

# Dimension of Substance – interplay between Transfer Pricing and Controlled Foreign Corporation Rules

By Michal STEPIEN, Director and Karolina IBRANYI-MATKOVITS, Manager, Deloitte Tax & Consulting

**L**uxembourg intercompany financing and holding entities are looking to meet their operational and economic capabilities required to manage their activities. The authors try to shed light on the existing framework, recent legislative development and best practices.

From a transfer pricing perspective, Luxembourg entities involved in related party financial transactions need to follow the arm's length principle, as codified in Articles 56 and 56bis of the Luxembourg Income Tax Law (LITL). These financial transactions should be documented, and such documentation should be made available to the Luxembourg tax Authorities ("LTA") under the AO (General Tax Law) 171.

The pricing of such related party transactions should reflect contemporaneous market conditions, functions performed, and risks borne by respective parties. In December 2016, through Circular 56/1-56bis/1 ("the Circular"), the LTA issued guidance on the functions that Luxembourg entities engaged in intercompany financing activities should perform, and the risks they should bear. In particular, the Circular provides de minimis requirements of the financial (sufficient financial capacity) and operational (qualified personnel) capabilities, or substance, to be engaged by the Luxembourg intercompany financing entity.

As a reminder, the key functions related to the provision of financing are:

- **origination:** negotiating and pricing, evaluating credit, currency, and market risk related to the transaction, raising funds on the most advantageous terms, contract signature; and
- **management:** monitoring payments, monitoring risks in relation to the transaction including creditworthiness of the borrower, monitoring profitability and market conditions.

Some companies may have addressed the letter of the aforementioned regulations through precisely designing their boards' composition and responsibilities, includ-



ing the provision of qualified personnel, covering as many of the activities within the scope of origination and management of loans. It is important to keep in mind that the Organisation for Economic Co-operation and Development's (OECD) transfer pricing guidelines, which form the basis of Luxembourg's transfer pricing law and regulations, include the substance over form concept. In practice it means that the actual conduct of the parties prevails over the legal, or contractual form such dealings may take. In consequence, Luxembourg companies must go beyond the letter of the law and evidence their control over risks and assets by demonstrating the actual exercise of these functions.

As a general guiding principle, the board shall be provided with sufficient information to make a well-informed decision. They should also have liberty to make decisions on behalf of the company, including to reject proposed transactions. This is to sustain that the decision is made in the company's best interest and to avoid being considered a mere rubber-stamping exercise. Bearing this in mind, it is crucial that the quality and level of documentation maintained can prove this decision-making process.

In addition, the directors should have the physical capacity to make well-informed decisions and demonstrate operational capabilities to manage the affairs of the companies whose board they sit on. A person with multiple mandates can only spend a



defined amount of time on them. Therefore, it is essential that the directors, whether independent or representing the shareholders, have enough time available to exercise their duties. Or, in other words, directors should not hold too many other responsibilities, especially mandates related to managing other companies.

The LTA is now trying to assess whether the spirit of these regulations is also being met. In recent tax audits it enquired into Luxembourg entities' effective control over risks. This aimed to confirm that the pricing of transactions was in line with the Luxembourg financing entity's functional and risk profile. On occasion, the LTA have requested supporting documentation that underpins and confirms the board's capacity to control the risks associated with the financing activity, such as board meeting minutes and board members' resumes.

It is important to note that the LTA wanted to assess the effective execution of director mandates. Due to the lack of direct guidance issued by the LTA, we recommend the market players look into the following areas of focus:

- The individual director's personal capacity to exercise their mandates; and
- The limitation of the director's mandate through the limitation of responsibility provided to that director, through a hold harmless letter/limitation of liability provided by the Luxembourg entity's (ultimate) parent.

Presenting further complexity, an additional and relevant requirement was introduced by the EU Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) under Circular 164ter/1 of 4 March 2020, which targets the entities controlling and managing assets and risks located in low-tax jurisdictions. (Art. 164ter LITL defines the controlled foreign corporations [CFC] rules, including the definition of a CFC and the application of the CFC rules).

To simplify, if the foreign entity or permanent establishment would not have owned the assets or would not have undertaken the risks generating all or part of its income if it were not controlled by a Luxembourg company where the significant people functions ("SPF") relevant to those assets and risks are exercised, this income (or the portion of this income) should be taxed in the hands of the controlling Luxembourg company.

In other words, Luxembourg personnel decisions would create potential tax consequences for the Luxembourg entity if these decisions go beyond the assets and risks it controls, and is directly benefitting from, in particular, the assets held by, and risks impacting its CFCs (especially the ones located in low-tax jurisdictions). Companies that try to increase the scope of the functions and responsibilities of their personnel and board members to meet the Circular 56bis' substance requirements, by giving them responsibilities beyond the Luxembourg entity's scope, may inadvertently trigger the CFC income pick-up.

As an example, one could in which both the transfer pricing and CFC rules interact, a Luxembourg holding company providing intercompany financing to its foreign subsidiaries (CFCs), some of which could also be intermediary holding and financing entities.

They both require active decision-making with regard to the acceptance and management of individual risks as well as portfolios of risks. For an intercompany financing entity, this would include the creation of a financial asset, analysis and evaluation of the risks inherent to the loans extended, however limited they are, the capability to commit capital of the business to the investment, determining the terms of the loan and organising and documenting the loan. The risk management function is likely to be the function most

relevant to the ongoing management of an existing financial asset.

Luxembourg board members have specific expertise in relation to financing activities and exercise functions that could be considered SPFs with respect to financial assets. These functions can be further blurred when the same individual fills various roles or sits on multiple boards across the investment structure. Going back to our example, as it is often the case in practice, the Luxembourg entity might have appointed a director representing the shareholders, who also serves as a director in some of the foreign subsidiaries (CFCs). At the same time, she has additional responsibilities as the Global Head of Treasury as an employee of the shareholder. In such situation the same person is likely to perform significant functions (SPFs) with respect to assets and risks held by multiple entities within and without Luxembourg, and in consequence create potential CFC taxation in Luxembourg.

However, within their mandate, the board members do not carry out any management operations regarding any financial asset on the balance sheet of any CFC. In particular, the board members do not negotiate terms and conditions of any financial asset of the CFC, nor carry out any risk monitoring or risk mitigating functions regarding any financing assets of the CFC. They only carry out investment monitoring and supervisory role representing Luxembourg company's interest in subsidiaries as part of their shareholder responsibilities. It is important to note that the risk management's performance as part of good corporate governance should not be considered as management (in the sense of taking significant decisions) regarding the assets and risks held by the subsidiary.

Where the overlap of individual mandates of individual directors is inevitable (as in our example), the clear delineation of responsibilities and the limitation of the decision-making powers of the board members is essential to demonstrate control over the risks and assets related to the Luxembourg entity's (financing) activity, exercise of the shareholders' governance and oversight responsibilities, while maintaining clear demarcation from the control of financing activity in relation to the management of foreign companies' assets and risk.

## Le Luxembourg favorise les voitures de fonction moins polluantes

**F**rançois Bausch, Vice-Premier ministre, ministre de la Mobilité et des Travaux publics, a présenté en date du 11 janvier 2022, le projet de règlement grand-ducal au sujet de la mise à jour du régime de l'avantage en nature des voitures de fonction dans le but de privilégier davantage les voitures à zéro ou faibles émissions de roulement en CO2.

Dans le cadre du plan national intégré en matière d'énergie et de climat (PNEC) et en vue d'atteindre à l'horizon 2030, un taux de 49% de voitures électriques dans le parc automobile national, le présent projet de règlement grand-ducal propose en faveur des voitures à zéro émission ou faibles émissions en CO2, une adaptation de l'avantage en nature (ATN).

Cette amélioration concerne les voitures de société de catégorie M1 appartenant à l'employeur ou prises en location ou en leasing par l'employeur et mises à disposition, au moins partiellement, à des fins non professionnelles par l'employeur au salarié.

Selon la Société nationale de circulation automobile (SNCA), 443.301 voitures (M1) ont été immatriculées au 1<sup>er</sup> janvier 2022 au Luxembourg, dont environ 40.000-50.000 pourraient être considérées comme voitures de fonction, tombant sous le régime ATN. Il convient de préciser que l'analyse réalisée dans le cadre du présent projet de règlement grand-ducal porte sur



(de g. à dr.) Pol PHILIPPE, ministre de la Mobilité et des Travaux publics ; François BAUSCH, Vice-Premier ministre, ministre de la Mobilité et des Travaux publics © MMTP

les nouvelles immatriculations de voitures de leasing, représentant au mieux le parc des voitures de fonction.

Jusqu'à la réforme fiscale de 2017, un taux unique de 1,5% de la valeur neuve de la voiture (TVA comprise) était appliqué pour les véhicules de fonction. Depuis 2017, le taux d'ATN est cependant calculé en fonction du type de motorisation et des émissions de CO2. À partir de l'année 2020, l'ATN est calculé en se basant sur les valeurs WLTP (World Harmonised Light Vehicle Test Procedure), ce qui correspond pour les voitures à moteur à combustion à des valeurs d'émissions de CO2 plus réalistes qui sont en moyenne, approximati-

vement 20% plus élevées par rapport à l'ancien cycle d'essai NEDC.

### Modification du taux de l'avantage en nature pour les voitures de fonction applicable à partir de 2023

En raison des délais de livraison longs et incertains, le régime actuel de calcul du taux ATN reste applicable pour les nouveaux contrats de leasing conclus jusqu'au 31 décembre 2021. De même, ce régime sera appliqué lors de l'année 2022, pour l'ensemble des nouvelles voitures immatriculées et pour lesquelles un contrat de leasing a été conclu après le 31 décembre 2021. Pour l'année 2023, le nouveau

régime de calcul du taux ATN sera appliqué pour ces mêmes voitures. Pour toutes les voitures de fonction immatriculées à partir de l'année 2023, le nouveau régime de calcul du taux ATN sera applicable. Ce nouveau régime s'appliquera pour les contrats de leasing conclus jusqu'à la fin de l'année 2024 à condition que l'immatriculation du véhicule ait lieu avant le 31 décembre 2025.

Concrètement, un nouveau régime pour le calcul du taux ATN en fonction du type de motorisation et d'émissions de CO2 sera mis en place de sorte que le taux soit augmenté de +0,2% pour la majorité des catégories de voitures à émissions en CO2 supérieures à 80 g/km. Pour les voitures appartenant dans les catégories d'émissions inférieures ou égales à 80 g/km, il n'y aura pas d'adaptation des taux actuellement applicables.

Le taux maximal de 1,8% s'appliquera aux voitures de fonction, dont les émissions de CO2 sont supérieures à 130 g/km (actuellement 150 g/km). Ce taux maximal correspond environ au seuil moyen à partir duquel une voiture de fonction n'est plus financièrement avantageuse pour le salarié par rapport à une acquisition de la voiture en son nom propre ou en leasing privé.

En ce qui concerne les voitures à zéro émission de roulement en CO2, à savoir les voitures électriques pures et à pile à combustible à l'hydrogène, un taux minimal de 0,5% est maintenu. Toutefois, le taux de 0,5% sera uniquement applicable pour les voitures à faible consommation en énergie électrique, donc inférieure ou égale à 18

kWh/100km. Cette adaptation est similaire à la modulation des primes d'achat pour les voitures électriques pures introduites en avril 2021.

### Modification du taux de l'avantage en nature pour les voitures de fonction applicable à partir de 2025

Pour les voitures de fonction nouvellement immatriculées à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2025, et pour lesquelles aucun contrat ne sera signé avant le 31 décembre 2024, le régime forfaitaire de l'ATN sera simplifié et particulièrement favorable aux voitures à zéro émission de roulement en CO2.

Le taux de 0,5% ne sera plus applicable, donc un taux de 1% sera fixé pour les voitures électriques pures dont la consommation d'énergie électrique ne dépasse pas 18 kWh/100km et pour les véhicules à pile à combustible à hydrogène. Pour les modèles de voitures de fonction électriques dont la consommation d'énergie électrique est supérieure à 18 kWh/100km, un taux de 1,2% sera prescrit.

En ce qui concerne les autres motorisations, dont entre autres celles à essence, diesel, GNC, GPL et y inclus toutes les motorisations hybrides et plug-in hybrides avec un moteur thermique, le taux pour le calcul de la valeur mensuelle de l'ATN sera fixé à 2%. Ceci dans le but d'encourager le salarié à opter pour une voiture de fonction à zéro émission de roulement en CO2.

Source : ministère de la Mobilité et des Travaux publics