établissement stable non pris en compte, sont pris en compte dans le total des revenus nets du contribuable.

Cette disposition confirme la primauté des dispositions de la directive (UE) 2017/952 sur celles des conventions tendant à éviter la double imposition conclues entre le Luxembourg et chacun des autres États membres. Le Conseil d'État note que cette primauté ne vaut qu'à l'égard d'un autre État membre et ne joue pas par rapport à une convention tendant à éviter la double imposition conclue avec un État tiers à l'Union européenne, du fait de la primauté des traités internationaux sur les lois internes (mêmes celles postérieures à un traité).

Paragraphe 4

Cette disposition reprend les mesures destinées à lutter contre des dispositifs fondés sur la double résidence pouvant donner lieu à une double déduction lorsqu'un paiement, une dépense ou une perte dans le chef d'un contribuable qui a une double résidence, est déductible au titre des lois des deux juridictions où le contribuable est résident.

Le Conseil d'État note qu'en vertu de cette règle, le Luxembourg refusera la déduction d'un paiement, d'une dépense ou d'une perte à un contribuable résident luxembourgeois, lorsque ce contribuable est également considéré comme résident par une ou plusieurs autres juridictions, et que ce même paiement, dépense ou perte est également déductible dans cette ou ces juridictions de revenus qui ne sont pas des revenus soumis à double inclusion.

En pratique, l'existence d'une convention tendant à éviter la double imposition devrait, dans la grande majorité des cas, éviter que des situations de double déduction n'apparaissent. Cette disposition a donc vocation à s'appliquer notamment dans les relations avec les juridictions avec lesquelles le Luxembourg n'a pas conclu de convention contre la double imposition.

Il y a lieu de relever, sur base du libellé du texte en projet et en ligne avec le libellé de la directive (UE) 2017/952, que le refus de la déduction ne trouvera pas à s'appliquer lorsque la déduction compense un revenu inclus selon les lois des deux juridictions concernées (revenu soumis à double inclusion). De même, en vertu de la deuxième phrase du paragraphe en projet, la déduction est maintenue lorsque la ou les autres juridictions est/sont des États membres, si en vertu de la convention tendant à éviter la double imposition conclue avec la ou les juridictions concernée(s), le contribuable est considéré comme un résident du Luxembourg.

Paragraphe 5

Cette disposition vise à transposer les mesures ayant pour objet de lutter contre les transferts hybrides qui ont été conçus dans le but de faire naître des crédits d'impôt multiples dans plusieurs juridictions au titre de la même retenue d'impôt à la source. Une telle situation apparaît lorsqu'un contribuable et un intervenant étranger sont tous les deux considérés, par leurs juridictions respectives, comme ayant reçu des revenus générés par un instrument financier faisant l'objet d'un transfert hybride et peuvent, en conséquence, demander tous les deux un crédit d'impôt au titre de l'impôt retenu à la source sur ces revenus. Il y a donc création d'un excédent de crédit d'impôt qui engendrera un avantage fiscal indu.

Les mesures prévues consistent à limiter le montant de l'allègement fiscal proportionnellement aux revenus nets imposables liés au paiement dans le cadre d'un transfert hybride, en distinguant entre les retenues d'impôt à la source domestiques (opérées en vertu de l'article 146 LIR) et étrangères.

En ce qui concerne les retenues d'impôt à la source domestiques, celles-ci sont, par application de l'article 154, alinéa 1^{er}, numéro 2 LIR imputées sur la créance d'impôt due au titre d'une année d'imposition, pour autant qu'elles se rapportent à des revenus soumis à assiette pour ladite année. L'alinéa 5, numéro 1, du texte en projet entend limiter le montant de l'imputation de l'impôt retenu à la source en relation avec un transfert hybride à la proportion des revenus nets imposables liés au paiement dans le cadre de ce transfert hybride. En présence par exemple d'une convention de prêt de titre, le revenu net imposable lié au paiement dans le cadre du transfert hybride est constitué par la différence entre le montant du dividende perçu par l'emprunteur des titres et le montant que l'emprunteur doit verser à titre de compensation au prêteur.

En ce qui concerne les retenues d'impôt à la source étrangères, qui sont imputables sur l'impôt luxembourgeois sur le revenu suivant les dispositions des articles 134*bis* et 134*ter* LIR, l'imputation en relation avec un transfert hybride est limitée à proportion des revenus nets imposables liés au paiement dans le cadre de ce transfert hybride. Il ressort des commentaires sur cette disposition qu'il convient en premier lieu de déterminer, par application des articles 134*bis* et 134*ter* LIR, l'imputation de l'impôt retenu à l'étranger sur l'impôt luxembourgeois, et ensuite d'appliquer au montant ainsi déterminé la limitation prévue par la disposition sous examen.

En outre, par dérogation à l'article 13, alinéa 2, LIR, la part de l'impôt étranger qui ne peut pas être imputée du fait de la disposition sous examen n'est pas admise en déduction du revenu imposable au Luxembourg. Le Conseil d'État prend acte de ce que les auteurs du projet de loi justifient cette non-déductibilité par le fait d'éviter que la contre-mesure de la directive (UE) 2017/952 consistant en une limitation de l'imputation de l'impôt retenu à la source, ne soit atténuée par une réduction de la base imposable en conséquence de la limitation de la fraction imputable.

Paragraphe 6

La disposition sous examen reprend en substance les dispositions de l'actuel article 168*ter*, alinéa 4, LIR en matière de preuve, tout en l'adaptant de manière à couvrir l'ensemble des dispositions qui sont contenues dans l'article 168*ter* LIR. Il ressort des commentaires sur cette disposition que le contribuable doit pouvoir mettre en mesure le bureau d'imposition de vérifier que dans une situation donnée, il n'y a pas lieu d'appliquer les mesures anti-hybrides. Il doit s'agir de preuves raisonnables, à l'appréciation de l'administration fiscale.

Le Conseil d'État note que ni la directive (UE) 2017/952 ni le rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE ne contiennent de précisions sur ce qui peut être considéré comme une preuve raisonnable. Or, notamment dans un contexte de fonds d'investissement à investisseurs multiples, investissant potentiellement à travers des structures à plusieurs entités, il sera dans de nombreux cas très difficile pour le contribuable concerné de demander des renseignements détaillés concernant le traitement fiscal qui s'applique aux différents investisseurs. Très précisément, la disposition sous examen énonce que « le contribuable doit être en mesure de fournir une déclaration de l'émetteur de l'instrument financier ou tout autre élément pertinent tels que des déclarations d'impôt, d'autres documents fiscaux ou des certificats fournis par les autorités fiscales d'un autre État ». Il y aura donc lieu d'apprécier les éléments de preuve avec discernement et en tenant compte des circonstances de chaque cas d'espèce.

Le Conseil d'État recommande néanmoins que des précisions supplémentaires soient apportées sur les éléments qui sont à inclure en ce qui concerne la déclaration de l'émetteur de l'instrument financier. En effet, si les commentaires sur cette disposition précisent que « pour ce qui est des éléments de législation fiscale étrangère, le contribuable doit être en mesure de les étayer par des informations circonstanciées, objectives et vérifiables », force est de constater que la déclaration sera émise par une personne autre que le contribuable. Dès lors, il s'avère utile de donner des indications précises sur ce que le contribuable luxembourgeois doit fournir concernant l'émetteur pour étayer sa déclaration.

Point 4

Le texte sous examen envisage d'introduire un nouvel article 168*quater* LIR ayant pour but de transposer les règles relatives aux entités hybrides inversées, telles que prévues par le nouvel article 9*bis* inséré par la directive (UE) 2017/952.

Ces mesures, qui produiront leurs effets à compter de 2022, concernent le traitement fiscal des entités considérées comme fiscalement transparentes. Elles auront pour effet de soumettre à l'impôt sur le revenu des collectivités les revenus de sociétés constituées ou établies au Luxembourg et y considérées comme transparentes à des fins fiscales, lorsqu'une ou plusieurs entreprises associées non résidentes détenant globalement un intérêt direct ou indirect de 50 % ou plus des droits de vote, des participations au capital ou des droits de participation aux bénéfices de ces organismes ou dispositifs, se situent dans une juridiction ou des juridictions qui considèrent ces organismes hybrides comme une personne imposable au Luxembourg.

Ad alinéa 1^{er}

Le Conseil d'État considère qu'un bref rappel préalable du cadre juridique s'appliquant aux entités transparentes luxembourgeoises est utile à la compréhension des observations qu'il formulera ci-dessous.

En effet, en vertu de l'article 159, alinéa 1^{er}, A, 7, a), LIR, sont considérés comme contribuables résidents passibles de l'impôt sur le revenu des collectivités, « les autres organismes de droit privé à caractère collectif, dont le revenu n'est pas imposable directement dans le chef d'un autre contribuable ». L'article 175 LIR énumère un certain nombre de types d'entités, pour lesquelles la loi fiscale considère qu'elles n'ont pas de personnalité juridique distincte de celle de leurs associés (sociétés fiscalement transparentes). Pour ces entités, le revenu qu'elles génèrent est donc directement imposable dans le chef de leurs associés, de sorte qu'elles ne sont pas considérées comme contribuables résidents au sens de l'article 159 LIR précité.

L'article 168^{quater} LIR en projet instaure, quant à lui, une dérogation à l'absence de personnalité fiscale propre des entités énumérées à l'article 175 LIR précité et fixe les conséquences qui en découlent.

Le Conseil d'État comprend cependant que cette dérogation n'a pas pour vocation de modifier, de manière générale et à l'égard de chaque associé, la nature « transparente » des entités énumérées à l'article 175 LIR. Ainsi, lorsque les dispositions de l'article 168^{quater} LIR s'appliquent, ce ne sera qu'à l'égard des entreprises associées et pour la quote-part des revenus nets qu'ils génèrent du fait de leurs droits de vote, de leurs participations au capital ou de leurs droits aux bénéfices de l'organisme concerné. À titre d'exemple, pour un associé résidant au Luxembourg détenant des droits de vote, une participation dans le capital ou des droits aux bénéfices du même organisme, ce dernier gardera son caractère transparent et les revenus générés par cet organisme continueront à être directement imposables dans le chef de l'associé résident.

Dans un but de clarification rédactionnelle, le Conseil d'État propose de remplacer l'expression « dans la mesure où » par l'expression « pour la quote-part de ». Une telle formulation exprime en effet plus clairement la délimitation des revenus concernés :

« [...] pour la quote-part de leurs revenus nets qui ne sont pas par ailleurs imposés en vertu de la présente loi ou des lois de toute autre juridiction, lorsqu'une ou plusieurs entreprises associées au sens de l'article 168^{ter}, alinéa 1^{er}, numéro 17, non résidentes détenant globalement un intérêt direct ou indirect de 50 pour cent ou plus des droits de vote, des participations au capital ou des droits de participation aux bénéfices de ces organismes ou dispositifs, se situent dans une juridiction ou des juridictions qui considèrent ces organismes ou dispositifs comme une personne imposable au Grand-Duché de Luxembourg. »

Le Conseil d'État note également que si le texte en projet fait référence au concept d'entreprises associées au sens de l'article 168^{ter} LIR, il emploie néanmoins également la notion de « globalement ». Pour le Conseil d'État, l'application des mesures relatives aux dispositifs hybrides inversés est ainsi conditionnée par le fait que l'agrégation des droits de vote, des participations au capital ou des droits de participation aux bénéfices de l'organisme concerné des entreprises associées au sens de l'article 168^{ter} LIR doit atteindre le seuil de 50 % ou plus. Le Conseil d'État renvoie ici à ses observations ci-dessus concernant le concept d'« entreprises associées » et, plus particulièrement, au principe de l'action commune ainsi qu'à la règle dérogatoire que les auteurs du projet de loi sous examen entendent introduire. Il comprend que cette règle dérogatoire a vocation à s'appliquer également dans le contexte de l'article 168^{quater} LIR pour l'identification des entreprises associées.

Le Conseil d'État constate également que ni le texte de loi en projet ni les commentaires y relatifs ne définissent ou n'illustrent, à l'aide d'un exemple, le concept de « dispositifs constitués ou établis

au Grand-Duché de Luxembourg ». Or, en vue d'une meilleure compréhension de ce concept et dans la mesure où il n'est utilisé dans aucune autre disposition de la LIR, le Conseil d'État invite les auteurs du texte en projet à apporter des clarifications supplémentaires, voire à insérer une définition autonome de ce concept.

De plus, le Conseil d'État réitère à cet endroit son commentaire relatif au numéro 2 de l'alinéa 1^{er} de l'article 168^{ter} LIR en projet, à savoir la recommandation d'introduire une définition autonome du concept d'« organisme », auquel cas le renvoi aux articles 159, 160 ou 175 dans la disposition en projet pourrait être remplacé par un renvoi aux organismes au sens de l'article 168^{ter} LIR.

En dernier lieu, le Conseil d'État relève par ailleurs que le texte sous examen utilise le concept d'« imposés » et non le concept d'« imposables » pour déterminer les revenus à soumettre à l'impôt sur le revenu des collectivités. Dans la mesure où les commentaires sur cette disposition font référence à la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu dans son intégralité, le Conseil d'État comprend qu'un revenu exonéré sur base de la LIR (par exemple par application de l'article 166 LIR) sera néanmoins considéré comme « imposé » au sens de la disposition sous examen.

Ad alinéa 2

La disposition sous examen entend soustraire à l'application des règles relatives aux entités hybrides inversées les organismes de placement, tels que définis par la directive (UE) 2017/952. Les commentaires sur le texte en projet énumèrent par ailleurs les organismes de placement luxembourgeois qui sont visés par l'exemption d'application des règles sous examen.

Concernant l'utilisation du concept de « titres » dans la disposition sous examen, le Conseil d'État renvoie aux observations de la Chambre de commerce dans son avis du 27 septembre 2019 précité. Il considère que l'esprit de la directive (UE) 2017/952 n'est pas de restreindre la dérogation au bénéfice des organismes de placement collectifs aux seuls organismes investissant dans des titres de participations et obligations. Par conséquent, il recommande de remplacer la notion de « portefeuille de titres » par celle de « portefeuille d'actifs ».

Ad alinéa 3

Le Conseil d'État note que les commentaires relatifs à la disposition sous examen n'apportent pas de précisions supplémentaires quant au type de preuve à rapporter par le contribuable. Dans la mesure où le libellé de cette disposition est similaire au libellé de l'alinéa 6 du nouvel article 168^{ter} LIR en projet (à l'exception – qui fait sens – de la déclaration de l'émetteur de l'instrument financier), le Conseil d'État comprend que les commentaires relatifs à l'alinéa 6 du nouvel article 168^{ter} LIR en projet s'appliquent également à l'endroit de la disposition sous examen. Il renvoie dès lors à ses observations concernant l'alinéa 6 de l'article 168^{ter} LIR en projet.

Article 3

Par la disposition sous examen, les auteurs du projet de loi visent l'adaptation de l'article 175, alinéa 1^{er}, LIR de manière à ce que la transparence fiscale soit refusée en cas d'application des dispositions du nouvel article 168^{quater} LIR en projet.

Le Conseil d'État renvoie à cet égard à ses observations ci-dessus concernant l'article 168^{quater} LIR en projet en ce qui concerne le maintien de la transparence fiscale des organismes concernés en présence d'un associé résident luxembourgeois ou d'un associé résident d'un pays qui considère l'organisme luxembourgeois concerné comme entité transparente.

Article 4

La disposition sous examen vise l'exonération des organismes et dispositifs qualifiés de résidents dans certaines circonstances par l'article 168^{quater} LIR, de l'impôt sur la fortune par une adaptation en ce sens du paragraphe 3 de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune. Elle n'appelle pas d'observation.

Article 5

Cette disposition a pour objet de modifier le libellé du paragraphe 11^{bis} de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 dans les mêmes termes que l'article 175 LIR.

Le Conseil d'État renvoie à ses observations ci-dessus relatives à l'article 3 en ce qui concerne le maintien de la transparence fiscale des organismes concernés en présence d'un associé résident luxembourgeois ou d'un associé résident d'un pays qui considère l'organisme luxembourgeois concerné comme entité transparente.

Article 6

La disposition sous examen entend modifier les dispositions de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931, laquelle traite de l'établissement séparé et en commun des revenus dans certaines circonstances.

De manière générale, les revenus des sociétés fiscalement transparentes font l'objet d'un établissement séparé et en commun. Toutefois, du fait de la soumission à l'impôt sur le revenu des collectivités, dans leur propre chef, de tout ou partie des revenus nets des organismes et dispositifs visés par le nouvel article 168*quater* LIR en projet, un tel établissement séparé et en commun n'est plus applicable. Ceci ne vaut néanmoins que pour la partie des revenus nets qui seront soumis dans le propre chef de l'organisme ou du dispositif concerné à l'impôt sur le revenu des collectivités.

Il ressort des commentaires sur la disposition sous examen que « les dispositions du paragraphe 215, alinéa 2 AO en matière d'établissement séparé et en commun resteront d'application si, ou dans la mesure où, la règle de l'article 168*quater* LIR ne s'appliquera pas ». En reprenant l'exemple donné dans les commentaires concernant l'article 168*quater* LIR en projet, le Conseil d'État comprend qu'en ce qui concerne les revenus de la société en commandite simple, il n'y aura pas d'établissement séparé et en commun pour la partie des revenus nets qui sera soumise à l'impôt sur le revenu des collectivités en raison de l'application des dispositions du nouvel article 168*quater* LIR en projet. Par contre, en ce qui concerne la quote-part des revenus nets attribuables à la personne physique qui est un résident du Luxembourg, la règle de l'établissement séparé et en commun continuera à s'appliquer.

D'un point de vue pratique, il appartiendra donc au bureau d'imposition compétent pour un organisme ou dispositif donné, de vérifier si cet organisme ou dispositif tombe sous l'application de l'article 168*quater* LIR et, par suite, de déterminer, le cas échéant, le montant qui devra être soumis à l'impôt sur le revenu des collectivités. Le bureau d'imposition devra donc procéder, pour un même organisme ou dispositif, à l'émission de deux bulletins différents, à savoir un premier bulletin qui portera fixation de la cote de l'impôt sur le revenu des collectivités et un deuxième bulletin qui portera fixation de la base d'imposition de la quote-part du revenu net qui sera soumis à l'impôt sur le revenu dans le chef du contribuable résident luxembourgeois.

Le Conseil d'État prend acte de l'approche ainsi retenue par les auteurs du projet de loi, mais estime néanmoins que le libellé du texte en projet n'est pas suffisamment clair. Il suggère de le modifier comme suit :

« Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas à la quote-part des revenus nets auxquels s'appliquent les dispositions de l'article 168*quater* de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ».

Article 7

L'article sous examen prévoit que les dispositions de la loi en projet seront applicables aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2020, à l'exception des dispositions relatives aux organismes hybrides inversés – qui seront applicables à compter de l'année d'imposition 2022, c'est-à-dire à tout exercice d'exploitation qui prendra fin durant l'année civile 2022. De ce fait, il est possible qu'un contribuable concerné, dont l'exercice d'exploitation couvre la période allant du 1^{er} avril au 31 mars, se voie appliquer les dispositions en question dès le 1^{er} avril 2021. Il recommande par conséquent de prévoir une application des dispositions relatives aux entités hybrides inversées aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2022.

*

OBSERVATIONS D'ORDRE LEGISTIQUE

Observations générales

En ce qui concerne le chapitre 1^{er}, le Conseil d'État signale que lorsqu'il est envisagé de modifier plusieurs articles d'un même texte qui ne se suivent pas ou lorsqu'il s'agit d'apporter de manière ponctuelle des modifications à des articles qui se suivent, il y a lieu de consacrer à chaque article à modifier un article distinct.

L'intitulé complet ou, le cas échéant, abrégé de l'acte à modifier doit obligatoirement être mentionné au dispositif à la première modification qu'il s'agit d'apporter à cet acte, même s'il a déjà été cité à l'intitulé ou auparavant au dispositif. Les modifications subséquentes que le dispositif apporte à cet acte se limiteront à indiquer « de la même loi », en lieu et place de la citation de l'intitulé.

Le Conseil d'État formulera une proposition de restructuration du chapitre 1^{er} *in fine* du présent avis.

En procédant de cette manière, les articles 4 à 7 sont à renuméroter en articles 9 à 12, tout en tenant compte de l'observation ci-dessous.

Il est conseillé de faire suivre les modifications à plusieurs actes dans l'ordre chronologique de ceux-ci, en commençant par le plus ancien. Les modifications qu'il s'agit d'apporter à des codes sont toutefois indiquées en premier. Exceptionnellement et pour autant qu'il s'agisse d'un acte exclusivement modificatif, l'envergure des modifications apportées à un acte en particulier peut être telle qu'il est préférable de faire figurer celui-ci en premier avant les autres actes dont les modifications ne sont que d'ordre accessoire. Ce procédé ne dispense toutefois pas de reprendre ces derniers actes dans leur ordre chronologique. Au vu des développements qui précèdent, les chapitres 2 et 4 sont à inverser.

Il n'est pas indiqué de prévoir dans une première phrase liminaire l'acte à modifier et d'en préciser dans une deuxième, la disposition visée. Mieux vaut regrouper dans une seule phrase liminaire la disposition de l'acte à modifier et l'intitulé de celui-ci. Par conséquent, il y a lieu d'écrire à l'article 4 de la loi en projet :

« Le paragraphe 3, alinéa 1^{er}, de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune (« Vermögensteuergesetz ») est modifié comme suit :

1° Le point final [...];

2° Il est ajouté un numéro 12 nouveau libellé comme suit :

« 12. [...]. » »

Par analogie, cette observation vaut également pour les articles 5 et 6.

Intitulé

Le terme « modification » est à faire figurer après le terme « portant » qui, quant à lui, est à faire suivre d'un deux-points. Compte tenu également des observations générales ci-avant, l'intitulé de la loi en projet sous examen est à reformuler de la manière suivante :

« Projet de loi portant modification :

1° ~~modification~~ de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ;

2° ~~modification~~ de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung ») ;

3° ~~modification~~ de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz ») ;

4° ~~modification~~ de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune (« Vermögensteuergesetz ») ;

en vue de transposer la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers ».

Article 2

Au point 3°, à l'article 168^{ter}, paragraphe 1^{er}, point 2, lettre a), dans sa nouvelle teneur proposée, les tirets sont à remplacer par des chiffres romains minuscules suivis d'une parenthèse fermante (i), ii), iii)...). En effet, la référence à des dispositions introduites de cette manière est malaisée, tout spécialement à la suite d'insertions ou de suppressions de tirets opérées à l'occasion de modifications ultérieures. Dans cette hypothèse, les renvois à l'intérieur du dispositif sont, le cas échéant, à adapter

en conséquence. Cette observation vaut également pour le paragraphe 3, point 2, alinéa 3, où le premier niveau de subdivision approprié est constitué par « a), b), c)... » et le deuxième par « i), ii), iii)... ».

Au même point 3°, à l'article 168ter, paragraphe 1^{er}, dans sa nouvelle teneur proposée, il n'est pas indiqué de faire figurer aux points 4, 5, 6 et 8 des termes ou des références entre parenthèses.

Toujours au point 3°, à l'article 168ter, paragraphe 6, dans sa nouvelle teneur proposée, les termes « du présent article » sont à supprimer car superfétatoires.

Article 7

Il y a lieu de se référer aux « articles 2, point 4°, 3, 4, 5 et 6 ».

*

**Chapitre 1^{er} – Modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967
concernant l'impôt sur le revenu**

Art. 1^{er}. À l'article 134bis, alinéa 1^{er}, de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, les termes [...].

Art. 2. À l'article 134ter, alinéa 1^{er}, de la même loi, le terme [...].

Art. 3. À l'article 154, alinéa 1^{er}, numéro 2, de la même loi, les termes [...].

Art. 4. À l'article 164ter, alinéa 2, première phrase, de la même loi, les termes [...].

Art. 5. À l'article 168bis, alinéa 1^{er}, numéro 6, de la même loi, le terme [...].

Art. 6. L'article 168ter, de la même loi, est remplacé comme suit :

« Art. 168ter. [...]. »

Art. 7. Après l'article 168ter, de la même loi, il est inséré un article 168quater nouveau, libellé comme suit :

« Art. 168quater. [...]. »

Art. 8. À l'article 175, alinéa 1^{er}, le terme [...].

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 18 votants, le 10 décembre 2019.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

La Présidente,
Agy DURDU

Impression: CTIE – Division Imprimés et Fournitures de bureau

7466/05

N° 7466⁵

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2019-2020

PROJET DE LOI

portant modification

1° de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ;

2° de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune (« *Vermögenssteuergesetz* ») ;

3° de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« *Steueranpassungsgesetz* ») ;

4° de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« *Abgabenordnung* ») ;

en vue de transposer la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers

* * *

**RAPPORT DE LA COMMISSION DES FINANCES
ET DU BUDGET**

(13.12.2019)

La Commission se compose de : M. André BAULER, Président-Rapporteur ; MM. Guy ARENDT, François BENOY, Eugène BERGER, Alex BODRY, Sven CLEMENT, Yves CRUCHTEN, MM. Franz FAYOT, Gast GIBERYEN, Mme Martine HANSEN, Mme Josée LORSCHÉ, MM. Laurent MOSAR, Gilles ROTH, Claude WISELER et Michel WOLTER, Membres

*

1. ANTECEDENTS

Le projet de loi n°7466 a été déposé par le Ministre des Finances le 8 août 2019.

Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, un tableau de concordance, des textes coordonnés, une fiche financière, une fiche d'évaluation d'impact et le texte de la directive.

Le projet de loi a été présenté à la Commission des Finances et du Budget (COFIBU) au cours de la réunion du 9 décembre 2019. M. André Bauler a été désigné rapporteur du projet de loi au cours de cette même réunion.

L'avis de la Chambre de commerce date du 27 septembre 2019, celui de la Chambre des salariés du 15 octobre 2019.

Le Conseil d'Etat a émis son avis le 10 décembre 2019.

La COFIBU a procédé à l'examen de l'avis du Conseil d'Etat au cours de la réunion du 12 décembre 2019. Le projet de rapport a été adopté au cours de la réunion du 13 décembre 2019.

*

2. OBJET DU PROJET DE LOI

Le présent projet de loi a pour but de transposer en droit national la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers, qui constitue la deuxième directive contre l'évasion fiscale, communément appelée directive ATAD2 (« *Anti Tax Avoidance Directive* »).

Considérations générales

En 2016, la Commission européenne avait présenté son paquet sur la lutte contre l'évasion fiscale, visant à renforcer le cadre légal européen afin de rendre la fiscalité des entreprises plus juste, plus simple et plus efficace. Ce paquet a abouti à la directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, la directive ATAD1.

Le paquet sur la lutte contre l'évasion fiscale représente la réaction et la mise en application au niveau de l'Union européenne de certaines recommandations formulées dans les rapports finaux sur les quinze actions de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) pour lutter contre l'érosion de base et le transfert de bénéfices (BEPS). Comme l'a souligné le Conseil de l'Union européenne dans ses conclusions du 8 décembre 2015, il est inéluctable de trouver des solutions communes au niveau de l'UE pour répondre à la planification fiscale agressive des grandes entreprises. Les directives ATAD1 et 2 visent par conséquent à coordonner les efforts des États membres pour contrecarrer l'évasion fiscale et à harmoniser certains aspects des cadres réglementaires nationaux concernant l'imposition des sociétés.

Tandis que la directive ATAD1, transposée en droit national par la loi du 21 décembre 2018, a prévu des mesures dans cinq domaines différents, tels que la limitation de la déductibilité des intérêts, l'imposition à la sortie, des clauses anti-abus générales, des règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées, et des règles pour lutter contre les dispositifs hybrides, la directive ATAD2 précise et complète les dispositions portant sur les dispositifs hybrides, notamment en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers.

En effet, le cadre relatif à la lutte contre les dispositifs hybrides, qui est introduit par la directive ATAD1, ne s'applique pas à tous les différents types de dispositifs hybrides, et se limite aux dispositifs localisés à l'intérieur de l'Union européenne. Au vu de ces lacunes, le Conseil de l'Union européenne avait déjà décidé au moment de l'adoption de la directive ATAD1 d'améliorer le cadre réglementaire sur les dispositifs hybrides et d'inviter la Commission européenne à proposer un projet de directive dans les meilleurs délais.

Partant, la directive ATAD2 vise également les dispositifs hybrides entre États membres et États tiers. De plus, elle introduit des règles sur d'autres types de dispositifs hybrides non visés par ATAD1, tout en maintenant la cohérence avec les recommandations de l'OCDE en la matière.

En particulier, le champ d'application de la directive ATAD2 couvre quatre catégories de dispositifs hybrides :

1. les dispositifs hybrides résultant de paiements effectués dans le cadre d'un instrument financier ;
2. les dispositifs hybrides qui sont la conséquence de différences dans l'attribution des paiements effectués à une entité hybride ou à un établissement stable, y compris du fait de paiements à un établissement stable non pris en compte ;
3. les dispositifs hybrides qui résultent de paiements effectués par une entité hybride à son propriétaire ou de paiements réputés effectués entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus ;
4. les effets de double déduction qui résultent de paiements effectués par une entité hybride ou un établissement stable.

Tout comme la directive ATAD1, le projet de loi sous rubrique inclut également une règle visant les dispositifs hybrides importés, ainsi qu'une mesure pour contrecarrer la duplication de crédits d'impôt dans le cadre d'un transfert hybride.

Par ailleurs, le présent projet de loi prévoit des mesures afin de neutraliser les effets des dispositifs fondés sur la double résidence qui pourrait donner lieu à une double déduction. Finalement une mesure

spécifique est introduite concernant le traitement fiscal des organismes hybrides inversés, qui n'entrera pourtant en vigueur qu'à partir de 2022.

*

3. LES AVIS

La Chambre de commerce a émis son avis en date du 27 septembre 2019. Estimant fidèle la transposition de la directive, elle regrette tout de même que le texte ne soit pas suffisamment adapté aux spécificités et aux besoins de la place financière luxembourgeoise.

À part cette observation à caractère général, la Chambre de commerce salue que les auteurs du texte aient choisi d'exercer l'option prévue au paragraphe 4 du nouvel article 9 de la directive ATAD2 qui permet notamment d'exclure les instruments financiers émis dans le seul but de satisfaire aux exigences en matière de capacité d'absorption des pertes applicables au secteur bancaire. Par ailleurs, elle salue également l'introduction d'une présomption d'action non-conjointe pour la détention de moins de 10% directe ou indirecte de titres ou parts dans un fonds d'investissement.

Enfin, la Chambre de commerce est d'avis que la transposition littérale de la directive par le projet de loi sous avis entraînerait un certain manque de sécurité et de prévisibilité juridique. Elle estime également qu'il y existe un risque de double imposition dans certains cas de figure.

La Chambre des salariés a publié son avis en date du 15 octobre 2019. En dehors de quelques remarques de nature générale concernant l'imposition des personnes morales, elle n'a pas d'observation à formuler quant au fond du projet de loi sous avis.

La Chambre des fonctionnaires et des employés publics a émis son avis en date du 25 novembre 2019. Saluant la mise en place de dispositions supplémentaires en droit national pour lutter contre l'évasion fiscale des entreprises, ce qui contribuerait également à une meilleure réputation de la place financière luxembourgeoise, elle marque son accord avec le projet de loi sous avis.

Dans son avis du 10 décembre 2019, le Conseil d'État a formulé une seule opposition formelle. À l'endroit de l'article 2, point 3, paragraphe 3, numéro 2, lettre b) il note que les auteurs du projet de loi ont employé la formulation « sans préjudice de l'article 166, alinéa 2bis » qui signifie que la règle énoncée par la suite n'aurait aucune incidence sur la règle citée et que les deux règles pourraient s'appliquer en même temps. Or, dans le présent cas, la formulation « sous réserve », indiquant l'ordre de prééminence de deux règles en conflit, serait plus appropriée. Dès lors, la Haute Corporation demande de modifier le texte dans ce sens.

Dans son avis, le Conseil d'Etat s'évertue à livrer son interprétation des différentes dispositions du texte de loi. La Commission des Finances et du Budget décide de ne pas se prononcer quant à ces interprétations dont la teneur pourra éventuellement être confirmée ou infirmée par le biais de circulaires ou de règlements grand-ducaux au cas où cela serait jugé nécessaire.

*

4. COMMENTAIRE DES ARTICLES

Article 1^{er}

La disposition sous examen entend modifier les articles 134bis, 134ter et 154 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu (LIR). Elle se subdivise en trois points dont l'objectif est d'adapter le libellé des articles 134bis, 134ter et 154 LIR afin de tenir compte des dispositions du nouvel article 168ter, alinéa 5, numéro 2, LIR en projet.

Cet article n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Article 2

Points 1 et 2

Il est proposé de modifier l'article 164ter LIR (point 1) et l'article 168bis LIR (point 2) de manière à préciser que la définition du concept d'« entreprise associée », donnée par l'article 164ter, alinéa 2, ne vaut que pour les deux articles précités et ne s'étend pas à l'ensemble de la loi concernant l'impôt sur le revenu.

Le Conseil d'État prend acte de ce que cette modification s'impose dans la mesure où l'article 168^{ter} LIR en projet instaure une définition autonome du concept d'« entreprise associée », laquelle s'applique uniquement pour les besoins de cet article.

Ces points n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Point 3

Paragraphe 1^{er}

Le paragraphe 1^{er} reproduit les définitions du point b) de l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la directive (UE) 2017/952 précitée, en adaptant légèrement certaines terminologies aux concepts et notions utilisés dans la LIR.

Ad numéro 1

La disposition sous examen vise à délimiter le champ des contribuables auxquels s'appliquent les règles prévues par le nouvel article 168^{ter} en projet. Elle définit le contribuable au sens de cet article par un renvoi aux organismes visés par l'article 159 LIR ainsi qu'aux établissements stables indigènes visés par l'article 160, alinéa 1^{er}, LIR.

Le Conseil d'État note que le texte proposé reste en ligne avec l'esprit de la directive (UE) 2017/952, qui dispose dans son article 1^{er} que « la présente Directive s'applique à tous les contribuables soumis à l'impôt sur les sociétés dans un ou plusieurs États membres, y compris les établissements stables, lorsqu'ils sont situés dans un ou plusieurs États membres, d'entités ayant leur résidence fiscale dans un pays tiers ». Le concept d'« entité » n'est en principe pas utilisé en tant que tel dans la LIR; il est donc judicieux de le remplacer par un concept qui y est utilisé communément. Du fait du renvoi à l'article 159 LIR, sont couverts par les dispositions de l'article 168^{ter} LIR en projet, tous les contribuables résidents passibles de l'impôt sur le revenu des collectivités luxembourgeois, et, par le renvoi à l'article 160, alinéa 1^{er}, LIR, les organismes à caractère collectif de l'article 159 LIR, qui n'ont ni leur siège statutaire ni leur administration centrale au Luxembourg (sans distinction entre organismes d'un État membre ou d'un pays tiers), et qui sont passibles de l'impôt sur le revenu des collectivités pour leur revenus indigènes au sens de l'article 156 LIR. Le Conseil d'État ne s'oppose dès lors pas au libellé choisi par les auteurs du texte en projet.

Ad numéro 2

Cette disposition reprend la définition de la notion de « dispositif hybride », telle qu'elle figure à l'article 1^{er}, alinéa 2, lettre b), de la directive (UE) 2017/952, en y apportant toutefois certaines adaptations.

Le texte en projet englobe quatre catégories de dispositifs hybrides, à savoir : (i) ceux qui résultent de paiements effectués dans le cadre d'un instrument financier (lettre a)), (ii) ceux qui sont la conséquence de différences dans l'attribution des paiements effectués à une entité hybride (lettre b)) ou à un établissement stable (lettre c)), y compris du fait de paiements à un établissement stable non pris en compte (lettre d)), (iii) ceux qui résultent de paiements effectués par une entité à son propriétaire (lettre e)) ou de paiements réputés effectués entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus (lettre f)) et (iv) les effets de double déduction qui résultent de paiements effectués par une entité hybride ou un établissement stable (lettre g)).

Tout comme pour la définition du concept de « contribuable », le texte en projet remplace, pour les besoins de la définition du concept de « dispositif hybride », la notion d'« entité », utilisée dans le texte de la directive (UE) 2017/952, par celle d'« organisme ». Alors que le texte de ladite directive désigne par « dispositif hybride », « une situation faisant intervenir un contribuable ou, au regard de l'article 9, paragraphe 3, une entité », le texte en projet mentionne que le concept de dispositif hybride désigne « une situation faisant intervenir le contribuable ou, au regard de l'alinéa 3, numéro 3, un organisme au sens des articles 159, 160 ou 175, désigné ci-après par le terme « organisme » ». L'article 9, paragraphe 3, de la directive (transposé par l'alinéa 3, numéro 3, du texte en projet) décrit les mesures à appliquer en présence de dispositifs structurés ou de dispositifs conclus entre des entreprises associées qui permettent de transférer vers le Luxembourg l'effet d'un dispositif hybride conclu à l'étranger au moyen d'un instrument hybride. Cependant, le libellé choisi par les auteurs du texte pourrait laisser suggérer que le concept d'« organisme », tel que défini, ne s'appliquerait que dans le contexte de l'alinéa 3, numéro 3 de l'article 168^{ter} LIR en projet (« ou, au regard de l'alinéa 3,

numéro 3, un organisme au sens des articles 159, 160 ou 175 désigné ci-après par le terme « organisme » ». Or, cette dernière disposition n'emploie pas dans son libellé le concept d'« organisme » en tant que tel. Ce concept n'intervient que de manière indirecte dans la mesure où il est renvoyé au concept de « dispositif hybride », qui fait justement l'objet de la définition du numéro 2, alinéa 1^{er}, de l'article 168^{ter} LIR en projet. Il en découle dès lors une circularité dans les définitions.

Le Conseil d'État note par ailleurs que le concept d'« organisme » est employé à plusieurs endroits dans le texte, notamment dans la définition du concept d'« organisme hybride », qui couvre « tout organisme ou tout dispositif qui est considéré en vertu des lois d'une juridiction comme un organisme soumis à l'impôt et dont les revenus ou les dépenses sont considérés en vertu des lois d'une autre juridiction comme les revenus ou les dépenses d'une ou de plusieurs autres personnes physiques ou organismes ». Ont donc vocation à être couverts par cette définition, les organismes visés par l'article 175 LIR, et pour lesquels les dispositions des lettres b) et e) commentées ci-dessous, s'appliquent. Afin d'éviter une erreur d'interprétation, tel qu'exposé ci-dessus, à savoir que les organismes au sens de l'article 175 ne seraient visés que par l'alinéa 3, numéro 3, le Conseil d'État est d'avis qu'il serait opportun de prévoir une définition autonome du concept d'« organisme ».

Le Conseil d'État suggère de modifier le libellé de la définition du concept de « dispositif hybride » comme suit :

« « dispositif hybride », une situation faisant intervenir le contribuable ou, au regard de l'alinéa 3, numéro 3, un organisme ».

Le Conseil d'État suggère également d'insérer, sous la définition du concept de « revenu soumis à double inclusion », une définition autonome du concept d'« organisme », qui pourrait être libellée comme suit :

« « organisme », un organisme au sens des articles 159, 160 ou 175 ».

La Commission des Finances et du Budget décide de suivre ces recommandations du Conseil d'État. La nouvelle définition devient le numéro 10 de l'article 168^{ter}. Les numéros subséquents sont renumérotés.

Le Conseil d'État note en outre que le texte en projet ne contient pas de définition propre au concept de « paiement » et qu'une telle définition fait par ailleurs défaut dans les directives (UE) 2016/1164 et (UE) 2017/952 précitées. Les commentaires sur le projet sous examen renvoient cependant au paragraphe 423 de la recommandation 12 figurant dans le rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE, à savoir que : « Un paiement désigne un versement d'argent (ce qui inclut la valeur de cet argent) effectué au titre de l'instrument de financement, et comprend une distribution, un crédit ou une somme due. Il inclut tout montant susceptible d'être payé, comme une obligation future ou conditionnelle d'effectuer un paiement. La définition du paiement englobe les engagements constatés au titre d'obligations futures de paiement, même lorsque le montant de l'engagement constaté ne correspond pas à une obligation de paiement renforcée au cours de la période concernée. Lorsque le contexte le nécessite, un paiement englobe une fraction d'un paiement. »

De ce qui précède, le Conseil d'État comprend qu'il y a lieu de se référer à la définition susmentionnée pour apprécier s'il y a un paiement. De même, en ligne avec les recommandations de l'OCDE (cf. paragraphe 28 du même rapport), le Conseil d'État comprend que seuls les paiements impliquant l'apparition de droits économiques entre parties sont visés, à l'exclusion de tous paiements réputés effectués à des fins fiscales (ajustements fiscaux) et ne correspondant à aucun transfert de valeur présent ou à venir. Cette position semble d'ailleurs confirmée par le renvoi fait par les auteurs du projet sous examen au considérant 22 de la directive (UE) 2017/952 suivant lequel les conséquences fiscales qui sont exclusivement imputables à des différences dans la valeur attribuée à un paiement, y compris par l'application des prix de transfert, ne devraient pas relever du champ d'application d'un dispositif hybride.

Ad lettre a)

La disposition sous examen vise à saisir l'asymétrie qui survient en ce qui concerne les paiements effectués dans le cadre d'un instrument financier, lorsque l'asymétrie est imputable aux différences existant dans la qualification de l'instrument ou du paiement effectué au titre de celui-ci et que le paiement ayant fait l'objet d'une déduction auprès du payeur, ne fait pas l'objet d'inclusion correspondante dans un délai raisonnable dans le chef du bénéficiaire. Le texte en projet fournit des explications quant au concept de « délai raisonnable ».

Le texte en projet pose ensuite une restriction quant à l'inclusion, à savoir qu'un paiement effectué au titre d'un instrument financier n'est pas considéré comme inclus, dans la mesure où le paiement ouvre droit à un allègement fiscal, quel qu'il soit, uniquement du fait de la qualification de ce paiement en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire.

Finalement, le texte en projet exclut du champ d'application de la lettre a) les paiements représentant le rendement sous-jacent d'un instrument financier transféré, lorsque le paiement est effectué par un négociant financier dans le cadre d'un transfert hybride sur le marché, à condition que la juridiction du payeur exige du négociant financier qu'il inclue tous les montants reçus en rapport avec l'instrument financier transféré. Les commentaires sur cette disposition précisent par ailleurs que les transferts hybrides peuvent, de manière générale, donner lieu à une différence de traitement fiscal si, à la suite d'un dispositif permettant de transférer un instrument financier, le rendement sous-jacent dudit instrument a été considéré comme tiré par plusieurs des parties du dispositif.

Si la disposition sous examen reproduit fidèlement le texte de la directive (UE) 2017/952, elle appelle néanmoins un certain nombre d'observations de la part du Conseil d'État :

Tout d'abord, le Conseil d'État note que ni la directive ni le projet de loi sous examen ne fournissent une explication sur le concept de « différence existant dans la qualification [...] du paiement effectué au titre de cet instrument ». Le Conseil d'État comprend, tel qu'illustré dans l'exemple 1 fourni par les auteurs du projet, que la qualification du paiement effectué au titre d'un instrument financier devrait, de manière générale, suivre la qualification de l'instrument lui-même et que ce n'est qu'en présence d'une disposition spécifique modifiant expressément la qualification du paiement qu'un effet d'asymétrie peut naître. Le Conseil d'État relève par ailleurs que le libellé de la directive (UE) 2017/952 diverge du libellé du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE, selon lequel « [u]n paiement effectué dans le cadre d'un instrument financier génère une asymétrie hybride lorsque celle-ci peut être attribuée aux termes de l'instrument » (Recommandation 1.3). Dès lors, le Conseil d'État comprend que les explications et exemples du rapport relatifs à une asymétrie hybride découlant des termes de l'instrument ne sont, le cas échéant, pas forcément entièrement applicables à la disposition sous examen, ce qui est conforme à la directive (UE) 2017/952.

Comme l'ont indiqué les auteurs du projet de loi dans les commentaires sur cette disposition – en se référant au considérant 16 de la directive (UE) 2017/952 – un allègement fiscal accordé dans la juridiction du bénéficiaire du seul fait du statut fiscal de celui-ci ou du fait que l'instrument est détenu sous réserve des modalités d'un régime spécial ne saurait donner lieu à un dispositif hybride. Le Conseil d'État considère que la même conclusion s'impose lorsque la juridiction du bénéficiaire applique un taux d'imposition nul ou très faible (cf. paragraphe 387 du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE¹), ou lorsque la juridiction du bénéficiaire applique le principe de territorialité de l'impôt (cf. paragraphe 98 du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE²). En effet, dans tous ces cas de figure, l'allègement fiscal ne résulte pas de la qualification du paiement, mais du système fiscal en tant que tel, et la non-prise en compte (non-inclusion) de ce paiement ne devrait pas s'appliquer. Pour le surplus, le Conseil d'État renvoie à ses observations ci-dessous concernant la définition du concept d'« allègement fiscal ».

Ensuite, le Conseil d'État note que les commentaires sur la disposition sous examen n'apportent aucune précision quant à la nécessité de procéder à une analyse contrefactuelle, lorsque le paiement est effectué au profit d'un bénéficiaire d'un allègement fiscal du fait de son statut fiscal ou aux circonstances dans lesquelles un instrument financier est détenu. En effet, les recommandations du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE³ préconisent de procéder à une analyse contrefactuelle pour vérifier si les termes de l'instrument suffiraient à provoquer une asymétrie des résultats fiscaux, auquel cas il y a lieu de considérer que l'asymétrie est attribuable aux termes de l'instrument lui-même plutôt qu'au statut du contribuable ou aux circonstances dans lesquelles l'instrument est détenu.

1 « Les recommandations figurant dans ce rapport concernant les dispositifs de déduction/d'absence d'inclusion ne visent pas les paiements en faveur d'une personne résidente d'une juridiction à fiscalité nulle. »

2 « Une asymétrie dans les traitements fiscaux découlant d'un paiement transfrontalier en faveur d'un contribuable soumis à un régime fondé uniquement sur le principe de territorialité (dans une juridiction qui exclut ou exonère tout revenu d'origine étrangère) n'est pas couverte par la règle relative aux instruments financiers hybrides car l'asymétrie dans les résultats fiscaux est attribuable à la qualité du payeur (payeur non résident qui verse un revenu d'origine étrangère) plutôt qu'aux termes de l'instrument en lui-même. »

3 Considérant 95 et suivants.

Comme le Conseil d'État l'a déjà relevé dans ses observations ci-dessus, le libellé de la Recommandation 1.3 du Plan d'Action BEPS étant différent du libellé de la directive (UE) 2017/952, il y a lieu d'interpréter l'expression « les termes de l'instrument » comme désignant l'instrument lui-même ou les paiements effectués en vertu de l'instrument. Dans une telle hypothèse, la règle relative aux instruments financiers hybrides resterait applicable parce que l'instrument financier en tant que tel présente bien un caractère d'hybridité. Le Conseil d'État comprend, sur base du commentaire sur le texte en projet, que le test contrefactuel est requis – dans la mesure où il précise « lorsque l'allègement fiscal accordé dans la juridiction du bénéficiaire est uniquement imputable au statut fiscal du bénéficiaire », cette formulation étant par ailleurs également employée au considérant 16 du préambule de la directive (UE) 2017/952 –, mais il note également que le texte sous examen se réfère à la qualification du paiement : « un paiement effectué au titre d'un instrument financier n'est pas considéré comme inclus dans la mesure où le paiement ouvre droit à un allègement fiscal, quel qu'il soit, uniquement du fait de la qualification de ce paiement en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire », ce libellé correspondant par ailleurs exactement au texte de la directive (UE) 2017/952 dans sa définition du concept d'« inclusion ». Il existe donc une certaine ambiguïté entre le texte de loi et les commentaires, le commentaire pouvant en effet laisser entendre qu'un cumul de motifs pour l'existence de l'effet d'asymétrie entraîne une soumission aux règles. Par application du principe que le texte de la loi prime sur les commentaires, le Conseil d'État comprend qu'une analyse contrefactuelle n'est pas requise dans ce contexte. Si tel n'est pas l'avis et l'intention des auteurs du texte, le Conseil d'État demande à ce que ces derniers mentionnent explicitement qu'une telle analyse doit être effectuée.

Le texte en projet prévoit également que le paiement effectué au titre d'un instrument financier doit être inclus dans un délai raisonnable. Le concept de « délai raisonnable » couvre tout d'abord une inclusion par la juridiction du bénéficiaire dans une période d'imposition qui commence dans les douze mois suivant la fin de l'année d'imposition du payeur. Ensuite, un paiement sera considéré comme inclus dans un délai raisonnable lorsqu'il est, selon les auteurs du texte en projet, « raisonnable de penser que le paiement sera inclus par la juridiction du bénéficiaire dans une période d'imposition ultérieure et que les conditions du paiement sont celles dont il serait envisageable que des entreprises indépendantes conviennent entre elles ». Le Conseil d'État comprend que dès lors que le texte en projet n'impose pas de formalités spécifiques concernant une éventuelle preuve à rapporter lors de l'établissement de la déclaration d'impôt pour justifier que le paiement est inclus dans un délai raisonnable, les dispositions générales en matière de preuve, introduites par l'alinéa 6 de l'article 168^{ter} LIR en projet, trouveront à s'appliquer. En d'autres termes, le contribuable devra être en mesure de produire une appréciation concernant le traitement attendu du paiement dans la juridiction du bénéficiaire et de la justifier sur la base d'informations circonstanciées, objectives et vérifiables, lorsque l'Administration des contributions directes en fera la demande et non à l'avance, au moment de la remise de sa déclaration d'impôt. Dans certains cas, la preuve de l'inclusion du paiement pourra se faire par la production, par exemple, d'une copie de la déclaration d'impôt soumise par le bénéficiaire du paiement et/ou d'un document émanant des autorités fiscales de cet autre État, donc au moyen de documents qui ne sont pas nécessairement à la disposition du contribuable au moment où il va remettre sa propre déclaration fiscale. Dans d'autres cas cependant, il en sera autrement : si les auteurs du texte en projet devaient confirmer la nécessité d'une analyse contrefactuelle ou s'il devait s'agir de démontrer qu'il est raisonnable de penser que le paiement sera inclus par la juridiction du bénéficiaire dans une période d'imposition ultérieure, une telle analyse ou démonstration devrait forcément se baser sur une situation théorique.

Les commentaires sur le texte en projet indiquent également que : « Concernant, par exemple, des paiements au titre d'un instrument financier, le contribuable doit apprécier le traitement attendu dans la juridiction de la contrepartie et pouvoir justifier de cette appréciation vis-à-vis de l'administration fiscale afin d'établir le bien-fondé au regard de l'article 168^{ter} LIR d'une déduction qu'il entend faire valoir. » Il est également renvoyé au paragraphe 85 du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE, qui dispose que : « L'identification d'une asymétrie comme étant un dispositif hybride découlant d'un instrument financier est avant tout une question juridique qui suppose une analyse des règles générales appliquées pour établir la nature, le montant et les dates associées aux paiements effectués au titre d'un instrument financier dans la juridiction du payeur et dans celle du bénéficiaire. De manière générale, la règle peut être appliquée même si le contribuable et l'administration fiscale ne savent pas précisément comment les paiements effectués au titre d'un instrument financier ont été pris en compte lors du calcul du revenu imposable de la contrepartie. En partant du principe qu'un contribuable connaît sa propre situation fiscale au titre d'un paiement, une asymétrie peut être identi-

fiée, dans la pratique, en comparant le traitement fiscal attendu d'un instrument dans la juridiction du contribuable avec le traitement fiscal attendu par le contribuable dans la juridiction de la contrepartie. »

Sur base de ce qui précède, il apparaît donc que le contribuable pourrait ne pas être en mesure de prouver la non-application des règles anti-hybride par la production de déclarations d'impôt ou de certificats fournis par les autorités fiscales d'un autre État, étant donné qu'il s'agit de comparer de manière théorique le traitement fiscal attendu de l'instrument financier en question dans la juridiction de la contrepartie. Le Conseil d'État recommande de préciser, dans le corps de loi ou par règlement grand-ducal, les éléments que le contribuable devra fournir dans le cadre d'une analyse contrefactuelle, si les auteurs du projet de loi venaient à confirmer qu'une telle analyse contrefactuelle est effectivement requise, ou lorsqu'il s'agira de prouver qu'il est raisonnable de penser que le paiement sera inclus par la juridiction du bénéficiaire dans une période d'imposition ultérieure. Ces précisions devraient répondre aux questions de savoir si l'analyse peut émaner du contribuable lui-même ou doit émaner d'une personne exerçant une profession réglementée au Luxembourg ou dans la juridiction de la contrepartie (par exemple réviseur d'entreprises, expert-comptable ou avocat), quels documents doivent être inclus (copie des textes légaux en vigueur, circulaires ou notes administratives) ainsi que des informations concernant une possible modification des règles en vigueur (par exemple projet de loi, annonce d'une modification prochaine, etc.). Le Conseil d'État renvoie à ce sujet à ses observations relatives aux dispositions en matière de preuve (cf. article 168*bis*, alinéa 6 ci-dessous).

D'un autre côté, le texte en projet reste muet quant à l'interaction avec les règles en matière de sociétés étrangères contrôlées, ci-après « SEC », introduites au Luxembourg à partir du 1^{er} janvier 2019 par l'article 164*ter* LIR, ou des règles similaires qui peuvent exister dans d'autres pays (à titre d'exemple, on peut citer les règles « GILTI »⁴ aux États-Unis). Pour rappel, les règles relatives aux SEC ont pour objet de réattribuer les revenus d'une filiale contrôlée soumise à une faible imposition à sa société mère par le biais d'une inclusion dans la base imposable de cette dernière des revenus non distribués des SEC.

Le but recherché par la directive (UE) 2017/952 étant de mettre fin à toute situation de double déduction ou de déduction sans inclusion, il ne devrait en aucun cas en résulter une double imposition économique, c'est-à-dire une imposition du même revenu dans le chef de deux contribuables distincts. Or, l'application conjointe des dispositions anti-hybrides de l'article 168*ter* LIR en projet et des règles relatives aux SEC ou de régimes analogues risque d'aboutir à une telle double imposition. À titre d'exemple, on peut prendre le cas de figure d'un paiement d'intérêts fait par un contribuable luxembourgeois à une société étrangère au titre d'un instrument financier hybride, ayant pour effet une déduction au Luxembourg et une non-inclusion dans la juridiction du bénéficiaire. L'on suppose qu'en outre, le revenu du bénéficiaire est inclus dans le revenu imposable de l'actionnaire du bénéficiaire en vertu d'un régime applicable aux SEC. Dans ce cas de figure, il y aurait donc en principe non-déduction du paiement dans le chef du contribuable luxembourgeois, mais en même temps inclusion et imposition de ce même paiement en vertu du régime applicable aux SEC, ce qui génère ainsi une double imposition économique. S'il est vrai que la règle anti-hybride vise les « paiements » alors que la règle SEC vise les « revenus », force est cependant de constater qu'il y a bien imposition du même flux financier.

Le Conseil d'État relève toutefois que le paragraphe 36 du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE énonce que « la règle relative aux instruments financiers hybrides a pour seul objet de s'appliquer aux paiements générant des asymétries dans les résultats fiscaux, elle n'a pas vocation à entraîner une double imposition économique ». Il est en outre ajouté qu'« un pays cherchant à éviter la double imposition économique devrait alors étudier comment neutraliser l'asymétrie des résultats fiscaux en appliquant la règle relative aux instruments financiers hybrides sachant que le paiement a été inclus par l'actionnaire dans son revenu ordinaire en vertu d'un régime applicable aux SEC ; il devrait établir si l'inclusion en vertu du régime applicable aux SEC doit être assimilée à une inclusion dans le revenu ordinaire aux fins de déterminer si un effet de déduction/non-inclusion a été généré au sens de la règle relative aux instruments financiers hybrides. »

Le considérant 28 de la directive (UE) 2017/952 énonce que les États membres devraient utiliser, lors de la mise en œuvre de la directive, les explications et exemples figurant dans le rapport sur l'ac-

⁴ *Global Intangible Low-Taxed Income*, règles exigeant que les citoyens ou résidents américains incluent annuellement dans leur revenus imposables une partie des revenus générés par une société étrangère contrôlée pour autant qu'ils dépassent certains seuils.

tion 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE comme source d'illustration ou d'interprétation, dans la mesure où ils sont conformes aux dispositions de la directive et au droit de l'Union européenne. Les auteurs du projet de loi sous avis se doivent donc d'adapter le texte sous examen de manière à prendre en compte une inclusion en vertu d'un régime applicable aux SEC ou de tout autre régime produisant les mêmes effets. Dans la même logique – en ligne avec les recommandations formulées par l'OCDE – il appartiendra au contribuable de prouver à l'administration fiscale que le paiement en question a été entièrement inclus selon les lois de la juridiction concernée.

Des considérations qui précèdent, le Conseil d'État note que dans les faits, le libellé de la disposition sous rubrique pourrait donner lieu à une double imposition économique. Or, le texte sous examen doit être interprété à la lumière du considérant 5 du préambule de la directive (UE) 2016/1164 qui précise que « l'objectif de ces règles ne devrait pas se limiter à lutter contre les pratiques d'évasion fiscale mais aussi viser à empêcher la création d'autres obstacles au marché, tels que la double imposition ».

Enfin, le Conseil d'État prend acte de l'option prise par les auteurs du projet de loi de limiter l'application de la règle relative aux instruments financiers hybrides en cas de paiements effectués par un négociant financier.

Ad lettre b)

La disposition sous examen concerne les asymétries résultant d'un paiement effectué en faveur d'un organisme qui est considéré comme un organisme soumis à l'impôt en vertu des lois d'une juridiction et comme organisme transparent aux fins fiscales – les revenus ou dépenses étant attribuées non pas à l'organisme, mais aux investisseurs dans cet organisme –, en vertu des lois d'une autre juridiction (désigné sous le concept d'« organisme hybride » défini à l'alinéa 1^{er}, numéro 10), et la juridiction où l'organisme hybride est établi ou enregistré attribue ce paiement aux investisseurs dans cet organisme hybride, tandis que la juridiction des investisseurs attribue le paiement à l'organisme hybride lui-même.

Les commentaires sur cette disposition renvoient au considérant 18 de la directive (UE) 2017/952 et précisent qu'un paiement ne devrait pas donner lieu à un dispositif hybride qui serait survenu, en tout état de cause, en raison de l'exonération fiscale dont jouit le bénéficiaire au titre des lois de la juridiction dont il relève, quelle qu'elle soit. En d'autres termes, le Conseil d'État comprend qu'un dispositif hybride, selon la lettre b), ne peut survenir que du fait de différences dans les règles de répartition d'un paiement entre l'entité hybride et ses investisseurs, et non du fait que le bénéficiaire jouit d'une exonération fiscale au titre des lois de la juridiction dont il relève, et qu'il en est de même lorsque la juridiction de la personne physique ou de l'organisme qui est titulaire d'une participation dans l'organisme hybride envers lequel le paiement a été effectué, applique un régime fiscal à taux nul ou très faible, ou un régime basé sur le principe de la territorialité de l'impôt.

Le Conseil d'État s'interroge cependant sur le point de savoir comment les auteurs du projet de loi entendent traiter des situations où un paiement est effectué à une entité hybride qui distribue le paiement reçu à ses investisseurs et que ceux-ci incluent, dans un délai raisonnable (au sens de l'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre a)), le montant reçu de l'entité hybride. Soit, par exemple, une société de personnes luxembourgeoise qui détient toutes les parts sociales d'une société à responsabilité limitée luxembourgeoise, et qui est elle-même détenue par des investisseurs qui sont des contribuables non résidents. La société de personnes finance la société à responsabilité limitée luxembourgeoise par un prêt portant intérêts. La société de personnes est considérée comme fiscalement transparente par le Luxembourg, mais le pays de l'investisseur considère la société de personnes comme entité opaque. Dans les faits, la société de personnes procède à une distribution sur une base trimestrielle de ses revenus à ses investisseurs qui sont soumis à imposition au titre de ces distributions. Si la déduction de l'intérêt sur le prêt payé par la société à responsabilité limitée luxembourgeoise à la société de personnes luxembourgeoise devrait en principe être refusée dans le chef de la société emprunteuse, dans la mesure où le pays des investisseurs considère que le paiement est attribuable à la société de personnes, il s'avère qu'il y a néanmoins inclusion indirecte de ce même paiement dans le chef des investisseurs dans la mesure où la société de personnes distribue ses revenus, y compris le paiement reçu, sur une base trimestrielle à ses investisseurs.

À cet égard, le Conseil d'État relève que le traitement des distributions de bénéfices effectuées par une entité hybride inversée est commenté au paragraphe 156 du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE comme suit : « La règle relative aux entités hybrides inversées est applicable

même si un investisseur est finalement imposé au titre de distributions effectuées par une entité hybride inversée. Le simple fait que le revenu cumulé de l'entité hybride inversée soit imposable en tant que revenu ordinaire après sa distribution à l'investisseur ne suffit pas à prouver que le paiement ne génère aucune asymétrie. La règle relative aux entités hybrides inversées a pour objet de neutraliser l'effet de déduction/non-inclusion généré lors du paiement effectué en faveur de l'entité hybride inversée. Le traitement fiscal qui sera appliqué à un futur paiement de l'entité hybride inversée en faveur de l'investisseur (et qui sera, ou non, financé par des paiements couverts par la règle relative aux entités hybrides inversées) est en règle générale trop éloigné dans le temps de la date d'apparition de l'asymétrie pour pouvoir être utilisé aux fins de la règle. » Si le paragraphe ci-avant cité préconise l'application de la règle relative aux entités hybrides inversées même en cas d'imposition de l'investisseur au titre des distributions effectuées par cette entité hybride inversée, cette position semble être justifiée dans les cas de figure où les distributions sont effectuées à un moment plus ou moins éloigné du moment de la déduction (emploi de la formulation « en règle générale »). Si la distribution est cependant opérée, comme dans l'exemple ci-dessus, sur une base trimestrielle, il y a lieu de reconnaître une identité économique entre le paiement et la distribution.

Il en résulte, selon le Conseil d'État, que le droit à déduction du paiement d'intérêts devrait rester acquis. Il propose par conséquent aux auteurs du projet de loi d'adapter le libellé du texte en projet de manière à refléter qu'un paiement sera considéré comme inclus si l'organisme hybride distribue le montant du paiement reçu et que ce paiement est inclus par les investisseurs dans cet organisme dans un certain délai, sinon de clarifier l'interprétation de la disposition sous examen pour les cas de figure tels que décrits dans l'exemple ci-dessus.

Ad lettre c)

La disposition sous examen concerne les asymétries qui sont la conséquence de différences dans l'attribution des paiements effectués entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus d'un même organisme en vertu des lois des juridictions où cet organisme mène ses activités.

Les commentaires sur cette disposition se réfèrent également au considérant 18 de la directive (UE) 2017/952 en ce qui concerne une restriction de la constitution d'un dispositif hybride du fait d'une possible exonération fiscale du bénéficiaire (cf. lettre b) ci-dessus). Le Conseil d'État renvoie par conséquent à ses observations ci-dessus en ce qui concerne l'interprétation du concept d'« exonération fiscale ».

Pour le reste, le texte en projet reprend fidèlement le libellé de la directive (UE) 2017/952 et n'appelle pas d'autre observation de la part du Conseil d'État.

Ad lettre d)

La disposition sous examen vise l'asymétrie résultant d'un paiement effectué en faveur d'établissements stables non pris en compte, c'est-à-dire un paiement qui est exonéré par l'État du siège au motif que le paiement est considéré comme ayant été reçu dans un établissement stable étranger, alors que le droit étranger ne considère pas qu'il y a existence d'un établissement stable. Comme les commentaires sur la disposition le relèvent, il s'agit d'un conflit relatif à la qualification de l'établissement stable et non d'un conflit dans l'attribution des paiements entre le siège et l'établissement stable.

Les commentaires précités sur cette disposition renvoient au considérant 19 de la directive (UE) 2017/952 et précisent que la règle relative aux dispositifs hybrides ne devrait toutefois pas s'appliquer dans les cas où l'asymétrie serait survenue, en tout état de cause, en raison de l'exonération fiscale dont jouit le bénéficiaire au titre des lois de la juridiction dont il relève, quelle qu'elle soit. Dès lors, si le pays du siège n'avait pas reconnu l'existence de l'établissement stable, mais n'a pas procédé à une imposition du paiement parce que le siège bénéficie d'une exonération fiscale résultant des lois internes, il n'y a pas de dispositif hybride. Le Conseil d'État comprend qu'il en est de même – c'est-à-dire qu'il y a absence de dispositif hybride – lorsque la juridiction du bénéficiaire applique une fiscalité à taux réduit ou une exonération fondée, par exemple, sur un système de territorialité de l'impôt.

Ad lettre e)

La disposition sous examen vise les asymétries qui surviennent lorsqu'un organisme hybride effectue un paiement à son bénéficiaire qui n'est pas pris en compte selon les lois de la juridiction du bénéfi-

ciaire (par exemple du fait que l'organisme hybride est considéré comme une entité fiscalement transparente), ce qui entraîne une déduction pour le payeur, mais aucune inclusion pour le bénéficiaire du paiement.

Le Conseil d'État constate qu'en raison de l'interaction avec les règles SEC ou avec celles ayant un effet similaire, l'application de la règle pourra générer des situations de double imposition économique que le texte sous examen ne prend pas en considération. Le Conseil d'État renvoie à ses observations ci-dessous concernant le concept d'« inclusion » et de « revenu soumis à double inclusion » et estime qu'une prise en compte au titre de règles SEC ou de règles ayant un effet similaire équivaut à une prise en compte au titre de la disposition sous examen, de manière à en écarter l'application le cas échéant. Si ceci ne correspond pas à l'intention des auteurs du projet de loi, le Conseil d'État invite ces derniers à l'exprimer dans le corps de la loi.

Ad lettre f)

La disposition sous examen entend régler les asymétries pouvant résulter de paiements dits « notionnels » entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus. Sont visés les paiements réputés effectués, c'est-à-dire sans qu'il y ait de paiement réel, par un établissement stable au profit du siège ou d'un autre établissement stable, engendrant une déduction dans le chef de l'établissement stable « payeur », sans prise en compte d'un revenu correspondant dans le chef du bénéficiaire.

D'après les commentaires sur cette disposition, les asymétries hybrides dont il s'agit résultent d'un conflit entre les règles de répartition des charges plutôt que de différences au niveau de la qualification juridique du payeur. Le Conseil d'État considère cependant qu'il ne s'agit pas d'une question de répartition des charges, mais de la création de paiements notionnels donc de charges fiscalement déductibles dans le chef de l'établissement stable sans création de revenus imposables correspondants dans le chef du siège⁵.

Les mêmes commentaires se réfèrent au considérant 20 de la directive (UE) 2017/952 et indiquent qu'aucun dispositif hybride ne devrait survenir lorsque le bénéficiaire est exonéré d'impôt au titre des lois de la juridiction dudit bénéficiaire. Le Conseil d'État comprend que, d'une part, par « bénéficiaire » est visé le siège et, d'autre part, l'absence de dispositif hybride vaut également lorsque la juridiction du bénéficiaire applique une fiscalité à taux réduit ou une exonération fondée par exemple sur un système de territorialité de l'impôt.

Le Conseil d'État s'interroge néanmoins sur l'interaction de la disposition sous examen avec celles des conventions tendant à éviter les doubles impositions conclues par le Luxembourg avec des États tiers. Pour le Conseil d'État en effet, si une telle convention devait spécifiquement prévoir la possibilité de la prise en compte de paiements notionnels, les dispositions anti-hybrides relatives aux paiements notionnels de l'article 168^{ter} LIR en projet ne s'appliqueraient pas en raison du principe de la primauté des traités internationaux sur les lois internes (même celles postérieures à un traité), tel que cela est reconnu depuis de nombreuses années par la jurisprudence luxembourgeoise.

Le Conseil d'État renvoie à ses observations ci-dessous concernant les concepts d'« inclusion » et de « revenu soumis à double inclusion ».

Ad lettre g)

La disposition sous examen a trait aux doubles déductions, c'est-à-dire un effet où un même paiement, dépense ou perte donne lieu à deux déductions dans des juridictions différentes. Les commentaires sur la disposition indiquent qu'il est indifférent que les effets de double déduction résultent de paiements, de dépenses qui ne sont pas considérées comme des paiements en vertu de la législation nationale ou de charges d'amortissement ou de dépréciation.

Le Conseil d'État renvoie à ses observations ci-dessous concernant la définition du concept de « double déduction » sous le numéro 5 ainsi qu'à celles concernant le concept d'« inclusion » et de « revenu soumis à double inclusion », et estime qu'une prise en compte au titre de règles SEC ou de règles ayant un effet similaire équivaut à une prise en compte au titre de la disposition sous rubrique,

⁵ Considérant 20 de la directive (UE) 2017/952 : « (...) un dispositif hybride pourrait survenir lorsque la déduction ne donnant pas lieu à une inclusion résulte de la non-reconnaissance dans la juridiction du bénéficiaire du paiement ou du paiement réputé effectué. »

de manière à en écarter l'application le cas échéant. Si ceci ne correspond pas à l'intention des auteurs du projet de loi, le Conseil d'État invite ces derniers à l'exprimer clairement dans le corps de la loi.

Ad numéros 3 et 4

Sans observation.

Ad numéro 5

La disposition sous examen vise à reprendre la définition du concept de « double déduction », telle que formulée par la directive (UE) 2017/952.

Le Conseil d'État note que la double déduction nécessite une symétrie conceptuelle, dans le sens où le paiement, la dépense ou la perte doit avoir comme origine le même actif ou la même obligation. Ainsi, par exemple, si une société luxembourgeoise clôture son exercice de l'année N avec une perte fiscale, due à une transaction ayant résulté en une moins-value et que, pour la même année N, la société mère non résidente décide d'acter une correction de valeur déductible dans sa juridiction, il ne saurait être question d'une double déduction dans la mesure où la perte de la société luxembourgeoise trouve son origine dans une transaction qui lui est propre, alors que la déduction pour dépréciation effectuée par la société mère est en relation avec les actions de la société luxembourgeoise, donc un actif différent.

D'une part, le Conseil d'État comprend que le mot « perte » désigne une moins-value et ne saurait désigner des pertes fiscales reportables, auquel cas un renvoi à l'article 114 LIR doit être inséré dans la définition envisagée.

D'autre part, cette définition donnée par le texte en projet, à l'instar de celle donnée par la directive (UE) 2017/952, ne contient pas de précision temporelle c'est-à-dire qu'il n'est pas précisé à quel moment il faut se placer pour apprécier s'il y a une double déduction. Or, certaines dispositions du projet de loi contiennent de telles précisions temporelles, par exemple l'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre a), ou l'alinéa 3, paragraphe 1^{er}. Par conséquent, le Conseil d'État comprend que la double déduction d'un paiement, d'une dépense ou d'une perte peut avoir lieu à n'importe quel moment et donc pas nécessairement au titre de la même année fiscale pour le payeur et pour l'investisseur, ce qui serait en ligne avec les recommandations du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE⁶. Toutefois, si tel n'est pas l'intention des auteurs du projet de loi sous examen, le Conseil d'État recommande d'inclure une limitation temporelle dans la définition même de la double déduction.

La même problématique se pose au demeurant pour la définition du concept d'« inclusion » (voir les observations en ce qui concernent ad numéro 7 ci-dessous) de sorte qu'une symétrie entre les deux concepts s'impose. En effet, il ne serait pas concevable de prévoir une limitation temporelle pour l'appréciation d'une double déduction, alors qu'une telle limitation temporelle n'existerait pas en ce qui concerne le concept d'« inclusion ».

Ad numéro 6

La disposition sous examen vise à reprendre la définition du concept de « déduction sans inclusion », telle que formulée par la directive (UE) 2017/952.

Si le texte en tant que tel ne soulève pas d'observation particulière, le Conseil d'État renvoie néanmoins à ses observations ci-dessous concernant le concept d'« inclusion », dans la mesure où ce dernier concept est utilisé dans la définition du concept de « déduction sans inclusion ».

Ad numéro 7

La disposition sous examen vise à donner une définition du concept d'« inclusion », à savoir le montant qui est pris en compte à la base de calcul du revenu imposable en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire. Les commentaires sur cette disposition précisent que lorsque le Luxembourg est la juridiction du bénéficiaire, un montant sera considéré comme inclus s'il est pris en compte dans le total des revenus nets.

⁶ Paragraphe 118 : « Les juridictions utilisent différentes périodes comptables et différentes règles pour établir à quelle date des éléments de revenu ou de dépenses ont été constatés. Ces différences temporelles et quantitatives ne devraient pas être considérées comme donnant lieu à des asymétries des résultats fiscaux aux fins de la recommandation 3. »

Si le libellé du texte en projet correspond à celui de la définition donnée par la directive (UE) 2017/952, le Conseil d'État note que, d'un point de vue pratique, certains points nécessitent clarification.

Ainsi, la disposition sous examen requiert une « prise en compte dans la base de calcul du revenu imposable », sans pour autant qu'une imposition effective soit exigée. Le Conseil d'État comprend dès lors que, si un montant donné ne subit pas d'imposition effective – du fait par exemple que le bénéficiaire dispose de pertes reportables – la condition de l'inclusion est néanmoins remplie. De même, lorsque le montant fait l'objet d'une inclusion dans la base de calcul du revenu imposable du bénéficiaire, mais bénéficie tout de même d'une exonération d'impôt en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire ou d'une imposition à un taux fixe (réduit ou non, dénommé « impôt sur le revenu » ou autrement comme par exemple « impôt sur les plus-values »), la même conclusion s'impose, à savoir qu'il y a bien inclusion, sous réserve des dispositions spécifiques applicables en matière d'instruments financiers hybrides.

Comme le Conseil d'État l'a relevé précédemment en ce qui concerne le concept de « double déduction », la définition donnée par le texte en projet ne précise pas à quel moment il faut se placer pour apprécier la prise en compte à la base de calcul du revenu imposable d'un montant déterminé. L'inclusion d'un montant peut par conséquent avoir lieu à n'importe quel moment – et donc pas nécessairement au titre de l'année fiscale durant laquelle la déduction a lieu –, sauf pour les dispositions qui prévoient expressément une limite temporelle, ce qui est en ligne avec les recommandations du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE. Toutefois, si telle n'était pas la position des auteurs du projet de loi sous examen, le Conseil d'État proposerait d'inclure expressément une limitation temporelle dans la définition même de l'inclusion.

Par ailleurs, il ressort du paragraphe 89 du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE (tel que cité dans les commentaires sur le texte en projet) qu'un paiement, qui est pris en compte comme un revenu ordinaire dans au moins une juridiction, ne génère aucune asymétrie justifiant l'application de la règle. Le Conseil d'État relève à cet égard que le texte de la directive (UE) 2017/952, tout comme le texte du projet de loi sous examen, diverge du texte du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE, en ce sens que la directive n'exige pas une prise en compte comme un « revenu ordinaire », mais simplement une prise en compte « à la base de calcul du revenu imposable ». Le concept utilisé dans le cadre de la directive (UE) 2017/952 est donc moins restrictif que ce qui est recommandé dans le rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE. Le Conseil d'État renvoie à ce sujet à ses observations ci-dessous ad numéro 8.

Ad numéro 8

La disposition sous examen reprend la définition donnée par la directive (UE) 2017/952 du concept d'« allègement fiscal ». Ce concept vient à s'appliquer dans le contexte des mesures concernant les instruments financiers hybrides, dans la mesure où le paiement effectué au titre d'un instrument financier n'est pas considéré comme inclus lorsqu'un tel paiement ouvre droit à un allègement fiscal, quel qu'il soit, uniquement du fait de la qualification de ce paiement en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire. La définition vise plus précisément toute exonération, réduction du taux d'imposition ou tout crédit ou remboursement d'impôt (autre qu'une imputation d'un impôt retenu à la source).

Tout d'abord, le Conseil d'État note que dans les commentaires sur le numéro 7 ci-dessus – et par référence au considérant 16 de la directive (UE) 2017/952 –, les auteurs du projet de loi sous examen indiquent qu'un allègement fiscal accordé dans la juridiction du bénéficiaire, du seul fait du statut fiscal de celui-ci ou du fait que l'instrument est détenu sous réserve des modalités d'un régime spécial, ne saurait donner lieu à un dispositif hybride. Par un effet de symétrie, la même conclusion s'impose lorsque la juridiction du bénéficiaire applique un taux d'imposition nul ou très faible, ou lorsque la juridiction du bénéficiaire applique le principe de territorialité de l'impôt. En effet, dans tous ces cas de figure, l'allègement fiscal ne résulte pas de la qualification du paiement, mais du système fiscal en tant que tel, de sorte que qu'il ne devrait pas avoir de non-prise en compte (non-inclusion) de ce paiement.

Ensuite, le Conseil d'État s'interroge plus particulièrement sur le concept de « réduction du taux d'imposition » et ce, dans des situations où les lois de la juridiction du bénéficiaire procèdent à une inclusion du revenu dans la base imposable, mais soumettent néanmoins le revenu à un taux fixe, donc indépendant du taux plein marginal qui s'applique normalement au bénéficiaire. À titre d'exemple, on peut mentionner le cas des États-Unis qui soumettent les dividendes et les plus-values de cession

d'actions, détenues depuis plus de douze mois, à un taux fixe qui est de 0 %, 15 % ou 20 %, en fonction du montant du dividende ou de la plus-value.

Le rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE diffère de la directive (UE) 2017/952 en ce sens qu'il considère qu'un paiement est inclus s'il est intégré en tant que revenu ordinaire dans le calcul du revenu imposable du bénéficiaire, le revenu ordinaire étant lui-même défini comme « [...] un revenu soumis à l'impôt au taux marginal applicable au contribuable et qui ne bénéficie d'aucune exonération, exclusion, crédit ou autre réduction applicable à certaines catégories de paiements (comme les crédits d'impôt indirects pour des impôts sous-jacents sur le revenu du payeur). Le revenu est considéré comme assujéti à l'impôt au taux marginal applicable au contribuable nonobstant le fait que l'impôt est minoré d'un crédit ou d'une autre réduction accordée par la juridiction du bénéficiaire au titre d'une retenue à la source ou d'autres impôts appliqués par la juridiction du payeur sur le paiement proprement dit. » Contrairement à la définition donnée par la directive (UE) 2017/952, il y a donc une exigence supplémentaire, à savoir la soumission du revenu au taux plein marginal applicable au contribuable. Cependant, le rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE prend également en compte le fait que certains pays soumettent les différentes catégories de revenu à des taux d'imposition distincts, pour conclure que : « Dans le contexte de l'application de la règle relative aux instruments financiers hybrides, le taux plein marginal applicable au bénéficiaire désigne le taux d'imposition qui serait en principe applicable au bénéficiaire au titre du revenu ordinaire généré par un instrument financier, de manière à éviter l'apparition d'une asymétrie, aux fins de la règle relative aux instruments financiers hybrides, du simple fait que la juridiction du bénéficiaire applique aux revenus générés par des instruments financiers un taux inférieur à celui applicable à d'autres catégories de revenus. »

Sur base des considérations qui précèdent, le Conseil d'État arrive aux conclusions suivantes :

- les concepts de « réduction du taux d'imposition » et d'« exonération » se réfèrent uniquement à une exemption partielle, accordée en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire et ayant pour effet de réduire le taux effectif⁷ ;
- une imposition à un taux fixe, même très bas, n'est pas qualifiée d'allègement fiscal pour l'application des dispositions concernant les instruments financiers hybrides. De l'avis du Conseil d'État, ce taux fixe ne peut pas être un taux à 0 %, sauf pour les cas où le taux de 0 % s'applique à tous les revenus indépendamment de leur nature et de leur source ;
- tout revenu qui est inclus dans la base imposable, mais qui est soumis à l'impôt à un taux représentant une quote-part en pourcentage du taux d'imposition normal, est à considérer comme une réduction du taux d'imposition, et donc comme un allègement fiscal, au sens de la définition sous rubrique.

Le Conseil d'État recommande aux auteurs du projet de loi de clarifier ce point si une interprétation différente devait s'appliquer.

Enfin, le Conseil d'État réitère ici ses observations au sujet des situations de double imposition économique susceptibles de découler de la formulation actuelle de certaines dispositions du projet de loi sous examen. On peut l'illustrer par l'exemple d'une société luxembourgeoise qui émet un instrument financier, souscrit par sa société mère américaine, servant à financer des activités opérationnelles au Luxembourg. L'instrument financier est considéré aux États-Unis comme un titre représentatif du capital social de la société luxembourgeoise et les États-Unis qualifient la société luxembourgeoise de société étrangère contrôlée (SEC). De ce fait, les États-Unis vont inclure, au titre de l'année N, les revenus bruts (donc abstraction faite des charges d'intérêts relatives à l'instrument financier) de la société luxembourgeoise dans la base imposable de la société mère. Si la société luxembourgeoise effectue, durant l'année N+1, un paiement au titre des intérêts dus, ces intérêts vont être inclus dans la base imposable de la société américaine, mais ils vont bénéficier d'une exonération dans la mesure où ils ont déjà fait l'objet d'une inclusion et d'une imposition par application des règles SEC au cours de l'année N. Si la déduction du paiement des intérêts au niveau de la société luxembourgeoise devait être refusée du fait que l'inclusion de ses revenus bruts dans la base imposable de la société mère, durant l'année N, au titre des règles SEC, ne correspond pas à une « inclusion » du paiement au sens de l'article 168ter LIR en projet et qu'il est considéré qu'il n'y a pas non plus inclusion durant l'année N+1 dans la mesure où le paiement ouvre droit à un allègement fiscal dans le chef de la société mère (pour rappel, l'exonération fiscale n'est accordée que parce que les revenus ont déjà été inclus durant l'année N), il y a bien une double imposition économique.

⁷ À titre d'exemple, on peut citer l'article 115 15a) LIR qui prévoit une exemption de 50 % de certains dividendes.

Le Conseil d'État propose que la définition du concept d'« allègement fiscal » soit adaptée de manière à exclure toute exonération, réduction du taux d'imposition ou tout crédit ou remboursement d'impôt accordés dans le seul but d'éliminer une double imposition économique. Le libellé de cette définition pourrait être reformulé comme suit :

« “allègement fiscal”, une exonération, une réduction du taux d'imposition ou tout crédit ou remboursement d'impôt (autre qu'une imputation d'un impôt retenu à la source), à l'exclusion de toute exonération, réduction du taux d'imposition ou crédit ou remboursement d'impôt accordé uniquement en vue d'éliminer une double imposition ».

La Commission des Finances et du Budget décide de ne pas reprendre le libellé proposé par le Conseil d'État.

Ad numéro 9

La disposition sous examen reprend la définition de la directive (UE) 2017/952 du revenu soumis à double inclusion, à savoir tout élément de revenu inclus selon les lois des deux juridictions où l'asymétrie s'est produite.

Comme l'a relevé la Chambre de commerce, sur base d'un exemple, dans son avis du 7 octobre 2019, une application restrictive de la règle pourrait conduire à une double, voire à une multiple imposition économique. Le Conseil d'État note que les commentaires sur le projet sous examen font référence aux « deux juridictions où l'asymétrie s'est produite ». Une telle formulation n'est cependant pas claire en ce qui concerne la question de savoir quelles sont les deux juridictions qui sont concernées. À titre d'exemple, prenons la situation d'une société luxembourgeoise qui détient une participation dans une autre société européenne dans des conditions telles, que les deux sociétés sont à considérer comme entreprises associées au sens de l'article 168^{ter} LIR en projet. La société luxembourgeoise a pour seul actionnaire une société américaine. La filiale européenne, au titre de l'année N, réalise des revenus opérationnels de 150 et paie des intérêts de 100 à la société luxembourgeoise au titre d'un prêt. La société luxembourgeoise comptabilise pour l'année N des charges d'intérêts pour un montant de 90 sur un prêt qui lui a été octroyé par sa société mère. Du point de vue des États-Unis, la société luxembourgeoise est considérée comme transparente, alors que du point de vue luxembourgeois et de la juridiction de la filiale, la société luxembourgeoise est une société fiscalement opaque. La filiale européenne, quant à elle, est considérée, d'un point de vue américain, comme une SEC. Il y aura, aux États-Unis, inclusion dans la base imposable de la société américaine du revenu de la filiale européenne pour un montant de 150 par application des règles SEC au titre de l'année N. Par conséquent, il y aura un paiement de 90 effectué par un organisme hybride (la société luxembourgeoise), donnant lieu à une déduction sans inclusion du même paiement et cet effet d'asymétrie résulte de la non prise en compte du paiement en vertu des lois du bénéficiaire (du fait que l'entité luxembourgeoise est ignorée d'un point de vue américain). Les dispositions de la lettre 3), numéro 2, alinéa 1^{er}, de l'article 168^{ter} LIR en projet prévoient une mesure corrective, à savoir qu'« un dispositif hybride ne survient que dans la mesure où ce paiement est déductible dans la juridiction du payeur d'un revenu qui n'est pas soumis à double inclusion ».

Par rapport à l'exemple ci-dessus, deux interprétations sont possibles :

- 1) il est considéré que l'asymétrie s'est produite entre le Luxembourg et les États-Unis : les revenus inclus au Luxembourg ne seront pas les mêmes revenus que ceux qui seront inclus aux États-Unis, étant donné qu'il y aura inclusion au Luxembourg d'un paiement d'intérêts de 100, alors que les États-Unis incluront des revenus opérationnels de 150. Néanmoins, les intérêts de 100 sont, d'un point de vue économique, inclus dans les revenus opérationnels de 150, dans la mesure où les États-Unis procèdent à une inclusion des revenus bruts et non des revenus nets ; il y a donc bien une situation de double inclusion ; ou
- 2) il est considéré que l'asymétrie s'est produite entre la filiale européenne et les États-Unis (la filiale européenne est considérée comme opaque par le Luxembourg, mais comme transparente par les États-Unis et de ce fait il y a imposition des revenus de la filiale européenne aux États-Unis) : dans la mesure où il n'est pas exigé que l'inclusion soit faite au Luxembourg et comme la filiale européenne a inclus les revenus opérationnels de 150 dans sa base imposable, il y a donc double inclusion, dans la mesure où les 150 de revenus opérationnels sont également inclus aux États-Unis.

Dans les deux cas, et dans la mesure où il y a une double inclusion, les intérêts de 90 payés par la société luxembourgeoise doivent rester déductibles.

Le Conseil d'État observe que la même problématique se pose si les États-Unis considèrent tant la société luxembourgeoise que la filiale européenne comme « *checked entities* », c'est-à-dire comme sociétés transparentes. Dans ce cas de figure, il y aura inclusion, au niveau des États-Unis, des revenus de la filiale européenne et de la société luxembourgeoise générant ainsi une double inclusion. Le Conseil d'État se réfère à cet égard aux exemples mis en avant par la Chambre de commerce dans son avis du 7 octobre 2019.

Sur base de ce qui précède et afin d'éviter une double imposition contraire à l'esprit de la directive (UE) 2017/952, le Conseil d'État comprend que la disposition sous rubrique est à interpréter, en ligne avec les principes posés par le rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE, dans le sens que l'asymétrie se produit entre les deux juridictions qui incluent effectivement le même revenu, donc, pour reprendre l'exemple ci-dessus, entre la filiale européenne et les États-Unis. Par conséquent, et comme mentionné ci-dessus, les intérêts de 90 payés par la société luxembourgeoise restent déductibles, dans la mesure où il y a une double inclusion du revenu de 150. Si ceci ne correspond pas à l'intention des auteurs du projet de loi, le Conseil d'État invite ces derniers à l'exprimer clairement dans le corps de la loi.

Le Conseil d'État comprend que pour la définition du concept de « revenu soumis à double inclusion », il n'est pas pertinent que le revenu ouvre droit à un allègement fiscal ; il suffit qu'il y ait inclusion indépendamment du taux d'imposition auquel le revenu sera finalement soumis.

Ad numéro 11 (numéro 10 initial)

Il ressort des commentaires sur cette disposition que, par la définition de l'« organisme hybride », les auteurs du projet de loi sous examen entendent transposer l'expression « entité hybride », telle que définie par la directive (UE) 2017/952. L'expression « organisme » est, quant à elle, définie à l'alinéa 1^{er}, numéro 2 du texte en projet (voir ci-dessus les observations du Conseil d'État sur cette disposition).

L'expression « personne » utilisée dans le texte de la directive (UE) 2017/952 – qui fait l'objet d'une définition spécifique, à savoir « une personne physique ou une entité » – a été remplacée par l'expression « personnes physiques ou organismes ». Cette expression choisie par les auteurs du projet de loi rencontre l'esprit de la directive et ne suscite pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Ad numéros 12 et 13 (numéros 11 et 12 initiaux)

Sans observation.

Ad numéro 14 (numéro 13 initial)

La disposition sous examen vise à transposer la définition donnée par la directive (UE) 2017/952 du concept de « transfert hybride ».

Un transfert hybride désigne tout dispositif permettant de transférer un instrument financier lorsque le rendement sous-jacent de l'instrument financier transféré est considéré à des fins fiscales comme obtenu simultanément par plusieurs des parties à ce dispositif. Comme le précisent les commentaires y relatifs dans le texte en projet, sont notamment visées les opérations de mise en pension (opération de vente avec rachat) ou de prêts de titres lorsque le cédant demeure concerné par les rendements financiers générés par l'instrument financier transféré.

Dans la mesure où le considérant 28 de la directive (UE) 2017/952 invite les États membres à utiliser les explications et les exemples applicables figurant dans le rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE comme source d'illustration ou d'interprétation, le Conseil d'État comprend que les précisions supplémentaires apportées par ledit rapport peuvent être utilisées pour illustrer le concept sous rubrique. Ainsi, en ce qui concerne les opérations de mise en pension, le paragraphe 74 apporte les explications suivantes : « Dans le cas d'une mise en pension qui constitue également un transfert hybride, le cédant est soumis à l'impôt au titre du dispositif conformément à la substance de celui-ci, de telle sorte que le transfert sous-jacent est ignoré aux fins fiscales et que les paiements effectués dans le cadre du transfert hybride sont assimilés à des paiements effectués au titre d'un instrument financier, tandis que le cessionnaire respecte en règle générale l'accord conclu entre les parties et traite le transfert hybride comme une vente d'actif. » En ce qui concerne les opérations de prêt de titres, et par référence aux exemples 1.32 à 1.34 et 2.2, le paragraphe 75 énonce que : « Lors de ces transactions, le cessionnaire (l'emprunteur aux fins du dispositif) s'engage à restituer les titres transférés (ou leur équivalent)

ainsi que tout dividende ou intérêt perçu en lien avec ces titres pendant la durée du prêt. La juridiction du cédant soumet le dispositif à l'impôt conformément à sa substance, ignorant le transfert et traitant le cédant comme s'il détenait toujours les titres sous-jacents, tandis que la juridiction du cessionnaire traite le transfert conformément à la forme qu'il revêt et considère le dispositif, aux fins fiscales, comme un achat et une vente de titres. »

Ad numéros 15 et 16 (numéros 14 et 15 initiaux)

Sans observation.

Ad numéro 17 (numéro 16 initial)

La disposition sous examen reprend la définition donnée par la directive (UE) 2017/952 du concept de « dispositif structuré », à savoir : « un dispositif utilisant un dispositif hybride et dont les termes intègrent la valorisation de l'effet d'asymétrie ou un dispositif qui a été conçu en vue de générer l'effet d'un dispositif hybride, à moins que l'on ne puisse pas raisonnablement attendre du contribuable ou d'une entreprise associée qu'il/elle soit informé(e) de l'existence du dispositif hybride, et qu'il/elle n'ait pas bénéficié de l'avantage fiscal découlant de ce dispositif ».

Si le libellé de la disposition reprend fidèlement le texte de la directive (UE) 2017/952, le Conseil d'État note cependant que cette définition ne fait pas l'objet d'explications plus détaillées dans les commentaires et qu'aucun renvoi n'est fait à ce sujet aux recommandations formulées dans le rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE. Or, certains concepts méritent quelques explications supplémentaires.

Ainsi, il s'avère opportun de définir ce qu'il faut entendre par « dispositif ». À cet effet, il pourrait être renvoyé au paragraphe 322 du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE, qui énonce que : « La définition d'un dispositif englobera un certain nombre de dispositifs distincts qui font tous partie du même plan ou du même accord, et inclura l'ensemble des mesures et des transactions qui donnent effet à ce plan ou à cet accord. Pour déterminer si “ les termes et le prix reflètent la prise en compte de l'effet du dispositif hybride ” ou si, au regard des faits et circonstances, “ [le dispositif] a été conçu en vue de générer une asymétrie fiscale ”, les contribuables et les administrations fiscales doivent examiner le dispositif dans son ensemble, et pas seulement la transaction qui donne lieu à des résultats fiscaux asymétriques. »

Ensuite, pour déterminer si les termes du dispositif intègrent la valorisation de l'effet d'asymétrie, le paragraphe 323 précise que : « Le test se fonde sur les termes effectifs du dispositif car ils influent sur son rendement, ainsi que sur les accords passés entre les parties, pour déterminer si le prix de la transaction diffère de ce qui aurait été convenu si l'asymétrie ne s'était pas produite. Il s'agit d'un test juridique et factuel qui étudie uniquement les termes du dispositif et la répartition correspondante des risques et du rendement, sans tenir compte de facteurs plus généraux tels que la relation entre les parties ou les circonstances dans lesquelles le dispositif a été conclu. ». À ce titre, il est renvoyé à l'exemple 10.1 dans lequel le rendement sur un prêt accordé par la société résidente du pays A est considéré comme un dividende exonéré, alors que le pays de résidence de l'emprunteur (pays B) considère que les paiements constituent des intérêts déductibles. Les règles concernant les instruments financiers hybrides ne s'appliquent pas, dans la mesure où les deux sociétés ne sont pas des entreprises associées. Par contre, les deux sociétés sont parties à un dispositif structuré, dans la mesure où la société B bénéficie de l'avantage découlant de ce dispositif à travers une réduction du taux d'intérêt accordé par la société résidente du pays A. L'avantage fiscal dont bénéficie le prêteur a été pris en compte dans les termes de l'instrument financier (réduction du taux de marché qui aurait normalement été applicable au prêt).

Pour déterminer si un dispositif peut être considéré comme « conçu en vue de générer une asymétrie fiscale », il y a lieu d'examiner « la relation entre les parties, les circonstances dans lesquelles le dispositif a été conclu, les mesures et les transactions engagées pour que le dispositif prenne effet, les termes du dispositif proprement dit, et les avantages économiques et commerciaux procurés par la transaction » (paragraphe 326). Une liste de facteurs, qui ne sont ni exclusifs ni exhaustifs, signalant l'existence d'un dispositif structuré est dressée à la recommandation 10.2.

Le Conseil d'État relève également que le paragraphe 320 du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE précise que : « La définition d'un dispositif structuré ne s'applique pas à un contribuable qui n'est pas partie au dispositif. Une personne sera partie à un dispositif si elle s'est suffisamment impliquée dans sa conception pour comprendre comment il est structuré et quels peuvent en être

les effets fiscaux. Une personne ne sera pas partie à un dispositif structuré si cette personne (ou tout membre du groupe sous contrôle) n'en bénéficie pas et si on ne pouvait pas attendre raisonnablement d'elle qu'elle soit informée de l'asymétrie générée par le dispositif structuré. »

Le libellé de la définition du concept de « dispositif structuré » semble combiner deux éléments de la recommandation 10 du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE. Le point 1 de la recommandation 10 donne une définition générale (« Un dispositif structuré désigne tout dispositif dont les termes et le prix reflètent la prise en compte de l'effet du dispositif hybride ou qui, au regard des faits et circonstances qui lui sont propres (y compris les termes du dispositif), a été conçu en vue de générer une asymétrie fiscale. »), tandis que le point 3 détaille les circonstances dans lesquelles un contribuable n'est pas partie à un dispositif structuré (« Un contribuable ne sera pas considéré comme partie à un dispositif structuré si on ne peut pas raisonnablement attendre de ce contribuable ou d'un membre du même groupe sous contrôle commun qu'il soit informé de l'existence de l'asymétrie et s'il n'a pas bénéficié de l'avantage fiscal généré par cette asymétrie. »).

Des considérations qui précèdent, le Conseil d'État aboutit à la conclusion qu'il y aura un dispositif structuré dès lors qu'on est en présence d'un « dispositif utilisant un dispositif hybride et dont les termes intègrent la valorisation de l'effet d'asymétrie ou un dispositif qui a été conçu en vue de générer l'effet d'un dispositif hybride ». Cependant, les mesures anti-hybrides de l'article 168^{ter} LIR en projet ne s'appliqueront pas :

- lorsqu'on ne peut pas « raisonnablement attendre du contribuable ou d'une entreprise associée qu'il/elle soit informé(e) de l'existence du dispositif hybride » – le Conseil d'État renvoie à ce sujet à ses observations en matière de preuve, ad alinéa 6 –, et
- lorsqu'il/elle n'a pas « bénéficié de l'avantage fiscal découlant de ce dispositif », c'est-à-dire que l'avantage fiscal a été répercuté d'une manière ou d'une autre sur le contribuable, par exemple par le biais d'une réduction du taux d'intérêt.

Ainsi, si une société luxembourgeoise émet par exemple un instrument financier sur le marché, sans connaître au moment de l'émission de cet instrument quels seront les souscripteurs et sans avoir délibérément élaboré les termes de cet instrument financier en vue de démarcher activement des investisseurs pour lesquels cet instrument sera à l'origine d'un dispositif hybride, il ne saurait, aux yeux du Conseil d'État, être question d'un dispositif structuré.

En conséquence, le Conseil d'État comprend que les explications et exemples, notamment ceux repris sous la recommandation 10.2. du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE, serviront de base pour apprécier l'existence d'un éventuel dispositif structuré.

Si tel n'est pas l'avis et l'intention des auteurs du texte, le Conseil d'État invite ces derniers à l'exprimer dans le corps de la loi en projet.

Ad numéro 18 (numéro 17 initial)

Le texte en projet entend introduire une définition autonome du concept d'« entreprise associée », dans la mesure où elle diffère à plusieurs égards de la définition de ce concept qui est actuellement codifié à l'article 164^{ter} LIR (disposition relative aux sociétés étrangères contrôlées). La définition proposée n'aura donc vocation à s'appliquer que dans le contexte du nouvel article 168^{ter} LIR en projet ; la définition de l'article 164^{ter} LIR restant d'application pour l'application dudit article, tout comme pour l'application de l'article 168^{bis} LIR (limitation de la déductibilité des intérêts).

Les principales différences de la définition de la directive (UE) 2017/952 avec celle de la directive (UE) 2016/1164 ont trait aux seuils de détention et à leur application en cas d'action conjointe.

En ce qui concerne les seuils de détention, ils sont relevés de 25 % à 50 % ou plus. Par exception, pour les besoins de l'application des règles relatives aux dispositifs hybrides impliquant un paiement effectué au titre d'un instrument financier, le seuil de détention est ramené à 25 %.

Le Conseil d'État constate l'absence d'explications quant au concept d'« influence notable sur la gestion ». En effet, il se demande sur base de quels critères il est prévu d'apprécier l'existence ou non d'une influence notable : est-ce qu'une présence dans l'organe décisionnel du contribuable ou de l'entreprise (p.ex. dans le conseil d'administration) est suffisante ou bien le contribuable ou l'entreprise doivent-ils avoir un poste lui conférant la gestion au quotidien (administrateur-délégué) ? Doit-il disposer du pouvoir de signature ; seul ou le cas échéant avec d'autres ? Étant donné que le concept d'entreprise associée est un concept fondamental conditionnant dans la très grande majorité des cas l'application des règles anti-hybrides, le Conseil d'État demande aux auteurs du projet de loi sous

examen d'inclure des critères permettant d'établir l'existence de l'influence notable au sens de la disposition sous rubrique.

Le texte en projet introduit également le concept d'« action commune ». En vertu de ce principe, les droits de vote ou la propriété du capital d'un organisme sont agrégés aux fins de l'application des seuils prévus par le même texte en projet en ce qui concerne les personnes physiques ou organismes qui agissent conjointement, chaque personne physique ou organisme étant ainsi considéré comme détenant une participation dans l'ensemble des droits de vote ou des capitaux de cet organisme qui sont détenus par une autre personne physique ou organisme. Par référence au rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE, les auteurs expliquent que ce concept a pour objectif d'empêcher les contribuables de se soustraire au test fondé sur les parties liées en transférant leurs droits de vote ou leurs participations à une autre personne qui continue d'agir sous leur direction en ce qui concerne ces droits de vote ou participations.

Si les auteurs du projet de loi n'ont pas inclus de détails permettant de conclure à l'existence d'une action commune (définition positive), ils ont en revanche inséré dans le texte en projet un cas de figure qui est considéré comme non constitutif d'une action commune (définition négative). En effet, le texte en projet retient qu'un investisseur détenant, directement ou indirectement, moins de 10 % des titres ou des parts dans un fonds d'investissement ainsi que moins de 10 % des droits de participation aux bénéfices de ce fonds d'investissement, ne devrait, sauf preuve contraire, pas être considéré comme agissant conjointement avec une autre personne physique ou un autre organisme détenant des titres ou des parts dans ce même fonds d'investissement. De l'avis des auteurs du projet, cette exception se justifie par le fait que les investisseurs dans un fonds d'investissement n'ont en principe pas de contrôle effectif sur les investissements effectués par ce fonds.

Le concept de l'action commune dans un contexte de fonds d'investissements est susceptible de générer de nombreux problèmes, notamment pour les fonds d'investissement comptant un nombre important d'investisseurs. Les gestionnaires de ces fonds devront effectuer des diligences et démarches conséquentes en termes d'identification et d'obtention des informations concernant les attributs fiscaux des investisseurs (notamment en présence d'investisseurs opérant à travers des véhicules intermédiaires pour investir dans le fonds).

Dès lors, le Conseil d'État ne s'oppose pas à la dérogation proposée par les auteurs du projet de loi, dans la mesure où elle reste en ligne avec l'esprit de la directive (UE) 2017/952.

Le Conseil d'État déduit de la règle dérogatoire susmentionnée que les personnes physiques ou organismes tombant en dehors de la règle dérogatoire du fait qu'ils atteignent ou dépassent le seuil de 10 %, ne seront pas automatiquement des « entreprises associées ». En effet, il n'en sera ainsi que si l'application du principe de l'action commune entraîne, du fait de l'agrégation des droits de vote ou de la propriété du capital des personnes physiques ou organismes tombant en dehors de la règle dérogatoire, le dépassement du seuil de 50 % (ou de 25 % en cas d'application des règles relatives aux dispositifs hybrides impliquant un paiement effectué au titre d'un instrument financier). Prenons l'exemple d'une société en commandite simple, dont les parts et droits aux bénéficiaires sont détenus par onze associés, dont dix détiennent chacun 8 % des parts et droits aux bénéficiaires, et un détient 20 % des parts et droits aux bénéficiaires. Sur la base de la règle dérogatoire, il y a un seul associé excédant le seuil de 10 %. En l'absence de tout autre associé tombant sous la règle générale, il n'y a donc pas de cumul des titres ou parts, droits aux bénéficiaires ou droits de vote. L'associé concerné est donc, du fait de sa participation de 20 % dans le fonds de placement, en dessous des seuils fixés par l'alinéa 1^{er}, lettres a) à d), de la disposition sous rubrique et n'est donc pas à considérer comme entreprise associée.

En dernier lieu, de la compréhension du Conseil d'État, et contrairement au principe posé par l'alinéa 6 de l'article 168^{ter} LIR en projet que le contribuable doit fournir la preuve de la non-application des dispositions anti-hybrides prévues par l'article en question, la charge de la preuve de la non-application de la règle dérogatoire est dévolue à l'administration fiscale. Il appartiendra donc à l'administration fiscale de prouver que les conditions pour bénéficier de la règle dérogatoire ne sont pas remplies (à l'exclusion de la preuve du seuil de détention en dehors de 10 % qui est à charge du contribuable).

Paragraphe 2

La disposition sous examen vise à limiter la portée de la définition des dispositifs hybrides à des cas de figure précis. Conformément à la directive (UE) 2017/952 en effet, les dispositions anti-hybrides du texte en projet s'appliqueront uniquement lorsqu'un effet d'asymétrie survient :

- entre entreprises associées telles que définies au numéro 17 de l’alinéa 1^{er} de l’article 168^{ter}LIR en projet ;
- entre le contribuable et une entreprise associée suivant définition susmentionnée ;
- entre le siège et son établissement stable ;
- entre deux ou plusieurs établissements stables du même organisme ; ou
- dans le cadre d’un dispositif structuré.

Cette disposition n’appelle pas d’observation de la part du Conseil d’État.

Paragraphe 3

Cette disposition vise à transposer les mesures prévues par la directive (UE) 2017/952 en vue de parer aux différents effets d’asymétrie identifiés par celle-ci.

Ad numéro 1

Les dispositions du numéro 1 sous examen ont pour objectif de déterminer les mesures à prendre lorsqu’un paiement, une dépense ou une perte en relation avec un dispositif hybride entraînent une double déduction. Ces mesures se subdivisent en une règle primaire, qui fait l’objet de la lettre a), et une règle secondaire, reprise sous la lettre b).

En vertu de la règle primaire, le paiement, les dépenses ou les pertes découlant d’un dispositif hybride et entraînant une double déduction, ne sont pas déductibles auprès du contribuable qui est l’investisseur. Au cas où la juridiction de l’investisseur n’appliquerait pas une telle mesure corrective (ce qui pourrait être le cas, comme relevé dans les commentaires du texte en projet, lorsque cette juridiction n’est pas un État membre de l’Union européenne ou lorsqu’elle n’a pas mis en place une législation équivalente aux recommandations du rapport sur l’action 2 du Plan d’Action BEPS de l’OCDE), la règle secondaire viendra s’appliquer. En vertu de cette dernière règle, il appartiendra à la juridiction du payeur de refuser la déduction de ce paiement, des dépenses ou des pertes. Tel qu’il ressort des commentaires relatifs à l’alinéa 2, numéro 5, le Conseil d’État comprend que la « perte » désigne une moins-value et non pas des pertes fiscales reportables.

Le texte sous examen prévoit une limitation des règles, ci-dessus exposées, en application de laquelle un paiement, une dépense ou une perte reste déductible d’un revenu soumis à double inclusion de l’exercice d’exploitation en cours. Il prévoit en outre un report des paiements, dépenses ou pertes qui n’ont pas pu être déduits au cours de l’exercice d’exploitation en cours, pour qu’ils soient déduits d’un revenu soumis à double inclusion au cours d’un exercice d’exploitation. Le Conseil d’État note que la formulation retenue par les auteurs du projet de loi paraît plus restrictive que la disposition correspondante de la directive (UE) 2017/952. En effet, l’article 9, alinéa 1^{er}, de cette directive prévoit que « toute déduction de ce type est susceptible d’être imputée sur un revenu soumis à double inclusion, qu’il soit pris en compte durant la période en cours ou durant une période d’imposition ultérieure ». Le texte de la directive ne semble donc pas limiter la déduction des paiements, dépenses ou pertes d’un exercice d’exploitation au montant du revenu soumis à double inclusion du même exercice et admet par ailleurs une déduction d’un éventuel solde de ces paiements, dépenses ou pertes d’un revenu soumis à double inclusion d’un exercice ultérieur.

Le libellé du texte en projet crée ainsi une distorsion temporelle qui peut être illustrée comme suit : Une société luxembourgeoise établit durant l’année N une succursale dans le pays A, dont l’activité consiste à procurer des financements à des sociétés appartenant au même groupe que la société luxembourgeoise. Au cours de l’année N, la succursale contracte un emprunt auprès d’une banque et paie des intérêts à cette dernière pour un montant de 100. Les contrats de prêt avec les autres sociétés du groupe n’ayant cependant pas encore été mis en place, la succursale ne génère pas de revenus au cours de l’année N. Durant l’année N+1, la succursale génère des revenus de 300 et paie des intérêts de 150. D’un point de vue fiscal luxembourgeois, la succursale ne remplit pas les critères requis pour la qualifier d’établissement stable, de sorte que les revenus et dépenses de cette succursale sont à prendre en compte dans la base imposable de la société luxembourgeoise. Le pays A, par contre, reconnaît l’existence d’un établissement stable et soumet les revenus et dépenses de la succursale à imposition. Au cours de l’année N, les intérêts de 100 payés par la succursale de la société luxembourgeoise font l’objet d’une double déduction (déduction au Luxembourg et dans le pays A). En vertu du libellé du paragraphe 3, numéro 1 sous rubrique, dans la mesure où durant l’année N il n’y a pas de revenu soumis à double inclusion, le Luxembourg devra refuser la déduction des intérêts de 100. En partant par exemple d’un

revenu imposable de -10 avant l'ajustement susmentionné, la société luxembourgeoise se retrouvera avec une base imposable de 90, soumise à l'impôt au taux de 24,94 %, soit une charge fiscale de 22,45 %. Durant l'année N+1, la succursale génère un revenu de 300 et subit des dépenses de 150. Du fait de la non-reconnaissance par le Luxembourg d'un établissement stable dans le pays A, le revenu de 300 sera un revenu soumis à double inclusion (dans le pays A et au Luxembourg), tout comme les dépenses de 150 seront des dépenses soumises à double déduction (pareillement dans le pays A et au Luxembourg). En outre, la société luxembourgeoise dispose d'un report de dépenses soumises à double déduction de l'année N de 100. Les dépenses soumises à double déduction de l'année N et de l'année N+1 peuvent être déduites dans leur entièreté, dans la mesure où le revenu soumis à double inclusion est supérieur. En partant à nouveau d'un revenu imposable pour l'année N+1 de -10 avant ajustement, ce dernier sera réduit des dépenses non déduites de 100 durant l'année N, pour aboutir ainsi à -110. Au 1^{er} janvier de l'année N+2, la société luxembourgeoise et la succursale sont liquidées.

En appliquant le libellé de l'article 9, alinéa 1^{er}, de la directive (UE) 2017/952 – à savoir une imputation de la dépense soumise à double déduction sur un revenu soumis à double inclusion pris en compte durant la période en cours ou durant une période d'imposition ultérieure –, la société luxembourgeoise n'aurait pas subi d'ajustement durant l'année N (le revenu imposable serait donc maintenu à -10), ni durant l'année N+1, l'intégralité des dépenses soumises à double déduction de l'année N+1 étant compensée par des revenus soumis à double inclusion (de 200, dans la mesure où 100 des 300 ont compensé les dépenses soumises à double déduction de l'année N).

L'exemple ci-dessus démontre dès lors que le libellé du texte en projet donne lieu à une charge fiscale de 22,45 %, alors qu'en suivant le libellé de la directive (UE) 2017/952, aucun impôt ne serait dû.

Il y a cependant lieu de tempérer l'exemple ci-dessus, dans la mesure où il n'y aura pas création d'une charge fiscale plus lourde, sur base du libellé du texte en projet, dans tous les cas de figure. En effet, sur une période de référence plus longue, le libellé du texte en projet peut également aboutir à une simple répartition temporelle différente de la (même) charge fiscale.

Ainsi, un possible impact de la différence dans le libellé aura notamment vocation à apparaître en cas de liquidation d'une société luxembourgeoise ou en cas de variation du taux d'imposition (p. ex. réduction du taux d'imposition à partir de l'année d'imposition suivant celle ayant donné lieu à imposition du fait de la limitation de la déduction des dépenses soumises à double déduction au montant du revenu soumis à double inclusion de la même année d'imposition).

Le texte sous examen instaure ainsi un système de report des déductions concernées qui n'est, en tant que tel, pas prévu par la directive (UE) 2017/952 et qui, comme le démontre l'exemple ci-dessus, est susceptible de créer des situations qui semblent aller au-delà de ce que la Directive exige. Même si le paragraphe 118 du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE prévoit un tel mécanisme de report⁸, le Conseil d'État renvoie aux observations de la Chambre de commerce formulées dans son avis du 27 septembre 2019 et demande aux auteurs du projet de loi un alignement sur le texte de la directive (UE) 2017/952 en modifiant la disposition sous examen comme suit⁹ : « Toutefois, de tels paiements, dépenses ou pertes restent déductibles d'un revenu soumis à double inclusion, qu'il soit pris en compte durant l'exercice d'exploitation en cours ou durant un exercice d'exploitation ultérieur. »

La Commission des Finances et du Budget décide de ne pas suivre cette recommandation du Conseil d'État.

Le Conseil d'État note aussi qu'il va de soi qu'une déduction ne peut avoir lieu qu'à concurrence du montant du revenu soumis à double inclusion pour lequel il est raisonnable de penser qu'il y aura une prise en compte durant un exercice d'exploitation ultérieur. Pour le surplus éventuel, même si cela

8 « Les déductions excédentaires visées par une limitation dans la juridiction du payeur en vertu de la règle relative aux paiements hybrides non pris en compte peuvent être reportées sur un autre exercice, conformément aux règles normalement applicables aux pertes nettes, pour y être imputées à un revenu soumis à une double inclusion ».

9 À titre d'exemple, en France, le projet de loi de finances pour 2020, qui transpose les dispositions de la directive (UE) 2017/952 dans le code général des impôts français, propose le libellé suivant (article 13 (44)) : « Ces dispositions ne sont pas applicables lorsque la double déduction concerne un revenu soumis à double inclusion au titre du même exercice ou au titre d'un exercice qui commence dans les vingt-quatre mois suivant la fin de l'exercice au titre duquel la charge a été initialement déduite. »

n'est pas prévu en tant que tel par la directive (UE) 2017/952, il pourrait être envisagé de maintenir un système de report limité dans le temps, tel que prévu par le libellé actuel de la disposition sous projet. Comme le paragraphe 118 précité se réfère « aux règles normalement applicables aux pertes nettes », la limite pourrait être fixée à dix-sept ans en ligne avec les dispositions applicables en matière de report de pertes suivant l'article 114 LIR. La possibilité d'un tel report pourrait être prévue par l'insertion, à la suite du paragraphe 2 du numéro 1 de l'alinéa 3 sous rubrique, de la phrase suivante :

« Les paiements, dépenses ou pertes qui n'ont pas pu être déduits en vertu de la phrase précédente restent déductibles d'un revenu soumis à double inclusion au cours des dix-sept exercices d'exploitation suivants. ».

La Commission des Finances et du Budget décide de ne pas suivre cette recommandation du Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat réitère ici également ses observations concernant le concept de « revenu soumis à double inclusion ». Ainsi, lorsqu'un paiement, une dépense ou une perte fait l'objet d'une inclusion – en vertu de règles nationales telles que les règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées ou tout autre règle ayant pour effet une inclusion en temps réel dans la base imposable du contribuable des bénéficiaires réalisés par une entreprise associée située à un niveau inférieur de la chaîne de détention – dans la juridiction d'une entreprise associée, même lorsque cette dernière n'est pas la juridiction où survient l'effet d'asymétrie, celui-ci devrait être considéré comme un revenu soumis à double inclusion pour les besoins de l'application de la limitation des règles de non-déduction.

Ad numéro 2

Le numéro 2 de la disposition sous examen a pour objectif de lutter contre les dispositifs hybrides engendrant une déduction sans inclusion. Les mesures prévues se subdivisent à nouveau en une règle primaire et une règle secondaire.

La règle primaire prévoit le refus de la déduction du paiement auprès du contribuable qui est le payeur, lorsque ce paiement génère un effet de déduction sans inclusion. Si la juridiction du payeur ne refuse pas la déduction dans un tel cas de figure, la règle secondaire vient à s'appliquer : dans ce cas, le produit correspondant est à inclure, donc à prendre en compte dans le total des revenus nets, auprès du contribuable qui est le bénéficiaire luxembourgeois.

Les commentaires relatifs à cette disposition précisent que la règle secondaire ne s'applique pas, lorsque l'asymétrie est neutralisée par l'application des dispositions de l'article 166, alinéa 2bis, LIR. Cette dernière disposition prévoit, entre autres, que les revenus d'une participation ne bénéficient pas de l'exonération prévue par l'alinéa 1^{er} du même article, lorsque ces mêmes revenus sont déductibles dans l'Etat membre du payeur. Le Conseil d'Etat constate que la formulation choisie ne reflète pas correctement la primauté de l'article 166, alinéa 2bis, LIR par rapport à la règle secondaire analysée. En effet, l'expression « sans préjudice de l'article 166, alinéa 2bis » signifie, d'après le Guide de légistique pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires¹⁰, que « la règle qui va être énoncée est sans incidence sur l'application d'une autre règle qu'on entend précisément ne pas écarter et qui pourra s'appliquer également ». Cette expression entraîne donc un cumul des deux règles, alors que l'intention ici est d'écarter une règle au profit de l'autre. La formule « sous réserve » est par conséquent plus appropriée dans le cas d'espèce, dans la mesure où cette locution indique « l'ordre de prééminence entre deux dispositions en conflit, soit qu'elles appartiennent à deux textes différents, soit qu'elles se situent à l'intérieur d'un même texte : la disposition ne joue que lorsque le texte réservé ne trouve pas à s'appliquer »¹¹. Le Conseil d'Etat demande dès lors aux auteurs du projet de loi, **sous peine d'opposition formelle** pour contrariété avec la directive, de modifier la disposition sous examen comme suit :

« b) lorsque le paiement est déductible dans la juridiction du payeur, le produit ou la recette correspondant qui, autrement, donnerait lieu à un effet d'asymétrie est pris en compte dans le total des revenus nets du contribuable qui est le bénéficiaire sous réserve de l'article 166, alinéa 2bis ».

10 Cf. M. Besch, « Normes et légistique en droit public luxembourgeois », Windhof, Promoculture Larcier, 2019, p. 436, n° 552. Adde : « Guide de légistique pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires », Secrétariat général du Gouvernement et Conseil d'Etat, France, éd. 2018, p. 302.

11 Guide de légistique, op. cit., p. 303.

La Commission des Finances et du Budget décide de reprendre le libellé proposé par le Conseil d'Etat.

Selon le Conseil d'Etat, il y a lieu de noter que, dans la mesure où la non-application de l'exonération n'est susceptible de s'appliquer que pour des revenus en provenance d'un État membre, les revenus provenant d'une participation, remplissant par ailleurs toutes les conditions prévues par l'article 166 LIR pour pouvoir bénéficier de l'exonération y prévue, dans une société résidente d'un État tiers et qui donnent lieu à une déduction sans inclusion, auront vocation à tomber sous l'application de la règle secondaire en projet.

À l'inverse, si le Luxembourg est la juridiction du payeur, et que le bénéficiaire est une entité résidente d'un État membre et bénéficiant des dispositions de la directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, telle que transposée en droit national, le Luxembourg n'aura pas à appliquer la règle primaire. En effet, le considérant 30 de la directive (UE) 2017/952 précise que « [l]orsque les dispositions d'une autre directive, comme celles de la directive 2011/96/UE du Conseil, permettent de neutraliser l'asymétrie dans les conséquences fiscales, les règles relatives aux dispositifs hybrides prévues par la présente directive ne devraient pas s'appliquer ». Il appartiendra dans ce cas à l'État membre du bénéficiaire de prendre en compte le paiement dans la base de calcul du revenu imposable du bénéficiaire. Il y a lieu de noter à nouveau que la non-application de la règle primaire ne vaut que pour un revenu tombant sous l'application de la directive 2011/96/UE précitée.

Le Conseil d'État note que, contrairement aux dispositions applicables en cas de double déduction, le texte en projet relatif aux mesures applicables en cas de déduction sans inclusion vise uniquement les « paiements » effectués. Il renvoie à ses observations ci-dessus au sujet du point 3, numéro 2, concernant l'interprétation du concept de « paiement ». Il comprend que, dans le contexte de l'article 168ter, alinéa 3, numéro 2, LIR, le refus de la déduction se rapporte à une déduction qui aurait autrement été permise au contribuable, en application de la loi concernant l'impôt sur le revenu et pour autant que les critères de qualification en « paiement » sont remplis.

Par ailleurs, le Conseil d'État constate que les auteurs du projet de loi ont entendu exercer l'option offerte par la directive (UE) 2017/952 de restreindre l'application de la règle secondaire à certains cas de figure. Ainsi, le Luxembourg n'appliquera pas la règle secondaire – inclusion d'un paiement qui a bénéficié d'une déduction dans la juridiction du payeur – en présence des dispositifs hybrides qui sont la conséquence de différences dans l'attribution des paiements effectués à une entité hybride (alinéa 2, lettre b)) ou à un établissement stable (alinéa 2, lettre c)), y compris du fait de paiements à un établissement stable non pris en compte (alinéa 2, lettre d)), et ceux qui résultent de paiements réputés effectués entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus (alinéa 2, lettre f)).

En outre, le Conseil d'État prend acte de ce que les auteurs du projet de loi sous examen ont opté, conformément à la possibilité offerte par la directive (UE) 2017/952, d'exclure du champ d'application des règles relatives à la déduction sans inclusion les instruments financiers intragroupes émis dans le but de satisfaire aux exigences de l'émetteur en matière de capacité d'absorption des pertes. Le texte en projet énumère les différents cas de figure qui engendrent la non-application – jusqu'au 31 décembre 2022 – des règles susmentionnées. Néanmoins, les contribuables ayant un exercice d'exploitation qui ne coïncide pas avec l'année civile, en cas de modification ultérieure de la date limite d'application de la disposition sous examen, risquent, au titre de l'année d'imposition 2023, de voir leur exercice d'exploitation soumis pour partie aux règles primaires et secondaires. Pour des raisons de simplification, le Conseil d'État recommande de faire coïncider, selon la formulation suivante, la date limite d'application avec l'année d'imposition 2022 :

« Sont exclus du champ d'application des lettres a) et b) du présent numéro 2, jusqu'à l'année d'imposition 2022 inclusivement, les dispositifs hybrides [...] ».

La Commission des Finances et du Budget décide de maintenir la version initiale du texte, ce texte correspondant aux termes utilisés par la directive.

Plus fondamentalement et pour des raisons de cohérence et de continuité dans l'application des lois, le Conseil d'État considère que, si les dérogations devaient être reconduites après la date du 31 décembre 2022, cette reconduction devrait s'appliquer à compter de l'année d'imposition 2023.

Ad numéro 3

La disposition sous examen décrit les mesures à appliquer en présence de dispositifs structurés ou de dispositifs conclus entre des entreprises associées qui permettent de transférer vers le Luxembourg l'effet d'un dispositif hybride conclu à l'étranger. À cet égard, la déduction pour tout paiement effectué par un contribuable sera refusée, dans la mesure où ce paiement finance directement ou indirectement une dépense déductible donnant lieu à une double déduction ou une déduction sans inclusion entre deux États qui n'ont pas de règles sur les dispositifs hybrides ou qui ont des règles à portée différente, lorsque ce paiement est effectué dans le cadre d'un dispositif structuré ou d'une transaction ou d'une série de transactions conclues entre entreprises associées (dispositif hybride importé).

Le Conseil d'État note que ni la directive (UE) 2017/952 ni les commentaires sur la disposition sous examen n'apportent de précisions quant au concept de « dispositif hybride importé ». Il y a par conséquent lieu de se reporter au rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE, plus précisément au chapitre 8 de la partie I. Il ressort ainsi du paragraphe 241 dudit rapport que la règle applicable aux dispositifs hybrides importés repose sur trois éléments, à savoir :

- l'existence d'un paiement déductible effectué par un contribuable soumis aux règles applicables aux dispositifs hybrides importés et inclus dans le revenu ordinaire selon les lois de la juridiction du bénéficiaire (« paiement générant une asymétrie importée », au sujet duquel il est précisé au paragraphe 242 que : « La définition de la notion de paiement utilisée dans la règle applicable aux dispositifs hybrides importés est la même que celle employée pour les autres recommandations. Elle est généralement suffisamment large pour permettre d'appréhender tout transfert de valeur d'une personne à une autre, mais elle ne recouvre pas les paiements réputés avoir été effectués uniquement à des fins fiscales et qui ne supposent pas un transfert des droits économiques entre les parties. Un paiement n'est considéré comme un paiement générant une asymétrie importée que s'il est déductible selon les lois de la juridiction du payeur et génère en même temps un revenu ordinaire selon les lois de la juridiction du bénéficiaire. ») ;
- l'existence d'un paiement déductible effectué par une personne non soumise aux règles applicables aux dispositifs hybrides qui génère une asymétrie hybride ; et
- l'existence d'un lien entre le paiement générant une asymétrie directement importée et la déduction hybride faisant apparaître comment le paiement générant une asymétrie importée a été compensé (directement ou indirectement) par cette déduction hybride. Le paragraphe 244 du rapport précité énonce que : « L'exercice de suivi devient toutefois plus complexe lorsque le paiement générant une asymétrie hybride importée doit être retracé à travers toute une série de paiements imposables ou compensé en vertu d'un régime de groupe afin de déterminer si ce paiement générant une asymétrie importée a été indirectement compensé par une déduction hybride en application de la règle applicable aux dispositifs hybrides importés indirects. ».

Le Conseil d'État constate que les commentaires sur le texte en projet restent silencieux quant aux démarches qui incomberaient au contribuable concerné pour s'assurer que le paiement qu'il effectue ne finance pas des dépenses déductibles donnant lieu à un dispositif hybride dans le cadre d'une transaction ou d'une série de transactions conclues entre des entreprises associées ou dans le cadre d'un dispositif structuré. À cet égard, le Conseil d'État renvoie au paragraphe 343 du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE qui précise, en ce qui concerne le test permettant de déterminer si une personne est partie à un dispositif structuré, que « le test fondé sur la connaissance est un test objectif basé sur les informations accessibles au contribuable et ne devrait pas le contraindre à soumettre une transaction commerciale à des procédures de diligence raisonnable qui excéderaient ce qu'on peut attendre d'une personne prudente et raisonnable ».

En ce qui concerne la détermination d'un éventuel dispositif hybride importé, il est recommandé au paragraphe 245 du rapport précité que « les pays appliquant les règles relatives aux dispositifs hybrides importés devraient toutefois adopter une approche uniforme claire, facile à gérer et à appliquer et propre à prévenir tout risque de double imposition ». Dans le contexte des fonds d'investissement notamment, il sera souvent difficile pour une société luxembourgeoise détenue par un fonds d'obtenir des informations sur la possible existence d'un effet d'asymétrie dans le cadre d'une structure, utilisant souvent plusieurs entités intermédiaires, employée par un investisseur pour effectuer son investissement dans ledit fonds.

Le Conseil d'État considère qu'il est impératif de cerner, avec plus de précision, les diligences raisonnablement attendues.

Le texte en projet précise également que les paiements en cause restent déductibles dans la mesure où l'une des juridictions concernées par la transaction ou les séries de transactions a procédé à un ajustement équivalent au sujet de ce dispositif hybride. À cet égard, le Conseil d'État demande aux auteurs du projet de loi de préciser qu'une inclusion, par une des juridictions au titre de ses règles SEC ou de tout autre régime ayant pour effet une inclusion en temps réel dans la base imposable du contribuable des bénéfices réalisés par l'autre entreprise associée partie au dispositif hybride, doit être considérée comme un « ajustement équivalent à l'égard de ce dispositif hybride » de manière à permettre la déduction des paiements.

Par ailleurs, le Conseil d'État note que le texte en projet n'apporte pas de précisions en ce qui concerne le moment auquel l'on doit apprécier si un ajustement équivalent a été effectué. Il observe que les mêmes considérations qu'en ce qui concerne les effets d'asymétrie « directs » (voir ci-dessus les observations sur les concepts de « double déduction » et « inclusion ») doivent prévaloir. Prenons l'exemple d'un instrument financier hybride, pour lequel la directive (UE) 2017/952 prévoit que le paiement peut être inclus par la juridiction du bénéficiaire dans un délai raisonnable – auquel cas l'instrument financier ne sera plus considéré comme dispositif hybride. Dès lors, si une société luxembourgeoise effectue durant l'année N un paiement qui finance des dépenses déductibles auprès d'une entité d'un État A donnant lieu à un instrument financier hybride entre l'entité de l'État A et une entité de l'État B, et si le paiement reçu par l'entité de l'État B est à inclure durant l'année N+1 ou qu'il est raisonnable de penser que le paiement sera inclus par l'État B dans une période ultérieure et que les conditions du paiement sont celles dont il serait envisageable que des entreprises indépendantes conviennent entre elles, la société luxembourgeoise devrait pouvoir déduire, durant l'année N, le paiement qu'elle a effectué. Si tel n'est pas l'intention des auteurs du projet, le Conseil d'État recommande d'inclure une limitation dans le temps dans le libellé du texte et, par conséquent, de préciser que l'ajustement équivalent doit avoir lieu durant le même exercice d'exploitation.

Ad numéro 4

La disposition sous examen prévoit une règle de fond dans le cas où le Luxembourg est le pays du siège d'un contribuable qui exploite un établissement stable non pris en compte situé dans un État membre, à savoir que les revenus, qui autrement seraient attribués à l'établissement stable non pris en compte, sont pris en compte dans le total des revenus nets du contribuable.

Cette disposition confirme la primauté des dispositions de la directive (UE) 2017/952 sur celles des conventions tendant à éviter la double imposition conclues entre le Luxembourg et chacun des autres États membres. Le Conseil d'État note que cette primauté ne vaut qu'à l'égard d'un autre État membre et ne joue pas par rapport à une convention tendant à éviter la double imposition conclue avec un État tiers à l'Union européenne, du fait de la primauté des traités internationaux sur les lois internes (mêmes celles postérieures à un traité).

Paragraphe 4

Cette disposition reprend les mesures destinées à lutter contre des dispositifs fondés sur la double résidence pouvant donner lieu à une double déduction lorsqu'un paiement, une dépense ou une perte dans le chef d'un contribuable qui a une double résidence, est déductible au titre des lois des deux juridictions où le contribuable est résident.

Le Conseil d'État note qu'en vertu de cette règle, le Luxembourg refusera la déduction d'un paiement, d'une dépense ou d'une perte à un contribuable résident luxembourgeois, lorsque ce contribuable est également considéré comme résident par une ou plusieurs autres juridictions, et que ce même paiement, dépense ou perte est également déductible dans cette ou ces juridictions de revenus qui ne sont pas des revenus soumis à double inclusion.

En pratique, l'existence d'une convention tendant à éviter la double imposition devrait, dans la grande majorité des cas, éviter que des situations de double déduction n'apparaissent. Cette disposition a donc vocation à s'appliquer notamment dans les relations avec les juridictions avec lesquelles le Luxembourg n'a pas conclu de convention contre la double imposition.

Il y a lieu de relever, sur base du libellé du texte en projet et en ligne avec le libellé de la directive (UE) 2017/952, que le refus de la déduction ne trouvera pas à s'appliquer lorsque la déduction compense un revenu inclus selon les lois des deux juridictions concernées (revenu soumis à double inclusion). De même, en vertu de la deuxième phrase du paragraphe en projet, la déduction est maintenue lorsque la ou les autres juridictions est/sont des États membres, si en vertu de la convention tendant à

éviter la double imposition conclue avec la ou les juridictions concernée(s), le contribuable est considéré comme un résident du Luxembourg.

Paragraphe 5

Cette disposition vise à transposer les mesures ayant pour objet de lutter contre les transferts hybrides qui ont été conçus dans le but de faire naître des crédits d'impôt multiples dans plusieurs juridictions au titre de la même retenue d'impôt à la source. Une telle situation apparaît lorsqu'un contribuable et un intervenant étranger sont tous les deux considérés, par leurs juridictions respectives, comme ayant reçu des revenus générés par un instrument financier faisant l'objet d'un transfert hybride et peuvent, en conséquence, demander tous les deux un crédit d'impôt au titre de l'impôt retenu à la source sur ces revenus. Il y a donc création d'un excédent de crédit d'impôt qui engendrera un avantage fiscal indu.

Les mesures prévues consistent à limiter le montant de l'allègement fiscal proportionnellement aux revenus nets imposables liés au paiement dans le cadre d'un transfert hybride, en distinguant entre les retenues d'impôt à la source domestiques (opérées en vertu de l'article 146 LIR) et étrangères.

En ce qui concerne les retenues d'impôt à la source domestiques, celles-ci sont, par application de l'article 154, alinéa 1^{er}, numéro 2 LIR imputées sur la créance d'impôt due au titre d'une année d'imposition, pour autant qu'elles se rapportent à des revenus soumis à assiette pour ladite année. L'alinéa 5, numéro 1, du texte en projet entend limiter le montant de l'imputation de l'impôt retenu à la source en relation avec un transfert hybride à la proportion des revenus nets imposables liés au paiement dans le cadre de ce transfert hybride. En présence par exemple d'une convention de prêt de titre, le revenu net imposable lié au paiement dans le cadre du transfert hybride est constitué par la différence entre le montant du dividende perçu par l'emprunteur des titres et le montant que l'emprunteur doit verser à titre de compensation au prêteur.

En ce qui concerne les retenues d'impôt à la source étrangères, qui sont imputables sur l'impôt luxembourgeois sur le revenu suivant les dispositions des articles 134*bis* et 134*ter* LIR, l'imputation en relation avec un transfert hybride est limitée à proportion des revenus nets imposables liés au paiement dans le cadre de ce transfert hybride. Il ressort des commentaires sur cette disposition qu'il convient en premier lieu de déterminer, par application des articles 134*bis* et 134*ter* LIR, l'imputation de l'impôt retenu à l'étranger sur l'impôt luxembourgeois, et ensuite d'appliquer au montant ainsi déterminé la limitation prévue par la disposition sous examen.

En outre, par dérogation à l'article 13, alinéa 2, LIR, la part de l'impôt étranger qui ne peut pas être imputée du fait de la disposition sous examen n'est pas admise en déduction du revenu imposable au Luxembourg. Le Conseil d'État prend acte de ce que les auteurs du projet de loi justifient cette non-déductibilité par le fait d'éviter que la contre-mesure de la directive (UE) 2017/952 consistant en une limitation de l'imputation de l'impôt retenu à la source, ne soit atténuée par une réduction de la base imposable en conséquence de la limitation de la fraction imputable.

Paragraphe 6

La disposition sous examen reprend en substance les dispositions de l'actuel article 168*ter*, alinéa 4, LIR en matière de preuve, tout en l'adaptant de manière à couvrir l'ensemble des dispositions qui sont contenues dans l'article 168*ter* LIR. Il ressort des commentaires sur cette disposition que le contribuable doit pouvoir mettre en mesure le bureau d'imposition de vérifier que dans une situation donnée, il n'y a pas lieu d'appliquer les mesures anti-hybrides. Il doit s'agir de preuves raisonnables, à l'appréciation de l'administration fiscale.

Le Conseil d'État note que ni la directive (UE) 2017/952 ni le rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE ne contiennent de précisions sur ce qui peut être considéré comme une preuve raisonnable. Or, notamment dans un contexte de fonds d'investissement à investisseurs multiples, investissant potentiellement à travers des structures à plusieurs entités, il sera dans de nombreux cas très difficile pour le contribuable concerné de demander des renseignements détaillés concernant le traitement fiscal qui s'applique aux différents investisseurs. Très précisément, la disposition sous examen énonce que « le contribuable doit être en mesure de fournir une déclaration de l'émetteur de l'instrument financier ou tout autre élément pertinent tels que des déclarations d'impôt, d'autres documents fiscaux ou des certificats fournis par les autorités fiscales d'un autre État ». Il y aura donc lieu d'apprécier les éléments de preuve avec discernement et en tenant compte des circonstances de chaque cas d'espèce.

Le Conseil d'État recommande néanmoins que des précisions supplémentaires soient apportées sur les éléments qui sont à inclure en ce qui concerne la déclaration de l'émetteur de l'instrument financier. En effet, si les commentaires sur cette disposition précisent que « pour ce qui est des éléments de législation fiscale étrangère, le contribuable doit être en mesure de les étayer par des informations circonstanciées, objectives et vérifiables », force est de constater que la déclaration sera émise par une personne autre que le contribuable. Dès lors, il s'avère utile de donner des indications précises sur ce que le contribuable luxembourgeois doit fournir concernant l'émetteur pour étayer sa déclaration.

Point 4

Le texte sous examen envisage d'introduire un nouvel article 168^{quater} LIR ayant pour but de transposer les règles relatives aux entités hybrides inversées, telles que prévues par le nouvel article 9^{bis} inséré par la directive (UE) 2017/952.

Ces mesures, qui produiront leurs effets à compter de 2022, concernent le traitement fiscal des entités considérées comme fiscalement transparentes. Elles auront pour effet de soumettre à l'impôt sur le revenu des collectivités les revenus de sociétés constituées ou établies au Luxembourg et y considérées comme transparentes à des fins fiscales, lorsqu'une ou plusieurs entreprises associées non résidentes détenant globalement un intérêt direct ou indirect de 50 % ou plus des droits de vote, des participations au capital ou des droits de participation aux bénéfices de ces organismes ou dispositifs, se situent dans une juridiction ou des juridictions qui considèrent ces organismes hybrides comme une personne imposable au Luxembourg.

Ad alinéa 1^{er}

Le Conseil d'État considère qu'un bref rappel préalable du cadre juridique s'appliquant aux entités transparentes luxembourgeoises est utile à la compréhension des observations qu'il formulera ci-dessous.

En effet, en vertu de l'article 159, alinéa 1^{er}, A, 7, a), LIR, sont considérés comme contribuables résidents passibles de l'impôt sur le revenu des collectivités, « les autres organismes de droit privé à caractère collectif, dont le revenu n'est pas imposable directement dans le chef d'un autre contribuable ». L'article 175 LIR énumère un certain nombre de types d'entités, pour lesquelles la loi fiscale considère qu'elles n'ont pas de personnalité juridique distincte de celle de leurs associés (sociétés fiscalement transparentes). Pour ces entités, le revenu qu'elles génèrent est donc directement imposable dans le chef de leurs associés, de sorte qu'elles ne sont pas considérées comme contribuables résidents au sens de l'article 159 LIR précité.

L'article 168^{quater} LIR en projet instaure, quant à lui, une dérogation à l'absence de personnalité fiscale propre des entités énumérées à l'article 175 LIR précité et fixe les conséquences qui en découlent.

Le Conseil d'État comprend cependant que cette dérogation n'a pas pour vocation de modifier, de manière générale et à l'égard de chaque associé, la nature « transparente » des entités énumérées à l'article 175 LIR. Ainsi, lorsque les dispositions de l'article 168^{quater} LIR s'appliquent, ce ne sera qu'à l'égard des entreprises associées et pour la quote-part des revenus nets qu'ils génèrent du fait de leurs droits de vote, de leurs participations au capital ou de leurs droits aux bénéfices de l'organisme concerné. À titre d'exemple, pour un associé résidant au Luxembourg détenant des droits de vote, une participation dans le capital ou des droits aux bénéfices du même organisme, ce dernier gardera son caractère transparent et les revenus générés par cet organisme continueront à être directement imposables dans le chef de l'associé résident.

Dans un but de clarification rédactionnelle, le Conseil d'État propose de remplacer l'expression « dans la mesure où » par l'expression « pour la quote-part de ». Une telle formulation exprime en effet plus clairement la délimitation des revenus concernés :

« [...] pour la quote-part de leurs revenus nets qui ne sont pas par ailleurs imposés en vertu de la présente loi ou des lois de toute autre juridiction, lorsqu'une ou plusieurs entreprises associées au sens de l'article 168^{ter}, alinéa 1^{er}, numéro 17, non résidentes détenant globalement un intérêt direct ou indirect de 50 pour cent ou plus des droits de vote, des participations au capital ou des droits de participation aux bénéfices de ces organismes ou dispositifs, se situent dans une juridiction ou des juridictions qui considèrent ces organismes ou dispositifs comme une personne imposable au Grand-Duché de Luxembourg. »

La Commission des Finances et du Budget décide de reprendre la formulation proposée par le Conseil d'État en remplaçant la référence au numéro 17 par celle au numéro 18 (suite à l'insertion d'un nouveau point 9).

Le Conseil d'État note également que si le texte en projet fait référence au concept d'entreprises associées au sens de l'article 168^{ter} LIR, il emploie néanmoins également la notion de « globalement ». Pour le Conseil d'État, l'application des mesures relatives aux dispositifs hybrides inversés est ainsi conditionnée par le fait que l'agrégation des droits de vote, des participations au capital ou des droits de participation aux bénéfices de l'organisme concerné des entreprises associées au sens de l'article 168^{ter} LIR doit atteindre le seuil de 50 % ou plus. Le Conseil d'État renvoie ici à ses observations ci-dessus concernant le concept d'« entreprises associées » et, plus particulièrement, au principe de l'action commune ainsi qu'à la règle dérogatoire que les auteurs du projet de loi sous examen entendent introduire. Il comprend que cette règle dérogatoire a vocation à s'appliquer également dans le contexte de l'article 168^{quater} LIR pour l'identification des entreprises associées.

Le Conseil d'État constate également que ni le texte de loi en projet ni les commentaires y relatifs ne définissent ou n'illustrent, à l'aide d'un exemple, le concept de « dispositifs constitués ou établis au Grand-Duché de Luxembourg ». Or, en vue d'une meilleure compréhension de ce concept et dans la mesure où il n'est utilisé dans aucune autre disposition de la LIR, le Conseil d'État invite les auteurs du texte en projet à apporter des clarifications supplémentaires, voire à insérer une définition autonome de ce concept.

De plus, le Conseil d'État réitère à cet endroit son commentaire relatif au numéro 2 de l'alinéa 1^{er} de l'article 168^{ter} LIR en projet, à savoir la recommandation d'introduire une définition autonome du concept d'« organisme », auquel cas le renvoi aux articles 159, 160 ou 175 dans la disposition en projet pourrait être remplacé par un renvoi aux organismes au sens de l'article 168^{ter} LIR.

En dernier lieu, le Conseil d'État relève par ailleurs que le texte sous examen utilise le concept d'« imposés » et non le concept d'« imposables » pour déterminer les revenus à soumettre à l'impôt sur le revenu des collectivités. Dans la mesure où les commentaires sur cette disposition font référence à la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu dans son intégralité, le Conseil d'État comprend qu'un revenu exonéré sur base de la LIR (par exemple par application de l'article 166 LIR) sera néanmoins considéré comme « imposé » au sens de la disposition sous examen.

Ad alinéa 2

La disposition sous examen entend soustraire à l'application des règles relatives aux entités hybrides inversées les organismes de placement, tels que définis par la directive (UE) 2017/952. Les commentaires sur le texte en projet énumèrent par ailleurs les organismes de placement luxembourgeois qui sont visés par l'exemption d'application des règles sous examen.

Concernant l'utilisation du concept de « titres » dans la disposition sous examen, le Conseil d'État renvoie aux observations de la Chambre de commerce dans son avis du 27 septembre 2019 précité. Il considère que l'esprit de la directive (UE) 2017/952 n'est pas de restreindre la dérogation au bénéfice des organismes de placement collectifs aux seuls organismes investissant dans des titres de participations et obligations. Par conséquent, il recommande de remplacer la notion de « portefeuille de titres » par celle de « portefeuille d'actifs ».

La Commission des Finances et du Budget décide de ne pas procéder à ce remplacement et de maintenir la notion initiale correspondant à celle utilisée par la directive.

Ad alinéa 3

Le Conseil d'État note que les commentaires relatifs à la disposition sous examen n'apportent pas de précisions supplémentaires quant au type de preuve à rapporter par le contribuable. Dans la mesure où le libellé de cette disposition est similaire au libellé de l'alinéa 6 du nouvel article 168^{ter} LIR en projet (à l'exception – qui fait sens – de la déclaration de l'émetteur de l'instrument financier), le Conseil d'État comprend que les commentaires relatifs à l'alinéa 6 du nouvel article 168^{ter} LIR en projet s'appliquent également à l'endroit de la disposition sous examen. Il renvoie dès lors à ses observations concernant l'alinéa 6 de l'article 168^{ter} LIR en projet.

Article 3

Par la disposition sous examen, les auteurs du projet de loi visent l'adaptation de l'article 175, alinéa 1^{er}, LIR de manière à ce que la transparence fiscale soit refusée en cas d'application des dispositions du nouvel article 168^{quater} LIR en projet.

Le Conseil d'État renvoie à cet égard à ses observations ci-dessus concernant l'article 168^{quater} LIR en projet en ce qui concerne le maintien de la transparence fiscale des organismes concernés en présence d'un associé résident luxembourgeois ou d'un associé résident d'un pays qui considère l'organisme luxembourgeois concerné comme entité transparente.

Article 4

La disposition sous examen vise l'exonération des organismes et dispositifs qualifiés de résidents dans certaines circonstances par l'article 168^{quater} LIR, de l'impôt sur la fortune par une adaptation en ce sens du paragraphe 3 de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune. Elle n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 5

Cette disposition a pour objet de modifier le libellé du paragraphe 11^{bis} de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 dans les mêmes termes que l'article 175 LIR.

Le Conseil d'État renvoie à ses observations ci-dessus relatives à l'article 3 en ce qui concerne le maintien de la transparence fiscale des organismes concernés en présence d'un associé résident luxembourgeois ou d'un associé résident d'un pays qui considère l'organisme luxembourgeois concerné comme entité transparente.

Article 6

La disposition sous examen entend modifier les dispositions de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931, laquelle traite de l'établissement séparé et en commun des revenus dans certaines circonstances.

De manière générale, les revenus des sociétés fiscalement transparentes font l'objet d'un établissement séparé et en commun. Toutefois, du fait de la soumission à l'impôt sur le revenu des collectivités, dans leur propre chef, de tout ou partie des revenus nets des organismes et dispositifs visés par le nouvel article 168^{quater} LIR en projet, un tel établissement séparé et en commun n'est plus applicable. Ceci ne vaut néanmoins que pour la partie des revenus nets qui seront soumis dans le propre chef de l'organisme ou du dispositif concerné à l'impôt sur le revenu des collectivités.

Il ressort des commentaires sur la disposition sous examen que « les dispositions du paragraphe 215, alinéa 2 AO en matière d'établissement séparé et en commun resteront d'application si, ou dans la mesure où, la règle de l'article 168^{quater} LIR ne s'appliquera pas ». En reprenant l'exemple donné dans les commentaires concernant l'article 168^{quater} LIR en projet, le Conseil d'État comprend qu'en ce qui concerne les revenus de la société en commandite simple, il n'y aura pas d'établissement séparé et en commun pour la partie des revenus nets qui sera soumise à l'impôt sur le revenu des collectivités en raison de l'application des dispositions du nouvel article 168^{quater} LIR en projet. Par contre, en ce qui concerne la quote-part des revenus nets attribuables à la personne physique qui est un résident du Luxembourg, la règle de l'établissement séparé et en commun continuera à s'appliquer.

D'un point de vue pratique, il appartiendra donc au bureau d'imposition compétent pour un organisme ou dispositif donné, de vérifier si cet organisme ou dispositif tombe sous l'application de l'article 168^{quater} LIR et, par suite, de déterminer, le cas échéant, le montant qui devra être soumis à l'impôt sur le revenu des collectivités. Le bureau d'imposition devra donc procéder, pour un même organisme ou dispositif, à l'émission de deux bulletins différents, à savoir un premier bulletin qui portera fixation de la cote de l'impôt sur le revenu des collectivités et un deuxième bulletin qui portera fixation de la base d'imposition de la quote-part du revenu net qui sera soumis à l'impôt sur le revenu dans le chef du contribuable résident luxembourgeois.

Le Conseil d'État prend acte de l'approche ainsi retenue par les auteurs du projet de loi, mais estime néanmoins que le libellé du texte en projet n'est pas suffisamment clair. Il suggère de le modifier comme suit :

« Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas à la quote-part des revenus nets auxquels s'appliquent les dispositions de l'article 168^{quater} de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ».

La Commission des Finances et du Budget décide de procéder à la modification proposée par le Conseil d'Etat.

Article 7

L'article sous examen prévoit que les dispositions de la loi en projet seront applicables aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2020, à l'exception des dispositions relatives aux organismes hybrides inversés – qui seront applicables à compter de l'année d'imposition 2022, c'est-à-dire à tout exercice d'exploitation qui prendra fin durant l'année civile 2022. De ce fait, il est possible qu'un contribuable concerné, dont l'exercice d'exploitation couvre la période allant du 1^{er} avril au 31 mars, se voie appliquer les dispositions en question dès le 1^{er} avril 2021. Il recommande par conséquent de prévoir une application des dispositions relatives aux entités hybrides inversées aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2022.

*

Le Conseil d'Etat fait une série d'observations d'ordre légistique que la Commission des Finances et du Budget décide de ne pas reprendre en raison de l'urgence du vote du projet de loi avant la fin de l'année 2019. De plus, en raison de la complexité technique du projet de loi, le commentaire des articles a été étoffé d'exemples concrets permettant d'en faciliter la compréhension. Ce commentaire se base sur la structure initiale du texte dont une modification rendrait plus difficile le suivi de ce commentaire.

*

5. TEXTE PROPOSE PAR LA COMMISSION PARLEMENTAIRE

Compte tenu de ce qui précède, la Commission des Finances et du Budget recommande à la Chambre des Députés d'adopter le projet de loi n°7466 dans la teneur qui suit :

*

PROJET DE LOI**portant**

- 1° modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ;**
 - 2° modification de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune (« *Vermögenssteuergesetz* ») ;**
 - 3° modification de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« *Steueranpassungsgesetz* ») ;**
 - 4° modification de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« *Abgabenordnung* ») ;**
- en vue de transposer la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers**

Chapitre 1^{er}. – Modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu

Art. 1^{er}. Le titre I (impôt sur le revenu des personnes physiques) de la loi modifiée du 4 décembre 1967 est modifié comme suit :

- 1° A l'article 134*bis*, alinéa 1^{er}, les termes « Lorsqu'un » sont remplacés par les termes « Sous réserve des dispositions de l'article 168*ter*, alinéa 5, numéro 2, lorsqu'un » ;
- 2° A l'article 134*ter*, alinéa 1^{er}, le terme « En » est remplacé par les termes « Sous réserve des dispositions de l'article 168*ter*, alinéa 5, numéro 2, en » ;
- 3° A l'article 154, alinéa 1^{er}, numéro 2, les termes « l'impôt retenu à la source pour autant qu'il se rapporte à des revenus soumis à l'assiette pour cette année » sont remplacés par les termes « l'impôt retenu à la source pour autant qu'il se rapporte à des revenus soumis à l'assiette pour cette année et sous réserve des dispositions de l'article 168*ter*, alinéa 5, numéro 1^{er} ».

Art. 2. Le titre II (impôt sur le revenu des collectivités) de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu est modifié et complété comme suit :

1° A l'article 164ter, alinéa 2, première phrase, les termes « entreprise associée au sens de la présente loi » sont remplacés par les termes « entreprise associée au sens du présent article » ;

2° A l'article 168bis, alinéa 1^{er}, numéro 6, le terme « associée » est remplacé par les termes « associée au sens de l'article 164ter, alinéa 2 » ;

3° L'article 168ter est remplacé comme suit :

« Art. 168ter. (1) Au sens du présent article, on entend par :

1. « contribuable », un organisme visé par l'article 159 ou un établissement stable indigène d'un organisme visé par l'article 160, alinéa 1^{er} ;

2. « dispositif hybride », une situation faisant intervenir le contribuable ou, au regard de l'alinéa 3, numéro 3, un organisme, lorsque :

a) un paiement effectué au titre d'un instrument financier donne lieu à une déduction sans inclusion et :

- l'effet d'asymétrie est imputable aux différences existant dans la qualification de l'instrument ou du paiement effectué au titre de cet instrument ; et
- ce paiement n'est pas inclus dans un délai raisonnable.

Aux fins du présent numéro 2, un paiement effectué au titre d'un instrument financier est considéré comme inclus dans un délai raisonnable lorsque :

- le paiement est inclus par la juridiction du bénéficiaire dans une période d'imposition qui commence dans les douze mois suivant la fin de la période d'imposition du payeur ; ou
- il est raisonnable de penser que le paiement sera inclus par la juridiction du bénéficiaire dans une période d'imposition ultérieure et que les conditions du paiement sont celles dont il serait envisageable que des entreprises indépendantes conviennent entre elles.

Un paiement effectué au titre d'un instrument financier n'est pas considéré comme inclus dans la mesure où le paiement ouvre droit à un allègement fiscal, quel qu'il soit, uniquement du fait de la qualification de ce paiement en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire.

Un paiement représentant le rendement sous-jacent d'un instrument financier transféré ne donne pas lieu à un dispositif hybride au titre de la lettre a) du présent numéro 2 lorsque le paiement est effectué par un négociant financier dans le cadre d'un transfert hybride sur le marché, à condition que la juridiction du payeur exige du négociant financier qu'il inclue tous les montants reçus en rapport avec l'instrument financier transféré ;

b) un paiement en faveur d'un organisme hybride donne lieu à une déduction sans inclusion et que cet effet d'asymétrie résulte des différences dans l'attribution des paiements versés à l'organisme hybride au titre des lois de la juridiction où l'organisme hybride est établi ou enregistré et des lois de la juridiction de toute personne physique ou de tout organisme qui est titulaire d'une participation dans cet organisme hybride ;

c) un paiement en faveur d'un organisme disposant d'un ou de plusieurs établissements stables donne lieu à une déduction sans inclusion et que cet effet d'asymétrie résulte des différences dans l'attribution des paiements entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus du même organisme en vertu des lois des juridictions où l'organisme mène ses activités ;

d) un paiement donne lieu à une déduction sans inclusion du fait d'un paiement en faveur d'un établissement stable non pris en compte ;

e) un paiement effectué par un organisme hybride donne lieu à une déduction sans inclusion et que cet effet d'asymétrie résulte de la non prise en compte du paiement en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire. Toutefois, un dispositif hybride ne survient que dans la mesure où ce paiement est déductible dans la juridiction du payeur d'un revenu qui n'est pas un revenu soumis à double inclusion ;

f) un paiement réputé effectué entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus donne lieu à une déduction sans inclusion et que cette asymétrie résulte de la non prise en compte du paiement en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire. Toutefois, un dispositif hybride ne survient que dans la mesure où ce paiement est déductible

dans la juridiction du payeur d'un revenu qui n'est pas un revenu soumis à double inclusion ;
ou

- g) une double déduction se produit. Toutefois, un dispositif hybride ne survient que dans la mesure où ce paiement, dépense ou perte est déductible dans la juridiction du payeur d'un revenu qui n'est pas un revenu soumis à double inclusion ;
3. « effet d'asymétrie », une double déduction ou une déduction sans inclusion ;
 4. « déduction », le montant qui est considéré comme déductible des revenus imposables en vertu des lois de la juridiction d'origine du paiement, des dépenses ou des pertes (juridiction du payeur) ou d'une autre juridiction (juridiction de l'investisseur). Le terme « déductible » est interprété en conséquence ;
 5. « double déduction », une déduction du même paiement, des mêmes dépenses ou des mêmes pertes dans la juridiction d'origine du paiement, des dépenses ou des pertes (juridiction du payeur) et dans une autre juridiction (juridiction de l'investisseur). Dans le cas d'un paiement par un organisme hybride ou un établissement stable, la juridiction du payeur est celle dans laquelle l'organisme hybride ou l'établissement stable est établi ou situé ;
 6. « déduction sans inclusion », la déduction d'un paiement ou d'un paiement réputé effectué entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus dans toute juridiction dans laquelle ce paiement ou paiement réputé effectué est considéré comme effectué (juridiction du payeur) sans inclusion correspondante à des fins fiscales de ce paiement ou paiement réputé effectué dans la juridiction du bénéficiaire. La juridiction du bénéficiaire est toute juridiction où ce paiement ou paiement réputé effectué est reçu, ou est considéré avoir été reçu en vertu des lois de toute autre juridiction ;
 7. « inclusion », le montant qui est pris en compte à la base de calcul du revenu imposable en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire. Le terme « inclus » est interprété en conséquence ;
 8. « allègement fiscal », une exonération, une réduction du taux d'imposition ou tout crédit ou remboursement d'impôt (autre qu'une imputation d'un impôt retenu à la source) ;
 9. « revenu soumis à double inclusion », tout élément de revenu inclus en vertu des lois des deux juridictions où survient l'effet d'asymétrie ;
 10. « organisme », un organisme au sens des articles 159, 160 ou 175 ;
 11. « organisme hybride », tout organisme ou tout dispositif qui est considéré en vertu des lois d'une juridiction comme un organisme soumis à l'impôt et dont les revenus ou les dépenses sont considérés en vertu des lois d'une autre juridiction comme les revenus ou les dépenses d'une ou de plusieurs autres personnes physiques ou organismes ;
 12. « instrument financier », tout instrument dans la mesure où il génère un rendement financier ou un rendement de capitaux propres soumis aux règles d'imposition applicables aux titres de dette, titres de participation ou produits dérivés selon les lois des juridictions du bénéficiaire ou de celles du payeur, y compris tout transfert hybride ;
 13. « négociant financier », toute personne physique ou organisme qui exerce une activité professionnelle consistant à acheter ou à vendre régulièrement des instruments financiers pour son propre compte afin de réaliser un bénéfice ;
 14. « transfert hybride », tout dispositif permettant de transférer un instrument financier lorsque le rendement sous-jacent de l'instrument financier transféré est considéré à des fins fiscales comme obtenu simultanément par plusieurs des parties à ce dispositif ;
 15. « transfert hybride sur le marché », tout transfert hybride auquel procède un négociant financier dans le cadre de ses activités habituelles, et non dans le cadre d'un dispositif structuré ;
 16. « établissement stable non pris en compte », tout dispositif qui est considéré comme donnant lieu à un établissement stable en vertu des lois de la juridiction du siège, mais qui n'est pas considéré comme un établissement stable selon les lois de l'autre juridiction ;
 17. « dispositif structuré », un dispositif utilisant un dispositif hybride et dont les termes intègrent la valorisation de l'effet d'asymétrie ou un dispositif qui a été conçu en vue de générer l'effet d'un dispositif hybride, à moins que l'on ne puisse pas raisonnablement attendre du contribuable ou d'une entreprise associée qu'il/elle soit informé(e) de l'existence du dispositif hybride, et qu'il/elle n'ait pas bénéficié de l'avantage fiscal découlant de ce dispositif ;

18. « entreprise associée »,

- a) un organisme dans lequel le contribuable détient, directement ou indirectement, une participation de 50 pour cent ou plus des droits de vote ou du capital, ou dont il est en droit de recevoir 50 pour cent ou plus des bénéfices ;
- b) une personne physique ou un organisme qui détient, directement ou indirectement, une participation de 50 pour cent ou plus des droits de vote ou du capital du contribuable, ou qui est en droit de recevoir 50 pour cent ou plus des bénéfices de ce contribuable ;
- c) un organisme qui fait partie du même groupe consolidé à des fins de comptabilité financière que le contribuable ;
- d) une entreprise dans laquelle le contribuable exerce une influence notable sur la gestion ou une entreprise qui exerce une influence notable sur la gestion du contribuable.

Si une personne physique ou un organisme détient, directement ou indirectement, une participation de 50 pour cent ou plus en termes de droits de vote ou de capital d'un contribuable et d'un ou de plusieurs organismes, tous les organismes concernés, y compris le contribuable, sont également considérés comme des entreprises associées.

En cas de dispositif hybride au sens de l'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre a), le taux de 50 pour cent susmentionné est remplacé par le taux de 25 pour cent.

Une personne physique ou un organisme qui agit conjointement avec une autre personne physique ou un autre organisme au titre des droits de vote ou de la propriété du capital d'un organisme est considéré comme détenant une participation dans l'ensemble des droits de vote ou des capitaux de cet organisme qui sont détenus par l'autre personne physique ou l'autre organisme. Une personne physique ou un organisme qui détient, directement ou indirectement, moins de 10 pour cent des titres ou des parts dans un fonds d'investissement, et qui est en droit de recevoir moins de 10 pour cent des bénéfices de ce fonds d'investissement, est considéré, sauf preuve contraire, ne pas agir conjointement au sens de la phrase précédente avec une autre personne physique ou un autre organisme détenant des titres ou des parts dans ce même fonds d'investissement.

Un groupe consolidé à des fins de comptabilité financière est un groupe composé de tous les organismes qui sont pleinement intégrés dans les états financiers consolidés établis conformément aux normes internationales d'information financière ou au système national d'information financière d'un État membre.

(2) Il ne peut être question de dispositif hybride que si l'effet d'asymétrie survient entre des entreprises associées, entre le contribuable et une entreprise associée, entre le siège et un établissement stable, entre deux établissements stables ou plus du même organisme ou dans le cadre d'un dispositif structuré.

(3) Les paiements, dépenses ou pertes en relation avec un dispositif hybride sont soumis aux règles suivantes :

1. Dans la mesure où un dispositif hybride entraîne une double déduction :

- a) le paiement, les dépenses ou les pertes ne sont pas déductibles auprès du contribuable qui est l'investisseur ; et
- b) lorsque le paiement, les dépenses ou les pertes sont déductibles dans la juridiction de l'investisseur, le paiement, les dépenses ou les pertes ne sont pas déductibles auprès du contribuable qui est le payeur.

Toutefois, de tels paiements, dépenses ou pertes restent déductibles d'un revenu soumis à double inclusion de l'exercice d'exploitation en cours. Les paiements, dépenses ou pertes qui n'ont pas pu être déduits en vertu de la phrase précédente restent déductibles d'un revenu soumis à double inclusion d'un exercice d'exploitation ultérieur.

2. Dans la mesure où un dispositif hybride entraîne une déduction sans inclusion :

- a) le paiement n'est pas déductible auprès du contribuable qui est le payeur; et
- b) lorsque le paiement est déductible dans la juridiction du payeur, le produit ou la recette correspondant qui, autrement, donnerait lieu à un effet d'asymétrie est pris en compte dans le total des revenus nets du contribuable qui est le bénéficiaire sous réserve de l'article 166, alinéa 2*bis*.

Sont exclus du champ d'application de la lettre b) du présent numéro 2, les dispositifs hybrides définis à l'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettres b), c), d) et f).

Sont exclus du champ d'application des lettres a) et b) du présent numéro 2, jusqu'au 31 décembre 2022, les dispositifs hybrides résultant du paiement d'intérêts à une entreprise associée, dans le cadre d'un instrument financier, lorsque :

- l'instrument financier a pour caractéristique la conversion, le renflouement interne ou la dépréciation ;
 - l'instrument financier a été émis dans le seul but de satisfaire aux exigences en matière de capacité d'absorption des pertes applicables au secteur bancaire et l'instrument financier est reconnu comme tel selon les exigences du contribuable en matière de capacité d'absorption des pertes ;
 - l'instrument financier a été émis
 - en liaison avec des instruments financiers ayant pour caractéristique la conversion, le renflouement interne ou la dépréciation au niveau de l'entreprise mère,
 - au niveau requis pour satisfaire aux exigences applicables en matière de capacité d'absorption des pertes,
 - non dans le cadre d'un dispositif structuré ; et
 - la déduction nette globale pour le groupe consolidé prévue dans le cadre du dispositif n'excède pas le montant qu'il aurait atteint si le contribuable avait émis directement sur le marché un tel instrument financier.
3. Ne sont pas déductibles auprès du contribuable les paiements dans la mesure où ils financent, directement ou indirectement, des dépenses déductibles, donnant lieu à un dispositif hybride dans le cadre d'une transaction ou d'une série de transactions conclues entre des entreprises associées ou dans le cadre d'un dispositif structuré. Toutefois, ces paiements restent déductibles dans la mesure où l'une des juridictions concernées par la transaction ou les séries de transactions a procédé à un ajustement équivalent à l'égard de ce dispositif hybride.
4. Dans la mesure où un dispositif hybride fait intervenir des revenus d'établissements stables non pris en compte qui sont exonérés en vertu d'une convention tendant à éviter la double imposition conclue entre le Grand-Duché de Luxembourg et un État membre, les revenus qui, autrement, seraient attribués à l'établissement stable non pris en compte, sont pris en compte dans le total des revenus nets du contribuable.

(4) Ne sont pas déductibles auprès du contribuable qui est également considéré comme contribuable résident par une ou plusieurs autres juridictions, les paiements, dépenses ou pertes dans la mesure où ces paiements, dépenses ou pertes sont déductibles dans cette ou ces juridictions de revenus qui ne sont pas des revenus soumis à double inclusion. Toutefois, ces paiements, dépenses ou pertes restent déductibles dans le cas où l'autre juridiction, ou les autres juridictions sont des États membres avec lequel, ou avec lesquels, le Grand-Duché de Luxembourg a conclu une convention tendant à éviter la double imposition en application de laquelle le contribuable est considéré comme un résident du Grand-Duché de Luxembourg.

(5) Dans la mesure où un transfert hybride est conçu pour donner lieu à un allègement au titre des retenues d'impôt à la source pour un paiement provenant d'un instrument financier transféré à plusieurs des parties concernées, les règles ci-dessous sont à observer :

1. L'imputation de l'impôt retenu à la source en relation avec ce transfert hybride sur la créance d'impôt due qui résulte de l'application de l'article 154, alinéa 1^{er}, numéro 2, est limitée à proportion des revenus nets imposables liés au paiement dans le cadre de ce transfert hybride.
2. L'imputation de l'impôt étranger en relation avec ce transfert hybride sur l'impôt luxembourgeois sur le revenu qui résulte de l'application des dispositions des articles 134*bis* et 134*ter* est limitée à proportion des revenus nets imposables liés au paiement dans le cadre de ce transfert hybride. Par dérogation à l'article 13, alinéa 2, la part de l'impôt étranger qui ne peut pas être imputée sur l'impôt luxembourgeois lors de l'application des dispositions de la phrase précédente n'est pas admise en déduction du revenu imposable au Luxembourg.

(6) Sur demande de l'administration des contributions, le contribuable doit être en mesure de fournir une déclaration de l'émetteur de l'instrument financier ou tout autre élément pertinent tels

que des déclarations d'impôt, d'autres documents fiscaux ou des certificats fournis par les autorités fiscales d'un autre État, afin de prouver que les dispositions des alinéas 3 à 5 du présent article ne sont pas applicables. »

4° A la suite de l'article 168ter, il est inséré un nouvel article 168quater, libellé comme suit :

« **Art. 168quater.** (1) Les organismes au sens de l'article 175 et les dispositifs, constitués ou établis au Grand-Duché de Luxembourg, dont les revenus nets sont considérés comme les revenus nets d'une ou de plusieurs autres personnes physiques ou organismes au sens des articles 159, 160 ou 175, sont considérés comme des contribuables résidents et leurs revenus nets sont soumis à l'impôt sur le revenu des collectivités pour la quote-part de leurs revenus nets qui ne sont pas par ailleurs imposés en vertu de la présente loi ou des lois de toute autre juridiction, lorsqu'une ou plusieurs entreprises associées au sens de l'article 168ter, alinéa 1^{er}, numéro 18, non résidentes détenant globalement un intérêt direct ou indirect de 50 pour cent ou plus des droits de vote, des participations au capital ou des droits de participation aux bénéfices de ces organismes ou dispositifs, se situent dans une juridiction ou des juridictions qui considèrent ces organismes ou dispositifs comme une personne imposable au Grand-Duché de Luxembourg.

(2) Le présent article ne s'applique pas aux organismes de placement collectif. Aux fins du présent article, on entend par « organisme de placement collectif », un organisme ou fonds de placement à participation large, doté d'un portefeuille de titres diversifié et soumis aux règles de protection des investisseurs dans l'État où il est établi.

(3) Sur demande de l'administration des contributions, le contribuable doit être en mesure de fournir tout élément pertinent tels que des déclarations d'impôt, d'autres documents fiscaux ou des certificats fournis par les autorités fiscales d'un autre État, afin de prouver que les dispositions de l'alinéa 1^{er} du présent article ne sont pas applicables. »

Art. 3. Le titre III de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu est modifié comme suit :

A l'article 175, alinéa 1^{er}, le terme « Les » est remplacé par les termes « Sous réserve des dispositions de l'article 168quater, les ».

Chapitre 2 – Modification de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune (« Vermögensteuergesetz »)

Art. 4. La loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune (« Vermögensteuergesetz ») est modifiée et complétée comme suit :

Le paragraphe 3, alinéa 1^{er} est modifié et complété comme suit :

1° Le point final du numéro 11 est remplacé par un point-virgule ;

2° Il est ajouté un nouveau numéro 12 libellé comme suit :

« 12. les contribuables visés par l'article 168quater de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu. »

Chapitre 3 – Modification de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz »)

Art. 5. La loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz ») est modifiée comme suit :

Au paragraphe 11bis de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934, le terme « Les » est remplacé par les termes « Sous réserve des dispositions de l'article 168quater de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, les ».

Chapitre 4 – Modification de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung »)

Art. 6. La loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung ») est modifiée et complétée comme suit :

Au paragraphe 215, l'alinéa 2 est complété à la fin par le libellé suivant :

« Les dispositions du présent alinéa ne s'appliquent pas à la quote-part des revenus nets auxquels s'appliquent les dispositions de l'article 168^{quater} de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu. »

Chapitre 5 – Mise en vigueur

Art. 7. Les dispositions de la présente loi sont applicables aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2020, à l'exception de celles des articles 2, 4^o, 3, 4, 5 et 6, qui sont applicables à partir de l'année d'imposition 2022.

Luxembourg, le 13 décembre 2019

Le Président-Rapporteur,
André BAULER

7466

Bulletin de Vote (Vote Public)

Date: 19/12/2019 10:23:15	Président: M. Etgen Fernand
Scrutin: 19	Secrétaire A: M. Frieseisen Claude
Vote: PL 7466 Directive ATAD2	Secrétaire B: Mme Barra Isabelle
Description: Projet de loi 7466	

	Oui	Abst	Non	Total
Présents:	56	0	2	58
Procuration:	2	0	0	2
Total:	58	0	2	60

Nom du député	Vote	(Procuration)	Nom du député	Vote	(Procuration)
CSV					
Mme Adehm Diane	Oui		Mme Arendt Nancy	Oui	
M. Eicher Emile	Oui		M. Eischen Félix	Oui	
M. Galles Paul	Oui		M. Gloden Léon	Oui	
M. Halsdorf Jean-Marie	Oui		Mme Hansen Martine	Oui	
Mme Hetto-Gaasch Françoise	Oui		M. Kaes Aly	Oui	
M. Lies Marc	Oui		M. Mischo Georges	Oui	
Mme Modert Octavie	Oui		M. Mosar Laurent	Oui	
Mme Reding Viviane	Oui		M. Roth Gilles	Oui	
M. Schank Marco	Oui		M. Spautz Marc	Oui	
M. Wilmes Serge	Oui	(Mme Reding Viviane)	M. Wiseler Claude	Oui	
M. Wolter Michel	Oui				

déi gréng					
Mme Ahmedova Semiray	Oui		M. Back Carlo	Oui	
M. Benoy François	Oui		Mme Bernard Djuna	Oui	
Mme Empain Stéphanie	Oui		Mme Gary Chantal	Oui	
M. Hansen- Marc	Oui		Mme Lorsché Josée	Oui	
M. Margue Charles	Oui				

DP					
M. Arendt Guy	Oui		M. Bauler André	Oui	
M. Baum Gilles	Oui		Mme Beissel Simone	Oui	
M. Berger Eugène	Oui		M. Colabianchi Frank	Oui	
Mme Elvinger Joëlle	Oui		M. Etgen Fernand	Oui	
M. Graas Gusty	Oui		M. Hahn Max	Oui	
Mme Hartmann Carole	Oui		Mme Polfer Lydie	Oui	

déi Lénk					
M. Baum Marc	Non		M. Wagner David	Non	

LSAP					
M. Biancalana Dan	Oui		M. Bodry Alex	Oui	
Mme Burton Tess	Oui		Mme Closener Francine	Oui	
M. Cruchten Yves	Oui		M. Di Bartolomeo Mars	Oui	
M. Engel Georges	Oui		M. Fayot Franz	Oui	(M. Di Bartolomeo Mars)
M. Haagen Claude	Oui		Mme Mutsch Lydia	Oui	

groupe technique					
M. Clement Sven-Piraten	Oui		M. Engelen Jeff-ADR	Oui	
M. Gibéryen Gast-ADR	Oui		M. Goergen Marc-Piraten	Oui	
M. Kartheiser Fernand-ADR	Oui		M. Reding Roy-ADR	Oui	

Le Président:

Le Secrétaire général:

7466/06

N° 7466⁶**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2019-2020

PROJET DE LOI

portant

- 1° **modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ;**
 - 2° **modification de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune (« Vermögensteuergesetz ») ;**
 - 3° **modification de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz ») ;**
 - 4° **modification de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung ») ;**
- en vue de transposer la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers**

* * *

**DISPENSE DU SECOND VOTE CONSTITUTIONNEL
PAR LE CONSEIL D'ETAT**

(20.12.2019)

Le Conseil d'État,

appelé par dépêche du Président de la Chambre des députés du 19 décembre 2019 à délibérer sur la question de dispense du second vote constitutionnel du

PROJET DE LOI

portant

- 1° **modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ;**
 - 2° **modification de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune (« Vermögensteuergesetz ») ;**
 - 3° **modification de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz ») ;**
 - 4° **modification de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung ») ;**
- en vue de transposer la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers**

qui a été adopté par la Chambre des députés dans sa séance du 19 décembre 2019 et dispensé du second vote constitutionnel ;

Vu ledit projet de loi et l'avis émis par le Conseil d'État en sa séance du 10 décembre 2019 ;

se déclare d'accord

avec la Chambre des députés pour dispenser le projet de loi en question du second vote prévu par l'article 59 de la Constitution.

Ainsi décidé en séance publique à l'unanimité des 18 votants, le 20 décembre 2019.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

La Présidente du Conseil d'État,
Agy DURDU



Commission des Finances et du Budget

Procès-verbal de la réunion du 13 décembre 2019

Ordre du jour :

1. 7500 7501 Projet de loi concernant le budget des recettes et des dépenses de l'État pour l'exercice 2020
 Projet de loi relatif à la programmation financière pluriannuelle pour la période 2019-2023
 Rapporteur : Monsieur Yves Cruchten

 - Examen de l'avis complémentaire du Conseil d'État
 - Présentation et adoption d'un projet de rapport

2. 7466 Projet de loi portant
 1° modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ;
 2° modification de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune (« Vermögensteuergesetz ») ;
 3° modification de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz ») ;
 4° modification de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung ») ;
 en vue de transposer la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers
 Rapporteur : Monsieur André Bauler

 - Présentation et adoption d'un projet de rapport

3. Divers

*

Présents : Mme Diane Adehm remplaçant M. Michel Wolter, M. Guy Arendt, M. André Bauler, M. Alex Bodry, M. Sven Clement, M. Yves Cruchten, M. Franz Fayot, M. Gast Gibéryen, Mme Martine Hansen, M. Marc Hansen remplaçant Mme Josée Lorsché, Mme Carole Hartmann remplaçant M. Eugène Berger, M. Charles Margue remplaçant M. François Benoy, M. Laurent Mosar, M. Gilles Roth

M. Carlo Fassbinder, Directeur de la Fiscalité (Ministère des Finances)
(pour le point 2)

M. Matthieu Gonner, du Ministère des Finances (pour le point 2)

Mme Caroline Guezennec, de l'Administration parlementaire

Excusés : M. François Benoy, M. Eugène Berger, Mme Josée Lorsché, M. Roy Reding, M. Claude Wiseler, M. Michel Wolter

*

Présidence : M. André Bauler, Président de la Commission

*

- 1. 7500 7501** **Projet de loi concernant le budget des recettes et des dépenses de l'État pour l'exercice 2020**
Projet de loi relatif à la programmation financière pluriannuelle pour la période 2019-2023
Rapporteur : Monsieur Yves Cruchten
- **Examen de l'avis complémentaire du Conseil d'État**
 - **Présentation et adoption d'un projet de rapport**

Le rapporteur présente les points saillants de son projet de rapport.

Il revient plus en détail sur la recommandation suivante figurant à la page 77 de son rapport :

« La COFIBU suggère, au niveau de l'administration de la Chambre des Députés, de prévoir davantage de moyens pour mener une évaluation ex-post plus rigoureuse et systématique des politiques mises en œuvre par l'exécutif en collaboration avec la Cour des comptes. Cette démarche ira de pair avec l'engagement de personnel hautement qualifié. ».

Il propose de rédiger une résolution en faveur d'un suivi des recommandations figurant dans le rapport portant sur la loi budgétaire précédente. Elle prévoira également que la Chambre des Députés se dote progressivement des moyens nécessaires afin d'engager du personnel hautement qualifié auprès de l'Administration parlementaire censé mener une évaluation systématique des politiques mises en œuvre au niveau national et vérifier que ces dernières sont en ligne avec les objectifs définis au moment de leur mise en place. Finalement, la résolution portera également sur un suivi plus poussé des motions votées par la Chambre des Députés par le biais de la mise en place d'un « registre des motions » permettant de classer les motions par thème.

Les membres de la Commission remercient le rapporteur du travail accompli.

Mme Martine Hansen salue la mise en place d'un « registre des motions ».

M. Alex Bodry signale que l'instauration d'une « cellule d'évaluation » des politiques mises en œuvre par l'exécutif est déjà planifiée par la Chambre des Députés qui dispose actuellement d'un budget à cet effet. Il rappelle qu'il existe une liste des motions en cours, mais constate que le suivi politique de ces motions n'est pas assuré par la Chambre des Députés.

M. Gast Gibéryen regrette que les rapports sur les lois budgétaires soient trop peu évoqués dans le public. Il signale que, comme de coutume, il votera contre le rapport.

M. Sven Clement indique qu'il peut, en grande partie, partager les recommandations figurant dans le rapport, mais que, selon lui, les mesures de leur concrétisation font défaut. Pour cette raison, il s'abstiendra au moment du vote du projet de rapport. Il s'exprime ensuite en faveur d'un suivi budgétaire plus précis au cours de l'année.

M. Charles Margue signale que son groupe politique approuve le contenu du projet de rapport.

M. Guy Arendt fait de même au nom de son groupe politique.

M. André Bauler déclare s'être également exprimé en faveur d'un suivi des politiques gouvernementales dans son rapport portant sur la loi budgétaire 2019.

Le rapporteur remercie les membres de la Commission. Il propose de leur envoyer le texte d'un projet de résolution.

Le projet de rapport est adopté par 7 voix pour, 1 abstention (M. Clement) et 5 voix contre (Mme Adehm, Mme Hansen, M. Gibéryen, M. Mosar, M. Roth).

- 2. 7466 Projet de loi portant**
1° modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ;
2° modification de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune (« Vermögensteuergesetz ») ;
3° modification de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz ») ;
4° modification de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung ») ;
en vue de transposer la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers

Le rapporteur présente très brièvement son projet de rapport.

M. Mosar déplore l'organisation des travaux portant sur le présent projet de loi. La convocation très tardive de la réunion du jeudi 12 décembre 2019 ne lui a pas permis, en raison d'autres engagements, d'y assister, alors qu'il est en charge du suivi de ce projet de loi au sein de son groupe politique. Il signale qu'en raison des délais rapprochés, il formulera ses critiques en séance plénière. Pour ces raisons, son groupe politique s'abstient lors du vote du projet de rapport.

Le projet de rapport est adopté par 8 voix pour et 5 abstentions (Mme Adehm, Mme Hansen, M. Gibéryen, M. Mosar, M. Roth).

3. Divers

Monsieur le Président annonce la tenue d'une réunion de la Commission le lundi 16 décembre 2019 (9:30 heures) en présence du ministre des Finances au sujet de l'évolution des ventes de carburant en 2020 et des accises y afférentes. Cette réunion donne suite à la motion déposée à ce sujet en séance plénière cette semaine.

Luxembourg, le 13 décembre 2019

La Secrétaire-administrateur,
Caroline Guezennec

Le Président de la Commission des Finances et du
Budget,
André Bauler



Commission des Finances et du Budget

Procès-verbal de la réunion du 12 décembre 2019

Ordre du jour :

1. Approbation du projet de procès-verbal de la réunion du 29 novembre 2019
2. 7466 Projet de loi portant
1° modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ;
2° modification de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune (« Vermögensteuergesetz ») ;
3° modification de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz ») ;
4° modification de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung ») ;
en vue de transposer la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers
Rapporteur : Monsieur André Bauler

- Examen de l'avis du Conseil d'État
3. Divers

*

Présents : Mme Diane Adehm remplaçant M. Michel Wolter, M. Guy Arendt, M. André Bauler, M. Eugène Berger, M. Alex Bodry, M. Yves Cruchten, M. Franz Fayot, M. Gast Gibéryen, M. Marc Goergen remplaçant M. Sven Clement, Mme Martine Hansen, M. Aly Kaes remplaçant M. Laurent Mosar, Mme Josée Lorsché, M. Charles Margue remplaçant M. François Benoy, M. Gilles Roth, M. Claude Wiseler

M. Carlo Fassbinder, Directeur de la Fiscalité (Ministère des Finances)
M. Matthieu Gonner, du Ministère des Finances
M. Schroeder, de l'Administration des contributions directes (ACD)

Mme Caroline Guezennec, de l'Administration parlementaire

Excusés : M. François Benoy, M. Sven Clement, M. Laurent Mosar, M. Roy Reding, M. Michel Wolter

*

Présidence : M. André Bauler, Président de la Commission

*

1. Approbation du projet de procès-verbal de la réunion du 29 novembre 2019

Le projet de procès-verbal est approuvé.

2. 7466 Projet de loi portant
1° modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ;
2° modification de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune (« Vermögensteuergesetz ») ;
3° modification de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz ») ;
4° modification de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung ») ;
en vue de transposer la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers

Avant que la Commission des Finances et du Budget ne procède à l'examen du long avis du Conseil d'Etat, le rapporteur précise qu'afin de respecter la date de transposition de la directive ATAD2, il soumettra son projet de rapport au vote de la Commission le lendemain. La Commission limite son analyse aux points au sujet desquels le Conseil d'Etat propose des modifications de libellé.

Article 2

Point 3

Paragraphe 1^{er}

Le paragraphe 1^{er} reproduit les définitions du point b) de l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la directive (UE) 2017/952 précitée, en adaptant légèrement certaines terminologies aux concepts et notions utilisés dans la LIR.

Ad numéro 2

Cette disposition reprend la définition de la notion de « dispositif hybride », telle qu'elle figure à l'article 1^{er}, alinéa 2, lettre b), de la directive (UE) 2017/952, en y apportant toutefois certaines adaptations.

Le Conseil d'Etat suggère de modifier le libellé de la définition du concept de « dispositif hybride » comme suit :

« « dispositif hybride », une situation faisant intervenir le contribuable ou, au regard de l'alinéa 3, numéro 3, un organisme ».

Le Conseil d'Etat suggère également d'insérer, sous la définition du concept de « revenu soumis à double inclusion », une définition autonome du concept d'« organisme », qui pourrait être libellée comme suit :

« « organisme », un organisme au sens des articles 159, 160 ou 175 ».

La Commission des Finances et du Budget décide de suivre ces recommandations du Conseil d'Etat.

Ad numéro 8

La disposition sous examen reprend la définition donnée par la directive (UE) 2017/952 du concept d'« allègement fiscal ». Ce concept vient à s'appliquer dans le contexte des mesures concernant les instruments financiers hybrides, dans la mesure où le paiement effectué au titre d'un instrument financier n'est pas considéré comme inclus lorsqu'un tel paiement ouvre droit à un allègement fiscal, quel qu'il soit, uniquement du fait de la qualification de ce paiement en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire. La définition vise plus précisément toute exonération, réduction du taux d'imposition ou tout crédit ou remboursement d'impôt (autre qu'une imputation d'un impôt retenu à la source).

Le Conseil d'État propose que la définition du concept d'« allègement fiscal » soit adaptée de manière à exclure toute exonération, réduction du taux d'imposition ou tout crédit ou remboursement d'impôt accordés dans le seul but d'éliminer une double imposition économique. Le libellé de cette définition pourrait être reformulé comme suit :

« "allègement fiscal", une exonération, une réduction du taux d'imposition ou tout crédit ou remboursement d'impôt (autre qu'une imputation d'un impôt retenu à la source), à l'exclusion de toute exonération, réduction du taux d'imposition ou crédit ou remboursement d'impôt accordé uniquement en vue d'éliminer une double imposition ».

La Commission des Finances et du Budget décide de ne pas reprendre le libellé proposé par le Conseil d'Etat qui va plus loin que la directive.

Ad numéro 18 (numéro 17 initial)

Le texte en projet entend introduire une définition autonome du concept d'« entreprise associée », dans la mesure où elle diffère à plusieurs égards de la définition de ce concept qui est actuellement codifié à l'article 164^{ter} LIR (disposition relative aux sociétés étrangères contrôlées). La définition proposée n'aura donc vocation à s'appliquer que dans le contexte du nouvel article 168^{ter} LIR en projet ; la définition de l'article 164^{ter} LIR restant d'application pour l'application dudit article, tout comme pour l'application de l'article 168^{bis} LIR (limitation de la déductibilité des intérêts).

Les principales différences de la définition de la directive (UE) 2017/952 avec celle de la directive (UE) 2016/1164 ont trait aux seuils de détention et à leur application en cas d'action conjointe.

En ce qui concerne les seuils de détention, ils sont relevés de 25 % à 50 % ou plus. Par exception, pour les besoins de l'application des règles relatives aux dispositifs hybrides impliquant un paiement effectué au titre d'un instrument financier, le seuil de détention est ramené à 25 %.

Paragraphe 3

Cette disposition vise à transposer les mesures prévues par la directive (UE) 2017/952 en vue de parer aux différents effets d'asymétrie identifiés par celle-ci.

Ad numéro 1

Les dispositions du numéro 1 sous examen ont pour objectif de déterminer les mesures à prendre lorsqu'un paiement, une dépense ou une perte en relation avec un dispositif hybride

entraînent une double déduction. Ces mesures se subdivisent en une règle primaire, qui fait l'objet de la lettre a), et une règle secondaire, reprise sous la lettre b).

Le texte sous examen instaure un système de report des déductions concernées qui n'est, en tant que tel, pas prévu par la directive (UE) 2017/952 et qui est susceptible de créer des situations qui semblent aller au-delà de ce que la Directive exige. Même si le paragraphe 118 du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE prévoit un tel mécanisme de report¹, le Conseil d'État renvoie aux observations de la Chambre de commerce formulées dans son avis du 27 septembre 2019 et demande aux auteurs du projet de loi un alignement sur le texte de la directive (UE) 2017/952 en modifiant la disposition sous examen comme suit² : « Toutefois, de tels paiements, dépenses ou pertes restent déductibles d'un revenu soumis à double inclusion, qu'il soit pris en compte durant l'exercice d'exploitation en cours ou durant un exercice d'exploitation ultérieur. »

La Commission des Finances et du Budget décide de ne pas reprendre le texte proposé par le Conseil d'Etat, ce texte ne lui semblant pas suivre l'esprit de la directive.

Le Conseil d'État note aussi qu'il va de soi qu'une déduction ne peut avoir lieu qu'à concurrence du montant du revenu soumis à double inclusion pour lequel il est raisonnable de penser qu'il y aura une prise en compte durant un exercice d'exploitation ultérieur. Pour le surplus éventuel, même si cela n'est pas prévu en tant que tel par la directive (UE) 2017/952, il pourrait être envisagé de maintenir un système de report limité dans le temps, tel que prévu par le libellé actuel de la disposition sous en projet. Comme le paragraphe 118 précité se réfère « aux règles normalement applicables aux pertes nettes », la limite pourrait être fixée à dix-sept ans en ligne avec les dispositions applicables en matière de report de pertes suivant l'article 114 LIR. La possibilité d'un tel report pourrait être prévue par l'insertion, à la suite du paragraphe 2 du numéro 1 de l'alinéa 3 sous rubrique, de la phrase suivante :

« Les paiements, dépenses ou pertes qui n'ont pas pu être déduits en vertu de la phrase précédente restent déductibles d'un revenu soumis à double inclusion au cours des dix-sept exercices d'exploitation suivants. ».

La Commission des Finances et du Budget décide de ne pas suivre cette recommandation du Conseil d'Etat. La directive ne prévoit pas un tel délai.

Ad numéro 2

Le numéro 2 de la disposition sous examen a pour objectif de lutter contre les dispositifs hybrides engendrant une déduction sans inclusion. Les mesures prévues se subdivisent à nouveau en une règle primaire et une règle secondaire.

La règle primaire prévoit le refus de la déduction du paiement auprès du contribuable qui est le payeur, lorsque ce paiement génère un effet de déduction sans inclusion. Si la juridiction du payeur ne refuse pas la déduction dans un tel cas de figure, la règle secondaire vient à s'appliquer : dans ce cas, le produit correspondant est à inclure, donc à prendre en compte

¹ « Les déductions excédentaires visées par une limitation dans la juridiction du payeur en vertu de la règle relative aux paiements hybrides non pris en compte peuvent être reportées sur un autre exercice, conformément aux règles normalement applicables aux pertes nettes, pour y être imputées à un revenu soumis à une double inclusion ».

² À titre d'exemple, en France, le projet de loi de finances pour 2020, qui transpose les dispositions de la directive (UE) 2017/952 dans le code général des impôts français, propose le libellé suivant (article 13 (44)) : « Ces dispositions ne sont pas applicables lorsque la double déduction concerne un revenu soumis à double inclusion au titre du même exercice ou au titre d'un exercice qui commence dans les vingt-quatre mois suivant la fin de l'exercice au titre duquel la charge a été initialement déduite. »

dans le total des revenus nets, auprès du contribuable qui est le bénéficiaire luxembourgeois.

Les commentaires relatifs à cette disposition précisent que la règle secondaire ne s'applique pas, lorsque l'asymétrie est neutralisée par l'application des dispositions de l'article 166, alinéa 2bis, LIR. Cette dernière disposition prévoit, entre autres, que les revenus d'une participation ne bénéficient pas de l'exonération prévue par l'alinéa 1^{er} du même article, lorsque ces mêmes revenus sont déductibles dans l'État membre du payeur. Le Conseil d'État constate que la formulation choisie ne reflète pas correctement la primauté de l'article 166, alinéa 2bis, LIR par rapport à la règle secondaire analysée. En effet, l'expression « sans préjudice de l'article 166, alinéa 2bis » signifie, d'après le Guide de légistique pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires³, que « la règle qui va être énoncée est sans incidence sur l'application d'une autre règle qu'on entend précisément ne pas écarter et qui pourra s'appliquer également ». Cette expression entraîne donc un cumul des deux règles, alors que l'intention ici est d'écarter une règle au profit de l'autre. La formule « sous réserve » est par conséquent plus appropriée dans le cas d'espèce, dans la mesure où cette locution indique « l'ordre de prééminence entre deux dispositions en conflit, soit qu'elles appartiennent à deux textes différents, soit qu'elles se situent à l'intérieur d'un même texte : la disposition ne joue que lorsque le texte réservé ne trouve pas à s'appliquer »⁴. Le Conseil d'État demande dès lors aux auteurs du projet de loi, **sous peine d'opposition formelle** pour contrariété avec la directive, de modifier la disposition sous examen comme suit :

« b) lorsque le paiement est déductible dans la juridiction du payeur, le produit ou la recette correspondant qui, autrement, donnerait lieu à un effet d'asymétrie est pris en compte dans le total des revenus nets du contribuable qui est le bénéficiaire sous réserve de l'article 166, alinéa 2bis ».

La Commission des Finances et du Budget décide de reprendre le libellé proposé par le Conseil d'État.

(...)

En outre, le Conseil d'État prend acte de ce que les auteurs du projet de loi sous examen ont opté, conformément à la possibilité offerte par la directive (UE) 2017/952, d'exclure du champ d'application des règles relatives à la déduction sans inclusion les instruments financiers intragroupes émis dans le but de satisfaire aux exigences de l'émetteur en matière de capacité d'absorption des pertes. Le texte en projet énumère les différents cas de figure qui engendrent la non-application – jusqu'au 31 décembre 2022 – des règles susmentionnées. Néanmoins, les contribuables ayant un exercice d'exploitation qui ne coïncide pas avec l'année civile, en cas de modification ultérieure de la date limite d'application de la disposition sous examen, risquent, au titre de l'année d'imposition 2023, de voir leur exercice d'exploitation soumis pour partie aux règles primaires et secondaires. Pour des raisons de simplification, le Conseil d'État recommande de faire coïncider, selon la formulation suivante, la date limite d'application avec l'année d'imposition 2022 :

« Sont exclus du champ d'application des lettres a) et b) du présent numéro 2, jusqu'à l'année d'imposition 2022 inclusivement, les dispositifs hybrides [...] ».

La Commission des Finances et du Budget décide de maintenir la version initiale du texte, ce texte correspondant aux termes utilisés dans la directive.

³ Cf. M. Besch, « Normes et légistique en droit public luxembourgeois », Windhof, Promoculture Larcier, 2019, p. 436, n° 552. Adde : « Guide de légistique pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires », Secrétariat général du Gouvernement et Conseil d'État, France, éd. 2018, p. 302.

⁴ Guide de légistique, op. cit., p. 303.

Point 4

Le texte sous examen envisage d'introduire un nouvel article 168^{quater} LIR ayant pour but de transposer les règles relatives aux entités hybrides inversées, telles que prévues par le nouvel article 9^{bis} inséré par la directive (UE) 2017/952.

Ces mesures, qui produiront leurs effets à compter de 2022, concernent le traitement fiscal des entités considérées comme fiscalement transparentes. Elles auront pour effet de soumettre à l'impôt sur le revenu des collectivités les revenus de sociétés constituées ou établies au Luxembourg et y considérées comme transparentes à des fins fiscales, lorsqu'une ou plusieurs entreprises associées non résidentes détenant globalement un intérêt direct ou indirect de 50 % ou plus des droits de vote, des participations au capital ou des droits de participation aux bénéfices de ces organismes ou dispositifs, se situent dans une juridiction ou des juridictions qui considèrent ces organismes hybrides comme une personne imposable au Luxembourg.

Ad alinéa 1^{er}

(...)

Dans un but de clarification rédactionnelle, le Conseil d'État propose de remplacer l'expression « dans la mesure où » par l'expression « pour la quote-part de ». Une telle formulation exprime en effet plus clairement la délimitation des revenus concernés :

« [...] pour la quote-part de leurs revenus nets qui ne sont pas par ailleurs imposés en vertu de la présente loi ou des lois de toute autre juridiction, lorsqu'une ou plusieurs entreprises associées au sens de l'article 168^{ter}, alinéa 1^{er}, numéro 17, non résidentes détenant globalement un intérêt direct ou indirect de 50 pour cent ou plus des droits de vote, des participations au capital ou des droits de participation aux bénéfices de ces organismes ou dispositifs, se situent dans une juridiction ou des juridictions qui considèrent ces organismes ou dispositifs comme une personne imposable au Grand-Duché de Luxembourg. »

La Commission des Finances et du Budget décide de reprendre la formulation proposée par le Conseil d'Etat (la référence au numéro 17 est remplacée par celle au numéro 18).

Ad alinéa 2

La disposition sous examen entend soustraire à l'application des règles relatives aux entités hybrides inversées les organismes de placement, tels que définis par la directive (UE) 2017/952. Les commentaires sur le texte en projet énumèrent par ailleurs les organismes de placement luxembourgeois qui sont visés par l'exemption d'application des règles sous examen.

Concernant l'utilisation du concept de « titres » dans la disposition sous examen, le Conseil d'État renvoie aux observations de la Chambre de commerce dans son avis du 27 septembre 2019 précité. Il considère que l'esprit de la directive (UE) 2017/952 n'est pas de restreindre la dérogation au bénéfice des organismes de placement collectifs aux seuls organismes investissant dans des titres de participations et obligations. Par conséquent, il recommande de remplacer la notion de « portefeuille de titres » par celle de « portefeuille d'actifs ».

La Commission des Finances et du Budget décide de ne pas procéder à ce remplacement et de maintenir la notion initiale correspondant à celle figurant dans la directive.

Article 6

La disposition de l'article 6 modifie les dispositions de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931, laquelle traite de l'établissement séparé et en commun des revenus dans certaines circonstances.

De manière générale, les revenus des sociétés fiscalement transparentes font l'objet d'un établissement séparé et en commun. Toutefois, du fait de la soumission à l'impôt sur le revenu des collectivités, dans leur propre chef, de tout ou partie des revenus nets des organismes et dispositifs visés par le nouvel article 168^{quater} LIR en projet, un tel établissement séparé et en commun n'est plus applicable. Ceci ne vaut néanmoins que pour la partie des revenus nets qui seront soumis dans le propre chef de l'organisme ou du dispositif concerné à l'impôt sur le revenu des collectivités.

Il ressort des commentaires sur la disposition sous examen que « les dispositions du paragraphe 215, alinéa 2 AO en matière d'établissement séparé et en commun resteront d'application si, ou dans la mesure où, la règle de l'article 168^{quater} LIR ne s'appliquera pas ». En reprenant l'exemple donné dans les commentaires concernant l'article 168^{quater} LIR en projet, le Conseil d'État comprend qu'en ce qui concerne les revenus de la société en commandite simple, il n'y aura pas d'établissement séparé et en commun pour la partie des revenus nets qui sera soumise à l'impôt sur le revenu des collectivités en raison de l'application des dispositions du nouvel article 168^{quater} LIR en projet. Par contre, en ce qui concerne la quote-part des revenus nets attribuables à la personne physique qui est un résident du Luxembourg, la règle de l'établissement séparé et en commun continuera à s'appliquer.

D'un point de vue pratique, il appartiendra donc au bureau d'imposition compétent pour un organisme ou dispositif donné, de vérifier si cet organisme ou dispositif tombe sous l'application de l'article 168^{quater} LIR et, par suite, de déterminer, le cas échéant, le montant qui devra être soumis à l'impôt sur le revenu des collectivités. Le bureau d'imposition devra donc procéder, pour un même organisme ou dispositif, à l'émission de deux bulletins différents, à savoir un premier bulletin qui portera fixation de la cote de l'impôt sur le revenu des collectivités et un deuxième bulletin qui portera fixation de la base d'imposition de la quote-part du revenu net qui sera soumis à l'impôt sur le revenu dans le chef du contribuable résident luxembourgeois.

Le Conseil d'État prend acte de l'approche ainsi retenue par les auteurs du projet de loi, mais estime néanmoins que le libellé du texte en projet n'est pas suffisamment clair. Il suggère de le modifier comme suit :

« Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas à la quote-part des revenus nets auxquels s'appliquent les dispositions de l'article 168^{quater} de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ».

La Commission des Finances et du Budget décide de procéder à la modification proposée par le Conseil d'Etat.

*

La Commission des Finances et du Budget constate que le Conseil d'Etat fait une série d'observations d'ordre légistique que la Commission des Finances et du Budget décide de ne pas reprendre en raison de l'urgence du vote du projet de loi avant la fin de l'année 2019. De plus, en raison de la complexité technique du projet de loi, le commentaire des articles a été étoffé d'exemples concrets permettant d'en faciliter la compréhension. Ce commentaire se base sur la structure initiale du texte dont une modification rendrait plus difficile le suivi de ce commentaire.

M. Alex Bodry constate que, dans son avis, le Conseil d'Etat s'évertue à livrer son interprétation des différentes dispositions du texte de loi. Suite à son intervention, la Commission des Finances et du Budget décide de ne pas se prononcer quant à ces interprétations dont la teneur pourra éventuellement être confirmée ou infirmée par le biais de circulaires ou de règlements grand-ducaux au cas où cela serait jugé nécessaire. Une phrase dans ce sens sera incluse dans le rapport relatif au présent projet de loi.

Mme Martine Hansen regrette que l'avis du Conseil d'Etat doive être examiné dans l'urgence. Elle aurait préféré que le projet de loi passe en séance plénière début janvier, suite à la proposition de son groupe parlementaire d'y reporter également les débats portant sur le pacte climat.

3. Divers

M. Gilles Roth juge inacceptable que la motion déposée par son groupe parlementaire en séance plénière deux jours auparavant et concernant l'envergure de la hausse projetée du droit d'accise autonome sur le gasoil ait été rejetée.

Luxembourg, le 10 janvier 2020

La Secrétaire-administrateur,
Caroline Guezennec

Le Président de la Commission des Finances et du
Budget,
André Bauler



Commission des Finances et du Budget

Procès-verbal de la réunion du 09 décembre 2019

Ordre du jour :

1. Approbation des projets de procès-verbal des réunions du 25 octobre 2019 et des 3 et 6 décembre 2019
2. 7466 Projet de loi portant
1° modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ;
2° modification de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune (« Vermögensteuergesetz ») ;
3° modification de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz ») ;
4° modification de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung ») ;
en vue de transposer la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers

- Désignation d'un rapporteur
- Présentation du projet de loi
3. Divers

*

Présents : M. Guy Arendt, M. André Bauler, M. Eugène Berger remplaçant Mme Joëlle Elvinger, M. Alex Bodry, M. Yves Cruchten, M. Franz Fayot, M. Gast Gibéryen, Mme Martine Hansen, Mme Josée Lorsché, M. Laurent Mosar, M. Gilles Roth, M. Marc Spautz remplaçant M. Claude Wiseler

M. Carlo Fassbinder, Directeur de la Fiscalité (ministère des Finances)
M. Matthieu Gonner, du ministère des Finances
Mme Betty Sandt, de l'Administration des Contributions directes (ACD)

Mme Caroline Guezennec, de l'Administration parlementaire

Excusés : M. François Benoy, Mme Joëlle Elvinger, M. Roy Reding, M. Claude Wiseler

*

Présidence : M. André Bauler, Président de la Commission

*

1. Approbation des projets de procès-verbal des réunions du 25 octobre 2019 et des 3 et 6 décembre 2019

Les projets de procès-verbal sont approuvés.

2. 7466 Projet de loi portant
1° modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ;
2° modification de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune (« Vermögensteuergesetz ») ;
3° modification de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz ») ;
4° modification de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung ») ;
en vue de transposer la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers

M. André Bauler est nommé rapporteur du projet de loi sous rubrique.

Suite au résumé du projet de loi par M. Bauler, le représentant du ministère des Finances présente en détail et exemples à l'appui le contenu du projet de loi tel qu'il est décrit dans l'exposé des motifs et, surtout, le commentaire des articles du document parlementaire n°7466.

Echange de vues :

- En réponse à une question de M. Laurent Mosar portant sur un éventuel non-respect des règles BEPS par un pays tiers, le représentant du ministère des Finances rappelle que 135 pays se sont engagés à un tel respect. Au cas où un pays tiers n'appliquerait pas la règle primaire prévue dans l'ATAD2, la règle secondaire s'applique.
- Dans le cadre de la discussion au sujet des règles de l'ATAD2 sur les transferts hybrides, suite à la référence faite par M. Franz Fayot aux opérations cum-ex, la représentante de l'ACD précise que les opérations dites cum-ex entraînent souvent un double remboursement, alors que la règle de la directive ATAD2 a trait aux crédits d'impôts multiples dans le cadre d'un transfert hybride.
- Quant à la non-application de la règle instaurée par l'article 2, point 4°, 1^{er} alinéa (soumission à l'IRC de certains revenus de certains organismes et dispositifs dans certaines conditions) aux organismes de placement collectif, le commentaire des articles précise que sont visés les organismes de placement collectif luxembourgeois au sens de la loi du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif, les fonds d'investissement spécialisés au sens de la loi du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés ainsi que les fonds d'investissement alternatifs réservés au sens de la loi du 23 juillet 2016 relative aux fonds d'investissement alternatifs réservés. Sont également visés les autres fonds d'investissement alternatifs qui n'entrent pas dans une de ces catégories tout en étant couverts par la loi du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs), à condition d'être détenus de manière large, de posséder un portefeuille de titres diversifié limitant l'exposition au risque marché et d'être assujettis aux obligations relatives à la protection des investisseurs.

M. Laurent Mosar revient à la demande de la Chambre de Commerce qui voudrait voir ajouter à la liste des OPC auxquels s'applique l'alinéa 2 du point 4° de l'article 2, les SICAR (sociétés d'investissement en capital à risque organisés sous la loi modifiée du 15 juin 2004), lorsqu'elles sont constituées sous la forme d'une société en commandite simple ou spéciale. Le représentant du ministère des finances explique que tel est le cas pour certains cas d'espèce, c'est-à-dire pour les situations où plusieurs critères sont respectés, à savoir lorsque la SICAR est considérée comme un fonds d'investissement alternatif couvert par la loi du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs, et à condition que la SICAR soit détenue de manière large, qu'elle possède un portefeuille de titres diversifié et qu'elle soit assujettie aux obligations relatives à la protection des investisseurs.

- En réponse à une question de M. Mosar portant sur la reprise éventuelle des propositions de modification du texte du projet de loi émanant de la Chambre de commerce, le représentant du ministère des Finances constate que l'avis de la chambre professionnelle comporte également des points positifs à l'égard du projet de loi. Il attire l'attention sur le fait que le commentaire des articles du projet de loi comporte déjà beaucoup d'exemples précisant le texte. Il se pourrait qu'à un moment certains points fassent l'objet d'une circulaire de l'ACD.
- M. Mosar revient au point 17 du point 3° (introduisant un nouvel article 168^{ter} dans la LIR) de l'article 2 du projet de loi, le point 17 portant sur la définition de l'entreprise associée. Il se réfère plus précisément au passage qui prévoit qu'une personne physique ou un organisme qui détient, directement ou indirectement, moins de 10 pour cent des titres ou des parts dans un fonds d'investissement, et qui est en droit de recevoir moins de 10 pour cent des bénéfices de ce fonds d'investissement, est considéré, sauf preuve contraire, ne pas agir conjointement au sens de la phrase précédente avec une autre personne physique ou un autre organisme détenant des titres ou des parts dans ce même fonds d'investissement. Il souhaite connaître la définition de l'action conjointe et savoir qui doit en apporter la preuve.

Le représentant du ministère des Finances explique que la détermination du degré de pourcentage de détention de titres se fait par addition des pourcentages de titres détenus par les différents investisseurs agissant conjointement, donc échangeant entre eux et exerçant une certaine influence sur une société. Cette disposition a pour objectif d'empêcher un saucissonnage des parts de titres dans le but d'échapper aux règles auxquelles sont soumises les « entreprises associées ». Il appartiendra à l'ACD de requérir des informations auprès des investisseurs en cas de soupçon d'action conjointe.

M. Mosar estime que, dans certains cas, il ne sera pas si évident de « prouver » que des actionnaires, même s'ils échangent entre eux, agissent conjointement. Le représentant du ministère des Finances acquiesce qu'il est difficile de prévoir tous les cas de figure et concède que l'apport de preuve pourra éventuellement s'avérer difficile selon les cas.

M. Mosar craint que la Grande-Bretagne applique les règles d'ATAD2 de façon moins restrictive à l'avenir.

- En matière de dispositifs hybrides inversés, M. Mosar demande s'il ne serait pas approprié de préciser que ces dispositifs ne sont pas soumis à l'impôt commercial communal (ICC).

Les représentants du ministère des Finances et de l'ACD expliquent que les dispositifs hybrides inversés sont soumis au droit commun en matière de l'ICC. Ce n'est que dans le

cas – qui semble a priori purement hypothétique – où un tel organisme exerce une activité commerciale qu'il y aurait assujettissement à l'ICC.

- M. Fayot exprime ses soucis quant à la portée suffisante de l'ATAD2.

Le représentant du ministère des Finances se veut rassurant quant à l'atteinte des objectifs de la mise en œuvre d'ATAD2 et ajoute que cette mise en œuvre sera d'ailleurs soumise à évaluation.

- En réponse à une question de M. Gibéryen qui approuve l'orientation du projet de loi, le représentant du ministère des Finances indique que le ministère et l'ACD en ont examiné l'impact. En raison de la complexité des cas auxquels les dispositions du projet de loi s'appliqueront et de la difficulté de prévoir et d'anticiper les comportements futurs des contribuables, il n'est pour l'heure pas possible de chiffrer précisément l'impact de l'ATAD2 sur le Luxembourg.
- M. Fayot fait référence à la réforme fiscale de 2018 aux Etats Unis qui a eu une incidence sur la structuration des multinationales américaines et souhaite savoir si ATAD2 aura également un impact sur le recours à la structuration pour ces sociétés.

Le représentant du ministère des Finances signale que l'ATAD2 intervient dans des situations différentes et permet de résoudre d'autres problèmes que ceux visés par la réforme fiscale des Etats Unis.

En raison de l'approche du délai limite de transposition de l'ATAD2 et vu que le Conseil d'Etat prévoit de publier son avis le 10 décembre 2019, il sera fait en sorte, si possible, d'approuver le projet de rapport portant sur le présent projet de loi au cours de la réunion du vendredi 13 décembre 2019 pour un vote en séance plénière la semaine suivante.

3. Divers

M. Gilles Roth présente brièvement le contenu de l'amendement au projet de loi 7500 déposé au cours de la réunion du 6 décembre 2019 et repris en annexe.

Le Président rappelle qu'une réforme fiscale est en préparation et que les points proposés dans l'amendement du groupe politique CSV seront discutés et examinés dans ce contexte.

M. Gilles Roth signale que l'amendement proposé a pour objectif d'apporter des solutions en attendant l'entrée en vigueur de la prochaine réforme fiscale.

L'amendement est rejeté par 6 voix contre, 3 voix pour (MM. Mosar, Roth et Spautz) et une abstention (M. Gibéryen) (10 personnes présentes au moment du vote).

Luxembourg, le 10 janvier 2020

La Secrétaire-administrateur,
Caroline Guezennec

Le Président de la Commission des Finances et du
Budget,
André Bauler

Annexe:

Amendement au projet de loi 7500 déposé par le groupe politique CSV



Dépôt : Groupe politique CSV

Luxembourg, le 6 décembre 2019

Projet de loi n° 7500 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'État pour l'exercice 2020 et modifiant :

1° le Code de la Sécurité sociale ;

2° la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung »);

3° la loi du 27 juillet 1938, portant création d'un fonds de réserve pour la crise;

4° la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu;

5° la loi modifiée du 10 mars 1969 portant institution d'une inspection générale des finances;

6° la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée;

7° la loi modifiée du 24 décembre 1996 portant introduction d'une bonification d'impôt sur le revenu en cas d'embauchage de chômeurs;

8° la loi modifiée du 28 avril 1998 portant

a) harmonisation de l'enseignement musical dans le secteur communal;

b) modification de l'article 5 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail;

c) modification de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat;

9° la loi électorale du 18 février 2003 telle que modifiée;

10° la loi modifiée du 17 décembre 2010 fixant les droits d'accise et les taxes assimilées sur les produits énergétiques, l'électricité, les produits de tabacs manufacturés, l'alcool et les boissons alcooliques;

11° la loi modifiée du 29 avril 2014 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'État pour l'exercice 2014;

12° la loi modifiée du 25 mars 2015 fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'État;

13° la loi du 27 mars 2018 portant organisation de la sécurité civile;

14° la loi du 10 août 2018 portant organisation de l'Administration de l'enregistrement, des domaines et de la TVA

Remarques préliminaires

L'amendement qui suit doit être lu ensemble avec la première série d'amendements déposés par notre groupe politique en Commission des Finances et du Budget en date du 2 décembre 2019 et présenté le 3 décembre 2019 aux membres de ladite commission.

Amendement

Trois nouveaux paragraphes (2), (3) et (4) sont insérés à l'article 3 du projet de loi et libellés comme suit :

1. « (2) L'article 119 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu est remplacé comme suit :

« En vue de l'application du tarif, les contribuables sont répartis en trois classes

1. La classe 1 comprend les personnes qui n'appartiennent ni à la classe 1a ni à la classe 2.

2. La classe 1a comprend les contribuables suivants pour autant qu'ils n'appartiennent pas à la classe 2:

a) les personnes veuves,

b) les personnes qui bénéficient, selon les dispositions de l'article 122, d'une modération d'impôt pour enfant dans les conditions définies à l'article 123,

c) les personnes ayant terminé leur 64^e année au début de l'année d'imposition.

3. La classe 2 comprend:

a) les personnes imposées collectivement en vertu des articles 3 ou 3bis,

b) les personnes veuves dont le mariage a été dissous par décès au cours de cinq années précédant l'année d'imposition,

c) les personnes divorcées, séparées de corps ou séparées de fait en vertu d'une dispense de la loi ou de l'autorité judiciaire au cours des cinq années précédant l'année d'imposition, si avant cette époque et pendant cinq ans elles n'ont pas bénéficié de la présente disposition ou d'une disposition similaire antérieure. » »

2. « (3) L'article 120bis de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu est modifié comme suit :

« L'impôt à charge des contribuables de la classe 1a est déterminé par application du tarif au revenu imposable ajusté réduit de la moitié de son complément à 56.325 euros, sous réserve que le taux d'accroissement maximal ne puisse pas dépasser 39% pour la tranche de revenu comprise entre 37.842 euros et 100.002 euros, 40% pour la tranche de revenu comprise entre 100.002 euros et 150.000 euros, 41% pour la tranche de revenu comprise entre 150.000 euros et 200.004 euros et

42% pour la tranche de revenu dépassant 200.004 euros. »

3. « (4) A l'article 127, alinéa (4) de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu le tableau servant de base de calcul des charges extraordinaires, réduisant de façon considérable la faculté contributive du contribuable, est remplacé par le tableau ci-après :

<u>pour un revenu imposable</u>	pour un contribuable appartenant à la classe d'impôt 1 (avec au moins une modération d'impôt, et, cette modération en raison de 50 pour cent compte pour une modération d'impôt à 100 pour cent)						
	1	1a ou 2					
		<u>nombre des modérations d'impôt pour enfants</u>					
		0	1	2	3	4	5
Inférieur à 25.000 euros	2%	0%	0%	0%	0%	0%	0%
25.000 – 50.000 euros	4%	2%	0%	0%	0%	0%	0%
50.000 – 75.000 euros	6%	4%	2%	0%	0%	0%	0%
75.000 – 100.000 euros	7%	6%	4%	2%	0%	0%	0%
100.000 – 125.000 euros	8%	7%	5%	3%	1%	0%	0%
125.000- 150.000 euros	9%	8%	6%	4%	2%	0%	0%
<u>supérieur à 150.000 euros</u>	10%	9%	7%	5%	3%	1%	0%

»

Le paragraphe (2) actuel de l'article 3 du présent projet de loi devient le nouveau paragraphe (5).

Commentaire de l'amendement

Ad 1. :

Par une loi du 6 décembre 1990, le législateur avait décidé de reclasser dans la classe 1 (tarif de base) les contribuables célibataires, séparés de fait et divorcés avec descendant(s) vivant(s) âgés de moins de 65 ans.

Afin toutefois de tenir compte des charges exceptionnelles qui peuvent découler de la dissolution d'un mariage, il a néanmoins été proposé de réserver pendant une phase transitoire aux contribuables concernés le bénéfice de leur classe d'impôt antérieure. Les trois premières années suivant l'année de l'autorisation judiciaire de séparation, les séparés de fait et les divorcés pourront continuer bénéficier passagèrement du splitting.

Pour les autres contribuables à reclasser, leur reclassement sera amorti pour des raisons

sociopolitiques tenant leur capacité contributive. Ils seront rangés dans une classe intermédiaire 1a, classe dans laquelle l'impôt se trouve certes être calculé en application du tarif de la classe 1, mais pour un revenu réduit du fait de l'application d'un abattement de revenu dégressif.

Afin d'atténuer encore davantage les effets d'une rupture des liens du mariage, il est proposé de prolonger la phase transitoire de 3 à 5 ans.

Ad 2. : Il est proposé d'augmenter le montant de 45.060 à 56.325 euros, i.e. 2,5 fois la tranche de revenu exonérée en classe 1a.

Ad 3. : Sur sa demande, le contribuable peut obtenir un abattement de revenu imposable du fait de charges extraordinaires qui sont inévitable et qui réduisent d'une façon considérable sa faculté contributive (art 127 L.I.R.). Le contribuable est censé avoir des charges extraordinaires lorsqu'il a des obligations qui n'incombent normalement pas à la majorité des contribuables se trouvant dans une position analogue quant à la situation familiale et quant à l'importance des revenus et de la fortune. Une charge extraordinaire est considérée comme étant inévitable lorsque le contribuable ne peut s'y soustraire pour des raisons matérielles, juridiques ou morales.

Sont notamment considérées comme charges extraordinaires :

- Les frais de maladie non remboursés par un tiers ;
- Les charges supplémentaires des invalides et infirmes ;
- Les frais de domesticité et de garde d'enfants ;
- Les pensions alimentaires entre époux ;
- Les frais d'aides et de soins en raison de l'état de dépendance

Le degré de déductibilité des charges extraordinaires est fonction de la faculté contributive du contribuable. Une dépense est supposée réduire la capacité contributive d'un contribuable dès qu'elle dépasse un pourcentage de revenu variant par rapport au revenu et à la situation familiale du contribuable.

La modification sous rubrique vise à refixer les limites de revenus intervenant dans le calcul de l'abattement pour charges extraordinaires, adaptations qui tiennent compte de l'inflation du niveau des coûts depuis 1980 (cote d'application de l'indice 4/1980 : 318,77 et cote actuelle : 814,40) lors de la dernière mise à jour du tableau actuel.

7466

Loi du 20 décembre 2019 portant

- 1° modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ;
 - 2° modification de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune (« Vermögensteuergesetz ») ;
 - 3° modification de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz ») ;
 - 4° modification de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung ») ;
- en vue de transposer la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers.

Nous Henri, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau,

Notre Conseil d'État entendu ;

De l'assentiment de la Chambre des Députés ;

Vu la décision de la Chambre des Députés du 19 décembre 2019 et celle du Conseil d'État du 20 décembre 2019 portant qu'il n'y a pas lieu à second vote ;

Avons ordonné et ordonnons :

Chapitre 1^{er}. - Modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu

Art. 1^{er}.

Le titre I (impôt sur le revenu des personnes physiques) de la loi modifiée du 4 décembre 1967 est modifié comme suit :

- 1° À l'article 134*bis*, alinéa 1^{er}, les termes « Lorsqu'un » sont remplacés par les termes « Sous réserve des dispositions de l'article 168*ter*, alinéa 5, numéro 2, lorsqu'un » ;
- 2° À l'article 134*ter*, alinéa 1^{er}, le terme « En » est remplacé par les termes « Sous réserve des dispositions de l'article 168*ter*, alinéa 5, numéro 2, en » ;
- 3° À l'article 154, alinéa 1^{er}, numéro 2, les termes « l'impôt retenu à la source pour autant qu'il se rapporte à des revenus soumis à l'assiette pour cette année » sont remplacés par les termes « l'impôt retenu à la source pour autant qu'il se rapporte à des revenus soumis à l'assiette pour cette année et sous réserve des dispositions de l'article 168*ter*, alinéa 5, numéro 1^{er} ».

Art. 2.

Le titre II (impôt sur le revenu des collectivités) de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu est modifié et complété comme suit :

- 1° À l'article 164*ter*, alinéa 2, première phrase, les termes « entreprise associée au sens de la présente loi » sont remplacés par les termes « entreprise associée au sens du présent article » ;
- 2° À l'article 168*bis*, alinéa 1^{er}, numéro 6, le terme « associée » est remplacé par les termes « associée au sens de l'article 164*ter*, alinéa 2 » ;

3° L'article 168^{ter} est remplacé comme suit :

« Art. 168^{ter}.

(1) Au sens du présent article, on entend par :

1. « contribuable », un organisme visé par l'article 159 ou un établissement stable indigène d'un organisme visé par l'article 160, alinéa 1^{er} ;
2. « dispositif hybride », une situation faisant intervenir le contribuable ou, au regard de l'alinéa 3, numéro 3, un organisme, lorsque :

a) un paiement effectué au titre d'un instrument financier donne lieu à une déduction sans inclusion et :

- l'effet d'asymétrie est imputable aux différences existant dans la qualification de l'instrument ou du paiement effectué au titre de cet instrument ; et
- ce paiement n'est pas inclus dans un délai raisonnable.

Aux fins du présent numéro 2, un paiement effectué au titre d'un instrument financier est considéré comme inclus dans un délai raisonnable lorsque :

- le paiement est inclus par la juridiction du bénéficiaire dans une période d'imposition qui commence dans les douze mois suivant la fin de la période d'imposition du payeur ; ou
- il est raisonnable de penser que le paiement sera inclus par la juridiction du bénéficiaire dans une période d'imposition ultérieure et que les conditions du paiement sont celles dont il serait envisageable que des entreprises indépendantes conviennent entre elles.

Un paiement effectué au titre d'un instrument financier n'est pas considéré comme inclus dans la mesure où le paiement ouvre droit à un allègement fiscal, quel qu'il soit, uniquement du fait de la qualification de ce paiement en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire.

Un paiement représentant le rendement sous-jacent d'un instrument financier transféré ne donne pas lieu à un dispositif hybride au titre de la lettre a) du présent numéro 2 lorsque le paiement est effectué par un négociant financier dans le cadre d'un transfert hybride sur le marché, à condition que la juridiction du payeur exige du négociant financier qu'il inclue tous les montants reçus en rapport avec l'instrument financier transféré ;

- b) un paiement en faveur d'un organisme hybride donne lieu à une déduction sans inclusion et que cet effet d'asymétrie résulte des différences dans l'attribution des paiements versés à l'organisme hybride au titre des lois de la juridiction où l'organisme hybride est établi ou enregistré et des lois de la juridiction de toute personne physique ou de tout organisme qui est titulaire d'une participation dans cet organisme hybride ;
- c) un paiement en faveur d'un organisme disposant d'un ou de plusieurs établissements stables donne lieu à une déduction sans inclusion et que cet effet d'asymétrie résulte des différences dans l'attribution des paiements entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus du même organisme en vertu des lois des juridictions où l'organisme mène ses activités ;
- d) un paiement donne lieu à une déduction sans inclusion du fait d'un paiement en faveur d'un établissement stable non pris en compte ;
- e) un paiement effectué par un organisme hybride donne lieu à une déduction sans inclusion et que cet effet d'asymétrie résulte de la non prise en compte du paiement en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire. Toutefois, un dispositif hybride ne survient que dans la mesure où ce paiement est déductible dans la juridiction du payeur d'un revenu qui n'est pas un revenu soumis à double inclusion ;
- f) un paiement réputé effectué entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus donne lieu à une déduction sans inclusion et que cette asymétrie résulte de la non prise en compte du paiement en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire. Toutefois, un dispositif hybride ne survient que dans la mesure où ce paiement est déductible dans la juridiction du payeur d'un revenu qui n'est pas un revenu soumis à double inclusion ; ou
- g) une double déduction se produit. Toutefois, un dispositif hybride ne survient que dans la mesure où ce paiement, dépense ou perte est déductible dans la juridiction du payeur d'un revenu qui n'est pas un revenu soumis à double inclusion ;

3. « effet d'asymétrie », une double déduction ou une déduction sans inclusion ;
4. « déduction », le montant qui est considéré comme déductible des revenus imposables en vertu des lois de la juridiction d'origine du paiement, des dépenses ou des pertes (juridiction du payeur) ou d'une autre juridiction (juridiction de l'investisseur). Le terme « déductible » est interprété en conséquence ;
5. « double déduction », une déduction du même paiement, des mêmes dépenses ou des mêmes pertes dans la juridiction d'origine du paiement, des dépenses ou des pertes (juridiction du payeur) et dans une autre juridiction (juridiction de l'investisseur). Dans le cas d'un paiement par un organisme hybride ou un établissement stable, la juridiction du payeur est celle dans laquelle l'organisme hybride ou l'établissement stable est établi ou situé ;
6. « déduction sans inclusion », la déduction d'un paiement ou d'un paiement réputé effectué entre le siège et l'établissement stable ou entre deux établissements stables ou plus dans toute juridiction dans laquelle ce paiement ou paiement réputé effectué est considéré comme effectué (juridiction du payeur) sans inclusion correspondante à des fins fiscales de ce paiement ou paiement réputé effectué dans la juridiction du bénéficiaire. La juridiction du bénéficiaire est toute juridiction où ce paiement ou paiement réputé effectué est reçu, ou est considéré avoir été reçu en vertu des lois de toute autre juridiction ;
7. « inclusion », le montant qui est pris en compte à la base de calcul du revenu imposable en vertu des lois de la juridiction du bénéficiaire. Le terme « inclus » est interprété en conséquence ;
8. « allègement fiscal », une exonération, une réduction du taux d'imposition ou tout crédit ou remboursement d'impôt (autre qu'une imputation d'un impôt retenu à la source) ;
9. « revenu soumis à double inclusion », tout élément de revenu inclus en vertu des lois des deux juridictions où survient l'effet d'asymétrie ;
10. « organisme », un organisme au sens des articles 159, 160 ou 175 ;
11. « organisme hybride », tout organisme ou tout dispositif qui est considéré en vertu des lois d'une juridiction comme un organisme soumis à l'impôt et dont les revenus ou les dépenses sont considérés en vertu des lois d'une autre juridiction comme les revenus ou les dépenses d'une ou de plusieurs autres personnes physiques ou organismes ;
12. « instrument financier », tout instrument dans la mesure où il génère un rendement financier ou un rendement de capitaux propres soumis aux règles d'imposition applicables aux titres de dette, titres de participation ou produits dérivés selon les lois des juridictions du bénéficiaire ou de celles du payeur, y compris tout transfert hybride ;
13. « négociant financier », toute personne physique ou organisme qui exerce une activité professionnelle consistant à acheter ou à vendre régulièrement des instruments financiers pour son propre compte afin de réaliser un bénéfice ;
14. « transfert hybride », tout dispositif permettant de transférer un instrument financier lorsque le rendement sous-jacent de l'instrument financier transféré est considéré à des fins fiscales comme obtenu simultanément par plusieurs des parties à ce dispositif ;
15. « transfert hybride sur le marché », tout transfert hybride auquel procède un négociant financier dans le cadre de ses activités habituelles, et non dans le cadre d'un dispositif structuré ;
16. « établissement stable non pris en compte », tout dispositif qui est considéré comme donnant lieu à un établissement stable en vertu des lois de la juridiction du siège, mais qui n'est pas considéré comme un établissement stable selon les lois de l'autre juridiction ;
17. « dispositif structuré », un dispositif utilisant un dispositif hybride et dont les termes intègrent la valorisation de l'effet d'asymétrie ou un dispositif qui a été conçu en vue de générer l'effet d'un dispositif hybride, à moins que l'on ne puisse pas raisonnablement attendre du contribuable ou d'une entreprise associée qu'il/elle soit informé(e) de l'existence du dispositif hybride, et qu'il/elle n'ait pas bénéficié de l'avantage fiscal découlant de ce dispositif ;
18. « entreprise associée »,
 - a) un organisme dans lequel le contribuable détient, directement ou indirectement, une participation de 50 pour cent ou plus des droits de vote ou du capital, ou dont il est en droit de recevoir 50 pour cent ou plus des bénéfices ;

- b) une personne physique ou un organisme qui détient, directement ou indirectement, une participation de 50 pour cent ou plus des droits de vote ou du capital du contribuable, ou qui est en droit de recevoir 50 pour cent ou plus des bénéfices de ce contribuable ;
- c) un organisme qui fait partie du même groupe consolidé à des fins de comptabilité financière que le contribuable ;
- d) une entreprise dans laquelle le contribuable exerce une influence notable sur la gestion ou une entreprise qui exerce une influence notable sur la gestion du contribuable.

Si une personne physique ou un organisme détient, directement ou indirectement, une participation de 50 pour cent ou plus en termes de droits de vote ou de capital d'un contribuable et d'un ou de plusieurs organismes, tous les organismes concernés, y compris le contribuable, sont également considérés comme des entreprises associées.

En cas de dispositif hybride au sens de l'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettre a), le taux de 50 pour cent susmentionné est remplacé par le taux de 25 pour cent.

Une personne physique ou un organisme qui agit conjointement avec une autre personne physique ou un autre organisme au titre des droits de vote ou de la propriété du capital d'un organisme est considéré comme détenant une participation dans l'ensemble des droits de vote ou des capitaux de cet organisme qui sont détenus par l'autre personne physique ou l'autre organisme. Une personne physique ou un organisme qui détient, directement ou indirectement, moins de 10 pour cent des titres ou des parts dans un fonds d'investissement, et qui est en droit de recevoir moins de 10 pour cent des bénéfices de ce fonds d'investissement, est considéré, sauf preuve contraire, ne pas agir conjointement au sens de la phrase précédente avec une autre personne physique ou un autre organisme détenant des titres ou des parts dans ce même fonds d'investissement.

Un groupe consolidé à des fins de comptabilité financière est un groupe composé de tous les organismes qui sont pleinement intégrés dans les états financiers consolidés établis conformément aux normes internationales d'information financière ou au système national d'information financière d'un État membre.

(2) Il ne peut être question de dispositif hybride que si l'effet d'asymétrie survient entre des entreprises associées, entre le contribuable et une entreprise associée, entre le siège et un établissement stable, entre deux établissements stables ou plus du même organisme ou dans le cadre d'un dispositif structuré.

(3) Les paiements, dépenses ou pertes en relation avec un dispositif hybride sont soumis aux règles suivantes :

1. Dans la mesure où un dispositif hybride entraîne une double déduction :

- a) le paiement, les dépenses ou les pertes ne sont pas déductibles auprès du contribuable qui est l'investisseur ; et
- b) lorsque le paiement, les dépenses ou les pertes sont déductibles dans la juridiction de l'investisseur, le paiement, les dépenses ou les pertes ne sont pas déductibles auprès du contribuable qui est le payeur.

Toutefois, de tels paiements, dépenses ou pertes restent déductibles d'un revenu soumis à double inclusion de l'exercice d'exploitation en cours. Les paiements, dépenses ou pertes qui n'ont pas pu être déduits en vertu de la phrase précédente restent déductibles d'un revenu soumis à double inclusion d'un exercice d'exploitation ultérieur.

2. Dans la mesure où un dispositif hybride entraîne une déduction sans inclusion :

- a) le paiement n'est pas déductible auprès du contribuable qui est le payeur ; et
- b) lorsque le paiement est déductible dans la juridiction du payeur, le produit ou la recette correspondant qui, autrement, donnerait lieu à un effet d'asymétrie est pris en compte dans le total des revenus nets du contribuable qui est le bénéficiaire sous réserve de l'article 166, alinéa 2bis.

Sont exclus du champ d'application de la lettre b) du présent numéro 2, les dispositifs hybrides définis à l'alinéa 1^{er}, numéro 2, lettres b), c), d) et f).

Sont exclus du champ d'application des lettres a) et b) du présent numéro 2, jusqu'au 31 décembre 2022, les dispositifs hybrides résultant du paiement d'intérêts à une entreprise associée, dans le cadre d'un instrument financier, lorsque :

- l'instrument financier a pour caractéristique la conversion, le renflouement interne ou la dépréciation ;
 - l'instrument financier a été émis dans le seul but de satisfaire aux exigences en matière de capacité d'absorption des pertes applicables au secteur bancaire et l'instrument financier est reconnu comme tel selon les exigences du contribuable en matière de capacité d'absorption des pertes ;
 - l'instrument financier a été émis
 - en liaison avec des instruments financiers ayant pour caractéristique la conversion, le renflouement interne ou la dépréciation au niveau de l'entreprise mère,
 - au niveau requis pour satisfaire aux exigences applicables en matière de capacité d'absorption des pertes,
 - non dans le cadre d'un dispositif structuré ; et
 - la déduction nette globale pour le groupe consolidé prévue dans le cadre du dispositif n'excède pas le montant qu'il aurait atteint si le contribuable avait émis directement sur le marché un tel instrument financier.
3. Ne sont pas déductibles auprès du contribuable les paiements dans la mesure où ils financent, directement ou indirectement, des dépenses déductibles, donnant lieu à un dispositif hybride dans le cadre d'une transaction ou d'une série de transactions conclues entre des entreprises associées ou dans le cadre d'un dispositif structuré. Toutefois, ces paiements restent déductibles dans la mesure où l'une des juridictions concernées par la transaction ou les séries de transactions a procédé à un ajustement équivalent à l'égard de ce dispositif hybride.
4. Dans la mesure où un dispositif hybride fait intervenir des revenus d'établissements stables non pris en compte qui sont exonérés en vertu d'une convention tendant à éviter la double imposition conclue entre le Grand-Duché de Luxembourg et un État membre, les revenus qui, autrement, seraient attribués à l'établissement stable non pris en compte, sont pris en compte dans le total des revenus nets du contribuable.
- (4) Ne sont pas déductibles auprès du contribuable qui est également considéré comme contribuable résident par une ou plusieurs autres juridictions, les paiements, dépenses ou pertes dans la mesure où ces paiements, dépenses ou pertes sont déductibles dans cette ou ces juridictions de revenus qui ne sont pas des revenus soumis à double inclusion. Toutefois, ces paiements, dépenses ou pertes restent déductibles dans le cas où l'autre juridiction, ou les autres juridictions sont des États membres avec lequel, ou avec lesquels, le Grand-Duché de Luxembourg a conclu une convention tendant à éviter la double imposition en application de laquelle le contribuable est considéré comme un résident du Grand-Duché de Luxembourg.
- (5) Dans la mesure où un transfert hybride est conçu pour donner lieu à un allègement au titre des retenues d'impôt à la source pour un paiement provenant d'un instrument financier transféré à plusieurs des parties concernées, les règles ci-dessous sont à observer :
1. L'imputation de l'impôt retenu à la source en relation avec ce transfert hybride sur la créance d'impôt due qui résulte de l'application de l'article 154, alinéa 1^{er}, numéro 2, est limitée à proportion des revenus nets imposables liés au paiement dans le cadre de ce transfert hybride.
 2. L'imputation de l'impôt étranger en relation avec ce transfert hybride sur l'impôt luxembourgeois sur le revenu qui résulte de l'application des dispositions des articles 134*bis* et 134*ter* est limitée à proportion des revenus nets imposables liés au paiement dans le cadre de ce transfert hybride. Par dérogation à l'article 13, alinéa 2, la part de l'impôt étranger qui ne peut pas être imputée sur l'impôt luxembourgeois lors de l'application des dispositions de la phrase précédente n'est pas admise en déduction du revenu imposable au Luxembourg.
- (6) Sur demande de l'administration des contributions, le contribuable doit être en mesure de fournir une déclaration de l'émetteur de l'instrument financier ou tout autre élément pertinent tels que des déclarations d'impôt, d'autres documents fiscaux ou des certificats fournis par les autorités fiscales d'un autre État, afin de prouver que les dispositions des alinéas 3 à 5 du présent article ne sont pas applicables. »

4° À la suite de l'article 168^{ter}, il est inséré un nouvel article 168^{quater}, libellé comme suit :

« Art. 168^{quater}.

(1) Les organismes au sens de l'article 175 et les dispositifs, constitués ou établis au Grand-Duché de Luxembourg, dont les revenus nets sont considérés comme les revenus nets d'une ou de plusieurs autres personnes physiques ou organismes au sens des articles 159, 160 ou 175, sont considérés comme des contribuables résidents et leurs revenus nets sont soumis à l'impôt sur le revenu des collectivités pour la quote-part de leurs revenus nets qui ne sont pas par ailleurs imposés en vertu de la présente loi ou des lois de toute autre juridiction, lorsqu'une ou plusieurs entreprises associées au sens de l'article 168^{ter}, alinéa 1^{er}, numéro 18, non résidentes détenant globalement un intérêt direct ou indirect de 50 pour cent ou plus des droits de vote, des participations au capital ou des droits de participation aux bénéfices de ces organismes ou dispositifs, se situent dans une juridiction ou des juridictions qui considèrent ces organismes ou dispositifs comme une personne imposable au Grand-Duché de Luxembourg.

(2) Le présent article ne s'applique pas aux organismes de placement collectif. Aux fins du présent article, on entend par « organisme de placement collectif », un organisme ou fonds de placement à participation large, doté d'un portefeuille de titres diversifié et soumis aux règles de protection des investisseurs dans l'État où il est établi.

(3) Sur demande de l'administration des contributions, le contribuable doit être en mesure de fournir tout élément pertinent tels que des déclarations d'impôt, d'autres documents fiscaux ou des certificats fournis par les autorités fiscales d'un autre État, afin de prouver que les dispositions de l'alinéa 1^{er} du présent article ne sont pas applicables.

»

Art. 3.

Le titre III de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu est modifié comme suit :

À l'article 175, alinéa 1^{er}, le terme « Les » est remplacé par les termes « Sous réserve des dispositions de l'article 168^{quater}, les » .

Chapitre 2 - Modification de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune (« *Vermögenssteuergesetz* »)

Art. 4.

La loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune (« *Vermögenssteuergesetz* ») est modifiée et complétée comme suit :

Le paragraphe 3, alinéa 1^{er} est modifié et complété comme suit :

1° Le point final du numéro 11 est remplacé par un point-virgule ;

2° Il est ajouté un nouveau numéro 12 libellé comme suit :

« 12. les contribuables visés par l'article 168^{quater} de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu.

»

Chapitre 3 - Modification de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« *Steueranpassungsgesetz* »)

Art. 5.

La loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« *Steueranpassungsgesetz* ») est modifiée comme suit :

Au paragraphe 11^{bis} de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934, le terme « Les » est remplacé par les termes « Sous réserve des dispositions de l'article 168^{quater} de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, les ».

Chapitre 4 - Modification de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« *Abgabenordnung* »)

Art. 6.

La loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 («*Abgabenordnung*») est modifiée et complétée comme suit :

Au paragraphe 215, l'alinéa 2 est complété à la fin par le libellé suivant :

« Les dispositions du présent alinéa ne s'appliquent pas à la quote-part des revenus nets auxquels s'appliquent les dispositions de l'article 168*quater* de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu. »

Chapitre 5 - Mise en vigueur

Art. 7.

Les dispositions de la présente loi sont applicables aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2020, à l'exception de celles des articles 2, 4^o, 3, 4, 5 et 6, qui sont applicables à partir de l'année d'imposition 2022.

Mandons et ordonnons que la présente loi soit insérée au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg pour être exécutée et observée par tous ceux que la chose concerne.

Le Ministre des Finances,
Pierre Gramegna

Crans-Montana, le 20 décembre 2019.
Henri

Doc. parl. 7466 ; sess. ord. 2018-2019 et 2019-2020.

