

L'ENQUÊTE SUR L'AFFAIRE HUHTAMÄKI EN MATIÈRE D'AIDES D'ÉTAT : PAS D'AVANTAGE SÉLECTIF EN PERSPECTIVE

OLIVER R. HOOR¹

TAX PARTNER (HEAD OF TRANSFER PRICING
AND THE GERMAN DESK)
ATOZ TAX ADVISERS (TAXAND LUXEMBOURG)



Le 10 mai 2019, la Commission européenne a publié la version non-confidentielle de sa décision d'ouvrir une enquête approfondie en matière d'aides d'État visant à établir si les décisions fiscales anticipées accordées par le Luxembourg à Huhtamäki pourraient être constitutives d'une aide d'État illégale. Dans sa décision présentée dans un premier temps dans un communiqué de presse publié le 7 mars 2019, la Commission européenne considère que le Luxembourg a accordé un avantage sélectif à Huhtamäki en acceptant un ajustement négatif de la base d'imposition lié à des avantages accordés à une société luxembourgeoise du groupe.

Cet article présente les faits et circonstances de l'affaire Huhtamäki, analyse son traitement fiscal sur la base du droit interne luxembourgeois et évalue si une aide d'État illégale a été accordée à Huhtamäki.

I. INTRODUCTION

Depuis juin 2003, la Commission européenne a mené des enquêtes sur la pratique des rescrits fiscaux/ décisions fiscales anticipées des États membres de l'Union européenne. Dans le cadre de ces différentes enquêtes, la Commission européenne a été amenée à analyser certaines décisions fiscales anticipées accordées à des membres de groupes multinationaux. Jusqu'à présent, la Commission a ouvert des enquêtes approfondies dans 11 affaires.² La décision finale de la Commission a été positive dans 7 affaires sur 8. C'est seulement dans l'affaire McDonald's que la Commission est arrivée à la conclusion qu'aucun avantage sélectif n'avait été accordé au contribuable et que, par conséquent, on ne se trouvait pas en présence d'une aide d'État illégale au sens des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État.³

Dans plusieurs de ces affaires, la Commission européenne a remis en cause les approches en matière de prix de transfert qui avaient été prises par les contribuables. Étant donné que les prix de transfert ne constituent pas une science exacte mais nécessitent au contraire l'exercice d'un certain pouvoir d'appréciation, il est compréhensible que la Commission européenne en vienne à prendre des positions divergentes de celles des contribuables. Cependant, cela pose un problème lorsque la Commission européenne considère qu'il n'y a qu'une seule approche concernant l'application du principe de pleine concurrence et que toute approche divergente est jugée comme une aide d'État illégale⁴.

L'enquête en matière d'aides d'État dans l'affaire Huhtamäki est encore une affaire qui semble se jouer dans le domaine des prix de transfert même si la question essentielle est celle de la bonne application du droit fiscal luxembourgeois et celle de savoir si le fait d'avoir accepté un ajustement à la baisse de la base d'imposition constituait une décision discrétionnaire de l'administration fiscale luxembourgeoise potentiellement constitutive d'un avantage sélectif.

II. PRÉSENTATION DE L'AFFAIRE HUHTAMÄKI

Le groupe Huhtamäki est constitué de Huhtamäki Holding Oy, une société dont le siège social se situe en Finlande et de toutes les sociétés contrôlées directement ou indirectement par Huhtamäki Oy, la société de tête du groupe. Le groupe Huhtamäki a été constitué en 1920 et est basé à Espoo en Finlande. Il est spécialisé dans la fabrication d'emballages destinés aux denrées alimentaires et aux boissons tels que des gobelets en papier et en plastique, des plateaux de fruits et des emballages à emporter.

1. Pour contacter l'auteur : oliver.hoor@atoz.lu. L'auteur tient à remercier Samantha SCHMITZ (Chief Knowledge Officer) pour son aide précieuse.
2. http://ec.europa.eu/competition/state_aid/tax_rulings/index_en.html
3. Cf. Oliver R. HOOR, Keith O'DONNELL, « McDonald's State Aid Investigation: What the European Commission Got Wrong », *Tax Notes International*, sep-

tembre 2016, p. 975 f., Oliver R. Hoor, « McDonald's State Aid Case: European Commission Finds no Illegal State Aid », 19 novembre 2018, *Daily Tax Report*, Bloomberg Tax.

4. L'auteur doute cependant que cette position puisse être confirmée devant la Cour de justice de l'Union européenne en cas d'appel.

Le groupe Huhtamäki est implanté en Europe, en Asie, aux États-Unis et en Océanie. Le groupe compte actuellement 76 unités de fabrication et 24 bureaux de vente dans 34 pays. En 2017, les ventes nettes du groupe s'élevaient à environ 3 milliards d'euros et comptaient 17.400 employés. Le groupe Huhtamäki est coté en tant que «Huhtamäki Oy» sur le Nasdaq Helsinki Ltd.

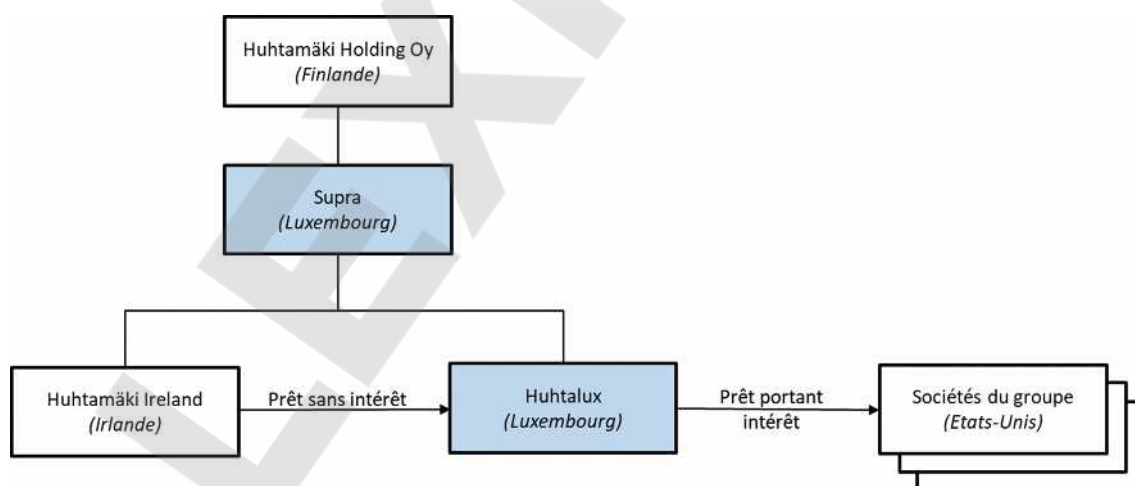
Le groupe Huhtamäki dispose d'une plate-forme d'investissement au Luxembourg composée d'un certain nombre de sociétés, dont Supra, une société holding luxembourgeoise. Supra est l'unique actionnaire de Huhtalux, une autre société luxembourgeoise exerçant des activités de détention et de financement. Huhtalux dispose d'une présence réelle au Luxembourg qui s'est développée au fil des années avec dans un premier temps 1 employé à temps partiel pour la période 2010-2013, puis 4 employés à temps plein et 1 employé à temps partiel en 2014 pour enfin atteindre 8 employés à temps plein entre 2015 et 2016.

Depuis 2009, Huhtalux accorde des prêts portant intérêt à des sociétés du groupe Huhtamäki basées aux États-Unis qui sont financés par des prêts sans intérêt accordés par Huhtamäki Ireland Limited, une société sœur irlandaise détenue à 100 % par Supra, ainsi que par des fonds propres octroyés par Huhtalux (1 million d'euros en 2009 qui a été augmenté à 2 millions d'euros en 2012). Le

volume de financement initial s'élevait à environ 300 millions de dollars américains (plus les intérêts courus) et a augmenté au fil du temps pour atteindre environ 435 millions de dollars américains.

Dans une décision fiscale anticipée rendue le 11 novembre 2009, l'administration fiscale luxembourgeoise a confirmé qu'une marge de financement de 9,375 points de base (appliquée au montant annuel moyen des créances US) était conforme au principe de pleine concurrence prévu aux Articles 56 et 164 (3) de la loi luxembourgeoise sur l'impôt sur le revenu (« LIR »). Le 21 mars 2012, une nouvelle demande de décision anticipée fut soumise concernant l'activité de financement réalisée par Huhtalux. L'étude sur les prix de transfert qui prévoyait des frais de traitement (« *handling fee* ») de 3,75 points de base, majorés d'une prime de risque correspondant au montant des capitaux propres à risque, était conforme à la circulaire fiscale 164/2 du 28 janvier 2011 concernant les activités de financement intragroupe. La décision fiscale anticipée y afférente fut rendue le 9 octobre 2013 et a lié l'administration fiscale luxembourgeoise pour une période de 5 ans (à savoir de 2012 à 2016).

Les activités de financement réalisées par Huhtalux sont illustrées dans le schéma suivant :



III. TRAITEMENT FISCAL AU LUXEMBOURG

A. Aperçu général

Les sociétés dont soit le siège statuaire soit l'administration centrale (c'est à-dire le siège de direction effective)

se situe sur le territoire du Luxembourg sont soumises à l'impôt sur le revenu des collectivités⁵ et à l'impôt commercial communal⁶ sur leurs revenus mondiaux.⁷ Les revenus mondiaux sont déterminés en application de la méthode de la comparaison de l'actif net.⁸ Ainsi, le bénéfice correspond à la différence entre l'actif net à la fin et

5. Article 159 (1) A No. 1 LIR.
6. § 2 (2) No. 2 GewStG.

7. Article 159 (2) LIR.
8. Article 18 (1) LIR.

l'actif net au début de l'exercice d'imposition, augmenté des prélèvements personnels effectués pendant l'exercice et diminué des suppléments d'apport effectués pendant l'exercice fiscal. Selon l'Article 40 de la LIR, le traitement fiscal suit le traitement comptable à moins qu'une disposition fiscale (ou un concept fiscal) spécifique n'impose un traitement fiscal différent.

B. Activités de financement au Luxembourg

1) Remarques préliminaires

Le Luxembourg est une juridiction de choix pour les activités de détention de participations et un centre financier qui a toujours été un lieu privilégié pour la mise en place d'activités de financement. Cependant, les règles fiscales applicables aux activités de financement ont subi une transformation importante au cours de la dernière décennie.

Alors que jusqu'en 2010, il n'y avait pas de règles formelles en matière de prix de transfert régissant le traitement fiscal des activités de financement, à partir de 2011, les aspects relatifs aux prix de transfert des activités de financement ont été régis par la circulaire 164/2 du 28 janvier 2011 (la « Circulaire de 2011 »). Le 27 décembre 2016, l'administration fiscale luxembourgeoise publia la circulaire 56/1 - 56bis / 1 (la « Circulaire de 2016 ») qui remplaça la circulaire 164/2 à compter de l'exercice fiscal 2017.

2) La pratique administrative jusqu'en 2010

Jusqu'en 2010, la législation fiscale luxembourgeoise ne prévoyait pas de règle spécifique régissant le traitement fiscal des activités de financement effectuées par les sociétés luxembourgeoises. Au lieu de cela, en vertu de la pratique administrative de l'époque, les entreprises luxembourgeoises devaient dégager une marge de financement qui variait en fonction du volume de financement et qui était considérée comme conforme au critère de pleine concurrence dans la mesure où certaines conditions étaient remplies. Cette pratique administrative s'inspirait de l'approche adoptée par les autorités fiscales néerlandaises par le passé.

3) Les règles de prix de transfert applicables à partir de 2011

À compter de 2011, les aspects liés aux prix de transfert des activités de financement ont été régis par la Circulaire de 2011. En vertu de ce régime de prix de transfert,

les sociétés de financement devaient avoir une présence réelle au Luxembourg, courir des risques économiques et déclarer une rémunération de pleine concurrence sur leurs activités de financement, conformément aux lignes directrices de l'OCDE en matière de prix de transfert.⁹ En outre, une étude sur les prix de transfert devait justifier que la rémunération était conforme au principe de pleine concurrence.¹⁰ La Circulaire de 2011 était inspirée du régime néerlandais applicable aux sociétés prestataires de services. Selon la Circulaire 164/2bis du 8 avril 2011, les décisions anticipées émises avant la publication de la Circulaire de 2011 perdirent alors leur caractère contraignant à compter du 1^{er} janvier 2012 quant à la conformité au principe de pleine concurrence de la marge de financement.

Entrent dans le champ d'application de la Circulaire de 2011 les entités qui effectuent principalement des transactions de financement intra-groupe. L'expression « transaction de financement intra-groupe » devait être interprétée de manière large, comprenant ainsi toute activité consistant dans l'octroi de prêts ou d'avances de fonds à des entreprises associées, financés par des moyens et instruments financiers tels que des émissions publiques, des emprunts privés, des avances de fonds ou encore des prêts bancaires, etc.

Selon la Circulaire de 2011, les sociétés de financement devaient se conformer à l'exigence dite « exigence de risque réel », réputée satisfaite lorsque le montant des capitaux propres de la société correspondait au moins à 1 % de la valeur nominale des prêts accordés ou à 2 millions d'euros. La rémunération de pleine concurrence d'une société de financement luxembourgeoise consistait en (i) une commission pour frais de traitement, ou « *handling fee* » (pour les activités de gestion de prêts) et (ii) une prime de risque (en contrepartie de l'exposition de ses fonds propres). Les deux composantes étaient alors ajoutées, exprimées en points de base et permettaient d'aboutir à une marge (brute) de pleine concurrence qui était intégrée dans le taux d'intérêt facturé à l'emprunteur. Étant donné que la rémunération était brute, les coûts connexes, tels que les frais opérationnels, étaient déductibles au plan fiscal (jusqu'à concurrence du montant des frais de traitement).

4) Le régime des prix de transfert applicable à partir de 2017

Le 27 décembre 2016, l'administration fiscale luxembourgeoise émit une circulaire qui remplaça la Circulaire de 2011 à compter de 2017. La Circulaire de 2016

9. Une deuxième circulaire du 8 avril 2011 indiquait que les décisions prises sous l'empire des règles applicables antérieurement à l'entrée en vigueur de cette circulaire ne lieraient plus l'Administration des contributions directes à

compter du 1^{er} janvier 2012 en ce qui concerne le montant de la marge de financement.

10. Cf. Section 3.4.

est conforme à tous les standards en matière de prix de transfert applicables dans l'ère post-BEPS et elle fait suite à l'introduction du nouvel Article 56bis de la LIR¹¹ qui fournit des directives supplémentaires quant à l'application du principe de pleine concurrence.

Le champ d'application de la Circulaire de 2016 reste généralement le même que sous l'ancien régime des prix de transfert et couvre les entités principalement engagées dans des transactions de financement intra-groupe. Cependant, alors que l'ancienne Circulaire faisait référence à des opérations de financement « transfrontalières » entre entreprises associées, la Circulaire de 2016 fait uniquement référence à des transactions de financement entre entreprises liées. Il s'ensuit que les transactions de financement entre entreprises luxembourgeoises relèvent tout autant du champ d'application de la Circulaire de 2016 que les transactions transfrontalières. Cette modification est conforme aux développements législatifs luxembourgeois et à l'introduction en 2015 d'une nouvelle version de l'Article 56 de la LIR qui formalise l'application du principe de pleine concurrence en droit fiscal luxembourgeois.

La Circulaire de 2016 souligne qu'une société de financement doit assumer les risques liés à ses opérations de financement intra-groupe. Il s'agit d'un changement fondamental par rapport à l'ancien régime des prix de transfert en vertu duquel les risques (en particulier le risque de crédit) étaient contractuellement limités au montant le plus faible entre soit 1 % du total des prêts soit 2 millions d'euros (par ex. par le biais d'une clause de recours limité ou de garanties). En revanche, en vertu du nouveau régime, les risques assumés par une société de financement ne sont pas limités et le montant des fonds propres à risque d'une société de financement doit être déterminé au cas par cas.

En pratique, le montant des capitaux propres à risque doit être déterminé en fonction des pertes attendues sur l'activité de financement, en prenant en compte la cote de solvabilité de l'emprunteur. Les sociétés de financement doivent être financées par un montant de capital

suffisant permettant de couvrir les pertes attendues dans l'hypothèse où le risque se réaliserait. En d'autres termes, elles doivent disposer de la capacité financière nécessaire afin de supporter le risque.

Les sociétés de financement doivent avoir le contrôle sur les risques liés à leurs activités de financement. Par conséquent, les sociétés de financement doivent avoir le pouvoir de décider de conclure des transactions de financement à risque et de gérer les risques y relatifs.

Le montant du capital à risque doit en outre être rémunéré avec un rendement de pleine concurrence sur fonds propres. Lorsque le profil fonctionnel et de risque de la société de financement luxembourgeoise est similaire à celui d'une institution financière régulée, la Circulaire de 2016 prévoit qu'un pourcentage de rendement par rapport aux capitaux propres de 10 % après impôts peut être observé sur le marché et peut être considéré comme reflétant une rémunération de pleine concurrence. Toutefois, lorsque le profil de la société de financement luxembourgeoise diffère de manière significative de celui d'une institution financière régulée, une recherche des rémunérations de pleine concurrence réalisées par des sociétés réalisant une activité comparable doit être effectuée afin de déterminer le rendement de pleine concurrence sur capitaux propres.

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

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

$$\text{Rémunération brute} = \frac{\text{Rémunération nette}}{(1 - \text{taux de l'impôt sur le revenu})} + \text{dépenses d'exploitation}$$

11. L'Article 56bis de la LIR a été introduit dans la loi fiscale luxembourgeoise avec effet au 1^{er} janvier 2017.

C. Les ajustements de prix de transfert en droit fiscal luxembourgeois

1) Remarques préliminaires

Comme les sociétés ont une personnalité juridique distincte de celle de leurs actionnaires, elles sont libres de conclure des contrats avec leurs actionnaires de la même manière qu'elles le feraient avec des tiers. D'un point de vue fiscal luxembourgeois, une distinction claire doit être établie entre les contrats qui respectent le principe de pleine concurrence et ceux qui, motivés par la relation d'actionariat, permettent de transférer des avantages de la société à son ou ses actionnaire(s) et inversement. Par conséquent, les conditions de tout contrat conclu entre une société et un actionnaire doivent être comparées aux conditions qui auraient été convenues si le contrat avait été conclu par des sociétés non liées (c'est-à-dire un test de pleine concurrence).

Les contrats conclus par une société avec ses actionnaires qui sont compatibles avec le principe de pleine concurrence sont pris en compte pour le calcul du revenu imposable de la société. Par opposition, les contrats conclus entre une société et ses actionnaires qui ne respectent pas le principe de pleine concurrence seront soumis à des ajustements fiscaux conformément aux concepts de distribution cachée de bénéfices et d'apports cachés ou, dans certains cas, sur la base de l'Article 56 de la LIR.

2) Les distributions cachées de bénéfices

a) Les caractéristiques des distributions cachées de bénéfices

Le droit fiscal luxembourgeois ne fournit pas de définition exhaustive de la notion de distribution cachée de bénéfices. Le terme « distribution cachée de bénéfices » n'est mentionné que dans l'Article 164 (3) de la LIR en vertu duquel il y a distribution cachée de bénéfices lorsqu'un associé reçoit directement ou indirectement des avantages d'une société que des tiers n'auraient pas obtenus. En outre, l'article indique que des telles distributions sont à inclure dans le revenu imposable de la société.¹²

Il ressort de la jurisprudence applicable en la matière que les distributions cachées de bénéfices au sens de l'Article 164 (3) de la LIR ont les caractéristiques suivantes :

- Une diminution (ou un défaut d'accroissement) de l'actif net de la société ;
- Qui est motivée par la relation d'associé ;
- Qui a un impact sur le revenu imposable de la société (c'est-à-dire soit sous forme de dépenses soit sous forme de renoncement à un revenu); et
- Qui ne constitue pas une distribution de dividende régulière (du point de vue du droit commercial luxembourgeois).

Il s'ensuit que des avantages accordés à un actionnaire ou à un associé peuvent constituer des distributions cachées de bénéfices. Le concept est applicable en cas d'avantages transférés par une société à des personnes physiques ou à des personnes morales et n'est pas limité aux situations transfrontalières.

b) Le traitement fiscal des distributions cachées de bénéfices

Aux fins fiscales luxembourgeoises, les distributions cachées de bénéfices nécessitent des ajustements fiscaux tant au niveau de la société que de l'actionnaire/associé. Ces ajustements fiscaux doivent être analysés au cas par cas. En règle générale, toutefois, le revenu imposable de la société devra être augmenté à hauteur de la valeur de marché de l'avantage transféré par la société à son actionnaire.

L'avantage constitue en outre un revenu au sens de l'Article 97 (1) n° 1 de la LIR qui est généralement soumis à la retenue à la source luxembourgeoise au taux de 15 %.¹³ Sous certaines conditions, les actionnaires de sociétés peuvent bénéficier d'une exonération de retenue à la source en vertu de la législation fiscale nationale.¹⁴ Dans un contexte transfrontalier, les conventions fiscales conclues par le Luxembourg peuvent prévoir un taux de retenue à la source réduit ou nul. Au niveau de l'actionnaire luxembourgeois, les distributions cachées de bénéfices sont traitées comme des distributions de dividendes ordinaires.¹⁵ Le revenu réputé réalisé peut bénéficier d'une exonération totale¹⁶ ou partielle¹⁷ de l'impôt en vertu de la législation fiscale nationale.

12. Cf. Léon KUNSCH, « La Réforme de l'impôt sur le revenu des collectivités », *Études fiscales* No. 29 and 30, 1 décembre 1969, p. 50 ; cf. Oliver R. Hoor, « Hidden Dividend Distributions in Luxembourg: A Technical Guide », *European Taxation*, Volume 51, Numéro 9/10, 2011, IBFD, p. 383.

13. Article 146 (1) No. 1 de la LIR combiné à l'Article 148 (1) de la LIR.

14. Article 147 de la LIR.

15. Article 97 (1) No. 1 de la LIR.

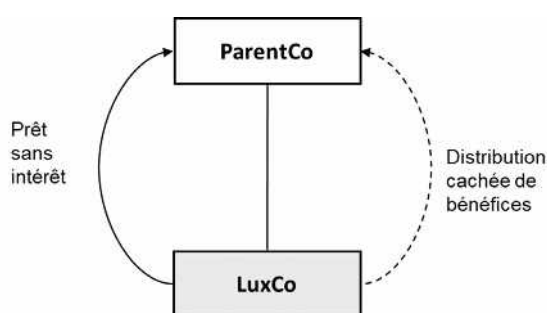
16. Dans le cas de sociétés luxembourgeoises, l'Article 166 de la LIR prévoit une exonération totale si certaines conditions sont remplies (régime d'exonéra-

tion des participations). Dans des situations transfrontalières, les conventions fiscales conclues par le Luxembourg peuvent prévoir une exonération même lorsque les conditions du régime luxembourgeois d'exonération des participations ne sont pas remplies.

17. L'Article 115 No. 15 a) de la LIR prévoit une exonération de 50 %. Cette exonération partielle s'applique aux personnes physiques comme aux sociétés luxembourgeoises dans la mesure où le régime d'exonération des participations ne s'applique pas.

Exemple 1: Distribution cachée de bénéfices

Une société luxembourgeoise (« LuxCo ») accorde un prêt sans intérêt à sa société mère (« ParentCo »). Il est présumé que le taux d'intérêt de pleine concurrence s'élève à 4 %.



L'avantage transféré par LuxCo à ParentCo devra être qualifié de distribution cachée de bénéfices. Dès lors, le revenu imposable de LuxCo devra être augmenté des intérêts réputés réalisés au taux de pleine concurrence (à savoir 4 %). En outre, ParentCo sera considérée avoir réalisé un revenu au sens de l'Article 97 (1) No. de la LIR qui sera en principe soumis à retenue à la source au taux de 15 %¹⁸ à moins qu'une réduction ou une exonération de retenue ne s'applique en vertu du droit interne luxembourgeois¹⁹ ou sur la base d'une convention fiscale conclue par le Luxembourg. Si ParentCo est une société luxembourgeoise, le dividende considéré comme réalisé pourra éventuellement bénéficier du régime luxembourgeois d'exonération des revenus de participation.²⁰ En même temps, ParentCo pourra déduire des dépenses à hauteur du montant des intérêts de pleine concurrence réputés payés dans la mesure où ces intérêts ne sont pas considérés comme étant en relation économique directe avec le dividende réputé distribué par LuxCo.²¹

c) Les situations triangulaires

Le champ d'application des distributions cachées de bénéfices s'étend aux avantages transférés par une société aux parties liées à ses associés /actionnaires. Ici, une présomption réfragable que l'avantage était motivé par la relation d'associé découle de la relation entre l'associé et la partie liée.

Les transactions entre parties liées peuvent notamment impliquer des groupes de sociétés transférant (i) des avantages d'un bout à l'autre de la chaîne de détention ou (ii) entre sociétés sœurs (indirectes). Alors que les parties non liées ne devraient avoir aucun intérêt à se

transférer mutuellement des avantages, les parties liées quant à elles peuvent, en l'absence d'intérêt divergent, contourner de manière intentionnelle le principe de pleine concurrence afin de réduire la charge fiscale globale.

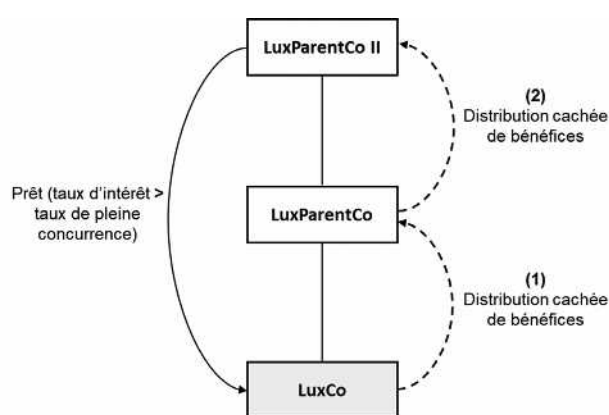
Une distribution cachée de bénéfices au travers de la chaîne de détention peut être envisagée lorsqu'une société transfère un avantage à un actionnaire/associé indirect. Dans ce cas, en l'absence de relation d'actionnaire direct, la société ne peut pas distribuer directement l'avantage au bénéficiaire de l'avantage. Aux fins de l'impôt, plusieurs distributions cachées de bénéfices sont réputées être effectuées à la suite :

- (i) la société est réputée transférer un avantage à son actionnaire direct (distribution cachée de bénéfices n°1) ;
- (ii) l'actionnaire direct est réputé transférer un avantage à l'actionnaire indirect (distribution cachée de bénéfices n°2).

Les transactions en chaîne peuvent impliquer un nombre indéterminé de sociétés intermédiaires et par conséquent un nombre indéterminé de distributions cachées de bénéfices.

Exemple 2 : transactions en chaîne

Une société luxembourgeoise (« LuxParentCo II ») accorde un prêt de 5 millions d'euros portant intérêt à sa filiale indirecte (« LuxCo »). Le taux d'intérêt appliqué est de 10 % alors que le taux de pleine concurrence est de 6 %. Ainsi, un avantage de 200.000 euros par an (= EUR 5.000.000 * [10 % - 6 %]) est transféré par LuxCo à LuxParentCo II.



D'un point de vue fiscal luxembourgeois, l'avantage transféré au travers de la chaîne de détention devrait être qua-

18. Article 146 (1) No. 1 de la LIR combiné à l'Article 148 (1) de la LIR.

19. Article 147 de la LIR.

20. Article 166 (1) de la LIR.

21. Cf. Oliver R. Hoor, « Hidden dividend distributions & hidden capital contributions: A technical guide », Legitech, Luxembourg 2011, p. 55.

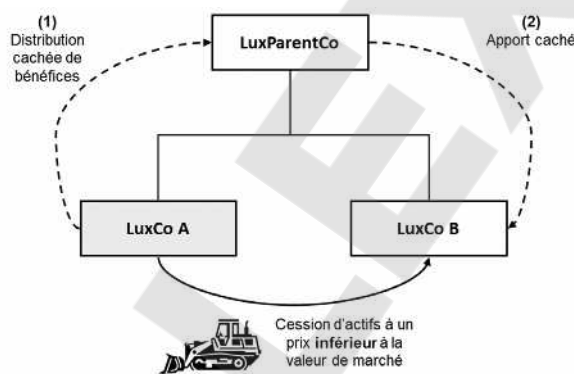
lifié de distribution cachée de bénéfices au travers de la société mère directe (« LuxParentCo »). Ainsi, on considère qu'il y a une première distribution cachée de bénéfices de LuxCo à LuxParentCo (200.000 euros) puis une seconde de même montant de LuxParentCo à LuxParentCo II.

Des avantages peuvent de même être transférés entre sociétés sœurs. Dans ce cas, l'avantage est réputé motivé par la relation avec l'actionnaire commun. Dès lors, d'un point de vue fiscal luxembourgeois, l'avantage est considéré comme (i) étant accordé à l'actionnaire commun, (ii) qui transfère ensuite l'avantage à la société sœur bénéficiaire.

Alors que l'avantage transféré à l'actionnaire commun devra être qualifié de distribution cachée de dividende, l'avantage transféré à la société bénéficiaire pourra être qualifié d'apport caché.

Exemple 3 : Avantages transférés entre sociétés sœurs

LuxCo A vend une pelleteuse d'une valeur de 100.000 euros pour 70.000 euros à sa société sœur LuxCo B. Bien que LuxCo A accorde l'avantage (30.000 euros) directement à LuxCo B, la raison économique de l'octroi de l'avantage réside dans la relation avec l'actionnaire commun des deux sociétés, à savoir la société mère luxembourgeoise (« LuxParentCo»). Par conséquent, on considérera qu'il y a une distribution cachée de dividende de LuxCo A à LuxParentCo (30.000 euros), suivie d'un apport caché correspondant de LuxParentCo à LuxCo B (30.000 euros).



d) Situations transfrontalières

Si le concept de distribution cachée de bénéfices peut s'appliquer à des transactions purement nationales, il peut également s'appliquer dans un contexte transfrontalier avec des parties non-résidentes du Luxembourg. Dans ces situations, le traitement fiscal luxembourgeois

des parties luxembourgeoises en cause ne diffère pas des conséquences fiscales générales exposées ci-dessus. En d'autres termes, les ajustements fiscaux liés aux distributions cachées de bénéfices effectués à des fins fiscales luxembourgeoises ne dépendent pas du traitement fiscal étranger de la ou des autres parties impliquée(s).

3) Les apports cachés

a) Les caractéristiques des apports cachés

On entend par apport caché un avantage transféré par un actionnaire à une société. Bien que le concept ne soit pas défini dans la législation fiscale luxembourgeoise, conformément à la jurisprudence luxembourgeoise, les apports cachés présentent les caractéristiques suivantes :

- un actionnaire ou une partie liée à l'actionnaire,
- étant motivé par la relation d'actionnariat,
- octroie un avantage à une société qui peut être reflété dans le bilan, c'est-à-dire soit une augmentation de l'actif soit une diminution du passif (dans la mesure où l'actionnaire ne reçoit pas de rémunération de pleine concurrence), et
- l'apport ne constitue pas un apport ordinaire (selon le droit commercial luxembourgeois).²²

En principe, les apports entraînent une augmentation de l'actif net dans le bilan de la société bénéficiaire. L'objet d'un apport caché est dès lors en relation directe avec un élément du bilan, à savoir une augmentation de l'actif ou une diminution du passif.

Cependant, ce point précis n'est pas unanimement admis par la doctrine luxembourgeoise et certains auteurs luxembourgeois considèrent que tout avantage incluant un service gratuit (par exemple, un prêt sans intérêt et des services de conseil gratuit) accordé par un actionnaire à la société devrait être classifié comme un apport caché de capital. Et cela parce qu'un tel avantage augmente l'actif net de la société bénéficiaire qui fait des économies.

b) Le traitement fiscal des apports cachés

Les apports cachés peuvent nécessiter des ajustements fiscaux complexes au niveau de la société et de l'actionnaire et doivent être analysés au cas par cas. En règle générale, les revenus réalisés sur le plan comptable en relation avec un apport caché doivent être exclus de la base imposable.²³ Au niveau de l'actionnaire, la valeur

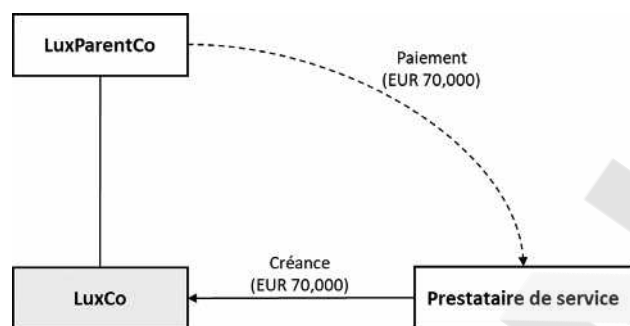
22. Cf. Guy HEINTZ, « Études fiscales – L'impôt sur le revenu des collectivités » (1999), p. 30, 68 ; Cf. Oliver R. HOOR, « Hidden dividend distributions & hidden capital contributions: A technical guide », Legitech, Luxembourg 2011, p. 81.

23. L'ajustement fiscal se fait dans la déclaration fiscale de la société. La base légale permettant d'exclure les revenus issus d'apports cachés est l'Art. 18 (1) de la LIR en vertu duquel les apports doivent être déduits de la base imposable.

comptable de la participation dans la société bénéficiaire de l'avantage devra être augmentée de la valeur de marché de l'apport et le revenu correspondant au montant de l'apport en capital caché devra être pris en compte lors de la détermination du revenu imposable.

Exemple 4: les apports cachés

Une société luxembourgeoise (« LuxCo ») a une dette de 70.000 euros envers un fournisseur de services. La société mère de LuxCo (« ParentCo ») prend en charge la dette de LuxCo et renonce au remboursement de celle-ci. LuxCo comptabilise la transaction en tant que produit extraordinaire d'un montant de 70.000 euros, tandis que ParentCo comptabilise des dépenses d'un montant de 70.000 euros.



L'avantage de 70.000 euros transféré de ParentCo à LuxCo doit être qualifié d'apport caché. En conséquence, les revenus liés à l'apport caché doivent être exclus du revenu imposable de LuxCo. Si ParentCo était une société luxembourgeoise, les dépenses reflétées comptablement (lors de la reprise de la dette de LuxCo) seraient neutralisées par le revenu présumé réalisé de 70.000 euros. Au même moment, la valeur comptable de la participation dans LuxCo serait augmentée du montant de l'apport caché dans le bilan fiscal de ParentCo.

c) Les situations triangulaires impliquant des sociétés d'un même groupe

Les avantages octroyés volontairement à une société par une partie liée à son actionnaire peuvent également être qualifiés d'apports cachés. Les transactions entre parties liées peuvent notamment impliquer des groupes de sociétés qui transfèrent des avantages (i) au travers de la chaîne de détention ou (ii) entre sociétés sœurs. Alors que des parties indépendantes ne devraient avoir aucun intérêt à s'octroyer mutuellement des avantages, les parties liées peuvent quant à elles, en l'absence d'intérêt divergent, contourner intentionnellement le principe de pleine concurrence afin de réduire leur charge fiscale.

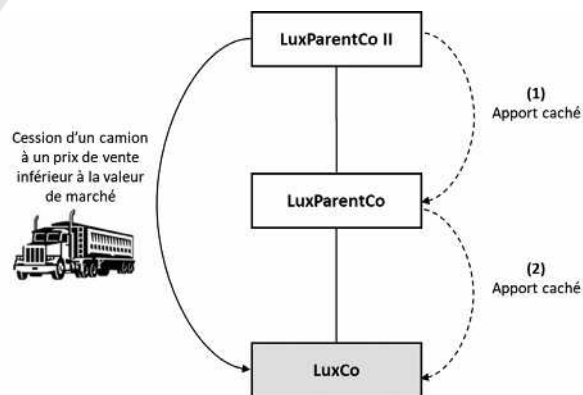
On peut se trouver en présence d'un apport caché au travers de la chaîne de détention lorsqu'un actionnaire transfère un avantage à une filiale indirecte. Dans ce cas, en l'absence d'une relation d'actionnariat directe, l'actionnaire ne peut pas octroyer directement l'avantage au bénéficiaire. Dès lors, d'un point de vue fiscal, plusieurs apports cachés sont réputés être effectués à la suite :

- (i) l'actionnaire est réputé avoir transféré un avantage à sa filiale directe (apport caché n°1) ;
- (ii) la filiale directe est réputée transférer un avantage à l'actionnaire indirect (apport caché n°2).

Les transactions en chaîne peuvent impliquer un nombre quelconque de sociétés intermédiaires et donc un nombre quelconque d'apports cachés.

Exemple 5 : les transactions en chaîne

LuxParentCo II cède un camion d'une valeur de 120.000 euros pour un montant de 80.000 euros à sa filiale indirecte LuxCo. Dans ce cas, l'avantage transféré au travers de la chaîne de détention est qualifié d'apport effectué par le biais de LuxParentCo. En conséquence, LuxParentCo II effectue un apport caché à destination de LuxParentCo (40.000 euros), qui elle-même effectue un apport caché à LuxCo (40.000 euros).

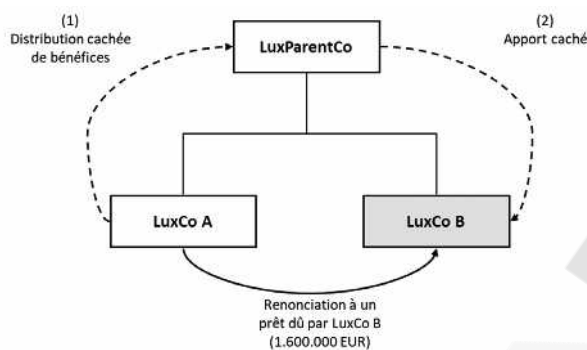


Des avantages peuvent de même être octroyés entre sociétés sœurs. Ici, l'avantage est considéré comme étant motivé par la relation avec l'actionnaire commun. Par conséquent, aux fins de l'impôt luxembourgeois, l'avantage est considéré comme (i) accordé à l'actionnaire commun, (ii) qui transfère ensuite l'avantage à la société sœur bénéficiaire.

Alors que l'avantage transféré à l'actionnaire commun sera qualifié de distribution cachée de bénéfices, l'avantage transféré à la société bénéficiaire pourra être qualifié d'apport caché.

Exemple 6 : les avantages octroyés entre sociétés sœurs

Une société luxembourgeoise (« LuxCo A ») renonce à un prêt de 1.600.000 euros envers une société sœur luxembourgeoise (« LuxCo B »). Il est supposé que la valeur de marché du prêt correspond à sa valeur nominale. L'avantage de 1.600.000 euros accordé par LuxCo A à LuxCo B est réputé, aux fins de l'impôt luxembourgeois, être transféré par le biais de l'actionnaire commun (LuxParentCo). Alors que l'avantage octroyé par LuxCo A à LuxParentCo sera qualifié de distribution cachée de bénéfices, l'avantage octroyé par LuxParentCo à LuxCo B sera qualifié d'apport caché.



d) Les situations transfrontalières

Si le concept d'apport caché s'applique à des transactions purement nationales, il peut également s'appliquer lorsque des parties non-résidentes du Luxembourg sont impliquées (c'est-à-dire dans des situations transfrontalières). Dans ces situations, le traitement fiscal luxembourgeois des parties luxembourgeoises en cause ne diffère pas des conséquences fiscales générales analysées ci-dessus. Les conséquences fiscales survenant au Luxembourg ne dépendent pas du traitement fiscal étranger appliqué aux autres parties impliquées.

4) Ajustements fiscaux sur la base de l'Article 56 de la LIR

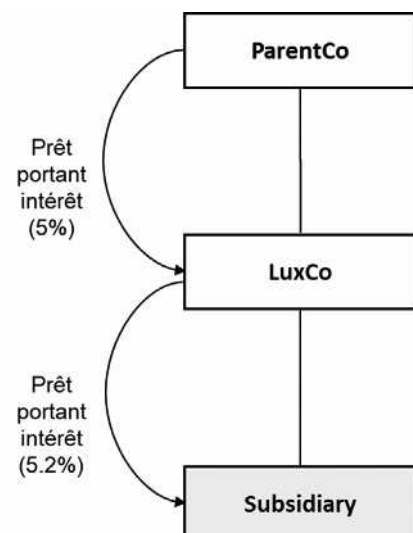
L'article 56 de la LIR (tel qu'applicable jusqu'en 2014) permettait aux autorités fiscales luxembourgeoises d'effectuer des ajustements fiscaux lorsque des avantages avaient été octroyés dans un contexte transfrontalier. Plus précisément, le revenu imposable d'un contribuable résident luxembourgeois affecté par des « relations économiques particulières » entretenues par celui-ci avec un contribuable non-résident pouvait être ajusté par un fonctionnaire supérieur de l'administration des contributions désigné par le directeur de cette administration. Étant donné que l'Article 56 de la LIR était rédigé de manière très générale, il permettait à l'administration fiscale d'effectuer des ajustements aussi bien à la hausse qu'à la baisse.

À compter du 1^{er} janvier 2015, une nouvelle version de l'Article 56 de la LIR a introduit de façon formelle le principe de pleine concurrence dans le droit fiscal luxembourgeois. Le champ d'application de cette disposition est limité aux transactions entre entreprises associées et ne s'applique pas aux transactions entre des actionnaires personnes physiques et une société luxembourgeoise. Dans le contexte d'une convention fiscale, les ajustements fiscaux opérés en vertu du nouvel Article 56 de la LIR sont généralement autorisés en vertu de l'Article 9 (1) du Modèle de convention de l'OCDE sur le revenu et la fortune.

Le nouvel Article 56 de la LIR sert de base légale pour procéder à des ajustements à la hausse comme à la baisse, conformément au principe de pleine concurrence. En d'autres termes, lorsqu'une société luxembourgeoise transfère un avantage à une autre société du groupe, les autorités fiscales luxembourgeoises devront augmenter le revenu imposable de la société luxembourgeoise. À l'inverse, lorsqu'une société luxembourgeoise reçoit un avantage d'une entreprise associée, le revenu imposable de la société luxembourgeoise devra être réduit par le biais d'un ajustement à la baisse pour tenir compte des conditions de pleine concurrence. L'article 56 de la LIR s'applique à la fois aux transactions transfrontalières et aux transactions nationales.

Exemple 7 : ajustement à la hausse

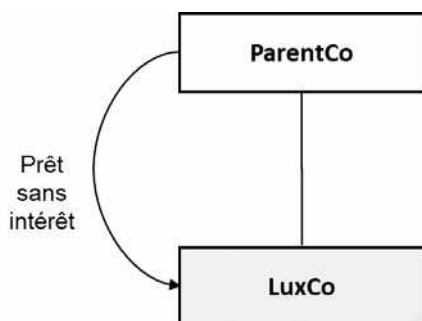
Une société luxembourgeoise (« LuxCo ») qui exerce des activités de financement reçoit un prêt portant intérêt à un taux de 5 % de sa société mère (« ParentCo ») et accorde un prêt de même montant à sa filiale, qui porte intérêt à un taux de 5,2 %.



En supposant que les autorités fiscales luxembourgeoises puissent raisonnablement prouver que la marge de pleine concurrence doit être de 30 points de base au lieu de 20 points de base, le revenu imposable de LuxCo pourra être augmenté par les autorités fiscales luxembourgeoises conformément à l'Article 56 de la LIR.

Exemple 8 : ajustement à la baisse

Une société luxembourgeoise (« LuxCo ») reçoit un prêt sans intérêt de sa société mère (« ParentCo ») pour financer ses activités. Il ressort d'une étude de prix de transfert que le taux d'intérêt de pleine concurrence serait de 4,5 %.



Dans ce cas, un ajustement à la baisse à hauteur des charges d'intérêts de pleine concurrence doit être effectué lors de la détermination du revenu imposable dans la déclaration fiscale de LuxCo. La question de savoir si les intérêts réputés payés sont ou non déductibles d'un point de vue fiscal luxembourgeois, dépend du traitement fiscal des revenus générés sur les actifs financés par le prêt sans intérêt (par exemple, les charges d'intérêts en relation avec des revenus exonérés d'impôt ne sont pas déductibles fiscalement). En outre, la déduction peut être limitée conformément à l'Article 168bis de la LIR (règles de limitation de la déductibilité des intérêts).

5) Hiérarchie des normes

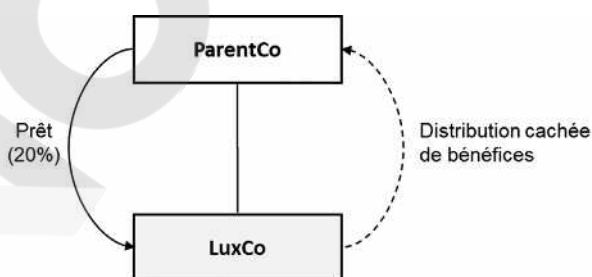
L'article 56 de la LIR et les concepts de distribution cachée de bénéfices et d'apports cachés fonctionnent indépendamment l'un de l'autre et peuvent s'appliquer de manière concomitante. Toutefois, en cas de chevauchement, les concepts de distribution cachée de bénéfices et d'apport caché devraient prévaloir sur les dispositions de l'Article 56 de la LIR.

En effet, la seule conséquence fiscale de l'Article 56 de la LIR est un ajustement du revenu imposable de la société (afin de retraiter la base imposable conformément aux conditions

de pleine concurrence), alors que les concepts de distribution cachée de bénéfices et d'apports cachés peuvent nécessiter des ajustements fiscaux supplémentaires au niveau de la société et de son actionnaire. Sinon, si l'Article 56 de la LIR était appliqué, des ajustements fiscaux supplémentaires seraient nécessaires conformément aux concepts de distribution cachée de bénéfices et d'apport caché. En conséquence, le champ d'application de l'Article 56 de la LIR devrait généralement être limité aux cas dans lesquels les avantages transférés entre sociétés liées ne peuvent pas être qualifiés de distribution cachée de bénéfices ou d'apports cachés.

Exemple 9 : hiérarchie des normes

Une société luxembourgeoise (« LuxCo ») reçoit de sa société mère (« ParentCo ») un prêt portant intérêt à un taux de 20 %. Il est supposé que le taux de pleine concurrence est de 8 %.



L'avantage octroyé par LuxCo à ParentCo sous la forme d'un paiement excessif d'intérêts doit être qualifié de distribution cachée de bénéfices à hauteur de 12 % (= 20 % moins 8 % d'intérêts de pleine concurrence). Il en résulte que le revenu imposable de LuxCo est augmenté à hauteur du montant de la charge d'intérêts excessifs.²⁴ En outre, la distribution de bénéfices réputée réalisée (c'est-à-dire l'excédent d'intérêts requalifié en dividende caché) est généralement soumise à la retenue à la source au Luxembourg au taux de droit interne de 15 % (sauf si un taux de retenue à la source réduit ou nul s'applique).

Si d'un point de vue fiscal la société mère est résidente au Luxembourg, le revenu de dividende caché sera imposable, mais pourra bénéficier le cas échéant d'une exonération en vertu du régime d'exonération des participations au Luxembourg.²⁵

D. Le traitement fiscal de Huhtamäki au Luxembourg

Pour analyser le traitement fiscal de Huhtamäki au Luxembourg, il faut opérer une distinction entre la période antérieure à l'année 2015 et celle courant à partir de 2015.

24. L'application de l'Article 56 de la LIR entrainerait un ajustement fiscal identique.

25. Article 166 (1) LITL.

1) Considérations relatives à la période antérieure à 2015

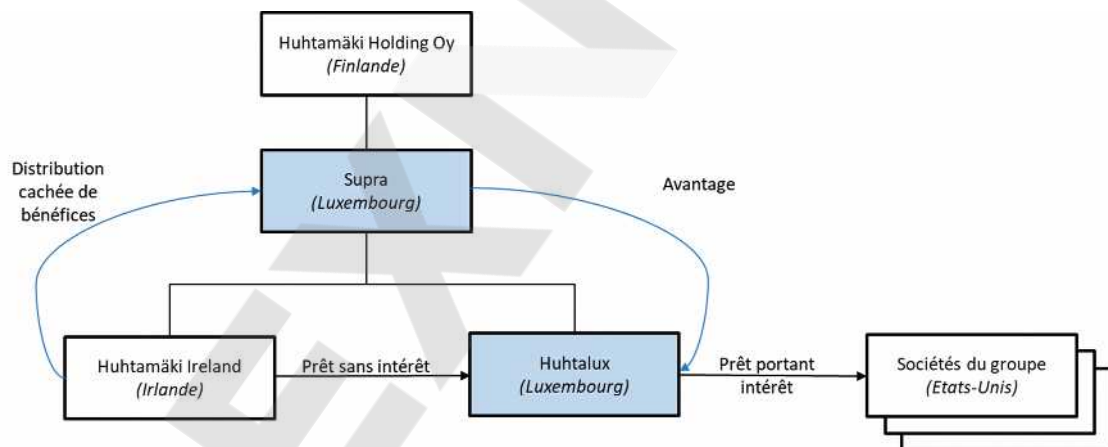
Jusqu'en 2014, les ajustements de prix de transfert pouvaient être effectués sur la base des concepts de distribution cachée de bénéfices et d'apports cachés, ainsi qu'en vertu de l'Article 56 de la LIR.

Le prêt sans intérêt consenti par Huhtamäki Ireland à Huhtalux constitue un avantage qui, conformément à la jurisprudence applicable, est motivé par l'actionnaire commun et doit être qualifié de distribution cachée de bénéfices de Huhtamäki Ireland à Supra. La valeur de la distribution cachée correspond aux revenus d'intérêts de pleine concurrence à recevoir par Huhtamäki Ireland, ce qui correspond à la différence entre le revenu d'intérêts de Huhtalux et une marge de financement de pleine concurrence.

Si Huhtamäki Ireland était une société luxembourgeoise, le revenu imposable de la société aurait été augmenté du montant des revenus d'intérêts de pleine concurrence.

Au niveau de Supra, le revenu de dividende réputé réalisé et correspondant au montant des revenus d'intérêts de pleine concurrence de Huhtamäki Ireland doit être pris en compte par rapport à la distribution cachée de bénéfices. Toutefois, en l'espèce, la distribution présumée réalisée bénéficie d'une exonération au titre du régime luxembourgeois d'exonération des participations.²⁶

Si l'on suit l'école de pensée selon laquelle l'avantage octroyé sous forme de prêt sans intérêt ne peut pas être qualifié d'apport caché de Supra à Huhtalux, l'avantage est réputé consommé par Supra, qui devra reconnaître une dépense s'élevant au montant de la charge d'intérêts de pleine concurrence de Huhtalux aux fins de l'imposition luxembourgeoise. Selon la jurisprudence applicable, ces dépenses ne sont pas directement liées au revenu de dividende exonéré d'impôt de Huhtamäki Ireland et devraient donc être déductibles fiscalement au niveau de Huhtalux.²⁷ Il est à noter que la déduction de ces dépenses n'est sujette à aucun pouvoir discrétionnaire des autorités fiscales luxembourgeoises.



Si Supra et Huhtalux avaient formé une consolidation fiscale d'un point de vue fiscal luxembourgeois, les revenus d'intérêt de Huhtalux auraient été réduits du montant de la charge d'intérêt supposée encourue par Supra, résultant en la réalisation d'une marge de pleine concurrence sur l'activité de financement.

Cependant, en vertu de l'Article 56 de la LIR (applicable jusqu'en 2014), l'administration fiscale luxembourgeoise devait prendre en compte un ajustement en matière de prix de transfert au niveau de Huhtalux, cette société

ayant bénéficié d'un avantage octroyé par un contribuable non-résident du fait de relations économiques particulières.

Le même traitement fiscal résulterait de l'approche divergente de la doctrine luxembourgeoise selon laquelle tout avantage peut être qualifié d'apport caché. Par conséquent, en application de cette approche, les charges d'intérêts de pleine concurrence devraient être reconnues au niveau de Huhtalux sur la base du concept d'apport caché.

26. Article 166 (1) de la LIR.

27. Dans la mesure où il n'y a pas de relation économique (directe) entre la dépense considérée comme réalisée et le dividende (partiellement) exonéré, les dispositions relatives aux dépenses en relation économique directe avec des revenus exonérés (Article 45 (2) de la LIR et Article 166 (5) No. 1 de la

LIR) ne devraient pas trouver application. Ces dispositions ne devraient s'appliquer que dans des cas où, par exemple, le prêt sans intérêt finance un actif qui génère des revenus exonérés ; Décision du *Bundesfinanzhof* du 15.11.1960, I 189/59 S, BStBl III 1961, p. 80.

2) Considérations relatives à la période à compter de 2015

Depuis 2015, la nouvelle version de l'Article 56 de la LIR fournit une base légale pour procéder à des ajustements à la hausse et à la baisse lorsque des avantages sont transférés entre membres d'un groupe de sociétés. En outre, les concepts de distribution cachée de bénéfices et d'apport caché peuvent s'appliquer.

Comme analysé ci-dessus, le prêt sans intérêt consenti par Huhtamäki Ireland donne lieu à une distribution cachée de bénéfices à Supra. Les revenus de dividendes considérés comme réalisés devraient être exonérés au niveau de Supra, alors que les frais présumés correspondant à l'avantage accordé par Huhtamäki Ireland à Huhtalux devraient généralement être déductibles d'un point de vue fiscal luxembourgeois. En outre, la nouvelle version de l'Article 56 de la LIR prévoit un ajustement à la baisse correspondant aux charges d'intérêts de pleine concurrence au niveau de Huhtalux.

Toutefois, la décision fiscale anticipée rendue par les autorités fiscales luxembourgeoises en 2013 prévoyait uniquement un ajustement à la baisse au niveau de Huhtalux, le bénéficiaire ultime de l'avantage. Cette décision est conforme à la nouvelle version de l'Article 56 de la LIR qui nécessite un ajustement à la baisse pour tenir compte des conditions de pleine concurrence.

IV. CONSIDÉRATIONS EN MATIÈRE D'AIDES D'ÉTAT

A. Remarques préliminaires

Les enquêtes de la Commission européenne en matière d'aides d'État ont été médiatisées plus que jamais durant ces dernières années du fait de la grande notoriété des cibles et des sommes parfois astronomiques d'impôts en jeu que les États membres impliqués devaient récupérer.

La procédure de l'UE en matière d'aides d'État en matière fiscale comporte les caractéristiques assez inhabituelles suivantes:

- L'aide d'État est une question de droit de la concurrence et non de droit fiscal. Cela a des conséquences importantes, incluant la potentielle récupération d'une aide d'État d'une personne morale différente de celle qui a bénéficié de l'avantage fiscal, mais qui fait partie de la même « entreprise ».

- La procédure judiciaire est engagée entre la Commission européenne et les États membres, ce qui signifie que le contribuable, alors qu'il est celui qui devra régler finalement la note, n'est pas réellement représenté.²⁸
- Dans le domaine fiscal, lorsqu'un État membre fait appel contre une décision en matière d'aide d'État, il se trouve lui-même dans une position inhabituelle dans la mesure où il conteste de manière vigoureuse son obligation de collecter l'impôt...

B. Le concept d'aide d'État

En vertu de l'Article 107(1) du Traité sur le Fonctionnement de l'UE (« TFUE »), toute aide accordée par un État membre directement ou au travers de ressources étatiques sous n'importe quelle forme que ce soit, y compris des mesures fiscales, qui dénature ou menace la concurrence en favorisant certaines entreprises ou la fourniture de certains biens, doit être considérée comme incompatible avec le marché interne, si cette aide affecte le commerce entre les États membres.

En vertu de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'UE (« CJUE »), pour qu'une mesure soit qualifiée d'aide au sens de l'Article 107(1) TFUE, toutes les conditions présentées dans cette disposition doivent être remplies. Ainsi, pour qu'une mesure soit qualifiée d'aide d'État illégale, les conditions suivantes doivent être remplies :

- La mesure doit être accordée par les ressources de l'État ;
- Elle doit conférer un avantage à des entreprises ;
- Cet avantage doit être sélectif ; et
- La mesure doit entraver le fonctionnement du marché entre États membres et fausser ou menacer de fausser la concurrence.²⁹

Les affaires d'aide d'État en matière fiscale sont généralement vouées à l'échec puisqu'il ne peut généralement être démontré que l'avantage accordé à une entreprise n'est pas sélectif. En d'autres termes, si un État membre peut établir qu'aucun avantage sélectif n'a été accordé à un contribuable, il n'y a pas d'aide d'État illégale.

C. La procédure d'aide d'État

L'enquête lancée par la Commission européenne sur les aides d'État concernant les décisions fiscales anticipées

28. Cf. O'DONNELL et Anne MULLER, « State Aid and tax law: Enter the taxpayer » dans « State Aid and Tax Law », Kluwer Law International, Pays-Bas 2013, p. 201.

29. Cf. Claire MICHEAU et Gauthier Charles DE LA BROUSSE « Case Studies of Tax Issues on Selectivity: Analysis of the Patent Box Scheme and the Reduced

Taxation of Foreign-Source Interest Income » dans « State Aid and Tax Law », Kluwer Law International, Pays-Bas 2013, p. 167.

suit une approche en deux étapes. Dans un premier temps, la Commission européenne demande aux États membres une description de leur pratique concernant les décisions fiscales anticipées, la documentation y relative, ainsi qu'une liste de toutes les décisions fiscales anticipées qui ont été accordées sur une période donnée (notamment entre 2010 et 2013). De cette liste, la Commission sélectionne ensuite certaines décisions fiscales anticipées afin d'effectuer une revue détaillée et au cas par cas dans le cadre d'une enquête préliminaire (non publique).

Lorsque l'enquête préliminaire mène à la conclusion qu'une aide d'État a été accordée, la Commission européenne peut alors décider d'ouvrir une enquête approfondie qui lui permettra de collecter des informations des différentes parties (y compris le contribuable, les autres États membres impliqués et les potentiels concurrents). Dans ce cas, la décision d'engager la procédure est envoyée à l'État membre impliqué. Il n'y a pas de délai légal requis pour réaliser cette enquête détaillée. A l'issue de l'enquête officielle, la Commission européenne rend sa décision finale.

Lorsque la Commission européenne rend une décision négative dans le contexte d'une aide d'État qui a déjà été octroyée, elle exige que l'État membre recouvre l'aide accordée majorée des intérêts auprès du bénéficiaire. Ce recouvrement peut être réalisé en remontant jusqu'à 10 ans en arrière. Dans l'affaire *Huhtamäki*, la Commission européenne a décidé d'ouvrir une enquête approfondie. Si, à la suite de cette enquête, la Commission européenne découvre qu'une aide d'État illégale selon l'Article 107(1) TFUE, a été accordée, le Luxembourg aura la possibilité d'introduire un recours devant le Tribunal de l'Union européenne. Dans l'hypothèse où le Tribunal rend une décision négative, un appel de cette décision peut être introduit devant la Cour de Justice de l'Union européenne.

D. Evaluation de l'aide d'État

1) La mesure

Les conditions relatives à l'octroi d'une aide prélevée sur les ressources de l'État et à l'entrave au fonctionnement du marché ne soulèvent en général pas de problème. Étant donné que les rescrits fiscaux ont été accordés par les autorités fiscales luxembourgeoises (administration des Contributions directes) qui est un organe de l'État luxembourgeois, la première condition d'aide d'État se trouve remplie.

De plus, *Huhtamäki* fait partie du groupe *Huhtamäki*, une multinationale finlandaise qui opère dans de nombreux États membres de l'UE. Ainsi, toute aide d'État en sa faveur pourrait entraver ou menacer d'entraver la concurrence et pourrait affecter le fonctionnement du marché entre États membres. De fait, la quatrième condition de l'aide d'État devrait être remplie.

2) L'avantage

La question suivante à analyser est celle de déterminer si un avantage a été accordé à *Huhtalux*. Les intérêts perçus par *Huhtalux* sont imposables au Luxembourg en tant que revenus faisant partie des revenus mondiaux de la société. L'avantage transféré de *Huhtamäki Ireland Limited* à *Huhtalux* a entraîné un ajustement à la baisse conformément au principe de pleine concurrence. Ceci était et reste cohérent avec la législation fiscale luxembourgeoise malgré l'analyse technique légèrement modifiée applicable depuis 2015 suite à l'introduction d'une nouvelle version de l'Article 56 de la LIR.

Cependant, la Commission européenne affirme que le Luxembourg a exercé un pouvoir discrétionnaire en confirmant l'application d'un ajustement à la baisse. Si l'on suit cet argumentaire, la question décisive est de savoir si les décisions fiscales accordées à *Huhtalux* par les autorités fiscales luxembourgeoises confèrent un « avantage sélectif » incompatible avec le régime fiscal de droit commun.

3) La sélectivité

Selon la jurisprudence de la CJUE, l'Article 107(1) TFUE exige de déterminer si, dans le contexte d'un système juridique particulier, une mesure constitue un avantage pour certaines entreprises en comparaison avec d'autres entreprises qui se trouvent dans des situations juridique et factuelle comparables.³⁰

Dans ce cadre, la CJUE a développé une analyse en trois étapes afin de déterminer si une mesure fiscale particulière était sélective :

- (i) Identification du système juridique de référence ;
- (ii) Évaluation permettant de savoir si la mesure déroge au régime de droit commun dans la mesure où elle est appliquée de façon différente à des opérateurs économiques qui, à la lumière des objectifs poursuivis par le système fiscal, sont dans des situations juridique et factuelle comparables (« test comparatif ») ; et

30. Cf. par exemple, CJUE, *British Aggregates v. Commission of the European Communities*, affaire n° C-387/06P (2008) ECR I-10515, para. 82; CJUE, *Kingdom of Spain v. Commission of the European Communities*, affaire n° C-409/00 (2003) ECR I-1487, para. 47; CJUE, *Portuguese Republic v. Commission of the European Communities*, Affaire n° C-88/03 (2006) ECR

I-7115, para 54 ; cf. Claire MICHEAU et Gauthier Charles DE LA BROUSSE « *Case Studies of Tax Issues on Selectivity: Analysis of the Patent Box Scheme and the Reduced Taxation of Foreign-Source Interest Income* » dans « *State Aid and Tax Law* », Kluwer Law International, Pays-Bas, 2013, p. 168.

(iii) Justification par la logique poursuivie par le système fiscal (« test justificatif »).

• Le système de référence

La mesure en question (à savoir l'ajustement à la baisse à des fins de prix de transfert conformément à l'Article 56 de la LIR), fait partie du système général d'imposition luxembourgeois et ne peut pas en être dissocié. C'est dès lors le système d'imposition luxembourgeois du revenu des collectivités qui doit être considéré comme le système de référence afin d'évaluer la mesure du point de vue des aides d'État.

• Le test de comparabilité

Ensuite, il convient d'analyser si la décision fiscale anticipée des autorités fiscales luxembourgeoises comprend un avantage qui n'est pas conforme à la loi luxembourgeoise relative à l'impôt sur le revenu des collectivités. En d'autres termes, la question est de savoir si le traitement fiscal appliqué à Huhtalux est plus avantageux que celui qui serait appliqué à d'autres entreprises se trouvant dans une situation factuelle et juridique similaire.

Huhtalux est une société résidente luxembourgeoise soumise à imposition sur ses revenus mondiaux tels que déterminés conformément à la législation fiscale luxembourgeoise. Par conséquent, si l'acceptation d'un ajustement à la baisse du fait du prêt sans intérêt consenti par Huhtamäki Ireland n'était pas requise par la législation fiscale luxembourgeoise, cela créerait un avantage au regard de ce principe général.

Cependant, comme analysé ci-dessus, la Commission de l'UE a tort de conclure que les autorités fiscales luxembourgeoises ont appliqué le droit fiscal national de manière erronée. L'application de l'ajustement à la baisse est et a toujours été conforme à la législation fiscale luxembourgeoise malgré les nuances techniques résultant de la mise en œuvre d'une nouvelle version de l'Article 56 de la LIR en 2015. Le même traitement fiscal aurait été appliqué à un autre contribuable se trouvant dans la même situation factuelle indépendamment de l'existence d'une décision fiscale anticipée.

• Le test justificatif

Enfin, selon la jurisprudence de la CJUE, une mesure dite sélective sur la base du « test de comparabilité » peut se

retrouver hors du champ d'application des aides d'État si celle-ci est justifiée par la nature ou par le schéma général du système fiscal. Toutefois, étant donné qu'aucun avantage sélectif n'a été accordé par le Luxembourg à Huhtalux, ce test n'est pas pertinent en l'espèce.

V. CONCLUSION

La Commission européenne a ouvert une enquête approfondie afin de déterminer si les décisions fiscales anticipées émises par le Luxembourg en faveur du groupe Huhtamäki constituaient un avantage sélectif qui pourrait constituer une aide d'État illégale. Bien qu'en apparence l'affaire concerne les prix de transfert et la bonne application du principe de pleine concurrence, la question essentielle est de savoir si un ajustement à la baisse est compatible avec le droit fiscal luxembourgeois. Le caractère de pleine concurrence de l'ajustement à la baisse correspondant aux revenus d'intérêts de Huhtalux diminués d'une marge financière de pleine concurrence n'a ni été analysé ni été contesté par la Commission.

Bien que l'analyse technique de l'affaire Huhtamäki ait légèrement changé suite à l'introduction d'une nouvelle version de l'Article 56 de la LIR en 2015, les autorités fiscales luxembourgeoises n'ont pas exercé de pouvoir discrétionnaire en acceptant une déduction fiscale pour des dépenses qui auraient été effectuées par Huhtalux dans des conditions de pleine concurrence. L'ajustement à la baisse n'est en outre pas subordonné à un ajustement correspondant à l'étranger.

Les enquêtes en cours sur les aides d'État créent une insécurité juridique importante pour les entreprises opérant au sein de l'Union européenne. Lorsqu'une aide d'État illégale est considérée comme ayant été octroyée par un État membre à un contribuable, le montant global des impôts qui n'ont pas été perçus doit être versé par ce dernier. Dans de telles circonstances, les États membres peuvent toujours contester la décision de la Commission européenne devant le Tribunal de l'Union européenne.

En définitive, bien que la Commission européenne ait ouvert une enquête officielle sur les aides d'État, aucune décision finale n'a encore été rendue. Il reste à voir si la Commission européenne adoptera une approche plus raisonnée lors de ses investigations complémentaires et tiendra dûment compte du droit fiscal luxembourgeois. ■