

Jurisprudence commentée

LA COUR ADMINISTRATIVE CLARIFIE LE TRAITEMENT FISCAL D'UN PRÊT SANS INTÉRÊT ET RÉFORME LE JUGEMENT DU TRIBUNAL



OLIVER R. HOOR¹

TAX PARTNER
ATOZ TAX ADVISERS

TABLE DES MATIÈRES

I. INTRODUCTION	22
II. PRÉSENTATION DES FAITS DU CAS D'ESPÈCE	23
III. DÉCISION DE L'ADMINISTRATION DES CONTRIBUTIONS DIRECTES	24
IV. JUGEMENT DU TRIBUNAL	24
A. Commentaires préliminaires	24
B. Caractéristiques du prêt sans intérêt prises en compte par le Tribunal	25
1) Clause de recours limité	25
2) Transfert du prêt sans intérêt	25
3) Intérêts	25
4) Transfert des fonds et formalisation du prêt sans intérêt	25
C. Appréciation du Tribunal	25
V. ARRÊT DE LA COUR ADMINISTRATIVE	26
A. Aperçu	26
B. Évaluation des circonstances	26
C. Évaluation des caractéristiques du prêt sans intérêt	26
D. Qualification du prêt sans intérêt	27
CONCLUSION	27
ANNEXE	28

I. INTRODUCTION

Le 23 novembre 2023, la Cour administrative du Luxembourg (la « **Cour administrative** » ou la « **Cour** », qui est l'instance d'appel) a rendu son arrêt² (l'« **Arrêt** ») dans une affaire concernant un prêt sans intérêt (*interest free loan*, ci-après « **IFL** ») qui avait été accordé par une société luxembourgeoise à sa filiale luxembourgeoise, détenue à 100 %.

L'Arrêt réforme le jugement du Tribunal administratif (le « **Tribunal** ») daté du 23 septembre 2022³ qui confir-

maît la position des autorités fiscales luxembourgeoises (l'Administration des Contributions Directes, ci-après « **ACD** »). L'ACD avait requalifié l'IFL en apport caché de capital (plutôt que comme instrument de dette), ce qui engendra, dans le cas d'espèce, des conséquences fiscales significatives.

Dans le cadre d'une précédente publication datée de février 2023⁴, nous avons analysé de manière étendue la qualification ainsi que le traitement fiscal de l'IFL et étions arrivés aux mêmes conclusions que celles tirées par

1. L'auteur peut être contacté à l'adresse suivante : oliver.hoor@atoz.lu
L'auteur souhaite remercier Marie Bentley (Chief Knowledge Officer) pour son aide dans le cadre de la revue de cet article.

2. Cour adm., 23 novembre 2023, n° 48125C. (Référence LexNow / ID L27D88AA7)

3. Trib. adm., 23 septembre 2022, n° 44902. (Référence LexNow / ID L2B44D5D3)

4. Cf. « Luxembourg Tribunal Classified an Interest-free Loan as a (Hidden) Capital Contribution: What Went Wrong? » https://www.atoz.lu/sites/default/files/media/file/ATOZ_Report_FEBRUARY-2023.pdf.

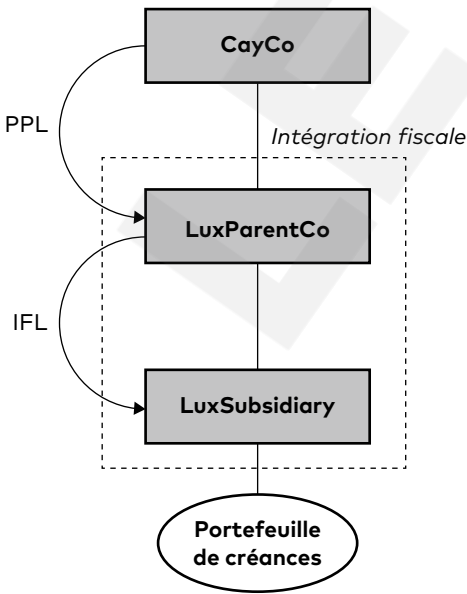
la Cour dans l'Arrêt commenté. Compte tenu de l'utilisation répandue des IFL comme mode de financement des sociétés luxembourgeoises, l'importance de cet Arrêt ne doit pas être sous-estimée. En effet, au cours de l'année écoulée, certains conseillers fiscaux luxembourgeois se sont montrés extrêmement préoccupés par la mise en place d'IFL. L'Arrêt contribue dès lors au rétablissement de la sécurité juridique souhaitée.

II. PRÉSENTATION DES FAITS DU CAS D'ESPÈCE

L'affaire concerne une société résidant dans les îles Caïmans (« CayCo ») qui avait investi, à compter de 2016, dans des instruments de dette décotée émis par des tiers via une structure d'investissement luxembourgeoise. Ces instruments de dette sont généralement acquis à un prix inférieur à leur valeur nominale.

CayCo avait financé sa filiale luxembourgeoise (« LuxParentCo ») par le biais d'une combinaison de fonds propres et d'un prêt participatif (*Profit Participating Loan*, ci-après « PPL »). LuxParentCo avait ensuite utilisé les fonds reçus de CayCo pour financer sa filiale luxembourgeoise (« LuxSubsidiary », le contribuable) au moyen d'une combinaison de fonds propres et (principalement) d'un IFL. Dans l'Arrêt, il est indiqué que le ratio IFL/fonds propres était d'environ 90:10 en 2016. LuxSubsidiary investit finalement les fonds reçus de LuxParentCo principalement dans des instruments de dette décotée.

Le schéma suivant illustre la structure d'investissement :



L'IFL accordé par LuxParentCo à LuxSubsidiary ne fut formalisé que le 19 décembre 2016 alors que les fonds avaient

déjà été transférés en date du 29 avril 2016. LuxSubsidiary justifia cette formalisation tardive de l'IFL en raison de la vitesse et l'attention requises pour effectuer les investissements sous-jacents, ainsi que par le fait que le prêt avait été conclu au sein d'un groupe, donc entre parties (liées) n'ayant aucune raison de ne pas se faire confiance.

À partir de l'année fiscale 2017, LuxParentCo et LuxSubsidiary formèrent un groupe intégré fiscalement (article 164bis de la loi luxembourgeoise concernant l'impôt sur le revenu, « LIR »). Le 11 mai 2017, LuxParentCo et LuxSubsidiary déposèrent une demande d'application du régime d'intégration fiscale qui fut acceptée par l'ACD en date du 2 juin 2017.

Vraisemblablement, LuxParentCo et LuxSubsidiary avaient l'intention d'appliquer le régime d'intégration fiscale dès l'exercice fiscal 2016 (c'est-à-dire à partir de l'année au cours de laquelle les deux sociétés avaient été constituées). En effet, les états financiers 2016 de LuxSubsidiary indiquaient expressément que la société faisait partie d'un groupe intégré fiscalement avec son actionnaire unique. Le Tribunal supposa donc que les deux sociétés avaient omis de déposer une demande d'application du régime d'intégration fiscale en 2016.

LuxParentCo et LuxSubsidiary sont des sociétés luxembourgeoises soumises à l'impôt sur le revenu des collectivités (« IRC ») et à l'impôt commercial communal (« ICC ») à un taux global de 24,94 %. En outre, les deux sociétés sont soumises à l'impôt sur la fortune (« IF ») à un taux annuel de 0,5 % appliqué sur la valeur unitaire des sociétés (c'est-à-dire sur une valeur ajustée de l'actif net). Étant donné que le régime d'intégration fiscale ne s'appliqua qu'à partir de 2017, les deux sociétés furent imposées individuellement en 2016.

En 2016, LuxSubsidiary réalisa une plus-value sur son portefeuille de dettes décotées qui fut soumis à l'IRC et l'ICC. Dans sa déclaration fiscale 2016, LuxSubsidiary procéda à un ajustement extracomptable en relation avec l'IFL, diminuant le revenu imposable afin de tenir compte des intérêts notionnels qui auraient été payés dans des conditions de pleine concurrence. Cet ajustement à la baisse a été effectué conformément à l'article 56 de la LIR.

Les investissements de LuxSubsidiary devraient constituer des actifs imposables au regard de l'IF tandis que l'IFL devrait être un élément du passif déductible réduisant la valeur unitaire de la société dans l'hypothèse où l'IFL est qualifié d'instrument de dette à des fins fiscales.

Rien n'indique que LuxParentCo avait réalisé un revenu imposable en 2016. Toutefois, LuxParentCo comptabilisa des revenus d'intérêts notionnels dans sa déclara-

tion fiscale (ces revenus correspondant au montant des charges d'intérêts notionnels, telles que reflétées dans la déclaration fiscale de LuxSubsidiary au titre de l'exercice fiscal 2016). Cet ajustement à la hausse fut effectué conformément à l'article 56 de la LIR.

À partir de 2017, LuxParentCo et LuxSubsidiary formaient un groupe intégré fiscalement. En conséquence, le revenu imposable des deux sociétés fut agrégé au niveau de LuxParentCo qui déclara le revenu imposable consolidé dans sa déclaration fiscale. En 2017, aucun ajustement extracomptable (ni à la hausse ni à la baisse) ne fut effectué en ce qui concerne l'IFL. L'ACD considéra que l'absence d'ajustements extracomptables dans les déclarations fiscales de 2017 était un aveu implicite que l'IFL était non pas un instrument de dette mais un apport caché de capital.

Bien que l'ACD puisse, à des fins de cohérence, exiger que les mêmes ajustements extracomptables qu'en 2016 soient effectués au cours de l'exercice fiscal 2017 (et lors des exercices suivants), les revenus et charges d'intérêts notionnels se compenseraient entièrement dans l'assiette fiscale du groupe intégré. Ainsi, la comptabilisation des produits et charges d'intérêts notionnels ne constituerait qu'un exercice théorique sans aucune implication pratique en termes de charge fiscale. Par conséquent, l'ACD ne devrait pas accorder d'importance à l'approche adoptée par les contribuables à partir de 2017 ; en effet celle-ci ne constitue pas un indicatif pertinent pour la qualification (de dette ou de fonds propres) de l'IFL par les contribuables.

**III. DÉCISION DE L'ADMINISTRATION DES CONTRIBU-
TIONS DIRECTES**

Le 5 décembre 2018, l'ACD informa l'emprunteur (LuxSubsidiary) qu'elle envisageait de s'écarter de sa déclaration fiscale pour l'année fiscale 2016, en ne tenant pas compte de l'ajustement extracomptable à la baisse effectué en raison de l'IFL.

L'IFL avait été traité comme un instrument de dette par l'emprunteur et le prêteur qui, respectivement, avaient procédé à un ajustement extracomptable à la baisse (correspondant aux charges d'intérêts notionnels) et à un ajustement extracomptable à la hausse (correspondant aux revenus d'intérêts notionnels) dans leurs déclarations fiscales respectives afin de refléter des conditions de pleine concurrence.

Le 30 janvier 2019, l'ACD émit les bulletins imposition de l'année 2016 dans lesquels elle contesta la qualification de dette de l'IFL et considéra que l'IFL représentait un

apport caché en capital. Par conséquent, l'ACD refusa l'ajustement extracomptable (déduction des intérêts notionnels) effectué par l'emprunteur (LuxSubsidiary).

La qualification de l'IFL comme fonds propres avait en outre un impact sur la base imposable à l'IF de l'emprunteur, dès lors que celui-ci investissait dans des actifs pleinement imposables aux fins de l'IF.

Le 30 avril 2019, l'emprunteur introduisit une réclamation à l'encontre du bulletin d'imposition émis par l'ACD au titre de l'année 2016. Cette réclamation fut rejetée par le directeur de l'ACD en date du 23 janvier 2020.

IV. JUGEMENT DU TRIBUNAL

A. Commentaires préliminaires

Le 24 août 2020, l'emprunteur déposa une requête auprès du Tribunal à l'encontre de la décision du directeur de l'ACD. Le Tribunal devait juger de la qualification, en tant que dette ou fonds propres (cette dernière qualification correspondant à la position de l'ACD), à donner à l'IFL accordé par LuxParentCo à LuxSubsidiary. En outre, si le Tribunal en venait à qualifier l'IFL en tant qu'instrument de dette, il aurait alors dû analyser si l'ajustement de prix de transfert effectué (comptabilisation d'intérêts notionnels) était compatible avec le principe de pleine concurrence.

Le Tribunal partit à juste titre de l'hypothèse que la classification d'un instrument financier devait être effectuée selon l'approche économique (« *wirtschaftliche Betrachtungsweise* »), approche qui exige qu'à des fins fiscales la réalité économique prévale sur la qualification purement juridique (principe également appelé « *substance over form* »).

Si l'IFL était considéré comme un instrument de dette, des ajustements de prix de transfert pourraient être nécessaires en vertu de l'article 56 de la LIR. Dans le cas contraire, l'IFL pourrait être qualifié de fonds propres conformément au concept de l'« apport caché de capital » (« *verdeckte Einlage* ») ou à celui de « capital caché » (« *verdecktes Stammkapital* »).

Un apport caché de capital est un apport en espèces ou en nature fait par un actionnaire à une société sans que le capital social souscrit et libéré ne soit modifié. La notion de capital caché se réfère quant à elle à une situation dans laquelle un actionnaire accorde directement ou indirectement un prêt à une société, alors qu'un créancier indépendant, agissant conformément aux pratiques du marché, n'aurait pas accordé un tel prêt (mais aurait financé la société à l'aide de fonds propres).

B. Caractéristiques du prêt sans intérêt prises en compte par le Tribunal

Pour déterminer la qualification de l'IFL en tant que dette ou fonds propres, le Tribunal prit en compte les caractéristiques suivantes du contrat d'IFL :

1) Clause de recours limité

Le contrat d'IFL prévoyait une clause de recours limité en vertu de laquelle l'emprunteur (à savoir, LuxSubsidiary) n'était tenu de rembourser le prêt que dans la mesure où les investissements détenus par celui-ci (et/ou les revenus perçus par l'emprunteur au titre de ces investissements) étaient suffisants pour permettre à l'emprunteur d'effectuer le paiement correspondant.

Une clause de recours limité constituait une caractéristique commune des instruments de dette de l'époque (dans le contexte du financement d'instruments de dette) et une exigence explicite en vertu de l'ancien régime de prix de transfert applicable aux sociétés de financement luxembourgeoises jusqu'à la fin de 2016. Bien que LuxSubsidiary ne relevait techniquement pas du champ d'application de la circulaire luxembourgeoise sur les prix de transfert (étant donné que la société avait acquis des instruments de dette émis par des tiers, et non pas par des parties liées), le même modèle de rémunération pouvait également être considéré comme approprié en cas de financement de dettes émises par des tiers.⁵

Ainsi, il serait donc erroné d'attacher trop d'importance à une caractéristique qui était courante (et même requise) au moment de l'octroi de l'IFL. De plus, l'IFL ne devait être remboursé que si les actifs de LuxSubsidiary permettaient à la société d'effectuer un tel remboursement. Bien que le Tribunal soulignât que l'IFL ne prévoyait pas de garanties supplémentaires, LuxSubsidiary était une société à responsabilité limitée qui avait une responsabilité limitée envers ses créanciers (de sorte que la clause de recours limité n'apportait pas de réel changement d'un point de vue économique).

2) Transfert du prêt sans intérêt

Le contrat d'IFL prévoyait que le prêteur (ici, LuxParentCo) pouvait décider à tout moment de transférer en tout ou en partie l'IFL à l'emprunteur contre l'émission d'actions selon

un ratio d'une action de 1 euro en échange d'une partie du prêt (dont le montant résiduel était égal à cette valeur nominale).

Alors que l'IFL prévoyait une clause explicite permettant le transfert de l'IFL en échange d'actions, l'IFL pouvait en tout état de cause être incorporé au capital (social) de LuxSubsidiary sans aucune limitation.

3) Intérêts

L'IFL ne portait pas intérêt.

4) Transfert des fonds et formalisation du prêt sans intérêt

Alors que le montant du prêt avait été mis à la disposition de l'emprunteur dès le 29 avril 2016, le contrat correspondant ne fut formalisé que le 19 décembre 2016.

C. Appréciation du Tribunal

Compte tenu des caractéristiques de l'IFL et du moment de sa formalisation, le Tribunal conclut que l'IFL ne pouvait représenter que du capital (par le biais d'une qualification de l'IFL en tant qu'apport caché de capital) et qu'il ne s'agissait pas d'un instrument de dette.

Le Tribunal présuma que l'intention de LuxParentCo était de financer LuxSubsidiary avec des fonds propres plutôt que d'agir en tant que prêteur (en réalisant des revenus d'intérêts et en récupérant le nominal du prêt dans un délai raisonnable).

Sur cette base, le Tribunal estima que l'IFL constituait une participation déguisée sous forme de prêt et que le mode de financement normal, dicté par de véritables considérations économiques ou juridiques, aurait été une augmentation de capital.

Du fait de la requalification de l'IFL en fonds propres, le Tribunal rejeta la prise en compte de charges d'intérêts notionnels au niveau de LuxSubsidiary et de revenus d'intérêts notionnels au niveau de LuxParentCo.

Bien que le jugement contînt également des informations sur l'approche adoptée en matière de prix de transfert afin de déterminer une rémunération de pleine concurrence sur l'IFL (détaillée dans la documentation sur les prix de transfert remise par le contribuable avec sa déclaration fiscale), le Tribunal ne prit aucune position à cet

5. La circulaire n° 164/2 du 28 janvier 2011 avait un champ d'application limité à l'activité de financement intra-groupe (octroi d'instruments de dette à des parties liées), activité refinancée par de la dette, que celle-ci soit de la dette intragroupe ou de la dette émise par des tiers. Étant donné que

LuxSubsidiary investissait dans de la dette décotée émise par des tiers, LuxSubsidiary n'effectuait pas une activité de financement au sens de cette circulaire.

égard, cette question ayant été jugée superfétatoire par celui-ci, compte tenu de la qualification de l'IFL en tant que fonds propres.

Ainsi, selon le Tribunal, un prêt accordé par un actionnaire à une société de capitaux doit être requalifié en apport caché de capital dans l'hypothèse où le mode de financement normal, dicté par des considérations économiques ou juridiques sérieuses, aurait été une augmentation de capital et qu'il ressort des circonstances de l'espèce que la forme du prêt n'a pu être choisie que pour des raisons fiscales.

Cependant, il est de principe que les contribuables sont libres de choisir la voie la moins imposée pour structurer leurs investissements, à moins qu'une règle anti-abus spéciale ne s'applique ou qu'un dispositif ne constitue un abus de droit qui pourrait alors être remis en cause en vertu de la règle anti-abus générale⁶ (GAAR).

V. ARRÊT DE LA COUR ADMINISTRATIVE

A. Aperçu

Selon la Cour, l'intention du législateur luxembourgeois (telle qu'exprimée dans les travaux parlementaires relatifs à la LIR) exige que la qualification d'un instrument financier reflète l'approche économique (« *wirtschaftliche Betrachtungsweise* »). En vertu de cette approche, la réalité économique prévaut sur la qualification juridique en matière fiscale.

Il est donc nécessaire d'analyser toutes les caractéristiques pertinentes d'un instrument financier afin de déterminer s'il s'agit d'un instrument de dette ou de fonds propres. À cet égard, les travaux parlementaires de la LIR indiquent qu'il est nécessaire de procéder à une analyse globale de la transaction plutôt que de s'attacher à l'une ou l'autre caractéristique du contrat de prêt examiné.

B. Évaluation des circonstances

La Cour estime qu'au regard des circonstances du cas d'espèce et contrairement à la position de l'ACD que :

- aucune conclusion utile ne peut être tirée du fait que la date effective de mise à disposition des fonds diffèrait de la date de formalisation du contrat d'IFL.
- l'affectation des fonds prêtés est un élément pertinent. En l'espèce, le prêt reçu n'avait pas été affecté à des actifs immobilisés à long terme. Il ne constituait donc

pas une indication de l'existence d'une participation déguisée sous la forme d'un prêt.

- le ratio d'endettement doit être évalué en tenant compte des exigences en matière de ratio d'endettement au moment où les fonds ont été mis à disposition.

C. Évaluation des caractéristiques du prêt sans intérêt

La Cour note que le contrat de prêt ne permettait au prêteur ni de participer aux bénéfices de l'emprunteur ni au boni de liquidation et n'attribuait pas non plus de droits de vote (or il s'agit de caractéristiques importantes des instruments de dette).

En outre, la Cour considère les éléments suivants en faveur d'une qualification de l'IFL en tant que dette :

- L'IFL ne prévoyait pas de possibilité pour l'emprunteur de convertir de manière unilatérale le prêt en capital (selon le contrat de prêt, le prêteur avait le droit d'exiger, à sa seule discrétion, une conversion de l'IFL en capital).
- Alors que le contrat d'IFL prévoyait la possibilité de rembourser le prêt en espèces ou en nature (cette possibilité était soumise à l'acceptation du prêteur et à un accord entre le prêteur et l'emprunteur sur une méthode d'évaluation de l'actif utilisé pour le remboursement en nature), un remboursement en nature ne pouvait être effectué qu'avec des actifs appartenant à l'emprunteur (et non avec des actions de l'emprunteur).
- L'IFL ne contenait pas de clause d'agrafage (*stapling*) empêchant le prêteur de transférer ses droits et obligations découlant de l'IFL. Au contraire, le prêteur était libre de céder ses droits et obligations, alors que l'emprunteur devait consentir au transfert de ses droits et obligations.
- Le contrat de prêt prévoyait une maturité de l'IFL (dix ans) et une obligation de remboursement à l'échéance. Toutefois, une maturité de dix ans ne constitue pas une durée suffisamment longue pour constituer une indication de l'intention du prêteur de se comporter comme un actionnaire.
- L'IFL contenait une clause de recours limité qui, selon la Cour, transférait les risques au prêteur mais n'annulait pas *ex ante* l'obligation de remboursement de l'emprunteur. Par conséquent, elle ne permettait pas de présumer de l'existence d'une participation déguisée sous la forme d'un prêt.

6. § 6 de la loi d'adaptation fiscale (« *Steueranpassungsgesetz* »).

Dans le cadre de son analyse, la Cour a également pris en compte les éléments suivants :

- Les instruments de dette prévoient souvent une rémunération sous forme d'intérêts. Par conséquent, l'absence d'intérêts est un indice tendant à la qualification d'un prêt en tant que fonds propres.
- Le contrat d'IFL ne prévoyait pas de garantie en faveur du prêteur et subordonnait le remboursement du montant prêté en cas de faillite de l'emprunteur au remboursement préalable de toute dette due par ce dernier envers une banque. Toutefois, le fait que des créanciers tiers, une banque en particulier, exigent un statut de créancier privilégié par rapport aux créanciers intragroupe de l'emprunteur est courant dans la pratique et ne peut être considéré comme un indice permettant de conclure à l'existence de fonds propres.

En tant que dernier élément factuel important, la Cour constate que l'emprunteur n'avait fait qu'un usage très limité de la ligne de crédit lui offerte et que le prêt avait été remboursé le 31 décembre 2018. Ainsi, conformément au principe de la primauté de la substance sur la forme, et avec le recul inhérent à l'analyse effectuée dans le cadre du contentieux (à l'issue des transactions concernées), la Cour conclut que l'IFL avait bien été exécuté par les parties comme un prêt qui avait même été remboursé bien avant l'échéance fixée contractuellement.

D. Qualification du prêt sans intérêt

La majorité des caractéristiques pertinentes de l'IFL étant des caractéristiques propres aux dettes, la Cour conclut que l'IFL devait être qualifié d'instrument de dette.

CONCLUSION

La Cour a estimé que la qualification de l'IFL en tant que fonds propres ou dette devait résulter d'une appréciation globale de tous les critères pertinents. En l'espèce, la plupart des caractéristiques pertinentes de l'IFL étaient des éléments typiques d'une dette, ce qui conduit la Cour à qualifier le prêt d'instrument de dette. La Cour a donc réformé le jugement du Tribunal qui avait initialement confirmé la position de l'ACD.

Étant donné que l'objet de l'affaire était la qualification de l'IFL en tant que dette ou en tant que fonds propres et que la Cour est limitée par la demande qui lui est soumise sous peine de statuer ultra petita, elle ne pouvait pas elle-même examiner la question des intérêts notionnels et le caractère de pleine concurrence du taux d'intérêt notionnel appliqué par l'emprunteur. Toutefois, la Cour est amenée à retenir qu'il n'était pas correct de requalifier l'IFL en fonds propres et de refuser d'admettre le montant mis en avant du chef d'intérêts notionnels.

La Cour rétablit ainsi les principes de longue date (à savoir, l'approche économique et la prééminence de la substance sur la forme) en ce qui concerne la qualification des instruments financiers en tant que dette ou en tant que fonds propres. Cela contribue à la sécurité juridique souhaitée et nécessaire sur cette question fiscale fondamentale. Enfin, compte tenu de l'utilisation très répandue des IFL pour financer les sociétés luxembourgeoises, l'importance de cette décision ne peut être sous-estimée.

ANNEXE : ANALYSE TECHNIQUE DE LA QUALIFICATION ET DU TRAITEMENT FISCAL DU PRÊT SANS INTÉRÊT

I. APERÇU..... 29

II. QUALIFICATION DES INSTRUMENTS FINANCIERS..... 29

 A. Commentaires préliminaires..... 29

 B. Première étape : Principales caractéristiques à prendre en compte 29

 1) Qualification du point de vue du droit civil et traitement comptable 29

 2) Maturité 30

 3) Rémunération de l'instrument financier..... 30

 4) Participation au *boni* de liquidation et aux plus-values latentes..... 30

 5) Participation aux pertes..... 30

 6) Caractéristiques de conversion 31

 7) Appellation de l'instrument financier 31

 8) Droits politiques et droits de vote 31

 9) Modalités de paiement du rendement..... 31

 10) Possibilité de remboursement anticipé ou de rachat..... 31

 11) Clause relative aux cas de défaillance..... 31

 12) Rang..... 31

 13) Droits de transfert..... 32

 C. Deuxième étape : évaluation..... 32

 D. Application au cas d'espèce 32

III. APPORT CACHÉ DE CAPITAL (*VERDECKTE EINLAGE*)..... 33

 A. Commentaires préliminaires 33

 B. Caractéristiques d'un apport caché de capital 34

 1) Généralités..... 34

 2) L'objet d'un apport caché de capital 34

 3) Motivation par la relation sociale 35

 4) Absence de compensation..... 35

 C. Traitement fiscal des apports cachés de capital..... 35

 D. Application au cas d'espèce 35

IV. CAPITAL CACHÉ (*VERDECKTES STAMMKAPITAL*)..... 36

 A. Commentaires préliminaires 36

 B. La notion de capital caché et le traitement fiscal y relatif 36

 C. Application au cas d'espèce 36

V. AJUSTEMENTS FISCAUX EN VERTU DE L'ARTICLE 56 DE LA LIR 37

 A. Remarques préliminaires 37

 B. Champ d'application de l'article 56 de la LIR..... 37

 C. Ajustements fiscaux en vertu de l'article 56 de la LIR..... 37

 D. Application au cas d'espèce 37

I. APERÇU

Cette annexe comprend une analyse détaillée du traitement fiscal de l'IFL aux fins de l'impôt luxembourgeois.

L'analyse comprend d'une part un examen des caractéristiques à prendre en compte pour qualifier les instruments financiers de fonds propres ou de dettes, et, d'autre part, un examen des termes de l'IFL dans le cas d'espèce.

L'annexe contient également une analyse des concepts d'apport caché de capital (« *verdeckte Einlage* ») et de capital caché (« *verdecktes Stammkapital* ») qui ont été pris en compte par l'ACD et le Tribunal dans leurs décisions.

Enfin, une analyse de l'application de l'article 56 de la LIR et des ajustements possibles en matière de prix de transfert (ajustements à la hausse et à la baisse) dans le cadre de l'IFL est réalisée.

II. QUALIFICATION DES INSTRUMENTS FINANCIERS

A. Commentaires préliminaires

La législation fiscale luxembourgeoise ne prévoit pas de règles spécifiques concernant la qualification des instruments financiers en tant que dettes ou fonds propres. Par conséquent, cette détermination doit être effectuée sur la base des principes généraux de la fiscalité luxembourgeoise.

La note préparatoire de la LIR du 4 décembre 1967 relative à l'article 114 (aujourd'hui article 97 de la LIR) sur les revenus de capitaux mobiliers indique que le principe de la « prééminence de la substance sur la forme » et l'approche économique (c'est-à-dire « *wirtschaftliche Betrachtungsweise* ») s'appliquent pour qualifier un instrument financier et la nature des revenus qu'il génère.

Sur cette base, il est nécessaire d'analyser toutes les caractéristiques pertinentes d'un instrument financier afin de déterminer s'il s'agit d'un instrument de dette ou de fonds propres.

B. Première étape : principales caractéristiques à prendre en compte

Les caractéristiques suivantes doivent être prises en compte lors de l'analyse des instruments financiers :

1) Qualification du point de vue du droit civil et traitement comptable

Le point de départ de l'analyse des instruments financiers est généralement leur qualification selon le droit civil luxembourgeois¹. En principe, cette qualification est suivie par les principes comptables généralement acceptés au Luxembourg (*Generally Accepted Accounting Principles*, « **GAAP** »).

En outre, le traitement fiscal suit généralement le traitement comptable², à moins qu'il n'existe des règles ou des concepts spécifiques qui exigent un traitement différent à des fins fiscales (en l'occurrence, il pourrait s'agir de l'approche économique et du principe de la prééminence de la substance sur la forme).

Un prêt est défini comme un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre soit une chose pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi³, soit une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité⁴.

Un contrat de société est défini comme un contrat en vertu duquel deux personnes ou plus (à l'exception du cas de sociétés privées à actionnaire unique) conviennent d'apporter des fonds ou des actifs en vue de partager les bénéfices (et les pertes) qui peuvent en résulter.

Les principaux critères (cumulatifs) permettant de déterminer si un instrument doit être qualifié de dette ou de fonds propres d'un point de vue juridique sont les suivants :

a) Dette

- Le détenteur d'une dette a droit au remboursement de son investissement après une période prédéterminée ;
- Le prêt est assorti d'un rendement fixe prédéterminé, qui n'est pas lié au résultat de la société emprunteuse ;

1. C. com., art. 1; C. civ., art. 1832 et s. (« Des sociétés »), C. civ. art. 1874 et s. du Code civil (« Du prêt »).

2. *Grundsatz der Maßgeblichkeit*, art. 40 (1) de la LIR.

3. Art. 1875 du Code civil. – Suivant cette définition, le prêteur reste propriétaire du bien.

4. Art. 1892 du Code civil. – Suivant cette définition, la propriété juridique des biens est transférée à l'emprunteur – Le contrat peut être porteur d'intérêts.

- En cas de liquidation ou de faillite du débiteur, l'investisseur a un rang supérieur à celui des actionnaires, c'est-à-dire qu'il a le droit d'être remboursé avant que des fonds ne soient mis à leur disposition.

b) Fonds propres

- Les fonds propres exposent totalement l'investisseur au risque de l'entreprise (aucune garantie quant au remboursement de l'investissement initial ou quant à son rendement) ;
- Ils confèrent à leur détenteur le droit de percevoir une partie du boni de liquidation ;
- Ils confèrent des droits d'actionnaire à l'investisseur (par exemple, droit de vote, droit de surveillance, etc.)

La qualification juridique doit être analysée sur la base des caractéristiques essentielles du contrat, en tenant compte de l'intention réelle des parties plutôt que de la forme ou de l'appellation donnée par les parties.

2) Maturité

L'échéance (ou la maturité) d'un instrument financier constitue une caractéristique importante. Alors qu'un droit de remboursement à l'issue d'une période déterminée est une caractéristique d'un instrument de dette, un engagement permanent de fonds est une caractéristique typique des fonds propres.

Toutefois, même lorsqu'un instrument financier a une maturité fixe, si celle-ci est à long terme, cela peut conduire à une qualification de l'instrument en tant que fonds propres, conformément aux travaux parlementaires⁵.

Selon la jurisprudence allemande, une échéance allant jusqu'à 29 ans (donc inférieure à 30 ans) doit être considérée comme un élément indicateur de la présence d'une dette, tandis qu'une échéance à long terme de 30 ans ou plus indique qu'il s'agirait plutôt d'un instrument de fonds propres⁶.

3) Rémunération de l'instrument financier

La rémunération de l'instrument financier est une autre caractéristique importante. Alors qu'une participation (illimitée) aux bénéfices d'une entreprise serait une caractéristique des fonds propres, la simple rémunération avec un taux d'intérêt fixe serait la caractéristique évidente d'une dette.

Toutefois, en pratique, divers modèles de rémunération peuvent être convenus. Par exemple, la rémunération d'un instrument financier peut être liée aux revenus générés par l'emprunteur sur un actif spécifique que l'instrument finance (instruments liés à l'actif, dits « asset-linked » ou instruments participatifs). Les parties peuvent également convenir d'une participation aux bénéfices de l'emprunteur (qui peut être plafonnée d'une manière ou d'une autre). Alors que la participation aux revenus ou aux bénéfices tend à être une caractéristique des fonds propres, le caractère de dette de l'instrument peut être renforcé par l'inclusion d'un faible taux d'intérêt fixe.

Lorsque le paiement d'un intérêt fixe est limité à hauteur du bénéfice (comptable) ou du revenu généré sur un actif déterminé, ou lorsqu'il est soumis à la condition que l'emprunteur dispose de liquidités suffisantes pour payer les intérêts, ce modèle de rémunération est plutôt caractéristique d'une dette.

Lorsqu'un instrument financier prévoit un taux d'intérêt nul, la transaction n'est pas une transaction de pleine concurrence et peut nécessiter des ajustements extra-comptables⁷. Un taux d'intérêt nul est une caractéristique des fonds propres.

4) Participation au boni de liquidation et aux plus-values latentes

Les instruments financiers peuvent prévoir une participation au boni de liquidation de l'emprunteur ou aux plus-values latentes inhérentes à (certains) actifs détenus par l'emprunteur. L'existence d'une telle clause est une caractéristique importante des fonds propres. Toutefois, tant que l'instrument ne prévoit pas, en outre, une participation aux pertes subies par l'emprunteur, l'instrument peut toujours être qualifié de dette.

5) Participation aux pertes

La participation aux pertes (comptables) de l'emprunteur ou aux pertes subies dans le cadre d'un investissement (ou d'une activité) spécifique est une indication que l'instrument serait un instrument de fonds propres. Les instruments de dette ne prévoient généralement pas de participation du prêteur aux pertes subies par l'emprunteur. Toutefois, il ne s'agit pas d'un critère absolu et, dans certains cas, les parties peuvent convenir d'une participation aux pertes sans compromettre la qualification de l'instrument financier en tant que dette.

5. *Projet de loi concernant l'impôt sur le revenu*, document parlementaire n° 571⁶.
6. Certains praticiens considèrent qu'une maturité de 50 ans (ou plus) constitue la ligne de démarcation pour un instrument financier à long terme, alors qu'une échéance de 49 ans maximum serait une caractéristique de la dette.

7. Des ajustements fiscaux peuvent être nécessaires conformément au concept de distribution cachée de dividendes (art. 164 (3) de la LIR) ou sur la base de l'article 56 de la LIR.

6) Caractéristiques de conversion

Les instruments financiers peuvent également comporter une clause de conversion en vertu de laquelle l'instrument peut être converti en actions de l'emprunteur. Lorsque la conversion peut être demandée par l'emprunteur (en tant qu'alternative au remboursement du principal), il s'agit d'un indice important qu'il s'agit d'un instrument de fonds propres.

De même, une clause de conversion obligatoire selon laquelle l'instrument est automatiquement converti à une date et à un taux prédéfinis indique qu'il s'agirait d'un instrument de fonds propres. Dans le cas où la société est liquidée avant la date de conversion, l'instrument peut soit être remboursé à sa valeur nominale, soit être automatiquement converti en actions de l'emprunteur. À cet égard, une clause de conversion automatique constituerait une caractéristique propre à un instrument de fonds propres bien plus déterminante qu'une disposition prévoyant (au moins facultativement) un remboursement à la valeur nominale.

Lorsque l'instrument financier peut être converti à la demande de l'investisseur, il s'agit plutôt d'une caractéristique propre à un instrument de dette, en particulier lorsque l'instrument prévoit un remboursement alternatif à la valeur de marché.

7) Appellation de l'instrument financier

L'appellation donnée à l'instrument financier fournit généralement une première indication sur la qualification en tant que dette ou fonds propres de l'instrument.

Toutefois, comme l'appellation de l'instrument financier n'est pas nécessairement cohérente avec les autres caractéristiques de l'instrument, cette caractéristique est accessoire par rapport à d'autres caractéristiques plus significatives dans l'analyse.

8) Droits politiques et droits de vote

Un actionnaire peut généralement participer à la vie de la société et peut voter aux assemblées générales ainsi qu'à toutes les assemblées extraordinaires d'actionnaires. L'actionnaire dispose en outre généralement du droit de vote et du droit d'être informé des développements importants susceptibles d'avoir un impact sur la situation de la société.

Toutefois, comme les entreprises peuvent également émettre des actions sans droit de vote, les droits de vote ne constituent pas une caractéristique forte d'un instrument de fonds propres. Il s'agit plutôt d'une indication qui, combinée à d'autres critères, peut aboutir à une qualification de l'instrument en tant que fonds propres.

9) Modalités de paiement du rendement

Lorsque le paiement de la rémunération due au titre d'un instrument financier est laissé à la discrétion du conseil d'administration selon une procédure similaire à celle applicable aux distributions de dividendes, cela indique qu'il pourrait s'agir d'un instrument de fonds propres. Le fait que le paiement du rendement dépende de la disponibilité de réserves ou de bénéfices non distribués dans le chef de l'emprunteur est une autre caractéristique des fonds propres.

En revanche, si le paiement n'est soumis à aucune procédure ou condition, il s'agit d'une caractéristique d'un instrument de dette.

10) Possibilité de remboursement anticipé ou de rachat

Lorsque le remboursement anticipé ou le rachat est possible, il s'agit de la caractéristique d'une dette. À l'inverse, l'absence de clause de remboursement anticipé ou de rachat est une indication de la présence de fonds propres.

L'identité de la partie qui peut demander le remboursement anticipé ou le rachat est également un indicateur pertinent. Dans l'hypothèse où le remboursement ou le rachat peut être demandé par l'investisseur, cela indique qu'il pourrait s'agir d'un instrument de dette. En revanche, si le remboursement ou le rachat anticipé peut être demandé par l'emprunteur, c'est l'indicateur de l'existence d'un instrument de fonds propres.

11) Clause relative aux cas de défaillance

Un instrument de dette comprend généralement une clause relative aux cas de défaillance qui peut prévoir une maturité avancée ou une augmentation des paiements de rendement si l'emprunteur ne respecte pas ses obligations en vertu de l'instrument. À l'opposé, les instruments de fonds propres ne contiennent pas de clause de ce type.

12) Rang

L'un des facteurs couramment utilisés pour distinguer les instruments de dette des instruments de fonds propres est leur rang relatif dans la structure du capital de la société. En cas de défaillance, le détenteur d'un titre de créance a le droit d'être remboursé avant que les fonds ne soient mis à la disposition des actionnaires.

Toutefois, il peut n'y avoir qu'un très faible écart entre le titre de créance le plus subordonné et les instruments de fonds propres. En principe, la subordination est une

caractéristique des fonds propres, tandis que l'absence de subordination est une caractéristique importante d'une dette.

13) Droits de transfert

Les actionnaires et les détenteurs d'obligations ont généralement le droit de transférer librement leurs actions ou obligations à une autre partie. Par conséquent, un droit de transfert n'est pas une indication claire que l'on est en présence d'un instrument de fonds propres ou d'un instrument de dette.

Toutefois, si l'instrument prévoit une clause d'agrafage (*stapling*) selon laquelle l'instrument n'est cessible qu'avec des actions de l'emprunteur (au prorata), cela indique qu'il s'agit d'un instrument de fonds propres.

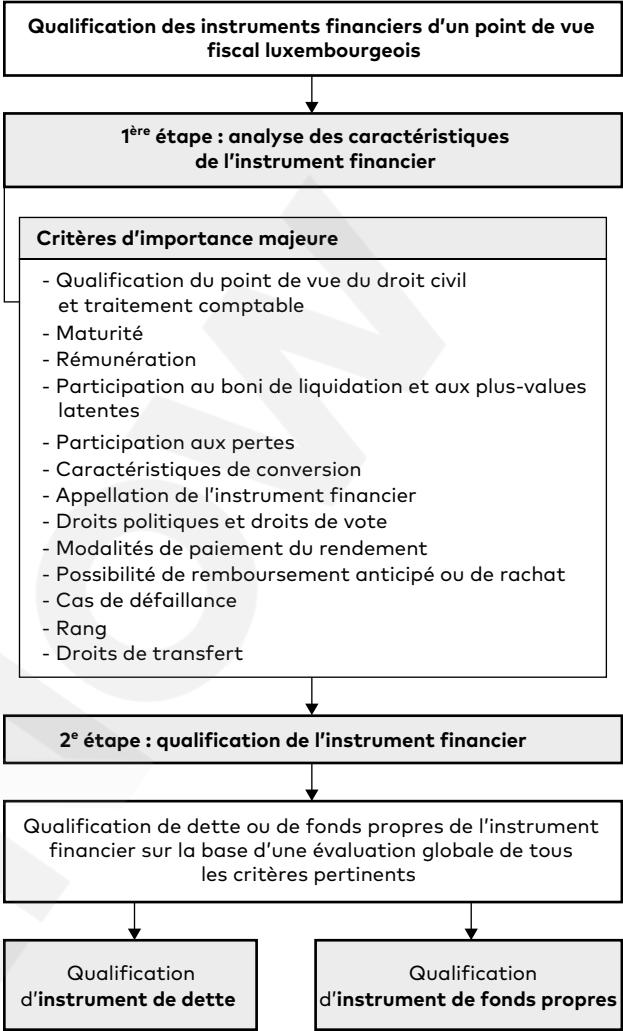
C. Deuxième étape : évaluation

La qualification de dette ou de fonds propres d'un instrument financier résulte d'une analyse approfondie de toutes les caractéristiques pertinentes de l'instrument financier. Il n'existe pas de critère unique qui peut être considéré comme décisif pour cette évaluation. L'évaluation est plutôt basée sur le caractère global de l'instrument financier.

Toutefois, toutes les caractéristiques n'ont pas le même poids. Certaines caractéristiques sont d'une importance majeure car elles fournissent des indications claires que l'instrument doit être qualifié de dette ou de fonds propres, tandis que d'autres caractéristiques peuvent être moins pertinentes car elles sont moins binaires. De telles caractéristiques peuvent néanmoins être utiles pour éclairer l'analyse.

Si, dans la plupart des cas, l'évaluation est simple, dans certains cas, la présence de caractéristiques typiques des fonds propres et des dettes peut rendre la qualification d'un instrument financier plus complexe. Dans ce dernier cas, les parties pourraient envisager d'aligner certaines des caractéristiques de l'instrument sur la qualification souhaitée aux fins de l'impôt luxembourgeois.

La liste de vérification suivante présente les caractéristiques à prendre en compte lors de l'analyse d'instruments financiers :



D. Application au cas d'espèce

Le traitement fiscal doit généralement suivre le traitement comptable, à moins qu'une disposition de la législation fiscale luxembourgeoise ou un concept fiscal spécifique n'exige un traitement fiscal différent (« *Massgeblichkeitsprinzip* »)⁸. La qualification en tant que dette ou fonds propres de l'IFL ne fait pas exception à ce principe.

Ainsi, alors que la qualification en tant que dette ou fonds propres de l'IFL d'un point de vue comptable constitue le point de départ de l'analyse fiscale, l'approche économique et le principe de prééminence de la substance sur la forme peuvent nécessiter une qualification différente à des fins fiscales dans l'hypothèse où l'évaluation globale de toutes les caractéristiques pertinentes conduit à une qualification de l'instrument en tant que fonds propres.

8. Cf. art. 40 de la LIR.

Les caractéristiques de l'IFL sont résumées dans le tableau ci-dessous :

Critères d'importance majeure	Caractéristiques de l'IFL	Indication
Qualification du point de vue du droit civil et traitement comptable	Le prêt était qualifié de dette du point du vue du droit civil et du point de vue comptable.	dette
Maturité	Le prêt devait être remboursé en nature ou en espèces après huit ans.	dette
Rémunération	Le prêt était « sans intérêt ».	fonds propres
Participation au boni de liquidation et aux plus-values latentes	Le prêteur n'avait pas droit à un éventuel boni de liquidation.	dette
Participation aux pertes	Le prêt contenait une clause du recours limité qui pouvait impliquer une participation aux pertes de la société.	fonds propres
Caractéristiques de conversion	Le prêt pouvait être converti en actions à l'option du prêteur. L'emprunteur n'avait pas la possibilité de convertir le prêt en capital par décision unilatérale.	plutôt fonds propres
Appellation de l'instrument financier	L'appellation donnée au prêt était « prêt sans intérêt ».	dette
Droits politiques et droits de vote	Le prêt n'attribuait pas de droits de vote.	dette
Modalités de paiement des intérêts	n/a	-
Possibilité de remboursement anticipé ou de rachat	L'emprunteur avait la possibilité d'effectuer un remboursement anticipé.	dette
Cas de défaillance	En cas de défaillance à l'échéance, le prêt sans intérêt devenait porteur d'intérêts.	dette
Rang	Le prêt n'était pas garanti mais avait un rang supérieur au capital social, à la prime d'émission ou à d'autres apports de fonds propres.	dette
Droits de transfert	Le prêt ne comportait pas de « clause d'agrafage » empêchant le transfert du prêt indépendamment de la participation dans LuxSubsidiary.	pas d'indication claire

Dans le cas présent, seules trois caractéristiques sont (plutôt) des caractéristiques typiques des fonds propres. Par opposition, les termes de l'IFL prévoient plusieurs caractéristiques essentielles des dettes telles que (i) la qualification (de dette) d'un point de vue juridique et comptable, (ii) une maturité relativement courte, (iii) l'absence de participation au boni de liquidation et aux plus-values latentes, (iv) l'absence de droits politiques et de droits de vote, et (v) le rang prioritaire de l'IFL par rapport aux fonds propres.

Alors que l'IFL contient peu d'éléments propres aux fonds propres, une évaluation globale de tous les éléments pertinents induit clairement la qualification de l'instrument en tant que dette. Pour que l'IFL soit qualifié de fonds propres, il faudrait qu'il contienne des éléments additionnels typiques aux fonds propres.

Malgré la formalisation tardive de l'IFL, au moment où les fonds ont été transférés par LuxParentCo à LuxSubsidiary, les deux sociétés ont dû reconnaître dans leurs bilans respectifs, une créance (LuxParentCo) et une dette (LuxSubsidiary) – en l'absence d'un abandon ou d'un apport explicite de la

créance par LuxParentCo. Étant donné que les parties n'ont pas convenu d'une rémunération pour l'octroi des fonds, le prêt était sans intérêt dès le départ.

La formalisation de l'IFL avant la fin de l'année était l'expression, sur le plan juridique, de l'intention des parties. Bien qu'il eût été préférable de documenter correctement l'IFL dès la mise en place des investissements, on peut supposer qu'il ne s'agissait que d'une erreur qui n'a été remarquée qu'après plusieurs mois. Ceci est cohérent avec la déclaration du plaignant selon laquelle l'attention était concentrée sur l'investissement.

III. APPORT CACHÉ DE CAPITAL (VERDECKTE EINLAGE)

A. Commentaires préliminaires

Les apports aux sociétés luxembourgeoises peuvent être effectués soit sous la forme d'un apport régulier, tel que prévu par le droit commercial luxembourgeois, soit sous la forme d'un apport caché de capital.

Alors que l'IFL accordé par LuxParentCo à LuxSubsidiary devrait être qualifié d'instrument de dette, la question se pose de savoir si (i) l'IFL même ou (ii) l'avantage accordé par l'IFL (c'est-à-dire les charges d'intérêt de pleine concurrence) pourrait faire l'objet d'un apport caché de capital.

L'ACD et le Tribunal semblent avoir considéré ce concept comme pertinent dans le cas d'espèce.

B. *Caractéristiques d'un apport caché de capital*

1) *Généralités*

Le droit fiscal luxembourgeois ne prévoit pas de définition des apports cachés de capital. La notion d'apport caché de capital a été largement façonnée et modelée par les décisions de la Cour fiscale du Reich allemand (« *Reichsfinanzhof* ») et de la Cour fiscale fédérale allemande (« *Bundesfinanzhof* »). Conformément à la jurisprudence en la matière, les apports cachés de capital présentent les caractéristiques suivantes :

- un actionnaire ou une partie liée à l'actionnaire ;
- octroie un avantage à une société qui peut se refléter dans le bilan, c'est-à-dire soit une augmentation de l'actif, soit une diminution du passif (dans la mesure où l'actionnaire ne reçoit pas de rémunération de pleine concurrence)⁹ ;
- l'avantage est motivé par la relation d'actionnariat ; et
- l'apport n'est pas un apport ordinaire (selon le droit des sociétés luxembourgeois)¹⁰.

2) *L'objet d'un apport caché de capital*

En principe, les apports augmentent les fonds propres d'une société, ce qui est reflété dans le bilan (fiscal) de la société bénéficiaire. L'objet d'un apport caché de capital doit donc se rapporter directement à des postes du

bilan, c'est-à-dire à une augmentation de l'actif ou à une réduction du passif. Par conséquent, seuls les avantages qui pourraient faire l'objet d'apports réguliers peuvent être qualifiés d'apports cachés de capital¹¹.

a) *Passif*

L'abandon d'une créance d'actionnaire est un exemple d'apport caché de capital qui entraîne une réduction du passif de l'entreprise¹². L'abandon d'une créance d'actionnaire augmente généralement les capitaux propres d'une société par le biais d'une réduction du passif et d'une augmentation du bénéfice comptable. Dans ce cas, l'apport caché de capital doit correspondre à la partie valorisable de la créance qui doit être exclue du revenu imposable de la société¹³.

Il convient de souligner que la simple subordination d'un prêt d'actionnaire à d'autres dettes de la société ne peut être considérée comme un apport caché de capital¹⁴. Dans ce cas, le passif de la société reste inscrit au bilan et les capitaux propres restent inchangés.

De même, l'octroi de garanties d'actionnaires relatives au passif de la société ne doit pas être considéré comme un apport caché de capital¹⁵. Même lorsque la garantie est exercée, un apport caché de capital ne doit pas être considéré comme tel, étant donné que l'actionnaire devrait avoir une créance sur la société (à la suite du paiement). Un apport caché de capital devrait toutefois être pris en considération si l'actionnaire renonce à son droit à remboursement. Dans un tel cas, le montant du passif de la société est effectivement réduit.

b) *Services rendus à titre gratuit*

Il n'est pas rare que les actionnaires rendent des services à une société pour une contrepartie partielle ou nulle (« *Nutzungseinlagen* »)¹⁶. Parmi les exemples de services gratuits, on peut citer les prêts sans intérêt et les licences

9. BFH, Décision du 9.3.1962, I 203/61 S, BStBl III 1962, p. 338 ; BFH, Décision du 3.2.1971, I R 51/66, BStBl II 1971, p. 408 ; BFH, Décision du 29.1.1975, BStBl II 1975, p. 553 ; BFH, Décision du 24.5.1984, I R 166/78, BStBl II 1984, p. 747 ; BFH, Décision du 26.10.1987, GrS 2/86, BStBl II 1988, 348 ; BFH, Décision du 22.11.1983, VIII R 133/82, GmbHR 1984, p. 110 ; BFH, Décision du 14.3.1989, I R 8/85, BStBl II 1989, p. 633.

10. RFH, Décision du 28.7.1936, I A 83/36, RFHE 39, 303 ; RFH, Décision du 8.6.1937, I A 378/36, RFHE 41, 274 ; RFH, Décision du 22.6.1943, I 204/42, RStBl 1943, p. 587 ; BFH, Décision du 28.2.1956, I 92/54 U, BStBl III 1956, p. 154 ; BFH, Décision du 3.5.1967, I 263/63, BFHE 88, 425, BStBl III 1967, p. 421 ; BFH, Décision du 19.2.1970, I R 24/67, BStBl II 1970, 442 ; BFH, Décision du 3.2.1971, I R 51/66, BStBl II 1971, p. 408 ; BFH, Décision du 14.8.1974, I R 168/72, BStBl II 1975, p. 123 ; BFH, Décision du 26.11.1980, I R 52/77, BStBl II 1981, p. 181 ; BFH, Décision du 9.3.1983, I R 182/78, BFHE 139, 139, BStBl II 1983, p. 744 ; BFH, Décision du 22.11.1983, GmbHR 1984, p. 110 ; BFH, Décision du 11.4.1984, I R 175/79, BStBl II 1984, p. 535 ; BFH, Décision du 14.11.1984, I R 50/80, BStBl II 1985, 227 ; BFH, Décision du 24.3.1987, I R 202/83, BStBl II 1987, p. 705 ; BFH, Décision du 26.10.1987, GrS 2/86, BStBl II 1988, p. 348 ; BFH, Décision du 27.7.1988, I R 147/83, BStBl II 1989, p. 271 ; BFH, Décision du 21.9.1989, IV R 115/88, BStBl II 1990, 86 ; BFH, Décision du 28.2.1990, I R 43/86, BStBl II, p. 615 ; BFH, Décision du 18.12.1990, VIII R 17/85, BStBl II 1991, p. 512 ; BFH,

Décision du 8.5.1991, I B 30/90, BFH/NV 1992, p. 414 ; cf. G. HEINTZ, « L'impôt sur le revenu des collectivités », *Études fiscales*, Luxembourg, Saint-Paul, 1999, p. 30 ; cf. J. OLINGER, « Le droit fiscal – Introduction à l'étude du droit fiscal luxembourgeois », *Études fiscales*, Luxembourg, Saint-Paul, 1994, p. 20 ; cf. J.-P. Winandy, *Fiscalité et comptes annuels des entreprises*, Luxembourg, Portalis, 2005, p. 215.

11. Cf. J.-P. WINANDY, *Fiscalité et comptes annuels des entreprises*, Luxembourg, Portalis, 2005, p. 215.

12. RFH, Décision du 28.7.1936, I A 83/36, RFHE 39, 303 ; RFH 22.6.1943, I 204/42, RStBl 1943, p. 587 ; BFH, Décision du 29.5.1968, I 187/65, BFHE 93, 62, BStBl II 1968, p. 722.

13. BFH, Décision du 29.5.1968, I 187/65, BStBl II 1968, p. 722 ; BFH, Décision du 9.6.1997, GrS 1/94, BStBl II 1998, p. 307.

14. BFH, Décision du 30.3.1993, BStBl II 1993, p. 502.

15. BFH, Décision du 2.10.1984, VIII R 36/83, BStBl II 1985, p. 320 ; BFH, Décision du 16.4.1991, VIII R 100/87, BStBl II 1992, p. 234 ; BFH, Décision du 9.6.1997, GrS 1/94, BFHE 183, 187, BStBl II 1998, p. 307 ; BFH, Décision du 12.12.2000, VIII R 36/97 (NV).

16. Des exemples typiques sont l'octroi de prêts sans intérêt et la location de biens immobiliers sans exiger un loyer de pleine concurrence.

sans redevance (dans ce cas, l'avantage correspond à la rémunération de pleine concurrence).

Toutefois, ces avantages ne sont pas considérés comme des actifs et ne peuvent donc pas figurer dans le bilan de la société. Par conséquent, seuls les actifs – et non leur utilisation – peuvent faire l'objet d'un apport, bien que les fonds propres nets de la société doivent être « indirectement » augmentés en raison de la réduction des charges d'exploitation¹⁷.

3) Motivation par la relation sociale

Pour être considérée comme un apport caché de capital, l'augmentation des capitaux propres nets de la société doit être « motivée par la relation particulière entre l'associé et la société ».

Ainsi, un lien de causalité doit être établi entre la relation sociale et l'augmentation des capitaux propres nets de la société en référence au concept de gestionnaire d'entreprise prudent et avisé (« *ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter* »). En substance, dans l'hypothèse où une partie non liée n'aurait pas accordé le même avantage, celui-ci est réputé être motivé par la relation sociale plutôt que par la relation d'affaires (ce qui doit être déterminé sur base du principe de pleine concurrence)¹⁸.

4) Absence de compensation

Un apport caché de capital n'existe que dans la mesure où un avantage est accordé sans contrepartie par l'actionnaire à la société ; en particulier, aucune action ne doit être émise en faveur de l'actionnaire¹⁹. L'apport caché de capital correspond à la valeur d'exploitation (valeur de marché) de l'avantage transféré par l'actionnaire à la société²⁰.

C. Traitement fiscal des apports cachés de capital

Les apports cachés de capital peuvent nécessiter des ajustements extracomptables complexes au niveau de la

société et de son actionnaire, qui doivent être analysés au cas par cas.

Au niveau de la société, les apports cachés de capital tels que l'abandon de créance sont souvent traités comme des revenus dans le compte de résultat comptable de la société (Luxembourg GAAP). Une augmentation du bénéfice comptable liée à des apports cachés de capital doit cependant être retraitée fiscalement et exclue de la base imposable, car ce revenu n'est pas une composante du revenu imposable d'une société²¹.

Au niveau de l'actionnaire, la valeur comptable de la participation dans la société doit être augmentée dans le bilan fiscal de la valeur d'exploitation de l'apport. En outre, un revenu notionnel correspondant au montant de l'apport caché devra souvent être inclus dans le revenu imposable de l'actionnaire.

D. Application au cas d'espèce

Le jugement du Tribunal n'a pas constaté un abandon de l'IFL par LuxParentCo. Dès lors, le passif de LuxSubsidiary n'a pas été réduit et les fonds propres nets sont restés inchangés. D'un point de vue comptable, le transfert de fonds doit être enregistré, respectivement, comme une créance (LuxParentCo) et une dette (LuxSubsidiary).

L'octroi de l'IFL ne peut être qualifié en lui-même d'apport caché de capital. La formalisation tardive de l'IFL en date du 19 décembre 2016 (alors que les fonds avaient déjà été transférés le 29 avril 2016) ne peut pas non plus être interprétée comme une déclaration d'abandon/de renonciation. Étant donné que l'octroi d'un IFL était une pratique de marché dans ces circonstances, il est en outre juste de supposer que l'intention des parties était de mettre en place un IFL dès le départ.

La question se pose de savoir si l'absence d'une rémunération de pleine concurrence peut donner lieu à une qualification d'apport caché de capital. Cependant, étant donné que l'avantage accordé par l'IFL (c'est-à-dire l'absence d'intérêts sur le prêt) n'entraîne ni une augmentation des actifs ni une

17. BFH, Décision du 9.3.1962, I 203/61 S, BStBl III 1962, p. 338 ; BFH, Décision du 16.5.1963, IV 379/60 U, BStBl III 1963, p. 400 ; BFH, Décision du 3.2.1971, I R 51/66, BStBl II 1971, p. 408 ; BFH, Décision du 29.1.1975, I R 135/70, BStBl II 1975, p. 553 ; BFH, Décision du 28.1.1981, I R 10/77, BStBl II 1981, p. 612 ; BFH, Décision du 19.5.1982, I R 102/79, BStBl II 1982, p. 631 ; BFH, Décision du 22.11.1983, VIII R 133/82, GmbHR 1984, p. 110 ; BFH, Décision du 24.5.1984, I R 166/78, BStBl II 1984, p. 747 ; BFH, Décision du 26.10.1987, GrS 2/86, BStBl II 1988, p. 348 ; BFH, Décision du 14.3.1989, I R 8/85, BStBl II 1989, p. 633.

18. RFH, Décision du 27.3.1928, I A 470, StW 1928, n° 417 ; RFH, Décision du 28.7.1936, I A 83/36, I A 83/36, RFHE 39, 303 ; RFH, Décision du 8.6.1937, I A 378/36, RFHE 41, 274 ; RFH, Décision du 22.6.1943, I 204/42, RStBl 1943, p. 587 ; BFH, Décision du 29.5.1968, I 187/65, BStBl III 1968, p. 722 ; BFH, Décision du 19.2.1970, I R 24/67, BStBl II 1970, p. 442 ; BFH, Décision du 14.8.1974, I R 168/72, BStBl II 1975, p. 123 ; BFH, Décision du 9.3.1983, I R 182/78, BFHE 139/139, BStBl II 1983, p. 744 ; BFH, Décision du 14.11.1984, I R 50/80, BStBl II 1985, p. 227 ; BFH, Décision du 21.9.1989, IV R 115/88, BStBl II 1990, 86 ; BFH, Décision du 8.5.1991, I B 30/90 BFH/NV 1992, p. 414.

19. BFH, Décision du 28.2.1956, I 92/54 U, BStBl III 1956, p. 154 ; BFH, Décision du 27.7.1988, I R 147/83, BStBl II 1989, p. 271 ; BFH, Décision du 25.10.1995, I R 104/94, BB 1996, p. 841.

20. BFH, Décision du 24.3.1987, I R 202/83, BStBl II 1987, p. 705 ; BFH, Décision du 27.7.1988, I R 147/83, BStBl II 1989, p. 271 ; BFH, Décision du 1.8.1990, II R 17/87, BStBl II 1990, p. 879 ; BFH, Décision du 18.12.1990, VIII R 17/85, BStBl II 1991, p. 512 ; BFH, Décision du 23.2.2005, I R 44/04, DStRE 2005, p. 706.

21. L'ajustement fiscal est effectué dans la déclaration d'impôt sur le revenu des collectivités de la société. La base juridique de l'exclusion des revenus relatifs aux apports cachés de capital est l'article 18 (1) de la LIR qui prévoit que les apports doivent être déduits de la base imposable ; BFH, Décision du 3.2.1971, I R 51/66, BStBl II 1971, p. 408 ; BFH, Décision du 14.8.1974, I R 168/72, BStBl II 1975, p. 123 ; BFH, Décision du 9.3.1983, I R 182/78, BStBl II 1983, p. 744 ; BFH, Décision du 9.6.1997, GrS 1/94, BStBl II 1998, p. 307.

diminution des passifs, l'avantage transféré à LuxSubsidiary ne peut pas être qualifié d'apport caché de capital.

IV. CAPITAL CACHÉ (VERDECKTES STAMMKAPITAL)

A. Commentaires préliminaires

L'IFL est un instrument de dette qui, en l'absence d'abandon de la part de LuxParentCo, ne devrait pas être qualifié d'apport caché de capital.

Toutefois, la question se pose de savoir si l'IFL peut être requalifié fiscalement en fonds propres sur la base du concept de capital caché (« *verdecktes Stammkapital* »).

L'ACD et le Tribunal semblent avoir considéré ce concept comme pertinent dans le cas d'espèce.

B. La notion de capital caché et le traitement fiscal y relatif

La liberté des actionnaires dans la détermination du mode de financement des entreprises est limitée par le concept de capital caché en vertu duquel les prêts d'actionnaires peuvent être requalifiés en fonds propres sur la base de leur substance économique. Le concept de capital caché ou capital déguisé a été façonné par la jurisprudence allemande et repose sur les principes énoncés au paragraphe 5 de la loi d'adaptation fiscale (« *Steueranpassungsgesetz* ») relatif à la simulation et au paragraphe 6 de la loi d'adaptation fiscale relatif à l'abus de droit.

Toutefois, la portée de ce concept a été limitée par la jurisprudence allemande à des cas exceptionnels dans lesquels un financement par fonds propres additionnels était impératif compte tenu des circonstances juridiques et économiques de l'affaire. Le concept pourrait, par exemple, être appliqué dans le cas d'une entreprise qui, bien qu'elle ne satisfasse pas aux exigences minimales en matière de fonds propres d'un point de vue légal ou réglementaire, est malgré tout financée par de la dette. L'ACD ne devrait cependant pas conclure à la légère que le concept de capital caché s'applique.

Lorsque le concept de capital caché s'applique, les paiements d'intérêts sur les prêts d'actionnaires sont requalifiés en distributions cachées de dividendes et ces

distributions ne sont alors pas déductibles fiscalement et sont, en principe, soumises à la retenue à la source luxembourgeoise sur les dividendes. En outre, le concept de capital caché entraînant une requalification de la dette en fonds propres, cela pourrait, par exemple, affecter la position de la société du point de vue de l'IF²².

La charge de la preuve qu'un instrument de dette doit être qualifié de capital conformément au concept de capital caché incombe à l'IF²³.

C. Application au cas d'espèce

L'IFL pourrait être requalifié en capital caché s'il s'avérait nécessaire pour LuxParentCo de financer LuxSubsidiary avec des fonds propres supplémentaires plutôt qu'au moyen d'un instrument de dette.

Toutefois, les sociétés luxembourgeoises qui investissent dans des instruments de dette ne sont pas tenues de respecter un ratio dette/fonds propres spécifique et le financement des instruments de dette ne nécessite généralement pas un montant important de fonds propres dans des conditions de pleine concurrence. Dans le cadre de l'ancien régime de prix de transfert applicable aux sociétés de financement luxembourgeoises jusqu'à fin 2016, les sociétés de financement luxembourgeoises devaient être financées par un montant de capitaux propres correspondant au moins à 1 % du volume de financement ou à 2 millions d'euros. Toutefois, ce montant minimum de capitaux propres ne devait pas nécessairement être utilisé pour financer les instruments de dette mais pouvait être investi dans d'autres types d'actifs (par exemple, des participations bénéficiant du régime d'affiliation luxembourgeois)²⁴.

L'arrêt mentionne que LuxSubsidiary avait été financée par environ 10 % de fonds propres et 90 % de dette (IFL). Sur la base de notre expérience, ce pourcentage de financement par fonds propres est très élevé, même pour des investissements dans des dettes décotées qui se situent à l'extrémité la plus risquée du spectre.

Sur cette base, il semble assez exagéré d'en conclure qu'il était impératif pour LuxParentCo de financer LuxSubsidiary avec des fonds propres plutôt qu'avec un IFL. Au contraire, la structure d'investissement était conforme aux pratiques du marché et à toutes les règles fiscales applicables.

22. Cf. J.-P. WINANDY, *Fiscalité et comptes annuels des entreprises*, Luxembourg, Portalis 2005, p. 535 ; BFH, Décision du 15.5.1953, III 103/52 S, BStBl III 1953, p. 208 ; G. DÖLLERER, *Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen bei Kapitalgesellschaften*, 2^e éd., Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 1990.
23. RFH, Décision du 19.9.1933, I A 272/31, RStBl 1933, p. 1220 ; RFH, Décision du 30.8.1938, I 271/38, RStBl 1938, p. 901 ; RFH, Décision du 30.8.1938, I 272/38, RStBl 1938, p. 902 ; RFH, Décision du 29.9.1942, I 129/42, RStBl 1942, p. 1075 ;

BFH, Décision du 7.11.1950, I 20/50 U, BStBl III 1951, p. 12 ; BFH, Décision du 20.8.1954, I 130/53 U, BStBl III 1954, p. 336 ; BFH, Décision du 11.10.1955, I 117/54 U, BStBl III 1956, p. 11 ; BFH, Décision du 20.3.1956, I 178/55 U, BStBl III 1956, p. 179 ; BFH, Décision du 13.1.1959, I 44/57 U, BStBl III 1959, p. 197 ; BFH, Décision du 28.10.1964, I 198/62 U, BStBl III 1965, p. 119 ; BFH, Décision du 10.12.1975, I R 135/74, BStBl II 1976, p. 226.
24. Les fonds propres devaient simplement être disponibles au cas où le risque lié aux activités de financement se matérialisait.

V. AJUSTEMENTS FISCAUX EN VERTU DE L'ARTICLE 56 DE LA LIR

A. Remarques préliminaires

L'IFL accordé par LuxParentCo à LuxSubsidiary doit être qualifié d'instrument de dette et ne doit pas être requalifié en fonds propres sur la base des concepts d'apport caché de capital ou de capital caché.

Cependant, la question se pose de savoir si l'avantage transféré par LuxParentCo à LuxSubsidiary par le biais de l'IFL (c'est-à-dire l'intérêt de pleine concurrence) nécessite des ajustements extracomptables en vertu de l'article 56 de la LIR.

B. Champ d'application de l'article 56 de la LIR

Le champ d'application de l'article 56 de la LIR est limité aux transactions entre entreprises liées et ne s'applique donc pas aux transactions entre des actionnaires personnes physiques et une société luxembourgeoise.

Notamment, l'article 56 de la LIR s'applique aussi bien aux transactions transfrontalières qu'aux transactions entre sociétés luxembourgeoises.

Dans le cadre d'une convention fiscale, les ajustements extracomptables effectués en vertu de l'article 56 de la LIR sont généralement autorisés en vertu d'une disposition qui reproduit l'article 9, paragraphe 1, du modèle de convention fiscale de l'OCDE.

C. Ajustements fiscaux en vertu de l'article 56 de la LIR

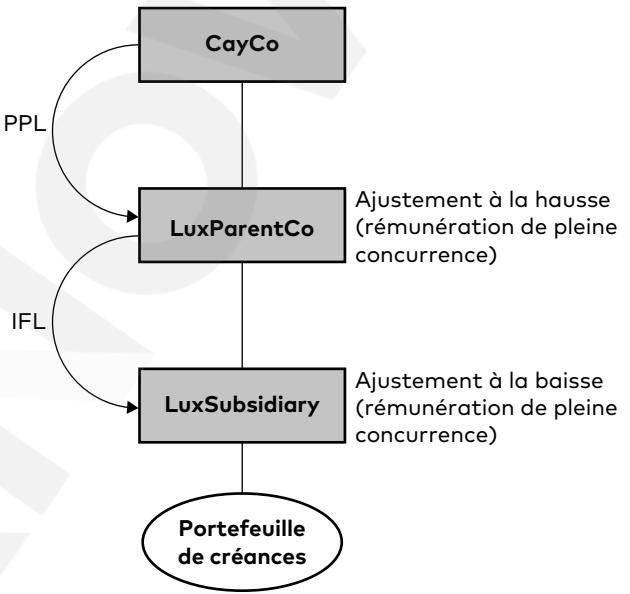
L'article 56 de la LIR sert de base juridique pour effectuer des ajustements à la hausse et à la baisse conformément au principe de pleine concurrence.

En d'autres termes, lorsqu'une société luxembourgeoise transfère un avantage à une autre société du groupe, l'ACD peut augmenter le revenu imposable de la société (il s'agit alors d'un ajustement à la hausse). Inversement, lorsqu'une société luxembourgeoise reçoit un avantage d'une entreprise liée, le revenu imposable de la société luxembourgeoise doit être réduit par un ajustement à la baisse pour refléter les conditions de pleine concurrence (dans la mesure où cet ajustement extracomptable n'est pas effectué en application du concept d'apport caché de capital).

D. Application au cas d'espèce

Les termes de l'IFL n'adhèrent pas à la norme de pleine concurrence. Par conséquent, des ajustements extracomptables doivent généralement être effectués au niveau de LuxParentCo (ajustement à la hausse) et de LuxSubsidiary (ajustement à la baisse). La rémunération de pleine concurrence de l'IFL doit être documentée dans une étude de prix de transfert (tel que l'a fait le contribuable).

Les ajustements extracomptables nécessaires sont présentés dans le schéma suivant :



Au cours de l'exercice 2016, les deux sociétés étaient imposées séparément. Par conséquent, les ajustements extracomptables avaient un impact direct sur le revenu imposable des deux sociétés.

À compter de l'exercice 2017, les deux sociétés ont formé un groupe intégré fiscalement. Par conséquent, l'ajustement à la baisse et l'ajustement à la hausse se sont compensés dans la base d'imposition à déclarer pour le groupe intégré. Bien que l'ACD puisse procéder à des ajustements extracomptables à des fins de cohérence, dans l'ensemble, ces ajustements n'affecteraient pas la base imposable du groupe consolidé et ne constitueraient par conséquent qu'un exercice théorique.