

Les fonds d'investissement alternatifs et les nouvelles règles relatives aux dispositifs hybrides (ATAD 2)

Par Oliver R. HOOR, Atoz Tax Advisers*

Le 19 décembre 2019, le législateur luxembourgeois a adopté la loi mettant en œuvre la Directive (UE) 2017/952 du 29 mai 2017 («Anti-Tax Avoidance Directive 2» ou «ATAD 2») qui prévoit un cadre exhaustif visant à lutter contre les dispositifs hybrides dans un contexte européen et dans les transactions impliquant des États tiers. Cet article analyse l'impact potentiel des règles relatives aux dispositifs hybrides sur les fonds d'investissement alternatifs (Private Equity, immobilier, infrastructure, etc.) effectués via le Luxembourg.

Les dispositifs hybrides résultent généralement de l'application d'un traitement fiscal différent à une entité ou à un instrument financier suivant les lois de deux juridictions ou plus et peuvent entraîner une double non-imposition. ATAD 2 fait suite aux recommandations de l'OCDE en ce qui concerne l'Action 2 du projet relatif à l'érosion de la base d'imposition et au transfert de bénéfices («Base Erosion and Profit Shifting» ou «BEPS») qui a pour but de neutraliser les effets des dispositifs hybrides par le biais de l'application de règles qui alignent le traitement fiscal dans deux juridictions ou plus. Si l'objectif premier des règles relatives aux dispositifs hybrides est l'élimination de la double non-imposition, ces règles ne doivent pas pour autant entraîner de double imposition économique. Ceci est assuré grâce à certaines exclusions et limitations de l'application des règles relatives aux dispositifs hybrides.

Champ d'application des règles relatives aux dispositifs hybrides

Les règles relatives aux dispositifs hybrides s'appliquent à toutes les sociétés résidentes au Luxembourg et visent à neutraliser les effets d'asymétrie qui comprennent des déductions sans inclusion (D/NI) et des double déductions (DD) (ou, plus généralement, une double non-imposition).⁽¹⁾ Le champ d'application des règles relatives aux dispositifs hybrides couvre pratiquement toute asymétrie possible, qu'elle soit intentionnelle ou non. Dans certains cas, il est même possible qu'une ou plusieurs catégories de dispositifs hybrides doive(nt) être analysée(s) en ce qui concerne le même paiement. Toutefois, plusieurs de ces asymétries ne devraient pas se produire dans le contexte des fonds d'investissement alternatifs.

Bien qu'il ne puisse être exclu que d'autres types d'asymétries puissent intervenir en pratique, dans le domaine des fonds, devrait retrouver principalement les dispositifs hybrides suivants :

- les dispositifs hybrides résultant de paiements effectués dans le cadre d'un instrument financier ;
- les dispositifs hybrides qui sont la conséquence de différences dans l'attribution des paiements effectués à une entité hybride ; et
- les dispositifs hybrides qui résultent de paiements effectués par une entité à son actionnaire.

Les investissements alternatifs sont généralement effectués par le biais de fonds luxembourgeois ou étrangers et de sociétés luxembourgeoises – soit directement, soit indirectement par l'intermédiaire de sociétés locales – qui acquièrent des entreprises, des actifs immobiliers ou des projets d'infrastructure. Les investissements sont généralement financés par un mélange de dettes et de fonds propres. Pour les fonds luxembourgeois, l'application des règles relatives aux dispositifs hybrides devrait être relativement limitée. Cependant, un fonds d'investissement luxembourgeois constitué sous la forme juridique d'une société de personnes (par exemple, une société en commandite spéciale) ou sous une forme contractuelle (c'est-à-dire un fonds commun de placement, FCP) peut constituer une entité hybride si le fonds est considéré comme opaque du point de vue de la (des) juridiction(s) de l'investisseur. Dans ces circonstances, les charges d'intérêts encourues au niveau d'une filiale luxembourgeoise du fonds peuvent être (partiellement) non-déductibles.

Les investissements des fonds étrangers au travers de plateformes d'investissement luxembourgeoises sont souvent effectués par des investisseurs américains. Au vu des particularités de la législation fiscale américaine, ces fonds en particulier peuvent courir le risque d'être impactés par les règles relatives aux dispositifs hybrides. Ici, l'existence potentielle d'instruments financiers hybrides et d'entités hybrides doit être soigneusement analysée. En principe, un effet d'asymétrie ne doit pas être traité comme un dispositif hybride au sens de l'Article 168ter de la LIR, à moins qu'il ne survienne entre entreprises associées. Ainsi, le critère de l'entreprise associée et la règle de *minimis* applicables aux fonds sont de la plus haute importance en ce qui concerne les fonds d'investissements alternatifs.



Critère de l'entreprise associée

Notion d'entreprise associée

Le champ d'application des dispositifs hybrides est généralement limité aux transactions entre entreprises associées. Par conséquent, le critère de l'entreprise associée est la pierre angulaire des règles relatives aux dispositifs hybrides.

En vertu de l'Article 168ter (1) No. 18 de la LIR, le terme «entreprise associée» est défini comme suit :

- un organisme dans lequel le contribuable détient, directement ou indirectement, une participation de 50% ou plus des droits de vote ou du capital, ou dont il est en droit de recevoir 50% ou plus des bénéfices ;
- une personne physique ou un organisme qui détient, directement ou indirectement, une participation de 50% ou plus des droits de vote ou du capital du contribuable, ou qui est en droit de recevoir 50% ou plus des bénéfices de ce contribuable ;
- un organisme qui fait partie du même groupe consolidé à des fins de comptabilité financière que le contribuable (c'est-à-dire un groupe composé de toutes les entités qui sont pleinement intégrées dans les états financiers consolidés établis conformément aux «International Financial Reporting Standards», «IFRS», ou au système national d'information financière d'un Etat Membre) ;
- une entreprise dans laquelle le contribuable exerce une influence notable sur la gestion ou une entreprise qui exerce une influence notable sur la gestion du contribuable.

Lorsqu'une personne physique ou un organisme détient directement ou indirectement une participation d'au moins 50% ou plus en termes de vote ou de capital d'un contribuable et d'un ou plusieurs organismes, tous les organismes concernés, y compris le contribuable, sont également considérés comme des entreprises associées au sens de l'Article 168ter de la LIR.⁽²⁾ En ce qui concerne les dispositifs hybrides impliquant des instruments financiers hybrides au sens de l'Article 168ter (1) No. 2 a) de la LIR, l'exigence de seuil de 50% est abaissée à 25%.⁽³⁾ Pour déterminer le pourcentage d'une participation indirecte, les pourcentages de participation au travers de la chaîne doivent être multipliés les uns avec les autres.

Aggrégation des participations

Dans certaines circonstances, les pourcentages de participation de parties par ailleurs non-liées doivent être agrégés pour les besoins du critère de l'entreprise associée. Plus précisément, une personne physique ou un organisme qui agit conjointement avec une autre personne physique ou un organisme au titre des droits de vote ou de la propriété du capital d'un organisme est considéré comme déttenant une participation dans l'ensemble des droits de votes ou des capitaux de cet organisme qui sont détenus par l'autre personne physique ou l'autre organisme.⁽⁴⁾ L'objet du concept d'«action conjointe» est d'éviter qu'un contribuable parvienne à échapper au critère de l'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 pour ce qui concerne cette participation ou ces droits de vote.

Fonds d'investissement

Le Luxembourg est une plaque tournante mondiale pour la structuration des fonds d'investissement alternatifs en et à travers l'Europe. Par conséquent, la question de savoir comment le concept d'action conjointe s'applique dans le domaine des fonds est d'une importance cruciale. A cet égard, l'Article 168ter de la LIR prévoit une règle de *minimis*.⁽⁵⁾ Les fonds d'investissement sont définis comme des «organismes de placement collectif, qui lèvent des capitaux auprès d'un certain nombre d'investisseurs en vue de les investir, conformément à une politique d'investissement définie, dans l'intérêt de ces investisseurs».

Il s'ensuit que les fonds d'investissement ont les caractéristiques suivantes :

- un organisme de placement collectif ;
- avec une politique d'investissement définie ;
- qui lève des capitaux auprès d'un certain nombre d'investisseurs en vue de les investir, conformément à cette politique.

Selon les commentaires du projet de loi ATAD 2, les investisseurs dans un fonds d'investissement n'ont en principe pas de contrôle effectif sur les investissements effectués par le fonds qui doit investir les fonds reçus des investisseurs en respectant la politique d'investissement du fonds. C'est pourquoi la loi prévoit une règle libératoire en vertu de laquelle un investisseur (que ce soit un organisme ou une personne physique) qui détient, directement ou indirectement, moins de

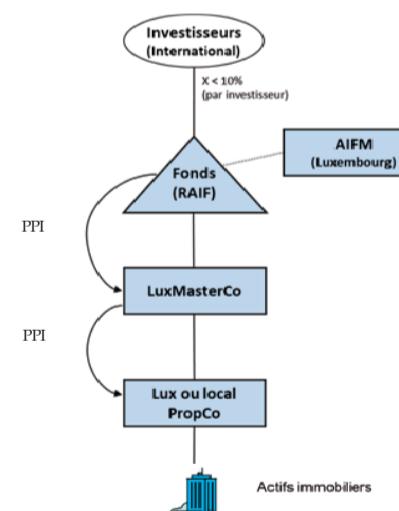
10% des titres ou des parts dans un fonds d'investissement, et qui est en droit de recevoir moins de 10% des bénéfices de ce fonds d'investissement, est considéré, sauf preuve contraire, ne pas agir conjointement avec les autres investisseurs. Ici, il incombera aux autorités fiscales luxembourgeoises de prouver que les investisseurs agissent conjointement au sens de ce concept.

Dès lors, dans un contexte de fonds d'investissement, la détention de participations inférieures à 10% ne devrait pas, en principe, être pertinente lorsque l'on envisage une potentielle agrégation des participations en application du concept d'«action conjointe». De plus, lorsque les investisseurs dans un fonds détiennent 10% ou plus des titres ou des parts du fonds d'investissement (ou sont en droit de recevoir 10% ou plus des bénéfices de ce fonds d'investissement), il faut analyser au cas par cas si deux investisseurs ou plus agissent ou non conjointement aux fins du critère de l'entreprise associée. Ici, la charge de la preuve que le concept d'action conjointe ne s'applique pas incombe au contribuable. Cependant, il n'y a aucune présomption que les investisseurs détenant 10% ou plus agiraient conjointement.

Exemple : Le fonds d'investissement luxembourgeois

Un fonds d'investissement alternatif réservé luxembourgeois («Reserved Alternative Investment Fund» ou «RAIF») constitué sous la forme juridique d'une société en commandite simple («SCS») investit dans des actifs immobiliers paneuropéens. Alors que la SCS est traitée comme fiscalement transparente d'un point de vue fiscal luxembourgeois, elle est considérée comme opaque du point de vue de certaines des juridictions des investisseurs (c'est-à-dire, que la SCS est une entité hybride pour certains de ses investisseurs). Par conséquent, les règles relatives aux dispositifs hybrides peuvent s'appliquer si le critère de l'entreprise associée est rempli. Le fonds est géré par un gestionnaire de fonds d'investissement alternatif («Alternative Investment Fund Manager» ou «AIFM») qui effectue des investissements conformément à la politique d'investissement du fonds décrite dans le prospectus. Par conséquent, le RAIF est considéré comme un fonds d'investissement pour les besoins de la règle de *minimis*.

Les investissements du RAIF sont effectués par une société mère luxembourgeoise («LuxMasterCo») qui fonctionne comme plateforme d'investissement du fonds au travers de sociétés immobilières distinctes («Lux ou local PropCo») qui sont financées par un mélange d'instruments de dette et de fonds propres (prêts portant intérêts, «PPI»). Les investisseurs du fonds sont des investisseurs institutionnels provenant de différentes juridictions dont les niveaux de détention des participations dans le fonds varient de 2 à 9%. Les investisseurs ne sont pas activement impliqués dans le processus d'investissement (outre la simple confirmation de la politique d'investissement de temps à autre) et il n'existe aucun lien particulier entre les investisseurs.



Ici, les participations des investisseurs détenant moins de 10% ne devraient pas être ajoutées conformément à la règle de *minimis*. Bien que les pourcentages de participation puissent nécessiter d'être agrégés si les autorités fiscales luxembourgeoises peuvent prouver que les investisseurs agissent conjointement, dans le cas présent rien n'indique que les investisseurs agissent conjointement au sens de l'Article 168ter (1) No. 18 de la LIR. En pratique, les fonds d'investissement peuvent impliquer plus d'un véhicule de fonds. Etant donné que les investisseurs institutionnels (compagnies d'assurance, fonds de pension, etc.) doivent se conformer à diverses exigences d'un point de vue réglementaire, les gestionnaires d'investissement peuvent être enclins à répondre à ces exigences par la mise en place de véhicules de «pooling» supplémentaires (appelés «fonds nourriciers») qui collectent le capital des investisseurs et investissent dans le fonds principal. Les fonds nourriciers peuvent être établis au Luxembourg ou à l'étranger sous la forme d'une personne morale (un fonds sous forme sociétaire ou une société de droit commun), d'une société de personnes (un fonds transparent ou une société de personnes traditionnelle) ou d'un fonds contractuel (par exemple, un FCP).

La question se pose de savoir comment la règle de *minimis* s'applique dans le cas de fonds nourriciers. Lorsqu'un fonds nourricier est considéré comme opaque d'un point de vue fiscal luxembourgeois, le critère de l'entreprise associée (afin d'établir si le seuil de 50% est dépassé ou non) doit être appliqué à l'égard du fonds nourricier. Néanmoins, l'inclusion des revenus au niveau du fonds nourricier ou le statut fiscal (exonéré) du fonds nourricier peut entraîner la non-application des règles relatives aux dispositifs hybrides.

En revanche, lorsque le fonds nourricier est considéré comme transparent d'un point de vue fiscal luxembourgeois (par exemple, une société de personnes ou un FCP), la règle de *minimis* doit être appliquée au niveau des investisseurs du fonds nourricier (plutôt qu'au niveau du véhicule nourricier lui-même). Par conséquent, les investisseurs dans le véhicule nourricier qui détiennent indirectement moins de 10% du fonds principal ne devraient pas être agrégés aux fins du critère de l'entreprise associée. En ce qui concerne les investisseurs qui détiennent indirectement 10% ou plus du fonds principal, il faut analyser au cas par cas si le concept d'action conjointe s'applique ou non. Le fait que le fonds nourricier soit géré par un associé commandité ou par une société de gestion ne suffit pas à lui seul pour déclencher l'application du concept d'action conjointe.

Traitements fiscaux des dispositifs hybrides

L'Article 168ter de la LIR a pour but de neutraliser les effets des dispositifs hybrides par le biais de règles qui alignent le traitement fiscal d'un instrument ou d'une entité sur le traitement fiscal dans la juridiction de la contrepartie. Plus précisément, l'Article 168ter (3) de la LIR définit une règle primaire et une règle secondaire pour la neutralisation des effets d'asymétrie. Ce système devrait empêcher que plus d'un pays applique les règles relatives aux dispositifs hybrides au même dispositif et éviter la double imposition. En vertu de la règle primaire, la juridiction du payeur refuse toute déduction dès lors que le paiement n'est pas inclus dans la base imposable du bénéficiaire ou qu'il est aussi déductible dans l'autre juridiction. Si la règle primaire n'est pas appliquée, alors l'autre juridiction applique la règle secondaire en vertu de laquelle soit le revenu déduit est inclus dans la base imposable soit la double déduction est refusée en fonction de la nature du dispositif hybride. Lorsqu'un dispositif hybride implique un état tiers, ATAD 2 attribue la responsabilité de neutraliser les effets des dispositifs hybrides, y compris de ceux relatifs aux dispositifs hybrides importés, aux Etats Membres de l'UE. Toutefois, lorsque la règle relative aux dispositifs hybrides s'applique, l'ajustement ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour neutraliser l'effet d'asymétrie. Par conséquent, lorsqu'un dispositif hybride ne concerne qu'une partie des investisseurs, le montant de la déduction refusée devra généralement se limiter à la partie du paiement qui est attribuable à ces investisseurs.⁽⁶⁾

Conclusion

Les nouvelles règles relatives aux dispositifs hybrides s'appliquent depuis le 1^{er} Janvier 2020 et feront désormais partie intégrante de chaque analyse fiscale. Cependant, alors que les règles relatives aux dispositifs hybrides couvrent pratiquement tout type de situation envisageable relative aux dispositifs hybrides, dans le domaine des fonds d'investissement alternatifs il est généralement possible de se concentrer sur certains types de dispositifs. Etant donné que les règles relatives aux dispositifs hybrides ne s'appliquent généralement que dans le cas de transactions entre entreprises associées, le critère de l'entreprise associée est un élément crucial de l'analyse du dispositif hybride. A cet égard, il est très positif que le législateur luxembourgeois ait adopté une règle de *minimis* pour les fonds d'investissement qui devrait limiter la charge administrative et les coûts de compliance, et éviter des dommages collatéraux non-intentionnels pour l'industrie luxembourgeoise des fonds.

La charge de la preuve que les règles relatives aux dispositifs hybrides ne s'appliquent pas incombe au contribuable. Par conséquent, une analyse du dispositif hybride fera nécessairement partie intégrante de chaque analyse fiscale. Quant aux investissements existants, les gestionnaires d'investissements seraient avisés de s'assurer que soit les règles relatives aux dispositifs hybrides ne s'appliquent pas soit de mettre en œuvre, si nécessaire, des alignements de structure en vue d'atténuer les conséquences fiscales défavorables. En fin de compte, la complexité des règles relatives aux dispositifs hybrides peut aussi être une opportunité de gérer leur impact en pratique.

* Oliver R. Hoor, Tax Partner, Head of Transfer Pricing and the German Desk, Atoz Tax Advisers (Taxand Luxembourg). Pour contacter l'auteur: oliver.hoor@atoz.lu.

L'auteur souhaite remercier Samantha Schmitz (Chief Knowledge Officer) pour son aide précieuse.

1) Article 168ter (1) No. 3 de la LIR.

2) Article 168ter (1) No. 18 de la LIR.

3) Article 168ter (1) No. 18 de la LIR.

4) Article 168ter (1) No. 18 de la LIR.

5) Article 168ter (1) No. 18 de la LIR.

6) Article 168ter (1) No. 17 de la LIR.

7) Cf le Rapport Final sur l'Action 2 de BEPS p. 31, No. 43.