

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 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 ».

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'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,
Agné DURDU

