

# La règle relative aux dispositifs hybrides inversés modifiée par la loi budgétaire 2023

Par Olivier R. HOOR, ATOZ Tax Advisers \*

**Un organisme hybride inversé est un organisme fiscalement transparent selon la juridiction dans laquelle il est établi mais qui est traité comme étant opaque à des fins fiscales dans la juridiction d'un ou plusieurs de ses investisseurs.**<sup>(1)</sup>

Il en découle que les revenus d'un organisme hybride inversé ne sont imposables ni dans la juridiction dans laquelle il est établi (dès lors que les revenus sont considérés comme étant alloués directement aux investisseurs), ni dans la juridiction de résidence du ou des investisseur(s) (où le revenu de l'organisme considéré comme opaque n'est pas inclus dans le revenu imposable du ou des investisseurs). Dans de nombreux cas, le revenu réalisé par un organisme hybride inversé ne sera imposable au niveau de l'investisseur que lorsque le revenu sera distribué, ce qui pourrait entraîner un report d'imposition (à long terme).

Afin d'éliminer ces effets de double non-imposition, la règle relative aux dispositifs hybrides inversés<sup>(2)</sup> prévoit que les organismes hybrides inversés sont traités comme des contribuables résidents. L'article 168quater de la LIR s'applique depuis l'exercice fiscal 2022 à tous les organismes au sens de l'article 175 de la LIR qui sont établis au Luxembourg (en particulier les sociétés de personnes). Etant donné que ces organismes sont considérés comme fiscalement transparents, leurs revenus sont alloués directement à leurs détenteurs aux fins de l'impôt luxembourgeois sur le revenu (des collectivités).<sup>(3)</sup>

## Champ d'application de la règle relative aux dispositifs hybrides inversés

La règle relative aux dispositifs hybrides inversés ne s'applique que si la condition relative à l'entreprise associée, telle que définie à l'article 168quater alinéa 1 de la loi sur l'impôt sur le revenu (LIR), est remplie. Tel est le cas lorsque l'organisme est détenu par une ou plusieurs entreprises associées (au sens de l'article 168ter, alinéa 1, n°18 de la LIR) non-résidentes (qu'il s'agisse de personnes physiques ou de personnes morales) qui sont résidentes d'une (ou plusieurs) juridiction(s) qui considère(nt) l'organisme luxembourgeois comme opaque et détiennent une participation directe ou indirecte de 50% ou plus des droits de vote, des participations au capital ou des droits de participation aux bénéfices de cet organisme.

Ainsi, seuls les investisseurs qui résident dans des juridictions qui considèrent l'organisme luxembourgeois comme opaque doivent être pris en compte pour déterminer si le seuil de 50% est atteint. En outre, suite à une modification de l'article 168quater introduite par la loi budgétaire 2023, il a été clarifié que la règle relative aux dispositifs hybrides inversés ne s'appliquait que si la non-imposition des revenus réalisés par les entreprises associées par l'intermédiaire de l'organisme luxembourgeois était due à la différence de qualification (en tant que transparent ou opaque) de cet organisme.

Par conséquent, si et dans la mesure où le revenu de l'organisme hybride inversé n'est pas imposé en raison du statut fiscal (exonéré) de l'investisseur en vertu des lois de la juridiction de l'investisseur, cet investisseur ne sera pas pris en compte lors de l'analyse de la condition relative à l'entreprise associée. Tel sera le cas si le bénéficiaire des revenus bénéficie d'une exemption fiscale subjective (comme par exemple les fonds de pension qui bénéficient d'un régime fiscal spécial), si la juridiction de l'investisseur ne prélève pas d'impôt sur les sociétés ou encore si la juridiction de l'investisseur a adopté un système territorial dans lequel le paiement est traité comme un revenu de source étrangère non imposable.

L'exclusion des investisseurs en fonction de leur statut fiscal s'effectue lors de l'analyse de la condition relative à l'entreprise associée et non au moment de la détermination du montant des revenus à inclure dans l'assiette fiscale de l'entité hybride inversée. Cela limite de manière conséquente le champ d'application potentiel de la règle relative aux dispositifs hybrides inversés dans le contexte des fonds d'investissement (en effet, les investisseurs institutionnels sont souvent des fonds de pension exonérés d'impôts, des fonds souverains ou d'autres types d'investisseurs exonérés d'impôts).

En outre, dans certains cas, les participations détenues par les personnes qui au demeurant ne sont pas liées entre elles, doivent être agrégées pour l'analyse de la condition relative à l'entreprise associée. Plus précisément, une personne physique ou un organisme qui

agit conjointement avec une autre personne physique ou un autre organisme au titre des droits de vote ou de la propriété du capital d'un organisme est considéré comme détenant une participation dans l'ensemble des droits de vote ou des capitaux de cet organisme qui sont détenus par l'autre personne physique ou l'autre organisme.<sup>(4)</sup>

L'objectif du concept d'«action conjointe» est d'éviter qu'un contribuable parvienne à échapper à la qualification d'entreprise associée en transférant ses droits de vote ou sa participation au capital à une autre personne qui continue ensuite à agir sous sa direction en ce qui concerne cette participation ou ces droits de vote. Toutefois, les investisseurs qui ne seraient de toute façon pas imposables sur les revenus obtenus par l'intermédiaire de l'organisme hybride ne devraient pas être pris en compte lors de l'examen de l'application potentielle du concept d'action conjointe (c'est-à-dire l'exclusion des investisseurs sur la base de leur statut fiscal).

## Traitement fiscal des dispositifs hybrides inversés

### Impôt sur le revenu des collectivités

Lorsque la règle relative aux dispositifs hybrides inversés s'applique, l'organisme est considéré comme un contribuable résident et ses revenus sont soumis à l'impôt sur le revenu des collectivités (IRC) dans la mesure où ses revenus ne sont pas par ailleurs imposés dans le chef de ses investisseurs (que ce soit au Luxembourg ou à l'étranger).

Cependant, plutôt que d'imposer l'ensemble des revenus de l'organisme hybride inversé, seuls les montants qui, à défaut, génèreraient une double non-imposition doivent être inclus dans l'assiette de l'IRC de l'organisme hybride inversé.<sup>(5)</sup>

Par conséquent, la base imposable de l'organisme hybride inversé n'inclura pas les revenus qui sont imposables au Luxembourg en tant que revenus de source luxembourgeoise des contribuables non-résidents. Cela peut, en particulier, être le cas si une société de personnes luxembourgeoise exerce une activité commerciale qui constitue un établissement stable (ES) luxembourgeois de son ou ses associé(s) non-résident(s).<sup>(6)</sup>

Si l'organisme luxembourgeois distribue ses revenus dans un délai raisonnable et que ces distributions sont incluses dans les revenus ordinaires de ses investisseurs, la règle relative aux dispositifs hybrides inversés de devrait pas être applicable. En effet, de simples différences temporelles ne devraient d'une manière générale pas être traitées comme une asymétrie dans les conséquences fiscales.<sup>(7)</sup>

Notamment, si le paiement déductible est pris en compte en tant que revenu ordinaire dans au moins une juridiction, il n'y aura pas d'asymétrie justifiant l'application de la règle relative aux dispositifs hybrides inversés.<sup>(8)</sup> La règle relative aux dispositifs hybrides inversés ne devrait pas non plus trouver application lorsque le ou les investisseurs évaluent leurs actifs au prix du marché («mark-to-market», ou à la juste valeur) et que ce traitement est suivi à des fins fiscales. Dans ces circonstances, les investisseurs incluraient leur part respective du revenu réalisé au travers de l'organisme luxembourgeois dans leurs revenus ordinaires à des fins fiscales.

Enfin, l'application de la règle relative aux dispositifs hybrides inversés ne devrait pas non plus s'appliquer si les revenus de l'organisme sont déjà inclus dans les revenus ordinaires du ou des investisseur(s) en application des règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées (controlled foreign company rules, «CFC»).

### Retenue à la source

Les distributions effectuées par les sociétés de personnes et autres entités luxembourgeoises au sens de l'article 175 de la LIR ne sont pas soumises à la retenue à la source luxembourgeoise, et ce, même si la règle relative aux dispositifs hybrides inversés s'applique.<sup>(9)</sup>

### Impôt commercial communal

La règle relative aux dispositifs hybrides inversés ne remet pas en question le principe applicable en matière d'impôt commercial communal (ICC) selon lequel le traitement fiscal d'une société de personnes luxembourgeoise pour les besoins de l'impôt commercial communal dépend des activités qu'elle réalise. Bien que les sociétés de personnes luxembourgeoises soient transparentes du point de vue des impôts directs, elles sont soumises à l'ICC sur leurs revenus dérivés d'activités commerciales au sens de l'article 14 (1) de la LIR réalisées au Luxembourg.

Lorsqu'un associé commandité d'une société en commandite simple (SCS) ou d'une société en commandite spéciale (SCSp) est une société de capitaux luxembourgeoise qui détient au moins 5% des parts de la SCS ou la SCSp, cette dernière est réputée générer des revenus commerciaux.<sup>(10)</sup>

### Impôt sur la fortune

En ce qui concerne l'impôt sur la fortune (IF), une exonération spécifique est prévue pour les organismes considérés comme opaques en application de la règle relative aux organismes hybrides inversés.<sup>(11)</sup> Dès lors, ces organismes ne sont pas soumis à l'IF quand bien même ils seraient considérés comme des contribuables résidents pour les besoins de l'IRC.

### Transparence d'un point de vue fiscal

Les organismes visés à l'article 175 de la LITL (notamment les sociétés de personnes) sont réputés être transparents à des fins fiscales au Luxembourg.<sup>(12)</sup> La règle relative aux dispositifs hybrides inversés ne remet pas en cause ce principe fiscal fondamental. Lorsque la règle relative aux dispositifs hybrides inversés s'applique, l'organisme hybride inversé reste (même du point de vue de l'IRC) transparent pour les investisseurs qui ne déclenchent pas d'asymétrie dans les conséquences fiscales.

Toutefois, les contribuables doivent adopter une attitude proactive à cet égard et analyser l'application potentielle de la règle relative aux dispositifs hybrides inversés avant d'effectuer un investissement, indépendamment de cette norme de principe.

### Obligations de coopération du contribuable

Conformément à l'article 168quater alinéa 3 de la LIR, il incombe au contribuable de prouver que la règle relative aux dispositifs hybrides inversés n'est pas applicable. Le contribuable doit par conséquent fournir aux autorités fiscales, sur demande, tout élément pertinent tels que des déclarations d'impôt, d'autres documents fiscaux ou des certificats fournis par les autorités fiscales d'un autre État, afin de prouver que la règle relative aux dispositifs hybrides inversés de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 168quater n'est pas applicable.

### Conclusion

La modification de l'article 168quater (1) de la LIR, telle qu'introduite par la loi budgétaire 2023 précise que le champ d'application de la règle relative aux dispositifs hybrides inversés est limité aux situations dans lesquelles la nature hybride de l'organisme luxembourgeois est la raison de l'asymétrie dans les conséquences fiscales. Ainsi, en fonction du statut fiscal de l'investisseur ou du régime d'imposition des

sociétés applicable dans l'État de résidence de l'investisseur, certains investisseurs pourraient ne pas être pris en considération dans le cadre de l'analyse de la condition relative aux entreprises associées. Comme cette clarification est en ligne avec les dispositions de la directive ATAD 2<sup>(13)</sup> (y compris de l'exposé des motifs du projet de directive) qui fournit un cadre d'interprétation de la règle relative aux dispositifs hybrides inversés, le législateur luxembourgeois a prévu très justement que la modification aurait un effet rétroactif à partir de l'entrée en vigueur des règles relatives aux dispositifs hybrides inversés, à savoir à partir de l'exercice fiscal 2022.

\* Olivier R. Hoor, Tax Partner, Head of Transfer Pricing and the German, ATOZ Tax Advisers (Taxand Luxembourg).

Pour contacter l'auteur : oliver.hoor@atoz.lu

L'auteur souhaite remercier Samantha Schmitz (Of Counsel) pour son aide.

- 1) Cf. Rapport final sur l'Action 2 de BEPS, p. 64, n°140.
- 2) Article 168quater de la loi sur l'impôt sur le revenu (LIR).
- 3) Article 168quater (1) LIR ; les détenteurs peuvent être des personnes physiques, des sociétés de capitaux au sens de l'article Article 159 (résidentes) ou de l'article 160 (non-résidentes) de la LIR ou encore des organismes transparents au sens de l'article 175 LIR.
- 4) Article 168ter, alinéa 1, n°18 de la LIR.
- 5) Article 168quater (1) de la LIR.
- 6) Dans ces circonstances, les associés non-résidents sont soumis à l'impôt sur le revenu (des collectivités) sur le revenu commercial réalisé au travers du partnerships luxembourgeois qui constitue un établissement stable luxembourgeois de ses associés non-résidents ; article 156 N° 1 a) LIR combiné à l'article 2 (3) (personnes physiques) or 160 (1) (personnes morales) de la LIR.
- 7) Selon les commentaires du Conseil d'Etat, un paiement à un organisme hybride et la distribution subséquente devraient constituer un seul paiement d'un point de vue économique (cf. ; page 11 et 12 des commentaires du Conseil d'Etat du 10 décembre 2019 sur le projet de loi n°7466. Ici, le Conseil d'Etat considère que les développements repris dans le rapport final sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE selon lesquels 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, ne devrait pas s'appliquer si la distribution est effectuée dans un délai raisonnable (cf. Rapport paragraphe 156 du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE). En effet, si le revenu était imposé à la fois au niveau de l'organisme hybride inversé et au niveau de l'investisseur, il y aurait alors double imposition. En outre, l'impôt payé par l'organisme hybride inversé ne pourrait probablement pas être imputé sur l'impôt dû par l'investisseur dans la juridiction de l'investisseur dès lors que l'organisme hybride inversé est considéré comme une entité distincte du point de vue de la juridiction de l'investisseur.
- 8) Cf. Rapport final sur l'Action 2, p. 46, n°89.
- 9) L'article 146 alinéa 1 de la LIR se réfère aux paiements de dividendes au sens de l'article 97 alinéa 1, n°1 de la LIR qui sont effectués par des organismes au sens des articles 159 et 160 de la LIR. Or, les organismes hybrides inversés sont des organismes au sens de l'article 175 de la LIR.
- 10) Article 14 (4) de la LIR.
- 11) § 3 (1) N° 12 de la loi relative à l'impôt sur la fortune.
- 12) § 11bis de la Loi d'adaptation fiscale.
- 13) Directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 («Anti-Tax Avoidance Directive 2» ou encore «ATAD 2»).



**Ecofin Club Luxembourg vous invite à la prochaine activité au Cercle Munster**

**2<sup>e</sup> table de l'immobilier**



**Jean-Paul SCHEUREN - Président de la Chambre immobilière du Grand-Duché de Luxembourg**

**Jeuudi 20 avril de 12h00 à 14h00**

PAF : membres et non membres en formule découverte, n'ayant jamais participé à l'une des activités du club au Luxembourg : 60 € HTVA

Avec le soutien de

À verser sur le compte bancaire :  
BIC - GEBABEBB - IBAN BE73 0015 4949 3760 - Réf. 20/04



Lieu : Cercle Munster - 5-7 rue Münster, L-2160 Luxembourg  
Parking aux alentours et voitureur à partir de 12h (service payant 8€).



Info club & devenir membre : [www.ecofinclub.lu](http://www.ecofinclub.lu) - [didier.roelands@ecofinclub.lu](mailto:didier.roelands@ecofinclub.lu)