

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 considérant 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

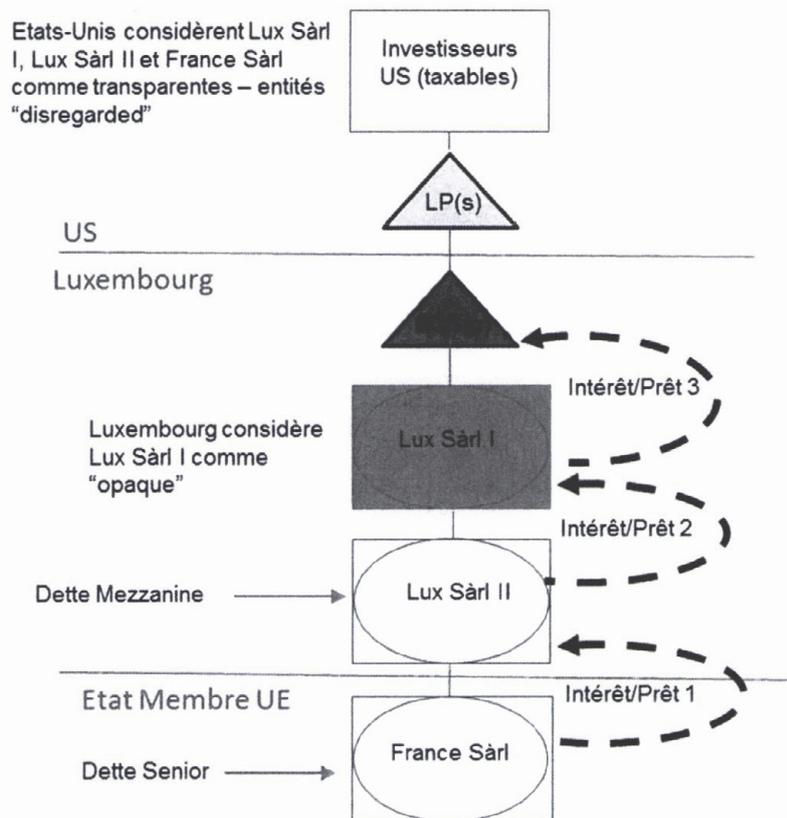
Afin d'éviter un risque de double imposition résultant de l'application des règles d'ATAD2 transposées à l'article 168^{ter} LIR tel que projeté, il est important d'adopter une interprétation de la notion de « *revenu soumis à double inclusion* » conforme au rapport sur l'Action 2 du Plan BEPS de 2015 (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 souhaitaient 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.

