

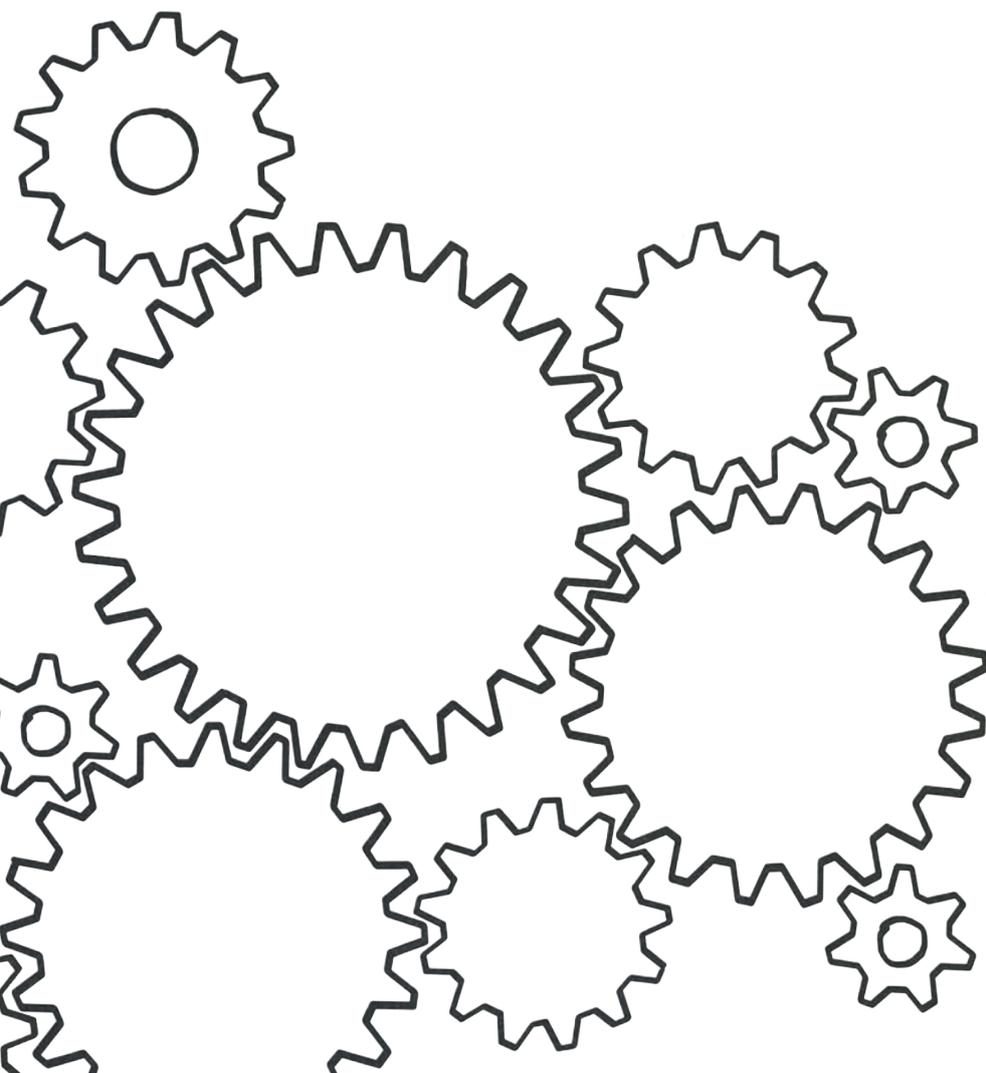
ATOZ REPORTS

Extended Analysis on Current Tax Topics | July 2017

Nouvelle circulaire en matière de Prix de Transfert

Le nouveau régime luxembourgeois
applicable aux sociétés de financement

Par Oliver R. Hoor



ATOZ
TAX ADVISERS
LUXEMBOURG

Détails concernant l'auteur

Oliver R. Hoor



Tax Partner
Head of Transfer Pricing and The German Desk

ATOZ Tax Advisers (Taxand Luxembourg)

L'auteur peut être contacté à:

oliver.hoor@atoz.lu

Tel. +352 269 401

www.atoz.lu

Remerciements

L'auteur remercie les personnes suivantes pour leur aide précieuse pour la rédaction de ce rapport:



Fanny Bueb

Tax Director
ATOZ Tax Advisers (Taxand Luxembourg)



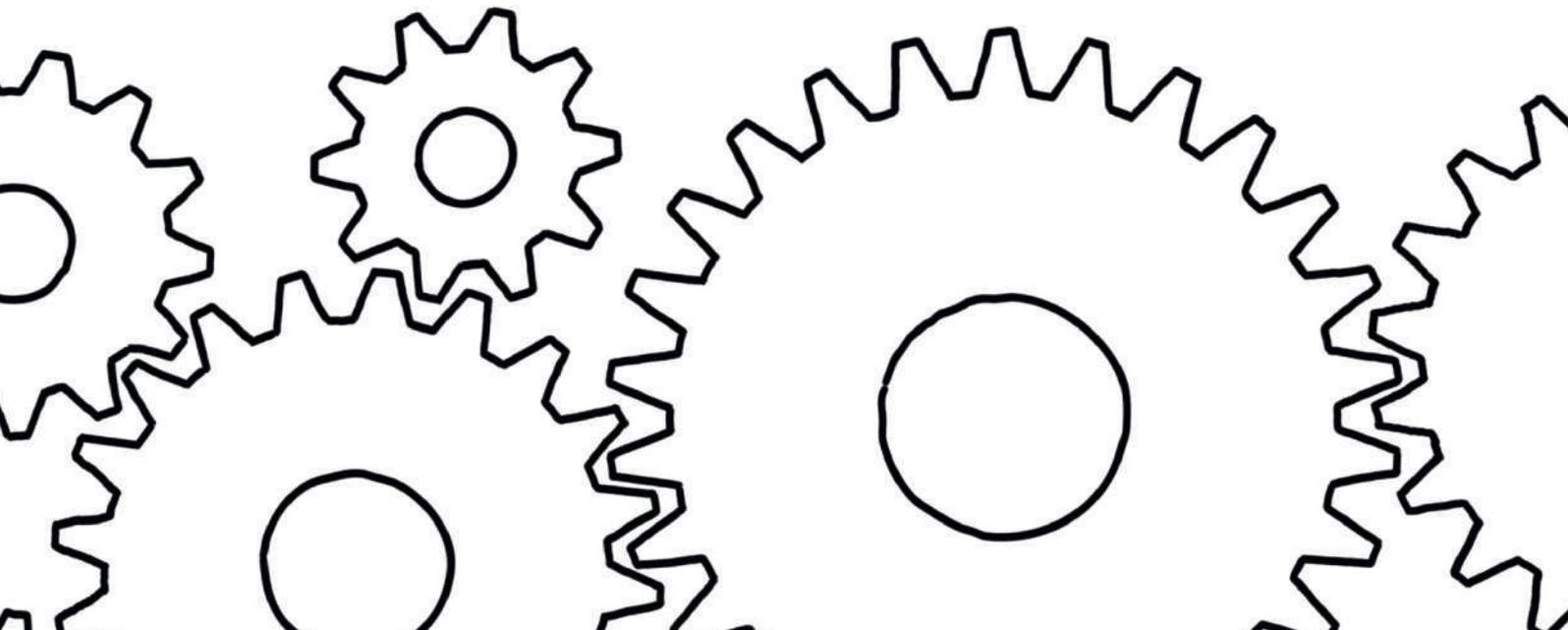
Samantha Schmitz

Chief Knowledge Officer
ATOZ Tax Advisers (Taxand Luxembourg)



Marie Bentley

Knowledge Manager
ATOZ Tax Advisers (Taxand Luxembourg)



Sommaire

1. Introduction	7
2. Les activités de financement intragroupe couvertes par la Circulaire	8
2.1. Vue d'ensemble	8
2.2. Champ d'application de la Circulaire	8
2.3. Les conditions de substance	11
2.4. Les exigences en matière de capital à risque	13
3. L'application du principe de pleine concurrence	15
3.1. Vue d'ensemble	15
3.2. La législation luxembourgeoise en matière de prix de transfert	15
3.3. L'analyse comparative	16
3.4. Un modèle de rémunération pour les activités de financement	23
3.5. Mesure de simplification pour les intermédiaires	26
4. Documentation de prix de transfert	28
4.1. Vue d'ensemble	28
4.2. Revue des prix de transfert	28
4.3. Le devoir de coopération du contribuable	29
4.4. La charge de la preuve	29
4.5. Recommandations sur les meilleures pratiques	30
5. Décision anticipée	32
5.1. Vue d'ensemble	32
5.2. Demande de décision anticipée	32
5.3. Validité de la confirmation	32
6. Conclusion	34

Le 27 décembre 2016, l'administration des contributions directes (« l'ACD ») a émis une nouvelle circulaire sur le traitement fiscal des sociétés réalisant des activités de financement intra-groupe (la « Circulaire »). La Circulaire est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2017 et remplace la précédente circulaire sur les prix de transfert applicable aux sociétés de financement intra-groupe (circulaire 164/2 du 28 janvier 2011). Cet article a pour objectif de fournir une analyse exhaustive des recommandations fournies dans la Circulaire et du traitement fiscal des sociétés de financement au Luxembourg.

1. Introduction

Le Luxembourg est un centre financier de choix qui a traditionnellement été une juridiction privilégiée pour la structuration des activités de financement intra-groupe. Les principaux facteurs de l'attractivité du Luxembourg sont la stabilité et la flexibilité de son système fiscal, son environnement juridique et réglementaire, la disponibilité d'une main d'œuvre qualifiée et multilingue, son grand nombre de conventions internationales contre les doubles impositions, son absence de retenue à la source sur les paiements d'intérêts¹ ainsi que le marché boursier luxembourgeois renommé.

Par principe, les sociétés de financement doivent réaliser une rémunération de pleine concurrence en relation avec leurs transactions de financement intra-groupe. Cette rémunération doit être justifiée dans une étude de prix de transfert en ligne avec les recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert². La Circulaire³ suit la tendance internationale d'établir une documentation complète en matière de prix de transfert et prévoit plusieurs changements par rapport au précédent régime⁴. Un des changements clés est que le capital à risque en relation avec les activités de financement doit être déterminé au cas par cas. Dans le passé, l'exigence relative au capital à risque était réputée remplie lorsque le capital à risque en relation avec les activités de financement correspondait à (i) 1% au moins de la valeur nominale des prêts ou (ii) à 2 millions d'euros⁵.

Cet article analyse le champ d'application de la Circulaire (section 2), fournit des recommandations quant à l'application d'une rémunération de pleine concurrence en cas de transactions financières (section 3), examine l'importance de la documentation en matière de prix de transfert (section 4) et précise les conditions pour l'obtention d'une décision anticipée de l'ACD sur la conformité au principe de pleine concurrence d'une rémunération réalisée par une société de financement (section 5).

¹ Les paiements d'intérêts respectant le principe de pleine concurrence sont seulement soumis à la retenue à la source s'ils sont effectués à des personnes physiques résidentes au Luxembourg.

² Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales adoptés par le comité en affaires fiscales le 27 juin 1995, tels qu'amendés.

³ Circulaire LIR n°56/1 – 56bis/1 du 27 décembre 2016.

⁴ Circulaire LIR n°164/2 du 28 janvier 2011.

⁵ Voir Oliver R. Hoor, « Prix de transfert et financement intra-groupe au Luxembourg : la Circulaire 164/2 du 28 janvier 2011 », Legitech.

2. Les activités de financement intra-groupe couvertes par la Circulaire

2.1. Vue d'ensemble

Le Luxembourg est couramment utilisé comme centre d'affaires par les investisseurs internationaux et les sociétés multinationales pour la structuration de leurs activités de financement. L'éventail des activités de financement est varié et peut, par exemple, impliquer la mise en place d'une fonction de trésorerie centralisée au Luxembourg (pour faire circuler des liquidités au sein d'un groupe multinational)⁶, l'émission d'obligations sur le marché boursier luxembourgeois et le prêt de fonds à des sociétés du groupe, ou le financement d'investissements alternatifs comme les actifs immobiliers par des fonds luxembourgeois.

Il y a plusieurs raisons commerciales valides pour lesquelles le financement par dette intra-groupe est préférable à un apport en capital qui requiert une relation d'actionariat directe. Une dette est plus facile à créer et assure une plus grande flexibilité pour rapatrier des liquidités (c.-à-d. un remboursement du montant nominal du prêt et paiement des intérêts) par rapport au capital. Par opposition, les distributions de dividendes sont sujettes à certaines contraintes en termes de montant et de timing, et le remboursement de capital n'est pas un exercice simple de sorte qu'il peut notamment engendrer des coûts fiscaux additionnels. Les procédures d'émission et de remboursement de capital ont également tendance à être plus formelles et bureaucratiques, entraînant des coûts administratifs plus élevés. De plus, les apports en capital sont sujets à autorisation des actionnaires. Enfin, un autre avantage du financement par dette est que le coût du capital est généralement plus élevé que le coût de la dette.

Dans de nombreuses circonstances, la distinction entre les financements par capital et par dette sera dictée par des aspects externes. Tandis que la dette est généralement *pari passu* avec les autres créanciers, les dettes seront remboursées prioritairement par rapport au capital. En effet, le choix du financement par capital ou par dette a un impact significatif sur le classement par rapport au financement par dette intra-groupe et celui par dette externe. Dans certains pays, la décision relative à la répartition entre capital et dette va être dictée par le contrôle des devises étrangères ou par d'autres contraintes réglementaires locales, et, en l'absence de stabilité politique et économique, il peut y avoir une forte préférence pour le financement par dette (pour faciliter les futures remontées de liquidités). Enfin, le financement par dette peut être privilégié lorsque des actionnaires minoritaires co-investissent dans une société sans pour autant vouloir changer les dynamiques d'un investissement.

2.2. Champ d'application de la Circulaire

Le champ d'application de la Circulaire couvre les entités qui exercent des activités de financement intra-groupe. Le terme « transaction de financement intra-groupe » est à interpréter au sens large et comprend toutes les activités consistant en l'octroi de prêts (ou d'avances de fonds) à des entreprises liées, indépendamment du fait que ces prêts soient financés par de la dette intra-groupe ou par de la dette externe (c.-à-d. les dettes intra-groupe, prêts bancaires, émissions publiques, etc.).

Le champ d'application du nouveau régime de prix de transfert est plus large que celui de la précédente circulaire. Tandis que l'ancienne Circulaire faisait référence à des transactions de financement transfrontalières

⁶ Lorsque la fonction de trésorerie est limitée aux financements à courts termes (contrairement aux financements à moyen ou long terme), la Circulaire ne devrait en principe pas s'appliquer. Toutefois, dans de telles circonstances, il sera nécessaire de déterminer une rémunération de pleine concurrence pour les transactions intra-groupe réalisées par une société luxembourgeoise de trésorerie.

entre sociétés liées, la nouvelle Circulaire couvre toutes les transactions de financement entre sociétés liées. Par conséquent, les opérations de financement entre sociétés luxembourgeoises doivent également être conformes aux exigences de la nouvelle Circulaire.

Toutefois, la Circulaire ne devrait pas s'appliquer lorsqu'une société luxembourgeoise, financée par des sociétés liées (et ce peu importe la forme du financement), accorde des prêts à des parties tierces ou investit les liquidités reçues d'une toute autre manière (tant que le destinataire n'est pas une société liée)⁷. De la même manière, lorsque les prêts octroyés sont financés par du capital, les prescriptions de la Circulaire ne sont pas applicables.

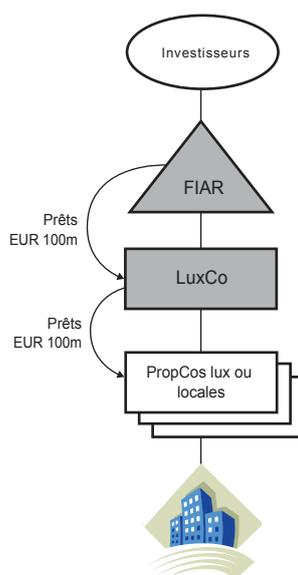
Le terme « entreprises liées » est défini conformément à l'article 9 (1) du modèle OCDE de convention fiscale concernant le revenu et la fortune. Par conséquent, les entreprises sont considérées comme entreprises liées lorsque :

- (i) L'une des entreprises participe directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital de l'autre entreprise (par exemple, une société mère ou une filiale de la société de financement), ou lorsque
- (ii) les mêmes personnes participent directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital de deux entreprises (par exemple, sociétés sœurs)⁸.

Les exemples suivants illustrent le champ d'application de la Circulaire :

Exemple 1 : Fonds immobilier

Un fonds d'investissement alternatif réservé (« FIAR ») investit, au travers d'une société de détention de participations luxembourgeoise (« LuxCo ») et de sociétés immobilières luxembourgeoises ou locales (« PropCos lux ou locales »), dans des actifs immobiliers européens. Afin de financer l'acquisition des sociétés immobilières, le FIAR finance LuxCo par un prêt actionnaire qui utilise les fonds reçus pour accorder des prêts aux sociétés immobilières. Le financement par dette permet de rapatrier efficacement des liquidités vers le FIAR tout au long de la vie du fond.

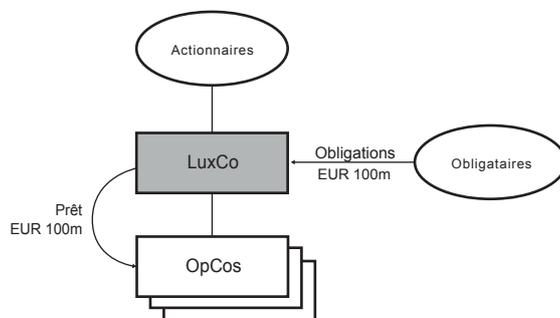


⁷ Par exemple, lorsque les fonds reçus sont investis sur le marché boursier.

⁸ Voir Oliver R. Hoor, "The OECD Model Tax Convention: A comprehensive Technical Analysis", Legitech 2010, p. 138.

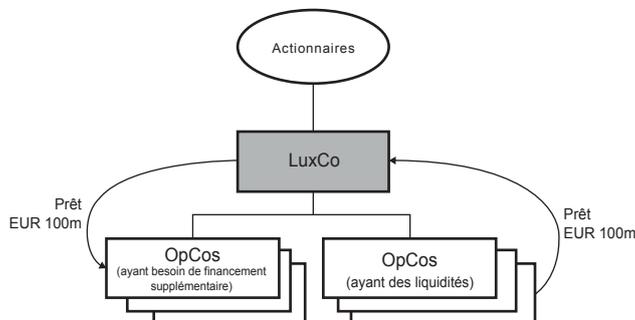
Exemple 2 : Emission d'obligations et financement

Un groupe multinational exige des fonds additionnels pour le financement de ses opérations. A cet effet, une société luxembourgeoise (« LuxCo ») émet des obligations sur le marché boursier luxembourgeois et utilise les fonds ainsi collectés pour financer des sociétés opérationnelles (« OpCos ») au Luxembourg et à l'étranger.



Exemple 3 : La gestion centralisée de trésorerie

Une société luxembourgeoise (« LuxCo ») réalisant des activités de gestion centralisée de trésorerie reçoit des prêts de sociétés du groupe et accorde des prêts à des sociétés du même groupe ayant besoin de financements supplémentaires. Dans l'ensemble, la mise en place d'une fonction de gestion centralisée de trésorerie au niveau de LuxCo devrait optimiser l'utilisation des liquidités au niveau du groupe et devrait ainsi réduire les coûts de financement externe.



Il convient de souligner que la Circulaire ne pose pas de règle *de minimis* ou d'exception (par exemple, un seuil en dessous duquel l'activité de financement ne tomberait pas dans le champ d'application de la Circulaire) qui exclurait les petites sociétés de financement du champ d'application de la Circulaire. Par conséquent, les prescriptions fournies dans la Circulaire doivent être respectées par toute société de financement, quel que soit son volume d'activité de financement.

2.3. Les conditions de substance

La Circulaire requiert que les sociétés engagées dans des activités de financement intra-groupe disposent d'une présence réelle au Luxembourg⁹. À cet égard, une société sera considérée comme ayant suffisamment de substance au Luxembourg si les conditions suivantes sont remplies :

- Une majorité des membres du conseil d'administration ayant la capacité d'engager la société sont, soit des résidents luxembourgeois, soit des non-résidents exerçant une activité professionnelle¹⁰ au Luxembourg¹¹. Dans le dernier cas, au moins 50% de leur revenu total doit être imposable au Luxembourg. Dans le cas où une personne morale est membre du conseil, elle doit avoir son siège statutaire et son administration centrale au Luxembourg (pour être considérée comme un résident luxembourgeois).
- Les membres du conseil d'administration doivent posséder les connaissances professionnelles requises pour exercer leurs fonctions.
- La Circulaire stipule par ailleurs que les membres du conseil d'administration doivent au moins avoir la capacité d'agir au nom de la société et d'assurer la bonne exécution de l'ensemble des transactions. Par conséquent, les membres résident luxembourgeois du conseil ne doivent pas agir en tant que simple « administrateur représentant ». Ils doivent avoir certains pouvoirs de décision qui vont au-delà de la simple gestion administrative journalière des activités de la société¹². De plus, la participation de membres étrangers est autorisée.
- La société doit disposer d'un personnel qualifié (ou membres du conseil d'administration en charge de ces fonctions) capable d'exécuter et d'enregistrer les transactions effectuées. La Circulaire indique expressément que le personnel peut être, soit son propre personnel salarié, soit du personnel étranger à l'entreprise. Ainsi, la gestion journalière de la société peut être confiée à des prestataires de services externes bien établis au Luxembourg¹³ dans la mesure où les directeurs ont une expertise suffisante et un pouvoir de décision illimité¹⁴. Enfin, la société doit être capable de superviser le travail effectué par de tels prestataires de services.
- Les décisions clés concernant la gestion de la société doivent être prises au Luxembourg¹⁵. Ceci implique que les conseils d'administration dans lesquelles des décisions importantes de gestion sont

⁹ Voir Section 3.1.1.3., n°21 de la Circulaire.

¹⁰ Les revenus provenant d'une activité professionnelle doivent entrer dans le champ des catégories de revenus nets visés à l'article 10 No.1 – 4 LIR. Par conséquent, un non-résident peut réaliser un bénéfice commercial (Article 14 LIR), un bénéfice agricole ou forestier (Article 61 LIR), un bénéfice provenant d'une profession libérale (Article 91 LIR) ou un revenu net provenant d'une occupation salariée (Article 95 LIR).

¹¹ Considérant l'énoncé de la Circulaire, il apparaît que le nombre de directeurs résidents luxembourgeois (ou directeurs réalisant plus de 50% de leur revenu au Luxembourg) doit excéder le nombre de directeurs non-résidents d'au moins une personne (notion de majorité). Par conséquent, lorsqu'un directeur non-résident est nommé, deux directeurs résidents luxembourgeois devraient être nommés au conseil d'administration. La circulaire précédente exigeait une majorité de directeurs résidents luxembourgeois. Toutefois, en pratique, l'ACD acceptait que seul 50% des directeurs/gérants soient résidents luxembourgeois. Il est attendu que l'ACD continue en ce sens.

¹² Les responsabilités d'un directeur résident luxembourgeois devraient, par exemple, consister en la bonne exécution des transactions d'un point de vue juridique, la gestion des prêts, et la mise en place des transactions à proprement parler.

¹³ Toutefois, les fonctions externalisées ne devraient pas avoir un impact significatif sur le contrôle des risques en relation avec les activités de financement.

¹⁴ Les dispositions exigeant l'implication de plusieurs directeurs ou de directeurs spécifiques dans la prise de décisions importantes ne devraient pas compromettre la capacité des directeurs luxembourgeois à prendre des décisions.

¹⁵ Cette condition est particulièrement importante afin de démontrer que la société est effectivement gérée au Luxembourg.

prises, doivent être tenus régulièrement au Luxembourg¹⁶. Bien qu'il soit possible de préparer, en amont et en dehors du Luxembourg¹⁷, certaines décisions à prendre lors du conseil, les membres du conseil d'administration ne doivent pas simplement valider des décisions prises au préalable dans d'autres juridictions¹⁸. Au contraire, les membres du conseil d'administration doivent participer de manière significative dans les opérations et la gestion de la société¹⁹.

- Par ailleurs, les sociétés qui doivent tenir des assemblées générales en vertu du droit des sociétés²⁰ doivent tenir au moins une assemblée générale par an au lieu indiqué dans les statuts.
- La société ne doit pas être considérée comme résidente fiscale d'un autre Etat.

Bien que la Circulaire édicte formellement les conditions de substance susmentionnées, les contribuables ont toujours une certaine marge de manœuvre dans la façon d'organiser leurs affaires au Luxembourg. D'une manière générale, le niveau de substance d'une société de financement doit être en adéquation avec les activités exercées, et de ce fait, doit être déterminé au cas par cas²¹.

Tandis que certains contribuables vont préférer organiser leur substance dans leurs propres locaux (c.-à-d. des bureaux dédiés et entièrement équipés) et avec leurs propres employés (à temps plein ou temps partiel), d'autres vont préférer avoir recours à l'externalisation, comptant ainsi sur l'assistance de prestataires de services luxembourgeois qualifiés, supervisés par le conseil d'administration. En pratique, il apparaît que plus les opérations d'une société de financement luxembourgeoise sont importantes, plus la substance de cette dernière sera probablement organisée au travers de ressources propres permettant de réaliser ainsi toutes les fonctions nécessaires à cette activité²².

Les conditions de substance édictées par la Circulaire peuvent être considérées comme un standard minimum permettant d'assurer la résidence fiscale au Luxembourg en accord avec les standards internationaux. Toutefois, en pratique, les conditions de substance sont souvent déterminées au regard des conditions définies par les juridictions étrangères (c.-à-d. par des règles anti-abus²³) ou par l'interprétation et la pratique des autorités fiscales étrangères. De ce fait, il est impératif de comprendre les conditions de substance telles que définies par le droit interne des juridictions étrangères concernées par les activités de financement. Cela devrait permettre d'assurer une efficacité générale et d'éviter des frottements fiscaux additionnels ou des doubles impositions inattendues.

¹⁶ Les membres du Conseil doivent se réunir physiquement au Luxembourg. Dans des cas exceptionnels, il est possible que les directeurs participent à une réunion du Conseil par téléphone ou vidéo conférence. Dans le cas où la substance de la société est discutable, il est recommandé de conserver toute documentation pertinente telle que les billets d'avion ou les récépissés d'hôtels.

¹⁷ Les membres locaux du Conseil doivent néanmoins être suffisamment impliqués dans la procédure.

¹⁸ Lorsque les décisions sont préparées en dehors du Luxembourg et formalisées au Luxembourg, cette condition n'est pas remplie.

¹⁹ A tout le moins, le consentement d'un ou plusieurs membres résidents luxembourgeois doit toujours être requis.

²⁰ Loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée.

²¹ La substance d'une société exerçant uniquement une activité de détention de participations et de financement ne peut être analysée de la même façon que pour une société exerçant une activité opérationnelle.

²² Pour les sociétés de financement avec des opérations importantes, l'embauche de personnel peut être avantageuse d'un point de vue des coûts. En revanche, pour les sociétés de financement réalisant des opérations plus réduites, l'externalisation des fonctions peut être plus efficace au niveau des coûts et créer moins de problèmes en termes de droit du travail.

²³ Les règles anti-abus peuvent exiger une substance plus accrue lorsqu'une société étrangère de financement réclame un avantage en vertu d'une convention préventive de la double imposition ou du droit interne de la juridiction dans laquelle l'emprunteur est résident.

2.4. Les exigences en matière de capital à risque

La Circulaire met l'accent sur le fait qu'une société de financement doit supporter les risques relatifs à ses transactions de financement intra-groupe. Le capital à risque d'une société de financement doit être déterminé au cas par cas, ce qui constitue un changement clé par rapport à l'ancienne circulaire relative aux prix de transfert. Précédemment, les sociétés devaient se conformer à l'exigence dite du « risque réel » qui était considéré comme satisfait lorsque le capital à risque de la société s'élevait au moins à 1% du montant nominal des prêts accordés ou à 2 millions d'euros²⁴.

Tandis que sous l'ancien régime le risque des sociétés de financement était contractuellement limité au plus petit des deux montants entre celui de 1% du montant nominal des prêts accordés et celui de 2 millions d'euros (par ex. par le biais d'une clause de recours limité ou de garanties), en vertu du nouveau régime, les risques supportés par la société de financement ne peuvent, en principe, pas être limités.

Concernant la détermination du montant du capital à risque, les sociétés de financement ayant un profil comparable à celui des institutions de financement régulées²⁵ (banques, ...) doivent respecter les critères de solvabilité fournis par les règles pertinentes (Bâle III). A l'opposé, pour les sociétés de financement ayant un profil qui diverge considérablement de celui des institutions financières régulées, d'autres méthodes doivent être utilisées pour la détermination du montant du capital à risque (par ex. la méthode de la perte attendue, « *the expected loss method* »).

En pratique, la grande majorité des sociétés de financement luxembourgeoises devraient avoir un profil fonctionnel et de risque qui diffère significativement de celui des institutions financières régulées. En conséquence, le capital à risque ne sera pas déterminé en conformité avec les critères de solvabilité applicables aux banques. Le capital à risque devra être déterminé sur base d'autres méthodes économiques, en fonction de chaque cas d'espèce. Le montant du capital à risque peut, par exemple, être calculé sur la base des pertes attendues sur l'activité de financement, en prenant en compte la cote de solvabilité de l'emprunteur.

Les sociétés de financement doivent être financées par un montant de capital suffisant permettant de couvrir les pertes attendues dans l'hypothèse où le risque se réaliserait²⁶. Bien que la Circulaire ne définisse pas le sens du mot « capital », il devrait au moins inclure le capital social, les primes en capital, les apports au compte 115²⁷, les réserves et résultats distribuables. Le capital peut, soit financer une partie du portefeuille de prêts, soit être réinvesti dans d'autres actifs (comme par exemple des participations). Etant donné que le capital devra être disponible afin d'absorber les risques supportés lorsque ces derniers se réaliseront, le capital devra être disponible à tout moment et non uniquement au moment de la mise en place de l'activité de financement.

Les sociétés de financement doivent avoir le contrôle sur les risques en relation avec leurs activités de financement. Par conséquent, les sociétés de financement doivent avoir le pouvoir de décider d'entrer dans des transactions de financement risquées et de gérer les risques y relatifs. En outre, étant donné qu'en général les risques ne sont pas limités contractuellement, il est crucial pour les gérants de sociétés de financement de constamment surveiller et gérer les risques relatifs aux activités de financement. Dans ce cas, une politique

²⁴ En pratique, les sociétés de financement avec un volume de financement excédant 200 millions d'euros étaient en ligne avec les exigences en matière de capital à risque lorsque leur capital à risque en relation avec les activités de financement était égal à 2 millions d'euros.

²⁵ Les entités régies par les réglementations européennes 575/2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement.

²⁶ Voir n° 19 de la Circulaire.

²⁷ Compte 115 du plan comptable normalisé dénommé « Apport en capitaux propres non rémunéré par des titres ».

adaptée de gestion du risque devra être développée afin de définir la procédure de gestion du risque ainsi que les rôles et responsabilités des personnes impliquées.

D'une manière générale, la suppression du précédent critère en matière de risque réel est positive pour plusieurs raisons. Premièrement, elle retire le seul élément arbitraire du régime antérieur applicable aux sociétés de financement. Deuxièmement, elle améliore la position de bénéficiaire économique des sociétés de financement luxembourgeoises qui auront un profil de risques plus diversifié en accord avec la Circulaire. Troisièmement, le fait que les sociétés de financement doivent réaliser une politique de gestion des risques permet d'améliorer leur profil fonctionnel et renforce la robustesse des structures de financement luxembourgeoises. Enfin, il était parfois difficile de limiter contractuellement le risque de certaines transactions financières et, ainsi, d'être en conformité avec l'exigence dite du risque réel. Par exemple, lorsque des obligations sont émises sur les marchés ou lorsque des prêts sont octroyés par des banques pour le financement des opérations du groupe (c.-à-d. que les parties tierces ne vont généralement pas accepter une clause de recours limité et des garanties d'autres sociétés du groupe).

3. L'application du principe de pleine concurrence

3.1. Vue d'ensemble

Les sociétés de financement luxembourgeoises doivent obtenir une rémunération de pleine concurrence sur leurs activités de financement intra-groupe. Cette rémunération doit être déterminée sur base des faits et circonstances du cas d'espèce et doit être incluse dans le taux d'intérêt appliqué au débiteur.²⁸ La Circulaire se réfère explicitement au principe de pleine concurrence tel qu'édicté par l'article 9 de la Convention et l'article 56 de la loi concernant l'impôt sur le revenu luxembourgeoise (« LIR »)²⁹.

La rémunération brute (moins les coûts déductibles) est soumise à l'impôt sur le revenu des collectivités et l'impôt commercial communal au taux global de 27,08% qui sera réduit à 26,01% en 2018 (taux applicable pour une société ayant son siège social à Luxembourg-Ville).

3.2. La législation luxembourgeoise en matière de prix de transfert

Au cours des dernières années, les prix de transfert et la documentation y relative sont devenus de plus en plus importants au Luxembourg. Le 28 janvier 2011, l'ACD a émis une première circulaire sur le traitement fiscal des sociétés luxembourgeoises réalisant des activités de financement intra-groupe³⁰. Le 8 avril 2011, les autorités fiscales luxembourgeoises ont émis une seconde circulaire selon laquelle les rescrits fiscaux qui avaient été précédemment accordés n'auraient plus d'effet contraignant à partir de 2012 (dans la mesure où ces derniers concernaient des marges à réaliser sur des activités de financement)³¹.

Le 1^{er} janvier 2015, le législateur luxembourgeois a introduit une nouvelle législation qui formalise l'application du principe de pleine concurrence (article 56 LIR) et l'exigence d'une documentation en matière de prix de transfert³². L'article 56 LIR fournit une base légale pour les ajustements en matière de prix de transfert (ajustements vers le haut comme vers le bas) lorsque des entreprises liées dévient des standards de pleine concurrence. Même si le principe de pleine concurrence était déjà fermement ancré dans la loi sur l'impôt sur le revenu, ces nouvelles règles renforcent encore l'importance des prix de transfert au Luxembourg.

Depuis le 1^{er} janvier 2017, un nouvel article 56 bis LIR complète l'article 56 LIR, fournissant davantage de directives quant à l'application du principe de pleine concurrence en droit fiscal luxembourgeois. Plus précisément, l'article 56 bis LIR formalise la nature autoritaire des recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert et reproduit certains de ces principes directeurs édictés au chapitre I (principe de pleine concurrence) des recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert.

En effet, en tant que pays membre de l'OCDE, le Luxembourg adhère aux recommandations en matière de prix de transfert de l'organisation, lesquelles reflètent le consensus des pays membres de l'OCDE sur l'application du principe de pleine concurrence tel qu'énoncé par l'article 9(1) de la Convention. Notamment, plusieurs

²⁸ Tandis que dans certains cas le taux d'intérêt sur les emprunts sera fixe et le taux d'intérêt chargé au débiteur sera augmenté de la marge de pleine concurrence, dans d'autres cas le taux d'intérêt chargé au débiteur sera fixe. Ici, le taux d'intérêt chargé à la société de financement luxembourgeoise va correspondre au taux d'intérêt chargé au débiteur diminué de la marge de pleine concurrence.

²⁹ D'une manière générale, le principe de pleine concurrence exige que les entreprises liées agissent entre elles comme si elles agissaient avec des parties tierces.

³⁰ Circulaire LIR n°164/2 du 28 janvier 2011.

³¹ Circulaire LIR n°164/bis du 8 avril 2011.

³² Paragraphe 171 (3) de la loi générale des impôts (Abgabenordnung).

chapitres des recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert ont été substantiellement modifiés lors du projet BEPS (« érosion de la base imposable et transfert de bénéfices ») de l'OCDE.

De plus, les concepts de distributions cachées de dividendes et d'apports cachés en capital constituent des pierres angulaires pour les règles luxembourgeoises en matière de prix de transfert et jouent un rôle vital afin d'assurer que les entreprises liées adhèrent au principe de pleine concurrence³³. Plus généralement, les concepts cités ci-dessus fournissent certaines mesures correctrices lorsque des avantages sont octroyés lors de transactions réalisées entre une société et ses actionnaires.

3.3. L'analyse comparative

a) Commentaires introductifs

L'application du principe de pleine concurrence est basée sur une comparaison des conditions d'une transaction contrôlée avec celles qui auraient été établies si les parties avaient été indépendantes et réalisaient une transaction comparable dans des circonstances comparables. De ce fait, l'analyse de comparabilité constitue le cœur de l'application du principe de pleine concurrence³⁴.

L'analyse de comparabilité est caractérisée par deux aspects clés :

- Le premier aspect consiste en l'identification des relations commerciales ou financières entre les entreprises liées, les conditions et circonstances économiques pertinentes attachées à ces relations avec pour objectif de définir de manière précise le contour de la transaction contrôlée ;
- Le second aspect consiste en la comparaison des conditions et des circonstances économiques pertinentes de la transaction contrôlée (délimitée avec précision) avec les conditions et circonstances économiques pertinentes de transactions comparables réalisées entre parties indépendantes³⁵.

La Circulaire fournit des recommandations concernant ces deux aspects de l'analyse de comparabilité³⁶.

b) Identification des relations commerciales et financières

La délimitation précise des transactions courantes entre des entreprises liées requiert une analyse des caractéristiques économiques pertinentes des transactions. A cet effet, la Circulaire stipule que l'analyse de prix de transfert devra inclure une présentation de la structure ainsi que de l'organisation du groupe, et considérer le rôle de chaque entité participant à la transaction contrôlée³⁷.

Il est également stipulé que les caractéristiques économiques pertinentes (ou les facteurs de comparabilité) qui doivent être identifiées sont étroitement liées aux relations commerciales existantes entre les parties liées et leurs stratégies économiques³⁸. La mesure dans laquelle les facteurs de comparabilité sont économiquement significatifs pour une transaction particulière dépend de la mesure dans laquelle des entreprises indépendantes en tiendraient compte lors de l'évaluation des modalités de la même transaction, si elle était conclue par celles-ci³⁹.

³³ Voir Oliver R. Hoor, « Hidden dividend distributions and hidden capital contributions », Legitech, Luxembourg 2011.

³⁴ Voir chapitre I, n°1.6. des recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert.

³⁵ Voir chapitre I, n°1.33. des recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert.

³⁶ Voir n°8 – 25 de la Circulaire.

³⁷ Voir n°37 de la Circulaire.

³⁸ Dans le cas d'activités de financement, les critères de comparabilité les plus importantes devraient être (i) les termes contractuels des transactions, (ii) les fonctions réalisées par chaque partie aux transactions, en tenant compte des actifs utilisés et risques supportés et (iii) les circonstances économiques des parties et du marché sur lequel elles interviennent.

³⁹ Voir n°12 de la Circulaire.

Les facteurs de comparabilité sont utilisés dans deux phases distinctes, mais liées, de l'analyse de prix de transfert. La première phase est relative à la procédure permettant de délimiter de manière précise les contours de la transaction contrôlée ce qui implique notamment l'établissement des caractéristiques de la transaction, incluant ses termes, les fonctions réalisées, les actifs utilisés et les risques supportés par les sociétés liées⁴⁰. La seconde phase au cours de laquelle les facteurs de comparabilité sont utilisés dans une analyse de prix de transfert consiste dans la procédure permettant de réaliser des comparaisons entre la transaction contrôlée et les transactions non-contrôlées afin de déterminer un prix de pleine concurrence pour la transaction contrôlée. Lorsqu'il y a plusieurs différences parmi les caractéristiques économiques pertinentes entre la transaction contrôlée et les transactions non-contrôlées, des ajustements pourront être nécessaires afin d'atteindre la comparabilité⁴¹.

La Circulaire reconnaît qu'il y a plusieurs raisons commerciales pour lesquelles une société de financement peut décider d'accorder des prêts ou des avances à des sociétés liées, comme le financement d'actifs immobiliers et d'actifs courant, une stratégie de financement à long terme et d'autres types de financement⁴². En effet, il y a plusieurs raisons commerciales légitimes pour la mise en place d'un financement entre sociétés d'un même groupe.

c) Les termes contractuels de la transaction

Une transaction est la conséquence ou l'expression des relations commerciales ou financières entre les parties⁴³. En cas d'activités de financement, les contrats de prêts conclus par une société de financement devraient en principe être documentés. Lorsqu'une transaction a été formalisée entre des sociétés liées par des contrats écrits, ces derniers fournissent un point de départ pour délimiter les contours des transactions contrôlées. Les termes d'une transaction peuvent également être trouvés dans d'autres communications entre les parties (accords parallèles, courriels, courriers, etc.)⁴⁴.

La Circulaire stipule que si le comportement réel des parties diffère des accords écrits, la transaction réelle devra être prise en compte lors de la définition des contours des transactions contrôlées⁴⁵. Cette formulation est en ligne avec les recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert. Toutefois, les activités de financement sont largement gouvernées par les contrats qui définissent les termes et conditions des instruments financiers, des garanties, etc. Dans ce cas, les parties ont moins de marge de manœuvre pour que leur comportement réel dévie de celui établi dans les contrats. Une déviation de ce principe devrait être limitée à des cas exceptionnels.

d) L'analyse fonctionnelle

d.1) Remarques générales

Dans les transactions entre deux entreprises indépendantes, la rémunération reflétera généralement les fonctions réalisées par chaque entité (en tenant compte des actifs utilisés et des risques supportés). Par

⁴⁰ Voir chapitre I, n°1.37. des recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert.

⁴¹ Voir chapitre I, n°1.39. des recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert.

⁴² Voir n°10 de la Circulaire.

⁴³ Voir chapitre I, n°1.42. des recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert.

⁴⁴ Voir chapitre I, n°1.42. des recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert.

⁴⁵ Voir n°13 de la Circulaire qui est en ligne avec le Chapitre I, n°1.45. des recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert.

conséquent, pour délimiter la transaction contrôlée et déterminer si des transactions ou des entités contrôlées et non contrôlées sont comparables, il faut réaliser une analyse fonctionnelle⁴⁶.

Cette analyse fonctionnelle a pour but d'identifier les activités économiquement significatives et les responsabilités assumées, les actifs utilisés ou fournis et les risques supportés par les parties aux transactions. L'analyse se concentre sur ce que les parties font effectivement et sur les capacités qu'elles déploient (incluant les décisions concernant la stratégie commerciale et les risques)⁴⁷.

Selon la Circulaire, les fonctions réalisées par une société de financement en relation avec l'octroi de prêts sont par essence comparables aux fonctions réalisées par des institutions financières indépendantes qui sont soumises à la supervision de la commission de surveillance du secteur financier (« CSSF »). Toutefois, il est reconnu que dans le cas de transactions financières réalisées entre parties liées, les fonctions réalisées par une société de financement peuvent significativement différer du profil fonctionnel d'une institution financière indépendante qui est soumise à la surveillance de la CSSF⁴⁸.

d.2) Analyse des fonctions réalisées

Les fonctions réalisées par une société de financement peuvent être distinguées entre (i) les fonctions relatives à la création de la transaction et (ii) les fonctions relatives à la gestion de la transaction.

- La création de la transaction

La création d'un actif financier (c.-à-d. un prêt) implique les fonctions suivantes⁴⁹ :

(i) Ventes/Commercialisation

La fonction « Ventes/Commercialisation » implique la commercialisation des services financiers, la recherche de clients potentiels et la création de nouvelles relations clients, l'incitation de clients à initier la discussion de propositions d'affaires concernant le produit offert. Dans le cas d'une activité de financement intra-groupe, les prêts sont exclusivement accordés à des entreprises liées. Par conséquent, cette fonction ne devrait pas être pertinente pour les sociétés de financement.

(ii) Ventes/Négociation

La fonction « Ventes/ Négociation » implique la négociation des termes contractuels avec l'emprunteur et le prêteur des fonds (incluant la fixation du prix des prêts) ainsi que la décision de transférer ou non les fonds, et dans l'affirmative, les termes y relatifs. Cette fonction implique également l'évaluation des risques incluant le risque de crédit, le risque de change et le risque de marché lié à cette transaction. L'implication des sociétés de financement luxembourgeoises pour cette fonction varie d'un cas à l'autre.

(iii) Négociation /Trésorerie

La fonction « Négociation /Trésorerie » implique la levée des fonds et du capital (aux meilleures conditions), la réception des dépôts et la mise à disposition des fonds disponibles. L'objet d'une société de financement est la centralisation et la coordination des exigences financières des autres sociétés du groupe. Etant donné que les fonds entrant sont directement re-prêtés à d'autres sociétés du groupe, une société de financement n'agit pas

⁴⁶ Voir chapitre I, n°1.51. des recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert.

⁴⁷ Voir chapitre I, n°1.51. des recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert.

⁴⁸ Voir n°14 de la Circulaire.

⁴⁹ Voir rapport de 2010 sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables, tel qu'approuvé par l'OCDE le 22 juillet 2010, Partie II (considérations spéciales pour l'application de l'approche autorisée de l'OCDE aux établissements stables des banques, Section B-1, ii).

comme un investisseur indépendant qui investirait sur les marchés de capitaux. Ainsi, l'implication d'une société de financement dans cette fonction peut être limitée.

(iv) Ventes/Support

La fonction « Ventes/Support » implique l'examen des projets de contrats et la finalisation des formalités contractuelles, la résolution des questions juridiques en suspens, la vérification des sûretés remises avant la signature des contrats de prêts, l'enregistrement des actifs dans les comptes de la société de financement et la mise à disposition des fonds liés aux contrats de financement. Les sociétés de financement luxembourgeoises devraient généralement être pleinement impliquées dans cette fonction.

- La gestion de la transaction

Lorsque le prêt a été accordé, la gestion de ce dernier implique les fonctions suivantes⁵⁰ :

(i) Administration des prêts

La fonction d'administration des prêts implique la gestion des prêts, le prélèvement et le versement des intérêts (et potentiellement d'autres sommes), et le suivi des paiements. Une société de financement est généralement pleinement impliquée dans cette fonction.

(ii) La gestion du risque

La gestion du risque est liée aux risques initialement assumés et supportés consécutivement à la conclusion des contrats de prêts. De manière générale, la fonction de gestion du risque consiste en la surveillance et la gestion des risques en relation avec les transactions financières.

La surveillance des risques implique une analyse de la solvabilité des emprunteurs, une surveillance des taux d'intérêts et du risque de position, une analyse de la rentabilité des prêts et du retour sur investissement. La gestion des risques concerne la décision de savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure, une société de financement doit continuer de supporter les risques liés aux transactions financières ou au contraire les supprimer (par ex. transférer le risque de crédit à une société tierce au travers de (crédits) dérivés ou accorder des abandons de créance sur les contrats de prêts non performants).

Selon les recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert, la gestion du risque comprend les trois éléments suivants :

- la capacité de prendre la décision de saisir, d'éviter ou de rejeter une opportunité porteuse de risque, et l'exercice effectif de cette fonction de prise de décision ;
- la capacité de prendre la décision de traiter les risques associés à cette opportunité, et selon quelles modalités, ainsi que l'exercice effectif de cette fonction de prise de décision ; et
- la capacité d'atténuer le risque, (c'est-à-dire de prendre des mesures qui influent sur ce risque), ainsi que l'exercice effectif de cette fonction d'atténuation⁵¹.

Par le passé, la fonction de gestion du risque était moins importante puisque qu'une société de financement supportait un risque limité par rapport à ses activités de financement (ce dernier était contractuellement limité à 1% du volume de financement ou à 2 millions d'euros). Toutefois, en vertu du nouveau régime, les sociétés de financement supportent tous les risques en relation avec leurs activités de financement. Par conséquent, il

⁵⁰ Voir rapport de 2010 sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables, tel qu'approuvé par l'OCDE le 22 juillet 2010, Partie II (considérations spéciales pour l'application de l'approche autorisée de l'OCDE aux établissements stables des banques, Section B-1, ii).

⁵¹ Voir chapitre I, n°1.61. des recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert.

est très important pour une société de financement de contrôler et de gérer le risque lié à ses transactions financières.

Les sociétés de financement devront développer une politique de gestion du risque qui définit la procédure de gestion du risque, les rôles et responsabilités des personnes impliquées dans la fonction de gestion du risque. La documentation de prix de transfert devra inclure des informations qui démontrent la capacité des personnes en charge de la fonction de gestion du risque (par ex. CV, description des qualifications et expériences pertinentes).

D'un point de vue pratique, l'examen régulier des risques en relation avec les activités de financement pourrait être réalisé par (i) les employés ou directeurs/gérants des sociétés de financement ou (ii) sous-traitées à d'autres sociétés du groupe ou à des prestataires de services luxembourgeois. Dans ce dernier cas, les directeurs/gérants de la société de financement luxembourgeoise doivent superviser la gestion quotidienne du risque. Les directeurs/gérants de la société de financement doivent également évaluer et répondre aux risques en relation avec les activités de financement ; une procédure qui devrait être correctement retranscrite dans les minutes des assemblées.

La fréquence et l'étendue de l'examen des risques devront être appropriées pour les activités de financement spécifiques réalisées par la société de financement. Les facteurs à considérer lors de la construction d'une politique de gestion des risques incluent, notamment, le volume de l'activité de financement, le nombre de prêts gérés et le profil risque de ces prêts.

(iii) Trésorerie

La fonction de trésorerie implique le financement des déficits ou l'investissement des surplus sur le marché incluant la gestion des risques liés aux taux d'intérêt, les expositions aux risques de liquidités et la correspondance de la durée des prêts avec les emprunts. L'implication de la société de financement dans cette fonction peut être limitée à des degrés variables.

(iv) Ventes/Négociation

La fonction « Ventes/ Négociation » implique le refinancement des prêts, la décision de la vente ou la titrisation des contrats de prêts, la négociation des termes contractuels de la vente, la réalisation des formalités liées à la vente et la décision d'étendre ou de renouveler les contrats de prêts, et dans l'affirmative, les termes du contrat. Une société de financement devrait généralement être pleinement impliquée dans cette fonction.

d.3) L'analyse des risques dans les relations financières

La Circulaire insiste sur l'analyse des risques et souligne le fait qu'une société de financement devra réaliser cette analyse avant d'accorder un prêt. Une analyse du risque inclut l'examen des comptes annuels de l'emprunteur avec pour but l'évaluation des risques financiers des transactions envisagées et l'établissement de la cote de solvabilité de l'emprunteur⁵².

Concernant les activités de financement, les risques suivants peuvent être distingués :

- Risque de crédit : le risque de crédit est le risque selon lequel l'emprunteur serait incapable de payer les intérêts ou de rembourser le montant nominal du prêt conformément aux termes et conditions du contrat.

⁵² Voir n°17 de la Circulaire.

- Risque de marché : le risque de marché est le risque selon lequel les taux d'intérêt sur le marché dévieront des taux d'intérêt utilisés lors de la conclusion des contrats de financement. Par conséquent, la valeur des prêts pourrait diminuer en raison du changement des facteurs de risque de marché, tels que les taux d'intérêt ou la disparité de l'échéance entre les prêts et les dépôts.
- Risque de change : Il s'agit du risque que, lorsque le prêt est accordé dans une devise différente de la devise locale de la société de financement (ou la devise de l'emprunt), le taux de change dévie du taux utilisé lors de la conclusion du contrat de financement.
- Risque opérationnel : Il s'agit du risque de perte résultant de procédures internes, de personnes ou d'événements externes inadéquats ou défailtants.

L'analyse fonctionnelle en relation avec les risques fournit des informations concernant la façon dont les entreprises liées fonctionnent par rapport à la présomption et à la gestion des risques économiques significatifs et, en particulier :

- (i) Quelle entreprise effectue les fonctions de contrôle et d'atténuation des risques ;
- (ii) Quelle entreprise supporte les gains ou les pertes liés à la réalisation du risque ; et
- (iii) Quelle entreprise a la capacité financière de supporter le risque⁵³.

Lors de l'analyse du risque, il importe de vérifier l'existence de garanties, l'objet et la durée des prêts et tout autre facteur significatif. Généralement, sur le marché libre, la présomption d'un risque accru serait compensée par une augmentation du rendement escompté, sachant que le rendement effectif augmentera ou n'augmentera pas suivant le degré de matérialisation effective des risques⁵⁴.

En vertu de la Circulaire, la capacité de gérer et de supporter le risque sont des caractéristiques économiques significatives des activités de financement qui font partie intégrante de l'analyse fonctionnelle. Une société de financement est considérée comme supportant le risque si cette dernière a la capacité de gérer le risque et de supporter les conséquences financières si le risque se matérialise. La capacité financière à assumer le risque peut être définie comme l'accès au financement nécessaire pour assumer ou éviter le risque, pour payer les fonctions d'atténuation des risques et pour supporter les conséquences du risque si ce dernier se réalise⁵⁵.

Une société de financement d'un groupe doit avoir le contrôle des risques liés aux transactions financières. Le contrôle du risque requiert la capacité et la performance des fonctions y relatives, et implique les deux premiers éléments de gestion du risque, à savoir :

- (i) la capacité de prendre la décision de saisir, d'éviter ou de rejeter une opportunité porteuse de risque, et l'exercice effectif de cette fonction de prise de décision ; et
- (ii) la capacité de prendre la décision de traiter les risques associés à cette opportunité, et selon quelles modalités, ainsi que l'exercice effectif de cette fonction de prise de décision⁵⁶.

Les références au contrôle du risque ne doivent pas nécessairement être interprétées comme une possibilité d'influer sur le risque ou d'annuler l'incertitude. Au contraire, le contrôle du risque fait référence à la capacité et au pouvoir de décider de prendre un risque et de décider si et, le cas échéant, comment gérer le risque⁵⁷. Le contrôle du risque spécifique d'une transaction est axé sur la prise de décision des parties à la transaction⁵⁸.

⁵³ Voir chapitre I, n°1.82. des recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert.

⁵⁴ Voir chapitre I, n°1.56. des recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert.

⁵⁵ Voir n°17 et 18 de la Circulaire et Chapitre I, n°1.64. des recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert.

⁵⁶ Voir chapitre I, n°1.65. des recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert.

⁵⁷ Voir chapitre I, n°1.67. des recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert.

⁵⁸ Voir chapitre I, n°1.76. des recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert.

Il est reconnu qu'il n'est pas nécessaire pour une partie de réaliser un contrôle journalier pour avoir le contrôle des risques. Au contraire, les activités journalières peuvent être externalisées à d'autres sociétés du groupe ou à des prestataires de services qualifiés à condition que ces fonctions externalisées soient supervisées par les gérants ou employés de la société de financement⁵⁹. L'atténuation des risques fait référence aux mesures prises qui sont supposées affecter les conséquences des risques et peuvent inclure des mesures qui réduisent l'incertitude ou diminuent les conséquences d'une perte potentielle en cas de réalisation du risque⁶⁰.

La capacité d'exercer des fonctions de prise de décision et l'exercice effectif de ces fonctions impliquent une connaissance du risque et de l'évaluation des réductions et augmentations prévisibles du niveau de risque. Les décideurs doivent de ce fait avoir des compétences et de l'expérience dans le domaine des transactions financières et des risques y relatifs, une compréhension de l'impact de leur décision sur l'activité et avoir accès aux informations pertinentes⁶¹.

d.4) L'analyse des actifs utilisés

Les actifs utilisés par une société de financement pour l'exercice de son activité de financement incluent, en particulier, les actifs sous gestion (c.-à-d. le portefeuille de prêts), ses bureaux et l'équipement nécessaire (fournitures de bureaux, équipements informatiques, etc.). Les bureaux et l'équipement nécessaire peuvent être achetés ou loués.

e) Les transactions sans rationalité commerciale

L'article 56bis LIR et la Circulaire fournissent également des recommandations permettant de savoir quand une transaction peut être ignorée pour assurer le respect du principe de pleine concurrence d'un point de vue fiscal. Selon la Circulaire, une transaction structurée par un contribuable peut être ignorée si (i) les transactions de financement ne peuvent pas être observées sur un marché libre et (ii) les transactions courantes manquent de rationalité commerciale de manière telle que des parties indépendantes n'auraient pas conclu de telles transactions dans des circonstances économiques comparables⁶².

Néanmoins, les recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert stipulent qu'une administration fiscale ne devra pas faire abstraction de la transaction effective ni lui substituer d'autres transactions, sauf s'il existe des circonstances exceptionnelles dans un cas particulier⁶³. En outre, il est admis qu'une éventuelle non-reconnaissance peut être litigieuse et une source de double imposition. De ce fait, les recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert soulignent que tous les efforts doivent être mis en œuvre par les administrations fiscales afin de définir la nature réelle de la transaction et appliquer un prix de pleine concurrence à la transaction délimitée avec précision. Par ailleurs, les administrations fiscales doivent s'assurer qu'une transaction ne soit pas rejetée uniquement parce qu'il est difficile de fixer un prix de pleine concurrence⁶⁴.

Il est également admis que les entreprises liées puissent conclure des accords de types beaucoup plus variés que des entreprises indépendantes, et puissent s'engager, pour des raisons commerciales valables, dans des transactions d'une nature particulière qui ne sont que très rarement, voire jamais, observées entre entreprises

⁵⁹ Voir n°20 de la Circulaire et Chapitre I, n°1.65. des recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert.

⁶⁰ Voir chapitre I, n°1.68. des recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert.

⁶¹ Voir n°21 de la Circulaire et Chapitre I, n°1.66. des recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert.

⁶² Voir n°26 de la Circulaire.

⁶³ Voir chapitre I, n°1.121. des recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert.

⁶⁴ Voir chapitre I, n°1.122. des recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert.

indépendantes⁶⁵. De telles transactions peuvent être conclues pour des raisons économiques valables. Si les caractéristiques de la transaction qui sont économiquement significatives ne sont pas conformes au contrat écrit, la transaction effective doit être généralement définie conformément aux caractéristiques de la transaction qui ressortent du comportement des parties⁶⁶.

La question essentielle consiste à déterminer si la transaction effective présente la rationalité commerciale des accords qui seraient conclus entre des parties non associées dans des circonstances économiquement comparables et non pas si la même transaction peut être observée entre des parties indépendantes. Les recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert stipulent clairement que la non-reconnaissance d'une transaction possédant la rationalité commerciale d'un accord entre entreprises indépendantes ne constitue pas une application appropriée du principe de pleine concurrence⁶⁷.

Toutefois, en ce qui concerne les activités de financement, le fait que le financement soit accordé à une société du groupe prouve la nécessité de ce financement qui, dans le même temps, confirme la rationalité commerciale de la transaction de financement. De plus, les activités de financement sont largement caractérisées par les termes et conditions des contrats de prêts et garanties potentielles accordés entre les parties, avec un espace réduit pour des comportements divergents. De ce fait, la non-reconnaissance de transactions de financement motivée par un manque de rationalité commerciale devrait être exceptionnelle.

3.4. Un modèle de rémunération pour les activités de financement

a) Commentaires introductifs

Les sociétés de financement luxembourgeoises doivent être financées avec un montant de capital suffisant pour couvrir, dans l'hypothèse où celui-ci se réalise, le risque en lien avec l'activité de financement. Le montant du capital à risque devra alors être rémunéré avec un rendement de pleine concurrence sur fonds propres.

L'analyse économique va d'abord se concentrer sur la détermination du montant de capital à risque, et ensuite, sur l'analyse comparative du rendement de pleine concurrence sur fonds propres. La rémunération (nette) de pleine concurrence va de ce fait être augmentée des impôts et dépenses encourues en relation avec les transactions de financement afin d'obtenir la rémunération brute à réaliser par la société de financement.

b) Détermination du capital à risque

La méthode à appliquer pour déterminer le montant du capital à risque dépend du profil fonctionnel et à risque de la société de financement luxembourgeoise. Ici, la Circulaire distingue deux profils :

- Une société de financement qui a un profil comparable à une institution de financement régulée ;
- Une société de financement qui a un profil qui diffère significativement de celui d'une institution de financement régulée.

En pratique, la grande majorité des sociétés de financement luxembourgeoises devraient avoir un profil fonctionnel et de risque qui diffère significativement de celui d'une institution de financement régulée. De ce fait, le capital à risque ne va pas être déterminé conformément aux critères de solvabilité pertinents pour les banques. Au contraire, le capital à risque devra être déterminé sur base de méthodes économiques appropriées dans ce cas particulier. En général, le capital devra au moins couvrir les pertes survenant d'une

⁶⁵ Voir chapitre I, n°1.122. des recommandations de l'OCE en matière de prix de transfert.

⁶⁶ Voir chapitre I, n°1.120. des recommandations de l'OCE en matière de prix de transfert.

⁶⁷ Voir chapitre I, n°1.123. des recommandations de l'OCE en matière de prix de transfert.

potentielle défaillance de l'emprunteur. Alors qu'il n'est pas possible de déterminer en amont les pertes qu'une société de financement pourrait être amenée à réaliser dans une année donnée, il est possible de prévoir le niveau moyen des pertes de crédit qui pourraient raisonnablement être attendues. Ces pertes sont appelées pertes attendues.

Les pertes attendues (expected loss, « EL »), d'une société de financement sont supposées correspondre à la probabilité que le prêteur fasse faillite dans une période donnée (*probability of default*, « PD »), multipliée par le taux de perte en cas de défaut (c.-à-d. le pourcentage du risque qui ne sera pas recouvré par la société de financement en cas de défaut - *loss given default*, « LGD ») et multipliée par le risque total en cas de défaut (*outstanding exposure at default*, « EAD »).

Les pertes attendues peuvent être calculées comme suit :

$$EL = PD * LGD * EAD$$

La probabilité de défaut est basée sur la cote de solvabilité de l'emprunteur qui est donnée par le pourcentage moyen des prêteurs qui ont fait défaut dans une période donnée. Les agences de crédit indépendantes (par ex. Standard & Poor's, Moody's, Fitch) fournissent les cotes de solvabilité pour des emprunteurs et des instruments de dettes spécifiques. La méthode utilisée par ces agences de crédit se fonde sur une analyse des caractéristiques quantitatives et qualitatives des emprunteurs. La cote reflète l'avis des agences de notation sur la solvabilité, la capacité et la volonté de l'emprunteur de satisfaire ses obligations en relation avec une transaction de financement sur la durée totale de cette transaction.

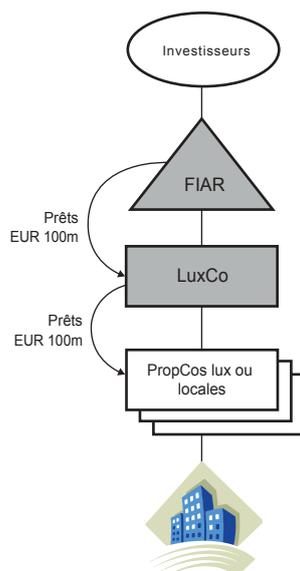
La cote de solvabilité peut varier dans le temps en fonction de la performance financière de l'emprunteur, l'environnement économique actuel dans lequel l'emprunteur évolue et les futures perspectives économique et financières du secteur dans lequel l'emprunteur opère. De ce fait, une analyse approfondie des indicateurs de performance clés (*Key Performance Indicators*, « KPIs ») et des risques industriels et géographiques sont nécessaires pour estimer correctement la cote de solvabilité de l'emprunteur et la probabilité ultérieure de défaut.

Le taux de perte en cas de défaut (LGD) fournit le pourcentage du risque que la société de financement peut perdre si l'emprunteur fait défaut et dépend des conditions gouvernant l'activité de financement (en particulier, le type et le montant de la garantie, l'ancienneté et les rendements attendus sur la réalisation des actifs).

Le risque total en cas de défaut (EAD) est le montant nominal restant au moment du défaut et dépend principalement des caractéristiques de remboursement du montant nominal (par ex. amorti, à l'échéance ou libératoire) et de paiement des intérêts (par ex. capitalisés ou non).

Exemple : Fonds immobiliers luxembourgeois

Un fonds immobilier luxembourgeois (fonds d'investissement alternatif réservé, « FIAR ») investit au travers d'une société luxembourgeoise de détention et de financement (« LuxCo ») et de sociétés luxembourgeoises ou locales de détention d'actifs immobiliers (« PropCos lux ou locales ») dans des actifs immobiliers situés dans divers pays européens. Les PropCos sont financées par un mélange de fonds propres et de dette (c.-à-d. 100 millions d'euros). Etant donné que LuxCo finance les prêts à l'actif par un prêt accordé par le FIAR, elle est considérée comme réalisant une activité de financement.



Calcul des EL :

Etant donné que les actifs immobiliers sont des actifs de premier choix, la probabilité de défaut est très faible. De manière hypothétique, l'analyse de la probabilité de défaut nous fournit un résultat de 0,1%.

La LGD sur les prêts subordonnés est considérée comme s'élevant à 70%.

Vu que le risque de LuxCo n'a pas été réduit contractuellement, le montant global des prêts à l'actif devrait être considéré comme étant à défaut (c.-à-d. EUR 100m).

A la lumière de ce qui précède, les EL devraient correspondre à EUR 0,7m et le montant de capital à risque devrait être au moins égal à 0,7% du montant de financement

$$EL = PD * LGD * EAD$$

$$EL = 0,1\% * 70\% * EUR 100m$$

$$EL = EUR 0,7m$$

Dans certains cas, il ne sera pas possible de déterminer la cote de solvabilité sur la base des investissements réalisés ni d'appliquer la méthode des pertes attendues⁶⁸. En l'absence d'investissements réalisés, une cote de solvabilité synthétique peut être développée sur base de la stratégie d'investissement, de la juridiction d'investissement ainsi que d'autres facteurs pertinents.

c) Détermination du rendement de pleine concurrence sur le capital

La Circulaire dispose qu'en vue de la détermination de la rémunération de pleine concurrence, il convient de comparer la transaction contrôlée délimitée de manière précise avec des transactions comparables sur le marché libre⁶⁹. La rémunération de pleine concurrence est la rémunération qui aurait été convenue sur le

⁶⁸ Par exemple, au début de la période d'investissement d'un fonds d'investissement immobilier lorsque les investissements sont toujours occupé d'être mis en place.

⁶⁹ Voir n°22 de la Circulaire.

marché libre dans des conditions comparables. Dès lors, il est important d'identifier des transactions comparables. Le processus suivi pour identifier et sélectionner des données comparables doit être proprement documenté et les critères de sélection divulgués⁷⁰.

Lorsque le profil fonctionnel et de risque de la société de financement luxembourgeoise est similaire à celui d'une institution de financement régulée, la Circulaire stipule qu'un pourcentage de rendement par rapport aux capitaux propres de 10% après impôts peut être observé sur le marché et peut être considéré comme reflétant une rémunération de pleine concurrence⁷¹.

Toutefois, lorsque le profil de la société de financement luxembourgeoise diffère significativement de celui d'une institution financière régulée, une recherche des rémunérations de pleine concurrence réalisées par des sociétés réalisant une activité comparable doit être effectuée afin de déterminer le rendement de pleine concurrence sur capitaux propres. Par principe, le risque potentiel devrait être compensé par un rendement de pleine concurrence, incluant une rémunération adéquate pour atténuer le risque.

d) Détermination de la rémunération de pleine concurrence

Etant donné que le rendement sur les capitaux propres est défini comme le ratio des profits nets par rapport aux capitaux propres, la multiplication du rendement de pleine concurrence sur capitaux propres par le montant des capitaux propres de la société de financement fournit une rémunération nette (après impôts).

Afin de déterminer la rémunération brute de pleine concurrence (définie comme la différence entre les revenus d'intérêts et les charges d'intérêts), la rémunération nette doit être augmentée du taux d'impôt sur le revenu applicable et des dépenses d'exploitation récurrentes liées à l'activité de financement.

La rémunération brute peut être exprimée comme suit :

Rémunération brute = (Rémunération nette / (1 – taux d'impôt sur le revenu)) + dépenses d'exploitation

Dans les déclarations fiscales, il faudra vérifier si la rémunération nette de pleine concurrence a été réalisée. Si le montant de la rémunération nette effectivement réalisée est inférieur à la rémunération nette telle que déterminée dans l'analyse de prix de transfert, un ajustement de prix de transfert (c.-à-d. un ajustement vers le haut) devra être effectué dans les déclarations fiscales conformément à l'article 56 bis LIR.

3.5. Mesure de simplification pour les intermédiaires

Pour de nombreuses raisons commerciales légitimes, les fonds peuvent être acheminés au travers de plusieurs sociétés luxembourgeoises qui ne supportent pas les risques et réalisent seulement des fonctions limitées en lien avec le prêt de fonds (les investisseurs entrent à plusieurs niveaux, des garanties sont accordés à des banques, etc.).

Les sociétés luxembourgeoises (qui sont financées par des instruments de dette) qui prêtent des fonds à des entreprises liées devraient en principe être couvertes par la Circulaire. Toutefois, la Circulaire fournit une mesure de simplification pour les sociétés luxembourgeoises agissant en tant qu'intermédiaires, qui prêtent des fonds reçus sans supporter de risques significatifs. Pour des raisons de simplification, les transactions sont

⁷⁰ Voir n°23 de la Circulaire.

⁷¹ Voir n°24 de la Circulaire; ce pourcentage sera régulièrement revu par l'administration des contributions directes et ajusté si les conditions de marché évoluent.

alors considérées comme respectant le principe de pleine concurrence si l'entité visée réalise une rémunération minimum de 2% après impôts sur le montant de financement⁷².

La Circulaire insiste sur le fait que ce pourcentage minimum ne peut pas être simplement utilisé par les sociétés de financement sans réaliser une analyse de prix de transfert solide⁷³. Néanmoins, étant donné qu'une rémunération nette de 2% après impôts est plutôt élevée compte tenu du profil risque et fonctionnel d'une société intermédiaire, on peut s'attendre à ce que les contribuables ne fassent pas usage de ce pourcentage.

Les contribuables souhaitant cependant appliquer la mesure de simplification doivent opter pour celle-ci dans leurs déclarations fiscales concernées⁷⁴. Si une société opte pour ce système, une procédure d'échange d'informations sera déclenchée sur base des règles relatives à la coopération administrative dans le domaine fiscal ou sur base des conventions tendant à éviter les doubles impositions⁷⁵.

Il est intéressant de noter que la Circulaire stipule explicitement que les sociétés simplement impliquées dans le prêt de fonds auront la possibilité de déterminer une rémunération plus basse dans une étude de prix de transfert⁷⁶. Selon l'auteur, il serait opportun pour la plupart des contribuables de réaliser une documentation de prix de transfert dans ces circonstances.

Dans le cas d'une société intermédiaire qui prête uniquement des fonds reçus, l'analyse de prix de transfert devrait dans la plupart des cas indiquer une rémunération « *cost-plus* », afin d'indemniser les fonctions réalisées. Étant donné que les sociétés intermédiaires ne devraient supporter aucun risque en relation avec les activités de financement, ceux-ci ne devraient pas être rémunérés.

⁷² Voir n°27 de la Circulaire; ce pourcentage sera régulièrement revu par l'administration des contributions directes et ajusté si les conditions de marché évoluent.

⁷³ Voir n°28 de la Circulaire.

⁷⁴ Voir n°29 de la Circulaire.

⁷⁵ Voir n°31 de la Circulaire.

⁷⁶ Voir n°30 de la Circulaire.

4. Documentation de prix de transfert

4.1. Vue d'ensemble

Dans un environnement dans lequel les rescrits fiscaux et les décisions administratives individuelles sont de moins en moins fiables, la documentation de prix de transfert est devenue un élément essentiel dans la gestion des risques fiscaux. Dans l'environnement fiscal international actuel, focalisé sur la transparence et la surveillance, il serait judicieux pour les sociétés d'effectuer une avancée en intégrant la documentation de prix de transfert dans leur stratégie fiscale globale. La documentation de prix de transfert peut être utilisée comme un moyen de refléter la rationalité commerciale d'une structure et des transactions intra-groupe.

Dans le cas de transactions de financement, la préparation d'une solide documentation de prix de transfert permet aux contribuables de justifier leur capital à risque et la rémunération de pleine concurrence à réaliser sur base des faits et circonstances de chaque cas individuel. A défaut, la Circulaire stipule que certains niveaux de profitabilité sont considérés comme étant en ligne avec les principes de pleine concurrence⁷⁷ en l'absence de documentation de prix de transfert.

4.2. Revue des prix de transfert

Les prix de transfert d'une société de financement luxembourgeoise devraient être revus à plusieurs occasions selon qu'une demande anticipée a ou non été déposée. Lorsqu'une telle demande a été déposée, le caractère de pleine concurrence de la rémunération est vérifié par l'ACD avant la confirmation du traitement fiscal des activités de financement intra-groupe⁷⁸. Lorsqu'aucune demande anticipée n'est déposée, les prix de transfert sont généralement revus par l'ACD dans le cadre de la procédure d'imposition⁷⁹. Autrement, ils peuvent être revus dans le cadre d'un audit fiscal portant sur plusieurs exercices fiscaux⁸⁰.

En règle générale, l'ACD a un devoir d'enquête sur tous les faits et circonstances d'un cas fiscal spécifique (*Untersuchungs- ou Amtsermittlungsgrundsatz*)⁸¹. A l'inverse, le contribuable a un devoir de coopération avec les autorités fiscales (*Mitwirkungspflicht*)⁸². Les deux principes ne vont pas l'un sans l'autre et sont complémentaires⁸³. La charge de la preuve que le prix de transfert n'est pas en ligne avec les principes de pleine concurrence (c.-à-d. octroyer des avantages à des personnes liées) revient en général aux autorités fiscales luxembourgeoises.

⁷⁷ Selon la Circulaire, un pourcentage de rendement de 10% après impôts par rapport aux capitaux propres pour des sociétés de financement ayant un profil similaire à celui des institutions de financement régulées et un rendement de 2% après impôt (sur le montant de financement) dans le cas des sociétés intermédiaires devrait être considéré comme étant en ligne avec le principe de pleine concurrence.

⁷⁸ Lorsqu'une société de financement luxembourgeoise dépose une requête pour une demande anticipée, cette requête doit être basée sur une étude de prix de transfert. Ceci est en ligne avec la tendance de l'ACD de demander systématiquement pour une documentation en matière de prix de transfert justifiant le caractère de pleine concurrence des transactions intra-groupe.

⁷⁹ § 166 (1) Abgabenordnung.

⁸⁰ § 162 (10) Abgabenordnung; voir Oliver R. Hoor, Philippe Neefs, "TP Documentation in Luxembourg: What the Luxembourg tax authorities may expect", Tax Planning International Transfer Pricing, BNA, December 2009, p. 25.

⁸¹ § 204 (1) Abgabenordnung.

⁸² § 171 Abgabenordnung; Tribunal Administratif, Décision du 3.6.2009, No. 24935; Tribunal Administratif, Decision du 10.9.2008, No. 23544; BFH, Décision du 7.12.1955, V z 183/54 S, BStBl. III 1855, p. 75.

⁸³ Bundesfinanzhof ("BFH"), Décision du 25.3.1955, III 81/54 U, Bundessteuerblatt ("BStBl.") III 1955, p. 133; BFH, Décision du 7.12.1955, V z 183/54 S, BStBl. III 1955, p. 75; BFH, Décision du 7.4.1959, I 2/58 S, BStBl. III 1959, p. 233; BFH, Décision du 29.10.1959, IV 579/56 S, BStBl. III 1960, p. 26; BFH, Décision du 13.7.1962, VI 100/61 U, BStBl. III 1962, p. 428; BFH, Décision du 20.2.1979, VII R 16/78, BStBl. II 1979, p. 268.

4.3. Le devoir de coopération du contribuable

L'article 171 de la loi générale des impôts constitue la base légale de l'obligation de coopération des contribuables luxembourgeois avec les autorités fiscales. Selon cette règle, les contribuables ont l'obligation de justifier les faits et de fournir les informations nécessaires à condition que la preuve soit (i) disponible, (ii) raisonnablement en possession du contribuable et (iii) pertinente dans un but de clarification⁸⁴. De ce fait, selon l'article 171 de la loi générale des impôts, le contribuable doit simplement obtenir et fournir les documents existants, et non préparer une documentation de prix de transfert spécifique.

L'article 171 (3) de la loi générale des impôts, qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2015, étend explicitement le devoir de coopération du contribuable aux transactions entre entreprises liées bien qu'aucune exigence en matière de documentation de prix de transfert n'y soit détaillée. Alors que cette règle est essentiellement présente pour des raisons de clarification, cela confirme que les autorités fiscales luxembourgeoises sont de plus en plus regardantes sur la documentation de prix de transfert⁸⁵.

4.4. La charge de la preuve

En vertu du droit fiscal luxembourgeois, la charge de la preuve est généralement partagée entre le contribuable et l'ACD. Lorsque des faits et circonstances conduisent à une augmentation de la base imposable du contribuable, la charge de la preuve repose sur l'ACD, tandis que le contribuable doit prouver les faits et circonstances entraînant une diminution de sa base imposable⁸⁶. Ainsi, concernant la charge de la preuve en cas d'ajustements de prix de transfert, il faut distinguer les ajustements vers le haut et les ajustements vers le bas⁸⁷.

La responsabilité de prouver qu'une transaction n'est pas en ligne avec le principe de pleine concurrence revient généralement aux autorités fiscales luxembourgeoises. C'est à l'administration fiscale de vérifier si les prix de transfert pour des biens et services transférés entre sociétés du groupe sont en ligne avec les critères de pleine concurrence. Si l'administration fiscale parvient à prouver qu'un prix de transfert ne se situe pas dans la fourchette des prix de pleine concurrence, cela constitue une présomption réfragable que la transaction n'est pas conforme au principe de pleine concurrence⁸⁸. Ici, l'ACD peut se référer aux bases de données publiques et aux données tirées de transactions comparables (sous certaines conditions). Dans l'ensemble, le seuil à partir duquel il faut prouver le caractère de non pleine concurrence de transactions intra-groupe devrait être relativement faible⁸⁹.

⁸⁴ BFH, Décision du 19.12.1952, V z 66/53, BStBl III 1953, p. 63; BFH, Décision du 20.1.1959, I 155/57, BStBl III 1959, p. 222; BFH, Décision du 13.7.1962, VI 100/61 U, BStBl 1962, p. 428; BFH, Décision du 12.7.1974, III R 116/72 BStBl II 1975, p. 25; BFH, Décision du 16.4.1980, I R 75/78, BStBl II 1981, p. 492; voir Oliver R. Hoor, Philippe Neefs, "TP Documentation in Luxembourg: What the Luxembourg tax authorities may expect", Tax Planning International Transfer Pricing, BNA, December 2009, p. 25.

⁸⁵ L'article 171 (1) de la loi générale des impôts s'appliquait déjà dans le passé aux sociétés luxembourgeoises qui faisaient partie d'un groupe de sociétés.

⁸⁶ Article 59 de la loi du 21 juin 1999 ; BFH, Décision du 24.6.1976, IV R 101/75, BStBl II 1976, p. 562; BFH, Décision du 11.4.1984, I R 175/79, BStBl II 1984, p. 535.

⁸⁷ Tandis que la charge de la preuve sur des points qui résulteraient en une augmentation de la charge fiscale du contribuable repose sur l'ACD (c.-à-d. un ajustement vers le haut ou une distribution cachée de dividendes), la charge de la preuve sur des objets qui résulteraient en une diminution de la charge fiscale du contribuable repose sur le contribuable (c.-à-d. un ajustement vers le bas ou apport caché).

⁸⁸ Ici, l'ACD peut rechercher dans les bases de données publiques et données de transactions comparables dans d'autres cas (sous certaines conditions).

⁸⁹ En vertu de la jurisprudence, les autorités fiscales doivent seulement prouver qu'un avantage a été transféré par la société (sans avoir déterminé exactement une violation du principe de pleine concurrence) afin de renverser la charge de la preuve ; Tribunal Administratif, Décision du 27.11.2006, No. 21033 (ID 675); Tribunal Administratif, v 31.12.2007, No. 22777 (ID

Bien que la charge de la preuve repose sur l'administration fiscale, celle-ci peut raisonnablement contraindre une société luxembourgeoise à fournir des arguments cohérents pour justifier ses prix de transfert⁹⁰. A cet effet, la société doit prendre en considération que la production volontaire de sa documentation de prix de transfert peut significativement améliorer le caractère persuasif de l'approche de prix de transfert adoptée par la société auprès de l'ACD⁹¹. Si le contribuable n'est pas capable de justifier du caractère de pleine concurrence de ses transactions intra-groupe, les autorités fiscales peuvent utiliser le concept de distributions cachées de dividendes ou l'article 56 LIR pour effectuer des ajustements vers le haut⁹². Dans le cas d'activités de financement, l'ajustement de la marge financière devrait généralement être réalisé sur la base de l'article 56 LIR.

4.5. Recommandations sur les meilleures pratiques

Les prix de transfert exercent inévitablement une pression sur les contribuables afin de trouver une balance entre un niveau confortable de sécurité et les coûts liés à la préparation d'une solide documentation en matière de prix de transfert. En pratique, les sociétés luxembourgeoises devraient passer au crible leurs activités de financement intra-groupe afin d'identifier les problèmes potentiels qui pourraient attirer les soupçons de la part de l'ACD et d'évaluer l'ampleur des risques fiscaux liés⁹³.

Lorsque l'administration fiscale luxembourgeoise peut raisonnablement prouver que le prix de transfert d'une transaction contrôlée n'adhère pas au principe de pleine concurrence, il revient au contribuable de renverser la présomption réfragable. Cela incite les sociétés de financement luxembourgeoises à produire pro-activement une documentation solide de prix de transfert.

Il faut également tenir compte du fait que les prix de transfert peuvent être revus plusieurs années après que la transaction ait eu lieu. D'un point de vue pratique, cela augmente la difficulté de retracer tous les faits et circonstances pertinents de la transaction ainsi que les données de transactions comparables. Cela rajoute une pression sur les sociétés luxembourgeoises de développer une politique de prix de transfert appropriée afin de réduire les risques au sein d'un environnement fiscal international qui élève le niveau de transparence dans les problématiques fiscales à un nouveau niveau.

La documentation de prix de transfert justifiant le caractère de pleine concurrence de la rémunération réalisée par une société de financement luxembourgeoise devrait typiquement inclure :

- Une présentation générale du contribuable et du groupe ;
- Une ébauche des conditions de marché dans le secteur de l'industrie dans lequel la société et le groupe opèrent ;
- Une description détaillée des transactions intra-groupe sous analyse ;

6149); Tribunal Administratif, Décision du 9.6.2008, No. 23324 (ID 7946); Cour Administrative, Décision du 12.2.2009, No. 24642C (ID 9626); Tribunal Administratif, Décision du 16.2.2009, No. 24105 (ID 9414).

⁹⁰ Le contribuable doit fournir des arguments cohérents fondant le caractère de pleine concurrence des prix de transfert représentant au moins une possibilité probable.

⁹¹ Lorsque le caractère de pleine concurrence est justifié dans une étude de prix de transfert, la charge de la preuve pour prouver que la transaction ne respecte pas le principe de pleine concurrence sera significativement supérieure ; voir Oliver R. Hoor, Philippe Neefs, "TP Documentation in Luxembourg: What the Luxembourg tax authorities may expect", Tax Planning International Transfer Pricing, BNA, December 2009, p. 26.

⁹² § 217 (1) AO.

⁹³ En vertu de la Circulaire, une rémunération minimale de 2% sur les actifs financés (nette des charges et impôts) est considérée comme étant de pleine concurrence. Bien qu'il ne soit pas certain que les autorités fiscales luxembourgeoises réalisent systématiquement des ajustements fiscaux en l'absence d'une documentation de prix de transfert, cette rémunération minimum fournit une indication utile lorsqu'on évalue les risques et réalise une analyse coûts-bénéfices quant à la préparation d'une documentation de prix de transfert.

- Une description des qualifications pertinentes des employés (s'il y en a) et gérants ainsi qu'une description de leurs tâches ;
- Une analyse fonctionnelle délimitant les transactions analysées (analyser les fonctions réalisées, les actifs utilisés et les risques supportés). L'analyse fonctionnelle est la pierre angulaire de chaque étude de prix de transfert et devrait couvrir une analyse des fonctions réalisées, des risques supportés et des actifs utilisés dans la transaction de financement intra-groupe. Avec la vue d'ensemble de l'entreprise et la description de la transaction intra-groupe sous revue, les résultats de l'analyse fonctionnelle devraient contribuer à une compréhension exhaustive des transactions de financement⁹⁴ ;
- Une analyse économique contenant un examen détaillé du capital à risque et une analyse comparative du rendement sur fonds propres de pleine concurrence (incluant une liste des comparables, une matrice incluant les transactions comparables rejetées ainsi que les justifications de ces rejets et une série de transactions comparables) ; et
- Les annexes pertinentes.

Selon les recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert, la méthode la plus appropriée en matière de prix de transfert devrait être sélectionnée afin d'analyser les transactions de financement intra-groupe⁹⁵. L'application de cette méthodologie doit être détaillée dans l'étude de prix de transfert et doit être complétée par une analyse des transactions comparables non contrôlées et la détermination de la rémunération de pleine concurrence⁹⁶.

⁹⁴ Les résultats d'une analyse fonctionnelle sont la base pour la sélection et l'application de la méthodologie de prix de transfert la plus appropriée.

⁹⁵ Paragraphe 2.2. des recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert ; cette section dans l'analyse de prix de transfert doit également expliquer les raisons pour lesquelles les autres méthodes en matière de prix de transfert ont été rejetées.

⁹⁶ Lorsque le modèle de rémunération néerlandais est appliqué, le rapport de prix de transfert devrait inclure une analyse comparable de la rémunération des fonctions et du risque de crédit.

5. Décision anticipée

5.1. Vue d'ensemble

Les sociétés de financement luxembourgeoises peuvent obtenir une décision anticipée de la part de l'ACD sur le traitement fiscal de leurs activités de financement intra-groupe (en particulier, sur le caractère de pleine concurrence de la rémunération).

Toutefois, l'administration des contributions directes confirmera uniquement le traitement fiscal dans une décision anticipée si le contribuable est en ligne avec les exigences suivantes :

- (i) La société doit avoir une présence réelle au Luxembourg (c.-à-d. être en ligne avec les exigences en matière de substance telles que définies dans la Circulaire) ; et
- (ii) La rémunération de pleine concurrence doit être déterminée dans l'étude de prix de transfert qui adhère aux recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert.

Les informations et documents devant être fournis par les contribuables lors de la demande d'une décision anticipée sont analysés ci-dessous.

5.2. Demande de décision anticipée

En vertu de la Circulaire, les documents et informations suivantes doivent être inclus dans la demande :

- la désignation précise du requérant (nom, domicile, le cas échéant le numéro de dossier), ainsi que des entités ou succursales parties aux transactions ou arrangements faisant l'objet de la requête ;
- la description détaillée de toutes les transactions financières intra-groupe concernant la société ainsi que les arrangements ou actes juridiques visés par la requête, accompagnée d'une motivation circonstanciée de la position juridique propre du requérant ;
- les qualifications des employés pertinents ainsi que le descriptif de leurs fonctions ;
- le ou les autres Etat(s) concerné(s) par les transactions ou arrangements ;
- la présentation de la structure juridique du groupe, y compris l'information concernant le(s) bénéficiaire(s) économique(s) du capital du requérant ;
- les exercices fiscaux concernés par la requête ;
- une étude de prix de transfert respectant les principes énoncés sous les sections précédentes et tels que préconisés par l'OCDE dans ce domaine.

Enfin, le demandeur doit confirmer que toutes les déclarations faites dans la demande sont complètes et sincères.

Lors du dépôt de la demande, les contribuables doivent verser un montant de 10.000 euros à l'ACD.

5.3. Validité de la confirmation

Une décision anticipée confirmant le caractère de pleine concurrence de la rémunération réalisée par une société de financement luxembourgeoise est généralement valide pour une période maximum de 5 ans. Suite à la période initiale de confirmation, la société de financement peut déposer une nouvelle demande anticipée (en respectant les mêmes conditions).

Une demande anticipée n'aura pas d'effet contraignant sur l'administration des contributions directes si (i) les faits et circonstances ne reflètent pas la réalité, (ii) les activités de financement ont évolué au fil du temps et dévient des faits et circonstances décrits dans la demande de décision anticipée ou (iii) si la demande de décision anticipée n'est plus en ligne avec les lois fiscales du Luxembourg, de l'Union Européenne ou internationales.

Depuis l'entrée en vigueur de la Circulaire au 1er janvier 2017, toute décision administrative individuelle relative au principe de pleine concurrence rendue sur la base des règles applicables avant l'entrée en vigueur de l'article 56 bis LIR ne lie plus l'ACD pour les années d'imposition postérieures à l'année 2016.

6. Conclusion

En vertu du nouveau régime des prix de transfert, les sociétés de financement doivent avoir une réelle présence au Luxembourg, déterminer les capitaux à risque au cas par cas et générer une rémunération de pleine concurrence sur leurs activités de financement conformément aux recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert. Ici, la circulaire fournit des directives fondamentales concernant l'application du principe de pleine concurrence.

Le changement clé pour les sociétés financières luxembourgeoises réside dans le fait que, dans le cadre du nouveau régime de prix de transfert, le capital à risque doit être déterminé au cas par cas. De plus, comme le risque n'est en général pas limité contractuellement, il doit être surveillé et géré au fil du temps. En conséquence, les profils fonctionnels et de risque des sociétés de financement luxembourgeoises seront plus complets et diversifiés que dans le cadre du précédent régime.

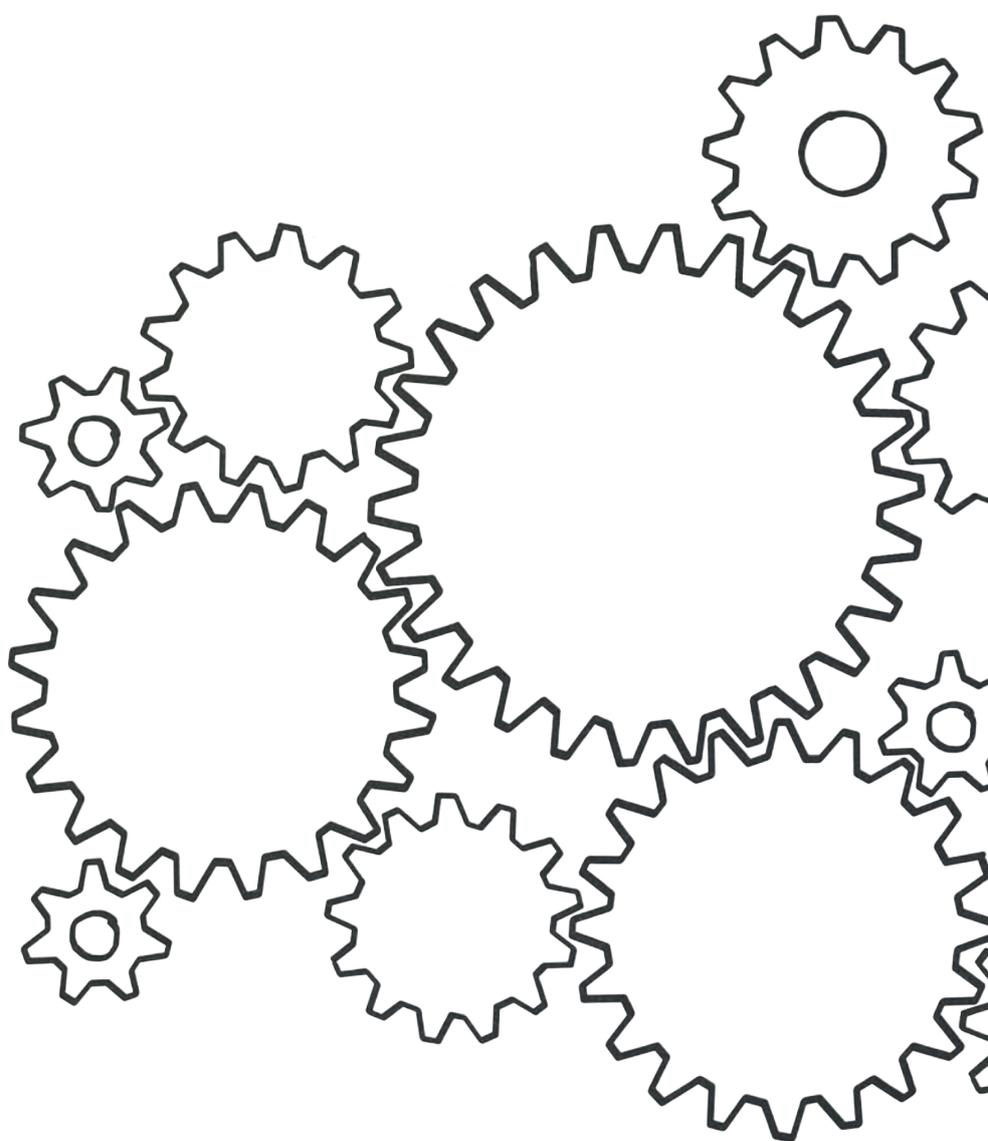
Les nouvelles règles sont plus solides d'un point de vue fiscal international et de prix de transfert et sont compatibles avec tous les standards post-BEPS de l'OCDE et de l'UE applicables. Cela protégera les structures de financement luxembourgeoises des attaques de la Commission européenne ou des autorités fiscales étrangères. Par conséquent, le nouveau système devrait renforcer la position du Luxembourg comme un lieu attrayant pour la mise en place d'activités de financement.

Enfin, étant donné que les nouvelles règles sont applicables depuis le 1er janvier 2017, les entreprises qui effectuent des activités de financement devraient examiner leur substance, leurs politiques de prix de transfert ainsi que leur documentation connexe afin de s'assurer qu'elles sont conformes aux nouvelles exigences.

Prior results do not guarantee similar outcome. This publication was not designed to provide tax or legal advice and it does not substitute for the consultation with a tax or legal expert.

Copyright © ATOZ 2017

1B, Heienhaff - L-1736 Senningerberg - Phone: +352 26 940-1 - info@atoz.lu
www.atoz.lu



Follow us



ATOZ Community



ATOZ Tax Advisers Luxembourg



@ATOZLuxembourg



ATOZ Tax Advisers Luxembourg