



OLIVER R. HOOR*

TAX PARTNER (HEAD OF TRANSFER PRICING
AND THE GERMAN DESK)
ATOZ TAX ADVISERS (TAXAND LUXEMBOURG)

LA SUBSTANCE DANS L'ÈRE POST-BEPS

Le Luxembourg est une juridiction de choix pour les sociétés *holdings* et une place financière majeure dotée d'une importante industrie des fonds. Chaque fois que des entreprises luxembourgeoises participent à des activités d'investissement et commerciales qui sont transfrontalières, la question se pose de savoir quel est le niveau adéquat de substance économique. Les besoins de substance peuvent exister pour différentes raisons, être plus ou moins clairs et doivent être déterminés au cas par cas. Cet article analyse l'importance de la substance dans un environnement fiscal international remodelé par le projet BEPS (érosion de la base d'imposition et transfert des bénéfices) de l'OCDE.

INTRODUCTION

L'importance de la substance est connue depuis de nombreuses années, mais le projet BEPS de l'OCDE en a considérablement accru la prise de conscience. D'un point de vue fiscal luxembourgeois, la substance est nécessaire pour gérer convenablement la résidence fiscale des sociétés. Les sociétés luxembourgeoises exerçant des activités de financement doivent en outre se conformer à des exigences spécifiques en matière de substance définies dans la circulaire luxembourgeoise sur les prix de transfert¹. Enfin, les sociétés luxembourgeoises soumises au contrôle de l'autorité de surveillance du secteur financier au Luxembourg (Commission de surveillance du secteur financier, CSSF) doivent se conformer à certaines exigences en matière de substance d'un point de vue réglementaire (en particulier, les sociétés de gestion de fonds).

Les sociétés luxembourgeoises qui font partie d'une structure d'investissement internationale ou qui font partie d'un groupe multinational peuvent être amenées à devoir se conformer à un niveau de substance plus élevé afin d'être hors de portée des législations anti-abus prévues par le droit fiscal étranger (règles anti-chalandage de directives ou de conventions fiscales, règles générales anti-abus, etc.) et par les conventions fiscales conclues par le Luxembourg (critère de l'objet principal, notion de bénéficiaire effectif, règle sur la limitation des avantages, etc.). Toutefois, dans le contexte de l'Union européenne, ces exigences en matière de substance doivent être com-

patibles avec le droit de l'Union tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).

De la substance peut aussi être exigée pour ce qui concerne les prix de transfert, étant donné que l'application du principe de pleine concurrence repose sur un nombre de concepts étroitement liés à la substance. La réalité économique doit en outre être cohérente avec les faits décrits dans l'analyse de prix de transfert. Enfin, et surtout, le manque de substance appropriée peut être une source de risque pour la réputation des entreprises.

I. LA NOTION DE SUBSTANCE

La substance est un élément clé de la fiscalité internationale et est pertinente pour l'application du droit fiscal interne, des conventions préventives de la double imposition et du principe de pleine concurrence. Cependant, la notion de substance n'est pas un concept unidimensionnel, puisqu'elle implique un nombre d'éléments constitutifs différents qui peuvent être interconnectés.

Un des éléments constitutifs de la substance est « l'infrastructure », qui comprend les employés, les bureaux et autres installations telles que les salles de réunion, les équipements (fournitures de bureau, matériel informatique, etc.). En outre, l'existence d'un site internet ou le fait d'être mentionné sur le site du groupe, l'existence d'adresses *e-mail* et de cartes de visite spécifiques peuvent être des indicateurs de substance. En pratique, les sociétés luxembourgeoises peuvent se prévaloir de leur propre personnel et de leurs administrateurs, ou sous-traiter certaines fonctions à des prestataires de services luxembourgeois qualifiés (par exemple, des services de comptabilité, de *compliance* fiscale et d'assistance juridique).

Un autre élément constitutif de la substance est la « gouvernance d'entreprise », qui concerne la composition du conseil d'administration, l'organisation des réunions de ce conseil au Luxembourg, l'implication d'administrateurs luxembourgeois qualifiés dans le processus décisionnel et une documentation y relative appropriée (c.-à-d. les procès-verbaux des réunions du conseil d'administration, la correspondance par courrier électronique, les mémos

* Pour contacter l'auteur : oliver.hoor@atoz.lu. L'auteur tient à remercier Marie Bentley (Knowledge Manager) pour son aide précieuse.

1. Circulaire LIR n° 56/1- 56bis/1 du 27 décembre 2016.

internes, etc.). En outre, une bonne gouvernance d'entreprise exige que les aspects contractuels soient définis dans une documentation juridique solide.

Le « profil fonctionnel et de risque » des sociétés luxembourgeoises peut varier d'une société à l'autre. Les sociétés luxembourgeoises remplissent généralement diverses fonctions et supportent différents types de risques liés à leurs investissements et à leurs activités commerciales. Les fonctions typiques des sociétés luxembourgeoises comprennent notamment la surveillance et la gestion des investissements, des flux de trésorerie et des risques liés aux investissements, l'analyse des opportunités d'investissement, la rédaction ou la revue des documents juridiques, la tenue des livres et comptes et la préparation des rapports financiers et des déclarations fiscales.

De plus, les sociétés luxembourgeoises fournissent souvent des services administratifs ainsi que d'autres services aux sociétés du groupe, exercent des fonctions de trésorerie ou gèrent les droits de propriété incorporelle. Lorsque certaines fonctions sont sous-traitées à des prestataires de services luxembourgeois qualifiés ou à d'autres sociétés du groupe, il appartient aux dirigeants ou aux membres du personnel de la société luxembourgeoise de surveiller

attentivement la bonne exécution de ces fonctions. Les fonctions exercées et les risques assumés par les sociétés luxembourgeoises en ce qui concerne les transactions intra-groupes significatives doivent être analysés dans une documentation de prix de transfert rigoureuse au moment de la détermination du prix de pleine concurrence.

Un dernier élément constitutif de la substance concerne les « raisons commerciales et juridiques » motivant l'établissement d'activités commerciales au Luxembourg. D'une part, cela concerne des caractéristiques liées au lieu d'implantation, telles qu'un environnement juridique et réglementaire flexible et diversifié, la disponibilité d'une main-d'œuvre qualifiée et multilingue, un environnement commercial favorable aux investisseurs, le secteur des fonds existants ainsi qu'une stabilité politique et financière. D'autre part, cela concerne des aspects particuliers de l'endroit de l'établissement tels que les relations commerciales existantes, la familiarité des investisseurs et des créanciers avec le Luxembourg, l'expérience du système juridique et réglementaire luxembourgeois et, éventuellement, la substance existante.

Le schéma ci-dessous décrit les différentes dimensions de la substance :



II. EXIGENCES DU POINT DE VUE LUXEMBOURGEOIS

A. Gestion de la résidence fiscale

D'un point de vue fiscal luxembourgeois, une société est considérée comme résidente fiscale si son siège statutaire ou son administration centrale se trouve sur le territoire du Grand-Duché².

Un risque important, qui justifie une gestion prudente, consiste en ce qu'une société luxembourgeoise soit considérée comme résidente fiscale dans un autre pays en raison de sa gestion effective exercée sur le territoire de ce pays. En cas de double résidence, les conventions préventives de la double imposition conclues par le Luxembourg prévoient que le pays de résidence à des fins fiscales sera situé dans le pays dans lequel la société a son siège de direction effective (c.-à-d. la règle du départage)³.

2. Article 159 LIR.

3. Le pays dans lequel est situé le siège de la direction effective d'une société doit être considéré comme l'État de résidence (qui peut taxer l'ensemble des revenus réalisés par une société), alors que l'autre État contractant ne peut exercer ses droits d'imposition que sur les revenus qui trouvent leur source sur son territoire (dans la mesure où l'État d'origine a le droit de taxer en vertu de la convention fiscale).

Il est donc essentiel que toutes les décisions stratégiques et commerciales importantes nécessaires à la conduite des affaires de la société soient réellement prises au Luxembourg. En conséquence, les réunions du conseil d'administration d'une société luxembourgeoise devraient se tenir régulièrement au Luxembourg en présence physique de tous les administrateurs nommés⁴. La fréquence des réunions du conseil d'administration doit être adéquate au niveau d'activités exercées par la société luxembourgeoise.

Le conseil d'administration devrait être (en partie) composé d'administrateurs qualifiés résidents luxembourgeois en mesure d'exercer une fonction de gestion et qui devraient être vus comme agissant de la sorte dans la documentation relative aux transactions commerciales. Bien que les non-résidents puissent formuler des recommandations stratégiques à l'attention du conseil d'administration, les administrateurs doivent évaluer chaque proposition de manière indépendante, et non pas seulement valider les recommandations reçues. Les réunions du conseil doivent être correctement documentées dans des procès-verbaux de réunions.

Une société luxembourgeoise devrait en outre disposer d'un compte bancaire au Luxembourg, et sa comptabilité ainsi que ses registres devraient être conservés au Luxembourg. L'équipement d'une société luxembourgeoise avec des installations (c'est-à-dire un espace de bureau dédié et équipé) et des employés (à temps partiel) devrait être adapté aux activités commerciales exercées et devrait être déterminé au cas par cas⁵. Alternativement, une société luxembourgeoise peut s'appuyer sur un modèle de sous-traitance selon lequel certaines fonctions sont sous-traitées à des prestataires de services qualifiés et supervisées par les administrateurs ou les employés de la société.

B. Les sociétés de financement luxembourgeoises

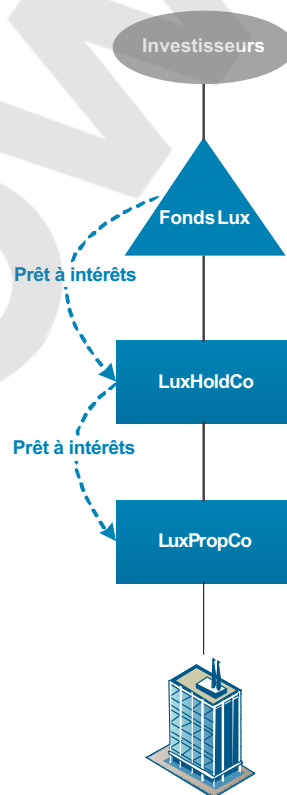
Les sociétés luxembourgeoises exerçant des activités de financement intra-groupe doivent se conformer à une norme élevée en matière de substance. Selon la circulaire luxembourgeoise sur les prix de transfert⁶ (la « Circulaire »), les sociétés de financement luxembourgeoises doivent avoir une présence réelle au Luxembourg⁷.

Exemple : la société de financement

Un fonds luxembourgeois (Fonds Lux) investit, par l'intermédiaire d'une société luxembourgeoise (LuxHoldCo), dans des actifs immobiliers étrangers détenus par l'in-

termédiaire d'une société immobilière luxembourgeoise (LuxPropCo).

LuxPropCo est financée par un mélange de dettes et de fonds propres fournis par LuxHoldCo. Le prêt portant intérêt accordé par LuxHoldCo à LuxPropCo est financé par un prêt portant intérêt accordé par Fonds Lux à LuxHoldCo. LuxHoldCo exerce donc des activités de financement au sens de la Circulaire. À cet égard, LuxHoldCo doit obtenir une rémunération fixée dans des conditions de pleine concurrence, qui devrait être justifiée dans la documentation relative aux prix de transfert.



Une société sera considérée comme ayant une substance suffisante au Luxembourg si les exigences suivantes sont satisfaites :

- la majorité des membres du conseil d'administration investis du pouvoir décisionnel sont des résidents luxembourgeois ou des non-résidents exerçant une activité professionnelle⁸ au Luxembourg⁹. Dans ce dernier cas,

4. Les réunions à l'étranger de membres du conseil d'administration qui ne sont pas des résidents luxembourgeois pour prendre/mettre en œuvre des décisions sans la participation des administrateurs résidents luxembourgeois doivent être évitées.

5. Par exemple, la substance d'une société *holding* pure ne peut pas être évaluée de la même manière que celle d'une société exerçant des activités commerciales actives et opérationnelles.

6. Circulaire LIR n° 56/1 – 56bis/1 du 27 décembre 2016.

7. Voir Section 3.1.1.3., n° 21 de la Circulaire.

8. Les revenus provenant de l'activité professionnelle doivent entrer dans le champ des catégories de revenus mentionnées à l'article 10 n° 1-4 LIR. Ainsi, le non-résident peut réaliser un bénéfice commercial (art. 14 LIR), un bénéfice agricole ou forestier (art. 61 LIR), un revenu provenant de l'exercice d'une profession libérale (art. 91 LITL) ou un revenu provenant d'une occupation salariée (art. 95 LITL).

9. Compte tenu du libellé de la Circulaire, il apparaît que le nombre d'administrateurs résident au Luxembourg (ou réalisant plus de 50 % de leurs revenus au Luxembourg) doit être supérieur d'au moins un administrateur non-résident (c.-à-d. « une majorité [...] »). Cependant, dans la pratique, cette exigence est réputée remplie si au moins 50 % des administrateurs résident (professionnellement) au Luxembourg.

au moins 50 % des revenus provenant d'activités professionnelles des non-résidents doivent être imposables au Luxembourg. Lorsqu'une personne morale siège au conseil, elle doit avoir son siège statutaire et son administration centrale à Luxembourg (pour être considérée comme résidente du Luxembourg) ;

- les membres du conseil d'administration doivent avoir des connaissances professionnelles suffisantes pour exercer leurs fonctions ;
- la circulaire indique en outre que les administrateurs doivent au moins avoir la capacité d'agir pour le compte de la société et de veiller à la bonne exécution de toutes les transactions. Par conséquent, les membres résidents luxembourgeois du conseil d'administration ne peuvent agir en tant que simples « administrateurs-représentants ». Au contraire, ils doivent disposer de certains pouvoirs décisionnels qui vont au-delà de la gestion (administrative) journalière des activités de la société¹⁰. L'entière participation de membres du conseil d'administration qui ne sont pas résidents est toutefois autorisée ;
- la société devrait disposer d'un personnel qualifié (ou de directeurs assumant ces fonctions) capable d'exécuter et d'enregistrer les transactions effectuées. Ici, la Circulaire spécifie explicitement que le personnel peut être constitué des propres employés de la société ou de personnel externe. Ainsi, la gestion journalière de la société peut toujours être sous-traitée à des prestataires de services luxembourgeois bien établis¹¹, à condition que les administrateurs locaux possèdent une expertise professionnelle suffisante et que les pouvoirs de décision des administrateurs locaux ne soient pas limités¹². La société doit en outre être capable de superviser le travail effectué par les prestataires de services ;
- les décisions clés relatives à la gestion de la société doivent être prises au Luxembourg¹³. Cela suggère que les réunions du conseil au cours desquelles d'importantes décisions de gestion sont prises devraient se tenir régulièrement au Luxembourg¹⁴. S'il est possible de préparer en dehors du Luxembourg certaines des décisions qui devront être prises lors des réunions du

conseil d'administration¹⁵, la réunion du conseil d'administration ne doit pas être simplement une formalité pour confirmer les décisions déjà prises dans d'autres juridictions¹⁶. Au lieu de cela, les membres du conseil doivent être suffisamment impliqués dans les transactions et leur gestion¹⁷ ;

- en outre, les entités soumises, en vertu du droit des sociétés¹⁸, à l'obligation d'organiser des assemblées d'actionnaires doivent tenir au moins une assemblée annuelle au lieu indiqué dans les statuts ;
- l'entité ne doit pas être considérée comme résidente fiscale dans un autre État.

Par ailleurs, les sociétés de financement luxembourgeoises doivent avoir la maîtrise des risques liés aux activités de financement¹⁹ et la capacité financière de les assumer s'ils se matérialisent. Elles doivent donc être financées avec un montant de fonds propres suffisant pour couvrir la perte potentielle liée aux activités de financement.

Étant donné que les risques ne sont généralement pas limités contractuellement, il est essentiel que les administrateurs d'une société de financement surveillent et gèrent avec soin les risques liés aux opérations de financement tout au long de leur durée. Ici, une politique de gestion des risques appropriée devra être élaborée, définissant le processus de gestion des risques ainsi que les rôles et responsabilités des personnes impliquées.

Bien que la circulaire prévoie les exigences de substance susmentionnées, les contribuables ont encore une certaine marge de manœuvre quant à la manière d'organiser leurs affaires au Luxembourg par le biais de ressources propres ou de prestataires de services luxembourgeois qualifiés.

C. Exigences d'un point de vue réglementaire

Les exigences de substance peuvent également trouver leur origine dans le cadre réglementaire luxembourgeois. Les gestionnaires de fonds d'investissement basés au Luxembourg (gestionnaires d'OPCVM²⁰ et gestionnaires de fonds alternatifs²¹, y compris des OPCVM/FIA²²

10. Les administrateurs résidents luxembourgeois doivent, par exemple, assumer des fonctions telles que le règlement des opérations d'un point de vue juridique, la gestion des prêts et la bonne exécution de ces opérations.

11. Les fonctions externalisées ne devraient toutefois pas avoir d'impact significatif sur la maîtrise du risque en relation avec les activités de financement.

12. Les arrangements qui nécessitent la participation de plusieurs administrateurs ou de directeurs spécifiques pour la prise de décisions importantes ne compromettent pas la capacité des administrateurs luxembourgeois à prendre des décisions.

13. Cette exigence est particulièrement importante pour démontrer que la société est effectivement gérée au Luxembourg.

14. Les membres du conseil d'administration doivent se réunir physiquement au Luxembourg. Dans des cas exceptionnels, il peut être acceptable que les administrateurs participent par téléphone ou par vidéoconférence aux réunions. S'il s'avère que la substance de la société au Luxembourg n'est pas claire, il est recommandé de rassembler les documents pertinents tels que les billets d'avion et les factures d'hôtel des administrateurs.

15. Les membres du conseil local doivent toutefois être suffisamment impliqués dans le processus.

16. Lorsque les décisions préparées hors du Luxembourg ne sont formalisées qu'au Luxembourg, cette condition ne devrait pas être remplie.

17. Le consentement d'au moins un ou de plusieurs administrateurs résidents du Luxembourg devrait toujours être requis.

18. Loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée.

19. Les sociétés de financement doivent donc disposer d'un pouvoir de décision lorsqu'il s'agit de conclure des opérations de financement à risque et de prendre les décisions qui s'imposent pour gérer les risques correspondants.

20. Organismes de placement collectif en valeurs mobilières.

21. Gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs.

22. Fonds d'investissement alternatifs.

autogérés) sont soumis au contrôle de la CSSF et doivent se conformer aux exigences de substance énoncées dans la circulaire 18/698²³.

La circulaire fournit notamment des indications sur le niveau de substance requis au niveau local et sur la manière dont les activités principales et les fonctions de contrôle interne doivent être organisées, y compris sur les conditions relatives à délégation d'activités ainsi que sur le concept d'application proportionnelle des règles. En ce qui concerne la substance, un accent particulier est mis sur la nécessité de doter le gestionnaire du fonds d'investissement des ressources humaines appropriées compte tenu du volume et de la nature de ses activités.

Ici, la Circulaire précise le nombre de dirigeants et d'employés responsables requis par les gestionnaires de fonds d'investissement, ainsi que le nombre de mandats que des membres de l'organe de direction et organe directeur sont habilités à exercer²⁴. La circulaire ne concerne pas seulement les gestionnaires de fonds d'investissement, mais également les membres du conseil d'administration des gestionnaires de fonds d'investissement, des OPCVM, des FIA et des sociétés luxembourgeoises.

III. EXIGENCES DU POINT DE VUE DE FISCAL ÉTRANGER

A. Législation anti-abus

De nombreux pays d'Europe et du monde entier ont adopté différents types de règles anti-abus dans leur législation fiscale nationale. La législation anti-abus comprend des règles qui vont de règles générales anti-abus (GAAR) à des dispositions visant des situations d'abus spécifiques. Ces règles ont en commun de subordonner, de manière générale, la reconnaissance de sociétés étrangères ou l'octroi d'avantages fiscaux à certaines conditions de substance.

À titre d'exemple, de nombreux États membres de l'Union européenne ont intégré dans leur législation nationale des règles contre le chalandage de directive ou de convention préventive de double imposition en vertu desquelles une société étrangère ne peut se prévaloir d'un taux de retenue à la source réduit ou nul sur les dividendes, les paiements d'intérêts et les redevances – sur la base des directives de l'Union européenne (c'est-à-dire la directive européenne relative aux sociétés mères et filiales (DMF) et la directive européenne relative aux paiements d'intérêts et de redevances) ou sur la base des conventions fiscales – que si le bénéficiaire du revenu remplit des conditions de substance spécifiques. Dans de nombreux cas,

ces législations utilisent la notion de bénéficiaire effectif selon laquelle les taux de retenue à la source réduits ou nuls ne sont applicables qu'à condition que le bénéficiaire du revenu en soit le bénéficiaire effectif.

L'implication de sociétés étrangères peut en outre être contestée sur la base des règles générales anti-abus (GAAR) si les autorités fiscales peuvent prouver qu'un investissement est simplement motivé par l'obtention d'avantages fiscaux ou si le choix d'instruments juridiques constitue un abus de droit. Dans le contexte de l'Union européenne, la directive européenne établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale (ATAD) obligeait les États membres de l'Union européenne à mettre en œuvre une GAAR au 1^{er} janvier 2019. Selon cette disposition, doit être ignoré un montage ou une série de montages mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité du droit fiscal applicable. Ces montages sont considérés comme non authentiques dans la mesure où ils ne sont pas mis en place pour des motifs commerciaux valables reflétant la réalité économique.

Une autre disposition anti-abus pouvant constituer une source d'exigence de substance rassemble les règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées (SEC), qui visent à limiter l'utilisation de filiales établies sur un territoire ayant un faible taux d'imposition (les « *base companies* ») pour réduire (ou du moins différer) l'imposition dans l'État de résidence de la société mère en transférant les revenus à la filiale. De nombreux pays ont adopté des règles SEC afin d'attribuer, sous certaines conditions, les revenus des filiales étrangères à faible imposition à leur société mère, que la filiale distribue ou non ces bénéfices²⁵. ATAD comprend également des règles SEC qui devaient être mises en œuvre par les États membres de l'Union européenne au plus tard le 1^{er} janvier 2019²⁶.

B. Considérations relatives au niveau approprié de substance

Lorsque les sociétés luxembourgeoises peuvent être visées par une législation anti-abus étrangère, il est essentiel de déterminer et de mettre en œuvre un niveau de substance approprié afin d'atténuer les risques fiscaux. Cependant, il n'existe pas d'approche « universelle ». En conséquence, le niveau de substance approprié doit être adapté à chaque cas individuel.

Un certain nombre de facteurs doivent être pris en compte pour déterminer le niveau de substance approprié, tels que :

23. La circulaire a été publiée le 23 août 2018 et remplace la circulaire 12/546 qui fixait les attentes de la CSSF à l'égard des gestionnaires d'OPCVM, même si, dans la pratique, elle avait également servi de référence aux gestionnaires de fonds alternatifs.
24. Les administrateurs ont en principe une limite de 20 mandats et de 1920 heures d'expérience professionnelle, bien qu'il y ait une certaine flexibilité, notamment pour les mandats sur les SPV détenus par les fonds et pour les mandats appartenant à la même famille de fonds.
25. Voir O. R. Hoor, *The OECD Model Tax Convention – A comprehensive technical analysis*, Luxembourg, Legitech, 2015, p. 74.
26. En ce qui concerne la mise en œuvre des règles SEC, ATAD a proposé plusieurs options de mise en œuvre. Ainsi, les règles en matière de SEC adoptées par différents États membres de l'Union européenne varient d'un pays à l'autre.

- le type d'investissement ou d'activité : si certaines activités nécessitent un niveau de substance important, d'autres peuvent être gérées avec un niveau de substance limité;
- l'ampleur des activités : le besoin de substance dépend également du nombre de transactions et des risques associés;
- les éléments de revenus qui seront réalisés : dans un contexte transfrontalier, les juridictions étrangères adoptent généralement une législation anti-abus dans les cas où une société non-résidente bénéficie d'un avantage fiscal (par exemple, une retenue à la source à un taux réduit ou nul). En l'absence d'avantage fiscal, il ne devrait y avoir aucune exigence de substance excessive à des fins de fiscalité étrangère;
- les juridictions concernées : alors que les autorités fiscales de certaines juridictions sont plus exigeantes en ce qui concerne la substance, les autorités fiscales d'autres juridictions ont des attentes plus raisonnables;
- la stratégie d'investissement poursuivie : lorsque la stratégie d'investissement repose sur la réalisation d'éléments de revenu non assujettis à la fiscalité étrangère (par exemple, intérêts et plus-values), il ne devrait y avoir aucune exigence excessive de substance du point de vue de la fiscalité étrangère.

D'une manière générale, la substance d'une société luxembourgeoise devrait être adéquate à la gestion des activités commerciales exercées par la société. Il s'ensuit que plus la société luxembourgeoise exerce d'activités, plus les montants en jeu sont importants, plus elle doit en principe avoir de la substance. Cependant, la bonne gestion de certains actifs tels que les participations, les prêts et les biens incorporels peut être administrée avec un niveau de substance limité.

En pratique, il existe différentes manières d'organiser la substance d'une société luxembourgeoise, allant des cas où des ressources internes importantes permettent de gérer en interne la plupart des tâches aux cas où, pour des raisons de rentabilité, la gestion repose sur la sous-traitance, certaines fonctions étant alors externalisées à des prestataires de services qualifiés (ou à d'autres sociétés du groupe) et surveillées par les employés ou les administrateurs de la société (par exemple, services de comptabilité, services de *compliance*, services juridiques).

Lorsque la substance est organisée en interne, les gestionnaires d'actifs et les multinationales peuvent avoir une substance significative localisée dans une société holding de tête, dans une société de gestion ou encore dans une société de services qui fournit des services à d'autres sociétés luxembourgeoises. Si la facturation des services aux bénéficiaires luxembourgeois peut constituer une bonne indication des activités exercées par ces entités, les autorités fiscales de certaines juridictions d'investissement peuvent parfois préférer trouver des coûts salariaux dans les états financiers des entités qui

souhaitent bénéficier des avantages procurés par leur droit fiscal interne ou par leurs conventions fiscales (par exemple, retenue à la source réduite ou nulle). Dans ces circonstances, le recours à des contrats de travail globaux qui répartissent les coûts salariaux des employés entre les différentes sociétés du groupe bénéficiant de leur travail peut être considéré comme une alternative. En outre, d'autres coûts, tels que les coûts de location, peuvent être répartis entre différentes sociétés luxembourgeoises conformément à des clés de répartition appropriées.

C. Exigences de substance dans un contexte européen

La législation anti-abus mise en œuvre dans le cadre de la législation fiscale étrangère peut obliger les sociétés luxembourgeoises à avoir une substance significative. Dans le contexte de l'Union européenne, toutefois, la législation anti-abus adoptée par les États membres doit être conforme au droit de l'Union tel qu'interprété par la CJUE.

Au fil des années, la CJUE a dû se prononcer dans un certain nombre d'affaires concernant l'application de la législation anti-abus dans un contexte européen. Une décision majeure a été l'affaire *Cadbury-Schweppes* de 2006 (affaire C-196/04), qui a fermement établi le principe du « montage purement artificiel », limitant la portée de la législation anti-abus dans un contexte européen.

Dans trois affaires importantes impliquant la législation anti-abus allemande (affaires C-504/16 et C-613/16, décision du 20 décembre 2017, et affaire C-440/17, décision du 14 juin 2018) et le critère de l'objectif principal de droit fiscal français (affaire C-6/16, décision du 7 septembre 2017), la CJUE a réaffirmé par la suite sa doctrine du « montage purement artificiel ». Dans ses décisions, la Cour a analysé la compatibilité de la législation anti-abus avec la directive mère filiale et la liberté d'établissement.

Selon la CJUE, l'objectif de lutte contre l'évasion et la fraude fiscale a la même portée, qu'il s'appuie sur l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive mère filiale ou qu'il soit la justification pour une exception au droit primaire (c'est-à-dire la liberté d'établissement). Par conséquent, les dispositions anti-abus doivent être des mesures ciblées visant spécifiquement des « montages purement artificiels » qui ne reflètent pas la réalité économique et dont le but est d'obtenir indûment un avantage fiscal.

Il s'ensuit que les autorités fiscales ne devraient pas facilement envisager l'existence d'une fraude ou d'un abus. Les contribuables sont de plus libres de se reposer sur les libertés fondamentales européennes pour structurer leurs investissements, et le « chalandage juridictionnel » est une activité légitime dans le cadre du marché intérieur, et ce, même si le choix de la juridiction est principalement fondé sur des considérations fiscales.

Il est toutefois incontesté que les États membres sont de leur côté libres de protéger leurs bases d'imposition par le biais de règles anti-abus exclusivement destinées aux

montages purement artificiels. Néanmoins, lors de l'évaluation de l'existence de fraudes et d'abus, les autorités fiscales ne peuvent pas se fonder sur des critères généraux prédéterminés. Au lieu de cela, les autorités fiscales doivent procéder à un examen individuel de l'ensemble de l'opération en cause.

Une situation abusive ne dépend pas uniquement de l'intention du contribuable d'obtenir des avantages fiscaux (c'est-à-dire un critère subjectif), mais requiert l'existence (ou l'absence) de certains facteurs objectifs, y compris un « établissement réel » dans l'État hôte (par exemple, des locaux, du personnel, des installations et des équipements) et la réalisation d'une « activité économique réelle ». En ce qui concerne l'existence d'un établissement réel, la CJUE ne semble pas exiger un niveau de substance élevé. En règle générale, la substance doit être adaptée aux activités de l'entreprise.

La notion de « véritable activité économique » doit être comprise de manière très large et peut inclure la simple exploitation d'actifs tels que des participations, des créances et des actifs incorporels dans le but de générer ce que l'on appelle souvent un revenu « passif ». La nature de l'activité ne doit pas être compromise si ce revenu passif provient principalement de l'extérieur de l'État hôte de l'entité.

Par ailleurs, les dispositions anti-abus nationales ne peuvent exiger aucun lien ou connexion spécifiques entre l'activité économique attribuée à l'entité étrangère et le territoire de l'État hôte de cette entité. Par conséquent, dans la mesure où le marché intérieur de l'Union européenne est concerné, le simple fait qu'une société intermédiaire assume « activement » les fonctions et les actifs qui lui sont attribués (plutôt que d'être une simple société « boîte aux lettres ») devrait suffire pour être hors de portée des législations anti-abus nationales.

Lors de l'analyse de la substance d'une société, il est nécessaire d'examiner non seulement la situation de l'entité en tant que telle, mais aussi celle du groupe dans son ensemble. Dans ce cas, il peut même suffire qu'une entreprise s'appuie sur le personnel et les locaux d'autres sociétés du groupe relevant de la même juridiction²⁷.

La législation anti-abus ne devrait en outre pas établir une présomption irréfragable de fraude ou d'abus. Au lieu de cela, le contribuable doit avoir la possibilité de prouver que la structure est appropriée.

L'imposition d'une mesure fiscale générale excluant automatiquement certaines catégories de contribuables

du bénéficiaire de l'avantage fiscal, sans que les autorités fiscales soient tenues de fournir une preuve même *prima facie* de fraude et d'abus va au-delà de ce qui est nécessaire pour prévenir la fraude et les abus. En conséquence, aussi longtemps que la société étrangère dispose de la substance appropriée, la nature (personne morale ou personne physique), l'origine ou le statut fiscal de son ou de ses actionnaires ne devraient pas être pertinents pour l'application de la législation anti-abus.

D'un point de vue pratique, la création de sociétés *holdings* et de sociétés de financement dotées d'un niveau artificiellement élevé d'équipements, d'installations et de salaires irait toutefois à l'encontre de leur nature économique. La simple présence d'un responsable surveillant les activités de *holding* et de financement d'une société luxembourgeoise peut dans certains cas être considérée comme apportant suffisamment de substance à la structure et, ainsi, éviter que la structure soit (partiellement) ignorée du fait de l'application de règles anti-abus étrangères. Un faible niveau de substance est la conséquence directe de la finalité spécifique d'une société *holding* « pure » et de financement et devrait être accepté à des fins fiscales, conformément à la jurisprudence de la CJUE.

Il est intéressant de noter que, jusqu'à présent, les juridictions nationales ne se sont pas écartées de la doctrine du « montage purement artificiel » énoncée par la CJUE.

IV. EXIGENCES DU POINT DE VUE DES CONVENTIONS PRÉVENTIVES DE DOUBLE IMPOSITION

A. Le critère de l'objet principal (« principal purpose test », PPT)

Selon le PPT, un avantage au titre d'une convention préventive de la double imposition²⁸ ne sera pas accordé s'il est raisonnable de conclure que l'obtention de cet avantage était l'un des objectifs principaux d'un montage ou d'une transaction, à moins que le contribuable soit en mesure d'établir que l'octroi de cet avantage serait conforme à l'objet et au but des dispositions pertinentes de la convention²⁹.

Le PPT a été développé dans le cadre des travaux de l'OCDE sur l'action 6 du projet BEPS, qui visait les abus apparents des conventions fiscales. Le PPT figure au paragraphe 9 de l'article 29 de la version 2017 du modèle de convention de l'OCDE et faisait partie de la norme minimale de l'instrument multilatéral (le « MLI ») résultant des travaux de l'OCDE sur l'action 15 du projet BEPS visant

27. En réaction à la décision de la CJUE concernant la disposition anti-abus allemande, le ministère des Finances allemand a publié une circulaire le 4 avril 2018 dans laquelle il a été précisé que la disposition selon laquelle seule la substance au niveau de la société mère est à prendre en compte n'est plus applicable. Par conséquent, il a été reconnu que la substance de tout le groupe relevant de la juridiction de la société mère doit être prise en compte lors de l'évaluation des cas potentiels d'abus.

28. Le terme « avantages » englobe toutes les limitations (p. ex., réduction de l'impôt, exonération, report ou remboursement) aux impôts perçus par l'État de la source en vertu des articles 6 à 22 de la Convention, la réduction de la double imposition prévue à l'article 23 et la protection accordée aux résidents et aux ressortissants d'un État contractant en vertu de l'article 24 ou de toute autre limitation similaire; voir le paragraphe 175 des commentaires de l'article 29 du modèle de l'OCDE.

29. Voir O. R. HOOR et K. O'DONNELL, « Luxembourg : Impact of the PPT on Alternative Investments », *Tax Planning International*, Bloomberg Tax, janvier 2018, p. 2.

à la mise en œuvre rapide des mesures BEPS liées aux conventions fiscales telles que le PPT³⁰.

Selon les indications de l'OCDE, le PPT exige une analyse approfondie de tous les faits et circonstances de chaque cas afin de déterminer si l'obtention de l'avantage constituait une considération principale et aurait justifié la conclusion d'un accord ou d'une transaction ayant entraîné l'avantage. Ainsi, les autorités fiscales ne devraient pas facilement conclure que l'un des objectifs principaux était d'obtenir des avantages en vertu d'une convention fiscale.

Le Commentaire indique explicitement que les exemples qui y figurent sont « purement illustratifs » et ne doivent pas être interprétés comme fournissant des conditions ou des exigences auxquelles des transactions similaires doivent satisfaire pour éviter l'application du PPT. Par conséquent, l'on ne peut interpréter que le PPT doit s'appliquer si un aspect particulier, décrit dans les exemples, fait défaut. Au contraire, il faut déterminer au cas par cas si l'un des objectifs principaux d'un accord ou d'une transaction était d'obtenir les avantages de la convention.

En pratique, les raisons et les circonstances factuelles pertinentes à l'origine de la décision de réaliser des investissements par l'intermédiaire de sociétés luxembourgeoises peuvent varier considérablement d'un cas à l'autre (transactions existantes, fonctions, raisons commerciales et réglementaires, etc.). Compte tenu de ces différences, les contribuables devraient approfondir le raisonnement à la base de leur décision de mettre en œuvre des investissements via des sociétés luxembourgeoises afin de se préparer aux éventuelles questions des autorités fiscales étrangères.

S'agissant des activités d'investissement transfrontalières, trois exemples inclus dans les commentaires de la convention modèle OCDE sont particulièrement pertinents quand il s'agit d'analyser des investissements alternatifs tels que les investissements en *private equity* et les investissements immobiliers (exemples K, L et M relatifs au paragraphe 9 de l'article 29). Ces exemples concernent une plateforme d'investissement, une opération de titrisation et un fonds immobilier impliquant différentes juridictions. Dans tous ces exemples, il est conclu qu'il ne serait pas raisonnable de refuser le bénéfice des avantages conventionnels, à moins que d'autres faits et circonstances ne suggèrent le contraire. Ainsi, pour ce qui est des investissements internationaux, les lignes directrices de l'OCDE semblent suggérer un seuil élevé d'application du PPT.

En ce qui concerne l'application des conventions fiscales conclues entre deux États membres de l'Union européenne, l'interprétation et l'application du PPT sont soumises aux limitations déterminées par la jurisprudence de la CJUE. Par conséquent, le PPT ne devrait, dans ces circonstances, s'appliquer que s'il est prouvé par les autorités fiscales étrangères que la société luxembourgeoise qui réclame des avantages de la convention fiscale constitue un montage purement artificiel³¹.

B. Bénéficiaire effectif

La notion de « bénéficiaire effectif » joue un rôle de premier plan dans le contexte des conventions fiscales. En substance, le concept de « bénéficiaire effectif » est une règle anti-abus conçue pour empêcher le chalandage fiscal par les agents, les mandataires ou les sociétés relais, au profit d'un résident d'un État tiers en lien avec des revenus tels que des dividendes, des intérêts et des redevances³².

Plus précisément, lorsque des dividendes, des intérêts ou des redevances provenant d'un État contractant sont payés à un résident de l'autre État contractant, le droit d'imposition de l'État de la source est généralement limité à un certain pourcentage du montant brut³³, voire est exclu (par exemple, dans le cas des redevances³⁴). Cependant, les conventions fiscales stipulent généralement que la personne qui revendique les avantages de la convention (c'est-à-dire un taux de retenue à la source réduit ou nul dans l'État de la source) doit être le bénéficiaire effectif des dividendes, des intérêts ou des redevances. Ainsi, l'État d'origine n'est pas tenu d'accorder les avantages prévus aux articles 10 (2), 11 (2) et 12 (1) du seul fait que le revenu est perçu par un résident de l'autre État contractant. Au lieu de cela, le bénéficiaire doit être le « bénéficiaire effectif » de ce revenu³⁵.

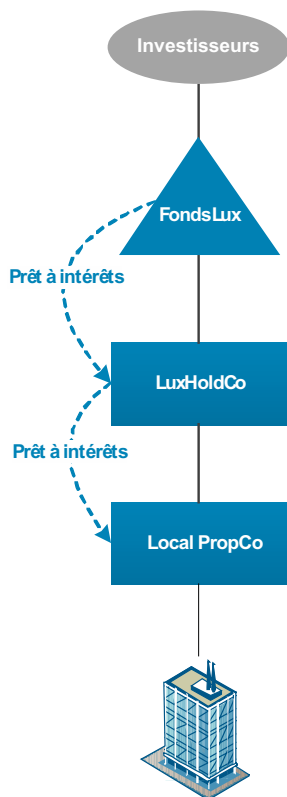
Exemple : Bénéficiaire effectif

Un fonds luxembourgeois (Fonds Lux) investit via une société luxembourgeoise (LuxHoldCo) dans des actifs immobiliers situés dans différentes juridictions. L'un des actifs est acquis par l'intermédiaire d'une société immobilière locale (PropCo) financée à la fois par de la dette et des fonds propres.

Les intérêts versés par PropCo à LuxHoldCo sont en principe soumis à une retenue à la source de 20 %, conformément au droit fiscal national du pays d'investissement. Toutefois, la convention fiscale applicable prévoit

30. Le Luxembourg est signataire du MLI et, à ce titre, appliquera le PPT dans ses traités couverts. En fonction de la rapidité de la ratification par les partenaires de la convention concernés, le PPT entrera donc probablement en vigueur à partir de 2020 dans toutes les conventions fiscales visées conclues par le Luxembourg.
31. Voir la section IV.C de cet article; il est intéressant de noter que la CJUE a tranché dans une affaire dans laquelle l'administration fiscale française a appliqué le PPT transposé dans la législation fiscale française afin de refuser l'exonération de la retenue à la source sur les dividendes prévue dans la directive mère filiale (telle que transposée dans le droit fiscal français). Sur la base de cette décision, on peut analyser la manière dont la CJUE décidera probablement d'interpréter le PPT dans les conventions fiscales conclues entre les États membres de l'Union européenne.
32. Voir O. R. Hoor, *The OECD Model Tax Convention – A comprehensive technical analysis*, Luxembourg, Legitech, 2015, p. 73.
33. Art. 10 (2) et 11 (2) de la CM-OCDE.
34. L'article 12, paragraphe 1, de l'OCDE-MC attribue un droit de taxation exclusif au pays de résidence du destinataire.
35. Voir O. R. Hoor, *The OECD Model Tax Convention – A comprehensive technical analysis*, Luxembourg, Legitech, 2015, p. 73; Voir Ph. BAKER, *Double Taxation Conventions and International Tax Law: A Manual on the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital of 1992*, Londres, Sweet & Maxwell, 2^e éd., 1994, p. 91.

une retenue à la source nulle si le bénéficiaire effectif de la participation est une société qui réside fiscalement au Luxembourg.



Selon les indications fournies dans les commentaires de la convention modèle OCDE, le terme bénéficiaire effectif ne doit pas être utilisé dans un sens technique étroit, mais doit être interprété dans son contexte et à la lumière de l'objet et de la finalité de la convention fiscale, y compris la prévention de la double imposition et la prévention de l'évasion et de la fraude fiscales³⁶. Par conséquent, il convient de vérifier si le bénéficiaire du revenu est soumis à imposition sur le revenu. Il importe peu que le revenu soit réellement imposé ou non, et ce critère doit être rempli dès lors que le contribuable est soumis à l'impôt sur le revenu, quelles que soient les exonérations applicables (par exemple, le régime d'exemption de participation dans le cas de dividendes) ou les pertes fiscales reportées disponibles³⁷.

En pratique, la question du « bénéficiaire effectif » est particulièrement problématique dans l'hypothèse de groupes de sociétés où, par exemple, des sociétés luxembourgeoises exercent des activités de financement, des activités de sous-licences ou des activités de détention (c'est-à-dire la détention de filiales dans lesquelles les dividendes sont rapatriés aux investisseurs). S'il est

évident que la simple « propriété juridique » ne suffit pas pour établir un « bénéficiaire effectif », le lien, en termes juridiques, qui devrait exister entre une société relais et un flux de revenus n'est pas si clair. Toutefois, les sociétés relais sont généralement plus que de simples propriétaires juridiques et, du moins à première vue, elles ont généralement les pleins pouvoirs sur l'actif sous-jacent qui génère les dividendes, les intérêts ou les redevances. Par conséquent, la décision de savoir si les entreprises sont ou non les « bénéficiaires effectifs » des revenus qu'elles perçoivent n'est pas simple et nécessite une analyse au cas par cas.

En ce qui concerne les revenus de dividendes, une société mère devrait généralement être considérée comme le bénéficiaire effectif si la société n'a aucune obligation légale de transférer le revenu à un tiers. Idéalement, il devrait être clairement indiqué dans la documentation juridique que la société peut jouir librement du revenu de dividendes et que le paiement d'intérêts ou d'autres paiements sur la base des titres de créance finançant la participation doit être soumis à l'approbation du conseil d'administration. En outre, la société mère devrait conserver les fonds sur son compte bancaire jusqu'à ce que les administrateurs de la société aient décidé de leur utilisation.

En règle générale, une société qui exerce des activités de financement devrait être considérée comme le bénéficiaire effectif des revenus d'intérêts si les conditions suivantes sont remplies :

- la société supporte le risque de crédit lié aux activités de financement;
- l'entreprise réalise une rémunération de pleine concurrence pour les fonctions exercées et les risques assumés. Ainsi, le montant des revenus d'intérêts devrait dépasser le montant des charges d'intérêts;
- la société est à même de couvrir les coûts liés aux activités de financement;
- la société n'a aucune obligation légale de transférer les revenus d'intérêts à un tiers. Dans l'idéal, il est clairement indiqué dans la documentation juridique que la société de financement peut jouir librement des revenus et que le paiement des intérêts est soumis à l'approbation du conseil d'administration;
- d'un point de vue commercial, il peut également être judicieux de ne pas négocier des conditions identiques avec les prêteurs et les emprunteurs (par exemple, des échéances différentes, des périodes de constitution d'intérêts différentes, etc.) afin de renforcer la propriété effective;

³⁶. Voir le paragraphe 12.1 des commentaires sur l'article 10, le paragraphe 10 des commentaires sur l'article 11, et le paragraphe 4.1. des commentaires sur l'article 12 du modèle de convention fiscale de l'OCDE.

³⁷. Lorsque des mandataires, des représentants ou des sociétés-écrans ne sont pas considérés comme les propriétaires du revenu aux fins de l'impôt dans leur pays de résidence, il ne devrait pas y avoir de double imposition en ce qui concerne cet élément de revenu.

- d'un point de vue pratique, la société de financement devrait conserver les fonds pendant un certain temps sur son compte bancaire. Néanmoins, une société de financement doit faire attention à ne pas engager trop de dépenses d'intérêts à cet égard car, le cas échéant, il pourrait être difficile de couvrir les coûts et de réaliser un bénéfice de pleine concurrence.

C. *Disposition relative à la limitation des avantages*

Une autre disposition anti-abus adoptée par quelques pays dans le monde (en particulier, les États-Unis) est la disposition relative à la limitation des avantages (« *Limitation-on-Benefits* », LOB). La convention fiscale conclue entre le Luxembourg et les États-Unis comprend également une clause de limitation des avantages. La disposition LOB dénie par défaut le bénéfice des avantages de la convention à une entité juridique et vise essentiellement à empêcher une société d'accéder à des conventions fiscales si l'entité est détenue ou financée à partir de l'étranger ou si ses actions sont négociées sur les marchés boursiers étrangers.

En d'autres termes, il ne serait plus suffisant d'être un résident d'un État contractant pour bénéficier de la protection offerte par une convention préventive de la double imposition. Au lieu de cela, les avantages de la convention ne seront applicables que si un résident d'un État contractant est une « personne qualifiée » au sens de la disposition LOB. Ainsi, une société résidant dans un État contractant doit satisfaire à au moins un des critères de la disposition LOB (critère de la cotation en bourse, critère de l'érosion de la base, critère de l'activité commerciale, etc.) pour pouvoir prétendre aux avantages de la convention. Cela renverse le principe général selon lequel les entreprises devraient pouvoir bénéficier des avantages des conventions fiscales conclues par leur État de résidence dans la mesure où elles exercent de véritables activités économiques.

Bien que la clause LOB ne soit généralement pas adoptée dans les conventions fiscales conclues entre les États membres de l'Union européenne, le cas échéant, elle devrait être interprétée et appliquée, comme toute autre disposition anti-abus, conformément au droit de l'Union tel qu'interprété par la CJUE. Par conséquent, les tests formalistes de la clause LOB devraient être inefficaces dans un contexte européen aussi longtemps qu'une entreprise a la substance appropriée et ne peut pas être qualifiée de montage purement artificiel.

D. *Éviter les établissements permanents non intentionnels*

Lorsque des sociétés luxembourgeoises investissent ou exercent des activités commerciales à l'étranger, il est essentiel de gérer avec soin toutes les activités qui se déroulent sur le territoire de la ou des autres juridictions concernées. Plus précisément, les sociétés luxembourgeoises doivent éviter la constitution d'établissements stables non intentionnels qui, autrement, créeraient une charge administrative importante et engendreraient des risques fiscaux.

Le concept d'établissement stable énoncé dans les conventions fiscales (luxembourgeoises) a pour objet principal de déterminer le droit d'un État contractant d'imposer les bénéfices d'une entreprise résidant dans l'autre État contractant. En effet, conformément à l'article 7 du modèle de convention fiscale de l'OCDE, un État contractant ne peut imposer les bénéfices des entreprises des résidents de l'autre État contractant, à moins qu'ils n'exercent leurs activités par l'intermédiaire d'un établissement stable situé dans celui-ci³⁸. En revanche, lorsqu'un établissement stable est constitué dans un État contractant, les revenus qui lui sont imputables sont imposables dans son pays d'accueil³⁹.

L'article 5 du modèle de convention fiscale de l'OCDE prévoit deux types d'établissements stables. Le premier correspond à un établissement qui fait partie de la même entreprise et qui est sous la propriété et le contrôle communs, tel qu'un siège de direction, un bureau, etc. (article 5, paragraphes 1 à 4, du modèle de l'OCDE). Le second est un agent juridiquement distinct de l'entreprise, mais qui en dépend néanmoins au point de constituer un établissement stable (article 5, paragraphes 5 et 6, du modèle de l'OCDE).

Au sens de l'article 5 (1) de la convention modèle OCDE, le terme « établissement stable » (ES) désigne une « installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité ». Cette définition comporte ainsi les critères suivants :

- l'existence d'une « installation d'affaires », c'est-à-dire une installation telle que des locaux ou, dans certains cas, des machines ou de l'outillage ;
- cette installation doit être « fixe », c'est-à-dire qu'elle doit être établie en un lieu précis, avec un certain degré de permanence ;
- l'exercice des activités de l'entreprise par l'intermédiaire de cette installation fixe d'affaires⁴⁰.

38. Voir art. 5, paragraphe 1, du Commentaire de la convention modèle OCDE.

39. Article 7(1) de la convention modèle OCDE.

40. Cela signifie en général que les personnes qui dépendent d'une manière ou d'une autre de l'entreprise (par exemple, le personnel) exercent l'activité de l'entreprise dans l'État dans lequel l'installation fixe d'affaires est située. L'activité en elle-même ne constitue pas, en soi, un élément important ; art. 5, paragraphes 2 et 7 des Commentaires de la convention modèle OCDE ; J. SASSEVILLE and A. A. SKAAR, « Is there a permanent establishment ? – General Report », Cahiers de Droit fiscal international, 2009, vol. 94a, p. 38 ; O. R. HOOR, « Établissements stables, Luxembourg, Legitech, 2015, p. 20 ; O. R. HOOR, « The Concept of Permanent Establishments », European Taxation, avril 2014, p. 119.

L'expression « installation d'affaires » couvre tout local, matériel ou installation utilisés pour l'exercice des activités de l'entreprise, qu'il serve ou non exclusivement à cette fin⁴¹. Il importe peu que l'entreprise soit propriétaire ou locataire du local, voire même qu'elle utilise les locaux d'une autre entreprise⁴².

Il est important de noter qu'aucun droit juridique formel sur cette installation n'est requis⁴³. Cependant, la simple présence d'une entreprise à un emplacement particulier ne signifie pas nécessairement que cet emplacement est à la disposition de l'entreprise⁴⁴. Il y a « présence matérielle » dès lors que l'utilisation de l'endroit va au-delà de la « simple présence », indépendamment de la forme de l'autorisation d'utiliser les locaux. La simple présence est donc le seuil à prendre en compte. Une fois ce seuil dépassé, l'emplacement utilisé sera considéré comme étant à la disposition de l'entreprise.

D'après la définition d'ES, l'installation d'affaires doit être « fixe ». Ainsi, il doit exister un lien entre l'installation d'affaires et un point géographique déterminé (c.-à-d. qu'un espace physique ou un objet servant à l'exercice de l'activité industrielle et commerciale du contribuable étranger suffisent)⁴⁵. Dans la mesure où un ES n'est reconnu que si l'établissement présente un certain degré de permanence, une installation d'affaires de nature provisoire ne devrait pas constituer un ES⁴⁶. Cependant, les interruptions d'activité ne mettent pas fin à l'existence de l'ES tant que les opérations sont menées régulièrement. En cas d'activités de nature récurrente, les périodes pendant lesquelles l'installation a été utilisée doivent être prises en compte dans leur ensemble⁴⁷.

L'activité de l'entreprise est exercée principalement par l'entrepreneur ou par du personnel (des personnes qui ont avec l'entreprise des relations de travail rémunéré). Ce personnel inclut les employés et autres personnes qui

reçoivent des instructions de l'entreprise (par exemple, les agents dépendants). Les pouvoirs dont disposent ces personnes dans leurs relations avec les tiers n'entrent pas en ligne de compte⁴⁸.

Par conséquent, lorsque les administrateurs et/ou les employés de sociétés luxembourgeoises sont fréquemment présents dans des juridictions étrangères (en leur qualité d'administrateurs ou d'employés de la société luxembourgeoise), il est recommandé de définir des directives afin de ne pas créer dans une autre juridiction de présence qui pourrait engendrer un établissement stable lorsque cela ne fait pas partie de la stratégie commerciale.

Il est intéressant de noter que la définition d'ES fournie dans l'article 5 de la convention modèle OCDE a fait l'objet de beaucoup d'attention durant le projet BEPS de l'OCDE. L'action 7 du projet BEPS vise au développement d'une définition d'ES et des lignes directrices y relatives qui empêcheraient l'évitement artificiel du statut d'ES⁴⁹. La version 2017 de la convention modèle OCDE inclut une définition de l'ES qui réduit le seuil requis pour constater l'existence d'un ES. Bien que des modifications de la définition d'établissement stable dans les conventions fiscales bilatérales puissent être mises en œuvre via le MLI, le Luxembourg a principalement adhéré à la norme minimale. Ces modifications ne devraient donc pas avoir d'impact immédiat sur les sociétés luxembourgeoises.

V. EXIGENCES DU POINT DE VUE DES PRIX DE TRANSFERT

A. Le principe de pleine concurrence

Le principe de pleine concurrence est la norme internationale utilisée pour déterminer le prix approprié d'une transaction entre parties liées, énoncée à l'article 9 (1)

41. Art. 5, paragraphe 10, des commentaires de la convention modèle OCDE ; une « installation » qualifiée comme une « installation d'affaires » peut comporter un nombre substantiel de machines et d'équipements tels que les logiciels. Il est à noter que le terme d'installation d'affaires ne requiert pas la présence de personnes physiques.

42. Art. 5, paragraphe 10 des Commentaires de la convention modèle OCDE ; J. SASSEVILLE and A. A. SKAAR, « Is there a permanent establishment ? – General Report », Cahiers de Droit fiscal international, 2009, vol. 94a, pp. 23, 35 ; O. R. HOOR, The OECD Model Tax Convention – A comprehensive technical analysis, Legitech, 2015, p. 104.

43. Le terme « à sa disposition » requiert une simple utilisation factuelle, sans égard pour la forme d'autorisation explicite (autorisation formelle d'utilisation, accordée par la loi, un contrat, ou autre consentement légal formel), ou implicite (droit d'utilisation factuel, autorisation implicite ou simple tolérance) ; art. 5, paragraphe 11 des Commentaires de la convention modèle OCDE ; A. CARIDI, « International: Proposed changes to the OECD Commentary on Article 5 : part I : The physical PE notion », European taxation, 2003, vol. 43, n° 1, p. 8 ; O. R. HOOR, « Comments on the OECD Discussion Draft on the Meaning of «Permanent Establishment » », Tax Notes International, janvier 2012, p. 208.

44. « La simple présence » doit être interprétée comme « une présence relativement sporadique ou d'une faible fréquence » en un endroit donné, dont l'évaluation devrait être fondée sur les caractéristiques de l'activité examinée. Par exemple, un vendeur qui visite régulièrement ses clients principaux pour prendre leurs commandes ne possède pas d'installation fixe d'affaires dans leurs locaux ; art. 5, paragraphe 4.2 des Commentaires de la convention modèle OCDE.

45. Lorsque les équipements constituent une installation d'affaires, il suffit que ces équipements restent sur un site particulier ; art. 5, paragraphe 28 des Commentaires de la convention modèle OCDE ; le lien avec le sol n'a pas besoin d'être visible depuis la surface. Par conséquent, les conduites souterraines, les chemins de fer, les mines, etc. remplissent également les conditions de lieu « fixe » pour un ES ; J. SASSEVILLE and A. A. SKAAR, « Is there a permanent establishment ? – General Report », Cahiers de Droit fiscal international, 2009, vol. 94a, p. 25 ; J. LÜDICKE, « Recent Commentary Changes concerning the Definition of Permanent Establishment », Bulletin for International Taxation, IBFD, mai 2004, p. 191.

46. En principe, le test de durée est appliqué rétroactivement. En conséquence, une entreprise prévue pour durer seulement une courte période, mais qui dure en pratique plus longtemps, peut être considérée comme remplissant le critère de durée (dans ce cas, les intentions du contribuable sont moins importantes que la durée effective et factuelle de l'utilisation). Néanmoins, si l'intention du contribuable était que le droit d'utiliser l'installation d'affaires devait durer une longue période, voire une période indéterminée, mais que ce droit d'utilisation a été en réalité terminé après une courte période, un ES est de toute manière constitué (dans ce cas, l'intention du contribuable est plus importante que la durée effective du droit d'utilisation).

47. Art. 5, paragraphes 28 et 29 des Commentaires de la convention modèle OCDE.

48. Art. 5, paragraphes 28 et 29 des Commentaires de la convention modèle OCDE.

49. O. R. HOOR and K. O'DONNELL, « BEPS Action 7 : The Attempt to Artificially Create a Taxable Nexus », Tax Notes International, juin 2015, p. 929.

(Entreprises associées)⁵⁰ et à l'article 7 (2) (Bénéfices des entreprises)⁵¹ du modèle de convention fiscale de l'OCDE⁵². Le principe de pleine concurrence exige que les prix appliqués entre sociétés affiliées correspondent à ceux qui auraient été appliqués si les parties à la transaction n'avaient pas été liées. Par conséquent, les transactions au sein d'un groupe de sociétés sont comparées aux transactions entre entités non liées dans des circonstances comparables afin de déterminer des prix de transfert acceptables.

Lorsque les prix de transfert des transactions intra-groupes ne respectent pas le critère de pleine concurrence, les autorités fiscales étrangères (et luxembourgeoises) peuvent contester les prix facturés dans le cadre d'une transaction contrôlée et procéder à des ajustements fiscaux afin de rétablir les conditions de pleine concurrence.

Les lignes directrices de l'OCDE en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales (les « Principes directeurs de l'OCDE en matière de prix de transfert ») prévoient plusieurs méthodes acceptables de détermination des prix de transfert qui servent de cadre conceptuel à la détermination des prix de pleine concurrence. Les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions incluent la méthode du prix comparable sur le marché libre (PCML), la méthode du prix de revente et la méthode du prix de revient majoré. Les méthodes transactionnelles de bénéfices comprennent la méthode transactionnelle de la marge nette (MTMN) et la méthode du partage des bénéfices. Bien que la méthode de la PCML doive être appliquée dans la mesure du possible, aucune méthode n'est considérée comme étant appropriée à chaque situation. Le contribuable doit plutôt choisir la méthode qui fournit la meilleure estimation du prix de pleine concurrence pour une transaction donnée.

Toutes ces méthodes de prix de transfert reposent directement ou indirectement sur les informations relatives aux bénéfices, aux prix ou aux marges comparables de transactions similaires. Les tests de conformité au principe de pleine concurrence impliquent généralement la comparaison d'opérations entre parties liées avec des transactions comparables entre l'entité et un tiers (« comparables internes ») ou des parties non liées sur le même marché ou le même secteur (« comparables externes »).

Les lignes directrices de l'OCDE sur les prix de transfert stipulent que deux transactions sont comparables si aucune des différences entre elles n'a d'incidence significative sur les facteurs considérés (généralement le prix ou la marge bénéficiaire); en cas de différences mineures, il peut être possible de recourir à des ajustements pour éliminer ces différences. Les caractéristiques à prendre en compte lors de la sélection de transactions comparables

incluent (i) les caractéristiques des biens/services, (ii) les fonctions remplies, (iii) les conditions contractuelles, (iv) la situation économique des transactions, et (v) la raison commerciale de la transaction.

L'application du principe de pleine concurrence est étroitement liée à la substance, étant donné que de nombreux concepts énoncés dans les lignes directrices de l'OCDE sur les prix de transfert sont d'une manière ou d'une autre liés à la substance. Par exemple, l'analyse fonctionnelle se concentre sur les fonctions exécutées, les actifs utilisés et les risques assumés, qui sont clairement des caractéristiques de la substance. En outre, les nouvelles directives sur la répartition des risques dans les transactions contrôlées exigent que l'entité à laquelle le risque est attribué ait le contrôle de ce risque et la capacité financière d'assumer le risque si celui-ci se matérialise. En ce qui concerne l'attribution des bénéfices aux établissements stables, les directives de l'OCDE insistent sur l'importance des fonctions humaines.

Par conséquent, les prix de transfert et l'application du principe de pleine concurrence peuvent constituer une base d'exigences de substance, dans la mesure où cette substance peut avoir un impact direct sur la répartition des bénéfices. En outre, pour que l'analyse de prix de transfert puisse faire face aux contestations des autorités fiscales concernées, la réalité économique doit être cohérente avec les faits décrits dans la documentation relative aux prix de transfert.

B. Gestion de la chaîne logistique

La gestion de la chaîne logistique est essentiellement une approche interfonctionnelle dans laquelle un certain nombre d'entités d'une multinationale gèrent le mouvement des matières premières dans l'organisation, la transformation des matériaux en produits finis et le mouvement des produits finis vers le consommateur final. Cela implique que les entreprises multinationales adoptent des modèles de chaîne d'approvisionnement pour gérer tous les aspects de leurs activités (y compris, par exemple, la fabrication et la distribution). La gestion de la chaîne logistique permet aux multinationales de tirer parti des économies d'échelle et de bénéficier d'une combinaison de plusieurs pouvoirs de négociation (par exemple, pour se procurer des matières premières et des produits semi-finis).

La gestion de la chaîne d'approvisionnement est étroitement liée à la substance, étant donné que la tendance est que plus une entité remplit de fonctions, plus elle assume de risques, plus elle utilise des actifs de grande valeur, plus elle sera considérée comme devant réaliser des bénéfices de pleine concurrence. En d'autres termes, la substance a un effet sur l'attraction des revenus au sein des groupes multinationaux.

50. L'article 9, paragraphe 1, de la convention modèle OCDE régit la répartition des bénéfices entre entreprises associées. Les lignes directrices de l'OCDE en matière de prix de transfert pour les entreprises multinationales et les administrations fiscales fournissent des indications détaillées sur l'application du principe de pleine concurrence.

51. L'article 7, paragraphe 2, de la convention modèle OCDE régit la répartition des bénéfices entre les sièges sociaux et les établissements stables.

52. Ces transactions peuvent impliquer le transfert de biens corporels, de biens incorporels, de services ou de financement.

Il existe un certain nombre de modèles de chaîne d'approvisionnement potentiels qui peuvent être optimaux pour les besoins spécifiques de différentes entreprises multinationales. Cependant, les multinationales ont généralement tendance à mettre en place des structures de gestion de la chaîne d'approvisionnement caractérisées par une centralisation des activités. Ici, une société du groupe multinational, agissant comme principal, assume et gère la plupart des risques commerciaux. Cela implique que les sociétés opérationnelles au niveau de la fabrication et des ventes exercent des fonctions réduites et supportent des risques commerciaux limités. Du point de vue des prix de transfert, ce profil fonctionnel et de risque donne un rendement de base, alors que le véritable entrepreneur (la société principale) a droit aux bénéfices résiduels⁵³.

Les lignes directrices de l'OCDE sur les prix de transfert reconnaissent que les entreprises associées peuvent effectuer des transactions que des entreprises indépendantes ne réaliseraient pas. En conséquence, les entreprises multinationales peuvent mettre en place de telles structures de gestion de chaîne d'approvisionnement afin de tirer parti du fait qu'il s'agit de groupes d'entreprises multinationales et qu'elles peuvent fonctionner de manière intégrée⁵⁴. Le chapitre IX des Principes directeurs de l'OCDE en matière de prix de transfert fournit des indications détaillées sur l'application du principe de pleine concurrence aux restructurations d'entreprises.

Néanmoins, étant donné que la centralisation de certaines fonctions, de certains actifs et de certains risques au sein du groupe multinational se traduit généralement par un transfert du potentiel de profit (conformément au principe de pleine concurrence), les autorités fiscales accordent une attention particulière aux restructurations de la chaîne logistique et aux implications fiscales correspondantes. Il est dès lors important qu'après la restructuration de l'entreprise, le nouveau modèle commercial soit suffisamment étayé et qu'il soit maintenu. Les entités impliquées doivent véritablement assumer les fonctions et supporter les risques qui leur sont attribués; c'est une question de réalité économique, et non une simple obligation contractuelle⁵⁵.

Lorsque l'OCDE a lancé son projet BEPS en 2013, les prix de transfert et, en particulier, la possibilité pour les entreprises multinationales de transférer les risques entre

entreprises associées ont été identifiés comme l'un des principaux domaines de pression pour BEPS. Les travaux effectués au titre de l'action 9 ont abouti à une refonte fondamentale du chapitre I, section D (Guide pour l'application du principe de pleine concurrence) des principes directeurs de l'OCDE. L'idée de base des nouvelles directives est de s'attaquer à la répartition des risques contractuels à laquelle manque la rationalité commerciale des transactions non contrôlées.

La répartition des risques entre les entreprises associées dans une transaction contrôlée est analysée dans une analyse fonctionnelle qui examine les fonctions exécutées, les actifs utilisés et les risques assumés par les parties. Sur la base de l'expérience pratique, l'analyse du risque en relation avec des transactions contrôlées est plus difficile que l'analyse des fonctions et des actifs. Par conséquent, les lignes directrices révisées de l'OCDE prévoient une approche en six étapes pour identifier, définir et répartir les risques dans les transactions contrôlées. Ce nouveau cadre vise à contrer les situations dans lesquelles une entité génère des rendements inappropriés uniquement parce qu'elle a assumé contractuellement des risques ou apporté du capital.

C. Documentation de prix de transfert

La documentation des prix de transfert est un moyen important de prouver le caractère de pleine concurrence des conditions convenues dans les transactions contrôlées entre entreprises associées. Les lignes directrices de l'OCDE sur les prix de transfert comprennent un chapitre entier sur la documentation relative aux prix de transfert, qui a été révisé conformément au rapport final sur l'action 13 du projet BEPS⁵⁶.

Selon les nouvelles directives, il est demandé aux entreprises multinationales de préparer un « fichier principal »⁵⁷ concernant leurs activités commerciales globales et un « fichier local »⁵⁸ dans chaque pays. En outre, un modèle de rapport pays par pays figure dans l'annexe du chapitre V. Le nouveau modèle demande aux entreprises multinationales de déclarer leurs revenus, gains, impôts payés et courus ainsi que certaines mesures de l'activité économique (par exemple, emploi, capital et immobilisations corporelles dans chaque juridiction fiscale) auprès des administrations fiscales des pays dans lesquels elles exercent leurs activités.

53. Étant donné que les entités principales résident généralement dans une juridiction ayant une imposition relativement faible, la mise en place de structures principales peut, dans des conditions commerciales normales, réduire le taux d'imposition effectif global d'un groupe multinational.

54. Certaines transactions peuvent difficilement, sinon jamais, être trouvées entre entreprises indépendantes; paragraphe 1.10 du chapitre I des Lignes directrices de l'OCDE; voir M. VAN HERKSEN, « Business Models », *Transfer Pricing and Business Restructurings : Streamlining all the way*, Amsterdam, IBFD, 2009, chap. 2, p. 17.

55. Le principal devrait avoir les personnes (appropriées) et les ressources appropriées pour gérer les fonctions et les risques qui lui sont attribués; voir M. VAN HERKSEN, « Business Models », *Transfer Pricing and Business Restructurings : Streamlining all the way*, Amsterdam, IBFD, 2009, chap. 2, p. 42; voir M. PETRICCIONE, « Supply Chain Management », *Fundamentals of International Tax Planning*, Amsterdam, IBFD, 2007, chap. 11, p. 189.

56. Voir <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241480-en.pdf?expires=1556777267&id=id&accname=guest&checksum=A0F83B77410CBCA29CC350E-2B405BD9D>.

57. Dans le « fichier principal », les entreprises multinationales seraient tenues de fournir aux administrations fiscales des informations de base concernant leurs opérations commerciales globales et leurs politiques en matière de prix de transfert.

58. Dans le « fichier local », les entreprises multinationales seraient tenues de fournir davantage de documentation sur les prix de transfert en lien avec les transactions, identifiant les transactions entre parties liées concernées, les montants impliqués dans ces transactions et l'analyse par la société du caractère de pleine concurrence du prix de transfert.

La législation fiscale luxembourgeoise n'exige pas spécifiquement la préparation d'une documentation de prix de transfert. Toutefois, les contribuables sont tenus de coopérer avec les autorités fiscales luxembourgeoises, doivent prouver les faits et fournir des informations concernant les affirmations présentes dans les déclarations fiscales. Par conséquent, dans la pratique, les sociétés luxembourgeoises devraient examiner les principales transactions intragroupes afin d'identifier les problèmes susceptibles de susciter la suspicion des autorités fiscales et d'évaluer l'ampleur des risques fiscaux connexes. Sur la base de cette évaluation des risques, les contribuables devraient aligner leurs efforts sur la documentation des prix de transfert.

La documentation des prix de transfert est liée à la notion de substance. Premièrement, pour qu'une analyse des prix de transfert soit pertinente, les faits décrits dans le rapport sur les prix de transfert doivent être cohérents par rapport à la réalité économique. Deuxièmement, la préparation d'une documentation de prix de transfert solide est en soi un élément de substance, car elle reflète les activités exercées par la société luxembourgeoise. En outre, les examens réguliers de la documentation relative aux prix de transfert par les employés ou les administrateurs enrichissent encore le profil fonctionnel de la société.

VI. RISQUES LIÉS À LA RÉPUTATION

Au cours de ces dernières années, la fiscalité des entreprises et la manière dont les grands groupes multinationaux organisent leurs activités ont suscité beaucoup d'attention de la part du monde politique et des principaux médias. Cela peut entraîner pour la réputation des risques qui doivent être gérés avec soin. Lors de la détermination de la stratégie fiscale globale d'un groupe multinational, les risques réputationnels associés à une structure spécifique ne doivent pas être négligés⁵⁹.

Si certaines mesures fiscales peuvent maximiser les profits à court terme, l'utilisation de telles stratégies peut également entraîner une perte de réputation beaucoup plus coûteuse à long terme. À l'ère de l'information à haute vitesse, des rapports erronés, même superficiels ou simples, peuvent laisser des impressions durables pouvant constituer une menace sans précédent pour la valeur de la marque. À l'évidence, il faut beaucoup plus de temps et d'efforts pour expliquer des règles fiscales complexes et réfuter les allégations d'évasion fiscale.

Afin de minimiser les risques d'atteinte à la réputation, les multinationales devraient accroître la transparence en ce qui concerne le lieu d'implantation de leur entreprise et le lieu où les impôts sont payés pour illustrer comment leur présence contribue aux économies dans lesquelles elles opèrent. Des exemples de telles contributions sont

la création d'emplois (impôts sur le revenu et cotisations de sécurité sociale), la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) sur les ventes, la taxe professionnelle et l'impôt sur les sociétés. Les multinationales contribuent également aux économies par la consommation de biens et de services locaux, ce qui génère une demande et des emplois supplémentaires. À l'avenir, la transparence pourrait être accrue grâce à l'utilisation des rapports fiscaux, à peu près de la même manière que celle des déclarations de responsabilité sociale des entreprises.

Du point de vue de la gestion des risques, les entreprises doivent disposer de systèmes et de procédures garantissant qu'elles sont informées des risques fiscaux (et de réputation) importants et que les obligations fiscales dans les pays concernés sont soigneusement surveillées et remplies. Il s'ensuit que des ressources appropriées devraient être allouées à la fonction fiscale.

CONCLUSION

Les sociétés luxembourgeoises sont souvent impliquées dans des activités commerciales et d'investissements transfrontaliers où la substance est un sujet omniprésent. Au cours des dernières années, de nombreux pays dans le monde ont mis en œuvre des législations anti-abus dans le cadre de leur législation fiscale interne et dans les conventions fiscales bilatérales qui suivent les recommandations de l'OCDE dans ses rapports BEPS finaux. Tous ces éléments mettent davantage l'accent sur la substance économique, la logique commerciale et la raison d'être de l'entreprise.

Dans le contexte de l'Union européenne, les exigences en matière de substance dans la législation anti-abus doivent être compatibles avec le droit de l'Union tel qu'interprété par la CJUE. Ainsi, les contribuables sont libres de s'appuyer sur les libertés fondamentales de l'Union européenne pour structurer leurs investissements et leurs activités commerciales, à condition que les accords contractuels sous-jacents ne constituent pas des « montages purement artificiels ». Cela limite la portée de la législation anti-abus aux situations d'abus.

Des exigences en matière de substance peuvent également être requises du point de vue des prix de transfert afin de garantir que toutes les sociétés du groupe ont un profil de risque fonctionnel correspondant à la stratégie globale. Enfin, les risques d'atteinte à la réputation peuvent être une source d'exigences de substance.

En fin de compte, il n'y a pas d'approche « unique » pour la substance. Au lieu de cela, la substance appropriée doit être déterminée au cas par cas et doit être adaptée aux besoins des entités concernées. ■

59. Une réputation mise à mal peut aussi affecter les relations avec les autorités fiscales locales et leur perception du groupe multinational.