



## Commentaire des articles

### *Ad article 1<sup>er</sup>*

La modification proposée vise en premier lieu à redresser la terminologie employée dans la désignation du mécanisme d'intéressement visé à l'article 99*bis*, alinéa 1a L.I.R. En effet, il existe une multitude de formes d'intéressements qui ne s'apparentent pas nécessairement à de la plus-value. Il est donc proposé, au travers du présent projet de loi, de préférer le concept d'intéressement aux « surperformances » par rapport à un seuil de référence (« hurdle rate ») et non d'intéressement aux « plus-values ». Le hurdle rate est un taux de rendement minimum que les investisseurs veulent voir atteint avant de partager le surplus avec les gestionnaires du fonds. Ce seuil doit correspondre aux pratiques de marché et ne pas être fixé anormalement bas, pour éviter l'application du paragraphe 6 de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« Steueranpassungsgesetz »). Le rendement qui dépasse ce seuil est dénommé, aux fins du présent projet de loi, par le terme de « surperformances ».

Il est en revanche préconisé de laisser figurer l'anglicisme « *carried interest* » qui est couramment utilisé dans le jargon financier et qui permet de mieux appréhender le concept sur la scène internationale. Il est communément accepté que le droit à l'intéressement présente un fort élément *d'intuitu personae*, c'est-à-dire qu'il est attribué en raison de la qualité de la personne (en sus de la surperformance) et c'est la raison pour laquelle il n'est plus nécessaire de mentionner cette caractéristique qui tient à l'essence-même du mécanisme.

Le texte n'est pas non plus modifié quant à l'élément déclencheur de l'impôt puisque le projet mentionne que le carried interest doit être « touché », sans préjudice du fait qu'un intéressement visé au numéro 2 de l'alinéa 1a de l'article 99*bis* L.I.R. (voir *infra*) qui serait acquis gratuitement ou sous la valeur de marché puisse être imposé en vertu d'autres dispositions de la L.I.R., comme par exemple les règles liées aux avantages en nature ou aux revenus professionnels pour les gestionnaires non-salariés.

À noter que, de façon constante au travers de la disposition, une harmonisation et une simplification ont été entreprises lorsqu'il est fait référence au type de participations dans le FIA. En effet, les termes de « parts, actions ou titres représentatifs d'un placement financier » qui figurent sous le numéro 2 actuel, diffèrent de ceux mentionnés sous le numéro 1 qui vise actuellement les « parts, actions ou droits représentatifs d'un placement financier ». Il a été jugé utile de supprimer cette énumération. Ce qui est visé par la présente disposition, ce sont, en fin de compte, les participations de toute nature et notamment des actions, parts ou autres droits dans des sociétés de capitaux ou des sociétés de personnes.

En second lieu, la disposition en projet propose d'étendre le champ d'application du régime fiscal de l'intéressement aux surperformances par deux biais.

D'une part, la proposition de modification vise à élargir le champ des bénéficiaires qui est actuellement limité aux salariés de gestionnaires de FIA ou de sociétés de gestion de tels fonds. En effet, il est apparu que d'autres acteurs pouvaient prétendre à l'intéressement. Ainsi, il est possible que le titulaire du carried interest soit employé d'une autre entité que du gestionnaire de FIA ou de sa société de gestion (ex. société de conseil en investissement), tout comme il peut ne pas être salarié (par exemple membre indépendant du conseil d'administration du FIA ou associé de la société de gestion). C'est pourquoi le projet de loi entend ouvrir le régime fiscal à tous les détenteurs personnes physiques de carried interest qui sont soit gestionnaires, soit directement ou indirectement, au service



de gestionnaires ou de sociétés de gestion de FIA, quel que soit leur statut. Cette catégorie de bénéficiaires se veut flexible sans pour autant ouvrir la porte aux abus qui consisteraient, notamment, à déguiser un revenu fixe ou un « bonus » issu d'un revenu professionnel en un revenu divers bénéficiant d'un traitement fiscal potentiellement plus avantageux, par exemple, en allouant un carried interest exprimé en pourcentage de salaire et ayant une récurrence relativement prévisible ou certaine. Un carried interest doit être appréhendé dans sa dimension commerciale et financière réelle lors de l'appréciation de ces critères.

À noter encore que l'intéressement à la surperformance peut être payé par le FIA directement à la personne physique concernée ou alternativement, via le gestionnaire du FIA ou l'associé commandité également appelé « *general partner* » si le gestionnaire du FIA ou l'associé commandité perçoit l'intéressement pour le compte des bénéficiaires et le leur rétrocède directement.

D'autre part, la proposition de modification vise à élargir le type de fonds pouvant verser un intéressement bénéficiant du traitement fiscal de l'article 99*bis*, alinéa 1a L.I.R., sachant qu'il doit toujours s'agir de FIA comme c'est actuellement le cas. La condition de remboursement au préalable de la mise intégrale des investisseurs dans le FIA actuellement prévue à la deuxième phrase du numéro 1 est supprimée. En effet, cette condition pourrait exclure les intéressements dans des fonds qui rémunèrent les gestionnaires au fur et à mesure de la réalisation des actifs sous-jacents (« *deal by deal* ») - par opposition aux intéressements dits « *whole of a fund* ».

Afin de clarifier l'articulation entre les numéros 1 et 2 qui suscite nombre d'interrogations, il est dorénavant clarifié quel type d'intéressement tombe sous quelle sous-division.

Tombent sous le numéro 1, tel que prévu par le présent projet de loi, les intéressements qui ne sont ni indissociablement liés à un investissement dans le FIA, ni représentés par une participation reproduisant la surperformance réalisée par le fonds. Est visé donc l'intéressement dans sa version la plus simple, à savoir celui qui est touché sur une base exclusivement contractuelle. Cela n'exclut pas que le titulaire d'un intéressement puisse détenir par ailleurs et au même titre que les investisseurs « ordinaires » ou « *limited partners* » une participation ordinaire dans le FIA. Cependant, il n'y est pas obligé. Les revenus de la participation volontairement acquise suivront le traitement fiscal de droit commun. Les intéressements touchés exclusivement sur une base contractuelle sont, en général, (i) octroyés gratuitement au gestionnaire - qui ne doit donc pas déboursier d'argent pour l'acquérir -, (ii) accordés sans prise de participation (directe ou indirecte) obligatoire dans le FIA, et (iii) payés par des fonds qui proviennent directement ou indirectement du FIA une fois le seuil de surperformance atteint.

Tombent sous le numéro 2 les intéressements qui sont indissociablement liés à une prise de participation « ordinaire » directe ou indirecte dans le FIA ou représentés par une participation matérialisant le droit à l'intéressement. Le présent projet de loi propose donc de remplacer le qualificatif « assorti » actuellement prévu à la première phrase du numéro 2 par deux expressions qui sont de compréhension plus directe.

Dans le premier cas de figure visé par le numéro 2 de l'alinéa 1a, à savoir celui qui vise l'intéressement qui est « indissociablement lié à une participation », il s'agit d'un carried interest touché sur une base contractuelle mais pour lequel il est obligatoirement requis de la personne physique qu'elle prenne également une participation « ordinaire » directe ou indirecte dans le FIA. Très souvent, l'élément de carried interest reste octroyé gratuitement à la personne physique et est payé par le FIA lorsque le seuil de surperformance est dépassé tandis que la participation « ordinaire » doit être acquise à titre onéreux par ses soins. L'emploi de l'expression « indissociablement lié » démontre bien que la prise



de participation « ordinaire » visée va de pair avec l'attribution du carried interest. Seul l'intéressement aux surperformances, suit le traitement fiscal particulier du numéro 2. En revanche, un revenu non-constitutif d'intéressement, obtenu de la participation ordinaire, se verra appliquer le régime de droit commun. Il est encore souligné que le lien indissociable avec une participation doit avoir une réalité économique en termes de montant et de durée afin d'éviter l'application du paragraphe 6 Steueranpassungsgesetz.

Dans le second cas de figure du numéro 2 de l'alinéa 1a de l'article 99bis L.I.R., est visé le carried interest « représenté par » une participation, encore appelée « carried invest ». En d'autres termes, le gestionnaire se voit offrir la possibilité d'acquérir le carried interest à titre onéreux au travers d'un investissement via un véhicule *ad hoc* (par exemple, une société en commandite spéciale luxembourgeoise ou un « partnership » de droit étranger). Dans ce cas de figure, il est indifférent pour le traitement fiscal du seul carried interest que le gestionnaire soit obligé d'acquérir ou non une participation au même titre qu'un investisseur ordinaire ou qu'il décide de son libre cours d'investir en sus de son carried interest. Comme dans le premier cas de figure, il convient de ventiler à nouveau entre les deux éléments de l'investissement. Le traitement fiscal du carried invest suit celui décrit dans le numéro 2 de l'alinéa 1a de l'article 99bis L.I.R. tandis que les éventuelles autres participations, librement consenties ou obligatoires, suivent le traitement fiscal du droit commun.

Finalement, pour les seuls besoins de l'application du numéro 2 de l'alinéa 1a de l'article 99bis L.I.R., la notion de « participation » dans le FIA doit être appréciée sur la base de sa nature économique plutôt que sur base de sa qualification fiscale. L'article 175 L.I.R. n'est dès lors pas applicable afin d'éviter qu'il soit fait abstraction d'une participation dans un FIA transparent. Sans cet ajout, en présence de FIA organisés soit sous forme de sociétés visées à l'article 175 L.I.R., soit sous forme de fonds communs de placement, il faudrait imposer le carried interest selon la nature des investissements sous-jacents. À toutes autres fins, telles que par exemple l'imposition ou non dans le chef du FIA lui-même, les dispositions de l'article 175 L.I.R. restent d'application.

#### *Ad article 2*

Cet article vise à transposer sans limite temporelle, le régime temporaire de l'imposition au quart du taux global prévu à l'article 213 L.F.I.A. de l'intéressement aux surperformances visées à l'article 99bis, alinéa 1a, numéro 1 L.I.R. Cette mesure se justifie en partie par le fait que la période de dix ans, prévue dans le régime transitoire, pouvait dans certains cas être trop courte tandis que dans un souci de développement et de diversification du secteur financier, il est nécessaire de pouvoir offrir un système durablement compétitif pour les gestionnaires présents et à venir.

#### *Ad article 3*

Dans la mesure où le présent projet de loi souhaite introduire un régime de carried interest permanent, il n'est plus nécessaire ni cohérent de maintenir le régime temporaire mis en place pour les gestionnaires sous l'article 213 L.F.I.A. Dans l'hypothèse où certains gestionnaires bénéficieraient encore de ce régime, ils basculeront automatiquement sous l'une des hypothèses visées à l'article 99bis, alinéa 1a L.I.R., qui devrait leur être au moins aussi favorable étant donné que le taux d'imposition est au moins équivalent et que la condition d'immigration est supprimée.

#### *Ad article 4*

La présente loi produira ses effets à partir de l'année d'imposition 2026.