

Jurisprudence commentée

L'ARRÊT DE LA COUR ADMINISTRATIVE DU 31 MARS 2022 RELATIF AU COMPTE 115 ET AU RÉGIME D’AFFILIATION : UN TIGRE DE PAPIER ?

HUGUES HENAFF

PARTNER
ATOZ TAX ADVISERS (TAXAND LUXEMBOURG)



MARIE BENTLEY

KNOWLEDGE DIRECTOR
ATOZ TAX ADVISERS (TAXAND LUXEMBOURG)



I. INTRODUCTION

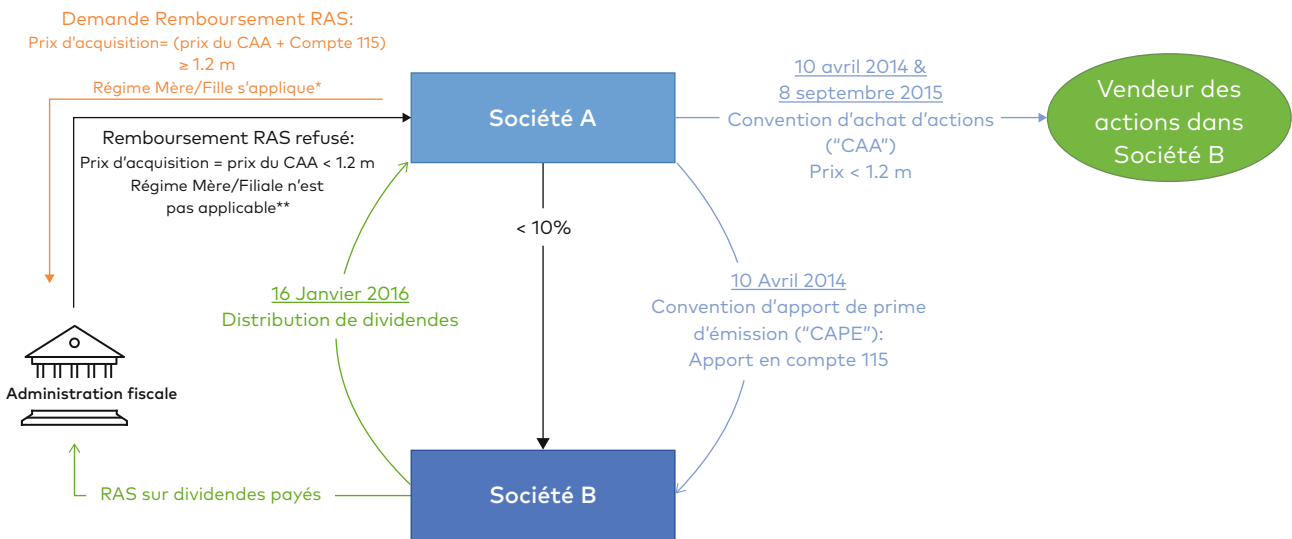
Dans un arrêt du 31 mars 2022¹, la Cour administrative (la « Cour ») s’est prononcée sur la question de savoir si les apports en « compte 115 », c’est-à-dire des apports en capital sans émission d’actions, peuvent être pris en compte pour le calcul du prix d’acquisition d’une participation aux fins de l’application du régime d’affiliation² luxembourgeois.

Le contentieux opposait le contribuable à l’administration fiscale sur la question de savoir si (i) le compte 115 pouvait être qualifié de « capital social » et (ii) devait être pris en considération pour le calcul du prix d’acquisition des actions, pour lesquelles le bénéfice du régime d’affiliation était demandé (en l’espèce, le remboursement de

la retenue à la source sur les dividendes). En première instance, le tribunal administratif luxembourgeois avait décidé, dans un jugement du 11 mai 2021³, que les apports en compte 115, tels qu’effectués dans le cas d’espèce, ne pouvaient être pris en compte pour le calcul du prix d’acquisition minimal de 1,2 million d’euros des participations.

Par son arrêt du 31 mars 2022, la Cour confirme le jugement du tribunal administratif, mais en des termes plus généraux en ce que sa conclusion n’est pas liée aux faits spécifiques du cas d’espèce. Dans cette contribution, nous analyserons l’arrêt de la Cour, ses incohérences de l’avis des auteurs, et ses conséquences potentielles inattendues.

II. FAITS ET POSITION DES PARTIES



1. Cour adm., 31 mars 2022, n° 46067C (LexNow Référence/ID 20220411137), <https://ja.public.lu/45001-50000/46067C.pdf>.
2. Autres termes pour désigner ce régime : régime mères-filiales ou, en anglais, « participation exemption ».

3. Trib. adm., 11 mai 2021, n° 42417 du rôle (LexNow Référence/ID 20210517993), <https://ja.public.lu/40001-45000/42417.pdf>.

***Position de la Société A :** Divers arguments parmi lesquels :

- L'apport en compte 115 doit être considéré comme une participation directe au capital social.
- La loi n'exige pas que le seuil de 1,2m soit atteint par des apports au capital social de la société au sens strict.
- Le prix d'acquisition devrait donc être apprécié par rapport à la valeur d'acquisition de la participation à l'actif du bilan de la société mère et non par rapport à la valeur du capital social de la filiale.
- En l'absence de dispositions explicites prévoyant le contraire, le compte 115 devrait également être considéré comme un élément du capital à des fins fiscales, y compris dans le cadre du régime d'affiliation,

**** Position de l'administration fiscale :**

- La mise à disposition de fonds par le biais du compte 115 ne peut être considérée comme une participation directe au capital social de la société.
- D'un point de vue comptable, les réserves, les bénéfices non distribués et les primes d'émission ne font pas partie du capital social même.
- Les apports informels à la société B dans laquelle la société A détenait déjà une participation, sans recevoir en contrepartie des titres représentatifs du capital ou une rémunération, ne font pas partie du prix d'acquisition de ladite participation.
- Le CAA et le CAPE ne font pas de lien entre l'acquisition des actions de la société B et l'apport en compte 115 de la société B.

III. ARRÊT DE LA COUR ADMINISTRATIVE – SYNTHÈSE**Position de la Cour :**

- La notion de "participation dans le capital social" au sens des articles 147 et 149 de la LIR vise « la détention d'actions ou de parts dans le capital social de la collectivité distributrice au sens de la loi du 10 août 1915.
- En l'espèce, le contribuable détient une participation directe dans le capital social de la société distributrice.
- La notion de « prix d'acquisition » de cette participation dans le cadre du régime d'affiliation doit être interprétée conformément à l'article 25 de la LIR.
- Une dépense ne peut être considérée comme rentrant dans le prix d'acquisition de la participation dans le capital social de la société filiale que si elle emporte une augmentation du nombre ou de la valeur nominale des actions ou parts détenues ou est un accessoire direct à une telle augmentation. Un apport en compte 115, réalisé de façon isolée, n'a pas de telles conséquences.
- Un apport en compte 115 ne présente pas un lien suffisant avec la participation même dans le capital social de la société visée pour faire partie du prix d'acquisition de la participation dans le capital social.
- Un apport en compte 115 ne peut pas être pris en compte en vue de déterminer le prix d'acquisition d'une participation dans le capital social d'une société de capitaux résidente afin de vérifier le respect du seuil d'au moins 1,2 million d'euros pour ce prix d'acquisition .

Dans le cadre du litige qui lui est soumis, la Cour se penche sur les conditions d'application des articles 147 et 149 de la loi luxembourgeoise sur l'impôt sur le revenu (ci-après « LIR ») sur base desquels le remboursement d'une retenue à la source payée à l'occasion de la mise à disposition de revenus de capitaux mobiliers (des dividendes dans le cas d'espèce) est demandé. En vertu de la première disposition, « La retenue d'impôt faisant l'objet de l'article 146 n'est pas à opérer [...] lorsque [...] à la date de la mise à la disposition des revenus, le bénéficiaire détient ou s'engage à détenir [...] directement pendant une période ininterrompue d'au moins douze mois, une participation d'au moins 10 pour cent ou d'un prix d'acquisition d'au moins 1.200.000 euros dans le capital social du débiteur des revenus ». Selon la seconde disposition, dans l'hypothèse où la retenue à la source a néanmoins été opérée, son remboursement « peut être demandé par le bénéficiaire des revenus dès qu'il prouve que la durée de détention est remplie et que pendant toute la durée de détention le taux de participation n'est pas descendu en dessous du seuil de 10 % ou le prix d'acquisition au-dessous de 1.200.000 euros ».

Il incombait dès lors à la Cour de vérifier si le contribuable détenait, en l'espèce, (i) une participation directe dans le capital social de la société distributrice et, le cas échéant, (ii) si le prix d'acquisition de cette participation directe dans le capital social était d'au moins 1.200.000 euros, le seuil de 10 % n'étant incontestablement pas rempli. Sur les conditions relatives à l'application du régime d'affiliation, **le désaccord entre le contribuable et l'administration fiscale portait uniquement sur la question de savoir si les apports en compte 115 réalisés par le contribuable au profit de la société distributrice devaient être pris en considération pour l'évaluation de ce seuil de 1.200.000 euros.**

Le point de départ de l'argumentation de la Cour concerne la notion de participation dans le capital social et, à cet égard, la Cour précise que la notion de « participation dans le capital social » au sens du régime d'affiliation renvoie au rapport juridique entre la société mère et la filiale. Elle se réfère pour cela à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (« CJUE ») *Les Vergers du Vieux Tauves*⁴.

4. CJUE, arrêt *État belge – Service public fédéral Finances c. Les Vergers du Vieux Tauves SA*, 22 décembre 2008, C-48/07 (LexNow Référence/ID 15375), J.O., 21 février 2009, 44/09.

Sur cette base, la Cour conclut que, dans le contexte spécifique du régime d'affiliation, la notion de « participation dans le capital social » au sens des articles 147 et 149 de la LIR vise « la détention d'actions ou de parts dans le capital social de la collectivité distribuante au sens de la loi du 10 août 1915, puisque seule la détention de ces titres la place dans un rapport juridique direct avec la société filiale qui lui confère les droits inhérents à la qualité d'actionnaire ou d'associé de cette société ».

La Cour constate que, dans les faits, la condition relative à l'existence et la détention par le contribuable d'une participation directe dans le capital social de la société distributrice était bien remplie. Le fait que cette condition était remplie n'était pas contesté et n'a donc pas été discuté par les parties.

La Cour se penche ensuite sur la manière dont le prix d'acquisition de cette participation doit être calculé dans le cadre du régime d'affiliation. À ce sujet, elle rappelle que « [...] la notion de "prix d'acquisition" doit être interprétée conformément à l'article 25, paragraphe (1), LIR, en vertu duquel "[l]e prix d'acquisition d'un bien est l'ensemble des dépenses assumées par l'exploitant pour le mettre dans son état au moment de l'évaluation", entraînant que les frais accessoires aux opérations d'acquisition de la participation font partie du prix d'acquisition »⁵.

Sans aucune autre explication, la Cour affirme ensuite qu'« une dépense ne peut néanmoins être considérée comme rentrant dans le prix d'acquisition de la participation dans le capital social de la société filiale que si elle emporte une augmentation du nombre ou de la valeur nominale des actions ou parts détenues ou est un accessoire direct à une telle augmentation »⁶. En conséquence, pour la Cour, un apport en compte 115, bien que rentrant dans les capitaux propres de la société visée, reste étranger au capital social de la société parce qu'il ne donne droit à aucune contrepartie directe consistant soit en l'octroi de nouvelles actions ou parts du capital social, soit en une augmentation de la valeur nominale des actions. Pour la Cour, un tel apport ne présente pas « un lien suffisant avec la participation même dans le capital social de la société visée pour faire partie du prix d'acquisition de la participation dans le capital social »⁷.

Il s'ensuit, selon elle, qu'« un apport en compte 115 ne peut pas être pris en compte en vue de déterminer le prix d'acquisition d'une participation dans le capital social d'une société de capitaux résidente afin de vérifier le respect du

seuil d'au moins 1,2 million d'euros pour ce prix d'acquisition »⁸. La Cour tire cette conclusion de manière générale et non sur base des circonstances du cas d'espèce qui lui est soumis, contrairement au tribunal qui, en première instance, avait lié sa conclusion aux faits de la cause. Sur base de l'analyse de ceux-ci et des conventions conclues, le tribunal avait en effet jugé qu'il ne résultait d'aucun des éléments soumis à son appréciation que l'apport en compte 115 aurait servi à l'acquisition des actions dans la société et devrait donc être pris en considération pour déterminer leur prix au moment de l'acquisition⁹.

Par ailleurs, la Cour considère qu'à supposer même que le contribuable « aurait effectué un tel "apport" dans l'intention d'augmenter la valeur de sa participation, les statuts de la société [...] n'ont pas prévu que le montant versé par l'appelante sous la forme d'"apport en compte 115" serait à allouer exclusivement à l'appelante, notamment en cas de remboursement dudit "apport", de sorte que la proportion dans laquelle cet "apport" aurait augmenté la valeur de la participation détenue par l'appelante ne peut être déterminée »¹⁰⁻¹¹.

Finalement, selon la Cour, il n'est pas fait état de « circonstances qui justifieraient d'assimiler des "apports en compte 115" à des apports "cachés" qui seraient à leur tour à assimiler, pour les besoins du régime des sociétés mères et filiales, à un apport formel dont le montant augmenterait le prix d'acquisition de la participation dans la filiale »¹².

La Cour confirme donc le jugement du tribunal et déboute le contribuable de sa demande de remboursement de retenue à la source au motif que ce serait à juste titre que l'administration aurait considéré que les conditions permettant d'obtenir un tel remboursement n'étaient pas remplies.

IV. ANALYSE DE LA DÉCISION DE LA COUR

La décision de la Cour est surprenante, parce qu'elle est très brève malgré les enjeux de la portée générale de sa conclusion, mais surtout très discutable dans la mesure où son raisonnement repose maladroitement sur un postulat sans fondement et qui s'avère, selon nous, après analyse, erroné.

Afin de répondre à la question de savoir si l'apport en compte 115 réalisé par le contribuable au profit de la

5. Cour adm., n° 46067C du rôle, précité, p. 13.
6. *Ibidem*.
7. Cour adm., n° 46067C du rôle, précité, p. 14.
8. *Ibidem*.
9. Trib. adm., n° 42417 du rôle, précité.

10. Cour adm., n° 46067C du rôle, précité, p. 14.
11. Même si, au minimum, l'augmentation de valeur est proportionnelle au pourcentage détenu.
12. Cour adm., n° 46067C du rôle, précité.

société distributrice devait être pris en considération pour l'évaluation du prix d'acquisition de la participation, la Cour procède en quatre étapes. Elle définit la notion de « participation » au sens du régime d'affiliation, elle interprète la notion de « prix d'acquisition » et celle du prix d'acquisition d'une participation au sens du régime d'affiliation et applique ensuite son interprétation à la question particulière des apports en compte 115. Enfin, elle adresse quelques commentaires additionnels. Nous reprendrons cette structure dans l'intérêt de la présente contribution.

A. Notion de « participation » au sens du régime d'affiliation luxembourgeois

Le régime d'affiliation prévu aux articles 147 et 166 de la LIR est applicable aux revenus d'une « participation ». Le régime d'affiliation luxembourgeois a évolué au fil des années, avec une constance cependant : ce régime a toujours visé les revenus d'une participation directe « dans le capital social » d'une autre société considérée comme qualifiante aux fins de ce régime.

Dans le cadre de l'affaire soumise à la Cour, le fait que le contribuable détenait une « participation dans le capital social » de la société distributrice n'était pas contesté et les contours de la notion de participation et « participation dans le capital social » ne semblent donc pas avoir vraiment été abordés par les parties¹³. Dans sa décision, la Cour délimite toutefois la portée de cette notion en se référant à l'arrêt de la CJUE *Les Vergers du Vieux Tauves*¹⁴. Dans cet arrêt, la CJUE affirme que la notion de « participation dans le capital » au sens dudit article 3 de la directive mères-filiales¹⁵, transposé par le régime d'affiliation luxembourgeois, « renvoie au rapport de droit existant entre la société mère et la société filiale »¹⁶.

La Cour considère à cet égard qu'en droit luxembourgeois la création du « rapport de droit existant entre la société mère et la société filiale » et les éléments influant sur l'existence d'un tel rapport ont été prévus par la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales,

ci-après la « loi du 10 août 1915 ». Elle en conclut que le capital social d'une société de capitaux – telle la société anonyme concernée en l'espèce et régie par l'article 430-1, alinéa 1^{er}, de la loi du 10 août 1915, au vœu duquel « [l]e capital des sociétés anonymes se divise en actions, avec ou sans mention de valeur » – est donc constitué par les apports au capital effectués par les actionnaires et les réserves capitalisées conformément à la loi du 10 août 1915. Elle se réfère ainsi à la notion de capital social au sens juridique du terme, tel qu'enregistré dans le bilan comptable d'une société.

À partir de ces développements, la Cour juge qu'il y a donc lieu de conclure que, **dans le cadre particulier du régime des sociétés mères et filiales**, la notion de participation dans le capital social au sens des articles 147 et 149, paragraphe (4a), de la LIR vise la détention d'actions ou de parts dans le capital social de la collectivité distributrice au sens de la loi du 10 août 1915, puisque seule la détention de ces titres la place dans un rapport juridique direct avec la société filiale qui lui confère les droits inhérents à la qualité d'actionnaire ou d'associé de cette société¹⁷.

Sans que la CJUE ne fasse une telle distinction, la Cour semble ainsi déduire¹⁸ de la jurisprudence *Les Vergers du Vieux Tauves* que le régime d'affiliation ne concernerait que les participations dans le « capital social » d'une société, interprété *stricto sensu*, tel qu'il découle du droit des sociétés et comptabilisé dans le bilan comptable.

Cette conclusion de la Cour est surprenante dans la mesure où la doctrine¹⁹ et la jurisprudence luxembourgeoise contemporaine²⁰, en ce compris celle de la Cour²¹, reconnaissent que les exonérations liées aux participations ne sont pas exclusivement applicables aux participations dans le capital social au sens comptable du terme, mais aussi aux instruments de financement qui pourraient être considérés comme des capitaux propres, c'est-à-dire du capital social tel qu'établi aux fins de l'impôt. Cette doctrine et cette jurisprudence considèrent que la notion de participation est à interpréter de manière large, au regard du principe de l'appréciation d'après la réalité économique

13. Tout au plus, il ressort du rapport de la Cour que le contribuable soutenait qu'« à défaut de dispositions contraires explicites, il faudrait ainsi également reconnaître le compte 115 comme un élément des fonds propres pour les besoins fiscaux et dans le cadre de l'article 147 LIR, de sorte qu'une contribution au compte 115 devrait également être prise en compte pour évaluer le prix d'acquisition d'une participation ».

14. CJUE, arrêt *État belge – Service public fédéral Finances c. Les Vergers du Vieux Tauves SA*, précité.

15. Directive 90/435/CEE du Conseil du 23 juillet 1990 telle que modifiée, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents (J.O., L 225 du 20 août 1990, p. 6), ci-après la « directive mères-filiales ».

16. CJUE, arrêt *État belge – Service public fédéral Finances c. Les Vergers du Vieux Tauves SA*, précité, point 33.

17. Cour adm., n° 46067C, précité, p. 13.

18. Nous n'avons pas été en mesure d'articuler le raisonnement de la Cour autrement.

19. R. MOLITOR, « Sociétés mères et filiales », *Études fiscales*, mai 2009, p. 43, 2.4.2. (« La notion fiscale de capital social [...] inclut notamment les apports cachés et le capital caché. Ceux-ci sont à tous les points de vue assimilés au capital formel et il convient donc de les additionner pour déterminer la participation »); dans le même sens Guy HEINTZ, « L'impôt sur le revenu des collectivités », *Études fiscales*, n° 113-115, p. 86 : « La notion de capital vise d'abord le capital souscrit et libéré d'une société. Les prêts considérés comme capital caché sont assimilés au capital stricto sensu », et qu'ils sont exonérés au niveau de la société mère par le § 60 BewG (cf. R. MOLITOR, « Sociétés mères et filiales », *Études fiscales*, mai 2009, pp. 159-161; Olivier BERTRAND et Marc SCHMITZ, *Livre jubilaire de l'IFA Luxembourg – Observations à l'égard du privilège mère et filiales*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 288 point 10.13.

20. Trib. adm., 13 décembre 2018, n° 40704 du rôle (LexNow Référence/ID 27865), <https://ja.public.lu/40001-45000/40704.pdf>.

21. Cour adm., 26 juillet 2017, n° 38357C du rôle (LexNow Référence/ID 26000), <https://ja.public.lu/35001-40000/38357C.pdf>.

(appelé principe « *substance over form* ») devant prévaloir sur la qualification purement juridique. La jurisprudence luxembourgeoise récente a ainsi conclu, malgré l'arrêt antérieur de la CJUE *Les Vergers du Vieux Tauves* qui date de 2008, que puisque le droit fiscal impose les réalités économiques plutôt que les formes juridiques, le concept de « participation » inclut, aux fins du régime d'affiliation notamment, les droits sociaux au sens juridique du terme (ainsi que les parts de fondateurs et parts bénéficiaires) mais également les autres actifs financiers détenus par la société s'en rapprochant sur le plan économique²².

Sur ce point, la conclusion de la Cour dans l'arrêt analysé est discutable mais n'a, à notre avis, pas d'impact sur l'analyse dans la mesure où le point critique concerne le prix d'acquisition de la participation dans le capital social, incontestablement détenue par le contribuable dans la société distributrice, et donc la question de savoir si l'apport en compte 115 réalisé par ce contribuable doit être pris en considération pour l'évaluation de ce prix. C'est à notre avis probablement pour cette raison que le tribunal n'a pas développé cette notion de participation dans le capital social en première instance. Nous reviendrons donc sur ce point ci-après dans la deuxième partie de cet article relative aux conséquences de la décision de la Cour.

B. Comment déterminer le prix d'acquisition d'une participation dans le capital social ?

Puisque la Cour constate que le tribunal a justement conclu de l'examen des pièces versées que la condition relative à l'existence d'une participation directe dans le capital social de la société contribuable est bien remplie, **elle examine ensuite la question de savoir si le prix d'acquisition de cette participation directe dans le capital social était d'au moins 1,2 million d'euros, tel que requis pour l'application du régime d'affiliation. Dans le cas d'espèce, le seuil de 10 % n'était incontestablement pas rempli.**

1) Prix d'acquisition : notion

En ce qui concerne le mode de calcul du prix d'acquisition de la participation détenue par le contribuable, la Cour considère, à juste titre, que l'exigence d'un prix d'acquisition d'au moins 1,2 million d'euros en vertu des articles 147, paragraphe 2, et 149, paragraphe 4a, de la LIR doit être interprété conformément à l'article 25, paragraphe 1, de la LIR²³. Selon cette disposition, « le prix d'acquisition d'un bien correspond à l'ensemble des dépenses assumées par l'exploitant pour le mettre en état au moment de l'évaluation ». Cette disposition précise ensuite que les frais

accessoires à l'acquisition de la participation font également partie du prix d'acquisition.

En revanche, la Cour juge, à tort selon nous, qu'en relation avec la détermination du prix d'acquisition, « **une dépense ne peut néanmoins être considérée comme rentrant dans le prix d'acquisition de la participation dans le capital social de la société filiale que si elle emporte une augmentation du nombre ou de la valeur nominale des actions ou parts détenues ou est un accessoire direct à une telle augmentation** »²⁴. Bien que cette affirmation ne soit pas justifiée explicitement par la Cour, il semble que celle-ci soit une conséquence que la Cour tire de la notion de participation dans le capital social, telle qu'elle l'a définie sur base de la jurisprudence européenne *Les Vergers du Vieux Tauves* qui, pour rappel, traite de l'application de la directive mères-filiales pour une participation détenue en usufruit. Ce postulat qui constitue le point de départ du raisonnement de la Cour nous semble erroné pour les raisons ci-après.

Dans la mesure où la Cour considère qu'une dépense ne peut être considérée comme rentrant dans le prix d'acquisition d'une participation dans le capital social que si elle emporte une augmentation du nombre ou de la valeur nominale des actions ou parts détenues ou est un accessoire direct à une telle augmentation, cette interprétation contrevient, à notre avis, aux termes de l'article 25 de la LIR qui vise « l'ensemble des dépenses engagées ». L'interprétation de la Cour nous paraît ici bien trop restrictive. Elle limite en effet la portée des termes « l'ensemble des dépenses assumées par l'exploitant pour le mettre en état au moment de l'évaluation » aux seules dépenses qui ont un objet très précis : l'augmentation du nombre d'actions ou de leur valeur nominale, que cette dépense soit le principal ou l'accessoire direct. **Elle exclut ainsi sans justification les dépenses qui ne donnent pas droit à une contrepartie directe consistant soit en l'octroi de nouvelles actions ou de la valeur nominale des actions déjà détenues mais qui ont pourtant contribué à mettre le bien dont le prix d'acquisition est évalué en état au moment de l'évaluation.** Puisque l'article 25 de la LIR vise l'ensemble des dépenses, rien ne justifie *a priori* une telle limitation et par conséquent une dérogation au principe de l'accrochement du bilan fiscal au bilan comptable pour la détermination du prix d'acquisition.

Selon nous, la Cour adopte en outre une interprétation extra legem de la notion de prix d'acquisition **en ce qu'elle rajoute implicitement une condition que le texte ne prévoit pas**, c'est-à-dire que la dépense soit concomitante à

22. *Ibidem*.

23. Cour adm., n° 46067Cdu rôle, précité, p. 13.

24. *Ibidem*.

l'acquisition du bien évalué. L'article 25 de la LIR se réfère pourtant suffisamment clairement au fait que le prix d'acquisition d'un bien comprend l'ensemble des dépenses engagées « pour le mettre en état au moment de l'évaluation » sans que ce moment se limite au moment de l'achat. L'article 25 de la LIR ne mentionne pas à cet égard que le prix d'acquisition d'un bien comprend « l'ensemble des dépenses engagées pour l'achat de ce bien ». Il n'est pas aussi limitatif. Certes au moment de l'acquisition, les dépenses exposées seront limitées à celles réalisées pour l'acquisition à proprement parler du bien, mais ensuite, le prix d'acquisition prendra en compte également toutes les dépenses qui auront été effectuées pour « mettre en état » le bien, à partir de son acquisition et jusqu'au « au moment de son évaluation » peu importe ce moment (*i.e.* au moment de sa revente ou au moment du paiement d'un dividende pour l'application du régime d'affiliation). Le seul fait de préciser que le prix d'acquisition comprend également « les frais accessoires à l'acquisition de la participation » n'implique pas, en soi, que seules les dépenses engagées au moment précis de l'achat et pour celui-ci, doivent être prises en considération. Tout au plus, il s'agit d'une précision apportée par le législateur dans un souci de sécurité juridique, pour éviter tout débat sur ce point. Cette lecture de l'article 25 de la LIR est confirmée par les travaux parlementaires relatifs à cette disposition selon lesquels le prix d'acquisition comprend non seulement le prix d'achat diminué, le cas échéant, du rabais accordé par un fournisseur, mais également les frais accessoires d'acquisition tels que frais de l'acte d'achat, impôts et taxes frappant l'achat, commissions dues à des intermédiaires, frais éventuels d'expertise, frais de transport, droits de douane, taxe d'importation, frais d'installation, etc. Ainsi, dans le cas d'une machine, « le prix d'acquisition comprend, en dehors du prix d'achat, les frais de transport, droits de douane, frais d'installation et de montage »²⁵. Il est intéressant de noter à ce stade que les travaux parlementaires font donc une distinction entre le prix d'acquisition et le prix d'achat, le dernier étant une composante du premier.

Les travaux parlementaires précisent ensuite que « le prix initial d'acquisition peut subir une augmentation dans la suite »²⁶. Pour reprendre l'hypothèse de la machine, tel sera le cas lorsque le bien sera plus tard transféré dans d'autres locaux d'exploitation. Dans ce cas, les frais ultérieurs de transport représentent une augmentation du prix initial d'acquisition. Le législateur fait ainsi clairement

la distinction entre le prix d'acquisition et le prix initial d'acquisition. Il mentionne à ce sujet également l'exemple de l'exploitant détenant une participation dans une société de capitaux et qui, en tant qu'associé, accorde des avantages à la société par exemple sous forme de remise de prix ou qui, en tant qu'associé, fait un versement à la société en vue d'en combler un déficit d'exploitation. Dans un tel cas, pour le législateur, il s'agit, comme dans l'exemple de la machine, « d'une augmentation ultérieure du prix initial d'acquisition »²⁷. La référence à la « remise de prix » semble viser les apports cachés qui, comme nous le verrons ci-dessous, sont analysés comme du capital à des fins fiscales. Toutefois, que l'apport soit caché (*i.e.* remise de prix) ou non (*i.e.* bonification/versement pour combler un déficit), cet apport en capital postérieur à l'acquisition des actions détenues vient augmenter le prix d'acquisition initial de ces parts.

Les travaux parlementaires se réfèrent enfin à la valeur comptable du bien afin d'expliquer la notion du prix d'acquisition. Il est précisé à ce sujet que les augmentations ultérieures du prix d'acquisition sont à ajouter à la valeur comptable du bien considéré et que semblable addition peut, suivant le cas, aboutir à une valeur comptable supérieure à la valeur d'exploitation et provoquer de ce fait une déduction ultérieure pour dépréciation ou encore que le prix initial d'acquisition fasse l'objet d'une réduction provenant par exemple d'une ristourne partielle du prix d'achat ou d'une ristourne partielle ou totale des frais accessoires d'acquisition. La réduction est à déduire de la valeur comptable du bien considéré²⁸. **Il en ressort clairement que le prix d'acquisition s'apprécie sur base des comptes du détenteur du bien, c'est-à-dire, dans le cas d'une participation, de la société mère détentrice de la participation dont le prix d'acquisition est évalué et non sur base des comptes de la société filiale dans laquelle les titres sont détenus et de son capital social.**

En synthèse, le prix d'acquisition au sens de l'article 25 de la LIR ne se résume pas au montant payé pour acheter un bien mais est susceptible d'évoluer. Il comprend l'ensemble des dépenses assumées pour acheter le bien mais également pour « le mettre en état » à partir de son acquisition et jusqu'« au moment de son évaluation ». Par ailleurs, il ressort sans ambiguïté des travaux parlementaires que le prix d'acquisition s'apprécie sur base des comptes du détenteur du bien.

25. Projet de loi portant réforme de l'impôt sur le revenu, Commentaire des articles, Titre I – Impôt sur le revenu des personnes physiques, art. 1-63, J-1955-O-0052, p. 153.

26. *Ibidem*.

27. Projet de loi portant réforme de l'impôt sur le revenu, Commentaire des articles, Titre I – Impôt sur le revenu des personnes physiques, art. 1-63, précité, p. 159.

28. *Ibidem*.

2) Prix d'acquisition d'une participation dans le capital social

La question se pose de savoir si le fait que l'on parle de participation au capital social et non de participation doit influencer la manière dont le prix d'acquisition doit être évalué en vertu de l'article 25 de la LIR ?

Certains pourraient considérer que la position de la Cour est justifiée dans la mesure où ce ne serait pas le prix d'acquisition d'une « participation » tel qu'expliqué dans les travaux parlementaires qui serait analysé en l'espèce, mais celui d'une « participation dans le capital social » d'une société, distinction déduite de la référence par la Cour à la jurisprudence *Les Vergers du Vieux Tauves*.

Toutefois, puisque l'existence d'une participation dans le capital est reconnue dans le cas d'espèce, la question de savoir si la notion de participation doit être interprétée au sens économique ou juridique du terme n'est pas pertinente pour la résolution du litige. Elle ne devrait pas avoir d'impact sur le prix d'acquisition de celle-ci, c'est-à-dire ce qui a été payé/investi par le détenteur de cette participation pour la mettre en état.

Ainsi, (i) que l'on considère qu'une « participation dans le capital social » exige un rapport juridique strict en ce que seul le titre représentatif du capital social au sens du droit comptable constituerait une participation au sens régime d'affiliation, ou (ii) que l'on estime que ce régime vise également de manière plus large tout type de participation dans le capital au sens fiscal du terme, dans les deux cas, **c'est le prix d'acquisition de la participation lui-même qui doit être calculé. Il n'y a donc pas lieu d'interpréter l'article 25 de la LIR différemment selon le type de bien dont le prix d'acquisition est évalué.**

Par ailleurs, la problématique centrale est ici de savoir quel est le prix d'acquisition de la participation détenue dans le capital social et non quel est le prix d'acquisition du capital social en lui-même. **Dans les articles 147, 149 et 166 de la LIR, la référence au capital social est liée à la notion de participation et non à celle de prix d'acquisition**²⁹. Le bien acquis est une participation et non du capital social, qui est (ou a été) apporté à la société. On acquiert une participation, des actions, des titres et

non du capital social. C'est la société émettrice des titres qui est dotée de ce capital social, pas l'acheteur de ces titres. Pour autant que de besoin, il faut en effet rappeler l'évidence : un actionnaire n'a pas acquis du capital social, mais a payé un montant pour acquérir une participation et ce montant, ou partie de celui-ci, est comptabilisé en capital social par la société émettrice de cette participation, si et seulement si, l'action ou les parts sociales sont souscrites auprès de celle-ci.

Dans le cas où une participation est acquise auprès d'un tiers détenteur, cette acquisition n'a plus aucun effet sur le capital social de la société dont on acquiert la participation. **Dès lors, puisque ce n'est pas le prix d'acquisition du capital social mais celui de la participation dans le capital social que nous analysons, il n'y a pas lieu de limiter les dépenses prises en compte à celles qui ont un impact direct sur le capital social, c'est-à-dire celles engagées pour l'acquisition d'une action nouvellement émise et qui a donc un effet sur le nombre d'actions détenues ou, le cas échéant, sur la valeur nominale des actions déjà détenues.**

En outre, le législateur précise à propos de l'évaluation du prix d'acquisition d'une participation que « pour qu'il y ait participation, il n'est pas nécessaire, lorsqu'il s'agit d'une participation dans une société de capitaux, qu'on possède un pourcentage déterminé du capital de la société³⁰; il suffit à cette fin que l'accumulation des titres de société vise l'obtention d'avantages particuliers moyennant l'influence assurée sur la société grâce à la participation »³¹. Il paraît clair qu'il vise de cette façon tant les participations dans le capital social au sens strict du terme que les participations dans un sens plus large lorsqu'il explique que « le prix d'acquisition d'une participation comprend également les frais accessoires d'acquisition. Dans la suite, le **prix initial d'acquisition** est susceptible de subir une **augmentation** ou une diminution. Une augmentation p.ex., **lorsque l'associé en cette même qualité accorde une bonification** (un versement en numéraire ou un autre avantage) à la société afin de contribuer à la couverture d'une dépense ou d'une perte d'exploitation de la société ou [...] ». Il serait vain dès lors de tenter d'expliquer que la manière de calculer le prix d'acquisition serait différente dans le cadre du régime d'affiliation en ce qu'il faudrait calculer le prix d'acquisition d'une participation dans le capital social et non le prix d'acquisition

29. Dans ses versions telles qu'introduites par la loi de 1967 et de 1978, l'article 166 de la LIR visait explicitement à exonérer les revenus d'une « participation directe dans le capital social » d'une autre société (art. 242 de la LIR de 1967, art. 166 de la loi du 30 novembre 1978 modifiant certaines dispositions de l'impôt sur le revenu de l'impôt de fonctionnement des sociétés de participations financières et du droit de timbre. A-1978-081-0006). L'article 147 de la LIR, tel que modifié par la loi de 1995 notamment, reprenant des termes similaires, prévoyait que la retenue à la source n'était pas à opérer notamment lorsque la société bénéficiaire pouvait « prouver que depuis le commencement de l'exercice social, pendant lequel les revenus sont mis à

sa disposition, sa participation directe et ininterrompue dans le capital de l'autre société » avait atteint au moins le taux prévu par l'article 166, alinéa 1^{er} (loi du 28 décembre 1995 portant modification de certaines dispositions en matière des impôts directs).

30. Mais l'hypothèse de la détention de participation dans le capital social au sens comptable du terme est également visée.

31. Projet de loi portant réforme de l'impôt sur le revenu, Commentaire des articles, Titre I – Impôt sur le revenu des personnes physiques, art. 1-63, précité, p. 153.

d'une « simple » participation. Le législateur vise les deux hypothèses. Ces prix, pour autant qu'il faille faire une distinction entre ces deux notions³², doivent être calculés selon les mêmes principes. Or la référence au prix initial d'acquisition dans les travaux parlementaires confirme bien que le prix d'acquisition d'une participation dans le capital social est susceptible d'évolution et, contrairement à ce que requiert la Cour, que des « bonifications » qui ne sont en aucune façon effectuées pour l'acquisition d'actions et n'ont aucun impact sur le nombre ou sur la valeur nominale des actions détenues augmentent le prix d'acquisition de la participation de l'actionnaire qui les effectue. En accord avec le texte de l'article 25 de la LIR et les travaux parlementaires, ces bonifications font partie du prix d'acquisition de participations dans le capital social.

Il ressort également des travaux parlementaires qui expliquent la notion de prix d'acquisition que c'est bien la valeur de l'investissement qui définit le prix d'acquisition. Il s'agit en effet du prix payé pour acquérir un bien, c'est-à-dire pour en devenir propriétaire, mais également des dépenses réalisées pour le mettre en état. Les travaux parlementaires de la loi budgétaire de 1987³³ vont dans le même sens lorsqu'il s'agit d'expliquer l'introduction d'un nouveau seuil de participation afin de pouvoir bénéficier du régime d'affiliation. La loi budgétaire de 1987 complète en effet l'article 166 de la LIR par un cinquième alinéa, lettre d), en vertu duquel le régime d'affiliation est étendu « aux participations dont le prix d'acquisition atteint un montant minimal à déterminer par le même règlement d'administration publique »³⁴. Selon ceux-ci, « l'exigence d'un taux de participation déterminé pour l'application du privilège des sociétés mères et filiales prévu par l'article 166 LIR crée souvent des difficultés et distorsions réelles. En effet, il s'avère que des **projets d'investissement d'envergure** sont pénalisés par le seul fait que la quotité de participation prévue par l'article 166 LIR n'est pas atteinte alors même **qu'en valeur absolue ledit investissement dépasse souvent largement le prix d'acquisition d'une participation prise dans une petite société** de capitaux dotée seulement du capital minimum prévu par la loi ». C'est donc pour supprimer « l'effet néfaste que présente pour l'économie luxembourgeoise le traitement fiscal différencié des participations importantes en **valeur absolue** mais dont le taux n'atteint pas 10 % par rapport aux participations importantes au point de vue taux, mais insignifiantes en ce qui concerne le prix d'acquisition, que le Gouvernement propose d'insérer à

l'article 166 LIR et au paragraphe 60 BewG une habilitation permettant d'étendre par règlement d'administration publique le privilège des sociétés mères et filiales aux participations dont le prix d'acquisition atteint un montant minimal »³⁵.

Enfin, puisque les travaux parlementaires se réfèrent à la valeur comptable du bien afin d'expliquer la notion du prix d'acquisition, le prix d'acquisition s'apprécie sur base des comptes du détenteur de ce bien, c'est-à-dire, dans le cas d'une participation, de la société mère détentrice de la participation dont le prix d'acquisition est évalué et non sur base des comptes de la société filiale qui a émis les titres évalués et de son capital social. La référence par la loi aux dépenses et frais accessoires confirme que le prix d'acquisition doit être apprécié dans le chef de celui qui les a réalisés, c'est-à-dire pour le cas particulier d'une participation dans le capital social d'une société, l'actionnaire, détenteur de cette participation. Ces frais ne se trouvent jamais comptabilisés dans les comptes de la société émettrice des titres. Le bilan de la filiale dans laquelle une participation est détenue ne permet en effet pas de déterminer ce prix, le montant du capital social ne constituant qu'une partie du prix payé par l'actionnaire pour acquérir des actions s'il les acquiert auprès de la filiale qui les émet. Dans l'hypothèse de l'acquisition d'une participation vendue par un tiers, l'acquéreur ne paie aucun montant qui sera comptabilisé dans le capital social de la filiale dont les parts sont acquises. Une référence aux comptes de la filiale n'aurait dans ce cas aucun sens. Seul le bilan comptable de l'actionnaire est donc pertinent pour déterminer le prix d'acquisition de la participation qu'il a lui-même acquise. Conclure autrement reviendrait à dire que le prix d'acquisition d'une participation dans le capital social se résume au capital social de la société émettrice des titres, ce qui ne peut être retenu. Le prix d'acquisition analysé est celui d'une participation, certes une participation dans le capital social, mais toujours d'une participation. La valeur comptable des participations enregistrées par la société détentrice de ces participations a donc toute son importance malgré ce que semble induire l'arrêt de la Cour.

Dans le respect du principe de l'accrochement du bilan fiscal au bilan comptable, si certaines dépenses, telles que des suppléments d'apport, sont bien comptabilisées dans la valeur de la participation au niveau de la société mère, l'article 25 de la LIR n'implique donc pas le retraitement de ces dépenses dans le bilan fiscal.

32. Voy. ci-après section V.A.

33. Projet de loi concernant le budget des recettes et des dépenses de l'État pour l'exercice 1988, Amendements gouvernementaux, J-1987-O-0158.

34. Loi du 22 décembre 1987 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'État pour l'exercice 1988, Mém. A106, 24 décembre 1987.

35. Projet de loi concernant le budget des recettes et des dépenses de l'État pour l'exercice 1988, Amendements gouvernementaux, précité.

Ainsi, sur base de l'analyse ci-dessus, il n'y a pas lieu d'interpréter l'article 25 de la LIR différemment selon le type de bien dont le prix d'acquisition est évalué. Dans le cadre du régime d'affiliation, il convient d'évaluer le prix d'acquisition de la participation détenue dans le capital social et non quel est le prix d'acquisition du capital social en lui-même. Les travaux parlementaires relatifs à l'évaluation du prix d'acquisition d'une participation en vertu de l'article 25 de la LIR visent notamment l'évaluation du prix d'acquisition des participations dans le capital social au sens juridique du terme. Selon ceux-ci, ce prix est susceptible d'évolution et, contrairement à ce que requiert la Cour, des « bonifications », qui ne sont en aucune façon effectuées pour l'acquisition d'actions et n'ont aucun impact sur le nombre ou sur la valeur nominale des actions détenues, augmentent le prix d'acquisition de la participation de l'actionnaire qui les effectue. La valeur comptable des participations enregistrées par la société détentrice de ces participations est pertinente pour l'évaluation de ce prix.

C. Application aux apports en compte 115 : absence de lien suffisant avec la participation dans le capital social ?

Sur base de son postulat de départ à propos des dépenses à prendre en considération pour calculer le prix d'acquisition d'une participation dans le capital social, la Cour conclut que dès lors qu'un apport en compte 115 reste en dehors du capital social de la société et ne donne droit à aucune contrepartie directe consistant soit en l'octroi de nouvelles actions ou parts du capital social, soit en une augmentation de la valeur nominale des actions, un tel apport ne présente pas un « lien suffisant avec la participation au capital social de la société pour lui permettre de faire partie du prix d'acquisition de la participation au capital social »³⁶. Il s'ensuit selon la Cour qu'un apport en compte 115 ne peut pas être pris en compte en vue de déterminer le prix d'acquisition d'une participation dans le capital social d'une société de capitaux résidente et de vérifier le respect du seuil d'au moins 1,2 million d'euros pour ce prix d'acquisition.

Cependant, nous avons vu que le fait qu'un apport en compte 115 rentre dans les capitaux propres de la société visée mais **reste étranger à son capital social** et le fait qu'il ne confère à l'actionnaire ou associé **aucun droit à**

une contrepartie directe consistant en l'octroi d'actions ou de parts dans le capital social ou en une augmentation de leur valeur nominale ne sont pas des éléments pertinents pour conclure, en vertu de l'article 25 de la LIR, qu'un tel apport doit être exclu du prix d'acquisition d'une participation détenue dans le capital social d'une filiale tel que déterminé sur base du bilan comptable de la société mère.

Le compte 115 intitulé « apport en capitaux propres non rémunéré par des titres » a été introduit avec le plan comptable normalisé instauré par un règlement grand-ducal du 10 juin 2009³⁷. Le compte 115 est une sous-catégorie du compte de capitaux propres de la classe 11 « Primes d'émission et primes assimilées » dans le bilan comptable des sociétés luxembourgeoises. Un apport en compte 115 constitue un transfert de fonds effectué par l'actionnaire ou associé en faveur de la société visée. Ces fonds rentrent dans le patrimoine de cette dernière, de sorte à constituer un apport informel aux capitaux propres de celle-ci. Il n'est pas constitutif du capital social au sens juridique du terme, tel que comptabilisé dans le bilan d'une société. Cet apport n'implique donc pas l'émission de titres tels que des actions ou parts. Puisque l'apport en compte 115 n'est pas lié à l'émission d'un instrument de financement, d'un titre, il ne peut raisonnablement être considéré, à notre avis, en tant que tel, comme une participation même si l'augmentation du compte 115 est exclusivement réservée aux actionnaires ou associés historiques et qu'en aucun cas un tiers ne peut souscrire à du compte 115. Il constitue un moyen non formel de financement mis à la disposition des actionnaires.

Le compte 115 n'est pas du capital social au sens juridique du terme³⁸. Pour autant, puisque ce n'est pas le prix d'acquisition du capital social qui est calculé mais le prix d'acquisition d'une participation dans le capital social, les apports en compte 115 ne peuvent pas être exclus du prix d'acquisition de celle-ci sur cette seule constatation. La question de savoir si le compte 115 d'une société reste étranger ou non à son capital social au sens juridique du terme n'est donc pas pertinente pour la détermination du prix d'acquisition d'une participation dans le capital social. Le prix d'acquisition de ces « participations dans le capital » d'une filiale qualifiante au sens du régime d'affiliation ne se calcule pas sur base des comptes de la société filiale mais sur base de ceux de l'actionnaire qui détient ces participations. Dans le cas du régime d'affiliation, la condition de seuil concerne l'actionnaire et il est donc logique que

36. Cour adm., n° 46067C du rôle, précité, p. 14.

37. Règlement grand-ducal du 12 septembre 2019 déterminant le contenu du plan comptable normalisé visé à l'article 12 du Code de commerce, Mém. A631, 23 septembre 2019.

38. Ce qui n'exclut pas qu'il puisse constituer du capital social fiscal le cas échéant : voy. sur ce point notamment section V.A. Toutefois, la question de savoir si le compte 115 est du capital social au sens comptable ou au sens fiscal n'est pas pertinente pour déterminer le prix d'acquisition de la participation détenue par l'actionnaire qui réalise un apport en compte 115.

l'on se réfère à sa comptabilité. C'est ce que confirme indirectement la Cour en reconnaissant que les frais accessoires – qui par définition ne se retrouvent pas dans les comptes de la filiale – font partie du prix d'acquisition. Or, dans le bilan de l'actionnaire, cet apport en compte 115 est comptabilisé en compte 23 « Immobilisation financière » et vient augmenter la valeur comptable de la participation détenue en ce qu'il vient s'ajouter au prix d'achat initial de celle-ci. En application du principe de l'accrochement du bilan fiscal au bilan comptable et à défaut pour l'article 25 de la LIR d'imposer une correction de la valeur comptable pour l'évaluation du prix d'acquisition en ce sens, il n'y a pas lieu de retraiter la valeur de l'apport en compte 115 réalisé par une société mère, de la valeur comptable de la participation qu'elle détient dans la filiale qui bénéficie de cet apport. Par ailleurs, si l'on suivait la position de la Cour, il faudrait conclure que l'article 25 de la LIR implique une distinction, dans le bilan fiscal de l'actionnaire, entre la participation comptabilisée en compte 23 d'une part et l'apport en compte 115 qui constituerait un actif/investissement distinct d'autre part. Cela n'est pas le cas.

Le fait qu'il ne donne droit à aucune contrepartie directe consistant soit en l'octroi de nouvelles actions ou parts du capital social, soit en une augmentation de la valeur nominale des actions n'est pas davantage pertinent pour justifier que l'apport en compte 115 doive être exclu du prix d'acquisition d'une participation tel qu'il ressort des états financiers de la société mère. Contrairement au cas de l'échange, l'article 25 de la LIR ne définit pas le prix d'acquisition par référence à ce qui serait « obtenu en contrepartie directe », mais uniquement d'un point de vue des dépenses. Le simple fait qu'un apport en compte 115, qui constitue une dépense pour un actionnaire, ne soit pas rémunéré par des titres n'est donc pas déterminant pour exclure cet apport du calcul du prix d'acquisition de la participation détenue par l'actionnaire qui l'a réalisé. Dans la mesure où il s'agit d'un transfert de fonds effectué par l'actionnaire ou associé en faveur de la société visée et qui fait rentrer ces fonds dans le patrimoine de cette dernière, de sorte à constituer un apport informel aux capitaux propres de la société visée, il devrait, comme une bonification accordée par un actionnaire telle que mentionnée dans les travaux parlementaires, venir augmenter le prix d'acquisition de la participation détenue par l'actionnaire qui réalise cet apport. Les apports en compte 115 sont en effet des dépenses qui sont effectuées par un actionnaire afin de mettre le bien qu'il détient, les participations dans le capital social de sa filiale, en état, pour le moment où on les évaluera. Par exemple, bien que n'ayant pas d'effet sur la valeur nominale de la participation détenue, un apport en compte 115 qui contribue à la

couverture d'une dépense ou d'une perte d'exploitation par exemple devrait avoir un effet sur la situation financière de la société et donc sur la valorisation intrinsèque de la participation. Cet apport contribue donc à sa mise en état.

Enfin, il est surprenant que la Cour conclue qu'un apport en compte 115 n'est pas suffisamment lié à une participation (il faut noter ici qu'elle ne dit pas « en lien avec le capital social »). En effet, il n'est pas raisonnablement contestable, d'une part, que cet apport « gratuit » n'est effectué par un actionnaire qu'en raison du lien d'actionnariat (c'est-à-dire qu'aucun tiers ne le ferait et ne peut le faire) et, d'autre part, que l'apport au compte 115 est traité comme un apport en capital et non comme une dette, ce qui implique qu'il est nécessairement réalisé par un sociétaire. À ce titre, d'un point de vue légal, seul un actionnaire peut faire un tel apport en compte 115 : une telle libéralité réalisée par un tiers ne sera jamais comptabilisée en compte 115, mais dans le compte de profit et pertes. Puisque seul un lien d'actionnariat, soit une participation dans le capital social, permet un tel apport, il est difficile de soutenir à notre avis que cet apport ne présente pas un lien suffisant avec une participation. Ce lien est d'ailleurs confirmé par la comptabilisation de l'apport en compte 115 dans le compte 23 des états financiers de la société mère, c'est-à-dire en lien avec la participation détenue dans la filiale bénéficiaire de l'apport.

En conclusion, la décision de la Cour ne peut être suivie dans la mesure où elle exclut les apports en compte 115 réalisés par une société mère du calcul du prix d'acquisition de la participation détenue par celle-ci dans la filiale bénéficiaire de l'apport aux fins de l'application du régime d'affiliation. Il s'agit en effet bien d'une dépense assumée par la société mère pour mettre sa participation dans le capital social de sa filiale en état, au moment de son évaluation, peu importe quel est ce moment.

D. Suppléments d'apport et apports cachés

La Cour finalise sa décision en constatant qu'il n'est pas fait état de « circonstances qui justifieraient d'assimiler des "apports en compte 115" à des apports "cachés" qui seraient à leur tour à assimiler, pour les besoins du régime des sociétés mères et filiales, à un apport formel dont le montant augmenterait le prix d'acquisition de la participation dans la filiale »³⁹. Elle se réfère de la sorte implicitement à sa jurisprudence en vertu de laquelle un apport déguisé de capital est assimilé à du capital à des fins fiscales et au capital social occulte de la société⁴⁰.

39. Cour adm., n° 46067C du rôle, précité, p. 14.

40. Cour adm., n° 38357C du rôle, précité.

Cette référence semble incohérente avec les principes que la Cour a établi jusque-là dans son arrêt en vertu desquels une dépense ne peut être considérée comme faisant partie du prix d'acquisition d'une participation dans le capital social de la société filiale, interprété strictement au sens juridique du terme, que si elle emporte une augmentation du nombre ou de la valeur nominale des actions ou parts détenues. En effet, dans l'hypothèse d'un apport caché, il n'y a pas d'apport formel et aucune augmentation du nombre ou de la valeur nominale des actions ou parts détenues. Elle semble donc contredire elle-même indirectement son postulat de départ.

Se pose donc la question de savoir s'il est justifié de traiter différemment un apport caché et un apport en compte 115, soit un supplément d'apport, en ce que l'un pourrait venir augmenter le prix d'acquisition de la participation dans la filiale et pas l'autre. *A priori*, cela semble contre-intuitif : le principe de l'apport caché étant justement d'assimiler fiscalement un avantage octroyé par un actionnaire à sa filiale à un supplément d'apport.

Les suppléments d'apport sont des transferts de biens effectués par un exploitant en cours d'exercice au profit de son exploitation⁴¹ et qui n'ont pas de lien avec la rentabilité de l'entreprise⁴². Il s'agit en principe d'apports en numéraire, mais les apports en nature (p.ex. : apport d'un immeuble) sont également possibles. Comme les biens apportés augmentent l'actif net investi en fin de période, et donc *a priori* le résultat imposable, ils sont éliminés lors du calcul du résultat fiscal de l'entreprise en vertu de l'article 18 de la LIR, car cette augmentation de l'actif net investi ne reflète aucun enrichissement de l'entreprise induit par ses opérations, qui seul doit être imposé⁴³.

Lorsque l'un des associés a permis à la société de réaliser un profit qu'elle n'aurait pas pu réaliser si la transaction avait été conclue avec des tiers (abandon de créance par l'associé, cession d'actif à un prix inférieur au prix du marché, etc.), il y a alors ce que l'on appelle un apport caché. Par exemple, si un associé apporte un bien ayant une valeur de marché de 2.000 euros pour un prix inférieur de 1.200 euros, l'avantage octroyé, soit la différence (800 euros) constitue un apport caché. D'un point de vue fiscal, le bénéfice comptable qui en résulte doit également être diminué en vertu de l'article 18 de la LIR à hauteur de l'avantage obtenu anormalement⁴⁴. Cet avantage est alors à considérer comme un supplément d'apport fait

à la société dans le bilan fiscal de celle-ci. Dans notre exemple, le bien figurera au bilan fiscal pour 2.000 euros à l'actif et le capital fiscal de la société augmentera de 800 euros⁴⁵.

Un apport en compte 115 n'est pas un apport caché⁴⁶, il est en revanche un supplément d'apport. Or la jurisprudence qui traite les apports cachés comme du capital à des fins fiscales vise précisément à traiter cet apport caché comme un supplément d'apport. Il n'y a donc pas de logique juridique à traiter fiscalement l'apport en compte 115 qui constitue un supplément d'apport de manière distincte des apports cachés pour la détermination du capital social fiscal d'une société et du prix d'acquisition d'une participation dans le capital social. Au contraire, tout apport en capital réalisé par un actionnaire, qu'il soit matérialisé par l'émission d'actions ou non, à titre gratuit ou onéreux, devrait être traité fiscalement de la même façon.

V. IMPACTS DE LA DÉCISION DE LA COUR

Les faits de la cause sont spécifiques : l'apport en compte 115 était déconnecté de l'acquisition, à proprement parler, d'actions acquises auprès d'un tiers. Dans la mesure où en première instance, le tribunal n'avait pas tranché la question de savoir si l'apport en compte 115 était du capital social et que sa conclusion était rattachée aux faits, l'impact de cette décision pouvait *a priori* être relativisé. En revanche, la portée du raisonnement et de la conclusion de la Cour, formulés en des termes généraux, pourrait à notre avis aller bien au-delà du cas d'espèce.

A. « Participations » visées par le régime d'affiliation

1) Contours de la notion de participation pour l'application du régime d'affiliation

Dans l'arrêt sous analyse, la Cour considère, en se fondant sur la jurisprudence *Les Vergers du Vieux Tauves*, que seule la détention d'une participation dans le capital social de la société distributrice au sens de la loi du 10 août 1915 serait visée puisque seule la détention de ces titres placerait ses détenteurs dans un rapport juridique direct avec la société filiale qui lui confère les droits inhérents à la qualité d'actionnaire ou d'associé de cette société. Cette conclusion nous paraît trop restrictive.

41. Art. 42 de la LIR.

42. A. STEICHEN, *Précis de droit fiscal de l'entreprise*, 5^e éd., Bertrange, Legitech, 2020, p. 227.

43. *Ibidem*.

44. Voy. notamment : Cour adm., 7 février 2013, n° 31339C du rôle (LexNow Référence/ID 19180), <https://ja.public.lu/30001-35000/31339C.pdf>.

45. Voy. à ce sujet : <https://guichet.public.lu/fr/entreprises/fiscalite/impots-benefices/benefices-soc-capitaux/calcul-resultat-exploitation.html>. Selon l'ACD, les apports cachés sont assimilés à des apports formels qui viennent accroître le capital fiscal d'une société bénéficiaire de l'apport.

46. Contrairement à l'apport caché qui est un apport informel, l'apport en compte 115 est un apport matérialisé par un acte juridique propre et une comptabilisation spécifique dans les états financiers d'une société.

Alors que l'arrêt de la CJUE *Les Vergers du Vieux Tauves* date de 2008, la jurisprudence luxembourgeoise récente⁴⁷ a en effet conclu que, puisque le droit fiscal prend en compte les réalités économiques plutôt que les formes juridiques, le concept de « participation » inclut, outre les droits sociaux eux-mêmes (ainsi que les parts de fondateurs et les parts bénéficiaires), également les autres actifs financiers détenus par la société qui se rapprochent à tel point d'une participation sur le plan économique qu'ils doivent y être assimilés.

La doctrine et la jurisprudence qui vont en ce sens trouvent principalement leur fondement dans les travaux parlementaires de la LIR et plus particulièrement de l'article 97, alinéa 1^{er}, numéro 1, de la LIR, dont les revenus sont explicitement visés par le régime d'affiliation. En effet, en vertu de l'article 147 de la LIR, la retenue d'impôt n'est pas à opérer « lorsque les revenus visés par l'article 97, alinéa 1^{er}, numéro 1, sont alloués » par une société qualifiante, si à la date de la mise à la disposition des revenus, le bénéficiaire détient ou s'engage à détener directement pendant une période ininterrompue d'au moins douze mois, « une participation d'au moins 10 pour cent ou d'un prix d'acquisition d'au moins 1.200.000 euros dans le capital social du débiteur des revenus ». Or, selon l'article 97, alinéa 1^{er}, numéro 1, de la LIR, sont imposables, comme revenus de capitaux, les allocations faites en raison des « actions, parts de capital, parts bénéficiaires ou autres participations de toute nature » dans certaines collectivités.

Selon les commentaires du législateur dans les travaux parlementaires de l'article 97, alinéa 1^{er}, numéro 1, de la LIR, cette disposition signifie que les allocations sont des revenus de capitaux imposables « lorsqu'elles découlent du droit social, en ce sens qu'elles ne seraient pas faites à un non-sociétaire »⁴⁸. Les travaux parlementaires citent ainsi plusieurs exemples pour illustrer que seules sont visées les rémunérations d'une participation au capital d'une société, par opposition notamment aux rémunérations de créances. En cela, les travaux parlementaires relatifs à l'article 97 de la LIR sont cohérents avec ceux relatifs à l'article 147 et 166 de la LIR relatifs au régime d'affiliation en vertu desquels « Par participation directe, il y a lieu d'entendre, comme dans le passé, des parts sociales détenues en pleine propriété, c.-à-d. celles représentant un droit de pleine propriété portant sur une quote-part du capital social »⁴⁹.

Dans la mesure où le régime d'affiliation des articles 147 et 166 de la LIR vise les revenus des « parts sociales » et dans la mesure où l'article 97, alinéa 1^{er}, numéro 1, de la LIR de la LIR vise les allocations « lorsqu'elles découlent du droit social, en ce sens qu'elles ne seraient pas faites à un non-sociétaire »⁵⁰, ces dispositions ont bien le même champ d'application matériel. Il n'y a donc pas lieu d'interpréter les notions de participation au sens de l'article 97 et de participation au capital social au sens du régime d'affiliation de manière distincte. Au contraire, dans la mesure où l'article 147 de la LIR vise expressément à exonérer de retenue à la source les revenus visés à l'article 97, alinéa 1^{er}, numéro 1, de la LIR, les mêmes principes d'interprétation de la notion de participation devraient être appliqués. À noter à ce stade que puisque l'article 147 de la LIR vise les revenus visés à l'article 97, alinéa 1^{er}, numéro 1, de la LIR, il vise également les « parts bénéficiaires et les participations de toute nature ».

Or, pour expliquer ce qu'est une participation au capital au sens de l'article 97 de la LIR, le législateur mentionne qu'« il n'est pas nécessaire qu'il y ait participation au sens de la doctrine juridique »⁵¹ et la notion de participation doit s'entendre dans un sens très général puisqu'il y est ajouté expressément qu'il s'agit des participations de toute nature. Alors qu'ils énoncent clairement que les allocations sont des revenus de capitaux imposables « lorsqu'elles découlent du droit social, en ce sens qu'elles ne seraient pas faites à un non-sociétaire », c'est-à-dire des détenteurs de parts du capital social, les travaux parlementaires précisent en outre que « ce n'est pas le point de vue juridique qui compte pour savoir si un titre, présentant des caractères déterminés, est une participation »⁵² au sens de l'article 97, alinéa 1^{er}, numéro 1, de la LIR, « mais la ressemblance, du point de vue purement économique, avec l'action comme type du titre de capital »⁵³.

Le principe selon lequel seules les « participations dans le capital social » sont visées mais que cette notion doit être appréciée d'un point de vue purement économique et non d'un point de vue juridique n'est pas contradictoire et inconciliable. Au contraire.

- Premièrement, l'article 97 de la LIR cite les participations « classiques » dans le capital, c'est-à-dire les actions par référence aux sociétés par actions, et la part de capital, pour ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée. L'article 97 de la LIR vise tou-

47. Voy. notamment : Trib. adm., 13 décembre 2018, n° 40704 du rôle (LexNow Référence/ID 27865), <https://ja.public.lu/40001-45000/40704.pdf> ou Cour adm., 26 juillet 2017, n° 38357C du rôle (LexNow Référence/ID 26000), <https://ja.public.lu/35001-40000/38357C.pdf>.

48. Projet de loi portant réforme de l'impôt sur le revenu, Commentaire des articles, Titre I – Impôt sur le revenu des personnes physiques, art. 63-118, J-1955-O-0053, p.293, commentaire art. 114.

49. Projet de loi n° 4361 modifiant certaines dispositions de la loi concernant l'impôt sur le revenu, de la loi sur l'évaluation des biens et valeurs et de la loi générale des impôts, J-1997-O-0001, p. 31.

50. Projet de loi portant réforme de l'impôt sur le revenu, Commentaire des articles, Titre I – Impôt sur le revenu des personnes physiques, art. 63- 118, J-1955-O-0053, p. 293, commentaire art. 114.

51. *Ibid.*, p. 294.

52. *Ibidem.*

53. *Ibidem.*

tefois également les parts bénéficiaires. Or, dans les lois concernant les sociétés commerciales, la part bénéficiaire n'est pas définie de façon aussi formelle que l'action. À ce sujet, les travaux parlementaires précisent que puisque l'article 97 de la LIR vise les « participations de toute nature », la part bénéficiaire doit s'entendre ici dans le sens de participation. Il résulte ainsi des travaux parlementaires que, dans chaque cas particulier où un titre porte la désignation de part bénéficiaire ou autre, il faut vérifier si le titre est l'équivalent d'une participation ou bien s'il confère un droit de créance⁵⁴.

Ce principe d'interprétation large de la notion de participation édicté dans les travaux parlementaires permet d'y inclure toutes les participations dans le capital social, y compris celles qui ne sont pas expressément nommées comme telle puisque ce n'est pas le point de vue juridique qu'il faut prendre en compte pour savoir si un titre est une participation mais le point de vue économique. Ce principe est selon nous conforme à la jurisprudence de la CJUE *Les Vergers du Vieux Tauves* parce qu'il vise justement à rechercher et vérifier s'il existe ou non un rapport de droit entre une société mère et une société filiale et ne s'arrête pas à la simple qualification juridique donnée par les parties aux titres qu'elles détiennent et ont émis.

- Deuxièmement, les travaux parlementaires visent les situations où les « sociétaires » qui participent au capital dans les formes prévues par la loi accordent en plus un prêt à leur filiale afin de doter la société de façon déguisée du capital nécessaire à la poursuite de son objet. Ainsi, selon les travaux parlementaires, « dans certaines conditions un prêt pareil est considéré, dans le chef de la société et à l'égard de l'impôt sur le revenu des collectivités, comme capital social occulte de la société. Les intérêts accordés en raison du prêt ne sont, en l'occurrence, pas déductibles comme charges de la société. En conséquence, il faut considérer le prêt, dans le chef du sociétaire, comme participation supplémentaire et les intérêts comme dividendes de cette participation »⁵⁵⁻⁵⁶.

Sont visées ainsi les situations où un lien de participation au capital social existe déjà, et donc un rapport

de droit existe entre une société mère et une société filiale, mais dans le cadre duquel la société mère finance sa filiale avec un instrument de dette pour doter, de façon déguisée, la société de capital supplémentaire. Le principe selon lequel dans un tel cas un prêt devrait être considéré, dans le chef du sociétaire, comme une participation supplémentaire ne devrait pas entrer en contradiction avec la jurisprudence de la CJUE. En effet, le rapport de droit entre une société mère et une société filiale existe mais la proportion/l'ampleur du capital réellement investi ne correspond pas à celui qui est défini juridiquement comme tel. À nouveau, dans un tel cas, le point de vue juridique strict n'est pas déterminant pour décider si l'on se trouve en présence d'une participation et de son ampleur.

Dans les deux cas, la raison pour laquelle la conception juridique du droit social devrait s'effacer devant la notion économique de la participation est à rechercher dans la « nécessité de faire concorder, auprès du porteur du titre, la qualification du produit du titre avec la nature de la dépense corrélative auprès de la société »⁵⁷. On distingue en effet, en vue de la détermination du bénéfice imposable à l'impôt sur le revenu des collectivités, les distributions de bénéfices non déductibles et les prestations déductibles, telles que les intérêts passifs et autres paiements analogues. Il est donc important que la qualification juridique ne rende pas déductible, ce qui correspond économiquement à une distribution de bénéfices. Dans un souci de symétrie et de cohérence, il ne faut pas non plus que la qualification juridique transforme, dans le chef du bénéficiaire, ce qui correspond économiquement à une participation dans le capital en instrument de dette ou ce qui correspond économiquement à un dividende – rémunération de l'actionnaire – en intérêt.

Par conséquent, alors qu'ils énoncent clairement que les allocations sont des revenus de capitaux imposables « lorsqu'elles découlent du droit social, en ce sens qu'elles ne seraient pas faites à un non-sociétaire », c'est-à-dire des détenteurs de parts du capital social, les travaux parlementaires précisent également que « ce n'est pas le point de vue juridique qui compte pour savoir si un

54. À cet égard, la délimitation du point de vue purement juridique, entre part bénéficiaire comportant un droit social et part bénéficiaire conférant un simple droit de créance, n'est pas toujours aisée. Ainsi par exemple, selon les travaux parlementaires, si les titres ne confèrent qu'un droit de participation aux bénéfices, à l'exclusion de tout droit de participer au produit de liquidation, il n'en reste pas moins vrai qu'il s'agit, du point de vue économique, de participations. Le défaut éventuel du droit de vote ne change rien à cette situation (Projet de loi portant réforme de l'impôt sur le revenu, Commentaire des articles, Titre I – Impôt sur le revenu des personnes physiques, art. 63-118, précité, p. 294).

55. Projet de loi portant réforme de l'impôt sur le revenu, Commentaire des articles, Titre I – Impôt sur le revenu des personnes physiques, art. 63-118, précité, p. 295.

56. En général, le prêt est à considérer comme participation, lorsque la voie normale de financement, dictée par des considérations économiques ou juridiques sérieuses, est l'augmentation de capital et qu'il résulte clairement

des circonstances que la forme du prêt ne peut avoir été choisie que dans un but d'évasion fiscale. Le défaut des formes juridiques usuelles du prêt, à savoir la fixation du taux des intérêts et des modalités de remboursement, l'affectation des fonds prêtés aux immobilisations à longue durée, le défaut de garanties, la disproportion entre le capital social et les fonds prêtés fournissent autant de présomptions de l'existence d'une participation déguisée sous la forme du prêt. Il importe aussi de tenir compte des circonstances dans lesquelles le prêt est accordé. Lorsque le prêt est par exemple immédiatement consécutif à un remboursement de capital, il ne peut y avoir aucun doute sur la nature économique du prêt (Projet de loi portant réforme de l'impôt sur le revenu, Commentaire des articles, Titre I – Impôt sur le revenu des personnes physiques, art. 63-118, précité, p. 295).

57. Projet de loi portant réforme de l'impôt sur le revenu, Commentaire des articles, Titre I – Impôt sur le revenu des personnes physiques, art. 63-118, précité, p. 294.

titre, présentant des caractères déterminés, est une participation » au sens de l'article 97, alinéa 1^{er}, numéro 1, de la LIR, « mais la ressemblance, du point de vue purement économique, avec l'action comme type du titre de capital »⁵⁸. La qualification d'un instrument en tant que participation dans une société, au sens de l'article 97, alinéa 1^{er}, numéro 1, de la LIR, et par conséquent des articles 147 et 166 de la LIR, ne serait pas liée à la forme juridique de l'instrument ou de la transaction, mais devrait être fondée sur une comparaison, d'un point de vue économique, de la charge résultant de cet instrument avec celle résultant de l'émission d'actions. Cette comparaison des charges serait effectuée sur la base d'une vue d'ensemble des principales caractéristiques de l'instrument financier concerné, aucun critère n'étant décisif à lui seul⁵⁹.

La Cour a ainsi déjà jugé sur cette base que des prêts participatifs⁶⁰ et des « Equity Tainted Loans »⁶¹ accordés par une société mère à sa filiale pouvaient constituer des participations supplémentaires aux fins du régime d'affiliation et ainsi que la valeur de telles participations était à éliminer de la valeur unitaire de la fortune d'exploitation conformément au paragraphe 60 de la loi d'évaluation des biens et valeurs. Selon la Cour, cette disposition, dont la formulation est presque identique à celle de l'article 166 de la LIR, doit être déterminée selon les mêmes principes que ceux utilisés pour l'application de ce dernier article⁶². Elle a ainsi reconnu que les exonérations liées aux participations ne s'appliquent pas exclusivement aux participations en capital, mais aussi aux instruments financiers qui pourront dans certains cas être considérés comme des capitaux propres, aux fins de l'impôt. À cette fin, la Cour a ainsi jugé que « tout comme en matière d'impôt sur le revenu, les apports déguisés et le capital déguisé » que constituaient les instruments de dettes en l'espèce « sont, à tous les points de vue, assimilés au capital formel », de sorte qu'il faut les additionner au capital social pour déterminer la participation (Roger MOLITOR, « Sociétés mères et filiales », *Études fiscales*, mai 2009, p. 43 ; dans le même sens, Guy HEINTZ, « L'impôt sur le revenu des collectivités », *Études fiscales*, n° 113-115, p. 86 : « La notion de capital vise d'abord le capital souscrit et libéré d'une société. Les prêts considérés comme capital caché sont assimilés au capital stricto sensu ») et qu'ils sont exonérés au niveau de la société mère par le § 60 BewG (cf. Roger MOLITOR, « Sociétés mères et filiales », *Études fiscales*, mai 2009, pp. 159-161) ».

En conséquence, la notion de participation dans le capital social devrait viser les participations au sens large et le

« capital social » devrait ainsi viser tant le capital social d'un point de vue comptable que le capital d'un point de vue fiscal. Il est intéressant de noter à cet égard que la Cour confirme cette analyse indirectement, et un peu contradictoirement, eu égard à la position qu'elle défend dans son arrêt, dans la mesure où elle se réfère implicitement à sa jurisprudence confirmant que les apports cachés sont assimilés à des apports formels pour les besoins du régime d'affiliation, notamment parce qu'ils viennent accroître le capital fiscal d'une société bénéficiaire de l'apport mais qu'en l'espèce, ni l'appelante ni l'état ne font état de circonstances qui justifieraient d'assimiler les apports en compte 115 à des apports cachés.

2) Compatibilité d'une interprétation large de la notion de participation avec la directive mères-filiales

Dans l'arrêt analysé, la Cour se réfère à l'arrêt de la CJUE *Les Vergers du Vieux Tauves* afin de fonder son interprétation plutôt restrictive de la notion de participation dans le capital social. La question se pose donc de savoir si une interprétation large de cette notion serait contraire à l'enseignement de la jurisprudence de la CJUE et par conséquent devrait être écartée parce que non conforme à la directive mères-filiales.

Pour rappel, dans cet arrêt, la CJUE considère que la notion de « participation dans le capital » au sens de l'article 3 de la directive « renvoie au rapport de droit existant entre la société mère et la société filiale ». Selon la CJUE, il résulte donc du libellé de cette disposition que celle-ci n'envisage pas la situation dans laquelle la société mère transfère à une tierce personne, en l'occurrence à un usufruitier, un rapport de droit avec la société filiale, en vertu duquel cette tierce personne pourrait être **également** considérée comme une société mère. Dans cette affaire, le contribuable (usufruitier) n'étant pas propriétaire des parts, le rapport juridique que la CJUE devait analyser découlait de l'usufruit dont le contribuable était titulaire. La Cour a ainsi analysé la question de savoir si l'usufruitier des parts d'une société peut également être considéré comme ayant la qualité de société mère, c'est-à-dire comme ayant une participation dans le capital d'une société au sens de l'article 3 de la directive mères-filiales, alors qu'une autre société détient ces parts. La Cour conclut à ce sujet que la situation juridique d'un usufruitier vis-à-vis d'une société filiale distributrice n'est pas de nature à lui conférer la qualité d'associé, dès lors que son droit découle uniquement de l'usufruit que lui a transféré le propriétaire des parts dans le capital de

58. *Ibidem*.

59. Cour adm., 26 juillet 2017, n° 38357C du rôle, <https://ja.public.lu/35001-40000/38357C.pdf>.

60. *Ibidem*.

61. Trib. adm., 13 décembre 2018, n° 40704 du rôle (LexNow Référence/ID 27865), <https://ja.public.lu/40001-45000/40704.pdf>.

62. Cour adm., n° 38357C du rôle, précité.

la société filiale et que le législateur communautaire a considéré que la « société mère » au sens de la directive mères-filiales est une seule et même société. Dans le cas d'espèce, selon la CJUE, seule la société détenant des parts dans le capital de la société distributrice en tant que nu-proprétaire avait un rapport de droit suffisant lui attribuant la qualité d'associé.

La juridiction de renvoi demandait, en substance, si la détention de parts en usufruit pouvait être considérée comme la détention d'une participation dans le capital d'une société d'un autre État membre, au sens de l'article 3 de la directive 90/435⁶³. La question ne portait pas sur la notion de participation dans le capital social en elle-même. Il n'était pas contesté qu'une telle participation existait, mais les attributs du droit de propriété sur celle-ci étaient démembrés. Il y a donc lieu de noter que la CJUE ne fait pas de distinction entre une participation dans un sens large et une participation dans le capital social au sens strict du terme. L'arrêt de la CJUE tranche seulement la question du démembrement de propriété et la reconnaissance, dans une telle situation, de la qualité de société mère aux fins de l'application de la Directive mères-filiales. Le régime d'affiliation exonère en effet les revenus perçus par une société mère, en cette qualité.

Le seul enseignement de cette jurisprudence de la CJUE est par conséquent que la détention en usufruit de parts dans le capital d'une société ne permet pas que son détenteur soit considéré comme une société mère parce qu'il n'est pas considéré comme **détenant** une participation dans le capital d'une société d'un autre État membre au sens de l'article 3 de la directive 90/435/CEE du Conseil du 23 juillet 1990. Il détient un usufruit et ses droits découlent de ce dernier et non de la participation détenue par le nu-proprétaire. La qualité de société mère, détentrice d'une participation dans le capital social, est attribuée au nu-proprétaire de cette participation. Cette jurisprudence porte donc davantage sur la qualité de détenteur de la participation plutôt que sur la notion même de participation dans le capital social. Or, dans la jurisprudence luxembourgeoise mentionnée ci-dessus, qui interprète largement la notion de participation dans le capital social, comme dans l'affaire soumise à l'appréciation de la Cour dans le cas d'espèce, il n'est pas contesté que les contribuables détiennent en pleine propriété une participation dans le capital social d'une autre société et donc qu'ils ont le statut de société mère.

La CJUE exige enfin un rapport de droit entre une société mère et une société filiale mais n'interdit pas que le capital social « fiscal » soit pris en considération ni pour déterminer l'ampleur de cette relation juridique ni pour le calcul du prix d'acquisition d'une participation. D'ailleurs, à cet égard, si une société filiale comptabilise du capital social dans le bilan fiscal pour un apport qui aurait été réalisé, c'est nécessairement que cet apport a été réalisé par un associé qui détient une part du capital social au sens comptable du terme et donc est lié au rapport de droit existant entre la société mère et la société filiale.

Dans la mesure où la CJUE exige un « rapport de droit », elle exige un lien entre au moins deux personnes dont l'une est en droit d'exiger de l'autre l'accomplissement d'un devoir juridique. Il résulte de l'arrêt de la CJUE qu'il faut que ce rapport de droit soit celui « qui existe entre une société mère et une société filiale ». Toutefois, la CJUE n'exclut pas que ce rapport de droit puisse résulter d'une part de la situation juridique (société mère au sens juridique du terme) mais également de l'analyse économique de la relation juridique (dans la même position qu'une société mère au sens juridique). Rien n'exclut que le rapport de droit qui lie deux sociétés ne puisse être analysé d'un point de vue économique et qu'à cette fin une notion large de « participation dans le capital » soit retenue. Sans préjudice de l'exigence d'un lien participatif qui lie une société mère à sa filiale, un instrument financier ou une situation de fait qui placerait les parties dans la même situation économique qu'une société mère et sa filiale au sens juridique du terme devrait ainsi pouvoir être vu comme une participation supplémentaire au sens de la directive mères-filiales.

La notion large de « participation dans le capital » défendue par la doctrine et entérinée par la jurisprudence luxembourgeoise telle qu'elle découle des travaux parlementaires de la LIR semble au contraire confortée par l'économie des dispositions de la directive mères-filiales. Celle-ci régit en effet « les relations entre sociétés mères et filiales » et vise à ce que « lorsqu'une société mère reçoit, à titre d'associée de sa société filiale, des bénéfices distribués, l'État de la société mère doit [...] bien s'abstenir d'imposer ces bénéfices [...] considérant qu'il convient par ailleurs, pour assurer la neutralité fiscale, d'exempter de retenue à la source, sauf dans certains cas particuliers, les bénéfices qu'une société filiale distribue à sa société mère »⁶⁴. L'objectif est donc d'assurer la

63. CJUE, arrêt *État belge – Service public fédéral Finances c. Les Vergers du Vieux Tauves SA*, précité, point 39 : « Par conséquent, il résulte du libellé de l'article 3 de la directive 90/435 que la notion de participation dans le capital d'une société, au sens de cette disposition, ne comprend pas l'usufruit que détient une société sur les parts du capital d'une autre société ».

64. Directive du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents (90/435/

CEE), *Journal officiel*, L 225 du 20 août 1990, pp. 0006-0009, considérants ; Directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents (refonte), *Journal officiel*, L 345 du 29 décembre 2011, pp. 8-16, considérants 7 et 8.

neutralité fiscale des distributions de bénéfices par une filiale à sa société mère. Une interprétation large de la notion de participation dans le capital social, remplirait précisément cet objectif dans la mesure où elle ne se limite pas à la qualification juridique des titres et flux de revenus en jeu, mais vise à faire **concorde, auprès du porteur du titre, la qualification du produit du titre avec la nature de la dépense corrélative auprès de la société.** Afin d'atteindre l'objectif de la directive, la conception juridique du droit social devrait ainsi s'effacer devant la notion économique de la participation dans le but de déterminer si économiquement il y a effectivement une distribution de bénéfice entre une société mère et une société filiale.

La possibilité d'interpréter la notion de « participation » au-delà de sa seule qualification juridique sans contrevenir à la directive mères-filiales semble confortée par l'article 4, paragraphe a), de la directive 2011/96/UE⁶⁵, introduit à l'occasion de la modification intervenue le 8 juillet 2014⁶⁶, transposé en droit luxembourgeois à l'article 166, paragraphe 2bis, de la LIR. Cette modification visait à éviter les situations de double non-imposition découlant de l'asymétrie du traitement fiscal appliqué aux distributions de bénéfices entre États membres. En conséquence, l'État membre de la société mère et celui de son établissement stable n'octroient plus aux sociétés mères l'exonération fiscale applicable aux bénéfices distribués qu'elles ont reçus, dans la mesure où ceux-ci ont été déduits au niveau de la filiale distributrice. En effet, dans un tel cas, la qualification juridique des instruments de financement hybrides en « participation dans le capital » n'est pas déterminante.

B. Conséquence sur le traitement des apports en compte 115 pour l'application du régime d'affiliation

Bien que la décision de la Cour soit discutable, et que la position administrative qu'elle entérine puisse encore être contestée, il convient d'analyser les potentielles conséquences de celle-ci sur l'application du régime d'affiliation lorsqu'une société mère réalise un apport en compte 115, dans la mesure où elle énonce qu'en principe « un apport en compte 115 ne peut pas être pris en compte en vue de déterminer le prix d'acquisition d'une participation dans le capital social d'une société de capitaux résidente afin de vérifier le respect du seuil d'au moins 1,2 million d'euros pour ce prix d'acquisition »⁶⁷.

1) Apport en compte 115 lié à l'acquisition d'une participation

Pour commencer, si la Cour établit un tel principe, il ne semble pas être absolu. Dans la mesure où la Cour énonce qu'une dépense peut être considérée comme rentrant dans le prix d'acquisition de la participation dans le capital social de la société filiale « si elle emporte une augmentation du nombre ou de la valeur nominale des actions ou parts détenues ou est un accessoire direct à une telle augmentation », il faut conclure *a contrario* que si l'apport en compte 115 est réalisé lors de l'acquisition de nouvelles actions et est clairement mentionné comme faisant partie du prix d'achat dans la convention d'achat d'actions et son paiement est une condition de cet achat, un tel apport devrait faire partie du prix d'acquisition tel que défini par la Cour. Une telle convention d'achat devrait ainsi prévoir, par exemple, que l'apport en compte 115 est payé « pour l'acquisition de l'action » et fait donc « partie du prix d'acquisition ». Afin de limiter les risques de contestations, il est toutefois recommandé d'utiliser la prime d'émission au lieu du compte 115 lorsque cela est possible dans la mesure où selon l'administration, « la prime d'émission constitue le prix payé par un ou plusieurs actionnaires nouveaux pour acquérir un droit sur les réserves antérieures et qui a pour objet d'égaliser les droits des actionnaires anciens par rapport aux actionnaires nouveaux »⁶⁸, ce qui n'est pas le cas de l'apport en compte 115. Une telle solution n'est cependant possible que si les actions sont acquises auprès de la société émettrice. En effet, une telle prime d'émission n'est pas utilisée lorsque les actions sont achetées auprès d'un actionnaire existant. Dans une telle hypothèse, le prix d'achat est payé au vendeur et l'apport en compte 115 (où la prime d'émission) à la société filiale dont les titres ont été acquis, de sorte que l'objectif de la prime d'émission ou de l'apport en compte 115, en ce qu'il aurait été payé « pour » acquérir les parts, pourrait être contesté.

2) Calcul du prix d'acquisition en cas de cession d'une participation

La Cour précise qu'étant donné que les articles 147 et 149, alinéa 4a, de la LIR « utilisent le même critère de la participation directe dans le capital social de la société filiale que l'article 166 de la LIR et s'inscrivent dans la même logique, il y a lieu de faire application des mêmes principes d'interprétation dans ce contexte »⁶⁹. La conclusion de la Cour à propos du traitement qu'il conviendrait

65. Directive 2011/96/UE, précité.

66. Directive 2014/86/UE du Conseil du 8 juillet 2014 modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, *Journal officiel*, L 219 du 25 juillet 2014, pp. 40-41.

67. Cour adm., n° 46067C, précité, p. 14.

68. Cour adm., n° 46067C du rôle, précité, p. 2, extrait de la position administrative.

69. Cour adm., n° 46067C, précité, p. 12.

de réserver aux apports en compte 115 devrait donc également s'appliquer pour l'application de l'article 166 de la LIR et de son règlement grand-ducal d'application du 21 décembre 2011 dans la mesure où celui-ci vise la cession de « titres d'une participation directe détenue dans le capital social d'une société » et exonère les revenus dégagés lors de cette cession pour autant que pendant une période de 12 mois, « le taux de participation ne descend pas au-dessous du seuil de 10 % ou **le prix d'acquisition au-dessous de 6.000.000 d'euros** ».

Dans cette hypothèse, la décision de la Cour engendre à notre avis un double risque lorsqu'un apport en compte 115 est réalisé et qu'il n'est pas clairement établi que cet apport constitue une partie du prix d'achat des parts acquises. D'une part, le montant de cet apport ne devrait pas être pris en considération pour le calcul du seuil de 6.000.000 euros (ou 1.200.000 euros) et donc pour déterminer si la participation est qualifiante pour le régime d'affiliation. D'autre part, lors de la cession d'une participation dans le capital social, puisque le gain en capital correspond à la différence entre le prix de réalisation du bien cédé et son prix d'acquisition déterminé sur base de l'article 25 de la LIR, ce gain imposable devrait être calculé sans que l'investissement en capital total, c'est-à-dire incluant l'apport en compte 115, soit pris en considération. En effet, selon l'enseignement de la Cour, le prix d'acquisition des parts cédées, calculé sur base de l'article 25 de la LIR, ne devrait pas inclure le montant de l'apport en compte 115, réduisant d'autant le prix d'acquisition et augmentant par conséquent, dans la même mesure, le montant imposable du gain en capital.

Selon certains⁷⁰, il n'aurait pas été de l'intention de la Cour de donner une telle portée à sa décision et, en toute hypothèse, il existerait de bons arguments pour que l'apport au compte 115 soit toujours pris en compte en tant que partie du capital initialement investi à condition qu'il soit enregistré en tant que fonds propres dans les comptes de la filiale et qu'il fasse partie du coût d'acquisition de la participation dans les comptes tenus en Lux GAAP de l'actionnaire, même s'il n'entre pas dans la valeur minimale d'acquisition d'une participation dans le capital social de la société au sens du régime d'affiliation. Cependant, pour autant que l'intention de la Cour ait une certaine valeur, rien à la lecture de l'arrêt, ne permet de conclure que telle n'était pas son intention. Au contraire, elle affirme plutôt qu'étant donné que les articles 147 et 149, alinéa 4a, de la LIR utilisent le même critère de la participation directe dans le capital social de la société filiale que l'article 166 de la LIR et s'inscrivent dans la même logique, il y a lieu de faire application des mêmes principes d'interprétation

dans ce contexte. Par ailleurs, l'arrêt de la Cour implique qu'en application de l'article 25 de la LIR, il faille déroger à la valeur comptable du coût d'acquisition de la participation tel qu'enregistré dans les comptes de l'actionnaire. Selon cet arrêt, pour calculer ce prix d'acquisition, il faudrait, en vertu de l'article 25 de la LIR, exclure l'apport en compte 115 du calcul, peu importe la manière dont il a été comptabilisé dans les comptes tenus en Lux GAAP, dans la mesure où il n'emporte pas « une augmentation du nombre ou de la valeur nominale des actions ou parts détenues ou est un accessoire direct à une telle augmentation ». Or, lors de la détermination de la plus-value imposable, c'est précisément au prix d'acquisition déterminé sur base de l'article 25 de la LIR, et non au prix établi sur base des règles comptables, auquel il faut se référer. Cet article comprend en effet une définition spécifique de la notion aux fins de l'application de la LIR. Rien ne permet de justifier que, sur base de l'article 25 de la LIR, le prix d'acquisition d'une participation dans le capital social d'une société soit calculé différemment pour le calcul des seuils de 1,2 ou 6 millions d'une part et pour la détermination du montant de la plus-value imposable d'autre part. Enfin, si l'on considère que l'arrêt de la Cour implique que l'apport en compte 115 doivent être comptabilisé comme un actif distinct dans le bilan fiscal de l'actionnaire parce qu'il ne ferait pas partie du prix d'acquisition, se pose ensuite la question du sort de cet « actif » lors de la cession des parts. En effet, a priori, seule l'actif « participation » serait cédée.

3) Impact en matière d'impôt sur la fortune

En raison de la portée générale de la décision de la Cour, dont la conclusion n'est pas liée aux faits de la cause, et de son affirmation qu'il y a lieu de faire application des mêmes principes d'interprétation pour les articles 147 et 149, alinéa 4a, de la LIR et l'article 166 de la LIR parce qu'ils utilisent le même critère de la participation directe dans le capital social de la société filiale et s'inscrivent dans la même logique, se pose la question de l'impact de cet arrêt sur le régime d'affiliation en matière d'impôt sur la fortune et plus particulièrement quant à l'application du paragraphe 60 de la loi d'évaluation des biens et valeurs.

Puisque la Cour fonde son interprétation de la notion de participation dans le capital social sur base de l'arrêt de la CJUE *Les Vergers du Vieux Tauves* afin de vérifier la compatibilité du régime d'affiliation luxembourgeois à la directive mères-filiales, mais que le régime d'affiliation en matière d'impôt sur la fortune prévu au paragraphe 60 de la loi d'évaluation des biens et valeurs ne tombe pas dans le champ d'application de cette Directive, l'interprétation restrictive de la notion de participation faite par

70. J.-A. CHARVET et D. BUCHLER, *Account 115 and Luxembourg Parent-Subsidiary Exemption*, www.lexgo.lu, 15 avril 2022.

la Cour sur base de cet arrêt ne devrait *a priori* pas être transposée *ipso facto* à ce dernier. De même, la manière dont le prix d'acquisition doit être calculé ne relève pas d'une exigence communautaire mais de l'interprétation de l'article 25 de la LIR qui définit comment un tel prix doit être déterminé aux fins de l'application de la LIR et non de la loi d'évaluation des biens et valeurs.

Toutefois, dans la mesure où l'arrêt de la Cour concerne la notion de « participation dans le capital social », son interprétation restrictive ne devrait pas rester sans conséquence pour l'application du paragraphe 60 de la loi d'évaluation des biens et valeurs. En effet, le législateur a depuis de nombreuses années calqué l'évolution de ce paragraphe 60 sur celle de l'article 166 de la LIR⁷¹. En 1997, lorsqu'il modifie le texte du paragraphe 60 de la loi d'évaluation des biens et valeurs afin de reproduire son texte sur celui de l'article 166 de la LIR., tout en tenant compte des exigences particulières de la fixation de la fortune d'exploitation, le législateur exprime clairement que « le texte du paragraphe 60 de la loi d'évaluation des biens et valeurs [...] règle l'exonération des participations bénéficiant du régime des sociétés mères et filiales »⁷². Il ressort donc très clairement de l'intention du législateur que sont visées par le paragraphe 60 les participations qui bénéficient du régime d'affiliation, c'est-à-dire celles qui sont visées par les articles 147 et 166 de la LIR. Une interprétation ayant un effet sur le champ d'application des articles 147 et 166 devrait donc impacter de la même manière le champ d'application du paragraphe 60. C'est ainsi que, dans un arrêt du 26 juillet 2017⁷³, la Cour jugea que « Le § 60 BewG est en matière d'impôt sur la fortune le pendant de l'article 166 LIR en matière d'impôt sur le revenu et les conditions d'application du régime se rapprochent de celles applicables en matière d'impôt sur le revenu, de manière que la notion de participation importante est définie en des termes identiques à ceux retenus par l'article 166 LIR ». La Cour se réfère en outre, pour délimiter la notion de participation pour l'application du paragraphe 60, aux travaux parlementaires de l'article 97, paragraphe 1, numéro 1, de la LIR. Ce qui confirme, comme nous l'avons déjà exposé ci-dessus, que les concepts de participation dans le capital social des articles 97, paragraphe 1, numéro 1, 147, 166 de la LIR d'une part et du paragraphe 60 d'autre part sont bien identiques. De la même manière, dans la mesure où le paragraphe 60 vise les participations qui bénéficient du régime des sociétés mères et filiales, c'est-à-dire des articles 147 et 166 de la LIR, la détermination du prix d'acquisition d'une par-

ticipation aux fins de ces dispositions devrait impacter directement l'application du paragraphe 60.

Dès lors, à notre avis, même si la Cour n'a pas pris position à propos du paragraphe 60, on ne peut exclure que les mêmes principes d'interprétation soient également appliqués à cette disposition.

En conséquence, pour les actionnaires minoritaires qui détiennent moins de 10 %, l'on ne peut écarter le risque que leurs apports en compte 115 ne soient pas pris en compte pour le calcul du prix d'acquisition des parts détenues afin de déterminer si le seuil de 1,2 million d'euros est atteint pour l'application du paragraphe 60, si les apports n'ont pas été réalisés pour l'achat proprement parlé des parts. Si les apports ont été réalisés pour l'achat à proprement parlé des parts, ils devraient en effet, a contrario, faire partie du prix d'acquisition (voir en ce sens point B.2) ci-dessus).

Par ailleurs, sur base de cet arrêt, les actionnaires qui détiennent des participations qualifiantes pour le régime d'affiliation (parce qu'ils détiennent au moins 10 % ou remplissent incontestablement le seuil de 1.2 m) risquent de voir leurs apports en compte 115 traités comme un actif distinct aux fins de l'application de l'IF sans possibilité d'exonération sur la base du paragraphe 60 lorsque ces apports n'ont pas été réalisés pour l'achat à proprement parlé des parts qualifiantes⁷⁴. Dans une telle situation, ces apports pourraient en effet, en application de cette jurisprudence, être considérés d'une part comme ne faisant pas partie du prix d'acquisition de l'actif évalué et d'autre part comme n'ayant pas « un lien suffisant avec la participation même dans le capital social », c'est-à-dire avec la participation exonérée. Dans cette mesure, l'on ne peut exclure qu'ils soient perçus comme des actifs/investissements additionnels (parce que ne faisant pas partie du prix d'acquisition de la participation) et distincts de la participation (parce que n'ayant pas « un lien suffisant » avec celle-ci). En conséquence, ces apports ne seraient pas assimilés ou suffisamment liés à cette participation exonérée aux fins de l'application du paragraphe 60. Ils seraient de la sorte exclus du régime d'affiliation et ils viendraient a priori constituer un actif imposable supplémentaire de la société apporteuse. En conséquence, dans l'hypothèse où deux actionnaires A et B, tous les deux détenant 50 % du capital social (pour une valeur de 100 chacun) et A ayant en plus fait un apport en compte 115 (par hypothèse, non lié à la participation, également de

71. En 1987, par exemple, le législateur décide d'insérer à l'article 166 LIR et au paragraphe 60 BewG une habilitation permettant d'étendre par règlement d'administration publique le privilège des sociétés mères et filiales aux participations dont le prix d'acquisition atteint un montant minimal pour supprimer l'effet néfaste que présente pour l'économie luxembourgeoise le traitement fiscal différencié des participations importantes en valeur

absolue mais dont le taux n'atteint pas 10 % par rapport aux participations importantes au point de vue taux, mais insignifiantes en ce qui concerne le prix d'acquisition.

72. Projet de loi n° 436 précité.

73. Cour adm., n° 38357C du rôle, précité.

74. Voir en ce sens point B. 1) ci-dessus.

100), la valeur de la participation de B, ainsi que celle de A, dans cette société, en ignorant les plus-values latentes, serait de 150 (la moitié de 300). La valorisation de cette participation effectuée sur base des comptes de la filiale détenue afin de déterminer sa valeur de réalisation (et donc incluant notamment comme tout compte de réserve, la valeur de l'apport en compte 115 comptabilisé au passif de la filiale) importe cependant peu puisque la participation est exonérée. Toutefois, le risque soulevé par l'arrêt de la Cour serait que, dans le bilan fiscal de la société A, l'apport en compte 115 soit vu comme un actif additionnel indépendant de la participation et par conséquent pleinement imposable à l'IF sans possibilité d'exonération. Dans un tel cas, la question de l'évaluation de cet actif se poserait toutefois et il nous semblerait raisonnable de considérer qu'à cette fin, cet actif ne serait pas un bien économique susceptible de réalisation. Il ne peut en effet être cédé à un tiers. Dès lors, en vertu du paragraphe 10 de la loi d'évaluation des biens et valeurs selon lequel les évaluations sont effectuées sur la base de la valeur de réalisation, c'est-à-dire le prix qui pourrait être obtenu dans le cadre de transactions commerciales normales, compte tenu de la nature du bien, lors de sa vente, sans que les circonstances inhabituelles ou personnelles ne soient pas prises en compte, l'actif « apport en compte 115 » devrait a priori pouvoir être évalué à 0 et non à 100. L'on peut espérer que telle serait également l'analyse de l'administration si elle devait tirer toutes les conséquences de la jurisprudence de la Cour. Dans une telle hypothèse, l'administration devrait néanmoins tenir à notre avis un raisonnement qui n'a pas de sens d'un point de vue économique et fiscal selon lequel d'une part l'apport en compte 115 constituerait, dans le bilan fiscal de la société apporteuse, un poste d'actif distinct de celui de la participation dans le capital social justifiant cet apport et d'autre part, que cet actif ne vaudrait rien en tant que tel indépendamment de cette même participation mais qu'il augmenterait la valeur de celle-ci. Cela démontre une fois de plus, selon nous, le lien intrinsèque entre l'apport en compte 115 et la participation dans le capital social et que les distinguer aux fins du régime d'affiliation comme dans l'arrêt de la Cour n'a pas de sens au regard des conséquences que cela engendre. En revanche, pour revenir à notre exemple chiffré, si l'apport en compte 115 est effectué par A pour acquérir la participation (tel que reflété notamment dans la documentation juridique) et par conséquent que le prix d'acquisition de la participation de A au sens de la jurisprudence de la Cour est de 200, une telle discussion ne devrait pas se présenter.

En pratique, rien à ce stade ne nous dit qu'elle sera la position de l'administration fiscale, néanmoins, cet arrêt crée un risque réel, et donc une insécurité juridique, principalement pour l'actionnaire minoritaire détenant moins

de 10 % et dont le prix d'acquisition n'atteint pas incontestablement le seuil d'1.2 m, mais également pour les autres actionnaires, que leur position à l'impôt sur la fortune soit réexaminée dans la mesure où ils ont réalisé des apports en compte 115. Pour les actionnaires détenant incontestablement une participation qualifiante, une tentative de l'administration d'imposer un éventuel « actif-apport en compte 115 » ne devrait toutefois avoir que peu de chance d'aboutir eu égard aux règles d'évaluation applicable en la matière.

4) Impact en cas de réduction de capital social

La Cour affirme qu'un apport en compte 115 reste étranger au capital social de la société qui bénéficie de cet apport. Se pose donc la question de l'impact de cette conclusion sur l'application de l'article 97 de la LIR.

Dans un souci de cohérence et d'uniformité dans l'interprétation de la notion de « capital social », si le compte 115 n'est pas traité comme du capital social aux fins de l'application des articles 147 et 166 de la LIR, et qu'il est jugé que cette notion doit être interprétée restrictivement en ce qu'elle ne vise que le capital social au sens juridique, tel qu'il est comptabilisé selon les règles comptables, le remboursement d'un apport en compte 115 ne devrait pas non plus entrer dans le champ d'application de l'article 97, paragraphe 1, numéro 1, de la LIR qui vise, comme on l'a vu ci-dessus, les revenus des participations dans le capital social, comme les articles 147 et 166 de la LIR. En effet, comme la Cour considère que de tels apports n'ont pas un « un lien suffisant avec la participation même dans le capital social », l'on ne voit pas comment raisonnablement, sans une gymnastique de l'esprit particulièrement périlleuse, on pourrait également soutenir que le remboursement de cet apport aux actionnaires est suffisamment lié avec une participation dans le capital social, pour constituer un revenu de celle-ci.

Un tel remboursement ne devrait pas non plus être visé par l'article 97, paragraphe 3b, de la LIR en ce qu'il vise « [...] les allocations qui sont la contrepartie de la réduction du capital social constitué par les apports des associés [...] ». Or, selon la Cour, le compte 115 n'est pas du capital social puisqu'il se réfère à la notion comptable uniquement. Puisqu'il ressort des travaux parlementaires que la notion de participation dans le capital social du régime d'affiliation et celle de l'article 97 de la LIR est similaire, le remboursement des apports en compte 115 ne devrait pas être traité comme une réduction de capital soumise à une retenue à la source, et ce, même s'il existe des réserves capitalisées et/ou aucune raison économique sérieuse. Il n'y aurait en effet aucune réduction de capital au sens strict du terme.

Il s'agirait ici d'une conséquence indirecte de la jurisprudence de la Cour – probablement inattendue par la Cour elle-même. Nous tenons toutefois à souligner que cette analyse serait la conséquence de l'interprétation stricte faite par la Cour de la notion de participation au capital social et du prix d'acquisition d'une participation dans le capital social à laquelle nous n'adhérons pas pour les raisons exposées tout au long de cette contribution. En outre, elle nous semble contraire à l'objectif de la LIR, comme d'ailleurs l'interprétation de la Cour de la notion du prix d'acquisition, ce qui vient conforter notre analyse selon laquelle la notion de participation dans le capital social doit être interprétée de la même manière dans le cadre de l'article 97 et des articles 147 et 166 de la LIR, tel que nous l'avons expliqué ci-dessus sous la section V.A. En cas d'application généralisée de cette jurisprudence, c'est toutefois une des conséquences que l'on pourrait en tirer.

VI. CONCLUSION

La décision de la Cour, bien que surprenante, est très contestable à notre sens dans la mesure où son raisonnement repose maladroitement sur le postulat selon lequel une dépense ne peut être considérée comme rentrant dans le prix d'acquisition de la participation dans le capital social de la société filiale que si elle emporte une augmentation du nombre ou de la valeur nominale des actions ou parts détenues ou est un accessoire direct à une telle augmentation. En effet, ce postulat sans fondement s'avère, selon nous, après analyse, erroné.

Bien que la décision de la Cour soit discutable, et par conséquent que la position administrative qu'elle entérine puisse encore être contestée, une application généralisée de cette jurisprudence pourrait engendrer des consé-

quences non négligeables pour les contribuables luxembourgeois, principalement dans le cadre de l'application du régime d'affiliation dans la mesure où le champ d'application matériel de celui-ci pourrait s'en voir restreint. L'interprétation restrictive de la notion de prix d'acquisition, de capital social et de participation dans le capital social pourrait par ailleurs impacter d'autres dispositions telles que l'article 97 de la LIR en ce qu'il vise les réductions de capital et le paragraphe 60 de la loi d'évaluation des biens et valeurs.

Toutefois, d'une part, la Cour semble tirer un enseignement de l'arrêt de la CJUE *Les Vergers du vieux Tauves* à propos de la notion de participation dans le capital social qui ne nous paraît pas justifié. D'autre part, le postulat de départ de la Cour selon lequel le prix d'acquisition d'une participation dans le capital social est celui payé pour l'augmentation du nombre d'actions ou de la valeur nominale des actions détenues est selon nous inexact. Il faut partant en conclure que le reste de son raisonnement s'en voit *de facto* biaisé.

Par ailleurs, dans la mesure où la Cour se réfère implicitement à sa jurisprudence confirmant, contradictoirement avec les principes qu'elle édicte dans son arrêt, que les apports cachés sont assimilés à des apports formels pour les besoins du régime d'affiliation, notamment parce qu'ils viennent accroître le capital fiscal d'une société bénéficiaire de l'apport et par conséquent constituent des participations supplémentaires, des doutes sur la portée exacte de cette décision subsistent.

L'arrêt de la Cour du 31 mars 2022 ne devrait ainsi pas constituer un revirement de jurisprudence définitif d'une portée générale, mais plutôt rester un tigre de papier... ■■■