

Jurisprudence commentée

INTÉGRATION FISCALE : EPISODE III DE LA SAGA... SUITE ET (PAS ENCORE) FIN ?

MARIE BENTLEY

KNOWLEDGE DIRECTOR,
ATOZ TAX ADVISERS (TAXAND LUXEMBOURG)



HUGUES HENAFF

INTERNATIONAL & CORPORATE TAX,
ATOZ TAX ADVISERS (TAXAND LUXEMBOURG)



Pour ceux qui auraient manqué un épisode, le régime d'intégration fiscale luxembourgeois¹ est au cœur d'une véritable saga depuis quelques mois avec, comme enjeu, la question de savoir si une intégration fiscale prenant la forme d'une intégration verticale peut être transformée en intégration horizontale sans qu'il ne soit mis un terme à l'intégration verticale.

Pour rappel, la controverse a d'abord opposé les autorités fiscales et des contribuables devant les juridictions luxembourgeoises (épisode 1²). Il s'en est suivi 3 questions préjudicielles posées par la Cour Administrative (la « Cour ») à la Cour de Justice de l'Union européenne (« CJUE ») qui a rendu sa décision le 14 mai 2020 (épisode 2³).

Dans le 3^e épisode de cette saga, que nous commenterons dans cet article, la Cour a rendu un arrêt le 15 octobre 2020 sur base de la décision de la CJUE clôturant ainsi l'affaire qui lui a été soumise⁴. La Cour a notamment jugé qu'un groupe intégré verticalement qui se transforme en groupe intégré horizontalement ne devraient pas, en principe⁵, se voir opposer la condition de devoir dissoudre l'intégration verticale.

Par ailleurs, afin de transposer les enseignements de la récente décision⁶ de la CJUE en droit luxembourgeois en ce qui concerne les conséquences de la transformation d'une consolidation fiscale dite « verticale » en une consolidation fiscale dite « horizontale »⁷, la loi budgétaire du 19 décembre 2020⁸ (« Loi Budgétaire ») a introduit une nouvelle disposition dans l'arsenal législatif. Cette nouvelle disposition confirme que, pour autant que certaines conditions soient remplies, une telle transformation n'entraînera pas de conséquences fiscales négatives pour les membres du groupe intégré transformé.

Toutefois, les effets de cette nouvelle disposition sont conditionnés par un facteur temps et son application pratique pose un bon nombre de questions, ce qui engendre une insécurité juridique certaine. Ce 3^e épisode ne manquera donc pas de laisser les contribuables sur leur faim et ces derniers devront attendre avec patience le ou les épisode(s) suivant(s) – qui sait ? – de cette histoire afin d'en connaître le dénouement final.

1. DERNIÈRES ÉVOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES ET LÉGISLATIVES EN MATIÈRE DE TRANSFORMATION D'UNE INTÉGRATION VERTICALE EN INTÉGRATION HORIZONTALE

D'une manière générale, le régime d'intégration fiscale permet que les résultats des sociétés intégrées soient consolidés, à des fins fiscales, dans le résultat d'une société intégrante (également appelée société « faitière »). Certaines règles spéciales s'appliquent néanmoins pour la limitation à la déductibilité des intérêts, les pertes reportables, les libéralités, le crédit d'impôts et les bonifications pour investissement. La base légale du régime se trouve à l'article 164bis de la LIR.

Un groupe intégré est défini par la loi soit comme un groupe composé d'une société mère intégrante et de la ou des sociétés intégrées (i.e. intégration verticale), soit comme un groupe composé d'une filiale intégrante et de la ou des sociétés intégrées, toutes détenues par une société mère non intégrante (i.e. intégration horizontale)⁹. Un groupe de société a donc la possibilité d'opter pour une intégration dite « verticale » ou une intégration dite « horizontale ». La société mère intégrante, ou la société mère non intégrante selon la forme du groupe, doit déte-

1. Article 164bis de la loi du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu (« LIR »).

2. H. HENAFF, M. BENTLEY, « L'intégration fiscale : besoin de clarifications suite aux évolutions et controverses récentes », *RDF*, 2009, n° 5, pp. 1 et s.

3. H. HENAFF, M. BENTLEY, « L'intégration fiscale : une intégration verticale peut être modifiée en intégration horizontale », *RDF*, 2020, n° 8, pp. 40 et s.

4. Dans le cadre de ce litige, d'autres questions étaient analysées mais ne feront pas l'objet de cet article. Voir notamment à cet égard : « Revue de Jurisprudence Septembre – Décembre 2020 », *RDF*, 2021, n° 10, p. 41.

5. Pour autant que la société intégrante ne soit pas changée.

6. CJUE, *B.e.a. v. Administration des contributions directes*, c-749/18, du 14 mai 2020, LexNow Référence/ID 20200708689.

7. H. HENAFF, M. BENTLEY, « L'intégration fiscale : une intégration verticale peut être modifiée en intégration horizontale », *op.cit.*

8. Loi du 19 décembre 2020 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'État pour l'exercice 2021, Mém. A / J.O.G.D.L n° 1061 du 23 décembre 2020, p. A-1016.

9. Article 164bis, alinéas 1 à 3 de la LIR.

nir directement ou indirectement au moins 95 % du capital des sociétés faisant partie du groupe intégré et cela pendant un délai minimum de 5 ans.

Pour autant que les conditions soient remplies, un groupe de société décide de l'étendue de l'intégration fiscale, qui peut être appliquée à seulement deux sociétés éligibles du groupe plus large, ou à toutes les sociétés éligibles du groupe. En principe, le périmètre du groupe intégré 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 consolidé. Par conséquent, la constitution d'une sous-intégration fiscale n'est pas permise.

a. Enseignements de la décision de la CJUE

Par son arrêt du 14 mai 2020¹⁰, la CJUE a répondu à la question de savoir si le droit européen s'oppose à ce que, lors de la transformation d'une intégration fiscale verticale en intégration fiscale horizontale (i.e. ajout de sociétés sœurs de la société mère intégrante), le régime d'intégration doit être dissous, avec pour conséquence une imposition rectificative rétroactive individuelle des membres du groupe pour les années antérieures, si le délai minimal de 5 ans¹¹ durant lequel le régime d'intégration (et les conditions y relatives) doit être maintenu n'est pas encore atteint.

La CJUE a conclu que dès lors qu'une société mère non-résidente et ne disposant pas d'un établissement stable au Luxembourg ne peut procéder à l'intégration de ses filiales résidentes qu'au prix de la dissolution d'une intégration verticale existante, les situations transfrontalières sont défavorisées par rapport aux situations purement internes. Une telle obligation de fait constitue, selon la CJUE, une restriction à la liberté d'établissement non justifiée.

La CJUE a constaté, à cet égard, qu'est sans incidence la circonstance que, dans une situation purement interne, aucune société ne pourrait simultanément faire partie de deux groupes intégrés. Une société mère ayant son siège au Luxembourg peut en effet obtenir que les résultats d'une filiale soient consolidés avec les résultats de ses autres filiales résidentes en incorporant ladite filiale dans l'intégration fiscale verticale existante. Dès lors, dans une telle situation interne, le problème de l'existence simultanée de deux groupes intégrés ne se pose pas selon la CJUE et seule la société mère non-résidente est confron-

tée à l'obligation de dissoudre le groupe intégré préexistant afin de procéder à la consolidation des résultats de ses filiales résidentes.

Par conséquent, la CJUE a considéré qu'une législation d'un État membre qui a pour effet de contraindre une société mère ayant son siège dans un autre État membre de dissoudre une intégration fiscale verticale existant entre l'une de ses filiales et un certain nombre de ses sous-filiales résidentes afin de permettre à cette filiale de procéder à une intégration fiscale horizontale avec d'autres filiales résidentes de ladite société mère, alors même que la filiale intégrante résidente reste la même et que la dissolution de l'intégration fiscale verticale avant la fin de la durée minimale de l'existence d'intégration, prévue par la législation nationale, implique l'imposition rectificative individuelle des sociétés concernées, est contraire à la liberté d'établissement.

b. Arrêt de la Cour administrative du 15 octobre 2020¹²

Suite à l'arrêt du 14 mai 2020, la Cour transpose sans surprise les enseignements de la CJUE au cas d'espèce qui lui a été soumis (i.e. l'affaire à l'origine des questions préjudicielles posées à la CJUE) et donne gain de cause aux contribuables dans la mesure où elle juge que l'article 164bis de la loi sur l'impôt sur le revenu (« LIR ») ne peut être valablement interprété comme imposant la dissolution d'une intégration verticale lorsque celle-ci est transformée en intégration horizontale. Il est à noter que dans les faits, la société mère intégrante de l'intégration verticale gardait le rôle de la société intégrante dans l'intégration horizontale demandée.

L'administration fiscale a tenté en vain d'argumenter que, selon la CJUE, le fait qu'un groupe existant intégré verticalement doive être dissous dans un premier temps afin que la société intégrante puisse former un groupe intégré horizontalement était contraire à la liberté d'établissement uniquement dans les cas où cette dissolution entraînerait une imposition rectificative des membres du groupe intégré verticalement alors que la société intégrante ne changerait pas. Selon la position de l'administration fiscale, la dissolution du groupe intégré préexistant ne serait donc pas problématique en tant que telle puisqu'elle n'emporterait pas nécessairement des conséquences négatives. Ainsi, selon elle, il incomberait aux contribuables d'apporter la preuve¹³ des conséquences négatives dans leur chef découlant de la dissolution du

10. CJUE, *B.e.a. v. Administration des contributions directes*, c-749/18, du 14 mai 2020.

11. Article 164bis, alinéa 20 de la LIR.

12. Cour Administrative, 15 octobre 2020, 40632Ca : <https://ja.public.lu/40001-45000/40632Ca.pdf>, LexNow Référence/ID 20201023052.

13. Loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, Mém. A / J.O.G.D.L. n° 98 du 26 juillet 1999, article 59.

groupe intégré préexistant. À défaut, l'administration fiscale serait en droit de considérer le groupe intégré préexistant comme étant dissous en raison de sa transformation. Cette position n'a pas été suivie, à juste titre selon nous, par la Cour. À notre avis, le simple fait de devoir dissoudre un groupe intégré implique en lui-même des conséquences fiscales. La question n'est pas de savoir si la dissolution a des conséquences fiscales négatives mais si elle a des conséquences fiscales tout simplement. Ainsi, il faut constater que la dissolution implique que les membres du groupe dissous ne sont pas dans une situation fiscale identique à celle de ceux dont le groupe n'est pas dissous¹⁴. En effet, si la dissolution intervient avant l'écoulement du délai de 5 ans, elle engendre une imposition rectificative individuelle non souhaitée, nécessairement différente de celle du groupe intégré. Si elle intervient après l'écoulement du délai de 5 ans, elle cristallise une position, notamment pour les pertes reportables¹⁵, qui n'aurait pas été figée en l'absence de dissolution.

Il est intéressant de relever que la Cour confirme par son arrêt du 15 octobre 2020, à juste titre selon nous, que ce n'est pas l'article 164bis de la LIR qui est intrinsèquement contraire à la liberté d'établissement, mais bien l'interprétation de celui-ci par l'administration fiscale selon laquelle la transformation d'une intégration verticale en intégration horizontale emporterait nécessairement la dissolution de l'intégration verticale. À la lumière des enseignements de la CJUE, la Cour rectifie donc l'interprétation qu'elle semblait consacrer dans son premier arrêt du 29 novembre 2018¹⁶ en vertu de laquelle la transformation d'une intégration verticale en intégration horizontale impliquait la création d'un deuxième groupe d'intégration (horizontale) distinct du premier (d'intégration verticale) et donc que cette transformation était conditionnée par la dissolution préalable de l'intégration verticale.

En effet dans cet arrêt de 2018, la Cour affirmait qu'elle « serait amenée à interpréter l'article 164bis LIR en ce sens que la préexistence du groupe fiscalement intégré vertical au sein duquel la société B assumait le rôle de société faîtière intégrante (...) empêcherait la même société B de devenir partie d'un autre groupe fiscalement intégré horizontal en y assumant le rôle de filiale intégrante. La Cour devrait ainsi confirmer le refus étatique au motif que tant que le groupe fiscalement intégré vertical prévu ne serait pas dissous sur base d'une déclaration commune des socié-

tés impliquées, le bureau d'imposition pouvait valablement rejeter la demande des appelantes tendant à la constitution d'un autre groupe fiscalement intégré horizontal comprenant la société B »¹⁷.

La Cour estime désormais qu'elle doit « écarter une interprétation de l'article 164bis LIR qui consacrerait la stricte séparation entre les régimes d'intégration fiscale verticale et horizontale et l'obligation en résultant de mettre un terme à une intégration fiscale verticale préexistante avant de pouvoir constituer un groupe d'intégration fiscale horizontale ». Elle rappelle à cet égard que la CJUE a jugé que l'article 164bis LIR « **ne pourrait pas être valablement interprété en ce sens qu'alors qu'une société mère ayant son siège au Luxembourg peut librement décider d'incorporer une filiale résidente dans une intégration fiscale préexistante et de l'en faire ressortir après une durée minimale de cinq ans, sans que l'une ou l'autre de ces opérations ait pour conséquence la dissolution de l'ancien groupe intégré et la création d'un nouveau groupe, une société mère non résidente et ne disposant pas d'un établissement stable au Luxembourg ne pourrait procéder à l'intégration de ses filiales résidentes qu'au prix de la dissolution d'une intégration verticale existante, sous peine de défavoriser les situations transfrontalières par rapport aux situations purement internes et consacrer ainsi une restriction à la liberté d'établissement non justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général** »¹⁸.

Par conséquent, en cas de transformation, la Cour conclut que les contribuables luxembourgeois ne peuvent en principe¹⁹ pas se voir opposer la condition de devoir dissoudre un groupe intégré vertical avant de pouvoir constituer un groupe intégré horizontal.

c. Réponse législative à la jurisprudence européenne – Article 7 de la Loi Budgétaire

Afin de tenir compte des conclusions de l'arrêt rendu par la CJUE en date du 14 mai 2020, le législateur luxembourgeois a introduit une disposition spécifique relative à la problématique de la transformation d'une intégration fiscale verticale en intégration fiscale horizontale. Cette disposition se trouve dans la Loi Budgétaire du 19 décembre 2020 (article 7)²⁰. Le législateur a fait le choix de ne pas modifier l'article 164bis de la LIR, siège du régime de l'intégration fiscale.

14. Exemple repris par la CJUE : Une société mère ayant son siège au Luxembourg peut obtenir que les résultats d'une filiale soient consolidés avec les résultats de ses autres filiales résidentes en incorporant ladite filiale dans l'intégration fiscale verticale existante, sans dissolution de celle-ci.
15. Voir article 164bis aliéna 14, dernier §, de la LIR.
16. Cour Administrative, 29 novembre 2018, 40632C : <https://ja.public.lu/40001-45000/40632C.pdf>, LexNow Référence/ID 27779.

17. Ibid.
18. Cour Administrative, 15 octobre 2020, op.cit.
19. Pour autant que la société intégrante ne soit pas changée.
20. Loi du 19 décembre 2020 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'État pour l'exercice 2021, op.cit.

Selon l'article 7 de la Loi Budgétaire, lorsque l'octroi du régime d'intégration fiscale horizontale entraîne la dissolution d'un groupe intégré vertical existant, « le changement du régime d'intégration fiscale se fait exceptionnellement sans entraîner des conséquences fiscales au niveau de l'imposition des membres individuels du groupe intégré dissous si les conditions suivantes se trouvent simultanément remplies :

1. la société mère intégrante du groupe intégré dissous devient la société filiale intégrante du nouveau groupe intégré ;
2. le changement de régime s'opère au plus tard au titre de l'année d'imposition 2022 ;
3. le changement de régime élargit le périmètre du groupe intégré dissous ;
4. les membres du nouveau groupe intégré se lient pour une période devant couvrir au moins 5 exercices d'exploitation. Pour ceux qui faisaient déjà partie du groupe intégré dissous, la détermination de la période minimale des cinq exercices d'exploitation est faite comme si le changement de régime n'avait pas eu lieu »²¹.

Cette disposition vise à assurer qu'un groupe intégré selon une « intégration verticale » puisse, sous certaines conditions, se transformer en « intégration horizontale » sans que cela entraîne des conséquences fiscales dans le chef des membres individuels le composant²². La transformation sera donc neutre d'un point de vue fiscal. Il faut pour cela que la société filiale intégrante dans le chef de laquelle les revenus imposables des membres de l'intégration horizontale sont consolidés soit la société mère intégrante du groupe d'intégration verticale et que le changement de régime entraîne l'augmentation du périmètre du groupe intégré horizontal par rapport à celui du groupe intégré vertical préexistant.

Cette nouvelle disposition appelle diverses observations. D'une part, elle introduit une limite temporelle qui méconnaît la réalité des groupes d'entreprises et d'autre part elle semble ignorer les enseignements de la jurisprudence de la CJUE. En outre, sa formulation est maladroite, ce qui aura à notre avis des conséquences pratiques quant à son application.

c. 1. Méconnaissance de la réalité des groupes d'entreprises et de leurs besoins

Aux termes de l'article 7 de la Loi Budgétaire, la période endéans laquelle le changement de forme d'un groupe d'intégration verticale en un groupe d'intégration horizontale peut être réalisé sans pour autant entraîner les conséquences généralement prévues en cas de dissolution d'un groupe intégré, expire avec l'année d'imposition 2022.

Selon les commentaires du projet de Loi Budgétaire, « Il est considéré que cette période est suffisante afin de permettre à un groupe intégré selon une « intégration verticale » de vérifier, si dans son cas concret, il est judicieux de changer de régime et de constituer un groupe intégré selon une « intégration horizontale » afin d'élargir le périmètre du groupe intégré existant »²³.

En considérant qu'une période expirant le 31 décembre 2022 est suffisante afin de permettre à un groupe intégré selon une « intégration verticale » de vérifier, si dans son cas concret, il est judicieux de changer de régime et de constituer un groupe intégré selon une « intégration horizontale » afin d'élargir le périmètre du groupe intégré existant, le législateur a toutefois fait fi des réalités suivantes :

- L'extension d'un groupe d'intégration verticale après le 31 décembre 2022 avec une société sœur de la société intégrante, constituée après le 31 décembre 2022 ;
- L'extension d'un groupe d'intégration verticale après le 31 décembre 2022 avec société sœur acquise par la société mère commune, après le 31 décembre 2022 ;
- L'intégration verticale d'un groupe après le 31 décembre 2022 et son extension ultérieure ;
- La modification de la politique commerciale d'un groupe après le 31 décembre 2022 qui justifierait une extension du groupe d'intégration verticale seulement après le 31 décembre 2022.
- Le rachat d'un groupe de sociétés 100% luxembourgeois par une société établie dans un pays membre de l'UE après le 31 décembre 2022.

Dans ces différentes hypothèses, mais probablement dans d'autres également puisqu'une intégration fiscale vit au rythme de la vie économique et des affaires, il est matériellement impossible que le changement de

21. Loi du 19 décembre 2020 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'État pour l'exercice 2021, *op.cit.*, article 7.
22. Projet de loi concernant le budget des recettes et des dépenses de l'État pour l'exercice 2021, *Commentaire des articles, doc.parl.* n° 7666, sess. ord. 2020-2021, p. 127.

23. *Ibid.*

forme du groupe intégré s'opère au plus tard au titre de l'année d'imposition 2022. Par conséquent, le changement de forme d'un groupe d'intégration verticale en un groupe d'intégration horizontale ne pourra plus être réalisé en « neutralité » en application de l'article 7 de la Loi Budgétaire. Nous pouvons donc légitimement nous demander sur base de quels critères le législateur a-t-il fixé un tel délai.

c.2. Méconnaissance des enseignements de la jurisprudence de la CJUE qui justifie l'adoption de l'article 7 de la Loi Budgétaire

Si l'article 7 de la Loi Budgétaire n'établit pas explicitement le principe selon lequel la transformation d'une intégration verticale en intégration horizontale implique la dissolution de l'intégration verticale²⁴, les travaux parlementaires relatifs à cette disposition précisent que « *passé ce délai (i.e., le 31 décembre 2022, nous rajoutons), les principes généraux régissant la dissolution d'un groupe intégré s'appliquent dans le chef des membres individuels* »²⁵.

Jusqu'à ce jour, l'administration fiscale soutenait que ce principe découlait de la règle selon laquelle un membre d'un groupe intégré ne peut pas faire partie simultanément d'un autre groupe intégré²⁶. Dans son dernier arrêt²⁷, la Cour a toutefois confirmé, sur base de la jurisprudence de la CJUE, qu'une telle interprétation ne pouvait être soutenue et qu'une interprétation de l'article 164bis de la LIR qui consacrerait la stricte séparation entre les régimes d'intégration fiscale verticale et horizontale et l'obligation en résultant de mettre un terme à une intégration fiscale verticale préexistante avant de pouvoir constituer un groupe d'intégration fiscale horizontale devait être écartée.

Que le législateur veuille introduire aujourd'hui volontairement le principe selon lequel la transformation d'une intégration verticale en intégration horizontale implique la dissolution de l'intégration verticale nous semble donc en totale contrariété avec l'arrêt du 14 mai 2020 de la CJUE. Nous ne pouvons en effet que rappeler, encore une fois, qu'une telle obligation de dissolution constitue une **restriction à la liberté d'établissement non justifiée**. En effet, dès lors qu'une société mère non-résidente et ne disposant pas d'un établissement stable au Luxembourg **ne peut procéder à l'intégration de ses filiales résidentes qu'au prix de la dissolution d'une intégration verticale**

existante, les situations transfrontalières sont défavorisées par rapport aux situations purement internes.

Tant que la transformation est possible en neutralité dans les conditions prévues à l'article 7 de la Loi Budgétaire, cela ne semble *a priori* pas poser de problème concret. Cependant dans la mesure où la neutralité fiscale de la transformation d'une intégration verticale en intégration horizontale est conditionnée par un facteur temps, ce problème se posera nécessairement après l'écoulement du délai imparti par cette disposition.

L'intention du législateur, telle qu'elle résulte de la formulation du texte de l'article 7 de la Loi Budgétaire et de la lecture des travaux parlementaires relatifs à cet article, semble impliquer qu'à l'issue du délai du 31 décembre 2022, la dissolution d'un groupe intégré vertical serait requise dans l'hypothèse de sa transformation en intégration horizontale. Une telle application/interprétation de l'article 7, à partir du 1 janvier 2023, conduirait toutefois à une situation que la CJUE a déjà jugé incompatible avec la liberté d'établissement.

Le commentaire de l'article 7 de la Loi Budgétaire selon lequel une société mère non-résidente pourra désormais, comme une société mère résidente, « *librement décider si elle intègre dans le périmètre de l'intégration fiscale ses filiales ou sous-filiales résidentes, en ce compris ses établissements stables indigènes* »²⁸, n'est donc pas tout à fait exact. Passé le délai édicté de manière tout à fait arbitraire dans cette disposition (ce qui posera sans doute des problèmes de discrimination outre ceux liés à la compatibilité de l'article 7 – ou de son interprétation – à la liberté d'établissement), une société mère non-résidente ne pourra au contraire plus librement décider si elle intègre dans le périmètre de l'intégration fiscale ses filiales ou sous-filiales résidentes, en ce compris ses établissements stables indigènes.

2. SITUATION ACTUELLE – APPLICATION DE L'ARTICLE 7 DE LA LOI BUDGÉTAIRE

Désormais, si un groupe d'intégration vertical souhaite s'étendre et devenir un groupe d'intégration horizontale, il lui appartient de respecter le prescrit de l'article 7 de la Loi Budgétaire. Toutefois, comme exposé ci-avant, cette disposition a une formulation qui nous semble maladroite et cela conduit à des conséquences inattendues.

24. Voir à ce sujet point 2a.
25. Projet de loi concernant le budget des recettes et des dépenses de l'État pour l'exercice 2021, *op.cit.*, p. 128.
26. Article 164bis alinéa 1^{er}, 5^e de la LIR.

27. Cour Administrative, 15 octobre 2020, *op.cit.*
28. Projet de loi concernant le budget des recettes et des dépenses de l'État pour l'exercice 2021, *op.cit.*, p. 128.

L'article 7 de la Loi Budgétaire s'applique en effet « lorsque l'octroi du régime d'intégration fiscale au sens de l'article 164bis, alinéa 3 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu entraîne la dissolution d'un groupe intégré existant au sens de l'article 164bis, alinéa 2 de cette même loi »²⁹.

a. L'article 7 s'applique « lorsque » la transformation d'une intégration verticale en intégration horizontale entraîne la dissolution de l'intégration verticale.

Autrement dit, puisqu'en français usuel, la conjonction « lorsque » indique une concomitance dans le temps³⁰, l'article 7 de la Loi Budgétaire s'applique « quand », « à partir du moment où », « dès lors que » la transformation d'une intégration verticale en intégration horizontale conduit à la dissolution de l'intégration verticale. Toutefois le législateur ne prévoit pas expressément les cas dans lesquels une telle dissolution intervient par opposition aux cas dans lesquels une telle dissolution n'intervient pas. Le législateur aurait pu édicter clairement que la transformation d'une intégration au sens de l'article 164bis, al. 2 en une intégration au sens de l'article 164bis, al. 3 de la LIR entraînerait la dissolution d'un groupe intégré existant au sens de l'article 164bis, al. 2 de cette même loi. Il aurait pu énoncer également qu'une telle opération entraînerait la dissolution si elle avait lieu dans un certain délai à dater de la constitution du groupe intégré (i.e., 5 ans). Ce n'est pas ce qu'il a fait. Les travaux parlementaires ne donnent à notre avis pas plus de précision sur ce point.

Ni l'article 164bis de la LIR ni la circulaire administrative n° 164bis/1 du 27 septembre 2004 relative au régime d'intégration fiscale n'utilise ou ne définit, par ailleurs, le terme « dissolution » dans le contexte d'une intégration fiscale.

Certes, la Cour jugea en 2018 que « dans l'intention du législateur, les régimes d'intégration verticale et horizontale constituent des structures d'un groupe fiscalement intégré qui sont alternatives et qui s'excluent mutuellement, de manière qu'une combinaison des deux régimes dans un même groupe fiscalement intégré n'est pas admissible et que le changement d'un régime vers l'autre emporte la conséquence de la fin du groupe fiscalement intégré préexistant »³¹. En conséquence, elle estima que l'article 164bis de la LIR devait être interprété en ce sens que la préexistence du groupe fiscalement intégré vertical au sein duquel une société X assumait le rôle de société mère intégrante empêche la même société X de devenir

partie d'un autre groupe fiscalement intégré horizontal en y assumant le rôle de filiale intégrante. Dès lors, selon la Cour, tant que le groupe fiscalement intégré vertical préexistant n'était pas dissous sur base d'une déclaration commune des sociétés impliquées, le bureau d'imposition pouvait valablement rejeter la demande tendant à la constitution d'un autre groupe fiscalement intégré horizontal comprenant la société X. Néanmoins, la Cour est revenue sur cette position dans la mesure où elle considère désormais, suite à l'arrêt du 14 mai 2020 de la CJUE, qu'une telle interprétation de l'article 164bis de la LIR n'est plus acceptable³².

Face à ce constat, se pose donc la question de savoir dans quelle hypothèse la transformation d'une intégration verticale en intégration horizontale implique une dissolution, justifiant l'application de l'article 7 de la Loi Budgétaire. A cet égard, sur base de l'enseignement de la CJUE, faut-il conclure qu'une telle transformation ne peut impliquer la dissolution du groupe intégré vertical et donc que cette disposition n'est jamais applicable ?

Selon nous, l'extension de l'intégration verticale à une société sœur de la société intégrante et donc la transformation d'une intégration verticale en intégration horizontale (i.e., le changement de la forme du groupe) n'entraîne a priori pas de dissolution du groupe intégré verticalement et ne remet donc pas en cause le régime d'intégration. Cette solution est conforme à la jurisprudence européenne et à la jurisprudence luxembourgeoise en matière de modification de la forme et du périmètre d'intégration fiscale d'un groupe³³. Comme longuement expliqué précédemment, ce n'est pas la loi qui prévoit la dissolution du régime de l'intégration dans une telle hypothèse, mais l'interprétation administrative de la loi qui a été rejetée par la Cour et la CJUE.

A la lecture de l'article 164bis de la LIR dans son ensemble, si la société intégrante reste la même, le passage d'une intégration verticale vers une intégration horizontale change tout au plus la forme du groupe intégré, mais pas le régime fiscal de l'intégration qui est poursuivi. L'article 164bis de la LIR prévoit à cet égard très clairement un seul régime d'intégration fiscale, applicable à tous les groupes intégrés qui peut prendre la forme soit d'une intégration verticale, soit d'une intégration horizontale (article 164bis, alinéas 1 à 3 de la LIR). Ces deux formes de groupes intégrés sont soumises au même régime fiscal d'intégration, autrement dit le régime d'imposition du bénéfice consolidé d'un groupe de sociétés en application

29. Loi du 19 décembre 2020 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'État pour l'exercice 2021, *op.cit.*, article 7.

30. Voir notamment le dictionnaire de la langue française Le Larousse.

31. Cour Administrative, 29 novembre 2018, *op.cit.*

32. Voir point 1b.

33. CJUE, *B.e.a. v. Administration des contributions directes*, *op.cit.*; Cour Administrative, 15 octobre 2020, *op.cit.*; 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).

de règles uniques et communes (i.e., l'article 164bis de la LIR).

Dans le même ordre d'idée, ce serait donc également à tort que l'article 7 de la Loi Budgétaire mentionne que la transformation d'une intégration verticale en intégration horizontale entraîne « *un changement de régime* » comme s'il existait deux régimes fiscaux d'intégration fiscale. Les travaux préparatoires de la loi du 18 décembre 2015 qui a introduit l'intégration horizontale confirment ainsi que l'objectif de cette loi était « *d'élargir le champ d'application de l'actuel article 164bis L.I.R., afin de tenir compte de la jurisprudence établie par la CJUE* »³⁴ et non de créer un nouveau régime différent de celui existant.

b. L'article 7 s'applique indépendamment de l'écoulement du délai minimum de 5 ans de l'article 164bis alinéa 20 de la LIR

Puisqu'il n'y a pas de définition spécifique du terme « dissolution » dans le contexte de l'intégration fiscale³⁵, ce terme doit être compris dans son sens usuel comme la « cessation »³⁶. Or, si l'on part du principe que la transformation d'une intégration verticale en intégration horizontale implique la cessation de l'intégration verticale, cette transformation entraîne la cessation du groupe intégré indépendamment de l'écoulement du délai de 5 ans minimum requis par l'article 164bis alinéa 20 de la LIR. La dissolution d'un groupe intégré n'est en effet pas conditionnée par la loi en relation avec ce délai. Ainsi, pour autant que l'on se trouve dans une hypothèse où l'intégration verticale est considérée comme dissoute en raison de sa transformation en intégration horizontale, l'article 7 de la Loi Budgétaire devrait donc être applicable à toutes lesdites transformations, qu'elles interviennent avant ou après l'écoulement du délai minimum de 5 ans de l'article 164bis alinéa 20 de la LIR.

L'écoulement du délai de 5 ans ne devrait donc avoir d'effets que sur les conséquences de la dissolution et non sur la survenance de la dissolution même. Dans un cas, le bénéfice du régime de l'intégration est remis en cause rétroactivement parce que les conditions requises par l'article 164bis de la LIR permettant de bénéficier du régime de l'intégration fiscale ne sont pas remplies (i.e., délai de 5 ans minimum)³⁷. Cette remise en cause rétroactive n'existe pas dans le second cas.

La cessation d'une intégration fiscale après l'écoulement du délai de 5 ans ne devrait cependant pas être sans conséquence. Se pose en effet la question de savoir si les reports des pertes essuyées au cours de la période d'application du régime de l'intégration fiscale verticale dissoute et qui tirent leur origine du total des revenus nets négatifs de la société intégrante du groupe sont acquis à la société intégrante en vertu de l'article 164bis §14, dernier alinéa de la LIR au moment de la cessation de l'intégration verticale en raison de sa transformation. Si l'on tire toutes les conséquences du principe selon lequel une intégration fiscale est dissoute lorsqu'elle est transformée en intégration horizontale, il faudrait en conclure qu'au moment de la dissolution, le groupe intégré prend fin avec pour résultat, un retour au régime d'imposition individuelle des membres du groupe dissous et qu'ensuite un nouveau groupe (horizontal) est créé. Ce retour au régime d'imposition individuel cristalliserait donc la situation du report de pertes du groupe et la transformation impacterait notamment l'usage de tels reports de pertes par le groupe intégré et la société intégrante.

De même, puisqu'un nouveau groupe serait constitué, les membres du groupe devraient être en mesure d'opter, au moment de la transformation, pour l'application de la règle relative à la limitation à la déductibilité des intérêts au niveau du groupe ou de chaque membre individuel du groupe en vertu de l'article 164bis §17 et §20 de la LIR.

Ce n'est que si les conditions de l'article 7 de la Loi Budgétaire sont remplies que la transformation du groupe intégré vertical n'entraînera pas de conséquences fiscales au niveau de l'imposition des membres individuels. Dans ce cas-là, les travaux préparatoires sont clairs : « *Ces derniers sont traités comme si la dissolution du groupe intégré n'avait en fait pas eu lieu. Quant aux différents attributs fiscaux nés avant ou pendant l'application du régime d'intégration verticale, ils restent reportables dans la mesure où ils auraient pu être reportés dans le chef du membre individuel du groupe intégré si aucun changement de régime n'avait eu lieu. De même, le changement de régime reste sans impact sur le choix exprimé, le cas échéant, conformément à l'article 164bis, alinéa 17 L.I.R. par les membres individuels du groupe intégré dissous* »³⁸.

Dans la mesure où l'article 7 de la Loi Budgétaire vise « *des conséquences fiscales au niveau de l'imposition*

34. Projet de loi portant modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, Commentaire des articles, *doc.parl.* n° 6847, sess. ord. 2014-2015 et 2015-2016, p. 10.

35. Pas de définition légale et à notre connaissance, aucune jurisprudence publiée ne définit cette notion. Référence à « *la rupture de la continuité d'un groupe fiscalement intégré et de l'application continue du régime d'intégration fiscale à son égard en cas de modification du giron des sociétés* » par Cour administrative, 24 mars 2016, n° 36656C (appel du jugement du Tribunal administratif du 24 juin 2015, n° 34530).

36. Dictionnaire Trésor de la langue Française : <http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/tlfiv5/advanced.exe?8;s=4060961190>.

37. H. HENAFF, M. BENTLEY, « L'intégration fiscale : besoin de clarifications suite aux évolutions et controverses récentes », *op.cit.*, p. 6.

38. Projet de loi concernant le budget des recettes et des dépenses de l'État pour l'exercice 2021, *op.cit.*, p. 127.

des membres individuels du groupe intégré dissous », pourrait-on interpréter cette disposition comme ne visant que les impositions rectificatives individuelles des sociétés concernées mentionnées dans la décision de la CJUE ? ou au contraire, l'article 7 va-il plus loin que la jurisprudence de la CJUE ? Dans le premier cas, il faudrait probablement en déduire que l'article 7 ne trouverait à s'appliquer en pratique qu'aux transformations qui seraient réalisées avant l'écoulement du délai de 5 ans.

À notre avis, telle a peut-être été l'intention du législateur au regard de l'historique de la controverse. Toutefois si telle était effectivement son intention, celle-ci ne ressort ni du texte de l'article 7 ni des travaux préparatoires.

Comment dès lors comprendre les termes « conséquences fiscales au niveau de l'imposition des membres individuels du groupe » qui paraissent clairs a priori mais qui, en réalité, ne le sont pas ? Ceux-ci visent-ils la situation où il y a imposition effective des membres individuels du groupe au moment de la dissolution en raison de la transformation et viseraient donc dans ce cas uniquement les impositions rectificatives ? Ou visent-ils, au contraire, toutes les conséquences fiscales qui impacteraient les membres individuels du groupe ? Les travaux préparatoires nous permettent de retenir cette deuxième thèse. En effet, ceux-ci énoncent que l'article 7 de la Loi Budgétaire « assure qu'un groupe intégré selon une « intégration verticale » peut former un nouveau groupe intégré selon une « intégration horizontale » sans que la dissolution du groupe intégré existant n'entraîne des conséquences fiscales dans le chef des membres individuels le composant »³⁹. Il est donc question de conséquences fiscales au sens large, sans restriction. Par ailleurs, les travaux préparatoires précisent expressément que la neutralité de la transformation couverte par l'article 7 concerne le report des « différents attributs fiscaux nés avant ou pendant l'application du régime d'intégration verticale »⁴⁰ qui doivent en conséquence rester « reportables dans la mesure où ils auraient pu être reportés dans le chef du membre individuel du groupe intégré si aucun changement de régime n'avait eu lieu »⁴¹. Il est donc question ici notamment des pertes reportables du groupe nées pendant l'application du régime d'intégration verticale qu'il n'y a, selon les travaux préparatoires, pas lieu d'octroyer à la société intégrante du fait de la transformation. Il est donc clair que le législateur vise d'autres « conséquences fiscales » que la seule imposition rectificative en cas de transformation d'un groupe intégré dans le délai de 5 ans. De même, selon les travaux préparatoires, la transforma-

tion qui remplit les conditions de l'article 7 « reste sans impact sur le choix exprimé, le cas échéant, conformément à l'article 164bis, alinéa 17 L.I.R. par les membres individuels du groupe intégré dissous »⁴². Les « conséquences fiscales » visées par l'article 7 ne peuvent donc pas être limitées aux impositions rectificatives individuelles rétroactives en cas de transformation avant le délai de 5 ans.

Dans ce cas, il pourrait il y avoir un choix stratégique pour certains groupes intégrés de se transformer en intégration horizontale, sans respecter les conditions de l'article 7 de la Loi Budgétaire, afin de cristalliser des pertes reportables dans le chef de la société intégrante, mais également pour modifier leur choix, ou pallier l'absence de choix, en ce qui concerne la limitation à la déductibilité des intérêts.

c. L'article 7 s'applique automatiquement dès lors que les conditions sont remplies

Pour autant que l'on se trouve dans une hypothèse où l'intégration verticale est considérée comme dissoute en raison de sa transformation en intégration horizontale, l'article 7 devrait en principe être appliqué automatiquement. En effet, dans ce cas, si les conditions sont remplies, « le changement du régime d'intégration fiscale se fait exceptionnellement sans entraîner des conséquences fiscales »⁴³. Si les conditions sont remplies, les membres du groupe dissous n'ont donc pas le choix de se voir appliquer cette « neutralité ». Le fait de remplir ou non les conditions énoncées par l'article 7 de la loi budgétaire n'est donc pas neutre à cet égard.

Avant le 1 janvier 2023, seule la condition mentionnée au point 3 de l'article 7 de la Loi Budgétaire selon laquelle le changement de régime élargit le périmètre du groupe intégré dissous est à notre avis susceptible de ne pas être appliquée volontairement. Les autres conditions (points 1 et 4) sont quant à elles intrinsèquement liées à l'existence même du régime d'intégration fiscale et à sa continuité en vertu de l'article 164bis de la LIR. Elles ne pourraient dès lors jamais faire défaut.

Par ailleurs, alors que l'article 7 de la Loi Budgétaire semble énoncer le principe selon lequel ce serait l'octroi du régime d'intégration fiscale horizontale qui entraînerait la dissolution d'un groupe intégré, selon la Cour, dans son arrêt de 2018 qui interprétait l'article 164bis comme exigeant la dissolution de l'intégration verticale préexistante, ce n'était pas la transformation qui induisait la

39. Projet de loi concernant le budget des recettes et des dépenses de l'État pour l'exercice 2021, *op.cit.*, p. 127.

40. *Ibid.*

41. *Ibid.*

42. *Ibid.*

43. Loi du 19 décembre 2020 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'État pour l'exercice 2021, *op.cit.*, article 7.

dissolution du groupe mais bien une déclaration commune en ce sens des sociétés impliquées. La relation de cause à effet n'est donc pas tout à fait la même, les conséquences non plus. Ainsi, en cas de demande de transformation d'un groupe d'intégration verticale qui ne remplirait pas les conditions requises pour une transformation neutre en application de l'article 7, l'octroi de l'intégration horizontale (en principe automatique si toutes les conditions sont remplies⁴⁴, sans pouvoir d'appréciation de la part des autorités) entraînerait-elle d'office la dissolution ? Ou, au contraire, l'administration devrait-elle refuser l'octroi du régime d'intégration horizontale à défaut de déclaration commune préalable des membres du groupe traduisant leur volonté de dissoudre l'intégration fiscale verticale préexistante ? Cela peut a priori paraître banal mais en pratique, il n'en est rien vu les implications d'une dissolution.

3. QUID APRÈS LE 31 DÉCEMBRE 2022 ?

Toujours si l'on considère que le principe même de la dissolution est établi en cas de transformation d'une intégration verticale en intégration horizontale (quod non selon nous), après le 31 décembre 2022, les conditions requises par l'article 7 de la Loi Budgétaire ne seront jamais remplies. Dès lors, en toute hypothèse, comme expliqué ci-dessus, la transformation d'une intégration verticale en intégration horizontale aura des conséquences fiscales sur le groupe intégré transformé, que celle-ci se déroule avant ou après le délai de 5 ans. Et nous voici donc de retour au point de départ... avec toutes les incertitudes que cela entraîne pour les contribuables luxembourgeois. Est-ce qu'il y aura dissolution ? Est-ce que cette disposition est conforme à la liberté d'établissement ou au principe de non-discrimination ? Quelle sera l'attitude de l'administration fiscale ? Autant de questions dont les contribuables se seraient bien passés.

4. CONCLUSION

Par son arrêt du 15 octobre 2020, la Cour tranchait définitivement la controverse relative à la question de savoir si la transformation d'une intégration verticale en intégration horizontale impliquait qu'il soit mis un terme à l'intégration verticale. Par cet arrêt, la sécurité juridique était rétablie. En accord avec la jurisprudence de la CJUE, la Cour a en effet considéré que l'article 164bis de la LIR ne pouvait être interprété comme imposant la dissolution de l'intégration verticale. Par conséquent, un groupe intégré vertical devrait pouvoir être transformé en groupe intégré horizontal sans que cela n'engendre de conséquence fiscale dans le chef du groupe intégré et de ses membres.

Les choses auraient pu en rester là. C'était sans compter sur l'intervention maladroite du législateur qui a voulu sceller les enseignements de l'arrêt du 14 mai 2020 de la CJUE dans un texte de loi. Il aurait pu à cette fin se contenter de rajouter un alinéa à l'article 164bis de la LIR mentionnant, par exemple, que « la transformation d'une intégration au sens de l'article 164bis, al.2 en une intégration au sens de l'article 164bis, al.3, ne remet pas en cause la continuité du régime d'intégration fiscale, même si celle-ci intervient avant la fin du cinquième exercice d'exploitation visé à l'alinéa 20, pour autant que la société mère intégrante devienne la société filiale intégrante ». Le débat aurait été définitivement clos.

Le législateur a toutefois choisi une voie beaucoup plus alambiquée qui soulève de nouvelles questions et engendre de nouvelles incertitudes pour les contribuables, ce qui nous assure de nouveaux épisodes à venir dans cette saga à rebondissements... Pour reprendre Winston Churchill (dans un contexte autrement plus dramatique), "Ceci n'est pas la fin, ni même le commencement de la fin, mais c'est peut-être la fin du commencement".

44. Voir : H. HENAFF, M. BENTLEY, « L'intégration fiscale : besoin de clarifications suite aux évolutions et controverses récentes », *op.cit.*, p. 7. L'examen de la

demande est purement formel. L'autorisation est octroyée dès que les conditions objectives sont remplies.