

Signature d'une nouvelle convention fiscale internationale entre la France et le Luxembourg : impact sur l'industrie de la gestion d'actifs

04 avril 2018

En bref

Le 20 mars, les gouvernements luxembourgeois et français ont signé une nouvelle Convention Fiscale Internationale (« CFI »), ainsi qu'un protocole additionnel (le « Protocole »).

La nouvelle CFI vise à moderniser les règles applicables, puisque la convention actuelle datait de 1958 et restait assez éloignée des standards de l'OCDE, malgré plusieurs avenants successifs récents.

La nouvelle CFI est quant à elle entièrement conforme au projet BEPS. Elle met en œuvre les nouvelles approches développées au niveau international dans le cadre du projet BEPS OCDE/G20, désormais reflété dans la version 2017 du Modèle OCDE de convention fiscale et dans l'Instrument Multilatéral pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales, qu'avaient signé la France et le Luxembourg en juin 2017.

Plus spécifiquement, la nouvelle convention fiscale redéfinit la notion d'établissement stable et introduit de nouvelles règles quant à la taxation des dividendes, intérêts et redevances. Finalement, les Organismes de Placement Collectif (« OPC ») tant français que luxembourgeois bénéficieraient désormais d'un accès limité à la nouvelle convention fiscale.

Enfin, plusieurs dispositions de la CFI sont susceptibles d'affecter les investissements immobiliers français détenus depuis le Luxembourg, notamment ceux impliquant des Organismes de Placement Collectif en Immobilier (« OPCI ») français. Nous commentons ce dispositif ci-après, et nous vous invitons également à consulter notre alerte dédiée au secteur de l'immobilier.

Il est attendu que la nouvelle convention fiscale entre en vigueur le 1er janvier 2019 si la procédure de ratification est mise en œuvre rapidement par les deux Etats.

En détail

Les OPC ne sont pas résidents (article 4 de la CFI) ...

Le concept de « résidence » aux fins de l'application de la CFI actuelle n'était pas conforme à celui utilisé dans le modèle de l'OCDE, car il se concentrait sur le concept de « centre effectif de direction » plutôt que celui d'assujetti à l'impôt.

La nouvelle CFI suit désormais le modèle OCDE 2017 et définit un résident comme une personne « assujettie à l'impôt ».

Pour certains fonds de placement collectif ou fonds de pension, et à la lumière de la jurisprudence française récente, être « assujetti à l'impôt » nécessite d'être soumis à l'impôt sans possibilité d'en être exonéré par une autre disposition de droit local, de sorte que les véhicules d'investissement exonérés d'impôt tels que les SICAV/FCP français ou luxembourgeois ou les fonds d'investissement spécialisés luxembourgeois (FIS ou FIAR) ne peuvent pas être considérés comme des « résidents » au sens de la nouvelle CFI.

Dans la pratique, et sous réserve de l'importante dérogation ci-dessous, cette modification de la définition de la résidence a donc pour conséquence de ne pas accorder - a priori - le bénéfice de la convention aux organismes de placement collectif.

... mais les OPC bénéficient de la CFI s'agissant des dividendes et des intérêts (paragraphe 2 du Protocole)

Toutefois, le Protocole signé à la même date accorde le bénéfice de la CFI aux OPC français et luxembourgeois sous certaines conditions.

Les OPC établis en France ou au Luxembourg et qui sont assimilés (selon la législation de l'autre Etat contractant) aux OPC de l'autre pays pourront bénéficier des avantages de l'article 10 (dividendes) et de l'article 11 (intérêts) de la nouvelle CFI. Toutefois, ces avantages bénéficieront uniquement à la partie de ces dividendes ou intérêts correspondant à des droits dans les OPC détenus par des investisseurs « bénéficiaires équivalents ».

Les investisseurs sont considérés comme étant « bénéficiaires équivalents » s'ils sont résidents non seulement de France ou du Luxembourg, mais aussi de toute juridiction qui a signé, avec le pays d'origine des dividendes ou des intérêts, une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale.

Le fait que les avantages de la CFI soient réservés aux investisseurs qualifiés à proportion de leur participation s'applique déjà dans de nombreux traités conclus par la France en vigueur (par exemple avec les États-Unis ou l'Allemagne), mais l'élargissement aux investisseurs résidant dans tout autre pays (à condition qu'une assistance administrative mutuelle soit mise en œuvre) est plus inhabituel. Il conviendra toutefois de veiller à ne pas tomber dans la disposition anti-abus insérée à l'article 28 (« critère de l'objet principal »).

En outre, ces dispositions risquent d'être difficilement applicables aux organismes de placement collectif largement ouverts, car il est fréquemment impossible d'identifier tous les investisseurs et de documenter leur résidence fiscale.

En pratique, l'impact de ces mesures devrait être limité du côté français, car les OPC, en France, bénéficient généralement d'une exonération totale de retenue à la source sur les intérêts et les dividendes qui leur sont versés (sur la base de la jurisprudence CJUE Santander de 2012) si certaines conditions sont remplies. Côté luxembourgeois, un impact positif pourrait être avéré si l'OPC bénéficie des nouvelles dispositions du traité fiscal concernant l'exonération de retenues à la source sur dividendes sous certaines conditions (voir ci-dessous section « Traitement des dividendes »). En effet, les OPC français investissant au Luxembourg sont actuellement soumis à une retenue à la source de 15%.

Traitement des dividendes (article 10 de la CFI)

L'on peut tout d'abord noter l'insertion de dispositions similaires à l'article 8 de l'Instrument Multilatéral, qui prévoit l'exonération totale des dividendes versés par une société résidente à toute société résidente de l'autre Etat membre détenant une participation d'au moins 5%, à condition que cette participation ait été détenue pendant au moins 365 jours. Dans les autres cas, le taux réduit « standard » de 15% continue à s'appliquer, sous réserve que le bénéficiaire soit bien résident fiscal au sens de la Convention.

Les dispositions concernant la définition des dividendes dans le cadre de la convention fiscale ont également été modifiées. Ainsi, la nouvelle définition inclut désormais toute distribution que le droit national assimile à une distribution de dividendes. Le droit luxembourgeois n'assimilant pas les produits de liquidation à une distribution de dividendes, il n'y aurait alors aucune retenue à la source du côté luxembourgeois.

Situation spécifique des OPCI et des SIIC français

La nouvelle CFI supprime l'avantage consistant en la détention des véhicules d'investissement immobiliers français exonérés via le Luxembourg afin de se conformer aux standards de l'Instrument Multilatéral.

En effet, le régime suivant s'appliquera désormais aux dividendes payés à partir de revenus ou gains tirés de biens immobiliers et versés par tout véhicule d'investissement ou société qui distribue annuellement la plus grande partie de ses revenus exonérés (tels que les OPCI et SIIC français) :

- Une retenue à la source de 15 % est applicable si le bénéficiaire effectif détient directement ou indirectement une participation représentant moins de 10 % du capital de ce véhicule ;
- Une retenue à la source de 30 % (taux actuel de la retenue à la source française) s'applique si le bénéficiaire détient une participation représentant 10 % ou plus du capital de ce véhicule, sauf si le bénéficiaire est un fonds de placement collectif comparable à un fonds français, auquel cas un taux de 15 % s'applique en droit interne français.

Cette évolution majeure conduira très probablement à des restructurations importantes dans le secteur de l'immobilier et incitera les fonds d'investissement français exonérés à être détenus par des fonds de placement collectif comparables à des fonds français.

Traitement des intérêts (article 11 de la CFI)

La nouvelle CFI prévoit un taux de retenue à la source de 0 % sur les intérêts, en lieu et place du taux de 10 % prévu par la convention précédente. Ce changement devrait avoir peu d'impact dans la pratique, étant données les législations nationales respectives des deux Etats.

En accord avec le modèle OCDE, les nouvelles dispositions de l'article 11 prévoient que le bénéfice du traité est uniquement accordé à proportion de la partie « *arm's length* » des intérêts distribués. Ainsi, lorsque le taux d'un intérêt est considéré excessif au regard de la relation entre les deux parties, la portion des intérêts considérés excessive sera taxable conformément au droit national et aux autres provisions applicables de la nouvelle convention.

Traitement des plus-values (article 13 de la CFI)

La nouvelle CFI prévoit désormais que les plus-values réalisées lors de l'aliénation par des personnes physiques de participations substantielles (c'est-à-dire qui ouvrent droit à 25% ou plus des bénéfices de la société) sont imposables dans l'Etat de la société dont les actions sont transférées. Toutefois, cette clause de participation substantielle ne s'applique que lorsque le vendeur a été un résident de cet Etat à un moment quelconque au cours des cinq années précédant ladite aliénation.

Par extension, puisque, comme mentionné plus haut, les fonds luxembourgeois ne seront pas traités comme résidents pour l'application de la nouvelle Convention, en cas d'aliénation d'une participation substantielle détenue par un tel fonds dans une société française, la France devrait pouvoir appliquer ses dispositions domestiques en vertu desquelles la plus-value serait imposable en France, alors que la plus-value entrait auparavant dans le champ de l'impôt luxembourgeois si le centre effectif de direction de ce fonds était situé au Luxembourg. Toutefois, une telle imposition pourrait être illégale car discriminatoire par rapport à la situation d'un fonds français qui serait lieu exonéré.

De même, dans le cas où un OPC français réaliserait une plus-value spéculative sur une participation importante luxembourgeoise (détention de moins de 6 mois), cette plus-value devrait être imposable à Luxembourg sur base du droit interne.

Etablissement stable (article 5 de la CFI)

Les dispositions de la nouvelle CFI ne divergent pas du principe selon lequel les profits réalisés par une entreprise résidente d'un pays sont taxables dans ce pays sauf si l'entreprise réalise une activité dans l'autre pays par le biais d'un établissement stable dans cet autre pays. Les nouvelles dispositions reflètent également l'option française exercée dans le cadre de l'instrument Multilatéral et vont à contrario des réserves émises par le gouvernement luxembourgeois.

La définition de l'établissement stable sous l'égide de la nouvelle convention est en ligne avec les travaux récents de l'OCDE et notamment les recommandations de l'action 7 concernant « les mesures visant à éviter artificiellement le statut d'établissement stable », repris dans l'Instrument Multilatéral.

La définition d'un agent dépendant inclut désormais une personne qui agit dans un Etat pour le compte d'une entreprise étrangère et qui, ce faisant, conclut habituellement des contrats ou joue habituellement le rôle principal menant à la conclusion de contrats qui, de façon routinière, sont conclus sans modification importante par l'entreprise étrangère, lorsque ces contrats sont (i) au nom de l'entreprise étrangère ou (ii) pour le transfert de la propriété de biens appartenant à cette entreprise étrangère ou pour la concession du droit d'utiliser de tels biens ou des biens que cette entreprise étrangère a le droit d'utiliser ou (iii) pour la prestation de services par cette entreprise.

Dans le cadre de l'industrie de la gestion des actifs, les gestionnaires pourraient être directement impactés car ce qui était autrefois regardé comme un simple bureau de représentation sans présence pourrait se transformer en établissement stable. A l'avenir, il conviendra également de passer en revue la stratégie organisationnelle des gestionnaires de fonds quant à la distribution des fonds, la délégation des fonctions opérationnelles et les fonctions de conseil tant en France qu'au Luxembourg. En effet, il s'avère que certains contrats devront certainement être remaniés.

Clause anti-abus

La nouvelle Convention établit une règle générale anti-abus fondée sur le « critère de l'objet principal » en prévoyant qu'un avantage ne peut être accordé en vertu de la CFI si l'on peut raisonnablement conclure, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances propres à la situation, que l'octroi de cet avantage était un des objets principaux d'un montage ou d'une transaction sauf s'il est établi qu'octroyer le bénéfice dans ces circonstances est en accord avec l'objet et le but des dispositions de la convention fiscale.

Cette clause va donner à l'Administration fiscale française une alternative aux dispositions françaises anti-abus, qui sont formulées de manière plus restrictive. Un véhicule d'investissement dédié qui serait mis en place en vue de bénéficier des dispositions favorables de la nouvelle Convention pourrait ainsi tomber sous le coup de ces dispositions.

En outre, l'article 4 sur la Résidence comprend une clause anti-abus basée sur la propriété effective. Faisant référence spécifiquement au trustee et au fiduciaire, cet article s'applique lorsque le bénéficiaire d'un élément de revenu qui, par ailleurs, remplirait les conditions de résidence, ne serait que le bénéficiaire « apparent ». Dans ce cas, le soi-disant bénéficiaire apparent ne peut être considéré comme un résident et ne peut se prévaloir de la convention pour les revenus en question (à moins que le bénéficiaire effectif lui-même soit un résident du même État contractant).

Enfin, l'alinéa 7 du Protocole précise que la nouvelle CFI ne fait pas obstacle à l'application des dispositifs internes français que sont les articles 115 quinquies, 123 bis, 155A, 209B, 212, 238A et 238-0 A du CGI.

Recevez nos Flash News en vous inscrivant sur
www.pwc.lu/subscribe

Vos contacts

Luxembourg

Sidonie Braud	Associée	+352 49 48 48 5469	sidonie.braud@lu.pwc.com
Laurent de La Mettrie	Associé	+352 49 48 48 3007	laurent.de.la.mettrie@lu.pwc.com
Oliver Weber	Associé	+352 49 48 48 3175	oliver.weber@lu.pwc.com
Héloïse Bailleux	Senior Manager	+352 49 48 48 3280	heloise.bailleux@lu.pwc.com

France

Virginie Louvel	Associée	+33 1 56 57 82 79	virginie.louvel@pwcavocats.com
Laurence Toxé	Associée	+33 1 56 57 47 32	laurence.toxe@pwcavocats.com
Jessica Castro-Oudni	Directrice	+33 1 56 57 40 04	jessica.castro-oudni@pwcavocats.com
Alexandre Lechrist	Directeur	+33 1 56 57 41 16	alexandre.lechrist@pwcavocats.com

PwC Luxembourg (www.pwc.lu) est le premier cabinet de services professionnels au Luxembourg, employant 2850 personnes originaires de 77 pays différents. PwC Luxembourg fournit des services en matière d'audit, de fiscalité et de conseil, comprenant notamment des services de conseils en gestion, en transactions, en financement ainsi que des services de conseils portant sur des aspects réglementaires. La firme fournit ces conseils à une clientèle très variée allant des entrepreneurs locaux et des PME aux grandes multinationales ayant leurs activités au Luxembourg et dans la Grande Région. La firme aide ses clients à créer la valeur qu'ils recherchent en contribuant au bon fonctionnement des marchés de capitaux et en fournissant des conseils privilégiant une approche sectorielle.

Chez PwC, notre raison d'être est de placer la confiance au cœur de la société et de résoudre des problèmes importants. Nous sommes un réseau de cabinets présents dans 158 pays et comptons plus de 236 000 collaborateurs qui s'engagent à délivrer des services professionnels de haute qualité dans les domaines de l'audit, de la fiscalité et du conseil. Faites-nous part de vos enjeux et consultez nos sites de référence www.pwc.com et www.pwc.lu pour davantage de précisions.

© 2018 PricewaterhouseCoopers, Société coopérative. Tous droits réservés. Dans le présent document, « PwC » ou « PwC Luxembourg » fait référence à PricewaterhouseCoopers, Société coopérative (Luxembourg), qui est une société membre de PricewaterhouseCoopers International Limited (« PwC IL ») dont chaque entité membre est indépendante et distincte, et dont les actes ou omissions ne sauraient en aucun cas engager la responsabilité de PwC IL.