

Doctrine

L'INTÉGRATION FISCALE : BESOIN DE CLARIFICATIONS SUITE AUX ÉVOLUTIONS ET CONTROVERSES RÉCENTES

HUGUES HENAFF

PARTNER - INTERNATIONAL & CORPORATE TAX,
ATOZ TAX ADVISERS



MARIE BENTLEY

KNOWLEDGE MANAGER,
ATOZ TAX ADVISERS



I. INTRODUCTION

Le régime de l'intégration fiscale a subi de nombreuses modifications depuis son introduction dans la législation fiscale luxembourgeoise en 1981. La dernière modification en date, introduite par la loi du 26 avril 2019¹ (la « Loi »), a pour objet principal d'adapter ce régime à l'introduction de la nouvelle règle de limitation à la déductibilité des intérêts introduite par la directive établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale du 16 juillet 2016² (« ATAD »). Par cette Loi, le législateur tranche également une des controverses relatives à l'utilisation des pertes antérieures à une intégration fiscale née en raison des termes du Règlement grand-ducal pris en exécution de l'Article 164bis de la LIR³ (le « Règlement »). Le débat s'articulait autour de la question de l'ordre d'imputation des pertes fiscales antérieures à l'intégration de la société qui les avait subies.

Incomplète, cette réforme du régime de l'intégration fiscale ne règle pas tous les détails pratiques des questions qu'elle soulève et ne tranche pas certaines controverses pourtant bien d'actualité, par exemple, celles relatives à la mesure dans laquelle une intégration fiscale peut être modifiée en cours de régime. Or, ces modifications législatives et ces controverses non tranchées ont des conséquences non négligeables pour les contribuables et peuvent dans certaines circonstances bien particulières porter atteinte à l'objectif même du régime d'intégration fiscale.

Afin de poser clairement les bases des évolutions et des controverses, nous rappellerons dans un premier temps l'objectif et les effets du régime d'intégration fiscale au Luxembourg. Nous détaillerons ensuite les conditions pour pouvoir bénéficier de ce régime. Nous étudierons en-

fin les tenants et aboutissant des différentes évolutions et controverses récentes à la lumière notamment de la jurisprudence luxembourgeoise et européenne.

II. IMPLICATIONS DU RÉGIME D'INTÉGRATION

A. Objectif du régime d'intégration

En principe, chaque membre d'un groupe de sociétés est, s'agissant d'un être moral ayant une personnalité juridiquement propre, considéré fiscalement de façon isolée. Chaque membre du groupe est considéré comme une société indépendante aussi bien du point de vue du champ d'application de l'assiette de l'impôt que des obligations incombant au redevable de l'impôt. La règle de droit positif établie par l'Article 164 de la loi concernant l'impôt sur le revenu (« LIR ») interdit, à cet effet, de compenser ou de transférer des résultats entre sociétés liées. Selon cette disposition, tout transfert de bénéfice, quel qu'en soit la forme, à un associé, sociétaire ou intéressé, constitue une distribution de bénéfice qui ne peut diminuer la base d'imposition dans le chef de la société distributrice. De manière similaire, les transactions entre entreprises liées doivent respecter le principe de pleine concurrence et à défaut, les bénéfices de ces entreprises seront déterminés aux conditions qui prévalent entre entreprises indépendantes et seront imposés en conséquence⁴. Le régime de l'intégration fiscale introduit une dérogation à ce principe dans la mesure où il permet que les résultats des sociétés intégrées soient consolidés, à des fins fiscales, dans le résultat de la société intégrante (également appelée société « faitière »). Toutefois, au regard des dernières modifications introduites par la Loi, l'intégration fiscale n'a pas pour conséquence la seule addition des résultats nets de chaque entité du groupe.

1. Loi du 26 avril 2019 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'État pour l'exercice 2019, Mémorial A, N° 274 du 26 avril 2019.
2. Directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, J.O. du 19.7.2016, L 193/1.
3. Règlement grand-ducal du 18 décembre 2015 portant exécution de l'Article 164bis, alinéa 10 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt

sur le revenu, Mémorial A -- N° 245 du 24 décembre 2015 (abrogé par le Règlement grand-ducal du 26 avril 2019 portant abrogation du règlement grand-ducal du 18 décembre 2015 portant exécution de l'Article 164bis, alinéa 10 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, Mémorial A, N° 280 du 26 avril 2019).
4. Articles 56 et 56bis de la LIR.

Initialement, le régime de l'intégration fiscale tendait à reconnaître la réalité des groupes de sociétés en préconisant l'assimilation, sur demande, des filiales détenues à raison de 99 % au moins du capital par une société mère, à un établissement stable de cette société mère. Tout comme le régime des sociétés mères et filiales, ce régime spécial d'imposition du bénéficiaire consolidé d'un groupe de sociétés procédait du souci de neutralité fiscale. La volonté du législateur était, originellement, de permettre à une société de pouvoir choisir entre la création d'une succursale ou la constitution d'une filiale, sans qu'elle ne doive mettre en balance les conséquences fiscales que comporterait ce choix. Le législateur souhaitait notamment éviter qu'une société ne soit incitée, pour des considérations purement fiscales, à confier à des établissements sans personnalité juridique propre, l'exploitation de secteurs d'activité qui, pour des raisons de bonne gestion du groupe, devrait normalement être confiée à des filiales. En effet, en cas de création d'un simple établissement stable, les charges d'exploitation de celui-ci viennent se fondre directement dans l'ensemble des charges de l'entreprise, alors que les pertes d'une société filiale, fût-ce une filiale dont l'entreprise détient la quasi-totalité du capital, ne sont pas déductibles des bénéfices de la société mère. Tout au plus, cette dernière peut constater la dépréciation de la valeur de sa participation dans son bilan. Dès lors, le choix de confier une activité à un établissement stable ou à une filiale nouvellement créée a donc une importance particulière si cette activité se révélait déficitaire. Le régime de l'intégration avait donc pour objectif de gommer cette différence puisqu'il permettait, sous certaines conditions d'intégration économique et organisationnelle, de réunir les résultats fiscaux respectifs de chaque société intégrée afin de les taxer globalement, comme s'il s'agissait d'un contribuable unique. L'objectif du régime d'intégration était ainsi de supprimer les contraintes d'ordre fiscal susceptibles d'entraver une modernisation ou une réorganisation des structures de groupes d'entreprises.

Avec la réforme du régime d'intégration en 2001, l'objectif initial du législateur a toutefois quelque peu évolué. Depuis cette réforme, l'intégration fiscale ne vise en effet plus à assimiler une filiale à un établissement stable. L'intégration fiscale a désormais pour seul objectif de collecter les résultats fiscaux respectifs de chaque société intégrée du groupe afin de les taxer globalement, comme s'il s'agissait d'un contribuable unique au niveau d'une société dite « intégrante ». L'intégration fiscale a donc désormais pour but de permettre aux sociétés luxem-

bourgeoises du même groupe (ou de certaines d'entre elles seulement) de choisir, à des conditions spécifiques, une sorte d'imposition consolidée, sans mettre en péril l'autonomie patrimoniale des sociétés concernées par le droit des sociétés. Il est par conséquent clair que, dans l'esprit du législateur et au regard de la suppression des conditions d'intégration économique et organisationnelle requises initialement pour pouvoir bénéficier du régime, la recherche d'un objectif fiscal, à savoir la neutralité fiscale d'une structure d'entreprise, est inhérente à la mise en place d'un régime d'intégration fiscale.

B. Effets du régime d'intégration

Au Luxembourg, l'intégration fiscale est autorisée aux fins de l'impôt sur le revenu des collectivités (« IRC ») et de l'impôt commercial communal (« ICC »). Chaque entité membre du groupe d'intégration fiscale (le « Groupe ») reste individuellement sujette à, et redevable de, l'impôt sur la fortune (« IF »).

La portée du régime de l'intégration fiscale a pour effet de faire masse des résultats fiscaux des sociétés intégrées avec celui de la société intégrante. Certaines règles spéciales s'appliquent néanmoins pour la limitation à la déductibilité des intérêts, les pertes déductibles⁵, les libéralités déductibles, le crédit d'impôts et les bonifications pour investissement.

En pratique, chaque société du Groupe doit déterminer son propre résultat fiscal et déposer une déclaration comme si elle ne faisait pas partie du groupe⁶. Chaque société reçoit ses propres enrôlements IRC, ICC et IF mais aucun impôt ne doit être payé par celle-ci à l'administration des contributions directes. Les résultats nets « corrigés »⁷ de chaque entité du groupe consolidé sont en effet globalisés au niveau de la société dite « intégrante » à des fins d'imposition. La société intégrante est ainsi redevable et paye l'IRC et l'ICC pour le groupe intégré. Chaque société reste redevable de son propre IF pour lequel quelques règles spécifiques⁸ sont applicables en cas d'intégration.

Les sociétés intégrées fiscalement restent néanmoins obligées de se conformer au principe de la pleine concurrence pendant toute la durée d'application du régime, en ce sens que les transactions intragroupes devraient être effectuées dans des conditions identiques à celles pratiquées entre entités indépendantes.

5. Le report de pertes fiscales, réalisé avant l'intégration fiscale, est limité au montant global du revenu positif réalisé lors de l'intégration fiscale par la société à l'origine des pertes. À la suite de la clôture de l'intégration fiscale, les pertes fiscales générées lors de l'intégration fiscale ne peuvent être utilisées que par la société intégrante.
6. Cette idée était déjà reprise dans le règlement grand-ducal du 1^{er} juillet 1981 pris en exécution de l'Article 164bis, alinéa 5 de la LIR.

7. Nous reviendrons ci-après sur la notion de résultat net, en effet ici, sur base des dernières clarifications, le résultat net correspond au résultat imposable de l'année sans prise en compte des pertes fiscales reportables, nées antérieurement à la mise en place du Groupe.

8. Les effets du régime d'intégration en matière d'IF ne seront pas traités dans le cadre de cet article.

3. CONDITIONS ET CHAMP D'APPLICATION

Les conditions ont évolué à travers les différentes formes du régime d'intégration. Initialement, l'octroi du bénéfice du régime d'intégration était soumis à des conditions d'intégration du point de vue économique et du point de vue de l'organisation de la filiale dans la société mère intégrante. Le régime d'intégration originel n'était donc pas applicable lorsque la société faitière avait comme seul objet la prise de participations. Ces conditions présupposaient, en effet, que la filiale soit appelée à compléter ou à promouvoir l'activité de la société mère afin de pouvoir bénéficier du régime d'intégration. Dans le cas d'une société mère ayant comme seul objet la prise de participations, la condition de l'intégration du point de vue économique de la filiale n'était jamais remplie à défaut pour cette société mère d'exercer une activité économique⁹. En supprimant ces conditions, la réforme du régime d'intégration de 2001 a ouvert la voie au régime d'intégration fiscale en l'absence de toute activité commerciale ou industrielle des sociétés impliquées.

La base légale du régime d'intégration fiscale se trouve à l'Article 164bis de la LIR, initialement complété par le Règlement qui a cependant été abrogé avec effet au 1 janvier 2019. Le régime d'intégration fiscale fait aussi l'objet d'une circulaire LIR n°164bis du 27 septembre 2004 (la « Circulaire »). Dès lors que depuis sa publication le régime d'intégration a fait l'objet de 4 modifications législatives, il serait opportun qu'une nouvelle circulaire soit émise par l'administration fiscale. L'intérêt de celle-ci est à cet égard indéniable en raison des différentes controverses et incertitudes qui entourent le régime.

1) Sociétés éligibles et types d'intégration

Les sociétés éligibles pour faire partie d'une intégration fiscale au Luxembourg sont les sociétés de capitaux résidentes pleinement imposables et les établissements stables indigènes de sociétés de capitaux non-résidentes pleinement imposables à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités¹⁰. Selon leur place et leur fonction dans l'intégration fiscale, il convient de distinguer la société intégrante des sociétés intégrées, la société intégrante étant celle au sein de laquelle les résultats

fiscaux des sociétés intégrées seront consolidés à des fins fiscales.

Les organismes de titrisation, les sociétés d'investissement en capital à risque, ainsi que les fonds d'investissement alternatifs réservés répondant aux critères de l'Article 48, paragraphe 1^{er}, de la loi du 23 juillet 2016 relative aux fonds d'investissement alternatifs réservés, sont exclus du champ d'application de l'intégration fiscale¹¹.

Un groupe intégré est défini par la loi soit comme un groupe composé de la société mère intégrante et de la ou des sociétés intégrées (i.e. intégration verticale), soit comme un groupe composé de la filiale intégrante et de la ou des sociétés intégrées (i.e. intégration horizontale)¹². Un groupe de société a donc la possibilité d'opter pour une intégration dite « verticale » ou une intégration dite « horizontale ».

Pour autant que les conditions soient remplies, les sociétés du groupe décident de l'étendue de l'intégration fiscale, qui peut être appliquée à seulement deux sociétés éligibles d'un groupe plus large, ou à toutes les sociétés éligibles d'un groupe. En principe, le périmètre du Groupe et son existence-même sont susceptibles d'être modifiés chaque année. La législation fiscale luxembourgeoise ne permet toutefois pas à une société de faire partie simultanément de plus d'un Groupe consolidé¹³. Par conséquent, la constitution d'une sous-intégration fiscale n'est pas permise.

Il y a ici une distinction par rapport à la mise en place d'un groupe TVA, puisqu'en matière de TVA, dès lors qu'un groupe est mis en place, les sociétés satisfaisant aux conditions requises sont automatiquement considérées comme faisant partie du groupe TVA.

a) Intégration verticale

Dans une « intégration verticale », les résultats fiscaux respectifs des membres du Groupe sont regroupés soit dans le chef de la société mère résidente soit de l'établissement stable indigène de la société mère non-résidente. À cette fin, la société mère intégrante doit détenir directement ou indirectement au moins 95 % du capital de ses filiales intégrées. Le cas échéant, elle se constitue seule redevable de l'IRC de l'ensemble du Groupe.

9. Voir en ce sens : CJUE, 20 juin 1991, Polysar Investments Netherlands (C-60/90, LexNow Référence / ID 2331, Rec. p. I-3111, points 13 et 14); CJUE, 22 juin 1993, Sofitam (C-333/91, LexNow Référence / ID 2330, Rec. p. I-3513, point 12); CJUE, 20 juin 1996, Wellcome Trust (C-155/94, LexNow Référence / ID 2329, Rec. p. I-3013, point 35); CJUE, 6 février 1997, Harnas & Helm (C-80/95, LexNow Référence / ID 20840, Rec. p. I-745, points 15 et 16); CJUE, 27 septembre 2001, Cibo Participations, (C-16/00, EU:C:2001:495), LexNow Référence / ID 2332 ; et Projet de loi portant réforme de certaines dispositions en matière des impôts directs et indirects, exposé des motifs, doc. parl. n°4855, p. 37.

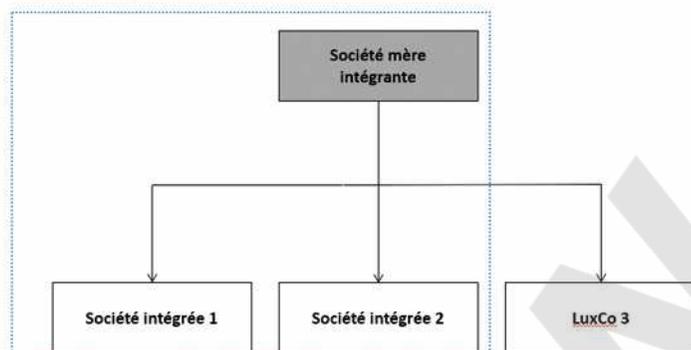
10. Article 164bis, §1 de la LIR.

11. Article 164bis, §1, dernier al., de la LIR.

12. Article 164bis, §§1 à 3 de la LIR.

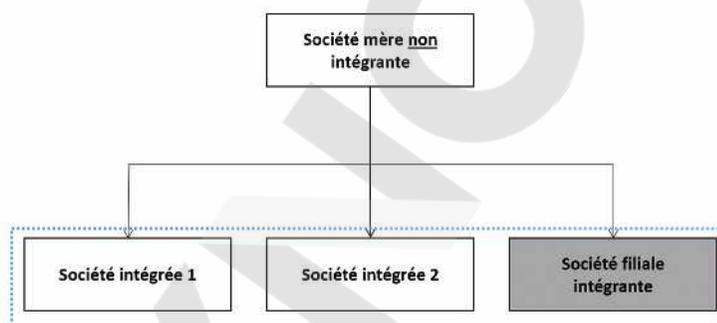
13. Article 164bis §1, point 5 de la LIR ; Projet de loi portant transposition de la directive 2014/86/UE du Conseil du 8 juillet 2014 modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents et portant modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, Rapport de la commission des finances et du Budget, doc.parl. n° 6847/05, p. 9.

▪ Régime d'intégration verticale



b) Intégration horizontale

▪ Régime d'intégration horizontale (depuis 2015)



Depuis 2015, faisant écho aux exigences jurisprudentielles européennes¹⁴, un groupe intégré peut également prendre la forme d'une « intégration horizontale ». Dans ce cas, les résultats fiscaux respectifs des membres du Groupe sont regroupés dans le chef d'une société filiale intégrante et non dans le chef de la société mère commune, celle-ci ne faisant pas partie du Groupe (i.e. la société mère non intégrante) et pouvant être résidente dans un autre État de l'Union européenne afin d'éviter des situations discriminatoires.

Si le groupe de société opte pour une intégration verticale, la société intégrante sera nécessairement la société mère des sociétés intégrées alors que s'il opte pour une intégration horizontale, la société intégrante peut être la mère mais également la sœur des sociétés intégrées. Dans l'hypothèse d'une intégration horizontale, les sociétés intégrantes et intégrées sont détenues directement ou indirectement par une société mère non-intégrante. À cette fin, la société mère non intégrante doit détenir di-

rectement ou indirectement au moins 95 % du capital des sociétés faisant partie du Groupe.

La société mère non intégrante doit être une société de capitaux résidente pleinement imposable ou un établissement stable indigène d'une société de capitaux non résidente pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités ou une société de capitaux résidente d'un autre État partie à l'Accord sur l'Espace économique européen (« EEE ») pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités ou un établissement stable d'une société de capitaux pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités situé dans un autre État partie à l'Accord sur l'EEE et y pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités¹⁵. Lorsque la société mère non intégrante est un établissement stable éligible, il faut que les participations directes ou indirectes dans les sociétés intégrées soient détenues par ledit établissement stable¹⁶.

14. CJUE, X AG e.a. v. *Pays-Bas*, C-40/13 du 12 juin 2014, LexNow Référence / ID 22009.

15. Article 164bis, §1, point 3, de la LIR.

16. Projet de loi portant transposition de la directive 2014/86/UE du Conseil du 8 juillet 2014 modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal

commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents et portant modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, Rapport de la commission des finances et du Budget, *doc.parl.* n°6847/05, p 9.

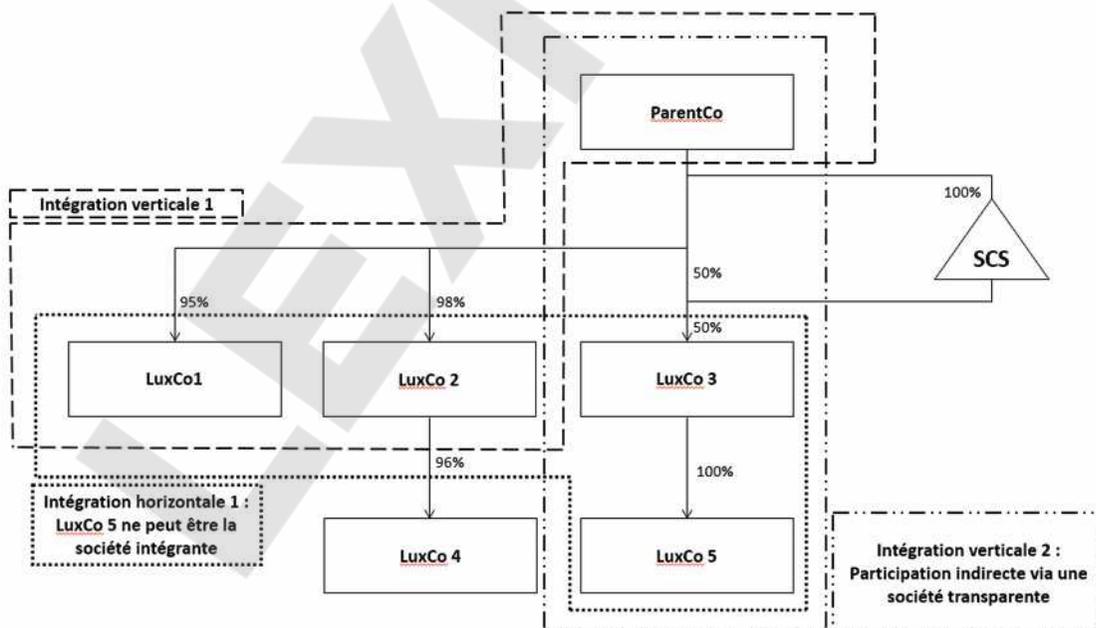
La société filiale intégrante est choisie parmi un des membres du Groupe dont le degré de parenté avec la société mère non intégrante est au moins aussi proche que celui des autres membres. Le rang hiérarchique d'un établissement stable correspond à celui de la société de capitaux qui le détient. Dans l'hypothèse d'une société mère non intégrante (« MNI ») qui détient deux filiales éligibles (« F1 et F2 ») dont chacune détient une sous-filiale éligible (« SF1 et SF2 »), si MNI, F1, F2, SF1 et SF2 souhaitent former un groupe d'intégration horizontale composé de F1, F2, SF1 et SF2, seules F1 ou F2 peuvent être désignées comme société filiale intégrante. SF1 et SF2 ne qualifient pas de société filiale intégrante parce qu'elles occupent un rang inférieur à celui de F1 et F2 dans la hiérarchie du groupe formé par MNI¹⁷. Lorsque deux ou plusieurs sociétés d'un Groupe sont éligibles pour se constituer société filiale intégrante, le Groupe désigne parmi ces membres celui qui assume le rôle de la société filiale intégrante. Le Groupe est lié par ce choix durant toute son existence¹⁸.

Lorsqu'elle est horizontale, elle permet donc à une société du Groupe de se constituer seule redevable de l'IRC dû par le Groupe qu'elle peut former avec, en plus de ses filiales, ses sociétés sœurs établies au Luxembourg, lorsque leur capital à toutes est détenu directement ou indirecte-

ment à un certain pourcentage par une entité mère non intégrante, luxembourgeoise ou étrangère.

2) Conditions de détention du capital

Hormis la présence d'une société mère commune non-intégrante et le fait que les propres résultats fiscaux de celle-ci ne font pas partie du résultat global du Groupe, l'octroi du bénéfice du régime d'intégration fiscale horizontale est soumis aux mêmes conditions que celui accordé aux intégrations verticales. Il s'ensuit notamment que la société mère (intégrante ou non intégrante) doit détenir, de manière directe ou indirecte, une participation de 95 % au moins dans le capital des sociétés membres du Groupe et que cette participation soit détenue de manière ininterrompue à partir du début du premier exercice d'exploitation pour lequel le régime d'intégration fiscale est demandé. Initialement le régime d'intégration fiscale exigeait un seuil de détention minimale de 99 %. En 2001, ce seuil a toutefois été modifié car jugé trop restrictif. La détention d'une participation à travers un organisme fiscalement transparent est à considérer comme détention directe proportionnellement à la fraction détenue dans l'actif net de cet organisme.



Le seuil de détention indirect s'obtient en multipliant les différents taux concernés. Ainsi, si une société mère détient une filiale à 98 % (LuxCo 2) qui détient elle-même une filiale à 96 % (LuxCo 4), cette dernière ne peut pas

former une intégration fiscale avec la société mère parce que cette celle-ci ne détient pas directement 95 % du capital de LuxCo 4. En effet, 98 % de 96 % est inférieur à 95 %.

17. Ibidem

18. Ibidem

Dans un souci de garantir la compétitivité d'entreprises existantes et d'entreprises à créer, la possibilité de déroger exceptionnellement à la condition relative au seuil de participation de 95 % a été introduite. L'intégration peut ainsi aussi être accordée exceptionnellement, si le taux de 95 % n'est pas rempli, au profit d'un groupe de sociétés pour autant que, sur avis concordant du Ministre des Finances et de l'Économie, ladite participation s'avérerait particulièrement intéressante pour l'expansion et l'amélioration structurelle de l'économie nationale. Dans ce cas, l'intégration financière devra cependant atteindre 75 % au moins et les actionnaires minoritaires représentant au moins trois quarts de la quote-part du capital social non détenue par la société-mère devront acquiescer au régime d'intégration fiscale.

3) Durée du régime de détention

Les sociétés membres du Groupe doivent se lier pour une période devant comprendre au moins 5 exercices d'exploitation et, pendant toute cette période minimale, les conditions d'éligibilité et de seuil de participation doivent être remplies de façon ininterrompue. À cette fin, mais également afin de permettre la consolidation des résultats des sociétés du Groupe, la société intégrante et les sociétés intégrées doivent ouvrir et clôturer leurs exercices d'exploitation à la même date¹⁹.

Le point de départ du calcul du délai de 5 ans est le début du premier exercice comptable pour lequel le régime d'intégration fiscale est demandé²⁰. Ainsi l'intégration fiscale est effective rétroactivement à partir du début de l'exercice comptable au cours duquel l'intégration fiscale a été demandée. Dans l'hypothèse d'une extension du périmètre de l'intégration fiscale existante, la condition de détention minimale de 5 ans doit être appréciée à chaque arrivée d'un nouveau membre dans l'intégration fiscale par rapport à ce membre²¹. Cette conclusion se dégage des termes du §7 *in fine* de l'Article 164bis de la LIR, en vertu duquel « La condition du taux de participation (...) doit être remplie d'une façon ininterrompue à partir du début du premier exercice comptable pour lequel le régime d'intégration fiscale est demandé » et de la référence faite à la demande d'intégration fiscale.

Le régime d'intégration se prolonge de manière tacite, à moins que les sociétés impliquées ne renoncent à son application ou que l'une des conditions d'application ne soit plus remplie²². Lorsque les sociétés renoncent au régime d'intégration fiscale après la période couvrant 5 exercices

d'exploitation ou si l'une ou l'autre des conditions donnant droit à l'octroi du régime ne se trouve plus remplie après l'achèvement de la période minimale, le régime fiscal prend fin à partir du début de l'exercice social au cours duquel est intervenu l'événement déclenchant la perte du régime.

Si les conditions ne sont pas remplies pendant toute la période de 5 ans, les avantages de l'intégration fiscale sont perdus, de manière rétroactive. Un bulletin déjà émis sera rectifié²³. À noter que dans ce cas, la prescription prend cours à partir du 1^{er} janvier qui suit l'année au cours de laquelle est survenu l'élément déclenchant la perte du régime²⁴.

En cas de restructuration au sein d'un groupe, la liquidation de la société intégrante, la migration de la société intégrante (sauf si elle maintient un établissement stable résident) provoque la fin de l'intégration avec annulation de l'intégration et taxation rétroactive. L'inclusion dans le régime d'intégration de la société mère de la société intégrante (que l'intégration soit verticale ou horizontale) provoque également la fin de l'intégration mais concomitamment, une nouvelle intégration est constituée.

En revanche, lorsque le taux de participation dans une société intégrée est réduit en dessous des 95 % requis ou qu'une société intégrée fusionne avec une société hors du groupe d'intégration par exemple, cette société intégrée sort du régime de l'intégration qui devrait être maintenu par ailleurs pour les autres sociétés du groupe toutes les autres conditions restantes remplies par ailleurs. Une modification de la taxation *ad hoc* interviendra afin d'annuler rétroactivement la participation de la société « sortie » du régime.

Enfin, la fusion par absorption d'une société intégrée par la société mère intégrante ou une vente ou transfert d'une société intégrée à une autre société intégrée ne devrait pas avoir d'impact en pratique sur l'intégration fiscale puisque de telles opérations de restructuration opèrent en réalité une consolidation totale (juridique et fiscale) des sociétés impliquées. Au contraire, la liquidation d'une société intégrée ne pourrait être considérée comme une consolidation totale de celle-ci dans sa société mère puisque, bien que cette opération ait des conséquences fiscales très similaires à la fusion, la société liquidée disparaît et sa personnalité juridique n'est pas poursuivie par son actionnaire. La confirmation des effets de telles restructurations sur une intégration était fréquemment

19. Article 164bis, §7, de la LIR.

20. *Ibidem*.

21. Tribunal administratif, 24 juin 2015, n°34530, LexNow Référence / ID 23389.

22. Circulaire LIR n°164bis du 27 septembre 2004, point 1.4.5.

23. Sur la base des dispositions combinées du paragraphe 4, alinéa 2 de la loi d'adaptation fiscale et du paragraphe 225 de la loi générale des impôts (« Abgabenordnung »)

24. Circulaire LIR n°164bis, *op.cit.*, point 1.4.6.

obtenue dans le cadre d'une décision anticipée. Cependant, eu égard aux incertitudes liées aux restructurations des sociétés faisant partie d'un groupe d'intégration, il serait opportun que le législateur tranche ces questions, ce qui n'a malheureusement pas été fait lors de la dernière modification législative. À défaut, si l'administration mettait à jour sa circulaire, elle pourrait également clarifier officiellement sa position à ce sujet. Afin de prévenir les conséquences financières d'une restructuration sur le délai de 5 ans, il est cependant toujours possible de gérer contractuellement, entre sociétés du groupe, les risques financiers encourus liés à une telle restructuration.

B. La demande pour bénéficier du régime d'intégration fiscale

L'intégration fiscale est un régime optionnel qui n'est disponible que sur demande écrite à introduire auprès de l'administration fiscale luxembourgeoise. Cette demande doit être déposée conjointement par la société intégrante et les entités intégrées soumises à l'intégration fiscale. Dans le cas d'une intégration horizontale, la société mère non-intégrante doit également prendre part à la demande en raison du rôle clé qu'elle joue dans le cadre de l'octroi du régime d'intégration fiscale. Vu que l'octroi du régime d'intégration fiscale est soumis, entre autres, à la condition que les sociétés membres du Groupe se lient pour une période devant comprendre au moins 5 exercices d'exploitation et que pendant toute cette période minimale la société mère intégrante ou non intégrante détienne, de manière directe ou indirecte, de façon ininterrompue une participation d'au moins 95 % dans les sociétés intégrées, il est en effet nécessaire que la société mère non intégrante acquiesce à cette demande en connaissance de cause²⁵.

Bien que la loi ne spécifie pas expressément le service auquel cette demande est à adresser, il vise en fait le bureau d'imposition compétent pour l'imposition de la société intégrante, ce dernier vérifiant la demande et informant les sociétés concernées, ainsi que le(s) bureau(x) d'imposition compétent(s) pour l'imposition de la (des) société(s) intégrée(s), si les conditions de l'Article 164bis L.I.R. sont remplies ou non²⁶. Il est entendu que la demande doit renfermer les informations pertinentes permettant au bureau d'imposition compétent pour l'imposition de la

société intégrante de vérifier si les conditions d'application posées par l'Article 164bis LIR se trouvent remplies.

Depuis la suppression des conditions d'intégration économique et d'intégration organisationnelle soumises à l'appréciation ministérielle, l'examen de la demande est purement formel. L'autorisation est octroyée dès que les conditions objectives sont remplies. Il n'appartient donc pas à l'administration d'analyser si la motivation essentielle de la demande des entreprises est ou non l'intérêt fiscal de l'intégration fiscale et notamment l'avantage découlant de la compensation des profits et pertes du groupe. La quête d'un objectif fiscal, en l'occurrence la neutralité fiscale, est inhérente au régime d'intégration fiscale et ne saurait, partant, être le sujet de discussions²⁷. En conséquence, il n'est pas exigé des contribuables concernés qu'ils fournissent des explications ou des justifications quant aux raisons les conduisant à opter pour le régime d'intégration fiscale ou à choisir certaines modalités plutôt que d'autres²⁸. La situation est cependant quelque peu différente lorsque le bénéfice de l'intégration fiscale est demandé avec l'application du taux de déduction réduit. Dans ce cas en effet, l'autorisation n'est en effet accordée que sur avis concordant du Ministre des Finances et de l'Économie²⁹.

La loi précise que cette demande doit être introduite par écrit et conjointement³⁰ par les sociétés concernées. La demande doit être introduite avant la fin du 1^{er} exercice de la période pour laquelle le régime est demandé. Dès lors que la loi fixe ainsi un délai endéans lequel la demande d'admission au régime de l'intégration fiscale doit être parvenue au bureau d'imposition compétent, il faut toutefois conclure que la loi impose aux sociétés concernées la charge de prouver³¹ la réception effective de la demande par le bureau d'imposition compétent³². Il s'agit d'une condition de forme pour le moins essentielle dont la preuve n'est pas administrée par la seule affirmation que la demande en cause aurait été adressée au bureau d'imposition par courrier simple³³. En pratique, cette preuve devrait être rapportée par un envoi recommandé, avec ou sans accusé de réception. La question de l'envoi d'une demande par courrier électronique pourrait poser un problème dans la mesure où, en pratique, l'administration fiscale a déjà rejeté des réclamations introduites

25. Projet de loi portant transposition de la directive 2014/86/UE du Conseil du 8 juillet 2014 modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents et portant modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, Rapport de la commission des finances et du Budget, *doc.parl.* n°6847/05, p. 9.

26. Position prise par le Directeur, par décision du 16 juin 2014, inscrite sous le numéro C19655.

27. Tribunal administratif, 24 juin 2015, *op.cit.* ; Projet de loi portant transposition de la directive 2014/86/UE du Conseil du 8 juillet 2014 modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents et portant modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu,

avis du Conseil d'État n° 51.260 du 10 décembre 2015, *doc.parl.* n°6847/04, p.11.

28. Avis du Conseil d'État n° 51.260, *ibidem*, p.12.

29. Voir section 3.1.2.

30. Article 164bis § 19 de la LIR.

31. Tribunal administratif, 13 juillet 2015 n° 35017 (confirmé en appel), LexNow Référence / ID 23492.

32. Cour administrative, 27 juillet 2016, n° 36842C, LexNow Référence / ID 24865 ; Cour administrative, 27 juillet 2016, n° 36845C, LexNow Référence / ID 24867.

33. Cour administrative, 27 juillet 2016, n° 36841C et 36842C, LexNow Référence / ID 24864 et 24865 ; Tribunal administratif, 13 juillet 2015, n° 35017, LexNow Référence / ID 23492 ; Tribunal administratif, 17 octobre 2007, n° 22366, LexNow Référence / ID 3820.

par e-mail au motif que, dans un tel cas, l'identité de celui qui introduit la réclamation ne serait pas établie. La création d'une adresse e-mail est en effet ouverte à tous, et sans réglementation, contrairement, par exemple, à un numéro de fax qui est légalement rattaché à une adresse et à une personne physique ou morale. Cette position administrative est toutefois plus que contestable si une demande, dûment signée par chacune des sociétés impliquées, est en pièce jointe d'un e-mail adressé au bureau compétent. De même, si la demande est introduite par e-mail avec signature électronique envoyé par un mandataire des sociétés concernées, comme par exemple un avocat de la place, il est à notre avis difficile de soutenir raisonnablement que l'identité de celui qui soumet la demande ne serait pas établie.

La décision sur l'admission au régime de l'intégration fiscale à un caractère autonome, lequel caractère découle du fait qu'une telle décision porte sur un certain nombre d'années d'imposition et qu'elle concerne une pluralité de sociétés imposables relevant, le cas échéant, de la compétence de différents bureaux d'imposition³⁴. Par conséquent, le recours contentieux, dirigé exclusivement contre des bulletins d'impôt *stricto sensu*, ne vise pas une décision administrative du bureau d'imposition ayant pour objet l'admission ou non de la société concernée, avec d'autres sociétés résidentes du même groupe, au régime de l'intégration fiscale³⁵. Cette décision doit être qualifiée de décision distincte de l'imposition même³⁶. Les bulletins d'imposition se confinent à tirer les conséquences de la décision de refus d'admission au régime de l'intégration fiscale, en procédant aux impositions individuelles de la société concernée pour les années d'imposition en cause. Ils ne comportent une nouvelle décision sur l'admission ou non d'un groupe au régime de l'intégration fiscale³⁷.

IV. LA DÉCLARATION FISCALE EN PRATIQUE

Pendant son appartenance au groupe intégré, chaque membre du Groupe doit déposer une déclaration de l'impôt sur le revenu, au titre de chaque année d'imposition, comme s'il ne faisait pas partie du Groupe. Le résultat fiscal d'une société du Groupe s'obtient en prenant comme point de départ le résultat tel qu'il ressort soit du bilan commercial, soit du bilan fiscal, majoré des montants fiscalement non déductibles et diminué des montants non imposables.

A. Déclaration des sociétés intégrées

Dans sa propre déclaration, chaque membre du groupe intégré, en ce compris la société intégrante, doit :

- Déterminer et déclarer le total des ses revenus nets. À cette fin, il ne doit pas appliquer les dispositions relatives à la limitation à la déductibilité des intérêts³⁸, aux dépenses spéciales, aux bonifications d'impôt, et ne doit pas appliquer les impôts à imputer.
- Déclarer les coûts d'emprunt déductibles conformément à l'Article 168bis de la LIR, les revenus d'intérêts imposables et autres revenus imposables économiquement équivalents, les revenus exonérés d'impôt et les dépenses d'exploitation qui sont en connexion économique avec ces mêmes revenus exonérés, les amortissements³⁹ et les déductions pour dépréciation qui ont été opérés ;
- Déclarer les reports de libéralités, de pertes et de bonifications d'impôt en relation avec les années d'imposition antérieures à son admission au Groupe⁴⁰.

B. Déclaration de la société intégrante

En plus de sa propre déclaration, la société intégrante doit établir une déclaration d'impôt qui regroupe ou qui compense son propre résultat fiscal avec celui de chacune des filiales ou sous-filiales intégrées. Au titre de chaque année d'imposition, la société intégrante doit ainsi déterminer et déclarer en plus, dans sa déclaration à l'impôt sur le revenu :

- le total des revenus nets de la société intégrante (du groupe intégré) qui s'obtient en regroupant ou en compensant les totaux des revenus nets déterminés dans chaque déclaration de tous les membres du groupe intégré⁴¹ ; et
- le revenu imposable de la société intégrante qui est obtenu par la déduction des dépenses spéciales à charge de tous les membres du groupe intégré, tels que les libéralités et reports déficitaires, du total des revenus nets de la société intégrante au sens du premier tiret ci-dessus. Seule la société intégrante peut donc demander la déduction des reports des pertes, des libéralités et des bonifications d'impôt qui ont été accordées à un membre du Groupe pendant son appartenance à ce Groupe⁴². En cas de concours de report des libéralités, de libéralités et de reports déficitaires et des reports déficitaires essayés au cours de la période d'application du régime d'intégration fiscale, les dépenses spéciales

34. Cour administrative, 28 avril 2011, n° 27626C, *Pas. adm.* 2015, V° Impôts, n° 414, LexNow Référence / ID 15899.

35. Tribunal administratif, 13 juillet 2015 n° 35017 (confirmé en appel), LexNow Référence / ID 23492.

36. *Ibidem*.

37. Cour administrative, 28 avril 2011, *op.cit.*

38. Pour autant que l'option de l'Article 164bis (17) LIR ne se soit pas exercée, l'application de la limitation à la déductibilité des intérêts au niveau du groupe constituent la règle en cas d'intégration fiscale.

39. Calculés d'après les Articles 29 à 34 de la LIR.

40. Article 164bis § 8 de la LIR.

41. Article 164bis § 9 de la LIR.

42. Voir à ce sujet ci-dessus section 4.4.

relatives au report des libéralités et aux libéralités sont à déduire en premier⁴³.

Si l'application du régime d'intégration fiscale est à l'origine d'une double imposition ou d'une double déduction, cet effet sera neutralisé par une correction adéquate du revenu imposable de la société intégrante. À titre d'exemple, les corrections de valeurs sur actifs répercutées sur les actions dans une chaîne de détention doivent être neutralisées. Ainsi, la constitution par la société mère intégrante d'une provision pour dépréciation des titres de ses filiales intégrées engendre une double déduction puisqu'en application du régime d'intégration, la société mère intégrante ajoute à son propre résultat ceux de ces filiales ou sous-filiales. Afin d'apporter une correction adéquate, il convient de rapporter cette provision au bénéfice consolidé du groupe. De même, la société mère intégrante doit réintégrer la provision pour dépréciation constituée par une filiale en raison des titres que cette filiale détient dans une sous-filiale, pour autant que ces sociétés font toutes les deux parties du Groupe⁴⁴.

Seuls doivent être neutralisés les effets qui trouvent leur origine dans l'application du régime, et donc pas ceux qui sont inhérents au système classique de double imposition économique. Ainsi, par exemple, lorsqu'en cas d'application de l'Article 164bis de la LIR, une filiale intégrée distribue un dividende à la société intégrante ou à une autre filiale faisant partie du même Groupe, et que la participation détenue par la mère ou la filiale dans la société distributrice ne remplit pas les conditions posées par l'Article 166 de la LIR, le dividende reste, sous réserve de l'application de l'Article 115, 15a de la LIR, imposable dans le chef des associés respectifs⁴⁵.

Pendant la période d'application du régime d'intégration fiscale, la société intégrante est passible de l'impôt sur le revenu des collectivités correspondant au revenu imposable de la société intégrante établi en application du régime d'intégration. La société intégrante est également tenue d'acquitter les avances de l'impôt sur le revenu des collectivités calculé sur la base du revenu imposable du Groupe⁴⁶.

C. Application de la limitation à la déductibilité des intérêts au niveau du Groupe ou au niveau individuel

La règle de la limitation de la déductibilité des intérêts⁴⁷, telle qu'introduite par la loi du 21 décembre 2018 et applicable aux exercices d'exploitation commençant à partir du 1^{er} janvier 2019, transpose en droit interne la limitation de la déductibilité des intérêts et les définitions y relatives de la directive ATAD. Très brièvement, le dispositif consiste à plafonner la déductibilité des intérêts d'emprunt et autres frais financiers encourus au titre d'un exercice d'exploitation (les surcoûts d'emprunts) à hauteur de 30 % de l'EBITDA ou de 3 millions d'euros.

L'article 164bis de la LIR tel que modifié par la Loi fixe les modalités d'application de cette limitation de la déductibilité des intérêts dans le contexte du régime de l'intégration fiscale. D'une manière générale, cet article reprend les dispositions de l'Article 168bis de la LIR en les adaptant aux besoins spécifiques de l'intégration fiscale. Afin de ne pas défavoriser les groupes intégrés, le législateur a décidé⁴⁸ de laisser aux sociétés souhaitant devenir membre d'un groupe intégré le choix d'avoir recours aux modalités de calcul de la limitation de la déductibilité des intérêts au niveau individuel de chaque membre⁴⁹ ou au niveau du Groupe⁵⁰. Le législateur n'a cependant pas profité de cette modification législative pour combler les lacunes de la règle de la limitation de la déductibilité des intérêts de l'Article 168bis de la LIR et par conséquent toutes les questions et incertitudes que soulève cette limitation restent ouvertes.

1) Règle générale : application de la limitation de la déductibilité des intérêts au niveau du Groupe

En principe, chaque entité intégrée est tenue de déterminer et déclarer le total de ses revenus nets sans appliquer les dispositions relatives à la limitation de la déductibilité des intérêts⁵¹ et déclarer séparément, les coûts d'emprunt déductibles conformément à l'Article 168bis de la LIR. Les données individuelles de chaque membre du

43. Article 164bis § 10 de la LIR.

44. Circulaire LIR n°164bis, *op.cit.*, point 1.5.2.

45. Circulaire LIR n°164bis, *ibidem*.

46. Article 164bis § 21 de la LIR.

47. Article 168bis de la LIR

48. ATAD donne la faculté aux États membres de permettre à leurs contribuables faisant partie d'un groupe consolidé fiscalement, de calculer les surcoûts d'emprunt et l'EBITDA au niveau du groupe, à savoir, en droit fiscal national, d'un groupe sous régime d'intégration fiscale, en englobant les résultats de tous ses membres au niveau de l'entité du groupe considérée comme contribuable à des fins fiscales. Initialement, cette option n'a pas été retenue par le Luxembourg parce que les effets de la mesure « ne sont pas en ligne avec la méthode de détermination du total des revenus nets du groupe intégré qui s'obtient en prenant comme base la masse des résultats fiscaux des sociétés impliquées ». Ce choix a été vivement critiqué parce que lorsque l'option prévue par ATAD n'est pas transposée, la méthode de

calcul sur une base isolée aboutit en pratique à une limitation de la déductibilité des intérêts au-delà du ratio de 30 % pour les groupes fiscalement consolidés, ce qui ne semblait paradoxalement pas être l'intention recherchée par le gouvernement luxembourgeois. Sur invitation de la chambre des représentants, le gouvernement luxembourgeois s'est donc rapidement révisé et, par la loi du 26 avril 2019 a adapté la règle de limitation de déductibilité des intérêts pour les groupes en intégration fiscale afin d'y introduire ladite option.

49. Telles qu'elles figurent à l'Article 168bis de la LIR.

50. Telles qu'elles figurent à l'Article 164bis de la LIR – L'application de la limitation de la déductibilité des intérêts au niveau de la société intégrante répond à la motion de la Chambre des Députés du 18 décembre 2018 demandant au gouvernement d'adapter et remanier l'Article 164bis L.I.R. afin d'y inclure la possibilité pour un groupe de choisir d'appliquer la limitation au niveau du groupe ou au niveau individuel.

51. Si l'option de l'Article 164bis §17 de la LIR pas été exercée.

groupe intégré, qui contribuent au calcul de la limitation de la déductibilité des intérêts, sont ensuite regroupées auprès de la société intégrante.

Les sociétés du Groupe doivent ainsi déclarer leurs coûts d'emprunt. Seuls les coûts d'emprunt supportés par les membres du Groupe pendant leur appartenance à ce Groupe doivent être déclarés.

Une fois additionnés, le total des coûts d'emprunt de chaque entité correspond aux coûts d'emprunt supportés par la société intégrante pour le calcul de la limitation de la déductibilité des intérêts dans le cadre de l'intégration fiscale. Les sociétés intégrées doivent également déclarer les revenus d'intérêts imposables et autres revenus imposables économiquement équivalents au sens de l'Article 168bis, alinéa 1^{er}, numéro 3 de la LIR. Ces revenus imposables réalisés par chaque membre du Groupe sont ensuite additionnés et le total correspond aux revenus d'intérêts imposables et autres revenus imposables économiquement équivalents réalisés par la société intégrante. Cette dernière est confrontée à des surcoûts d'emprunt dans la mesure où le total des coûts d'emprunt du Groupe dépasse le total des revenus d'intérêts du Groupe. À cette fin, il n'est tenu compte que des coûts d'emprunt fiscalement déductibles.

La règle générale de la limitation de la déductibilité des intérêts limite dans le chef de la société intégrante la déduction du montant des intérêts nets encourus au titre d'une année d'imposition à un montant qui équivaut à un ratio fixe de 30 % de l'EBITDA. Pour les besoins de l'intégration fiscale, l'EBITDA de la société intégrante ne correspond pas à la somme des EBITDA individuels de tous les membres du Groupe. Il correspond à la somme algébrique des totaux des revenus nets de tous les membres du Groupe, majorée des surcoûts d'emprunt de la société intégrante, des amortissements⁵² et des déductions pour dépréciation qui ont été opérés par chaque membre du Groupe. Les revenus exonérés d'impôt réalisés par chaque membre du Groupe (ex. les dividendes bénéficiant du régime des sociétés mère et filiales) sont à exclure. Il en est de même des dépenses d'exploitation qui sont en connexion économique avec ces mêmes revenus exonérés.

Les surcoûts d'emprunt restent déductibles jusqu'à concurrence d'un montant maximal de 3 millions d'euros même lorsque ce montant dépasse le ratio de 30 % calculé à partir de l'EBITDA de la société faitière. Le plafond de déduction s'applique à chaque exercice d'exploitation⁵³. Les surcoûts d'emprunt qui ne dépassent pas le seuil de 3 millions d'euros restent également déductibles sans li-

mitation. La limitation de la déductibilité des intérêts sort donc ses effets lorsque le montant des surcoûts d'emprunt dépasse à la fois le ratio de 30 % de l'EBITDA de la société intégrante et le seuil de 3 millions d'euros. Cette règle dite de « *Safe Harbour* », a pour objet d'exclure du champ d'application de la règle de la limitation à la déductibilité des intérêts, les sociétés ayant des surcoûts d'emprunt de moindre importance.

Une société intégrante qui a des surcoûts d'emprunt de 6 millions d'euros et un EBITDA de 8 millions d'euros, peut déduire ses surcoûts d'emprunt jusqu'à concurrence du seuil monétaire de 3 millions d'euros, nonobstant la fraction de l'EBITDA obtenue de 30 % de 8 millions d'euros, soit 2,4 millions d'euros. Dans un tel cas, le montant le plus élevé des deux, soit 3 millions d'euros, est retenu. En revanche, une société intégrante qui a des surcoûts d'emprunt de 5 millions d'euros et un EBITDA de 15 millions d'euros, peut déduire ses surcoûts d'emprunt jusqu'à concurrence de 30 % de 15 millions d'euros, soit 4,5 millions d'euros, ce montant étant supérieur à celui du seuil monétaire de 3 millions d'euros. La différence de 500.000 euros par rapport aux surcoûts d'emprunt de 5 millions d'euros n'est pas déductible fiscalement.

Les surcoûts d'emprunt d'un membre du Groupe déterminé en vertu de l'Article 168bis de la LIR qui n'ont pas été déductibles avant l'admission de ce membre au Groupe au titre d'un exercice d'exploitation subséquent⁵⁴ ne peuvent pas être déduits pendant l'appartenance à l'intégration. Ils pourront de nouveau être déduits auprès de ce contribuable à partir du premier exercice d'exploitation de son retour au régime d'imposition individuelle⁵⁵.

2) Exception : application de la limitation de la déductibilité des intérêts au niveau individuel

La limitation de la déductibilité des intérêts s'applique à tous les membres du Groupe individuellement, conformément aux dispositions prévues à l'Article 168bis de la LIR, lorsque toutes les sociétés souhaitant devenir membre du Groupe optent pour cette possibilité, dans la demande écrite conjointe d'intégration et s'engagent à l'appliquer pendant leur appartenance au Groupe. Les groupes d'intégration existant au moment de l'entrée en vigueur de la règle de la limitation à la déductibilité des intérêts peuvent également décider d'opter pour l'application du calcul de la limitation de la déductibilité des intérêts au niveau de chaque entité au lieu de le faire au niveau du Groupe. Toutefois, dans ce cas, tous les membres du Groupe doivent exprimer leur choix dans une demande écrite conjointe à introduire auprès de l'Administration

52. Calculés d'après les Articles 29 à 34 de la LIR.
53. Tel que défini à l'Article 17 de la LIR.

54. En application de l'Article 168bis al.4 de la LIR.
55. Article 164bis §9, point 10 de la LIR.

des contributions directes avant la fin du premier exercice d'exploitation de la période pour laquelle la règle de la limitation de la déductibilité des intérêts s'applique la première fois à leur égard et s'engagent à appliquer cet article pendant leur appartenance au Groupe. **Pour les entreprises dont l'exercice comptable correspond à l'année civile, cela signifie qu'elles ont jusqu'au 31 décembre 2019 pour opter pour l'application du calcul de la limitation au niveau des entités individuellement** dans une demande écrite conjointe à introduire auprès de l'Administration des contributions directes.

Au titre de chaque année d'imposition, la société intégrante doit, dans ce cas, déterminer et déclarer en plus, dans sa déclaration de l'impôt sur le revenu, le total des revenus nets, qui s'obtient en regroupant les totaux des revenus nets déterminés individuellement pour tous les membres du Groupe conformément à l'Article 168bis de la LIR. Le revenu imposable de la société intégrante est ensuite obtenu par la déduction des dépenses spéciales⁵⁶ à charge de tous les membres du Groupe du total de ces revenus nets de la société intégrante.

En cas de concours de report des libéralités, de libéralités et de reports déficitaires et des reports déficitaires essayés au cours de la période d'application du régime d'intégration fiscale, les dépenses spéciales relatives au report des libéralités, de libéralités sont à déduire en premier⁵⁷. Enfin, pour les reports de libéralités, pour les reports déficitaires et pour les reports de bonification, le régime d'imposition individuelle ne fait pas abstraction de la limitation à la déductibilité des intérêts de l'Article 168bis de la LIR.

3) Conséquences pratiques

Il appartient aux sociétés voulant faire partie d'un Groupe de faire une analyse approfondie avant de faire le choix de l'application de la règle au niveau individuel ou du Groupe, anticipant les performances et activités futures du Groupe. Le choix d'appliquer la limitation de la déductibilité des intérêts au niveau individuel dépendra du business modèle de chaque Groupe mais ce choix doit être éclairé en raison des conséquences qu'il peut avoir sur la base imposable du Groupe.

Par exemple⁵⁸, une société filiale luxembourgeoise détient un portefeuille de créances et obligations négociables portant intérêt et générant un revenu d'intérêts de 10 millions annuellement. Cette société est entièrement financée par capitaux propres par son actionnaire unique,

société mère luxembourgeoise. Cette société mère est, quant à elle, financée à la fois par capitaux propres et par un prêt générant une charge d'intérêt de 9,5 millions par an. La société filiale et sa société mère sont en intégration fiscale.

- Si l'option n'est pas exercée, les surcoûts d'emprunt seront calculés au niveau du Groupe et devraient être nuls. La filiale dispose d'un revenu net d'intérêt de 10 millions et sa mère supporte une charge d'intérêt déductible de 9,5 millions soit aucun surcoût d'emprunt. Les 9,5 millions de charge d'intérêt resteront déductibles et la base d'imposition du Groupe sera de 500.000.
- Si l'option est exercée, la société mère devra considérer des surcoûts d'emprunt de 9,5 millions (correspondant à des coûts d'emprunt de 9,5 millions sans revenu d'intérêt). Elle n'aura pas d'EBITDA et ne pourra déduire que 3 millions en application de l'Article 168bis, alinéa 2 (b) de la LIR. La base imposable de l'intégration fiscale serait alors de 7 millions au lieu de 500.000.

Le choix de l'application du calcul de la limitation à la déductibilité des intérêts au niveau de chaque entité du Groupe sera en principe préféré par un Groupe dont les membres ont une activité de détention de participation et qui reçoivent des financements d'une entité non-intégrée. À l'inverse, les Groupes ayant des sociétés opérationnelles consolidées avec des holdings de financement pourront se reposer sur l'EBITDA du groupe consolidé.

D. Les reports déficitaires afférents à des exercices d'exploitation antérieurs à la date d'admission au Groupe

Outre les mesures en relation avec la règle de limitation de la déductibilité des intérêts, le nouvel Article 164bis de la LIR tel que modifié par la Loi décrit et clarifie désormais certains éléments-clés en matière d'application du régime d'intégration fiscale. Ces éléments étaient contenus jusqu'à présent dans le Règlement.

1) Clarification apportée

Le nouvel Article 164bis de la LIR clarifie les formalités déclaratives qui incombent annuellement à chaque membre d'un Groupe pour l'utilisation des reports déficitaires afférents à des exercices d'exploitation antérieurs à la date d'admission au Groupe. Ce faisant, le législateur met un terme au débat né récemment entre l'administration fiscale et certains contribuables à propos de la méthode et du timing de déduction des reports déficitaires afférents

56. Et au sens des §§ 11 à 14 de l'Article 164bis de la LIR.

57. Article 164bis, §17, point 3 de la LIR.

58. Projet de loi transposant la directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale

qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, Avis de la Chambre de commerce, *doc.parl.* 7318/01, pp.18-19.

à des exercices d'exploitation antérieurs à la date d'admission au Groupe.

Jusqu'à ce jour, le formulaire de déclaration fiscale (modèle 500) pris en application du Règlement pour les sociétés intégrées et la société intégrante était tel, qu'en pratique, les reports déficitaires afférents à des exercices d'exploitation antérieurs à la date d'admission au Groupe étaient déduits au niveau des sociétés intégrées et non de la société intégrante. Les formulaires de déclaration antérieurs au Règlement appliquaient déjà cette approche en application du règlement Grand-Ducal du 1^{er} juillet 1981 reprenant les mêmes termes que le Règlement.

- Le formulaire de déclaration (modèle 500) d'une société intégrée demandait que soit déclaré sous la référence R2050, le « *Résultat fiscal transféré vers la société mère intégrante ou la société filiale intégrante (après déduction des pertes ci-dessus)* ». Les « *pertes ci-dessus* » correspondaient au « *Total des pertes d'exploitation reportables afférentes à des exercices antérieurs à la date d'admission du groupe au régime d'intégration fiscale* ». Par conséquent, le formulaire de déclaration donnait à penser que les pertes d'exploitation reportables afférentes à des exercices antérieurs à la date d'admission du groupe au régime d'intégration fiscale étaient déduites par la société intégrée et qu'après déduction de ces pertes, le résultat fiscal était transféré vers la société intégrante. Il y a lieu de relever que selon une interprétation littérale du texte du Règlement, cette approche ne semblait pas entrer en contradiction avec celui-ci. En effet, en vertu du §1^{er} du Règlement, le résultat de la société intégrée devait être déterminé comme si elle ne faisait pas partie d'un Groupe.
- Le formulaire de déclaration (modèle 500) d'une société intégrante demandait que soit déclaré sous la référence R2040, les « *Résultats fiscaux transférés depuis les sociétés Intégrées* » et aucune référence du formulaire ne permettait à la société intégrante de déclarer spécifiquement, et donc de déduire, les pertes d'exploitation reportables afférentes à des exercices antérieurs à la date d'admission du groupe au régime d'intégration fiscale, subies par les sociétés intégrées (ce qui impliquait, *a contrario*, qu'elles étaient déduites au niveau des sociétés intégrées). À cet égard, tout au plus, en vertu du §2 du Règlement, les pertes reportées d'une entité intégrée qui se rapportent à des années antérieures à l'intégration « *peuvent être* (et non « *doivent être* » ou « *sont* » – nous rajoutons) *reportées par la société mère intégrante ou de la société filiale intégrante* ». À nouveau, rien ne permettait de conclure que les pertes reportées d'une société intégrée antérieures à son inté-

gration étaient déductibles exclusivement au niveau de la société intégrante.

La méthodologie décrite dans le formulaire de déclaration fiscale (modèle 500) était appliquée depuis de nombreuses années et n'appelait, en pratique, aucune contestation de l'Administration fiscale. Sur base de son interprétation du Règlement telle que décrite dans sa Circulaire, l'Administration fiscale a toutefois récemment commencé à remettre en cause la méthodologie utilisée pour déduire les pertes d'exploitation reportables d'une société intégrée afférentes à des exercices antérieurs à la date de son admission au Groupe. Elle commençait ainsi à exiger que celles-ci soient déduites, non plus au niveau de la société intégrée, mais au niveau de la société intégrante. Le nouveau texte de l'Article 164bis de la LIR adopte cette dernière interprétation du Règlement et remet ainsi en cause l'approche adoptée, depuis des années, dans les formulaires de déclaration (modèle 500) et par les contribuables au regard de ces formulaires.

À cet égard, l'Article 164bis de la LIR précise désormais que le calcul du revenu imposable et du report déficitaire afférent à des exercices d'exploitation antérieurs à la date d'admission au Groupe se fait en 3 temps :

1. « au titre de chaque année d'imposition de son appartenance au groupe intégré, chaque membre du groupe intégré doit déposer une déclaration de l'impôt sur le revenu comme s'il ne faisait pas partie du groupe intégré »⁵⁹ ;
2. « le total des revenus nets de la société intégrante s'obtient en regroupant ou en compensant les totaux des revenus nets déterminés sous le point 1, **sans tenir compte d'éventuels reports soit de libéralités, soit de pertes, soit de bonifications d'impôt en relation avec les années d'imposition antérieures à l'admission du membre au groupe intégré** »⁶⁰; et
3. « Pour autant qu'ils répondent aux conditions de l'Article 114, les reports déficitaires afférents à des exercices d'exploitation antérieurs à la date d'admission au groupe intégré, peuvent être déduits du total des revenus nets de la société intégrante dans les conditions de l'Article 114, mais seulement dans la mesure où le membre du groupe intégré, qui a subi ces pertes, pourrait les déduire s'il continuait à être soumis au régime d'imposition individuelle qui fait abstraction de l'article 168bis »⁶¹.

59. Article 164bis, § 8 de la LIR.

60. Article 164bis, § 9 de la LIR.

61. Article 164bis, § 13 de la LIR.

2) Effet de la clarification « modificative »

La nouvelle mouture de l'Article 164bis de la LIR pose différentes questions d'une part quant à la possibilité pour une société intégrée d'utiliser effectivement ses pertes d'exploitation reportables afférentes à des exercices antérieurs à la date d'admission du groupe au régime d'intégration fiscale et d'autre part, quant à son application pratique. Dans certains cas, on constate en effet que la « clarification » qui est intervenue n'est pas neutre.

a) Blocage des pertes reportées antérieures au niveau de la société intégrée et création de base imposable

La déduction de ces pertes est soumise dorénavant à la triple condition que :

Hypothèse 1 : Situation d'une société X, intégrée dans un groupe consolidé à partir de l'année N - Imputation des pertes reportables antérieures au niveau de la société intégrante

Situation de l'année N-1	Société X intégrée	Société intégrante /Groupe
Pertes reportables :	(100)	0
Recapture :	100	
Situation de l'année N		
Dépréciation d'actifs		(100)
Reprise de correction de valeur sur actifs	100	
Résultat imposable de l'exercice	100	(100)
Résultat consolidé du groupe		(100) + 100 = 0
Imputation des pertes reportables antérieures		N/A
Résultat imposable de l'année N :		
Pertes reportables :	N/A	0
	(100)	
Situation de l'année N+1		
Dépréciation d'actifs		
Reprise de correction de valeur sur actifs		100
Résultat imposable de l'exercice	0	
Résultat consolidé du groupe		0 + 100 = 100
Imputation des pertes reportables antérieures		N/A
Résultat imposable de l'année N+1 :		
Pertes reportables :	N/A	100
	(100)	

La consolidation effective des résultats fiscaux des membres du Groupe se voit donc quelque peu limitée par le nouvel Article 164bis de la LIR. Combinée à la limitation de report des pertes dans le temps par l'Article 114 de la LIR à 17 ans, il aura probablement pour conséquence que de nombreuses pertes se verront « perdues » dans le chef de sociétés intégrées malgré le fait qu'elles aient pu être bénéficiaires, et ce pour la seule raison qu'elles ont intégré une consolidation fiscale.

1. le membre du Groupe qui a subi ces pertes puisse les déduire s'il continuait à être soumis au régime d'imposition individuelle ;
2. le résultat consolidé au niveau de la société intégrante soit lui-même bénéficiaire ; et
3. il n'y ait pas d'autre société du Groupe ayant des pertes reportées plus anciennes, qu'il faille imputer en priorité.

L'analyse des deux exemples⁶² ci-dessous expose les conséquences de la nouvelle mouture de l'Article 164bis de la LIR et la mesure dans laquelle elle empêche la déduction effective des pertes reportables antérieures d'une société intégrée et crée, dans certains cas, de la base imposable dans le chef de la société intégrante.

Hypothèse 2 : Situation d'une société X, intégrée dans un groupe consolidé à partir de l'année N - Imputation des pertes reportables antérieures de X au niveau de la société intégrée

Situation de l'année N-1	Société X intégrée	Société intégrante /Groupe
Pertes reportables :	(100)	0
Recapture :	100	
Situation de l'année N		
Dépréciation d'actifs		(100)
Reprise de correction de valeur sur actifs	100	
Résultat imposable de l'exercice	100	(100)
Imputation des pertes reportables antérieures	(100)	
Résultat consolidé du groupe		(0) + (100) = (100)
Résultat imposable de l'année N :		
Pertes reportables :	N/A	(100)
	(0)	(100)
Situation de l'année N+1		
Dépréciation d'actifs		
Reprise de correction de valeur sur actifs		100
Résultat imposable de l'exercice	0	100
Résultat consolidé du groupe		0 + 100 = 100
Imputation des pertes reportables de l'année N		(100)
Imputation des pertes reportables antérieures		N/A
Résultat imposable de l'année N+1 :		
Pertes reportables :	N/A	0
	(0)	

b) Application de la règle dite de « recapture »

Le nouveau texte de l'Article 164bis de la LIR pose en outre la question de son impact sur la règle dite de « recapture » et sur la neutralité du régime mère-fille. Voici un exemple chiffré :

62. Ces exemples ont été repris par la Chambre de commerce aux fins de la rédaction de ses commentaires du Projet de loi concernant le budget des

recettes et des dépenses de l'État pour l'exercice 2019 (Voir doc.parl. 7450/04, pp. 57-58).

Hypothèse 1 : situation « stand alone » d'une société X

Situation de l'année N-1	Société X
Pertes reportables antérieures :	(100)
Recapture :	100
Situation de l'année N	
Plus-value sur participation exonérée	300
Exonération	200 (300-100)
Bénéfice imposable (après recapture)	100
Imputation des pertes reportables	(100)
Résultat imposable de l'exercice	0

Hypothèse 2 : Situation d'une société X, intégrée dans un groupe consolidé à partir de l'année N - Imputation des pertes reportables antérieures au niveau de la société intégrante

Situation de l'année N-1	Société X Intégrée	Société Intégrante /Groupe
Pertes reportables :	(100)	
Recapture :	100	
Situation de l'année N		
Plus-value sur participation	300	
- Montant exonéré	(300-100) = 200	
Résultat imposable de l'exercice	100	(50)
Résultat consolidé du groupe		(50) + 100 = 50
Imputation des pertes reportables antérieures		(50)
Résultat imposable :	N/A	0
Pertes reportables :	(50)	

Hypothèse 3 : Situation d'une société X, intégrée dans un groupe consolidé à partir de l'année N - Imputation des pertes reportables antérieures de X au niveau de la société intégrée

Situation de l'année N-1	Société X Intégrée	Société Intégrante /Groupe
Pertes reportables :	(100)	
Recapture :	100	
Situation de l'année N		
Plus-value sur participation	300	
- Montant exonéré	(300-100) = 200	
Résultat imposable de l'exercice	100	(50)
Imputation des pertes reportables antérieures	(100)	
Résultat consolidé du groupe		0 + (50) = (50)
Résultat imposable :	N/A	(50)
Pertes reportables :	0	(50)

Dans l'hypothèse 3, le résultat de la société X est déterminé comme si elle ne faisait pas partie d'un Groupe conformément au §1^{er} du Règlement. Il y a donc un alignement avec le régime mère-fille. Cette neutralité fiscale n'est pas assurée dans le cas de l'hypothèse 2.

Par ailleurs, dans l'hypothèse 3, la société intégrante conserve des pertes reportables de 50, qu'elle pourra imputer, pendant les exercices d'imposition subséquents, sur les résultats du Groupe (et donc sur les résultats de chaque entité du Groupe). À l'inverse, dans l'hypothèse 2, lorsque les pertes reportables antérieures sont imputées au niveau de la société intégrante, les pertes subies par la société intégrante pendant l'exercice sont « transférées » au niveau de la société intégrée en raison de l'application de la règle de recapture (et donc de la comptabilisation d'un bénéfice dans le chef de la société intégrée) combinée avec la règle de déduction des pertes reportables antérieures consacrée par l'Article 164bis de la LIR. Contrairement à l'hypothèse 3, l'utilisation de ces pertes se voit donc limitée. En effet dans ce cas, elles ne pourront être utilisées que contre les résultats bénéficiaires de la société intégrée et dans la mesure où le résultat du Groupe est également bénéficiaire. Dès lors, il y a création d'une base imposable là où il n'y en avait pas avant.

Le résultat de l'hypothèse 2 est en outre en contradiction avec la disposition selon laquelle, en principe, seule la so-

ciété intégrante peut demander la déduction des reports déficitaires essuyés au cours de la période d'application du régime d'intégration fiscale et qui tirent leur origine d'un total des revenus nets négatif de la société intégrante.

c) Complexité et Sécurité juridique

La solution adoptée par le législateur pose différentes questions pratiques auxquelles il n'a pas apporté de solution et pose notamment la question de savoir comment va être assurée la transition d'une méthode (i.e. la pratique consacrée par le formulaire de déclaration appliquée depuis de nombreuses années) à une autre. Cette question est d'autant plus pertinente que la pratique de l'administration fiscale est d'émettre des bulletins d'imposition provisoire (§100a de la loi générale des impôts) et de ne pas procéder à des impositions définitives et qu'elle se refuse à indiquer dans les bulletins d'imposition le montant des pertes disponibles pour le contribuable. Cette situation quasi-unique en Europe, à notre connaissance, mériterait un changement de position de l'administration, à l'heure où les pertes fiscales sont devenues un actif valorisable et que les groupes ont même l'obligation de reconnaître les impôts différés dans les comptes consolidés.

L'insécurité juridique résultera en outre de la difficulté qu'auront les grands Groupes à monitorer les pertes re-

portables de chacune des sociétés intégrées notamment aux fins de l'application du régime d'intégration lui-même (i.e. en cas de concours de plusieurs reports déficitaires, les pertes les plus anciennes sont à prendre en compte en premier et par ordre décroissant de leur montant). Il s'ensuit qu'il est probable que pour corriger cette situation paradoxale, des contrats (*Tax sharing agreement*) soient mis en place afin de s'assurer que l'entité qui contribue ses pertes soit indemnisée sur les conséquences économiques de sa participation au Groupe.

La question se pose donc de l'intérêt de la « clarification » apportée par le législateur, si ce n'est d'augmenter la complexité du régime de l'intégration fiscale et des coûts administratifs et de gestion qui en résulteront.

V. ÉVOLUTIONS ET CONTROVERSES RÉCENTES

A. Extension d'une intégration existante : règles et limites

1) Intégration de nouvelles sociétés dans une intégration existante et l'usage des pertes de l'intégration

L'intégration d'une nouvelle société dans un Groupe pré-existant pose la question des conséquences de cette « admission » sur le report des pertes.

Le tribunal administratif de Luxembourg (le « Tribunal ») s'est penché sur cette question dans un jugement du 24 juin 2015⁶³. Dans l'affaire qui lui fut soumise, une société intégrante sollicitait de pouvoir porter les pertes cumulées par son Groupe depuis 2004 en déduction des résultats générés par deux sociétés nouvellement intégrées, admises dans le Groupe seulement à partir du 1^{er} janvier 2008, pour l'impôt sur le revenu des collectivités de l'année 2008.

L'administration fiscale considérait que les bénéfices réalisés par deux sociétés filiales ne pouvaient pas être compensés avec les pertes fiscales subies par le Groupe avant l'entrée dans le périmètre de l'intégration fiscale desdites sociétés filiales aux motifs que :

- les demandes d'intégration relatives aux deux sociétés filiales entrées dans le périmètre d'une intégration fiscale ne s'analysaient pas en une extension du régime existant ;
- les pertes reportables afférentes à des exercices antérieurs à la date d'admission du groupe au régime d'intégration fiscale peuvent être reportées par la société

mère dans les conditions de l'Article 114 de la LIR, mais seulement dans la mesure où la société que les a subies (sociétés filiales ou société mère) dégage un résultat bénéficiaire ; et

- la déductibilité des reports déficitaires visée à l'Article 114 de la LIR est subordonnée entre autres à la condition que seul celui qui a subi la perte peut la porter en déduction⁶⁴ ;

Le Tribunal a toutefois réfuté ce raisonnement. Selon lui « le système d'intégration fiscale (...) constitue une exception au principe suivant lequel chaque société est considérée isolément d'un point de vue fiscal et qui interdit la compensation et le transfert des résultats entre sociétés liées (...) et au principe découlant de l'article 114 LIR, précité, suivant lequel les pertes ne peuvent être reportées que par celui qui les a subies »⁶⁵. Certes, le report des pertes afférentes à des exercices antérieurs à la date d'admission du groupe au régime d'intégration fiscale est limité. Néanmoins, selon le Tribunal, les effets des dispositions de l'Article 164bis de la LIR quant aux pertes ne peuvent être restreints que pour autant que les pertes litigieuses sont à qualifier de « pertes reportables afférentes à des exercices antérieurs à la date d'admission du groupe au régime d'intégration fiscale » au sens de l'article 1^{er} paragraphe 2 du Règlement. Cette restriction, qu'il convient d'interpréter restrictivement, ne vise donc pas les pertes reportées afférentes à des exercices postérieurs à la date d'admission du groupe au régime d'intégration fiscale par rapport au résultat positif de sociétés nouvellement englobées dans l'intégration fiscale.

À ce sujet, ni l'Article 164bis de la LIR, ni le Règlement ne règlent les modalités d'application du régime d'intégration fiscale, quant aux conditions du report des pertes, dans l'hypothèse où des nouvelles sociétés sont admises au régime d'intégration fiscale d'ores et déjà accordé pour un groupe de sociétés. La seule hypothèse envisagée est celle du report de pertes afférentes à des exercices antérieurs à la date d'admission du groupe au régime d'intégration fiscale, sans que cette disposition ne règle le sort de pertes reportées afférentes à des exercices postérieurs à la date d'admission du groupe au régime d'intégration fiscale par rapport au résultat positif de sociétés nouvellement englobées dans l'intégration fiscale. Même si l'idée à la base de cette limitation est d'éviter de donner à l'intégration un effet rétroactif, cela ne constitue pas une base légale suffisante pour refuser la compensation des pertes générées au courant de l'intégration fiscale avec les résultats positifs des sociétés nouvellement admises à l'intégration fiscale.

63. Tribunal administratif, 24 juin 2015, *op.cit.*

64. Article 114, al. 2, n°3 de la LIR.

65. Tribunal, 24 juin 2015, *op.cit.* (confirmé en appel : Cour administrative, 24 mars 2016, n°36656C), LexNow Référence / ID 27693.

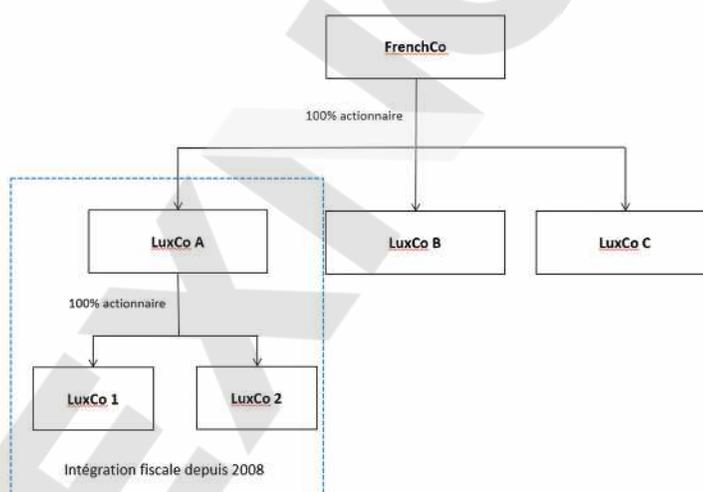
2) Transformation d'une intégration verticale en intégration horizontale

La plus importante des controverses actuelles en matière d'intégration concerne la question de savoir si le régime actuel d'intégration fiscale luxembourgeois requiert nécessairement qu'il soit mis un terme à une intégration verticale avant de créer une intégration horizontale. Cette controverse a été soumise à la Cour administrative (la « Cour ») qui, par son arrêt du 29 novembre 2018⁶⁶ a posé trois questions préjudicielles (« QP ») actuellement pendante devant la Cour de Justice de l'Union européenne (« CJUE ») afin de pouvoir trancher la question.

Le 12 juin 2014, la CJUE⁶⁷ a conclu que l'interdiction de l'intégration fiscale entre deux filiales sœurs néerlandaises, au seul motif que la société mère ne résidait pas aux Pays-Bas, n'était pas conforme aux droits de l'UE. Malgré le fait que l'intégration fiscale entre deux filiales sœurs (intégration horizontale) n'était pas du tout possible au

Luxembourg, le législateur luxembourgeois a néanmoins décidé de modifier son régime d'intégration fiscale pour faire écho à la jurisprudence européenne⁶⁸.

En se basant sur cette jurisprudence de la CJUE en matière d'intégration fiscale, et en prévision de l'introduction du régime d'intégration fiscale horizontale dans le droit fiscal luxembourgeois, certaines entreprises luxembourgeoises ont ainsi demandé l'application d'un tel régime de manière rétroactive à partir de 2013. Dans l'affaire soumise à l'appréciation de la Cour, deux sociétés (LuxCo B et LuxCo C) ont demandé à être intégrées horizontalement à leur société sœur (LuxCo A), la société mère intégrante d'une intégration fiscale verticale existante (restant la société intégrante d'une intégration fiscale qui serait devenue horizontale). Les sociétés impliquées voulaient ainsi faire basculer l'intégration verticale vers une intégration horizontale. Une demande a donc été déposée en ce sens le 22 décembre 2014.



Les autorités fiscales ont toutefois rejeté cette demande au motif que le régime d'intégration fiscale en vigueur en cette période ne permettait pas l'intégration fiscale horizontale mise en place seulement à partir de 2015. En outre, les autorités fiscales ont exigé qu'il soit mis un terme à l'intégration fiscale verticale (avec pour conséquence l'interruption du calcul de la période de 5 ans) afin de pouvoir constituer l'intégration fiscale horizontale. Le raisonnement des autorités repose d'une part sur l'argument que le droit fiscal luxembourgeois ne permet pas à une société de faire simultanément partie de plus d'un Groupe, et d'autre part, sur base de la définition de groupe intégré.

L'affaire a été soumise au Tribunal. Le 6 décembre 2017, celui-ci⁶⁹ a jugé les demandes des contribuables comme étant partiellement fondées. D'une part, le Tribunal a décidé que le régime d'intégration fiscale antérieur à 2015 introduisait une discrimination et était contraire à la liberté d'établissement. D'autre part, le Tribunal a jugé que l'intégration fiscale horizontale ne pouvait toutefois s'appliquer que pour 2014 et non pas pour 2013, la demande pour bénéficier du régime ayant été soumise tardivement par les contribuables dans ce dernier cas. À cet égard, la loi luxembourgeoise prévoit en effet que pour bénéficier du régime d'intégration fiscale horizontale à compter du 1^{er} janvier 2013, un contribuable doit déposer sa demande

66. Cour administrative, 29 novembre 2018, n°40632C, LexNow Référence / ID 27779.

67. CJEU, X AG e.a. v. Pays-Bas, *op.cit.*

68. Projet de loi portant transposition de la directive 2014/86/UE du Conseil du 8 juillet 2014 modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal

commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents et portant modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, Commentaire des articles, *doc.parl.* n°6847/00, p.10.

69. Tribunal administratif, 6 décembre 2017, n° 38346, LexNow Référence / ID 26617.

au plus tard pour le 31 décembre 2013. Or, en l'espèce, la demande avait été introduite le 22 décembre 2014.

Les contribuables ont fait appel de cette décision devant la Cour. Le 29 novembre 2018, la Cour a soulevé plusieurs QP devant la CJUE⁷⁰. Dans son arrêt, la Cour traite de plusieurs questions techniques mais toutes ont été soumises à la CJUE afin d'être clarifiées. Selon le droit européen⁷¹, lorsqu'il n'existe aucun recours juridictionnel en droit national contre la décision d'une juridiction d'un État membre, cette juridiction est, en principe, dans l'obligation de porter l'affaire devant la CJUE lorsqu'une question porte sur l'interprétation du droit européen.

a) Conformité du « vieux » régime d'intégration fiscale au droit de l'UE (1^{ère} QP) et effet rétroactif de la jurisprudence de la CJUE (3^e QP)

La Cour demande si le régime d'intégration fiscale (antérieur à la modification de 2015) était conforme au droit de l'UE. En d'autres termes, la Cour demande si un régime qui ne permet pas l'intégration fiscale horizontale, mais uniquement une intégration verticale, est conforme au droit de l'UE ou non.

En vertu de la jurisprudence de la CJUE⁷², la législation d'un État membre en vertu de laquelle une société mère résidente peut constituer une intégration fiscale avec une sous-filiale résidente lorsqu'elle la détient par l'intermédiaire d'une ou plusieurs sociétés résidentes, mais ne le peut pas lorsqu'elle la détient par l'intermédiaire de sociétés non-résidentes n'ayant pas d'établissement stable dans cet État membre, est contraire aux Articles 49 et 54 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne. Sur la base de ces mêmes articles, la CJUE a également décidé que, lorsque le droit d'un État membre octroie un régime d'intégration fiscale à une société mère résidente possédant des filiales résidentes, il doit également être disponible pour les sociétés sœurs dont la société mère n'est pas établie dans un État membre et n'y a pas d'établissement stable⁷³.

On peut donc raisonnablement penser que la CJUE considère que l'ancien régime d'intégration fiscale luxembourgeois n'était pas conforme au droit de l'UE dans la mesure où il n'autorisait pas l'intégration horizontale. Mais, contrairement à l'issue des deux questions suivantes, les conclusions à tirer par la CJUE sur cette question préjudicielle devraient avoir un effet assez limité pour les sociétés luxembourgeoises à l'avenir, le législateur luxembourgeois

ayant en effet déjà modifié le régime d'intégration fiscale afin d'y introduire l'intégration fiscale horizontale⁷⁴.

Le cas échéant, la Cour demande aussi, dans sa troisième question préjudicielle, si l'exigence selon laquelle la demande d'intégration fiscale doit être déposée avant la fin du premier exercice d'imposition pour lequel l'intégration fiscale demandée est conforme au droit de l'UE dans la mesure où elle empêche les entreprises de tirer profit des enseignements tirés des décisions de la CJUE. Cette question intéressante⁷⁵ concerne l'effet de la jurisprudence de la CJUE et pourrait avoir d'importantes conséquences sur les droits des trésors des États membres.

b) Prérequis de mettre fin à l'intégration fiscale verticale (avec un potentiel effet rétroactif si la période de 5 ans n'est pas respectée) afin de bénéficier de l'intégration fiscale horizontale (2^e QP)

La Cour demande enfin à la CJUE si la séparation stricte de l'intégration fiscale verticale et horizontale est conforme au droit européen. En d'autres termes, le respect des règles de l'UE impose-t-il de mettre fin à l'intégration fiscale verticale avant de pouvoir bénéficier de l'intégration fiscale horizontale ? Cette question est intéressante et sa réponse est particulièrement attendue au regard des potentielles conséquences de celle-ci sur le régime de l'intégration fiscale au Luxembourg. Nous nous attarderons donc sur cette question en particulier.

1. Incompatibilité avec la liberté d'établissement ou pure discrimination nationale ?

À première vue, la restriction à la liberté d'établissement n'est pas évidente. La liberté d'établissement vise à garantir le bénéfice de traitement national dans l'État membre d'accueil en interdisant toute discrimination basée sur le lieu où les sociétés ont leur siège. Et, en l'état, le régime d'intégration sous examen semble être le même quel que soit le lieu où les sociétés ont leur siège (que ce soit au Luxembourg ou dans un autre État membre). De notre point de vue, la question est donc davantage de savoir si le régime d'intégration fiscale luxembourgeois introduit des discriminations :

- D'une part, entre les sociétés luxembourgeoises d'un même groupe étant donné que toutes les sociétés luxembourgeoises du même groupe ne peuvent pas être ajoutées à une intégration fiscale préexistante, constituée par certaines sociétés du groupe.

70. Cour administrative, 29 novembre 2018, *op.cit.*

71. Article 267 TFUE.

72. CJUE, *Papillon v. France*, C-418/07 du 27 novembre 2008, LexNow Référence / ID 15197.

73. CJUE, X AG e.a. v. *Pays-Bas*, *op.cit.*

74. Voir à ce sujet K. Pantazatou, « *B and others : The Luxembourg Fiscal Unity regime under the scrutiny of the CJEU* », RDF n°4, septembre 2019, p.1 et sv.

75. *Ibidem*

- D'autre part, entre les sociétés choisissant l'intégration verticale et celles choisissant l'intégration horizontale dans la mesure où, dans l'intégration fiscale verticale, les sociétés sœurs d'une société mère ne peuvent pas être ajoutées à une intégration préexistante sans entraîner la fin de l'intégration fiscale existante.

En dépit du fait qu'elles se trouvent dans des situations comparables, elles ne sont pas traitées de la même manière. Toutes les sociétés luxembourgeoises d'un même groupe ne peuvent pas être intégrées dans un Groupe préexistant dans les mêmes conditions et avec les mêmes conséquences fiscales.

Une telle différence de traitement fiscal ne semble ni justifiée ni justifiable. Faire une différence entre les deux formes d'intégration fiscale n'a aucun sens. En fait, dans notre exemple ci-dessus, si LuxCo A, LuxCo 1 et LuxCo 2 créent une intégration fiscale horizontale avec French Co en tant que société mère non-intégrante et LuxCo A en tant que filiale intégrante, LuxCo B et LuxCo C peuvent être ajoutés à l'intégration fiscale à n'importe quel moment sans conséquence fiscale dommageable. En revanche, si LuxCo A, LuxCo 1 et LuxCo 2 créent une intégration fiscale verticale, dans une situation très similaire (les effets fiscaux au Luxembourg étant égaux), LuxCo B et LuxCo C ne peuvent pas, en vertu de la position administrative actuelle, être ajoutés en tant que sociétés intégrées dans l'intégration fiscale préexistante sans que le délai de 5 ans ne soit mis en péril.

2. L'obligation de mettre fin à l'intégration fiscale verticale afin de bénéficier de l'intégration fiscale horizontale est-elle légale ou est-ce la conséquence d'une interprétation erronée de la loi ?

Le régime d'intégration fiscale luxembourgeois en vigueur exige-t-il nécessairement la fin de l'intégration fiscale verticale avant de pouvoir bénéficier de l'intégration fiscale horizontale ? Selon nous, et pour les raisons suivantes, rien n'est moins sûr.

La jurisprudence a déjà considéré⁷⁶ qu'au niveau des sociétés intégrées, toute modification d'un groupe d'intégration fiscale ne mettait pas un terme à ce groupe et ne constituait pas la création d'un nouveau groupe. Toutefois, la question de l'impact de l'incorporation au groupe d'intégration fiscale de sociétés sœurs de la société intégrante au niveau de laquelle tous les résultats du groupe

intégrés sont consolidés (et donc du changement de régime d'intégration fiscale verticale vers l'horizontale) n'a pas encore été spécifiquement tranché par la jurisprudence luxembourgeoise.

En pareil cas, les autorités fiscales justifient l'obligation de mettre fin à l'intégration fiscale verticale (ayant le cas échéant pour conséquence l'interruption du calcul de la période de 5 ans) afin de pouvoir bénéficier du régime de l'intégration fiscale horizontale par le fait que la loi fiscale luxembourgeoise ne permet pas à une société de faire simultanément partie de plus d'un groupe d'intégration fiscale, en se basant sur la définition d'un groupe intégré.

Dans son arrêt qui a abouti aux questions préjudicielles, la Cour s'est référée aux documents parlementaires⁷⁷ pour confirmer que les groupes d'intégration fiscale verticale et les groupes d'intégration fiscale horizontale constituent des groupes distincts et qu'un même groupe ne peut combiner les deux structures. L'exemple décrit dans les documents parlementaires pour illustrer cette conclusion est le suivant : si F1 et F2, les filiales de M, font partie d'une intégration fiscale horizontale, F1 étant la société intégrante, F1 et F2 ne peuvent pas constituer une intégration fiscale verticale avec M avant de mettre fin à l'intégration fiscale horizontale. Dans le cas contraire, il est clair que F1 et F2 appartiendraient simultanément à deux groupes intégrés, puisque F1 endosserait 2 rôles différents : le rôle de la société intégrante dans l'intégration fiscale horizontale et le rôle de la société intégrée dans l'intégration fiscale verticale (M ne pouvant endosser que le rôle de société mère intégrante).

Cependant, dans le cas d'espèce, en ajoutant LuxCo B et LuxCo C à l'intégration fiscale existante, l'intégration fiscale passerait d'une intégration fiscale verticale à une intégration fiscale horizontale et ne devrait pas générer une nouvelle intégration fiscale. En effet, contrairement à l'exemple décrit dans les documents parlementaires, LuxCo A serait l'entité intégrante de l'intégration fiscale verticale avec LuxCo 1 et LuxCo 2 et l'entité intégrante de la « nouvelle » intégration fiscale horizontale avec LuxCo B et LuxCo C. D'une part, son rôle ne changerait pas. D'autre part, LuxCo A n'appartiendrait pas à deux groupes d'intégration distincts et n'aurait pas deux rôles différents. Il s'agirait simplement de passer de la forme verticale de l'intégration fiscale à une forme horizontale. Et à cet égard, si la loi interdit expressément à une société d'appartenir simultanément à deux groupes intégrés, rien n'empêche l'ajout, dans un Groupe, de sociétés sœurs à la

76. Cour administrative, 24 mars 2016, n° 36656C, LexNow Référence / ID 27693 (appel du jugement du Tribunal administratif du 24 juin 2015, n°34530), LexNow Référence / ID 23389.

77. Projet de loi portant transposition de la directive 2014/86/UE du Conseil du 8 juillet 2014 modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal

commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents et portant modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, Rapport de la commission des finances et du Budget, doc.parl. n°6847/05, p 9.

société intégrante tant que cette dernière reste la société intégrante. Au contraire, cette solution est conforme avec les principes qui sous-tendent le régime d'intégration fiscale.

- Dans un tel cas, l'intention du législateur de faire en sorte que la société intégrante assume le rôle central au sein du groupe d'intégration fiscale est respectée. La modification de la société intégrante, à la suite d'une modification des groupes d'intégration fiscale, entraîne une modification du contribuable vis-à-vis des autorités fiscales. Le rôle principal de la société intégrante justifie qu'une telle modification déclenche la fin de l'intégration fiscale existante avant la création d'une nouvelle. Cette justification ne trouve pas à s'appliquer lorsque la société intégrante n'est pas modifiée.
- En outre, elle est conforme à la jurisprudence stipulant que, au niveau des sociétés intégrées, toute modification au groupe d'intégration fiscale ne met pas fin au groupe et à la création d'un nouveau groupe. La jurisprudence estime aussi qu'aucun fondement ne permet de considérer chaque arrivée d'un nouveau membre admis à l'intégration fiscale correspondant à un nouveau régime d'intégration fiscale⁷⁸. En l'espèce, LuxCo B et LuxCo C seraient des sociétés intégrées. Dans l'exemple donné dans les documents parlementaires, la société ajoutée est une société intégrante.
- Enfin, cela ne crée aucune opportunité de planification ou de restructuration, puisque des règles spéciales limitent les pertes déductibles des entreprises qui optent pour une intégration fiscale. De même, la recherche d'un objectif fiscal, à savoir la neutralité fiscale d'une structure d'entreprise, est inhérente à l'utilisation d'un régime d'intégration fiscale. Le projet d'ajouter une société du groupe dans une intégration fiscale existante n'est donc en rien contraire à l'intention du législateur et ne devrait donc pas non plus entraîner l'application de dispositions anti-abus. Il est même intéressant de noter que, dans notre cas, si FrenchCo apportait les actions qu'elle détient dans LuxCo B et LuxCo C à LuxCo A, LuxCo B et LuxCo C pourraient être ajoutées au régime d'intégration fiscale existant suite à la restructuration, sans déclencher la fin d'une telle intégration fiscale, alors que selon l'application et l'interprétation actuelle de la loi par les autorités fiscales, elles ne seraient pas autorisées à le faire sans une telle restructuration. De nouveau, cela n'a aucun sens.

B. Intégration fiscale et abus de droit

Une pratique administrative récente⁷⁹ semble exiger, comme condition supplémentaire au régime d'intégration fiscale, que la recherche d'un avantage fiscal ne soit pas l'une des motivations essentielles qui guident les sociétés mettant en œuvre une intégration fiscale. C'est ainsi que l'Administration des contributions directes a notamment estimé au sujet de l'Article 164bis de la LIR que : « Il résulterait des documents parlementaires que l'objectif primordial de l'intégration fiscale consisterait dans la suppression de certaines contraintes d'ordre fiscal susceptibles d'entraver une modernisation ou une restructuration des structures des groupes d'entreprises. Par contre, l'intérêt fiscal de l'intégration fiscale et notamment l'avantage découlant de la compensation des profits et pertes du groupe, ne devrait pas constituer la motivation essentielle de la demande des entreprises »⁸⁰.

Cette référence aux travaux parlementaires de la loi du 1^{er} juillet 1981 instaurant le régime d'intégration fiscale est exacte mais les exigences qui en sont issues doivent être replacées dans leur contexte. En effet, le régime d'intégration fiscale exigeait initialement pour les sociétés demanderesse la preuve de l'existence d'une intégration financière, économique et organisationnelle, ainsi que l'obtention de l'agrément du ministre des Finances⁸¹. À l'origine, l'intention du législateur était clairement d'éviter que l'intérêt fiscal de l'intégration et notamment l'avantage qui découle de la compensation des profits et pertes du groupe ne constitue la motivation essentielle de la demande des entreprises. Ainsi, le régime prévoyait que l'agrément préalable du ministre des Finances examinait les demandes sous cet aspect et sous celui de l'intérêt économique général. Le ministre des Finances évaluait donc les demandes par rapport aux buts poursuivis par les contribuables et en considération de l'opportunité des demandes. L'agrément ministériel était refusé si les demandes n'étaient pas motivées par des raisons d'ordre économique mais uniquement par l'intérêt fiscal découlant de la compensation des profits et pertes du groupe.

Or, cette dernière série de conditions a été supprimée par la loi du 21 décembre 2001 portant réforme de certaines dispositions en matière d'impôts directs et indirects⁸² dont les travaux parlementaires indiquent que : « L'objectif du régime d'intégration fiscale est de supprimer les contraintes d'ordre fiscal susceptibles d'entraver la mise

78. Tribunal administratif, 24 juin 2015, *op.cit.* (confirmé en appel).

79. Voir notamment la position de l'Administration dans l'arrêt de la Cour administrative du 18 mars 2014, n° 32984C ainsi que dans le jugement du Tribunal administratif du 24 juin 2015, n° 34530, LexNow Référence / ID 21734 et 23389.

80. Voir les moyens développés par le délégué du Gouvernement dans le jugement précité du Tribunal administratif du 24 juin 2015.

81. Voir à cet égard le texte original de l'Article 164bis de la LIR ainsi que la Circulaire, section 1.4.4.

82. Loi du 21 décembre 2001 portant réforme de certaines dispositions en matière d'impôts directs et indirects, Mémorial A, n° 157 du 27 décembre 2001.

en place de groupes d'entreprises. Ainsi, ce régime optionnel permet la compensation des pertes avec les bénéfices dégagés par les sociétés admises dans le périmètre de l'intégration fiscale et assure ainsi la neutralité fiscale du groupe »⁸³.

Or, comme exposé ci-avant, depuis la suppression des conditions d'intégration économique et d'intégration organisationnelle soumises à l'appréciation ministériel, l'examen de la demande est purement formel. L'autorisation est octroyée dès que les conditions objectives sont remplies. Il n'appartient donc pas à l'administration d'analyser si la motivation essentielle de la demande des entreprises est ou non l'intérêt fiscal de l'intégration fiscale et notamment l'avantage découlant de la compensation des profits et pertes du groupe. La recherche d'un objectif fiscal, à savoir une certaine neutralité fiscale, est de l'essence même du régime d'intégration fiscale⁸⁴. La quête d'un objectif fiscal, en l'occurrence la neutralité fiscale, est inhérente au régime d'intégration fiscale et ne saurait, partant, être sujet de discussions⁸⁵. En conséquence, il n'est pas exigé des contribuables concernés qu'ils fournissent des explications ou des justifications quant aux raisons les conduisant à opter pour le régime d'intégration fiscale ou à choisir certaines modalités plutôt que d'autres⁸⁶. De même, le but de l'intégration fiscale étant d'assurer une neutralité fiscale entre sociétés d'un même groupe, l'existence d'une motivation fiscale lors de la constitution d'une intégration fiscale n'est pas en elle-même contraire au but de la loi.

Cependant rien n'exclut l'éventuelle application du §6 de la loi d'adaptation fiscale du 16 décembre 1934 (*StAnpG*) à un stade ultérieur, si les conditions posées par les textes ainsi que les règles issues de la jurisprudence administrative sont réunies *in concreto*⁸⁷. Rien n'empêche en effet l'administration d'invoquer l'application du §6 *StAnpG* a *posteriori* compte tenu de l'ensemble des éléments de faits entourant la constitution d'un groupe de sociétés qui ont demandé le bénéfice du régime de l'intégration fiscale. Ainsi, la constitution d'une filiale intégrée dans le seul but de générer artificiellement une bonification pour investissement sur des voitures permettant de réduire de manière inappropriée

la charge fiscale de la société mère intégrante peut être remise en cause sur base du paragraphe 6 *StAnpG* selon la Cour⁸⁸. Cependant, dans les cas soumis à l'appréciation de la Cour, ce n'était pas l'intégration fiscale elle-même qui a été considérée comme abusive mais la structure mise en place pour bénéficier d'une bonification pour investissement pour certains biens, en contrariété avec l'intention du législateur et sans justification économique.

VI. CONCLUSIONS

Avoir un régime d'intégration fiscale fait partie de l'arsenal législatif d'un État soucieux d'assurer une approche économique et non pas juridique de la fiscalité. C'est un élément absolument essentiel qui doit pouvoir remplir ses objectifs de façon simple et efficace.

En effet, l'enjeu des réformes fiscales futures sur ce sujet doit être de clarifier les points de controverses, que ce soit sur l'utilisation des pertes, le montant des pertes, le basculement d'une intégration fiscale verticale vers une intégration fiscale horizontale, sous peine de transformer en pratique les groupes consolidés en des machines complexes fiscalement et juridiquement, ne permettant pas aux groupes de planifier l'utilisation légitime de leurs pertes fiscales.

Cette complexité augmente année après année en raison des nouvelles législations mises en place, des différentes options possibles, etc. Nous devons ici saluer la clairvoyance du législateur sur l'option d'appliquer la limitation de déductibilités des intérêts de façon individualisées mais cette clairvoyance ne prendra tout son sens que lorsque l'administration acceptera de confirmer le montant des pertes fiscales dans les bulletins d'imposition. Cette situation déjà problématique à l'échelle individuelle devient extrêmement dommageable à l'échelle d'un groupe consolidé fiscalement et plus encore pour une société cotée devant activer ses impôts différés.

Il n'est pas question ici de solliciter la fin d'un impôt ou une réduction du taux d'imposition mais de simples clarifications qui devraient permettre d'offrir une sécurité fiscale à laquelle un contribuable peut légitimement prétendre. ■

83. Projet de loi portant réforme de certaines dispositions en matière des impôts directs et indirects, exposé des motifs, *doc. parl.* n°4855, p. 37.

84. À titre de comparaison, que le régime français d'intégration fiscale dont s'inspire très largement l'Article 164bis de la LIR indique expressément qu'il a pour but de « mieux assurer la neutralité de la fiscalité à l'égard des structures économiques et de renforcer la compétitivité des entreprises françaises » (Bulletin Officiel des Finances Publiques-Impôts, Identifiant juridique : BOI-IS-GPE-20120912).

85. Tribunal administratif, 24 juin 2015, *op.cit.* ; Projet de loi portant transposition de la directive 2014/86/UE du Conseil du 8 juillet 2014 modifiant la

directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents et portant modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, Avis du Conseil d'État n° 51.260, 10 décembre 2015, *doc.parl.* n°6847/04, p.11.

86. Avis du Conseil d'État n° 51.260, *ibidem*, p.12.

87. *Ibidem*

88. Voir en ce sens notamment Cour administrative, 18 mars 2014, n°32984C, LexNow Référence / ID 21734 ; Cour administrative, 18 mars 2014, n°33125C, LexNow Référence / ID 21751.