

R D  
F

# REVUE DE DROIT FISCAL

## Doctrine

Carried interest in  
Luxembourg: individual tax  
regime

*Keith O'Donnell, Petya  
Dimitrova, Marie Bentley*

## Jurisprudence commentée

Arrêt de la Cour de Justice  
de l'Union européenne  
dans l'affaire Apple  
Victoire de la Commission  
européenne : les règles du jeu  
ont-elles changé ?

*Jean Schaffner, Sophie Balliet*

Une opération  
de refinancement  
peut constituer un abus  
du régime mère-filles  
CA, 31 juillet, n° 49080C  
du rôle – Abus de droit

*Flora Castellani*

## Jurisprudence

Jurisprudence – impôts directs  
JANVIER – JUIN 2024

*Serge Schroeder*

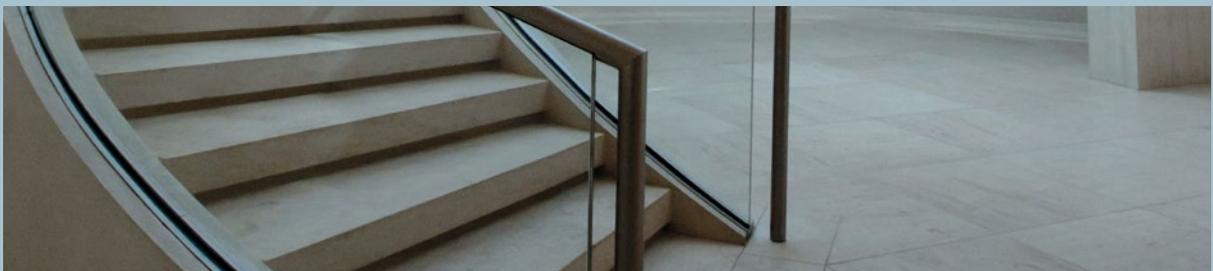
#24-25<sup>–</sup> ISSN 2658-9508

FÉVRIER 2025

LEGIH<sup>–</sup>  
éditeur juridique

## *Vous désirez rédiger un article pour la Revue de Droit Fiscal?*

N'hésitez pas à adresser vos suggestions d'articles et/ou de sujets. Le comité scientifique les analysera avec la plus grande attention. En cas d'acceptation, l'éditeur pourra vous communiquer sa charte rédactionnelle: ✉ [dorian.gregoire@legitech.lu](mailto:dorian.gregoire@legitech.lu)



### COMITÉ SCIENTIFIQUE:

Rédacteurs en chef: Jean Schaffner et Alain Steichen

Secrétaire de rédaction: Georges Simon

Membres du comité scientifique: Guilhèm Becvort, Marie Bentley, Julie Carbiener, Flora Castellani, Laurent Engel, Werner Haslehner, Cécile Henlé, Oliver R. Hoor, Katarina Köszeghy, Keith O'Donnell, Serge Schroeder

Éditeurs responsables: Marc-Olivier Lifrange, Dorian Grégoire

Éditeur: Legitech Sàrl

R.C.S. Luxembourg: B 113932

Gérants: Nicolas Buck, Marc-Olivier Lifrange

SIÈGE SOCIAL: 1, rue Pletzer | L-8080 Helfent Bertrange TVA LU 21011575 T +352 26 31 64-1 F +352 26 31 64-99 [www.legitech.lu](http://www.legitech.lu)

---

Abréviation recommandée: RDF

Un abonnement couvre la parution de 4 numéros. La revue est aussi disponible sur la base de données LexNow: [www.lexnow.lu](http://www.lexnow.lu)

Prix abonnement papier 2025: 145 euros hTVA et frais de port inclus.

Prix abonnement DUO 2025: 217,50 euros hTVA et frais de port inclus pour deux exemplaires dont un livré à son adresse professionnelle et l'autre à son domicile

Prix abonnement numérique 2025: 123,25 euros hTVA sous condition préalable d'être abonné à un des domaines de LexNow.

Pour vous abonner: [www.legitech.lu](http://www.legitech.lu)

Souscription à l'abonnement possible à tout moment.

Le prix indiqué hTVA comprend les frais de port pour tous les pays de la zone EURO. L'abonnement couvre 4 numéros.

Il est renouvelé automatiquement sauf résiliation expresse 1 mois avant l'échéance.

ISSN: 2658-9508

Maquette: lola strategy&design

Mise en page: Nord Compo

Crédit photo couverture: Urbanmyth

Imprimeur: Reka

---

Tous droits de reproduction, de traduction, d'adaptation par tous procédés, réservés pour tous pays. Il est strictement défendu de reproduire partiellement ou totalement, la présente publication sous quelque forme et sur quelque support que ce soit, sauf autorisation écrite et expresse de l'éditeur.

Disclaimer: Conformément à l'article 66 de la loi modifiée du 8 juin 2004 sur la liberté d'expression dans les médias, il est porté à la connaissance du lecteur que la société éditrice de la revue est détenue directement par la société à responsabilité limitée IVB, dont la participation excède 25% et contrôlée par M. Nicolas Buck, entrepreneur demeurant à Luxembourg.

# Doctrine

## CARRIED INTEREST IN LUXEMBOURG: INDIVIDUAL TAX REGIME

KEITH O'DONNELL

ATOZ TAX ADVISERS



PETYA DIMITROVA

ATOZ TAX ADVISERS



MARIE BENTLEY

ATOZ TAX ADVISERS



### Contents

I. INTRODUCTION .....	1
II. TERMINOLOGY .....	2
III. WHAT IS CARRIED INTEREST?.....	2
A. Carried Interest in General .....	2
B. The Carried Interest Mechanism .....	3
C. Theoretical Example with Figures .....	3
D. Typical Examples of Carried Structures .....	4
E. Contractual Entitlement to Carried Interest (not Materialised by a Carried Share) .....	4
F. Investment in Shares Issued by a Fund in order to Track Carried Interest ("Carried Shares").....	5
G. Investment in Carried Shares Held Via a Carry Vehicle.....	6
H. Co-investment .....	6
IV. LUXEMBOURG TAX REGIME APPLICABLE TO CARRIED INTEREST INCOME .....	7
A. Carried Interest in Luxembourg Law .....	7
B. Structure of Article 99bis, § 1a of the LITL Classifying Carried Interest as Speculative Profits for Tax Purposes .....	7
C. Scope of Article 99bis, § 1a of the LITL.....	7
1) <i>Rationae Materiae</i> Scope: Notion of Carried Interest for the Purpose of Article 99bis of the LITL .....	7
2) <i>Rationae Personae</i> Scope: Individuals Who Are Employees of an AIFM .....	8
D. Article 99bis, § 1a, number 1 of the LITL .....	8
E. Article 99bis, § 1a, Number 2 of the LITL.....	9
F. Shares Tracking a Share of The Outperformance of a Fund "Carried Shares".....	11
G. Tax transparency of the AIF.....	12
V. CONCLUSION .....	13

### I. INTRODUCTION

The taxation of carried interest, i.e., of the income received by investment fund managers who partner with investors to manage their funds in exchange for a share of the fund's profits, is the subject of debates that are often more ideological than legal.

These debates generally concern the qualification of carried interest income, as either employment/professional income or investment income. Generally, the former is more heavily taxed than the latter, so this debate is not merely academic. Some consider that carried interest

is a means of remunerating investment managers and their employees for a service they provide, and is therefore no different from any other form of employment/professional income. Others argue that carried interest is a means of remunerating investment managers for their "contribution in sweat equity", often linked to a cash investment (see co-investment below), and is therefore similar to investment income. The authors do not propose to enter that particular debating chamber in this article and will just point out that carried interest is a unique and complex mechanism, which defies simple qualification.

The purpose of this article is to describe the Luxembourg tax treatment applicable to carried interest received by individuals employed by alternative investment fund managers ("AIFMs"). A tax regime was introduced in the Luxembourg income tax law ("LITL"), by the Law of 12 July 2013 on Alternative Investment Fund Managers (the "2013 Law") transposing into Luxembourg law Directive 2011/61/EU of the European Parliament and of the Council of 8 June 2011 on Alternative Investment Fund Managers ("AIFMD"). This article also aims at defining the scope of the tax provisions introduced by the 2013 Law. The tax regime has on occasion been criticised as being complex. However the authors are of the view that it reflects the complexity of the subject matter, i.e., carried interest, and, on careful reading, it provides a clear regime albeit one that is limited in scope.

In summary, the tax regime, applicable to individuals who are employees of AIFMs, first provides that the carried interest is categorised as a miscellaneous income, in the subcategory speculative gains (i.e., a form of capital gain) and not as employment, professional nor business income<sup>1</sup>, and second, determines under what conditions these speculative gains are taxable or exempt.

Luxembourg is not unique in this categorisation, many other jurisdictions such as the USA, Canada and the UK treat carried interest received by individuals as capital gains for tax purposes. Other jurisdictions such as France, Germany, Italy, and Spain have also implemented specific rules for the taxation of carried interest, different from those applicable to employment income.

To understand the contours of the Luxembourg regime, we will begin by defining the concept of carried interest in the context of investment funds and outlining its mechanisms using concrete examples, we will then analyse the Luxembourg tax treatment of different forms of carried interest.

Carried interest is principally found in alternative investment funds and this will be the focus of this article. We will also focus mainly on Private Equity funds as opposed to Hedge funds focused on liquid assets.

## II. TERMINOLOGY

In practice, the terms used in the private equity industry tend to reflect the traditional limited partnership structures—for simplicity we will follow this practice and thus we will use the terms Limited Partners "LP"s, and General

Partner "GP", even if we are dealing with corporate structures. The same practicality leads to the terms "LP share" and "GP share" even if these are arguably oxymoronic—we will use the term "LP unit" or "GP unit" to describe the instruments generically. We will refer to "carried interest rights" as a broad category including contractual entitlements and financial instruments that yield a share of the outperformance of a fund commonly called carry interest. When referring to a financial instrument that yield a share of the outperformance of a fund, we will use the term "carried share"<sup>2</sup> — common practice in the industry too, even if not always accurate from a legal perspective. When we refer to "carry holders", we are referring to persons holding carried interest rights. Finally, when we refer to a manager or AIFM, we are referring to a manager in the sense of the 2013 Law, i.e., a legal person managing one or more AIFs.

## III. WHAT IS CARRIED INTEREST?

### A. Carried Interest in General

Under the terms of a fund, LPs will agree to pay a management fee and carried interest as a term of their investment. The carried interest is due to the holders of carried interest rights and is usually allocated according to a vesting schedule. The fund documents set out the vesting schedule and "good and bad leaver" clauses, under which financial penalties<sup>3</sup> may be applied to bad leavers, i.e., employees of a manager who would cease to manage the fund before a certain deadline and in certain circumstances.

Once the invested capital has been repaid to the fund's investors (i.e., the "LPs") and the minimum hurdle rate (generally 8%) has been reached at their level, the fund's additional profits are shared between the LP investors and the holders of the carried interest rights. Typically, the carried interest represents 20% of the profits realised in excess of the minimum hurdle rate, although this percentage may vary. The carried interest is thus a share of the outperformance of a fund that is distributed to carry holders rights.

The holders of carried interest rights will generally be some combination of the GP, investment adviser, manager, executives and employees of these companies and, occasionally, other business partners of the GP. The allocation of the rights may be largely at the discretion of the GP or manager, but generally the LPs will want to have some information and/or influence in relation to the allocation to ensure that their interests are suitably aligned.

1. The LITL functions by classifying income and gains in a series of categories with different rules. There are separate categories *inter alia* for salaried income, professional income, business income, and miscellaneous income.  
2. Perhaps explainable by "carried interest" being a somewhat unwieldy term in the case of a typical limited partnership.

3. Penalties can range from the total loss of carried interest rights to percentage discounts, with the surplus generally shared between the remaining employees.

## B. The Carried Interest Mechanism

A typical carried interest mechanism will have the following phases in the distribution of fund gains and income (the sequence is often referred to as a waterfall):

**1** LP investors get their invested capital back.

**2** LP investors receive a return on investment defined based on a minimum rate of return (the preferred return or hurdle).

Carried interest is often only distributed if the fund achieves a certain minimum rate of return (the hurdle rate) for LP investors. Carry holders will then only receive the carried interest when the fund generates profits in excess of this minimum rate of return, e.g., 8%.

**3** Catch-up phase

Once the capital has been repaid and the minimum hurdle rate reached, the fund often enters a catch-up phase in which the additional profits are shared between the LP investors and the carry holders. Typically, during this phase, 100% of subsequent distributions go to the carry holders until they receive 20% of the minimum return, although this percentage may vary.

**4** Distribution of additional profits

Additional profits from the fund are shared between LP investors and the carry holders on a 20%/80% basis.

Carried interest can be calculated using two different methods: a global approach at fund level or a *deal-by-deal* approach.

The global method consists of calculating the carried interest at the agreed rate of 20%, on the amount of the fund's overall net results, by first subtracting any losses generated by certain transactions. This means that profits are not distributed until the fund as a whole has generated sufficient returns to reach the preferred return threshold.

Carried interest can also be calculated on each investment individually, possibly after obtaining a preferential return, without considering the overall performance of the fund. In this case, carried interest is calculated for each transaction independently (*deal-by-deal*). In this case, the carried interest is calculated in full for all profitable transactions and is zero for loss-making transactions, with no compensation between them. However, in this case, the carried interest is generally accompanied by a so-called *clawback* clause. This clause guarantees that the beneficiary of the carried interest will not receive more than the agreed carried interest rate for the entire life of the fund. So, for example, if the beneficiary receives 22% of the fund's overall profits instead of the agreed 20%, investors can recover the additional 2%.

## C. Theoretical Example with Figures

Assumptions:

1. A fund has 2 LP investors:
  - Investor X holds 60% of LP A shares
  - Investor Y holds 40% of LP A shares
2. Fund capital: EUR 2,000,000
  - The fund holds 2 assets
3. The person managing the fund is the sole holder of carried interest rights, the terms of which are as follows:
  - 4-year holding period – minimum hurdle rate set at 10%.
  - Rate of carried interest: 20%.
4. The carried interest is calculated on the basis of all the fund's profits (and not on a transaction-by-transaction basis)
  - Transaction 1: the profit made by the fund amounts to EUR 1,100,000
  - Transaction 2: the profit made by the fund amounts to EUR 2,900,000

Distributable amount					2,000,000 + 1,100,000 + 2,900,000	= 6,000,000.00
<b>Stage 1: Return on invested capital to LP investors</b>					2.000.000,00	
		Investor LP X (60% of LP – A units)		2,000,000*60%		1,200,000.00
		Investor LP Y (40% of LP – A units)		2,000,000*40%		800,000.00
<b>Subtotal</b>					<b>(a)</b>	<b>2,000,000.00</b>
<b>Stage 2: Hurdle set at 10%</b>					2,000,000*10%	
		Investor LP X (60% of LP – A units)		2,000,000*10%*60%		120,000.00
		Investor LP Y (40% of LP – A units)		2,000,000*10%*40%		80,000.00
<b>Subtotal</b>					<b>Annual distribution</b>	<b>200,000.00</b>
<b>Cumulative subtotal</b>					<b>Distributions over a 4-year period</b>	<b>200,000*4 (b)</b>
<b>Stage 3: Catch-up over a 4-year holding period</b>						
		Investor LP X (60% of LP – A units)				-
		Investor LP Y (40% of LP – A units)				-
		Carry holder (100% of Carried share)		200,000 * 20%*4		160,000.00
<b>Subtotal</b>					<b>(c)</b>	<b>160,000.00</b>
<b>Stage 4: Remaining profits to be allocated</b>					3.040.000,00	
		Amount to be allocated				
		Investor LP X (60% of LP – A units)		3,040,000*80%*60%		1,459,200.00
		Investor LP Y (40% of LP – A units)		3,040,000*80%*40%		972,800.00
		Carry holder (100% of Carried share)		3,040,000*20%*100%		608,000.00
<b>Subtotal</b>					<b>(d)</b>	<b>3,040,000.00</b>
<b>TOTAL</b>					<b>(a)+(b) + (c) + (d)</b>	<b>6,000,000.00</b>

#### D. Typical Examples of Carried Structures

In practice, carried interest rights may be granted in several different forms. We have set out some examples below of typical structures, while acknowledging that there are as many variations as there are private equity firms.

#### E. Contractual Entitlement to Carried Interest (not Materialised by a Carried share)

The entitlement to carried interest giving right to a percentage of the fund profits may be defined and allocated contractually, in an agreement between unrelated parties, i.e., the LP investors in the AIF, whether opaque or transparent from a tax point of view, and the fund manager. This agreement may include a vesting schedule, i.e., a schedule for acquiring carried interest entitlements that determines when the fund manager's employees become eligible for the carried interest. The acquisition of the carried interest entitlements can be immediate, gradual

or subject to specific achievements. The vesting periods help to prevent the manager's employees from engaging in overly speculative transactions and to build loyalty among the management team over time. The entitlement to carried interest may be vested or unvested. In all cases, however, the entitlement to carried interest is not materialised by a unit/share/security in the fund.

The entitlement to carried interest is therefore based exclusively on a contract between the AIFM and the fund investors (or the fund itself). These rights are set out in the fund documentation or a shareholder agreement between the various parties. The rights may be granted directly to employees or alternatively to the AIFM, which can use different mechanisms to allocate the carried interest to the final beneficiaries.

The entitlement to carried interest is therefore a promise (if not vested) or a personal right, i.e., a receivable (once vested), for a share of the profits generated by the fund.

Illustration of contractual carried interest entitlements (not represented by a carry share/unit) in a transparent fund

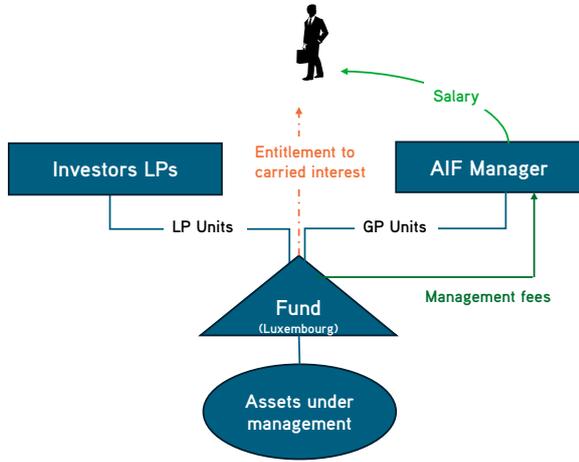
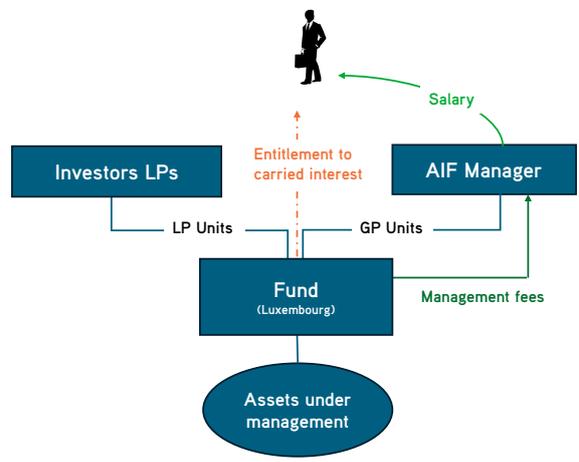


Illustration of contractual carried interest entitlements (not represented by a carry share) in an opaque fund



**F. Investment in Shares Issued by a Fund in order to Track a Share of The Outperformance of a Fund (“Carried Shares”)**

The right to carried interest may also take the form of a specific category of shares issued by the fund, commonly known as “carried shares”. These shares are a type of preference shares offering their holders rights distinct from those associated with the holding of ordinary shares. In practice, this means that the fund’s LP investors subscribe for shares of a certain class and the carry holders subscribe for and hold shares of another class, which carry a right to a part of the outperformance of a fund, i.e., carried shares.<sup>4</sup> A register of carried shares is also kept.

Where an employee acquires such a share, they may subscribe directly for it or purchase it from another person, for example the manager. The subscription or acquisition price should be at market value to avoid the risk that a below value acquisition could be a benefit in kind, taxable as salary income. There are several models used by valuation experts to value these shares, using methods that are recognised and applied by various tax authorities. In Luxembourg, there is no specific valuation method preferred by the tax authorities, however, to the extent such valuation is properly supported, there is no reason to call it into question.

Illustration of a carried share in a transparent fund

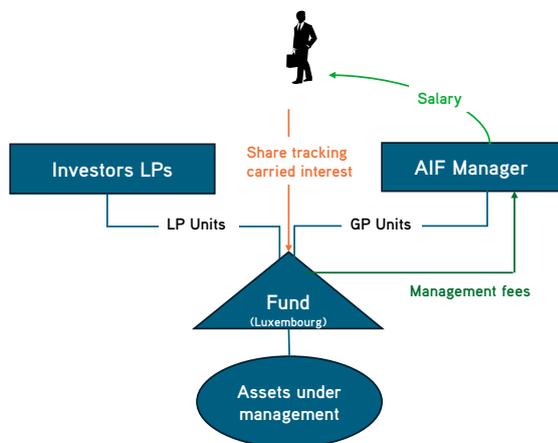
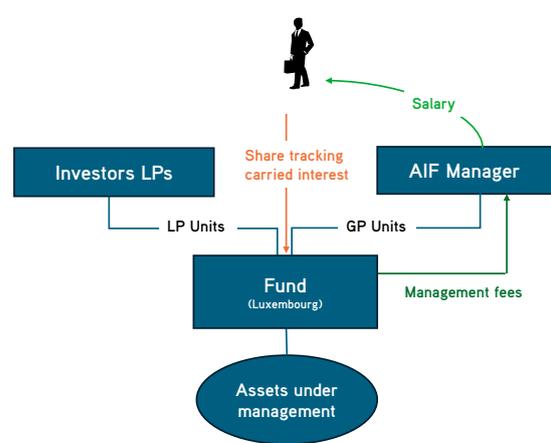


Illustration of a carried share in an opaque fund



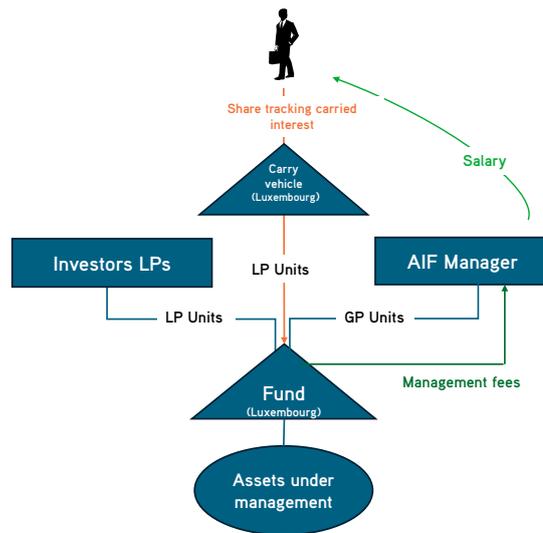
4. F. Luzu, “La transmission du carried interest”, *Actes Pratiques & Stratégie patrimoniale*, no. 2 April-May-June 2021, pages 45 and following.

### G. Investment in Carried Shares Held via a Carry Vehicle

Carried interest vehicles are typically companies (or other categories of vehicles) which are themselves investors in the AIF together with third-party investors (i.e., LPs)

and are used by AIFMs to manage the rights of various persons to carried interest among themselves. This type of vehicle, which generally takes the form of a limited partnership (in Luxembourg generally a *société en commandite spéciale*, "SCSp"), receives and directly or indirectly distributes the carried interest arising from the AIF.

Illustration of a carried share in a transparent fund via a carry vehicle



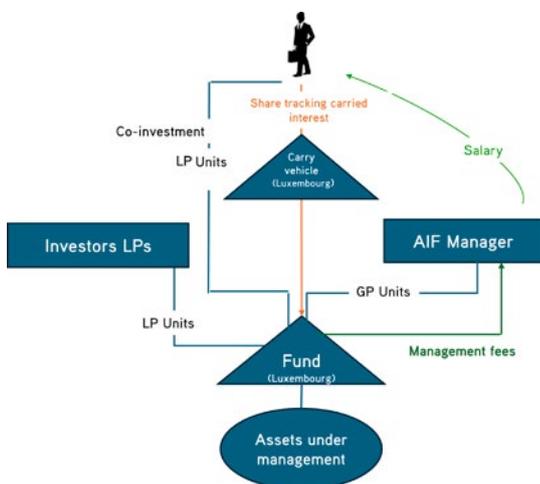
### H. Co-investment

LP investors frequently expect that the fund's management team invests its own money in the fund under the same conditions and in the same way as other LP investors, so that the fund's management team is also directly involved, in the same proportions, in the risks of the AIF.

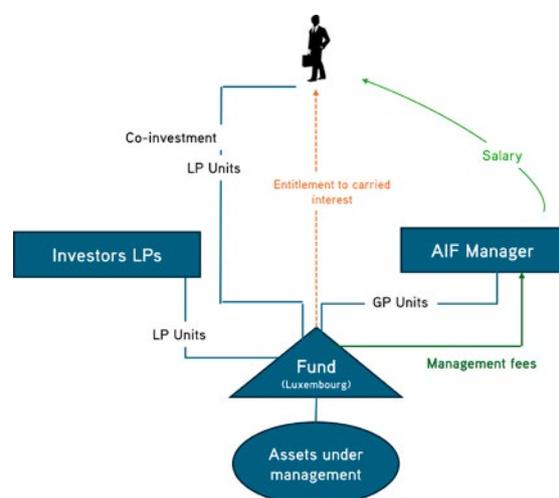
When the fund's management team member, who holds the right to the carried interest, which may or may not be materialised by a carried share, invests in a fund in the same way as other LP investors, he/she will also hold LP shares in the fund.

Illustrations of co-investment

Investment in LP Units and in shares tracking the carried interest



Investment in LP Units with carried interest entitlement



The carried interest right may also be combined with the LP units into a single financial instrument.

#### IV. LUXEMBOURG TAX REGIME APPLICABLE TO CARRIED INTEREST INCOME

##### A. Carried Interest in Luxembourg Law

In the context of AIFs, Article 1(52) of the 2013 Law defines *carried interest* as income which “corresponds to a share in the profits of the AIF which accrues to the manager as compensation for the management of the AIF, and excluding any share in the profits of the AIF accrued to the manager as a return on any investments made by the manager into the AIF”. This definition is a narrow one in the sense that it only applies to carried interest allocated to the manager, a legal person. The tax provisions in the 2013 Law extend it to carried interest received by employees.

The 2013 Law tax provisions modify the LITL to deal with the specific case of employees of AIFs and AIFMs. It provides a framework for the tax treatment of carried interest income earned by individuals employed by AIF management companies by means of a specific tax regime, distinct from that applicable to employees’ remuneration. To this end, Article 208 of the 2013 Law amends Article 99*bis* of the LITL, which previously defined a type of miscellaneous income called “speculative profits”, by inserting a new paragraph 1a.

Luxembourg has opted to exclude carried interest from the employment category in the specific case of employees of AIFs/AIFMS. However, in situations not covered by Article 99*bis* 1a of the LITL (because they fall outside its scope), normal tax rules apply and thus the granting of a benefit by an employer could be classified as a benefit in kind taxable as employment income if all the conditions for such taxation are met (see below for more information).

##### B. Structure of Article 99*bis*, § 1a of the LITL Classifying Carried Interest as Speculative Profits for Tax Purposes

Article 99*bis*, paragraph 1 of the LITL taxes certain short term “speculative” capital gains, short term being less than 2 years for real estate and less than 6 months for other assets.

Article 99*bis*, paragraph 1a of the LITL, inserted by the 2013 Law, states that the income referred to therein is, by way of derogation from paragraph 1, always taxable as speculative profit, under the terms of the provisions of this Article. Article 99*bis*, paragraph 1a refers to *two scenarios* under number 1 and number 2 (hereafter “Number 1” and “Number 2” respectively), the second being an exclusion of the first (highlights are the authors’).

- 1. “[C]arried interests received by natural persons who are employees of alternative investment fund managers or alternative investment fund management companies, on the basis of a carried interest entitlement—excluding the proceeds and capital gains resulting from the realisation of their units, shares or rights representing a financial investment issued by an alternative investment fund and referred to in number 2 below—giving rise to different rights in respect of the net assets or proceeds of that fund. In addition, the entitlement to carried interest attributed to them on the basis of the quality of their person and the performance of the investment must have been granted to them on the express condition that the shareholders or unitholders must first have recovered the full amount of their investment in the alternative investment fund or in the underlying assets”.
- 2. “[S]peculative profits resulting from the realisation of units, shares or securities representing a financial investment issued by an alternative investment fund, with an entitlement to carried interest, as provided for in number 1, by transferors who are natural persons and employees of alternative investment fund managers or alternative investment fund management companies. However, when the interval between the acquisition or constitution of these units, shares or securities and their realisation exceeds six months, the speculative profit resulting from this realisation does not constitute taxable income, unless the provisions of Article 100 come into effect”.

Consequently, this text clearly states that

- carried interest received by an AIFM employee, referred to in Number 1; and
- profits realised, where applicable, by an AIFM employee on the realisation of shares/units issued by an AIF coupled with a carried interest entitlement and referred to in Number 2;

are speculative profits. The text thus draws a distinction between the carried interest (Number 1) and the carried interest generated by realisation of an investment (Number 2). We will examine below in more detail the scope of Article 99*bis*, paragraph 1a of the LITL and the distinction between Number 1 and Number 2.

##### C. Scope of Article 99*bis*, § 1a of the LITL

###### 1) *Rationae Materiae* Scope: Notion of Carried Interest for the Purpose of Article 99*bis* of the LITL

Provisions must be interpreted according to their place in the law as a whole. In other words, provisions must be read taking into consideration the framework of the legal system in force as a whole. In this respect, Article 99*bis*,

paragraph 1a of the LITL was introduced by the 2013 Law which is consequently relevant for its interpretation.

Article 1(52) of the 2013 Law amending Article 99bis of the LITL, to introduce paragraph 1a, defines carried interest as income which "corresponds to a share in the profits of the AIF accrued to the manager as compensation for the management of the AIF and excluding any share in the profits of the AIF accrued to the manager as a return on any investment by the manager into the AIF".

In the absence of a definition of the term "investment" in the 2013 Law, it must be understood in the usual sense, and it therefore refers to the act whereby someone allocates its own resources or borrowed funds to increase its capital. Furthermore, the definition in Article 1(52) of the 2013 Law does not refer to a specific type of investment but to "any" investment in the broad sense that a manager could realise into an AIF. Since the 2013 Law does not strictly define the word "investment", it should be concluded that the investments referred to are subscriptions to LP shares, and also to shares tracking a part of the outperformance of a fund (i.e. carried shares), issued by the AIF, whether opaque or transparent.

The concept of a "share in the profits" is also very broad and should therefore cover all the profits of the AIF in any form whatsoever (e.g., dividends, capital gains, etc.).

This definition of carried interest delimits the *rationae materiae* scope of Article 99bis, paragraph 1a, number 1 of the LITL and thus limits it to the share of the AIF's profits that accrues as compensation for managing the AIF on the basis of a carried interest entitlement, excluding all other shares of profits received as a return on investment into the AIF.

This approach is logical in view of the scope *rationae personae* of Article 99bis, paragraph 1a of the LITL in order to treat natural persons who are employees of an AIFM and who have an investment in the AIF in the same way as any other holder of investments in that AIF. By legislating in this way, the legislator has made it clear that the share of the AIF's profits that accrues to the employees of the manager as compensation for managing the AIF must be considered as speculative profits covered by Article 99bis, paragraph 1a, number 1 of the LITL. All other income and returns received by the employee in any other capacity are subject to the general tax law applicable to the type of investment income received (i.e., dividends, capital gains).

## 2) *Rationae Personae* Scope: Individuals Who Are Employees of an AIFM

Carried interest, in a large sense, can be allocated to employees, but also to other people such as the manager itself, operating or strategic partners or key co-investors, for example.

Article 208 of the 2013 Law amending the LITL broadens the scope of carried interest to include that paid to employees of managers. Article 99bis, paragraph 1a of the LITL only concerns the taxation of "natural persons who are employees of AIF managers or AIF management companies"<sup>5</sup>. Individuals who are employees of fund managers who are not AIFMs or who do not work as employees, for example, do not therefore fall within the scope of the provision.

In the absence of a specific provision, the taxation of income received by individuals outside the scope of Article 99bis, paragraph 1a of the LITL is therefore governed by general tax law (i.e., the provisions of the LITL relating to employment income, self-employment income, income from movable assets and capital gains in the case of investment).

### D. Article 99bis, § 1a, number 1 of the LITL

#### 1) Carried Interest, Received on the Basis of a Carried Interest Entitlement

As described above, Article 99bis, paragraph 1a of the LITL covers carried interest, defined as the share of the AIF's profits that accrues to the employee of the manager as compensation for managing the AIF (by virtue of the definition in the 2013 Law), and excluding any share of the AIF's profits accruing to the employee as a return on investments made in the AIF. The Luxembourg legislator has therefore excluded from the notion of carried interest for tax purposes all amounts received on any investment whatsoever (i.e., LP units, but also carried shares issued by the AIF) made by an AIF manager's employee.

Article 99bis, paragraph 1a, number 1 of the LITL refers to carried interests "acquired on the basis of carried interest entitlement [...] giving different rights on the net assets or income of the fund" "by individuals who are employees of alternative investment fund managers or alternative investment fund management companies", i.e., the mechanism enables these employees to share in the profits of the fund. Article 99bis, paragraph 1a,

5. The existence of a manager of AIFs that is not a company seems improbable for regulatory and practical reasons, so we do not dwell on it in this article.

number 1 of the LITL therefore refers to carried interest (or carry) received on the basis of an entitlement (*droit d'intéressement*) giving AIFM employees the right to participate in the fund's profits. The notion of carried interest for the purpose of the application of article 99bis, paragraph 1a is thus very narrow.

Because return on investments (shares, units, etc.) are excluded from the definition of carried interest, the carried interest entitlement referred to by Article 99bis is necessarily a contractual right to the employee's profits and not materialised by units/shares/securities in which the employee has invested. Indeed, any profits of the AIF accruing to an employee of the manager as a result of the return on investments in the AIF realised by that employee are excluded from the *rationae materiae* scope of this provision.

Lastly, Article 99bis, paragraph 1a, number 1 of the LITL provides that the allocation of carried interest must depend on the quality of the employee and the performance of the investment and must be subject to the condition that the shareholders or unit-holders have first recovered their entire investment in the AIF or the underlying assets, so as not to encourage the taking of uncalculated risks.<sup>6</sup> The investment fund must therefore have achieved a positive performance. This requirement of prior return of capital, visible in the "waterfall" above, is common market practice, but in this case is likely inspired by the provisions on remuneration in an AIFMD context and notably the ESMA guidelines in this regard.<sup>7</sup>

## 2) Taxation of Carried Interest Referred to in Article 99bis, § 1a, Number 1 of the LITL

Article 99bis, paragraph 1a, number 1 of the LITL states that the carried interest received by AIFM employees is always considered to be miscellaneous income within the meaning of Article 99bis of the LITL, regardless of the period from the allocation of the entitlement to carried interest to the receipt of the related income.

The income received is therefore always considered as speculative profits—and not as employment income—in principle to be aggregated with the taxpayer's other income and taxed in accordance with the rates applicable

to direct taxes. They are therefore fully taxable at the progressive income tax rate (marginal rate of 45.78%).

In this way, the legislator does not reduce the tax burden payable by the AIFM's employee on carried interest income in comparison with the tax that would be payable on employment income, but excludes carried interest income from the scope of application of social security contributions.

The 2013 Law also introduced a specific provision relating to the taxation of carried interest for impatriates. Under certain conditions, this results in a taxation at a quarter of the tax rate determined on the basis of the progressive scale.

This reduced rate applies to carried interest received by individual employees of AIFMs or AIF management companies on the basis of a carried interest entitlement (i.e., carried interest referred to in Article 99bis, paragraph 1a, number 1 of the LITL) and is not intended to apply to the carried interest referred to in Article 99bis, paragraph 1a, number 2 of the LITL and to the return from carried shares subscribed by the employee.

However, this provision only applies to individuals who were not domiciled for tax purposes in Luxembourg and who were not subject to personal income tax on professional income during the five tax years preceding the year in which the 2013 Law came into force, and who established their tax residence in Luxembourg during the year in which the law came into force (in 2013), or during the five following years (therefore before the end of 2018), until the tenth tax year following the year in which they took up their post, giving entitlement to the income in question, in Luxembourg (at most until tax year 2028). Consequently, unless renewed, new Luxembourg residents can no longer benefit from this provision.

## E. Article 99bis, § 1a, Number 2 of the LITL

Article 99bis, paragraph 1a, number 1 of the LITL refers to *carried interests, received on the basis of an entitlement to carried interest giving rise to different rights over the net assets or income of the fund, excluding the proceeds<sup>8</sup> and capital gains that result from the realisation of units, shares or rights representing a financial investment issued by an AIF and referred to in number 2.* Article 99bis,

6. See commentary on the 2013 Law, page 183, <https://wdocs-pub.chd.lu/docs/exped/156/185/115854.pdf>.

7. It has been suggested that this was a specific tax anti abuse measure, however, this seems implausible given the general anti-abuse rules already available and the close relationship of this requirement to the regulatory provisions. In addition, comments on the 2013 Law specifically mention that it is "as not to encourage the taking of uncalculated risks".

8. Because of the principle of uniformity of expression, it must be presumed that the term "proceeds" can only refer to the proceeds of the fund obtained

by virtue of a carried interest entitlement, i.e., in other words, "the carried interest". This reading is logical insofar as Article 99bis, paragraph 1a, number 2 of the LITL refers to "the profits" (and not just the capital gain) resulting "from the realisation of units, shares or securities representing a financial investment issued by an alternative investment fund, coupled with a carried interest entitlement, as provided for in number 1", i.e., the right giving rise to different rights over the fund's income.

paragraph 1a, number 2 of the LITL refers to units, shares or interests issued by an AIF coupled with a carried interest entitlement as defined above under Section D, point 1.

In other words, Article 99bis, paragraph 1a, number 1 of the LITL states that in the event of the realisation of an investment represented by units, shares or interests representing a financial investment issued by an AIF *coupled with a carried interest entitlement, both the proceeds and the capital gain* resulting from the realisation of this investment are excluded from its scope. This provision also states that these profits are taxable by virtue of Article 99bis, paragraph 1a, number 2 of the LITL.<sup>9</sup>

Since solely carried interest received by persons employed by AIFMs is in the *rationae materiae* scope of Article 99bis, paragraph 1a, number 1 of the LITL, the exclusion it provides for can only target carried interest received on the basis of a carried interest entitlement (any other income being *de facto* not covered by this provision).

If the carried interest is not received on the occasion of the realisation of the investment to which the entitlement to carried interest is coupled, this income is not excluded from the scope of Article 99bis, paragraph 1a, number 1 of the LITL.

### 1) Profits Resulting from the Realisation of a Unit/Share/Security Coupled with a Carried Interest Entitlement, Including the Amount of the Carried Interest

In order to ensure that the carried interest received falls within the scope of this exemption, the holder of the entitlement to carried interest must sell/realise their shares in the AIF, which, in practice, will often arise from a buyback of units by the AIF.

Article 99bis, paragraph 1a, number 2 of the LITL refers to "speculative profits" which result from the realisation of units, shares or securities representing a financial investment issued by an AIF "coupled with an entitlement to carried interest, as provided for in number 1" by transferors, individuals, employees of AIFMs or AIF management companies. Article 99bis, paragraph 1a, number 2 of the LITL

therefore covers investments in shares/securities (i.e., LP shares) coupled with carried interest entitlement and the consequences of the disposal of these shares/securities.

In order to be covered, these units, shares or securities representing a financial investment must be "coupled with an entitlement to carried interest, as provided for in paragraph 1". The term "*assorti*" in the French text should be understood as paired, matched, linked or coordinated (or "indissociable, at least intimately linked to carried interests")<sup>10</sup>. The law is therefore referring here to the specific case<sup>11</sup> of units/shares/securities of an AIF, to which the right to participate in the profits of this fund by virtue of a carried interest entitlement is coupled. This applies, in particular, to "LP" units issued by the AIF held by investors/employees of the AIFM to which an entitlement to carried interest is attached.<sup>12</sup>

This provision does not refer, however, to the realisation of a "simple" LP unit, share or security representing a financial investment issued by an AIF insofar as these investments and their return does not fall within the definition of carried interest income of Article 1(52) of the 2013 Law nor that in Article 99, paragraph 1a, numbers 1 and 2.

### 2) Alternative interpretation?

Some authors have put forward an alternative interpretation of Article 99bis, paragraph 1a of the LITL that has a consequence that none or only part of the profit would be exempt<sup>13</sup> under Number 2 and that the exclusion, under Number 1, of carried interest under certain circumstances is not actually an exclusion of any carried interest. The alternative interpretation seems to involve interpreting the law to mean that the specific exclusion in Number 1 and a specific exemption for carried interest in Number 2 should be understood only to refer to investment other than carried interest, i.e., a pure LP investment.

While we find this interpretation interesting<sup>14</sup>, we don't find it at all convincing, however, as:

- First of all, it goes against the simple literal reading of a law, which says in Number 1 that, under the conditions of Number 2, certain income are excluded from

9. Because "covered" by number 2: according to the Larousse dictionary to cover means to concern someone, something, to be applicable to: income covered by a provision, i.e., income to which this provision applies.

10. Commentary on the 2013 Law, p. 183 <https://wdocs-pub.chd.lu/docs/exped/156/185/115854.pdf>.

11. And not to all cases in which a share gives to its holder a right to part of the outperformance of a fund.

12. Not represented by a shareholding/investment in the AIF.

13. For example, P.-J. ESTRAGERIE, "Carried Interest – Luxembourg Taxation", *RDF* 2024/22, Legitech, p.18: "we believe that the carried interest should be considered fully taxable (professional/employment) income. In that respect, the fact that such Carry Holders acquired LP shares of the Fund at fair

market value within the framework of a Co-Invest mechanism is not relevant according to us (see section 1.D.1), above, for further details of this debate) as Co-Invests and carried interest are two different assets, with different features and returns", although the author suggests his conclusion might change depending on the price paid for the investment, which seems to us to be a very different question.

14. We can give it some credit as being quite creative if one comes from the ideological position that carry should always be fully taxed in the same way as salary. However, the Luxembourg legislator did not adopt this position and specifically sought to distinguish the employee relationship from normal employee situations (Commentary on the 2013 Law, *Exposé des motifs*, p. 8, <https://wdocs-pub.chd.lu/docs/exped/156/185/115854.pdf>).

Number 1 (which deals with carried interest income) and says in Number 2 that income excluded from Number 1 are exempt (subject to holding period and percentage threshold conditions). The law provides no apportionment or limitation in Number 2.

- Secondly, this interpretation would imply that the legislator put in place in Number 1 at best a completely redundant exclusion or at worst a fundamental internal contradiction. As mentioned above, this interpretation would mean that an article that deals only with carried interest would exclude something that by definition is not carried interest.
- Thirdly, it goes against the general logic of the LITL which already exempts gains on investments provided that they do not breach a holding period condition or a percentage threshold condition. Actually, having decided to classify carried interest as a capital gain/speculative profit (like many other jurisdictions), Number 2 quite logically specifies the treatment of capital gains as being taxable or exempt depending on a holding period and percentage threshold conditions also applies, in certain conditions, to carried interest income<sup>15</sup>.

We are not aware of this alternative interpretation having been applied in taxation of carried interest in the 10 plus years since the 2013 Law has been in force, probably due to the difficulties it implies, as set out above.<sup>16</sup>

### 3) Taxation of Carried Interest Referred to in Article 99bis, § 1a, Number 2 of the LITL

Article 99bis, paragraph 1a, number 2 of the LITL provides that the speculative profits referred to therein are taxable as miscellaneous income. However, it specifies that “when the interval between the acquisition or constitution of these shares or securities and their realisation exceeds six months, the speculation profit resulting from this realisation does not constitute a taxable income, unless the provisions of Article 100 come into effect”.

The tax rate on short-term capital gains is the same as that applicable to ordinary income taxed at the progressive rate of income tax up to a marginal rate of 45.78%. Taxpayers may, however, benefit from the treatment applicable to long-term capital gains if they hold an investment, coupled with a carried interest entitlement,

for more than six months and thus potentially qualify for a capital gains exemption.

If speculative profits are realised after a period of six months has elapsed, they are not subject to tax unless the shareholding in the AIF represents a significant shareholding in a tax opaque AIF. A shareholding is considered significant if it directly or indirectly represents more than 10% of the AIF’s capital (which is very rare in practice). In this case, capital gains are taxed at half the progressive rate of income tax (marginal rate of 22.89%).

### F. Shares Tracking a Part of The Outperformance of a Fund “Carried Shares”

Carried interest shares are those issued by a fund that yield a share of the outperformance of a fund but no other return.

The shares may be issued by the fund with a nominal subscription price or be issued at a value intended to be market value.

As in each case there is an investment, it would seem that the return on the shares is excluded from the scope of Article 99bis paragraph 1a, number 1 of the LITL.

The holder of such carried shares will receive returns (dividends or capital gains) on its investment which do not fall within the definition of carried interest under Article 99bis, paragraph 1a of the LITL and are therefore excluded from the scope of Article 99bis, paragraph 1a of the LITL.

Similarly, neither Article 99bis, paragraph 1a, number 1 of the LITL nor Article 99bis, paragraph 1a, number 2 of the LITL applies to all situations in which some of the conditions for the application of Article 99bis, paragraph 1a (e.g., the fund is not an AIF, etc.) are not met, and they therefore remain subject to the ordinary tax provisions.

### 1) Valuation of the Subscription Price of Shares Tracking a Part of The Outperformance of a Fund

Insofar as the share tracking a part of the outperformance of a fund is subscribed at market value, an asset is acquired by the taxpayer and no taxable advantage is granted to him. There is therefore nothing to justify any taxation at the time of subscription/acquisition. As explained above, there are several models used by valuation experts to value these shares, based on a method that is recognised and applied by various tax authorities.

15. The parliamentary commentaries point out that Number 2 could be seen as unnecessary, but it was considered opportune to include it. Strangely, this commentary is sometimes invoked to justify the alternative interpretation.

16. One could also note that the legislator and the industry went to a great deal of effort to create a favorable environment for private equity by implementing the Law of 2013, notably creating a new legal form, the SCSp and

making multiple amendments to facilitate vehicles and managers. That at the same time, notwithstanding a literal interpretation that is favorable and parliamentary comments that seem favorable, the legislator would have actually intended to create a tax environment for resident employees of AIFMs that would have been among the worst in the developed world seems very unlikely.

The vesting schedule, if any, should have no impact on the fact that the carried share, which constitutes an asset, has been acquired and generates objective enrichment as from its subscription. Holders of carried shares hold all their shares as from subscription, but bad leaver provisions, if triggered, may cause them to lose some or all of the rights attached to them. Bad leaver clauses can therefore be analysed as subsequent conditions that have the effect of terminating the right to the carried interest with legal consequences that differ from a cancellation with retroactive effect in the sense that they do not imply that this right has never existed (unlike a resolutive condition). Nor are these clauses conditions precedent, since the shares are effectively subscribed and acquired.

In the same vein as that described in the old circular on stock option plans, the fact that this share is unavailable for a certain period should also not call into question the fact that it has indeed been acquired but does, on the other hand, have an effect on the intrinsic value of the share. The fact that the carried interest share acquired does not immediately generate a profit, i.e., that for a certain number of years the employee cannot demand that a return be paid to them or that the share be sold, should therefore have no impact on the time at which the carried share is "made available".

On the other hand, such circumstances should reduce the intrinsic (market) value of the asset, because for a certain period the employee will not be able to sell said shares either to realise a possible capital gain or to limit a possible capital loss that might arise during that period.

If the subscription is authorised at a lower value than the market value, the difference between the subscription price and the market value could be considered as a benefit in kind and therefore as employment income as such (and subject to social security contributions).

## 2) Financing of the Subscription of the Carried Share

If the carried shares were subscribed by means of a loan granted by the employer:

- a. If the subscription is pre-financed by the employer (i.e., by means of a loan from the employer to the employee to enable the latter to subscribe to shares), favourable interest may be considered as a benefit in kind taxable as employment income.
- b. If the loan is interest-free, the advantage is deemed to be 1.5% per annum of the value of the loan and if

the loan bears an interest rate of less than 1.5% per annum, the advantage is deemed to be the difference between 1.5% and the actual rate<sup>17</sup>.

## G. Tax transparency of the AIF

Article 99*bis*, paragraph 1a of the LITL, also inserted by the 2013 Law, refers to AIFs without distinguishing whether they are opaque or transparent from a tax point of view. The 2013 Law's definition of carried interest<sup>18</sup> does not distinguish between opaque and transparent AIFs from a tax point of view. It should be recalled in this respect that the 2013 Law, which introduced the provisions of the LITL under analysis, concerns managers of opaque or transparent AIFs without distinction. However, Article 99*bis*, paragraph 1a of the LITL does not derogate from Article 175 of the LITL or Paragraph 11 of the Tax Adaptation Law. There is therefore no reason to exclude the application of the principle of transparency for tax purposes.

Consequently, if the employee of an AIFM has a contractual entitlement to carried interest (i.e., which is not represented by a unit/share) in a transparent AIF, Article 99*bis*, paragraph 1a, number 1 of the LITL remains applicable. This solution does not conflict with the principle of tax transparency.

On the other hand, if the employee of an AIFM holds an LP unit issued by a transparent AIF, coupled with carried interest entitlement, Article 99*bis*, paragraph 1a of the LITL cannot be applied due to the principle of transparency. Indeed, in application of this principle, the income generated by the AIF is allocated to the LP investors on an annual basis. In this case, the classification of income allocated to shareholders follows the nature of the income generated by the transparent AIF. Any distribution made by the AIF is disregarded for tax purposes and replaced by the income of the transparent AIF allocated on a transparent basis to investors. The allocation of the transparent AIF's income is carried out in accordance with the AIF's Limited Partnership Agreement, which determines the profit distribution key based on the fund's performance. This allocation may be made according to a fund income distribution key that is uncorrelated with investors' stakes.

In the case where the employee holds a direct LP investment in a transparent AIF coupled with carried interest entitlement, the income of the AIF is allocated to the investor by transparency as and when it is realised by the fund. Due to the tax transparency of the AIF, the realisation of

17. Règlement grand-ducal du 28 décembre 1990, portant exécution de l'article 104, alinéa 3 de la L.I.R. (fixant des recettes provenant de l'économie et de la bonification d'intérêts, <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/rgd/2014/12/23/n1/jo> (Référence LexNow / ID 1111).

18. See explanations relating to the scope of Article 99*bis*, § 1a of the LITL above.

the investment into the AIF must be disregarded from a tax point of view (it is a non-event). In the absence of a realisation event from a tax point of view, the conditions for the application of Article 99bis, paragraph 1a, number 2 of the LITL are not met in the case of a transparent AIF. The investor is considered to realise the underlying assets of the AIF by transparency.

We are of the opinion that this analysis is consistent with the legislator's intention to treat the carried interest received on the basis of a carried interest entitlement in the same way as the capital gain on the investment coupled with this entitlement in the event of the realisation of this investment. This is because, by transparency, the realisation event is assessed at the level of the fund's assets, as for any other LP-type investment. A different interpretation, not applying the principle of transparency to LP investments coupled with carried interest entitlement, would result in a distortion between the tax treatment of investors in the latter and investors holding LP investment not coupled with carried interest entitlement. While the former could benefit from Article 99bis, paragraph 1a, number 2 of the LITL in the event of the realisation of their investments and therefore be completely exempt from tax, the latter would in any event be attributed income from the AIF by transparency and taxed on potentially different types of income (capital gains, dividends, interest or other) whether or not the LP investment is realised.

Finally, when an employee holds an investment subscribed at market value (i.e., shares tracking a part of the outperformance of a fund) in a transparent AIF or in a transparent investment vehicle which itself tracks a part of the outperformance of a fund via units subscribed in a transparent or opaque AIF, Article 99bis, paragraph 1a, number 1 of the LITL should, in principle, not apply due to its *rationae materiae* scope limited by the definition of carried interest that excludes returns on investments made by the employees of the manager in the AIF. However, the principle of tax transparency remains applicable for the taxation of returns on these investments.

In this case, by virtue of the transparency of the AIF or of the investment vehicle which itself invests in a transparent or opaque AIF, the rules of the LITL relating to the different categories of income received by transparency (capital gains, dividends, interest or other) should therefore be applied:

- Holders of carried shares issued by a transparent AIF will therefore be allocated an annual share of the AIF's profits.
- Holders of units in a transparent investment vehicle who themselves hold carried interest units or LP units coupled with entitlements to carried interest issued by a transparent AIF will be allocated an annual share of the AIF's profits in accordance with the above.
- The holder of units in a transparent investment vehicle which itself holds shares tracking carried interest (i.e. carried shares or preference shares) issued by an opaque AIF will be considered, by transparency, as being the holder of a direct investment in the opaque AIF. By virtue of the transparency of the investment vehicle, they will therefore receive income from investments excluded from the *rationae materiae* scope of Article 99bis, paragraph 1a of the LITL.
- A unit holder in a transparent investment vehicle who holds LP shares coupled with entitlements to carried interest issued by an opaque AIF will be considered, on the basis of transparency, to hold LP shares coupled with entitlements to carried interest in the opaque AIF. They will also be allocated, by transparency of the investment vehicle, investment income as an LP investor or carried interest income to which Article 99bis, paragraph 1a, number 2 of the LITL should apply in the event of the realisation of the LP investment.

However, most carried interest plans are set up within the framework of transparent structures, such as SCSps—vehicles created by the 2013 Law—or limited partnerships ("SCS") which themselves invest in a transparent AIF. It is standard practice for the tax authorities to allocate the income of the transparent AIF according to its nature (i.e., capital gains/dividends, interest earned by the AIF) to the unit holder of the SCSp/SCS that invests in the AIF and receives the "carried interest".

## V. CONCLUSION

The Luxembourg regime of carried interest for individuals is defined in Article 99bis, paragraph 1a of the LITL. This provision provides Luxembourg with a mixed regime: carried interest, considered as a speculative income, is either taxable at the progressive rate or in the case of "contractual carried" coupled with an investment into an AIF, is exempt as a long term capital gain if certain conditions are met.<sup>19</sup> The difference in treatment, which at first glance can seem arbitrary, is logical and the result

19. We discount the application of the half rate in case of a >10% shareholding as unseen in practice.

of a general policy choice, given the structure of the LITL that treats long term capital gains favorably.

For the income taxed at the progressive rate, the authors are of the view that this income should benefit from a reduction in rate. A half rate or quarter rate is already granted for "multi-year" income of other types in

Article 131 LITL and in the authors opinion, carried interest is multi-year income par excellence. A quarter rate was previously put in place in the 2013 Law as a provisional measure to attract private equity executives to Luxembourg. The authors are of the view that granting this on a permanent basis would significantly enhance the attractiveness of Luxembourg. ■■■

# Jurisprudence commentée

## ARRÊT DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE DANS L'AFFAIRE APPLE

### VICTOIRE DE LA COMMISSION EUROPÉENNE : LES RÈGLES DU JEU ONT-ELLES CHANGÉ ?

JEAN SCHAFFNER

A&O SHEARMAN



SOPHIE BALLIET

A&O SHEARMAN



Après plus de dix ans, la saga des aides d'État semble toucher à sa fin, mais pas sans un dernier rebondissement digne d'un feuilleton télévisé.

Rappelons qu'entre 2014 et 2016, la Commission avait lancé une série d'investigations approfondies en matière d'aides d'État, s'intéressant tout particulièrement aux rescrits fiscaux de certains États membres : la Belgique, l'Irlande, le Luxembourg et les Pays-Bas. La Commission n'avait rien laissé au hasard et s'était attaquée exclusivement à des groupes multinationaux bien connus du grand public : Amazon, Apple, Fiat, Ikea, McDonald's, Nike, Starbucks... Ces investigations avaient fait l'objet d'une médiatisation sans précédent.

Dans ce contexte, toutes les décisions de la Commission ayant abouti à une aide d'État illégale avaient été contestées devant le Tribunal de l'Union européenne (le *TUE* ou le *Tribunal*), avec des résultats plus ou moins heureux selon les cas.

Ce n'est que fin 2022 que la Cour de Justice de l'Union européenne (la *CJUE* ou la *Cour*) avait, enfin, pu se prononcer pour la première fois sur ces investigations. Dans son arrêt du 8 novembre 2022 dans l'affaire Fiat<sup>1</sup>, la CJUE, statuant en grande chambre, avait annulé l'arrêt du TUE<sup>2</sup> et la décision de la Commission du 21 octobre 2015<sup>3</sup>, selon laquelle le rescrit fiscal octroyé par les autorités luxembourgeoises à Fiat Chrysler Finance Europe

S.à r.l. constituait une aide d'État illégale. La CJUE avait, dans cet arrêt, clarifié ses attentes relatives au système de référence. Elle avait établi que, pour évaluer la sélectivité d'une mesure fiscale, le système de référence devait être strictement limité au droit national, à moins que ce dernier ne fasse « explicitement » référence à une réglementation externe, par exemple, les lignes directrices de l'Organisation de coopération et de développement économiques (l'*OCDE*)<sup>4</sup>. La CJUE avait procédé de manière identique dans les affaires Amazon<sup>5</sup> et Engie<sup>6</sup>.

On pouvait donc raisonnablement s'attendre à un dénouement similaire dans l'affaire Apple – d'autant qu'Apple et l'Irlande avaient déjà gagné, en première instance, devant le Tribunal. Avec 13 milliards d'euros, les enjeux étaient significativement plus importants que dans les autres affaires d'aide d'État. Par son arrêt du 10 septembre 2024<sup>7</sup>, la CJUE, en annulant la décision du Tribunal du 15 juillet 2020<sup>8</sup>, en a pourtant décidé autrement et a considéré que, conformément à la décision de la Commission du 30 août 2016<sup>9</sup>, il y avait bien au cas d'espèce une aide d'État illégale.

Outre-Atlantique l'arrêt de la CJUE a fait grincer des dents, certains auteurs allant même jusqu'à qualifier la décision de « *racket*<sup>10</sup> » ou encore de « *nouveau plan Marshall*<sup>11</sup> ».

1. Arrêt de la CJUE, 8 novembre 2022, affaires jointes C-885/19 P, *Fiat Chrysler Finance Europe c. Commission* et C-898/19 P (Référence LexNow / ID E7DB889).
2. Arrêt du TUE, 24 septembre 2019, affaires jointes T-755/15 et T-759/15.
3. Décision (UE) 2016/2326 de la Commission du 21 octobre 2015 concernant l'aide d'État SA. 38375 (2014/C ex 2014/NN) mise à exécution par le Luxembourg en faveur de Fiat [notifiée sous le numéro C(2015) 7152] (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) (OJ L 351 22.12.2016, p. 1, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dec/2016/2326/oj>).
4. Arrêt de la CJUE, 8 novembre 2022, affaires jointes C-885/19 P et C-898/19 P, § 98-105 (Référence LexNow / ID L2E7DB889).
5. Arrêt de la CJUE, 14 décembre 2023, affaire C457/21 P, *Commission c. Luxembourg et Amazon* (Référence LexNow / ID L25D9E355).
6. Arrêt de la CJUE, 5 décembre 2023, affaires jointes C-451/21 P (Référence LexNow / ID P29699B37), *Luxembourg/Commission et C-454/21 P, Engie Global LNG Holding e.a. c. Commission*.

7. Arrêt de la CJUE, 10 septembre 2024, C-465/20 P (Référence LexNow / ID L2E56DD6E), *Commission européenne c. Irlande, Apple Sales International, Apple Operations International, anciennement Apple Operations Europe, Grand-Duché de Luxembourg, République de Pologne, Autorité de surveillance AELE*.
8. Arrêt du Tribunal, 15 juillet 2020, *Irlande c. Commission*, T-778/16 et T-892/16.
9. Décision (UE) 2017/1283 de la Commission, du 30 août 2016, concernant l'aide d'État SA. 38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) octroyée par l'Irlande en faveur d'Apple.
10. L. SHEPPARD, « *EU Extortion in Apple* », *Tax Notes International*, vol. 115, 23 Septembre 2024.
11. M. HERZFELD, « *EU's Highest Court Tells U.S. Taxpayers to Pay For a New Marshall Plan* », *Tax Notes International*, Volume 116, 7 octobre 2024.

D'un point de vue juridique, cet arrêt soulève également de nombreuses questions. S'agit-il d'un revirement de jurisprudence ? Comment cet arrêt s'articule-t-il avec d'autres arrêts récents de la CJUE (Fiat, Amazon, Engie) ? Quel sera l'impact d'Apple ?

## I. RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE

L'affaire Apple remonte à plus de dix ans, lorsque la Commission européenne avait ouvert une enquête formelle sur le traitement fiscal accordé au groupe Apple en Irlande par deux rescrits fiscaux émis le 29 janvier 1991 et le 23 mai 2007 par les autorités irlandaises. Les bénéficiaires de ces rescrits étaient Apple Operations Europe Limited (**AOE**) et Apple Sales International Limited (**ASI**), deux filiales indirectes d'Apple Inc.

Apple Inc., d'une part, et ASI et AOE, d'autre part, étaient liées par un accord de partage des coûts. Les coûts partagés portaient notamment sur la recherche et le développement (**R&D**) des technologies incorporées aux produits du groupe Apple. AOE et ASI possédaient les droits d'utilisation de la propriété intellectuelle d'Apple pour la vente et la fabrication de produits Apple en dehors du continent américain, conformément à cet accord de partage des coûts.

ASI et ASO, bien qu'incorporées en Irlande, n'étaient considérées comme résidentes fiscales ni en Irlande ni aux États-Unis, créant ainsi une situation de sociétés fiscalement apatrides. Elles disposaient chacune d'une succursale en Irlande. La succursale irlandaise d'ASI était responsable des activités d'achat, de vente et de distribution des produits Apple pour les régions EMEIA et APAC, incluant la vente en ligne, les opérations logistiques et le service après-vente. La succursale d'AOE, qui comptait plusieurs centaines d'employés, fabriquait et assemblait une gamme de produits informatiques.

Les rescrits fiscaux contestés validaient les méthodes de prix de transfert employées par ASI et AOE pour calculer leurs bénéfices imposables en Irlande, en lien avec les activités commerciales de leurs succursales irlandaises respectives. Le rescrit de 1991 est resté en vigueur jusqu'en 2007, année où il a été remplacé par le rescrit de 2007. Ce dernier est demeuré en vigueur jusqu'à la réorganisation de la structure d'Apple en Irlande en 2014.

Ces rescrits permettaient à Apple de « calculer » les bénéfices imposables de ses succursales irlandaises sur une

base que nous qualifierons de favorable, en attribuant la majorité des bénéfices aux sièges fiscalement apatrides. Ces sièges n'avaient pas de présence physique ni de salariés. Les bénéfices en question s'élevaient à environ 100 milliards d'euros et provenaient des licences de propriété intellectuelle détenues par ASI et AOE en vertu de l'accord de partage des coûts mentionné plus haut.

Dans sa décision, la Commission avait soutenu qu'en excluant de la base imposable les bénéfices générés par l'utilisation des licences de propriété intellectuelle détenues par ASI et AOE, et ce de façon non conforme au principe de pleine concurrence, les rescrits fiscaux de 1991 et 2007 avaient procuré un avantage sélectif à ASI et à AOE au sens de l'article 107, § 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (**TFUE**) et constituaient une aide d'État illégale. Elle avait ainsi ordonné à l'Irlande de procéder à la récupération de 13 milliards d'euros.

L'Irlande (affaire T-778/16) ainsi que ASI et AOE (affaire T-892/16) ont saisi le TUE pour demander l'annulation de la décision de la Commission.

Par un arrêt du 15 juillet 2020, le Tribunal avait alors annulé la décision de la Commission, estimant que cette dernière n'avait pas suffisamment démontré l'existence d'un avantage au sens de l'article 107, § 1, TFUE. Selon le Tribunal, la Commission aurait dû établir que les revenus alloués aux succursales étaient trop faibles pour rémunérer les fonctions effectivement exercées par celles-ci, compte tenu de leurs actifs et de leurs risques<sup>12</sup>.

Cependant, et ce point est essentiel pour bien comprendre la portée de l'arrêt récent de la CJUE, le Tribunal avait également validé les appréciations de la Commission concernant l'imposition normale selon le droit fiscal irlandais applicable au cas d'espèce, en particulier en utilisant les outils développés par l'OCDE (comme le principe de pleine concurrence, mais également l'approche autorisée de l'OCDE – certainement plus connue sous son terme anglais « *Authorised OECD Approach* » [**'AOA'**]<sup>13</sup>), pour vérifier si le niveau des bénéfices imposables confirmé par les autorités irlandaises correspondait à des conditions de marché.

En septembre 2020, seule la Commission européenne avait interjeté appel de l'arrêt du Tribunal devant la CJUE.

Quatre ans plus tard, par son arrêt du 10 septembre 2024, la CJUE avait annulé la décision du Tribunal

12. Arrêt du Tribunal, 15 juillet 2020, *Irlande c. Commission*, T-778/16 et T-892/16, § 448.

13. L'approche autorisée de l'OCDE développée dans le rapport 2010 sur l'attribution de revenus aux établissements stables est une méthode d'attribution des bénéfices à un établissement stable d'un groupe multinational. Elle consiste

à traiter l'établissement stable comme une entité distincte et indépendante, en lui appliquant le principe de pleine concurrence pour déterminer ses bénéfices (ou ses pertes), sur la base des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés par cet établissement stable.

conformément aux recommandations de l'avocat général Pitruzzella<sup>14</sup>. Cependant, contrairement à l'approche préconisée par ce dernier, la CJUE n'avait pas renvoyé l'affaire au TUE, mais avait rendu une décision finale sur le fond, rétablissant ainsi la décision de la Commission dans son intégralité, et confirmant ainsi que les rescrits fiscaux avaient effectivement accordé un avantage fiscal sélectif à Apple constitutif d'une aide d'État illégale.

## II. ANALYSE DE L'ARRÊT

Nous allons désormais nous pencher sur les apports de l'arrêt Apple sur la détermination du cadre de référence (II.A.), sur l'approche autorisée de l'OCDE (II.B.), sur la charge de la preuve (II.C.) et sur la question de la souveraineté fiscale des États membres (II.D.).

### A. Sur la détermination du cadre de référence

Nous ne reviendrons pas ici sur les critères permettant de qualifier l'aide d'État, que nous avons déjà largement évoqués<sup>15</sup>. Nous rappellerons simplement que pour qu'il y ait aide d'État au sens de l'article 107, § 1 du TFUE, la mesure incriminée doit être sélective, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas profiter à l'ensemble des contribuables. En principe, pour établir le caractère sélectif d'une aide, la Commission procède à un « test de sélectivité » en trois étapes, qui consiste d'abord à identifier un cadre de référence, puis la présence de dérogations à ce cadre et, enfin, l'existence d'une justification à cette dérogation (auquel cas, il ne s'agira pas d'une aide illégale). En l'espèce, la CJUE avait jugé que la Commission avait correctement analysé l'existence d'un avantage sélectif en utilisant ce test en trois étapes.

Avec l'arrêt Fiat, la CJUE avait apporté des clarifications importantes (mais peut-être insuffisantes) sur le système de référence dans le contexte d'investigations en matière d'aide d'État touchant aux prix de transfert. Ainsi, le système de référence doit être strictement limité au droit national, à moins que ce dernier ne fasse « explicitement » référence à d'autres règles (par exemple, les lignes directrices de l'OCDE). Il est, en outre, entendu que les paramètres prévus pour l'application du principe de pleine concurrence par le droit national doivent être cohérents avec l'objectif d'imposition non discriminatoire de toutes les sociétés résidentes et ne pas conduire, par exemple, à

une sous-évaluation systématique des prix de transfert<sup>16</sup>. Cette prévalence du droit national avait également primé dans les affaires Engie (qui n'est d'ailleurs pas liée directement aux prix de transfert) et Amazon.

Avec le recul, on peut désormais s'interroger sur ce que la Cour entendait exactement par l'adverbe « explicitement ». En effet, dans l'arrêt Apple, force est de constater que la CJUE a accepté une interprétation extensive du système de référence, incluant les principes de l'OCDE alors que ceux-ci n'étaient pas explicitement intégrés dans le droit irlandais.

Cette divergence soulève bien évidemment des questions sur la cohérence de l'application des critères de sélectivité par la CJUE. Certains auteurs avancent un problème de procédure : la CJUE avait effectivement refusé de réexaminer un certain nombre de points en relation avec l'analyse d'aide d'État menée par la Commission, notamment la définition du système de référence et l'utilisation de l'AOA. Elle avait justifié son approche en indiquant qu'en l'absence d'un pourvoi incident déposé par l'Irlande et/ou Apple contre l'arrêt du Tribunal, ces questions avaient acquis l'autorité de chose jugée<sup>17,18</sup>. En ce sens, l'arrêt Apple ne devrait donc pas pouvoir être considéré comme un revirement de la jurisprudence Fiat. Il ne fait, en effet, que peu de doutes que si le même système de référence que pour Fiat et Amazon avait été appliqué (c'est-à-dire sans inclure les règles prix de transfert de l'OCDE non incorporées dans le droit national), Apple et l'Irlande auraient eu gain de cause contre la Commission.

Tout ceci nous incite également à nous interroger sur notre propre corpus juridique. Avec l'intégration de l'article 56bis<sup>19</sup> dans la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu et la circulaire du directeur des contributions L.I.R. n° 56/1 – 56bis/1 du 27 décembre 2016 sur le traitement fiscal des sociétés exerçant des transactions de financement intragroupe, les références aux lignes directrices de l'OCDE nous semblent désormais explicites. On pourrait donc en conclure que depuis 2017, le système de référence au Luxembourg ne se limiterait plus au seul droit national, mais intégrerait désormais les lignes directrices de l'OCDE. Cela étant dit, la Commission devra toujours, en principe, tenir compte des paramètres prévus pour l'application du principe de pleine concurrence par le droit national.

14. Conclusions de l'avocat général dans l'affaire C-465/20 P, *Commission c. Irlande e.a.* du 9 novembre 2023.

15. J. SCHAFFNER et S. BALLIET, « Arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne dans l'affaire Fiat ; Les éclaircissements bienvenus de la Cour sur l'articulation entre aide d'État et principe de pleine concurrence », *Revue de droit fiscal*, 2023/17.

16. Arrêt de la CJUE, 8 novembre 2022, affaires jointes C-885/19 P et C-898/19 P, § 122 (Référence LexNow / ID L2E7DB889).

17. D. GUTMANN et E. MORAÏTOU, « La CJUE valide l'existence d'une aide d'État fiscale au bénéfice d'Apple », *Option Finance*, 28 octobre 2024.

18. G. KOFLER, A. GARCIA PRATS, W. HASLEHNER, A. IVANOVSKI, E. KEMMEREN, M. LANG, J. PINTO NOGUEIRA, C. HJI PANAYI, S. RAVENTÓS-CALVO, I. RICHELLE and A. RUST, « Apple Case: State Aid Concerning the (Mis) allocation of Profits to Irish PEs – Opinion Statement ECJ-TF 2/2024 on the Decision of the CJEU of 10 September 2024 in *Commission v. Ireland and Others (Joined Cases C-465/20 P)* », *European Taxation*, December 2024.

19. L'article 56bis a été introduit par l'article 3, numéro 2 de la loi du 23 décembre 2016 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'État pour l'exercice 2017.

L'affaire Apple nous montre une fois de plus que la détermination du système de référence est essentielle : c'est, en effet, en se fondant sur ce système que la Cour a pu conclure que les bénéficiaires issus des licences de propriété intellectuelle devaient être attribués aux succursales irlandaises, conformément à l'AOA.

### B. Sur l'approche autorisée de l'OCDE (AOA)

Selon la Commission, les rescrits fiscaux de 1991 et de 2007 permettaient une attribution des bénéfices aux succursales irlandaises d'Apple non conforme au principe de pleine concurrence, facilitant ainsi le transfert artificiel de bénéfices hors d'Irlande.

Pour déterminer la rémunération de pleine concurrence de ces succursales irlandaises, la Commission avait alors eu recours à l'AOA. Pour ce faire, la Commission avait procédé à une attribution « par exclusion », consistant à imputer aux succursales irlandaises d'ASI et d'AOE les fonctions de contrôle de qualité, de gestion des infrastructures, de R&D et de gestion des risques d'entreprise, en raison du seul fait que ASI et AOE n'auraient pas eu de personnel en dehors de leurs succursales irlandaises. Cette approche, car non conforme au droit irlandais et à l'AOA, a été vivement critiquée par le Tribunal<sup>20</sup>. Le Tribunal avait alors cherché à comparer les fonctions exercées par les succursales irlandaises avec celles exercées par Apple Inc. En fin de compte, la CJUE a tranché et considéré que l'évaluation correcte devait se faire au niveau des seules entités concernées par les rescrits, à savoir respectivement ASI et AOE. La CJUE a donc finalement donné raison à la Commission, en se basant sur l'AOA. Certes, les sièges n'avaient aucun rôle critique, mais les succursales exerçaient, elles, essentiellement des fonctions de routine...

Cette approche de la Commission soulève des questions sur l'interprétation et l'application de l'AOA, notamment en ce qui concerne la prise en compte des fonctions significatives et la localisation des risques et des actifs. En réalité, l'application de l'AOA telle qu'elle a été réalisée au cas d'espèce peut sembler absurde d'un point de vue économique – quel tiers indépendant accepterait de payer des dizaines de milliards d'euros pour des fonctions de routine ? Toutefois, comme l'indique la Cour : « Le système de référence commande de tenir compte de la répartition des actifs, des fonctions et des risques entre la succursale et les autres parties de la société

non-résidente et, en application des principes fiscaux applicables en vertu du droit irlandais, exclut la prise en considération du rôle d'entités distinctes, telles qu'une société mère de la société non-résidente<sup>21</sup>. » Dans cette perspective (limitée), il n'est donc pas complètement faux de considérer que la CJUE a correctement appliqué l'AOA pour attribuer les bénéfices d'ASI et AOE à leurs succursales imposables en Irlande, plutôt qu'à leurs sièges sociaux sans substance<sup>22</sup>. La CJUE était aussi partie du postulat que les différentes entités du groupe Apple déclaraient leurs profits réels et avait, de ce fait, réalloué la part pertinente de ces profits aux succursales. Il va sans dire que sans le montage fiscal mis en place par Apple, les profits auraient très certainement été attribués à la société tête de groupe américaine, Apple Inc, qui effectuait la plupart des activités en lien avec la gestion et le développement de la propriété intellectuelle.

Il faut cependant retenir que, là encore, il s'agit d'un point de procédure : l'allocation des profits sur la base de l'AOA avait force de chose jugée...

Enfin, nous noterons que la Commission européenne n'a pas hésité à utiliser l'AOA pour attribuer les profits aux succursales irlandaises d'Apple, alors même que cette approche n'existait pas au moment des rescrits accordés par les autorités irlandaises<sup>23</sup>. Si l'application rétroactive de l'AOA et la répartition des profits en résultant sont probablement les points les plus aberrants de cet arrêt, il est cependant possible d'en atténuer les effets, étant donné que ces faits sont propres à l'affaire Apple.

### C. Sur la charge de la preuve

Un autre aspect notable de l'arrêt Apple est l'allègement de la charge de la preuve pesant sur la Commission européenne dans le système de ses investigations en matière d'aides d'État. Dans cette optique, l'arrêt Apple s'éloigne de l'approche plus stricte adoptée dans les affaires Fiat et Engie, où la Commission devait démontrer de manière bien plus rigoureuse la dérogation au système de référence national. Dans l'affaire Engie, rappelons que la CJUE avait insisté sur la nécessité pour la Commission d'accepter l'interprétation du droit national donnée par l'État membre concerné, sauf si la Commission pouvait démontrer, sur la base d'éléments fiables et concordants, qu'une autre interprétation prévalait dans la jurisprudence ou la pratique administrative de cet État<sup>24</sup>. À défaut d'être dotée

20. Arrêt du Tribunal, 15 juillet 2020, Irlande/Commission, T-778/16 et T-892/16, § 259.

21. D. CHAMBERLAIN, « Justice was done in Apple », *Tax Notes International*, Volume 115, 30 September 2024.

22. Arrêt de la CJUE, 10 septembre 2024, C-465/20 P, § 256.

23. L'AOA est incluse dans le rapport de l'OCDE de 2010 sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables.

24. Arrêt de la CJUE, 5 décembre 2023, affaires jointes C-451/21 P, *Luxembourg c. Commission* et C-454/21 P (Référence LexNow / ID P29699B37), *Engie Global LNG Holding e.a. c. Commission*, § 121.

d'experts fiscaux dans les 27 États membres de l'Union européenne, la mission pouvait en pratique s'avérer extrêmement (trop ?) compliquée pour la Commission.

Force est de constater que dans l'affaire Apple, la CJUE n'a pas exigé un tel seuil de preuve pour conclure à une mauvaise application du droit irlandais par les autorités fiscales. D'abord, la CJUE a accepté que le droit irlandais, bien que n'incorporant pas explicitement l'AOA, correspondait « en substance » à l'analyse fonctionnelle et factuelle de la première étape de l'AOA. Cette utilisation (qui plus est rétroactive) des principes de l'OCDE avait été vivement critiquée par la doctrine pour son manque de clarté et de cohérence avec les autres arrêts. En effet, dans les affaires Fiat et Amazon, la CJUE avait rejeté l'application des principes de l'OCDE non transposés dans le droit national.

Ensuite, la Cour a jugé que le Tribunal avait, en fait, imposé une charge de la preuve excessive à la Commission en exigeant le détail des fonctions exercées par les succursales irlandaises d'Apple. Rappelons que l'AOA est un processus complexe, qui nécessite au passage de bien comprendre les fonctions exercées par les succursales et leur siège...

Cette différence de traitement soulève des interrogations sur la rigueur et la cohérence des critères appliqués par la CJUE dans l'évaluation des aides d'État. Cette évolution va bien évidemment faciliter la tâche de la Commission et pourrait avoir des implications importantes pour ses futures investigations. N'oublions pas que certaines affaires sont toujours en cours (Huhtamäki, Ikea et Nike). Au vu des expériences récentes, la Commission pourrait encore chercher à ajuster le tir.

#### D. Sur la souveraineté fiscale des États membres

La série d'investigations en matière d'aides d'État (Amazon, Apple, Fiat, Ikea, McDonald's, Nike, Starbucks...) avait soulevé la question de la souveraineté des États membres en matière de fiscalité et l'application des règles sur les aides d'État par la Commission européenne. L'affaire Apple n'y échappe pas : la décision de la Commission a été perçue négativement en Irlande, où elle a été vue comme une atteinte à la souveraineté fiscale du pays, en violation avec les principes constitutionnels fondamentaux de l'ordre juridique de l'Union européenne. Le gouvernement irlandais et Apple s'étaient émus de la décision, arguant que la

Commission européenne tentait de modifier rétroactivement les règles fiscales du pays.

La CJUE a, cependant, rejeté l'ensemble des arguments et a rappelé que la Commission européenne a le droit de poursuivre des affaires d'aides d'État impliquant des questions fiscales, même si la fiscalité directe relève de la compétence des États membres :

« Conformément à la jurisprudence de la Cour, les interventions des États membres dans les domaines qui n'ont pas fait l'objet d'une harmonisation dans le droit de l'Union ne sont pas exclues du champ d'application des dispositions du TFUE relatives au contrôle des aides d'État. Ainsi, les États membres doivent exercer leur compétence en matière de fiscalité directe, telle celle qu'ils détiennent en matière d'adoption des décisions fiscales anticipatives, dans le respect du droit de l'Union et, notamment, des règles instituées par le TFUE en matière d'aides d'État<sup>25</sup> ».

Sur cet aspect-là, la décision est conforme à la décision Fiat précitée.

Dans une certaine mesure, la décision vient clarifier le conflit entre la souveraineté fiscale des États membres, garantie par l'article 113 du TFUE, et l'obligation de la Commission de surveiller les aides d'État, conformément à l'article 108 de ce même traité, le TFUE présentant peut-être une certaine ambiguïté à ce propos. L'article 113 du TFUE garantit, de son côté, la souveraineté des États membres en matière de fiscalité, disposant que les décisions fiscales nécessitent le consentement de tous les États membres au Conseil européen. En d'autres termes, un seul État membre peut bloquer une directive fiscale proposée. De l'autre côté, l'article 108 du TFUE oblige la Commission européenne à surveiller les aides d'État pour s'assurer que celles-ci sont bien compatibles avec le marché intérieur.

La décision Apple exprime désormais clairement que la souveraineté fiscale des États membres, bien que garantie par l'article 113, n'est pas absolue et doit être exercée en conformité avec les règles de l'Union européenne sur les aides d'État. En tout état de cause, comme l'a d'ailleurs rappelé à juste titre l'avocat général Pitruzzella<sup>26</sup>, la Commission ne pourra jamais se prévaloir des aides d'État pour chercher à harmoniser le droit fiscal de l'Union européenne. En fin de compte, l'Irlande a réussi, malgré elle, à obtenir une décision de la CJUE qui confirme que la fiscalité directe est une compétence légitime de la Commission européenne

25. Arrêt de la CJUE, 10 septembre 2024, C-465/20 P, § 370 (Référence LexNow / ID L2E56DD6E).

26. Conclusions de l'avocat général dans l'affaire C-465/20 P, *Commission c. Irlande e.a.* du 9 novembre 2023, § 1 (Référence LexNow / ID L2E56DD6E).

en matière de concurrence lorsqu'il s'agit d'aides d'État illégales<sup>27</sup>.

## CONCLUSION

Même si beaucoup d'éléments sont intrinsèques à l'affaire Apple, cet arrêt soulève tout de même des questions cruciales sur la cohérence et la prévisibilité des décisions de la CJUE en matière d'aides d'État, un domaine où la clarté est pourtant essentielle pour les groupes multinationaux (et, au passage, pour les administrations fiscales lorsqu'elles octroient des décisions anticipées). Les divergences de l'arrêt Apple avec la jurisprudence antérieure mettent en lumière des tensions dans l'interprétation des règles de sélectivité et de charge de la preuve. Ceci pourrait avoir un impact sur les décisions de la Cour à venir, mais aussi sur la stratégie de la Commission européenne dans ses futures investigations.

Et, si la décision de la CJUE était également un brin politique ? La Cour aurait ainsi pu (indirectement) se laisser influencer par l'agenda fiscal ambitieux de la Commission. Ces dernières années, les mesures en matière fiscale se sont, en effet, multipliées : renforcement de l'échange d'informations avec les directives sur la coopération administrative<sup>28</sup>, directives ATAD<sup>29,30</sup>, projets ACCIS (CCCTB<sup>31</sup>)<sup>32</sup> et DEBRA<sup>33,34</sup>, directive dite « Pilier 2<sup>35</sup> », proposition de directive sur les prix de transfert<sup>36</sup>, proposition de directive relative à un cadre pour l'imposition des revenus des entreprises en Europe (BEFIT)<sup>37,38</sup>, proposition de directive HOT<sup>39,40</sup>... Par ces différentes initiatives, la Commission européenne a affiché sa volonté de modeler la fiscalité du futur. Ces mesures visent principalement à lutter contre les pratiques fiscales abusives, à renforcer l'échange d'informations entre les États membres, mais aussi (en théorie, du moins) à diminuer les coûts de conformité fiscale, en particulier pour les petites et moyennes entreprises et à encourager leur développement.

Les plus optimistes d'entre nous vont jusqu'à affirmer que la décision de la CJUE dans l'affaire Apple pourrait même encourager une harmonisation et une surveillance accrues des systèmes fiscaux au sein des États membres, ce qui est dans l'intérêt public de tous les pays de l'Union européenne<sup>41</sup>. Cela étant dit, décision politique ou pas, l'affaire Apple souligne l'importance de réformes que ce soit à l'échelle européenne ou plus globale. Ainsi, l'affaire milite clairement en faveur d'une harmonisation des règles de prix de transfert au sein de l'Union européenne. La proposition de directive sur les prix de transfert du 12 septembre 2023 de la Commission n'a visiblement pas soulevé l'enthousiasme des foules, mais elle pourrait offrir une solution en établissant des règles claires et uniformes pour un certain nombre de problématiques liées aux prix de transfert, dont par exemple l'attribution des profits aux établissements stables. Une telle directive permettrait de réduire l'incertitude juridique et les divergences d'interprétation, tout en respectant la souveraineté fiscale des États membres. À la lumière de l'arrêt Apple, la perspective d'avoir une directive en matière de prix de transfert nous semble plus réjouissante qu'une Commission, encouragée par sa victoire, qui poursuivrait ses expérimentations hasardeuses. Une nouvelle proposition de directive est attendue pour le mois de juin.

L'arrêt Apple est, enfin, un pied de nez aux États-Unis, qui manquent toujours à l'appel sur l'impôt minimum de 15 % (Pilier 2). En effet, si Pilier 2 avait été en place, les profits d'Apple auraient probablement été soumis à un impôt minimum, réduisant ainsi l'incitation à utiliser des structures fiscales destinées à minimiser l'impôt.

En fin de compte, l'affaire Apple nous rappelle que, dans le domaine de la fiscalité, les règles du jeu peuvent évoluer à tout moment. ■■■

27. J. Stewart, « Apple and the Sovereignty of EU Member States », *Tax Notes International*, vol. 117, 20 janvier 2025.

28. Directive (UE) 2016/881 du Conseil du 25 mai 2016 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal, et Directive (UE) 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration.

29. *Anti-Tax Avoidance Directive* – directive sur la lutte contre l'évasion fiscale.

30. Directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur et directive (UE) 2017/952/UE du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive ATAD 1 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers.

31. CCCTB étant l'acronyme de *Common Consolidated Corporate Tax Base*.

32. COM/2016/0683 final - 2016/0336 (CNS), Proposition de directive du Conseil concernant une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS). Cette initiative visait à instaurer un ensemble commun de règles qui permettent aux entreprises de l'UE de calculer, à partir d'une formule, leur base imposable tout en garantissant une répartition plus efficace des bénéfices entre les pays de l'UE. Elle avait également pour objectif de réduire les coûts de mise en conformité et de faire émerger une approche cohérente

de la fiscalité des entreprises dans l'UE ; la directive Pilier 2 discutée ci-après rend cette initiative caduque.

33. DEBRA étant l'acronyme de *debt equity bias reduction allowance*.

34. Proposition de Directive du Conseil établissant des règles relatives à un abattement pour la réduction de la distorsion fiscale en faveur de l'endettement et à la limitation de la déductibilité des intérêts aux fins de l'impôt sur les sociétés, COM/2022/216 final du 11 mai 2022.

35. Directive (UE) 2022/2523 du Conseil du 14 décembre 2022 visant à assurer un niveau minimum d'imposition mondial pour les groupes d'entreprises multinationales et les groupes nationaux de grande envergure dans l'Union.

36. COM (2023) 529 final du 12 septembre 2023 – Proposition de directive du Conseil relative aux prix de transfert.

37. BEFIT étant l'acronyme de *Business in Europe : Framework for Income Taxation*.

38. Proposition COM/2023/532 final du 12 septembre 2023 – Proposition de directive du Conseil relative à un cadre pour l'imposition des revenus des entreprises en Europe (BEFIT).

39. HOT est l'acronyme de *Head Office tax system*.

40. COM/2023/528 final – Proposition de directive du Conseil établissant un système d'imposition en fonction du siège central pour les micro, petites et moyennes entreprises et modifiant la directive 2011/16/UE.

41. J. Stewart, « Apple and the Sovereignty of EU Member States », *Tax Notes International*, vol. 117, 20 janvier 2025.

# UNE OPÉRATION DE REFINANCEMENT PEUT CONSTITUER UN ABUS DU RÉGIME MÈRE-FILLES

CA, 31 JUILLET, N° 49080C DU RÔLE – ABUS DE DROIT

FLORA CASTELLANI

HEAD OF TAX, UEL



La Cour administrative vient de rendre une décision relative à la notion d'abus de droit en matière fiscale dans le contexte d'une opération de refinancement<sup>1</sup>. Si les décisions rendues par les juridictions administratives sont désormais nombreuses en matière d'abus de droit, celle-ci se distingue par le fait que la Cour a eu, pour la première fois, l'occasion d'analyser les conditions d'application de la clause anti-abus de l'article 166 LIR relatif au régime mère-filles, ainsi que l'interaction entre les différentes clauses anti-abus.

En effet, on rappellera que l'article 166, alinéa 2bis LIR contient depuis 2016 une disposition anti-abus spécifique (ci-après la « clause anti-abus spécifique ») qui prévoit que « [...] l'exonération ne s'applique pas aux revenus visés par la directive 2011/96/UE [...] lorsqu'ils sont alloués dans le cadre d'un montage ou d'une série de montages qui, ayant été mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs 17 principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité de cette directive, n'est pas authentique compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents. Au sens de la présente disposition, un montage, qui peut comprendre plusieurs étapes ou parties, ou une série de montages est considéré comme non authentique dans la mesure où ce montage ou cette série de montages n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique<sup>2</sup> ».

C'est l'application par l'administration de cette disposition et du concept d'abus de droit au sens du § 6 StAnpG (ci-après la « clause anti-abus générale »), qui a donné lieu au litige que la Cour a eu à analyser au cas d'espèce.

## I. RAPPEL DES FAITS

Dans cette affaire, une société luxembourgeoise détenait les titres d'une société belge et avait accordé à cette

dernière un prêt participatif dans le but notamment de financer des titres de dette détenus à l'encontre d'une autre société du groupe. Puis, la société belge a procédé au remboursement en nature du prêt participatif en transférant les titres de dette à leur valeur comptable à sa société mère luxembourgeoise. Cette dernière a ensuite transféré ces titres à leur valeur réelle à une autre société du groupe située en Suisse, réalisant ainsi une plus-value.

La société luxembourgeoise entendait voir cette plus-value exonérée sur la base du régime mère-filles au motif que la transaction était constitutive d'une distribution cachée de bénéfices de la part de sa fille du fait du transfert initial des titres à leur valeur comptable.

L'administration fiscale considéra que l'opération était constitutive d'un abus de droit au sens du § 6 StAnpG au motif qu'elle avait permis de contourner la clause anti-hybride introduite à l'article 166, alinéa 2bis LIR depuis l'année 2016.

En effet, les paiements faits au titre du prêt hybride existant entre la société mère luxembourgeoise et sa filiale belge ne seraient plus exonérés au Luxembourg en application de cette règle antiabus. Or, la reconnaissance d'une distribution cachée au Luxembourg, qui ne donne pas lieu à la reconnaissance d'un intérêt déductible en Belgique, aurait justement permis aux deux sociétés d'éviter une taxation du gain lié au transfert des titres de dette tant au Luxembourg qu'en Belgique. L'administration conclut donc que la transaction était dépourvue de logique commerciale puisqu'elle n'était explicable que par la volonté de contourner la règle antihybride.

Mais l'administration fiscale considéra également que l'opération était constitutive d'un abus au sens de la

1. Décision de la Cour administrative du 31 juillet 2024 n° 49080C (Référence LexNow / ID L2ED56AB3).

2. Loi du 18 décembre 2015 transposant la Directive 2015/121/UE.

clause anti-abus spécifique figurant à l'article 166, alinéa 2bis LIR au motif que la transaction entraînait une double non-imposition qui était un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité de la directive mère-filles.

## II. POSITION DES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

### A. Position du tribunal

Devant le tribunal, le délégué du gouvernement soutint l'existence d'un abus de droit au sens du § 6 StAnpG en considérant que le seul objectif de la transaction était de contourner la disposition anti-hybride prévue à l'article 166, alinéa 2bis LIR.

La société opposa quant à elle que la transaction ne pouvait valablement être remise en cause que si elle n'était pas « authentique », c'est-à-dire réalisée par le biais d'un schéma totalement artificiel qui ne reflète pas la réalité économique. Or, la société insista sur le fait que la transaction était conforme aux conditions contractuelles prévues dans les différents contrats de prêt et qu'elle était justifiée par des raisons économiques et commerciales liées à une réorganisation des activités de financement et de trésorerie du groupe.

Le tribunal<sup>3</sup> confirma quant à lui l'existence d'un abus de droit au sens du § 6 StAnpG en analysant les différentes conditions d'application de la mesure.

Au sujet de l'économie d'impôt, le tribunal releva que si la plus-value inhérente aux titres de créances avait dû être réalisée par la société belge, alors un intérêt variable aurait dû être constaté en exécution du contrat de prêt participatif. Dans la mesure où cet intérêt aurait constitué une charge déductible au niveau de la société belge, le revenu correspondant au niveau de la société demanderesse n'aurait pas pu bénéficier de l'exonération de l'article 166 LIR, du fait de la règle antiabus de l'article 166, alinéa 2bis LIR.

Quant à l'existence d'une voie inadéquate, le tribunal nota que l'objectif économique mis en avant par la société demanderesse, à savoir une restructuration des activités de financement et de trésorerie du groupe de sociétés, constitue, *a priori*, un objectif légitime. Il considéra néanmoins que la voie choisie pour effectuer une telle réorganisation permet, *in fine*, à la société de contourner la règle anti-hybride.

Dans ces conditions, le tribunal retint que cette voie permit l'obtention d'un effet fiscal que le législateur ne pouvait pas être considéré comme ayant voulu accorder dans le cadre d'une application de la loi fiscale conforme à son intention. Par conséquent, tribunal considéra que le critère ayant trait à l'usage d'une voie inadéquate était, lui aussi, rempli en l'espèce.

Quant à l'existence de raisons économiques valables, le tribunal considéra que le simple fait d'utiliser une faculté de remboursement en nature prévue par le contrat de prêt n'est pas une justification suffisante et que la transaction ne répondait par ailleurs à aucune logique commerciale puisqu'aucun tiers n'aurait accepté, dans une telle situation, de céder les titres concernés à leur valeur comptable. Le tribunal conclut donc que la société n'avait pas avancé de motifs économiques permettant d'expliquer pour quelles raisons, autres que celle de contourner la règle anti-abus visée à l'article 166, alinéa 2bis LIR, il avait été décidé de recourir à une telle opération complexe.

Le tribunal confirma donc que les conditions de l'abus de droit au sens du § 6 StAnpG étaient bien remplies au cas d'espèce.

### B. Position de la Cour

En appel, le contribuable contesta l'existence d'un abus de droit essentiellement pour les raisons suivantes :

- L'existence d'une économie d'impôt devrait être vérifiée par rapport à la situation antérieure à la mise en œuvre d'une opération, comme l'aurait rappelé la Cour dans un arrêt du 23 décembre 2021<sup>4</sup>, et non à partir d'une voie différente qui serait jugée plus adéquate par la partie étatique ou par le tribunal. Dans le cas d'espèce, pour vérifier l'existence d'une économie d'impôt, il aurait donc appartenu au tribunal de prendre en considération les conséquences fiscales résultant du maintien de la situation antérieure au transfert des titres de créances par la société belge ;
- L'existence d'une économie fiscale en Belgique ne devrait pas être prise en considération puisqu'il serait admis par la doctrine et la jurisprudence de la Cour qu'un avantage fiscal réalisé à l'étranger serait à ignorer pour les besoins de l'application du § 6 StAnpG ;
- Sur l'utilisation d'une voie inadéquate, les contribuables devraient avoir la liberté d'exercer leur activité sous la forme la plus appropriée et la moins coûteuse. L'existence d'un grand nombre de voies, et parmi elles une voie plus

3. Trib adm., 15 mai 2023, n° 46042 (Référence LexNow / ID L26D8BB4B).

4. C. adm., décision n° 45696C (Référence LexNow / ID 20211228860).

adéquate, ne devrait pas mener à la qualification de toute autre voie comme inadéquate. En l'occurrence, la restructuration du financement et de la trésorerie de groupe aurait été la voie la plus adéquate et elle ne saurait être qualifiée de non authentique au motif qu'elle permettrait une exonération au risque d'annihiler purement et simplement le principe du libre choix de la voie la moins imposée par le contribuable ;

- Le fait d'apprécier le caractère approprié des voies à la disposition de sa filiale belge aurait violé le principe de non-immixtion dans la gestion d'un contribuable non-résident. En outre, il serait erroné de tenir compte de la globalité des opérations litigieuses puisque le cas d'espèce serait régi par le seul droit belge ; et
- Enfin, quant à l'existence de motifs non fiscaux valables pour justifier la voie choisie, la société souligne que le tribunal aurait admis que la restructuration des activités de financement et de trésorerie du groupe constitue « *a priori* un objectif légitime », mais qu'il n'en aurait pas tiré les conclusions appropriées.

La société reprocha ensuite aux premiers juges d'avoir uniquement considéré l'abus de droit et de ne pas avoir pris position quant à l'existence d'une distribution cachée de bénéfices conformément à l'article 164 LIR. En effet, vu que le prêt participatif qu'elle a accordé à sa filiale belge aurait été fiscalement traité « d'investissement en capital supplémentaire » au sein de cette dernière, l'exonération prévue par le régime des sociétés mères et filiales aurait dû trouver application.

La partie étatique demanda de son côté la confirmation intégrale du jugement entrepris au motif que les critères prévus par l'abus de droit au § 6 StAnpG seraient remplis. De plus, l'État soutint que les opérations litigieuses seraient également à qualifier d'abus de droit au sens de l'article 166, alinéa 2bis LIR.

La Cour confirma l'existence d'un abus de droit au cas d'espèce, mais sur un fondement différent de celui retenu par le tribunal en première instance. En effet, la Cour considéra que l'opération constituait un abus de droit au sens de l'article 166, alinéa 2bis LIR, sans analyser les dispositions du § 6 StAnpG.

Pour arriver à cette conclusion, la Cour réalisa un raisonnement en deux temps. Elle s'attacha, dans un premier temps, à déterminer quelle était la base légale applicable avant, dans un second temps, d'apprécier si les conditions

de l'abus de droit au sens de l'article 166, alinéa 2bis LIR étaient remplies.

Quant à la base légale applicable, la Cour nota que la partie étatique a conclu à l'existence d'un abus de droit sur le fondement de deux sources juridiques distinctes qu'elle avait appliquées successivement à l'opération en cause, à savoir le § 6 StAnpG et l'article 166, alinéa 2bis LIR.

Or, la Cour rappela qu'il convient, en présence de deux sources juridiques distinctes et de même rang, d'appliquer en premier lieu la disposition légale qui présente le caractère de disposition spéciale en ce qu'elle vise une pratique fiscale abusive précisément identifiée et ouvertement visée par le législateur.

Une telle lecture, donnant prééminence à la disposition spéciale anti-abus par rapport à la règle générale, relève de la volonté exprimée par le législateur dans le cadre des travaux parlementaires ayant mené à l'adoption de la loi transposant la Directive « ATAD » en droit interne<sup>5</sup>. À cette occasion, il a été clairement affirmé que « [e]n ce qui concerne la potentielle interaction des différentes clauses anti-abus en matière fiscale, les dispositions spéciales l'emportent sur la loi générale. Il convient d'attirer l'attention sur le considérant 11 de la directive [2016/1164] qui prévoit notamment ce qui suit : "des clauses anti-abus générales sont prévues dans les systèmes fiscaux pour lutter contre les pratiques fiscales abusives qui n'ont pas encore été traitées par des dispositions spécifiques. Les clauses anti-abus générales servent donc à combler des lacunes ; elles ne devraient pas avoir d'incidence sur l'applicabilité des clauses anti-abus spécifiques". Ainsi, si un dispositif fiscal abusif entre dans le champ d'application d'une clause anti-abus spéciale (par exemple de la règle SEC introduite par le présent projet de loi), c'est cette dernière qui a vocation à le traiter. Il y a cependant lieu de relever que si les éléments constitutifs des dispositions anti-abus spéciales ne sont pas remplis, la clause anti-abus générale est susceptible de s'appliquer de par sa vocation générale<sup>6</sup> ».

Dans la mesure où la société revendiquait précisément le bénéfice du régime mère-filles au cas d'espèce, la Cour a donc conclu que les premiers juges ont méconnu l'ordonnement juridique applicable en ayant directement procédé à l'analyse des conditions prévues au § 6 StAnpG pour retenir l'existence d'un abus de droit au lieu de se fonder sur les dispositions de l'article 166, alinéa 2bis LIR.

5. Loi du 21 décembre 2018, mémorial A n° 1164, transposant en droit national la directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe

sur le fonctionnement du marché intérieur, communément appelée directive ATAD (*Anti Tax Avoidance Directive* ou « ATAD »).

6. Voir projet de loi n° 7318.

Quant à l'existence d'un abus de droit, la Cour a tout d'abord constaté que la règle antihybride figurant à l'article 166, alinéa 2bis LIR n'était pas applicable au cas d'espèce à défaut pour la société belge d'avoir comptabilisé en Belgique des intérêts fiscalement déductibles au titre du prêt participatif qui lui avait été accordé.

Dans la mesure où la condition de déductibilité posée par l'article 166, alinéa 2bis LIR est un critère formel dont la réalité doit être constatée par la juridiction saisie, la Cour a donc considéré que le mécanisme anti-abus concerné ne pouvait effectivement pas trouver application. Par voie de conséquence, aucun abus de droit ne saurait être caractérisé en application de la première condition posée par l'article 166, alinéa 2bis LIR.

La Cour a ensuite analysé si les conditions d'application de l'autre clause anti-abus spécifique figurant à l'article 166, alinéa 2bis LIR étaient ou non remplies. Elle a ainsi dû analyser si les revenus de participation litigieux avaient ou non été alloués « dans le cadre d'un montage ou d'une série de montages qui ne sont pas authentiques, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents, au motif qu'il a été mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité de l'article 166 LIR et la directive 2011/96 ».

À cet égard, la notion de « non authentique » vise « un montage ou une série de montages dépourvus de motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique ». Au cas d'espèce, la Cour a considéré que cette condition n'était pas remplie, indépendamment du fait que la réorganisation du financement et de la trésorerie du groupe est, *a priori*, un objectif légitime pour mettre en évidence la rationalité de certaines opérations mises en œuvre au sein du groupe.

En effet, la Cour a expliqué qu'il ne pouvait raisonnablement être admis que le choix d'allouer les titres de créances en remboursement intégral du prêt participatif reposait sur un motif commercial valable autre que celui de tirer avantage de l'exonération fiscale permise par la directive mère-filles. En transférant ces titres à leur valeur nominale, la Cour a estimé que la société avait déjoué tout sens commercial, y compris dans le cadre d'une transaction intragroupe, et avait réalisé une opération qu'une société tierce n'aurait jamais accepté de faire, se plaçant ainsi en contrariété manifeste avec la finalité de la directive mère-filles.

Par ailleurs, une cession directe des titres à la société suisse, à leur valeur réelle, aurait été une voie possible,

permettant à la société belge d'obtenir des liquidités pour rembourser ensuite le prêt participatif. Toutefois, une telle transaction aurait donné lieu à la constatation d'un intérêt déductible en Belgique et d'un profit taxable entre les mains de la société luxembourgeoise.

Sur la base de ces différents éléments, la Cour a donc conclu que l'opération réalisée par la société avait pour seul objectif d'échapper à l'impôt du fait du mécanisme anti-abus de l'article 166 LIR et était constitutive d'un abus de droit au sens de cette disposition, sans qu'il soit nécessaire d'examiner les dispositions du § 6 StAnpG.

### III. ANALYSE

Cette décision est intéressante en ce qu'elle illustre, pour la première fois, la mise en œuvre de la clause anti-abus spécifique du régime mère-filles et en ce qu'elle clarifie l'articulation qui doit être faite entre les clauses anti-abus spécifiques et la clause anti-abus générale de l'abus de droit au sens du § 6 StAnpG.

La Cour a tout d'abord rejeté l'approche prise par l'administration fiscale qui avait invoqué deux fondements pour remettre en question la transaction litigieuse, celui de l'abus de droit du § 6 StAnpG et celui de la clause anti-abus spécifique de l'article 166, alinéa 2bis LIR, approche qui avait donné lieu à la reconnaissance d'un abus de droit sur la base du § 6 StAnpG par le tribunal en première instance.

La Cour a ainsi confirmé le fait qu'en présence de deux sources juridiques distinctes et de même rang, les dispositions d'une clause anti-abus spécifique doivent toujours être appliquées en premier lieu, la clause anti-abus générale ne devant alors jouer que par défaut. La Cour a donc indirectement confirmé, par la même occasion, le fait que les deux types de règles peuvent trouver à s'appliquer conjointement à une même situation, à condition de respecter l'ordre d'application ainsi défini. Dès lors, l'application du § 6 StAnpG, en tant que règle anti-abus générale, ne peut pas être *de facto* exclue du simple fait qu'une disposition anti-abus spécifique soit applicable à la situation litigieuse.

Cette position est d'ailleurs celle défendue par le législateur qui a indiqué, en ce qui concerne la potentielle interaction des différentes clauses anti-abus en matière fiscale, que « si les éléments constitutifs des dispositions anti-abus spéciales ne sont pas remplis, la clause anti-abus générale est susceptible de s'appliquer de par sa vocation générale<sup>7</sup> ». Une telle lecture donne donc prééminence aux différentes dispositions spéciales anti-abus

7. Projet de loi n° 7318, exposé des motifs.

par rapport à la règle générale telle qu'elle figure dans le § 6 StAnpG, sans pour autant exclure *de facto* son application.

Au cas d'espèce, cette problématique était assez théorique dans la mesure où les conditions d'application des deux clauses anti-abus étaient assez proches et où la clause anti-abus spécifique aurait même des conditions d'application moins strictes que celle de l'abus de droit (dans sa version applicable avant 2019). Il n'est donc pas surprenant que les deux degrés de juridictions soient arrivés à la même conclusion bien que sur des fondements différents (i.e., confirmation de l'existence d'un abus de droit, sur le fondement du § 6 StAnpG en première instance, puis sur le fondement de l'article 166, alinéa 2*bis* LIR en appel).

Néanmoins, on notera que certains pays ont choisi de supprimer la clause anti-abus spécifique du régime mère-filles de leur législation fiscale à la suite de l'introduction de la clause anti-abus générale en droit interne (résultant de la transposition de la Directive ATAD). C'est notamment le cas de la France qui a abrogé la clause anti-abus propre au régime mère-filles au titre des exercices ouverts à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2019.

Il serait sans doute logique que les autres pays européens en fassent de même, soit de manière unilatérale, soit sur recommandation de la Commission européenne. À cet égard, on notera que cette dernière vient de lancer une initiative visant à évaluer la Directive ATAD<sup>8</sup>. L'évaluation portera notamment sur le fonctionnement de cette directive, sous la forme d'une évaluation qualitative et quantitative de l'efficacité des mesures de ladite directive en tant que norme minimale de lutte contre la planification fiscale agressive, ainsi que sur le point de savoir si les mesures sont adaptées aux évolutions futures, notamment si elles sont adaptées aux objectifs visés, et si elles restent pertinentes eu égard à l'introduction de la directive (UE) 2022/2523 du Conseil du 14 décembre 2022 relative à un niveau minimum d'imposition mondial (dite Directive « Pilier 2 »).

Dans ce contexte, une conclusion logique à en tirer serait, à notre avis, la nécessité de supprimer la clause anti-abus spécifique figurant dans la Directive mère-filles.

Ensuite, la Cour a eu à analyser les conditions d'application de la clause anti-abus spécifique et notamment la notion de montage « non authentique ». À cet égard,

la Cour a utilement rappelé, tel qu'il se dégage des travaux parlementaires, que cette notion « reflète en substance la démarche ressortant de la jurisprudence luxembourgeoise qui a déjà retenu l'absence de motifs extra-fiscaux valables comme un élément constitutif de l'abus en matière fiscale [...] »<sup>9</sup>.

La Cour a également confirmé que la notion d'abus de droit implique une analyse globale des transactions prises dans leur ensemble, et ce, indépendamment du fait que certaines transactions ont pu être faites par des contribuables situés à l'étranger (et en l'occurrence en Belgique). Cette conclusion s'expliquait par le fait qu'il s'agissait d'opérations intragroupe et que la société étrangère impliquée n'était autre que la filiale directe de la société luxembourgeoise, dont elle détenait d'ailleurs l'intégralité des parts au moment des faits litigieux. Par ailleurs, la Cour a relevé qu'une telle approche se justifiait également « afin de ne pas porter atteinte à l'effectivité du droit de l'Union en ce que ce droit supérieur exige une interprétation conforme de la directive par les États membres auxquels il appartient de tenir compte de "l'ensemble des faits et circonstances pertinentes" dans l'analyse d'un détournement éventuel de la finalité de la directive 2011/96/UE conformément au libellé clair de l'article 166, alinéa 2*bis* LIR » et par le fait que « conformément à la jurisprudence de la CJUE, "le constat éventuel d'un montage abusif ou frauduleux qui justifierait l'inapplicabilité [d'une directive] emporterait également comme conséquence l'inapplicabilité des libertés fondamentales garanties par le traité FUE" ».

Une telle lecture du texte se justifie, à notre sens, par le fait que la disposition en question vise à éviter des abus de la Directive mère-filles qui, par définition, concerne des flux et transactions transfrontalières. Vérifier un possible abus de cette Directive en se limitant à analyser uniquement les opérations conclues sur le territoire national reviendrait à limiter considérablement la portée de cette disposition.

Cela étant, quand bien même les opérations doivent être appréciées dans leur globalité en prenant en considérations certaines étapes qui auraient pu être réalisées à l'étranger, il n'en reste pas moins, à notre avis, que l'avantage fiscal qui découle de la transaction ne doit être analysé que du point de vue des impôts luxembourgeois. Ce point n'a toutefois pas été abordé par la Cour au cas d'espèce.

Cette problématique reste néanmoins particulièrement importante dans le contexte actuel où un grand nombre

8. Appel à contribution courant du 31 juillet au 11 septembre 2024, [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/14287-Directive-sur-la-lutte-contre-le-viasion-fiscale-ATAD-Evaluation\\_fr](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/14287-Directive-sur-la-lutte-contre-le-viasion-fiscale-ATAD-Evaluation_fr).

9. Projet de loi n° 7318, commentaire des articles, ad article 4, 1<sup>o</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, p. 32.

de législations anti-abus européennes ou internationales viennent encadrer les opérations transfrontalières. C'est notamment le cas des nouvelles règles du Pilier 2, dont l'interaction avec la notion d'abus de droit devra encore être clarifiée.

En effet, sur base d'une interprétation stricte, toute transaction réalisée entre sociétés du groupe, même situées en dehors du Luxembourg, pouvant affecter le montant d'impôt complémentaire dû par les entités luxembourgeoises (entités constitutives et entités mères ultimes), devra être analysée au regard de la notion d'abus de droit telle qu'elle existe au Luxembourg, ce qui ajoutera une complexité supplémentaire à l'application des règles du pilier 2 par chaque contribuable. Une des questions qui se pose à cet égard est de savoir si les dispositions du § 6 StAnpG pourraient trouver à s'appliquer à des transactions réalisées par des sociétés du groupe, et ce même si aucune entité luxembourgeoise n'est impliquée (en tout ou partie) dans les transactions concernées.

Par ailleurs, il conviendra de déterminer si la notion « d'avantage fiscal » inclut ou non l'impôt complémentaire éventuellement contourné dans une autre juridiction.

Enfin, il est intéressant de noter que la Cour a indirectement confirmé que la notion de motif « commercial valable » au sens de l'article 166, alinéa 2bis LIR continue d'avoir une acception large, en ligne avec la jurisprudence antérieure, en ce qu'elle inclut notamment les réorganisations intragroupe.

La Cour a en effet indiqué que « le motif de la réorganisation du financement et de la trésorerie du groupe est *a priori* un objectif légitime pour mettre en évidence la rationalité de certaines opérations mises en œuvre au sein du groupe ». À cet égard, on notera d'ailleurs que les autorités fiscales françaises avaient également pris une position similaire (avant l'abrogation de cette disposition dans leur droit interne) en indiquant que « pour l'application de cette disposition, la notion de motifs commerciaux s'entend au sens large de toute justification économique même si elle n'est pas liée à l'exercice d'une activité commerciale au sens de l'article 34 du CGI. Sont donc susceptibles d'être considérées comme présentant des motifs valables au sens de la clause des structures de détention patrimoniale, d'activités<sup>10</sup> ».

En revanche, il est dommage que la Cour n'ait pas autrement clarifié les autres conditions d'application de cette disposition et notamment la question des modalités d'appréciation de la notion « d'objectif principal ou l'un de ses objectifs principaux ». À cet égard, il conviendrait notamment de préciser comment une éventuelle pondération entre les différents objectifs devrait être faite dans le cas où un montage procure des avantages à la fois d'ordre économique et d'ordre fiscal. Ces éléments seront en effet particulièrement importants à l'avenir puisque les conditions d'application de la nouvelle notion d'abus de droit, figurant au § 6 StAnpG tel que modifié en 2019, sont similaires aux conditions d'application de la clause anti-abus spécifique du régime mère-filles.

10. Voir instruction administrative d'octobre 2016, BOI-IS-BASE-10-10-10-10, [https://bofip.impots.gouv.fr/bofip/1924-PGP.html/identifiant%3DBOI-IS-BASE-10-10-10-10-20161005#En\\_outr\\_e\\_le\\_service\\_dispos\\_059](https://bofip.impots.gouv.fr/bofip/1924-PGP.html/identifiant%3DBOI-IS-BASE-10-10-10-10-20161005#En_outr_e_le_service_dispos_059).

# Jurisprudence

## JURISPRUDENCE – IMPÔTS DIRECTS

JANVIER – JUIN 2024

SERGE SCHROEDER

La présente chronique se base sur une sélection de sujets ayant fait l'objet de décisions judiciaires en matière d'impôts directs durant la période indiquée. Elle consiste à reprendre les motifs essentiels contenus dans les décisions citées quant à ces sujets. En revanche, les résumés ne relatent pas tous les points jugés dans ces décisions, mais se limitent aux sujets sélectionnés. Les décisions qui sont commentées dans des articles publiés dans la Revue sont omises afin d'éviter les doubles emplois. Les résumés sont agencés dans la logique suivante : les règles de fond des impôts directs ; les procédures en matière d'impôts directs ; le droit fiscal international

**Société civile immobilière (SCI) – bénéfice de cession** de sa participation par un associé – **qualification fiscale** – art. 14, n° 4 LIR – conditions pour la qualification comme bénéfice commercial – absence d'incidence des circonstances d'une cession antérieure de parts dans la SCI par un autre associé – critère du **but de lucre** – recherche effective d'un gain pécuniaire

Trib. adm. 5 juin 2024,

N° 47184 du rôle, non appelé

LexNow Référence / ID L25ED4534

Il résulte des articles 14, numéro 4, et 15, alinéa (1) LIR que le bénéfice réalisé par un coexploitant ou associé dans la cession à titre onéreux de ses participations détenues dans une société civile qualifiée de bénéfice commercial, à la condition que la société civile en question réalise elle-même un revenu qui qualifie de bénéfice commercial au sens de l'article 14, numéro 4 LIR, ce qui est le cas lorsque, d'une part, son revenu provient d'une activité exercée à but de lucre, et, d'autre part, la majorité de ses parts est détenue par une ou plusieurs sociétés de capitaux.

En l'espèce, il est constant en cause que la SCI A est une société de personnes dite fiscalement transparente en matière d'impôt sur le revenu en application du § 11bis de la loi d'adaptation fiscale du 16 octobre 1934. Il est également constant en cause qu'à la date de la cession litigieuse, la SCI A était notamment détenue par la société B à hauteur de 67,50 % laquelle qualifie, de façon non contestée, de société de capitaux.

Les considérations avancées par le demandeur au sujet des conditions et modalités dans lesquelles Monsieur Y a procédé à la cession d'une partie de ses parts détenues dans la SCI A en faveur de la société B, en ce compris le défaut de publicité allégué de cette cession, sont à rejeter,

dans la mesure où elles reviennent à enjoindre au tribunal de procéder à une analyse qui ne relève pas de son champ de compétence *ratione materiae* – d'ordre public. En effet, aux termes de l'article 98 de la Constitution, les tribunaux judiciaires ont compétence générale en toute matière sauf exception, tandis que l'article 99 de la Constitution attribue le contentieux administratif et fiscal aux juridictions administratives. Ainsi, un contrat donne naissance, dans le chef des parties, à des droits subjectifs dont le juge est celui de l'ordre judiciaire et il en va de même du contentieux de l'exécution ou de la réalisation des contrats, qui met en jeu des droits subjectifs et qui est du ressort exclusif des tribunaux de l'ordre judiciaire.

Dès lors, la circonstance que la cession par Monsieur Y de ses parts détenues dans la A en faveur de la société B aurait été faite en violation de dispositions légales ou statutaires – questions ne relevant pas du contentieux administratif et fiscal pour porter sur des droits subjectifs – n'est pas de nature à influencer, en matière d'impôts directs dictée par le principe de l'appréciation économique (*wirtschaftliche Betrachtungsweise*), sur le constat de l'existence d'une détention de participation par la société B au moment de la cession par le demandeur de ses propres parts dans la SCI A ni, *a fortiori*, sur la seule question litigieuse en l'espèce qui est celle de savoir si la SCI A exerçait, au titre de l'année d'imposition en cause, une activité « à but de lucre » au sens de l'article 14, numéro 4 LIR.

Il se dégage du libellé de l'article 14, numéro 4 LIR qu'une activité est susceptible de revêtir la qualification d'activité commerciale au sens de cette disposition, même « en l'absence d'une activité rentrant parmi celles visées par le numéro 1 » dudit article 14 LIR, de sorte qu'il est indifférent que l'activité en question soit exercée à titre indépendant, qu'elle revête un caractère de permanence et qu'elle participe à la vie économique générale, comme

ledit numéro 1 de l'article 14 LIR l'exige, alors que le seul élément requis par le numéro 4 LIR litigieux porte sur l'existence d'un « but de lucre ». Le critère du but de lucre visé au numéro 4 de l'article 14 LIR, est identique à celui visé au numéro 1 dudit article, de sorte que les principes afférents sont applicables *mutatis mutandis*. L'analyse à laquelle il y a lieu de se livrer, en l'espèce, porte sur la question de savoir si l'activité de la SCI A se révèle être, le cas échéant, une activité bénévole ou d'amateur, dans la mesure où le critère de but de lucre vise justement à les distinguer des activités commerciales.

En l'espèce, alors même que le gérant de la SCI A a longtemps négligé de recouvrer les loyers réduits par la société d'exploitation détenue par le même gérant et provoqué de la sorte les litiges avec les autres associés de la SCI qui ont accusé le gérant d'une mauvaise gestion et entamé des actions afin que la SCI perçoive ses loyers, il n'en reste pas moins que le comportement de la SCI A matérialisé par le comportement adopté et les démarches entreprises par ses associés, en ce compris par le demandeur, tendent en définitive à la recherche effective d'un gain pécuniaire, ne serait-ce qu'à titre accessoire, illustrant elle-même l'existence d'un comportement économiquement raisonnable adopté par eux à cet effet. Notamment l'assignation en justice en réparation du dommage subi entreprise par le demandeur illustre précisément sa volonté de remédier à la situation économique et financière de la SCI A en vue de générer un rendement et, en définitive, de « partager le bénéfice » et d'obtenir réparation de son préjudice financier allégué. Ces éléments vont à l'encontre de toute volonté d'exercer une activité d'amateur ou de bénévolat.

Dès lors, à la date de la cession par le demandeur de ses parts sociales détenues dans la SCI A, cette dernière exerçait une activité à but de lucre, partant une activité commerciale au sens de l'article 14, numéro 4 LIR. ■■■■

**Dépenses d'exploitation** – niveau de la dépense – questions liées au **principe de pleine concurrence** – incidence (non) – déduction de redevances pour l'utilisation d'une marque – **sponsoring d'activités sportives** – nécessité d'une contrepartie adéquate

Trib. adm. 19 février 2024

N° 46404, non appelé

LexNow Référence / ID L2B83E456

Il ne ressort pas des dispositions de l'article 45, paragraphe (1) LIR qu'une dépense doit être économiquement justifiée pour être portée en déduction, alors que le contribuable est seul juge de l'opportunité et de la nécessité d'engager une dépense. En revanche, le principe de l'appréciation économique (*wirtschaftliche Betrachtungsweise*)

impose que la dépense soit économiquement rattachable à l'activité effectivement exercée.

Les considérations de la partie étatique qui ont trait au respect du principe de pleine concurrence visent *in fine* à déterminer la part de revenus attribuables à un contribuable déterminé, et plus généralement à délimiter le pouvoir d'imposition d'un État déterminé, tandis que la question de la déductibilité des dépenses d'exploitation se situe, en amont, à un stade antérieur à l'attribution des revenus réalisés et *a fortiori* antérieur à la phase de réalisation des revenus.

L'article 45, paragraphe (1) LIR a, en effet, pour *ratio legis* de délimiter et de séparer les dépenses professionnelles et les dépenses engagées pour des besoins personnels, qu'il s'agisse des besoins personnels du contribuable en question ou de celui d'autres personnes, dont notamment ses associés ou actionnaires.

L'article 45, paragraphe (1) LIR n'exige pas que le montant de la dépense engagée constitue une contrepartie parfaitement symétrique au revenu effectivement réalisé par la suite. Il suffit que la contrepartie soit, tel que relevé ci-avant, suffisante dans son ensemble.

Dans ces conditions, le tribunal retient en l'espèce, dans le stricte cadre de l'article 45, paragraphe (1) LIR, que l'exercice d'une activité par la société demanderesse consistant en l'exploitation de la marque « ... » constitue une contrepartie adéquate suffisante aux dépenses engagées par la société demanderesse – à savoir le paiement des redevances –, qui est de nature à démontrer l'existence d'un lien de causalité exclusif suffisant, et, par voie de conséquence, à exclure que les paiements litigieux aient été effectués pour les besoins personnels de la société titulaire de la marque, tel que semble le suggérer la partie étatique.

Si les frais engagés par une entreprise commerciale en vue du **sponsoring d'activités sportives** sont susceptibles de constituer des dépenses d'exploitation au sens de l'article 45 LIR et s'il n'est pas requis, à cet égard, que l'activité de l'entreprise soit elle-même liée à ce sport, l'engagement de ces frais doit toutefois procurer à l'entreprise une contrepartie adéquate qui soit de nature à bénéficier à son activité, cette contrepartie pouvant notamment consister en le droit à une certaine publicité ou en le nouement ou la continuation d'une relation d'affaires.

En l'espèce, il n'appert pas en quoi « les activités de distribution » et de placements de panneaux photovoltaïques de la société demanderesse pourraient profiter de cet engagement de sponsoring se résumant à la prise en

charge de frais de participation d'un conducteur à des rallyes. Or, il aurait incombé à la société demanderesse de démontrer concrètement l'existence d'une contrepartie de publicité effective en ce sens qu'elle aurait réellement mis à profit les voies publicitaires lui offertes. —

Art. 164bis LIR – **Régime d'intégration fiscale** – **droit de réclamer** contre les bulletins de la société intégrée réservé à la société intégrante – art. 50bis LIR – **régime d'exonération partielle des revenus de propriété intellectuelle** – condition d'être propriétaire juridique ou économique des biens donnant lieu aux revenus – **preuve de la propriété économique** face aux formes juridiques choisies

Cour adm. 20 février 2024

N° 49388C du rôle

LexNow référence / ID L2D47DD59

En application des dispositions des articles 164bis LIR et 1<sup>er</sup>, alinéa 4, du règlement grand-ducal du 18 décembre 2015, **la société intégrante est passible de l'impôt sur le revenu des collectivités** correspondant au revenu imposable du groupe soumis au régime de l'intégration fiscale et qu'en conséquence le revenu imposable de la société (A) en tant qu'entité intégrée se chiffre depuis l'application du régime d'intégration fiscale à (O) zéro euro, l'imposition étant faite au niveau de l'entité intégrante.

C'est à bon droit que le directeur, confirmé par les premiers juges, en a déduit que la réclamation de la société (A) était à déclarer irrecevable faute d'intérêt à agir, les bulletins litigieux n'ayant pas retenu de charge fiscale dans son chef.

C'est à tort que la société (A) fait valoir qu'elle serait en droit de réclamer contre les bulletins litigieux, nonobstant l'absence de fixation de cote d'impôt positive à son égard, au motif que l'application de l'article 50bis LIR devrait être considérée comme étant un avantage fiscal au sens du paragraphe 235 AO. En effet, le bureau d'imposition a été amené à examiner la question de l'applicabilité de l'article 50bis LIR dans le cadre de l'imposition de la société (B), examen à la suite duquel un bulletin au sens du paragraphe 211 AO a été émis, sans que la question de l'application de l'article 50bis LIR n'ait fait l'objet d'une décision séparée susceptible de tomber dans le champ d'application de l'alinéa (5) du paragraphe 235 AO invoqué par la société (A).

S'il est certes vrai que l'article 50bis LIR ne mentionne pas *expressis verbis* que son bénéfice est réservé au **propriétaire des droits y visés**, cette conclusion se dégage toutefois nécessairement de l'économie générale de cette disposition et est confirmée par l'intention du législateur se dégageant des travaux parlementaires. Les appelantes

ne sont pas à suivre dans leur thèse selon laquelle l'article 50bis LIR pourrait aussi s'appliquer au bénéficiaire d'un droit d'exploitation en vertu d'un contrat de licence auquel les droits de propriété intellectuelle visés ne sont toutefois pas à attribuer, mais il convient de retenir que l'exonération de l'article 50bis LIR est réservée au seul propriétaire – juridique ou économique – de ces droits.

En application du *principe de l'appréciation économique des opérations*, la juridiction saisie ne saurait s'arrêter aux seules formes juridiques choisies par les parties pour réaliser une opération déterminée, mais elle est appelée, au-delà de l'apparence juridique, à rechercher et à analyser la réalité économique recouverte par lesdites formes juridiques, étant relevé qu'il est de principe en droit fiscal que les faits et les actes juridiques doivent être interprétés et appréciés d'après des critères économiques.

À cet égard, la Cour relève toutefois d'ores et déjà que l'application de ce principe présuppose que les éléments du dossier fassent ressortir un certain doute, en l'occurrence tel que cela est allégué par les appelantes, sur l'identification du propriétaire des Marques. En revanche, le contribuable ne saurait se prévaloir, en s'appuyant sur ce principe, d'une prétendue réalité économique qui repose exclusivement sur ses propres allégations, mais qui sont contredites par les formes juridiques choisies et qui ne sont soutenues par aucun autre élément. C'est en ce sens que les premiers juges ont rappelé qu'il ne saurait être permis à un contribuable de se servir du principe de la réalité économique pour contredire ses propres pièces non équivoques.

Le contribuable qui entend prospérer dans sa démarche de voir requalifier une apparence qu'il a lui-même créée par les formes juridiques qu'il a choisies, et ce à travers le recours au principe d'appréciation économique, doit fournir la preuve d'une disparité entre la forme juridique et la réalité économique. En l'occurrence, il doit établir que le ou les auteur(s) de l'opération à requalifier entendaient réaliser une certaine opération d'un point de vue économique, qu'ils l'ont effectivement réalisée et que la qualification juridique retenue ne reflète finalement pas sa/leur volonté. —

Art. 166 LIR – **privilège mère-filiale** – condition de la **détention de la participation** – incidence d'un prêt d'actions – incidence sur la propriété juridique – examen relatif à la propriété économique – conséquences comptables d'un transfert de propriété – inscription d'une **créance-titres** – **valorisation de la créance-titres** – application du § 10 BewG

Cour adm. 6 février 2024

N° 48715C du rôle

LexNow Référence / ID L2B893635

L'article 166 LIR doit être interprété en ce sens qu'une participation est en principe à **considérer comme étant détenue** par le bénéficiaire des revenus de participation lorsque ce dernier a la **qualité de propriétaire juridique de la participation**. Le détenteur de la participation est en effet celui qui est placé dans un rapport juridique direct avec la société filiale – sous la réserve de l'alinéa (3) de l'article 166 LIR – qui lui confère les droits inhérents à la qualité d'associé ou d'actionnaire de cette société. Un rapport juridique du bénéficiaire des revenus avec une personne morale tierce qui porte sur certains de ces droits reste sans influence sur la reconnaissance de la détention de la participation par le bénéficiaire tant que ce dernier rapport juridique n'a pas pour effet de transférer à la personne morale tierce l'exercice de l'essentiel des droits et risques inhérents à la qualité d'associé ou d'actionnaire par rapport à la société filiale. Ce ne serait que dans cette dernière hypothèse que la personne morale tierce pourrait se prévaloir de la qualité de détenteur de la participation, en tant que propriétaire économique, et se substituer de la sorte au propriétaire juridique en tant que détenteur de la participation.

#### **Quant à l'allocation de la propriété juridique des titres prêtés**

Quant à l'effet du prêt d'actions sur la propriété juridique, la Cour relève que selon l'article 1874 du Code civil, il convient de distinguer le prêt à usage du prêt de consommation, le prêteur demeurant propriétaire de la chose prêtée dans le cadre du prêt à usage (article 1877 du Code civil), tandis que l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée dans le cadre du prêt de consommation (article 1893 du Code civil).

La doctrine française admet que le prêt de titres est un prêt de consommation de l'article 1892 du Code civil, qui transfère la propriété des titres à l'emprunteur qui peut donc en disposer pour couvrir un défaut de livraison ou réaliser une opération de marché. Il n'est pas nécessaire que l'objet du prêt de consommation soit un bien objectivement consommable par nature. Il faut, en revanche, qu'il s'agisse de choses fongibles avec d'autres, c'est-à-dire interchangeables, et pouvant se substituer indifféremment les unes aux autres. C'est là une condition essentielle, car l'emprunteur doit pouvoir disposer de la chose empruntée dont il est propriétaire et restituer, par équivalent, une chose identique remplissant la même fonction libératoire. De cette fongibilité peut découler une consommabilité, non pas objective au regard de la nature de la chose, mais appréciée subjectivement au regard de l'intention des parties. Au Luxembourg, alors que la doctrine plus ancienne plaide encore en partie pour la qualification du prêt de titres comme prêt à usage, la doctrine plus récente plaide actuellement en faveur du suivi de la

qualification comme prêt de consommation admise en France et en Belgique et de l'application du traitement comptable afférent.

Néanmoins, au vu de la liberté contractuelle dont bénéficient les parties, il convient d'examiner les stipulations concrètes des différents contrats de prêts conclus par l'appelante.

Il se dégage des contrats soumis qu'ils comportent l'obligation de livrer des titres de la même nature que ceux qui ont été initialement livrés. Ces mécanismes correspondent à ceux d'un prêt de titres fongibles et font donc pencher en faveur d'une qualification de ladite opération en prêt de consommation. Aussi une rémunération prévue à charge de l'emprunteur et en faveur du prêteur s'oppose, *a priori*, à une qualification des prêts de titres en prêt à usage. En outre, le contrat de prêt prévoit un transfert de la propriété juridique des titres.

Il y a donc lieu de conclure que les contrats de prêt sont à qualifier de prêts de consommation et qu'ils ont eu pour effet de transférer aux emprunteurs respectifs, pendant la durée du prêt, la propriété juridique des titres prêtés.

#### **Quant à l'allocation de la propriété économique des titres prêtés**

Cependant, du fait de la conclusion de ces opérations de prêt de titres, **une dissociation entre la propriété juridique et la propriété économique des participations prêtées est susceptible d'avoir eu lieu** en l'espèce, **en fonction des dispositions contractuelles régissant lesdits prêts**. Il y a donc lieu d'examiner si, durant la période litigieuse, l'appelante s'était engagée dans un rapport juridique qui aurait eu pour effet de transférer à ces dernières, avec la propriété juridique, l'exercice de l'essentiel des droits inhérents à la qualité d'actionnaire par rapport aux participations prêtées ou si, par contre, elle a, malgré le transfert de la propriété juridique, réservé en sa faveur l'exercice desdits droits.

À cet égard, la Cour note que tant l'appelante que la partie étatique se prévalent d'une circulaire du ministère des Finances allemand consacrée à la question de l'imputation de la propriété économique d'actions en cas d'opérations sur titres (*Wirtschaftliche Zurechnung bei Wertpapiergeschäften, BMF-Schreiben vom 11. November 2016*, document mis à jour le 9 juillet 2021).

Il est vrai que si la doctrine et la jurisprudence étrangères ne lient pas le juge administratif luxembourgeois, elles peuvent néanmoins apporter un éclairage éduquant sur l'interprétation de certaines notions telles que celle, en l'espèce, de propriété économique, qui trouve son origine

dans le concept juridique allemand de la *wirtschaftliche Betrachtungsweise*.

La circulaire du 11 novembre 2016 rappelle plusieurs lignes directrices dégagées par la jurisprudence du *Bundesfinanzhof*, à savoir qu'en principe, en cas de prêt de titres, la propriété économique est allouée à l'emprunteur. Par exception, malgré le transfert de la propriété juridique à l'emprunteur, la propriété économique reste allouée au prêteur lorsque les titres sont transférés au-delà de la date d'arrêté du dividende (*Dividendenstichtag*) pendant une courte période ou lorsque la position de propriétaire de l'emprunteur apparaît comme purement formelle dans le cadre d'une appréciation globale des éléments suivants, lesquels constituent des indices contre l'attribution de la propriété économique à l'emprunteur [...].

Dans un arrêt ultérieur à la version mise à jour de cette circulaire, à savoir l'arrêt du 29 septembre 2021 (ECLI:DE:BFH:2021:U.290921.IR40.17.0), le *Bundesfinanzhof* a conclu au transfert à l'emprunteur de la propriété économique des titres prêtés, malgré l'obligation de payer l'équivalent des dividendes au prêteur, malgré encore l'absence éventuelle d'exercice effectif des droits de vote par l'emprunteur, et malgré le droit du prêteur de demander la restitution des titres prêtés dans les trois jours, étant donné que l'emprunteur pouvait néanmoins profiter des modifications de valeur du cours de bourse des titres prêtés ou en subir des conséquences financières négatives. En outre, au paragraphe 47 de son arrêt du 2 février 2022 (ECLI:DE:BFH:2022:U.020222.IR22.20.0), le *Bundesfinanzhof* s'est prononcé contre l'attribution de la propriété économique des titres à l'emprunteur, lorsqu'aucune utilisation économiquement significative des actions et de la valeur qu'elles représentent n'a pu être constatée et qu'il ressort d'une appréciation globale des circonstances que le rôle de l'emprunteur se cantonne à celui d'une « coquille vide de propriété » (*eine leere Eigentumshülle*) en vue de l'obtention d'un avantage fiscal.

En l'espèce, les contrats de prêt de titres conclus prévoyaient certes le versement de paiements de compensation au prêteur en relation avec les dividendes générés par les titres prêtés, ainsi que, dans certaines circonstances, la résiliation du prêt conduisant à avancer la date de restitution des titres, mais sous réserve de la préservation des intérêts financiers de l'emprunteur en cas de demande de restitution anticipée des titres prêtés par l'appelante. En outre, la capacité pour l'emprunteur de faire un usage économiquement raisonnable des titres empruntés est sous-tendue par la convention d'arbitrage conclue, par la longue durée pour laquelle les contrats de prêt de titres ont été conclus, combinée avec la possibilité de principe, pour les emprunteurs, de disposer librement des titres jusqu'à l'échéance des prêts.

Il appert ainsi que l'appelante a eu l'intention de rester dans la position de prêteur de titres – et donc de cesser d'être le propriétaire juridique desdits titres, soit la personne pouvant en principe exercer les droits de vote liés aux actions – pendant une longue période, étant par ailleurs relevé que l'analyse des documents soumis par l'appelante ne révèle pas de limitations particulières de l'exercice, par les emprunteurs respectifs, du droit de vote lié aux actions empruntées.

Au vu de ce qui précède, la Cour conclut que c'est à tort que l'appelante estime être demeurée propriétaire économique des titres prêtés. Par conséquent, c'est aussi à tort qu'elle estime pouvoir obtenir l'exonération d'impôt sur la fortune par rapport aux titres prêtés, ainsi que l'exonération d'impôt sur le revenu des collectivités par rapport aux dividendes ou revenus de substitution liés à ces titres.

#### **Quant à la validité du principe de l'inscription de créances-titres à la place des titres prêtés**

Le traitement fiscal critiqué par l'appelante est celui qui résulte de l'application des règles comptables et fiscales découlant de la situation juridique de l'appelante, **les prêts de titres ayant eu pour effet le transfert de la propriété juridique et économique des titres aux emprunteurs respectifs, tout en mettant à charge de ces derniers une obligation de restitution envers l'appelante.**

Les parties ne se prévalent pas d'une analyse du régime comptable des prêts de titres de la part de la Commission des normes comptables (CNC) du Grand-Duché de Luxembourg, laquelle paraît effectivement ne pas encore s'être prononcée sur cette question. En revanche, la position étatique est confortée par plusieurs pièces versées dans la présente affaire. Ainsi, dans son avis CNC 169/1 du 1<sup>er</sup> février 1995 intitulé « Traitement dans les comptes des entreprises des opérations de prêt et d'emprunt de titres », la Commission des normes comptables belge explique que dans le chef du prêteur, « une convention de prêt de titres emporte transfert de la propriété du titre en cause et la naissance simultanée d'une créance-titres, représentant les titres prêtés à récupérer ». De même, dans sa circulaire du 11 novembre 2016, le ministère des Finances allemand indique que : « *Mit der zivilrechtlichen Übertragung des Eigentums ist dem Darlehensnehmer im Grundfall die Darlehensvaluta steuerlich zuzurechnen [...]. Beim Darlehensgeber tritt an die Stelle der Wertpapiere eine Forderung auf Lieferung von Wertpapieren gleicher Art, Güte und Menge.* » Enfin, dans une section consacrée au régime fiscal du prêt de titres, l'auteur de l'article de doctrine française versé par l'appelante décrit deux approches possibles qui conduisent à chaque fois à reconnaître une créance à la place des titres prêtés dans le chef du prêteur.

Au vu de ces solutions convergentes admises dans les pays voisins dont les concepts pertinents en l'espèce sont suffisamment proches, il y a lieu d'appliquer la même solution par rapport aux opérations de prêts de titres litigieuses conclues par l'appelante. **C'est donc à juste titre que le directeur a considéré que l'appelante aurait dû inscrire dans son bilan fiscal des créances-titres à la place des titres prêtés.**

#### Quant à la valorisation des créances-titres

Conformément au principe énoncé au § 18 BewG, les règles d'évaluation spécifiques aux différentes catégories de fortune, ancrées pour celle de la fortune d'exploitation d'une entreprise commerciale aux §§26, 27 et 54 à 66 BewG, sont d'application par priorité dans le cadre de l'impôt sur la fortune, les règles d'évaluation générales formulées aux §§1 à 17 BewG n'étant appelées à s'appliquer que de manière subsidiaire en cas d'absence de disposition spécifique.

Or, en l'espèce, aucune disposition spécifique ne trouve à s'appliquer. En effet, les créances-titres ne sont pas à ranger dans la catégorie des valeurs mobilières (*Wertpapiere*) visée au § 66, alinéa (3), AO, ni dans celle des parts sociales (*Anteile*) ou des certificats de jouissance (*Genussscheine*) également visés par cette disposition. Par ailleurs, étant donné que les créances-titres litigieuses ne sont ni des titres cotés (bien que venant en remplacement de participations qui, selon l'affirmation de l'appelante non contredite par l'État, sont cotées en bourse) ni des actions, parts sociales ou actions de jouissance, elles ne rentrent pas non plus dans le champ d'application du § 13 BewG. En outre, lesdites créances ne tombent pas sous l'empire du § 14 BewG qui s'applique aux créances en capital (*Kapitalforderungen*), c'est-à-dire celles payables en numéraire, et non aux créances en nature (*Sachforderungen*) telles les créances-titres litigieuses.

En conséquence, l'évaluation desdites créances est à effectuer conformément au § 10 BewG. Le § 10, alinéa (1), BewG pose le principe de l'évaluation des créances-titres à leur valeur estimée de réalisation (*gemeiner Wert*). Le deuxième alinéa du § 10 BewG définit ensuite la valeur estimée de réalisation comme étant le prix qui, dans le cours normal des affaires, serait obtenu en cas de vente de l'actif économique, compte tenu de la nature dudit actif, et précise qu'il convient de tenir compte de toutes les circonstances qui influent sur le prix, excepté les circonstances inhabituelles ou personnelles. À cet égard, comme indiqué par la doctrine et la jurisprudence allemandes, la notion en droit fiscal de « valeur estimée de réalisation » a la même signification que les termes « valeur marchande » ou « valeur de marché » utilisés dans la vie économique.

L'actif à valoriser en l'espèce est un actif qui remplace temporairement les actions prêtées et qui donne droit à la restitution de titres de même nature, c'est-à-dire émis par le même émetteur, de même type, ayant la même valeur nominale et conférant des droits identiques aux titres prêtés, pour reprendre les critères énoncés dans la section 3 (2) (b) des dispositions générales de la « Convention-cadre FBE » applicables au prêt conclu avec la banque... Eu égard à ce lien étroit entre les créances-titres et les titres prêtés, un tiers décidant d'acquérir auprès du prêteur les créances-titres prendra normalement en compte la valeur de marché des titres prêtés afin de déterminer le prix qu'il est prêt à payer pour acquérir ces créances. En l'espèce, comme indiqué ci-avant, l'appelante a affirmé d'une manière non contestée par l'État que les titres prêtés étaient des actions cotées, de sorte que leur valeur de marché correspond à leur cours de bourse.

Rachat de <b>classes d'actions</b> – abus de droit – conditions de l'abus de droit
Cour adm. 4 juin 2024
N° 49203C du rôle
LexNow Référence / ID L28E4554A

Il découle des argumentations des parties à l'instance que l'appelante entend voir appliquer en l'espèce le concept des classes d'actions selon lequel le capital de la société est divisé en plusieurs classes distinctes d'actions, lesquelles seraient à considérer comme constituant individuellement une participation au sens de l'article 101, paragraphe (2) LIR, pouvant être cédée séparément et dont le rachat par la société, suivi d'une annulation de cette classe d'actions, serait à reconnaître comme un partage partiel de l'actif social au sens de l'article 101 LIR.

Dans le cadre de ses moyens en instance d'appel, l'État ne conteste pas le principe de cette admission du concept des classes d'actions dans le cadre de l'application de l'article 101 LIR, mais argumente exclusivement que l'usage dans les circonstances de l'espèce dudit concept serait constitutif d'un abus de droit au sens du § 6 StAnpG. L'appelante soutient en revanche que les opérations litigieuses de rachat des actions J et JJ et leur annulation ne sauraient être considérées comme abusives en l'espèce. La Cour se trouve partant saisie exclusivement de cette question de la réunion ou non des conditions pour l'admission d'un abus de droit en l'espèce et ne se trouve pas appelée à examiner plus en avant les questions d'interprétation de l'article 101 LIR en lien avec le concept des classes d'actions.

Quant au critère de l'économie d'impôt, la Cour rejoint le tribunal dans son constat qu'une distribution de

dividendes courants qu'aurait effectuée l'appelante au profit de ses deux associés, soit à deux personnes physiques non-résidentes, au titre de leur détention de parts sociales ordinaires, aurait été soumise à une retenue à la source de 15 % conformément aux articles 146, 148 et 156, numéro 6 LIR. C'est en ayant recours au concept des classes d'actions en divisant son capital en différentes classes d'actions et au rachat suivi de l'annulation des deux classes de parts sociales J et JJ pour un montant de... euros que l'appelante a pu faire en sorte que ses deux associés se sont vu mettre à disposition, de façon non contestée, le montant de... euros sans retenue à la source au Luxembourg, sur base de la qualification de ce rachat comme opération de partage partiel d'actif et non pas comme distribution de dividende courant.

Quant au critère du caractère inadéquat de la voie choisie, il est de jurisprudence constante que le caractère simplement inhabituel des formes, constructions ou opérations de droit privé n'est pas à lui seul suffisant pour les voir qualifier d'inadéquates, au vu de la liberté en principe reconnue au contribuable, de choisir la voie la moins imposée. Il faut que l'objectif économique soit atteint par cette voie dans le contexte économique donné d'une manière telle qu'elle permet l'obtention d'un effet fiscal que le législateur ne peut pas être considéré comme ayant voulu accorder dans le cadre d'une application de la loi fiscale conforme à son intention.

Par conséquent, le seul fait que les opérations litigieuses aient été réalisées en conformité avec la loi du 10 août 1915 et les statuts de l'appelante ne saurait *ipso facto* signifier qu'elles échappent à toute critique sous l'angle de l'abus de droit au sens du § 6 StAnpG.

Pour le surplus, la Cour fait sien le raisonnement du tribunal consistant à retenir, après un examen approfondi de la situation factuelle et de l'un des extraits du commentaire de l'article 114 du projet de loi n° 571 portant réforme de l'impôt sur le revenu, que l'opération litigieuse s'analyse en un rachat par l'appelante, à chacun de ses deux associés, d'une fraction égale de leurs titres de participations – à savoir les classes J et JJ, qui leur ont octroyé des droits juridiques et économiques identiques à ceux des autres classes et à ceux dont ils disposaient précédemment au titre de leurs parts sociales ordinaires –, de sorte que le montant de... euros que l'appelante leur a mis à disposition, au titre du rachat des deux classes litigieuses, constitue, d'un point de vue économique, une distribution de dividendes.

Quant au critère de l'absence de motifs extrafiscaux valables, la voie inadéquate choisie par l'appelante lui a permis de transférer à ses deux associés résidents de la Fédération... le montant litigieux de... euros sous l'appa-

rence d'un « produit du partage » au sens des articles 97, alinéa (3), sous d), et 101 LIR, et ce faisant, d'éviter l'application de la retenue à la source luxembourgeoise de 15 %, à laquelle une distribution de dividendes aurait, en l'espèce, été soumise, et de voir transférer ledit montant sous la qualification de produit d'aliénation selon le droit luxembourgeois, conformément aux articles 10, paragraphe 4, et 13, paragraphe 2, de la Convention de double imposition vers la..., de sorte que ses deux associés ont *in fine* bénéficié d'une économie d'impôt.

Par voie de conséquence, toutes les conditions pour l'admission d'un abus de droit se trouvant réunies en l'espèce, c'est à bon droit que les premiers juges ont confirmé la décision directoriale ayant abouti à la même conclusion et, en conséquence, l'application d'une retenue à la source de 15 % sur l'intégralité du montant de... euros. ■

Recours contre un bulletin – réformation par jugement définitif du tribunal du bulletin de manière à aboutir à une **perte reportable** – obligation pour le bureau d'imposition de reporter la perte sur les **exercices immédiatement subséquents par modification des bulletins** et non pas sur la première année d'imposition non encore imposée

Cour adm. 30 janvier 2024

N° 49263 du rôle

LexNow Référence / ID L2A7A45B9

Il est constant en cause que à la suite du jugement du..., le bureau d'imposition a émis des bulletins rectificatifs pour les années 2015 et 2016 afin de prendre en compte les corrections de valeurs telles que retenues par les premiers juges. C'est en exécution de ces corrections de valeurs qu'une perte du chef de l'exercice 2015 a été ainsi dégagee, laquelle est reportable sur les résultats positifs des années d'imposition immédiatement subséquentes. En effet, pour les années 2017 et 2018 l'appelante a réalisé des bénéfices sur lesquels la perte de 2015 est reportable. Toutefois, le bureau d'imposition prit en compte cette perte uniquement dans le cadre des bulletins d'impôt relatifs à l'année 2019 et non pas pour les années 2017 et 2018.

Or, conformément au § 4, alinéa (3), point 2, StAnpG, lorsque les bulletins d'impôt ont déjà été émis pour des années subséquentes sans avoir admis une perte reportable, le bureau d'imposition a l'obligation de modifier les bulletins d'impôt pour tenir compte du droit au report du solde de la perte (Cour admin., 7 mai 2020, n° 43337C du rôle). Cette obligation de modifier les bulletins d'impôt pour tenir compte du droit au report du solde des pertes pèse sur le bureau d'imposition de manière automatique, sans qu'il soit nécessaire pour le contribuable de faire une réclamation en vue de demander de telles modifications.

De plus, dans la mesure où les pertes reportables doivent être utilisées aussi rapidement que possible par le contribuable et ne peuvent être étalées sur un certain nombre d'années en présence de revenus imposables positifs (trib. adm., 6 décembre 2022, n° 45285 et sur appel, Cour adm. 16 mai 2023, n° 48366C), celles-ci auraient dû être automatiquement imputées sur les années immédiatement subséquentes lors desquelles des bénéficiaires ont été réalisés soit en l'espèce les années 2017 et 2018.

Ceci est d'autant plus vrai que l'origine des pertes reportables de l'appelante réside dans le jugement définitif rendu par le tribunal le... L'exécution de ce jugement implique donc nécessairement pour l'administration, en l'occurrence le bureau d'imposition, la prise en compte des pertes reportables pour les années subséquentes 2017 et 2018 en application directe de ce jugement. ■■■

Imposition des non-résidents – <b>art. 157ter LIR</b> – conditions alternatives – <b>seuil maximal de 13 000 euros</b> de revenus nets non soumis à l'impôt luxembourgeois – <b>détermination selon les règles luxembourgeoises</b>
Trib. adm. 27 mars 2024
N°47577 du rôle
LexNow Référence / ID L28ED6E35

Par dérogation à l'article 157bis LIR, l'article 157ter LIR, qui institue le régime dit de l'assimilation des non-résidents aux résidents luxembourgeois, octroie aux contribuables non-résidents mariés la faculté d'être imposés collectivement – sauf demande conjointe contraire – au Luxembourg, en ce qui concerne leurs revenus y imposables, au taux d'impôt qui leur serait applicable s'ils y étaient résidents et imposables en raison de leurs revenus mondiaux, luxembourgeois et étrangers, à la condition alternative (i) qu'ils soient imposables au Luxembourg du chef d'au moins 90 % de leurs revenus mondiaux, professionnels ou non, ou (ii) que la somme de leurs revenus nets non soumis à l'impôt sur le revenu luxembourgeois soit inférieure à 13 000 euros. L'analyse du tribunal portera exclusivement sur la *question du respect du seuil maximal de 13 000 euros de revenus nets non soumis à l'impôt luxembourgeois*, preuve qu'il appartient au demandeur de rapporter, dans la mesure où ce dernier ne se prévaut pas du respect du seuil de 90 % visé à l'article 157ter LIR.

Pour les seuls besoins du calcul du seuil de 13 000 euros de « *revenus nets non soumis à l'impôt luxembourgeois* » visé à l'article 157ter LIR, en l'occurrence français, **le revenu net doit être calculé d'après la législation luxembourgeoise**. En conséquence, il y a lieu de prendre en considération le revenu *brut* du demandeur pour aboutir audit revenu *net* d'après les seules règles prévues dans la LIR et plus particulièrement d'après notamment les dispositions visées

aux articles 103, 104 et 105 LIR, sans prendre en considération les cotisations sociales visées à l'article 110 LIR qui sont rangées, au Luxembourg, dans la catégorie des dépenses spéciales déductibles du *total* des revenus nets et qui sont, dès lors, à omettre dans le cadre de la détermination de la catégorie de revenu *net* litigieuse.

Le seuil de 13 000 euros fixé à l'article 157ter LIR étant dépassé par le revenu *net* du demandeur, non soumis à l'impôt luxembourgeois, au sens de l'article 157ter LIR, déterminé d'après la législation luxembourgeoise, c'est à bon droit que le bureau d'imposition a décidé que le demandeur n'était, en conséquence, pas éligible au régime dit de l'assimilation prévu dans cette disposition et qu'il était à ranger, en conséquence, dans la classe d'impôt 1 en application des articles 157 et 157bis LIR. ■■■

Loi du 23 décembre 2005 portant notamment introduction d'une <b>retenue à la source libératoire pour certains intérêts</b> produits par l'épargne mobilière (loi relibi) – limitation à l' <b>épargne publique</b> – non-application à des emprunts obligataires limités à un <b>cercle restreint de personne</b>
Cour adm. 21 mars 2024
N° 49678C du rôle
LexNow Référence / ID L23786E67

Il est constant que la société (A) a émis des emprunts obligataires dont la souscription a été explicitement réservée à un cercle restreint d'investisseurs, qui devaient avoir non seulement la qualité d'associés ou bénéficiaires de la société (A), mais encore celle de salariés de l'une des sociétés liées à cette dernière, parmi lesquels figure la partie appelante qui admet avoir touché des intérêts du fait de la souscription des Obligations. La Cour constate encore que les taux d'intérêt prévus ont été qualifiés d'élevés par le directeur, sans que cela ne soit contesté par l'appelante.

La Cour rejoint encore le tribunal dans son constat qu'*a priori*, les intérêts touchés par la partie appelante du fait des Obligations et payés par la Banque, dont il n'est pas contesté qu'elle remplit les conditions légales pour pouvoir remplir les fonctions d'un agent payeur au sens de l'article 3 de la loi relibi dans sa version applicable à l'époque, ont l'apparence de correspondre à des « *revenus (...) des obligations d'emprunts* », mentionnés au point a) de l'article 4, paragraphe (2), de la loi relibi.

En application du principe de l'appréciation économique des opérations (*wirtschaftliche Betrachtungsweise*), la juridiction saisie ne saurait s'arrêter aux seules formes juridiques choisies par les parties pour réaliser une opération déterminée, mais elle est appelée, au-delà de

l'apparence juridique, de rechercher et d'analyser la réalité économique recouverte par lesdites formes juridiques, étant relevé qu'il est de principe en droit fiscal que les faits et les actes juridiques doivent être interprétés et appréciés d'après les critères de la réalité économique. Il convient dès lors de qualifier les Obligations au regard d'une analyse globale de l'opération afin de clarifier si, dans les conditions de l'espèce, l'instrument auquel il y a eu recours correspond, d'un point de vue économique et au-delà de la forme choisie, à ceux visés par la loi relibi.

La partie étatique a fondé son appréciation, entre autres, sur deux considérations, à savoir (i) que l'agent payeur procédant au paiement d'intérêts doit agir dans son activité économique normale et (ii) que le **champ d'application de la loi relibi est limité à l'épargne publique**, tandis que l'appelante est d'avis que cette lecture ne ressortirait pas de la loi relibi et fait valoir que le fait que la loi du 23 décembre 2022 a modifié l'article 3 de la loi relibi par l'adjonction de la précision que l'agent payeur doit payer les intérêts « *dans le cadre de son activité économique normale* » et l'article 4, paragraphe (3) par l'ajout d'un point c) exigeant que le titre de créance ait « *fait l'objet d'une émission publique sur un marché réglementé* », prouverait que ces restrictions ne figuraient pas dans la loi relibi en sa version applicable durant les années fiscales litigieuses. Or, la lecture des travaux parlementaires à la base de la loi du 23 décembre 2022 confirment clairement que dans l'esprit du législateur, ces ajouts n'étaient autre que la clarification d'une lecture qu'il y avait lieu de faire à partir de la loi relibi avant sa modification au regard des travaux parlementaires à sa base. Il s'ensuit que l'État n'est pas à critiquer dans son analyse selon laquelle la loi relibi vise l'épargne publique et ne vise pas les paiements d'intérêts entre personnes privées en tant qu'opérations isolées.

Au regard des conditions d'émission des Obligations, la Cour est amenée à retenir que d'un point de vue économique, les intérêts dégagés des Obligations ne correspondent pas aux paiements d'intérêts provenant de l'épargne que la loi relibi est censée régir, mais s'analysent en réalité en un **paiement direct** intervenu entre la société (A) et la partie appelante.

Le fait que les Obligations sont réservées à un **cercle restreint de personnes** et ne sont pas offertes au public s'oppose à la qualification d'intérêts susceptibles de tomber dans le champ d'application de la loi relibi. En outre, le paiement des intérêts est davantage à qualifier de paiement effectué en considération de la **qualité d'associé**, voire en considération de la qualité de salarié, que de paiement d'intérêts en considération d'une mise à disposition de fonds dans l'optique d'une épargne. L'émission des Obligations relève encore d'un **circuit purement interne** : la société (A)

a émis des Obligations, non destinées au public, mais réservées à ses seuls associés qui sont en même temps salariés du groupe et cessibles uniquement entre des personnes ayant cette même qualité avec interdiction à la Banque d'offrir les Obligations au public, sans utiliser les fonds recueillis pour ses propres besoins de financement et ne percevant aucun rendement pour son intermédiation, avec un rendement à des taux avantageux.

Il existe donc des indices concordants et suffisants permettant de retenir que la mise en place d'un agent payeur, qui certes existe et qui a effectué des opérations, ne correspond à aucune réalité économique en ce sens que sa raison d'être d'un point de vue économique reste inexplicée et ne peut s'expliquer que par la volonté de qualifier des paiements intervenus au bénéfice d'associés de revenus d'intérêts au sens de la loi relibi et susceptibles de bénéficier de la retenue à la source libératoire au taux de 10 % au lieu d'une imposition par voie d'assiette comme éléments du revenu soumis à un taux progressif. En outre, les Obligations émises dans les conditions telles que décrites ci-dessous ne correspondent pas aux intérêts de l'épargne – publique – que la loi relibi a pour objet de viser, mais que le paiement des intérêts effectués en l'espèce s'analyse plutôt en un paiement direct opéré par la société (A) au bénéfice de ses associés en dehors du champ d'application de ladite loi relibi. ■■■

Recours contentieux – société conférant mandat à un représentant pour introduire le recours – <b>régularité du mandat – composition régulière et publication des membres de l'organe compétent</b> – requête introductive – contribuable se faisant représenter par deux mandataires agissant conjointement – recevabilité – règle de l'unicité du mandataire – sanction du non-respect
---

Cour adm. 7 mars 2024
-----------------------

N° 49770C du rôle
-------------------

LexNow Référence / ID L263A3443
---------------------------------

Une action en justice par une personne morale ne présuppose pas seulement l'existence légale de l'être moral et sa capacité juridique, mais aussi la **vérification du caractère opposable de sa personnalité juridique de même que de sa capacité juridique**. Ceci dit, le moyen d'irrecevabilité de l'appel, tel que soulevé par le délégué du gouvernement, n'a pas trait à l'existence légale de la société appelante, mais à sa capacité d'agir en justice au motif que faute de respect des obligations de publications légales, la nomination des membres de son conseil d'administration ne serait pas opposable aux tiers, voire la composition de son conseil d'administration irrégulière.

Au regard du libellé clair et précis de l'article 19-3 de la loi du 19 décembre 2002, l'omission d'une publication

légalement prescrite d'un acte ou extrait d'acte, tels que ceux de nomination des représentants sociaux, entraîne pour la personne morale qu'elle ne pourra pas s'en prévaloir à l'égard des tiers. Comme une personne morale agit nécessairement par ses organes compétents et une société comme l'appelante, par son organe, le conseil d'administration, composé des personnes physiques ou morales y nommées, il s'ensuit que si les nominations des membres audit conseil ne sont pas publiées au RCS, les tiers peuvent les considérer comme non-avenues à leur égard, c'est-à-dire que, pour la personne morale concernée, elle ne pourra pas se prévaloir de la capacité juridique à l'égard des tiers, équivalant à une incapacité pour le moins temporelle d'ester en justice.

En l'espèce, il convient de constater qu'au jour du dépôt de l'acte d'appel, la société appelante disposait donc bien d'un conseil d'administration composé, au vœu de ses statuts, de trois administrateurs, de sorte qu'il ne saurait *a priori* pas être question d'un problème d'existence d'un organe de représentation habilité à décider de l'action en justice, d'une part, mais qu'il n'y avait pas – encore – eu de publication des représentants en fonctions, partant un problème d'opposabilité aux tiers de ces nominations, d'autre part.

Or, s'agissant non pas d'un problème d'existence, mais seulement d'une omission de publication au RCS, le vice initial en rapport avec la non-invocabilité utile de la personnalité juridique active, pointé par le délégué, doit être considéré comme ayant été régularisable jusqu'à la prise en délibéré de l'affaire sous examen et de fait régularisé par la publication intervenue, certes sur le tard, mais néanmoins avant la prise en délibéré de l'affaire sous examen.

La Cour rejoint fondamentalement la vision des premiers juges consistant à dégager de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 21 juin 1999 et de l'article 2 de la loi du 10 août 1991, considérés à la lumière du principe de bonne administration de la justice, **la règle générale de l'unicité du mandataire au niveau du contentieux administratif et fiscal**. Lorsque le contribuable se fait représenter par deux représentants agissant manifestement conjointement, cette façon de faire se heurte évidemment audit principe de l'unicité du représentant.

Ceci dit, la Cour ne saurait suivre les premiers juges en ce qu'ils ont considéré que la sanction dudit manquement est inévitablement l'irrecevabilité du recours pour s'analyser en un manquement à une règle fondamentale de l'organisation judiciaire non régularisable et ne nécessitant point la preuve d'un préjudice. Le simple fait de se faire représenter par deux ou plusieurs avocats/représentants constitue un manquement à une simple règle de

procédure, dont l'inobservation n'entraîne l'irrecevabilité du recours, en application de l'article 29 de la loi du 21 juin 1999, que « si elle a pour effet de porter effectivement atteinte aux droits de la défense ».

Réclamation – non-respect du <b>déla</b> i de réclamation – §§86 et 87 AO – exigences quant à une <b>demande de relevé de forclusion</b> – obligation du directeur de vérifier d'office les conditions des §§86 et 87 AO
--

Trib. adm. 29 mars 2024
-------------------------

N° 47407, non appelé
----------------------

LexNow Référence / ID L25E79AEE
---------------------------------

Le formalisme relatif à l'introduction d'une demande de relevé de forclusion est réduit à la triple condition de solliciter cette mesure d'indulgence – sauf octroi dudit relevé par le directeur sans demande afférente du contribuable, lorsque le délai de 15 jours visé au § 87, alinéa (4) est respecté –, d'exposer les circonstances ayant empêché l'intéressé d'introduire sa réclamation en temps utile et de faire valoir ses moyens de réclamation dans le même délai prévu pour l'introduction d'une demande en relevé de forclusion. En ce qui concerne cette dernière condition, rien n'empêche l'intéressé de faire état de ses moyens de réclamation dans le même écrit par lequel il sollicite le relevé de forclusion. En effet, l'examen de la demande en relevé de forclusion ne fait pas l'objet d'un examen séparé de celui du bien-fondé des moyens de réclamation, la décision sur le relevé de forclusion étant un élément dépendant de la décision sur la réclamation. Cela n'empêche cependant pas le directeur de trancher la question concernant le relevé de forclusion en premier lieu et, en cas de refus, de déclarer la réclamation irrecevable.

Contrairement à ce que soutient le délégué du gouvernement, le directeur doit, y compris lorsqu'aucune demande formelle de relevé de forclusion n'est formulée par le réclamant, vérifier d'office si les conditions des §§86 et 87 AO sont remplies.

Convention de double imposition avec les États-Unis – <b>reconnaissance d'un établissement stable</b> – conditions – preuve de l'exercice effectif de l'activité financière
---

Cour adm. 30 janvier 2024
---------------------------

N° 49145C du rôle
-------------------

LexNow Référence / ID L248448A7
---------------------------------

Outre de ne pas tomber dans un des cas d'exclusion expressément prévus à l'article 5 de la Convention, **trois éléments doivent être réunis** pour que l'existence d'un établissement stable puisse être retenue : (i) une **installation d'affaires**, c'est-à-dire une installation matérielle quelconque à l'instar de celles énumérées à

titre d'illustration par l'article 5, alinéa 2, précité, de la Convention ; (ii) cette installation doit être **fixe**, c'est-à-dire qu'elle doit, d'une part, avoir un lien avec un point géographique déterminé et, d'autre part, être caractérisée par une certaine permanence ; et (iii) **l'activité de l'entreprise doit avoir été exercée entièrement ou partiellement à partir ou à travers cette installation fixe d'affaires**. Ils ont encore à juste titre relevé que l'expression d'installation d'affaires couvre tout local, matériel ou installation utilisés pour l'exercice des activités de l'entreprise, qu'ils servent ou non exclusivement à cette fin ; il s'agit dès lors d'une installation fixe d'affaires, par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité.

L'appelante n'a toutefois pas fourni suffisamment d'éléments permettant de conclure à l'existence réelle d'une installation d'affaires aux États-Unis correspondant à une installation matérielle quelconque, qui est fixe, partant située à un lieu déterminé et qui se caractérise par une certaine permanence, et à partir ou à travers de laquelle l'activité de l'appelante est exercée entièrement ou partiellement.

Si la Cour peut suivre l'appelante dans son argumentation selon laquelle les moyens matériels disponibles au prétendu établissement stable doivent être mis en relation avec l'activité concrète exercée, telle qu'en l'occurrence une activité de financement, il n'en reste toutefois pas moins, tel que l'État le relève à juste titre, que même une activité de financement n'est pas dispensée du respect des conditions tenant à la qualification d'un établissement stable. Or, c'est justement l'exercice effectif d'une activité et l'existence d'une certaine substance au niveau de la succursale aux États-Unis qui reste en l'espèce à l'état de pure allégation.

À cet égard, la Cour partage entièrement et fait sienne l'analyse pertinente des premiers juges fondée sur les doutes quant à l'identification de l'adresse de la succursale alléguée, sur le fait non contesté que durant les années d'imposition litigieuses aucun paiement de redevances ou de frais n'est intervenu dans le cadre du *office sharing agreement* et du *services agreement*, sur les conclusions à tirer de l'avis de l'avocat américain produit par l'appelante, sur l'absence de compte bancaire propre

de la succursale et sur les modalités des flux financiers en relation avec les prêts accordés. —

Échanges de renseignements – critère de la <b>pertinence vraisemblable des renseignements – nouvelle définition</b> – contenu
Cour adm. 25 janvier 2024
N° 49787C du rôle
LexNow Référence / ID L237B6EBA

La Loi du 16 mai 2023 relative à l'échange automatique et obligatoire des informations déclarées par les Opérateurs de Plateforme a cependant ajouté à la loi du 29 mars 2013 un **article 6bis qui constitue la transposition de l'article 1<sup>er</sup>, point 2), de la directive (UE) 2021/514 du Conseil du 22 mars 2021** modifiant la directive 2011/16/UE relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal. Dans la mesure où la légalité de la décision d'injonction déferée doit être examinée sous l'empire de la directive 2011/16 et où ladite décision a été prise par le directeur après l'entrée en vigueur de l'article 6bis de la loi du 29 mars 2013, la question du respect de la condition de la pertinence vraisemblable des renseignements requis dans la décision d'injonction attaquée doit être examinée par rapport à cette nouvelle définition de ladite condition.

La Cour déduit de cette **nouvelle définition du critère de la pertinence vraisemblable** et des exigences découlant du respect des droits fondamentaux qu'elle doit vérifier si le descriptif de la finalité fiscale poursuivie, tel que fourni par l'autorité requérante d'un autre État membre, est suffisant pour justifier que son appréciation quant à l'existence d'une possibilité raisonnable de pertinence des renseignements sollicités et spécifiés dans la demande par rapport à l'objet fiscal de l'enquête en cours à l'égard d'un ou de plusieurs contribuables identifiés ne soit pas manifestement infondée. Une décision d'injonction est dès lors à qualifier de « pêche aux renseignements » si elle est fondée sur une demande d'échange de renseignements dont le descriptif de la finalité fiscale poursuivie ne permet manifestement pas de justifier l'appréciation de l'autorité requérante quant à l'existence d'une possibilité raisonnable de pertinence des renseignements concrètement sollicités par rapport à l'objet de l'enquête et à l'identité du ou des contribuables visés. —

# PRÉCIS DE DROIT FISCAL DE L'ENTREPRISE

## 6E ÉDITION



85€ TTC  
769 PAGES  
ÉDITION 2024

**AUTEUR : ALAIN STEICHEN**

POUR TOUTE COMMANDE :  
[CONTACT@LEGITECH.LU](mailto:CONTACT@LEGITECH.LU)  
[WWW.LEGITECH.LU](http://WWW.LEGITECH.LU)

**LEGITECH** éditeur juridique

# L'IMPOSITION DES SOCIÉTÉS OPAQUES

AUTEURS : **CHRISTIAN DAWS, Omid MOHEBATI**



**115€ TTC**  
**500 PAGES**  
**ÉDITION 2025**

**DIRECTEUR DE COLLECTION : ALAIN STEICHEN**  
**COLLECTION : L'ENTREPRISE ET L'IMPÔT**

**POUR TOUTE COMMANDE :**  
**CONTACT@LEGITECH.LU**  
**WWW.LEGITECH.LU**

**LEGITECH** éditeur juridique

# LexGAIN

## L'IA GÉNÉRATIVE INTÉGRÉE À LEXNOW

Nous avons le plaisir de vous annoncer le lancement de **LexGAIN**,  
**l'intelligence artificielle générative** intégrée à **LexNow**, conçue pour  
transformer votre expérience de recherche juridique, et ce,  
**sans supplément de prix !**

Cette **nouvelle fonctionnalité** est spécialement développée pour offrir  
**des résultats précis et fiables.**

## AVANTAGES CLÉS

RECHERCHES CIBLÉES

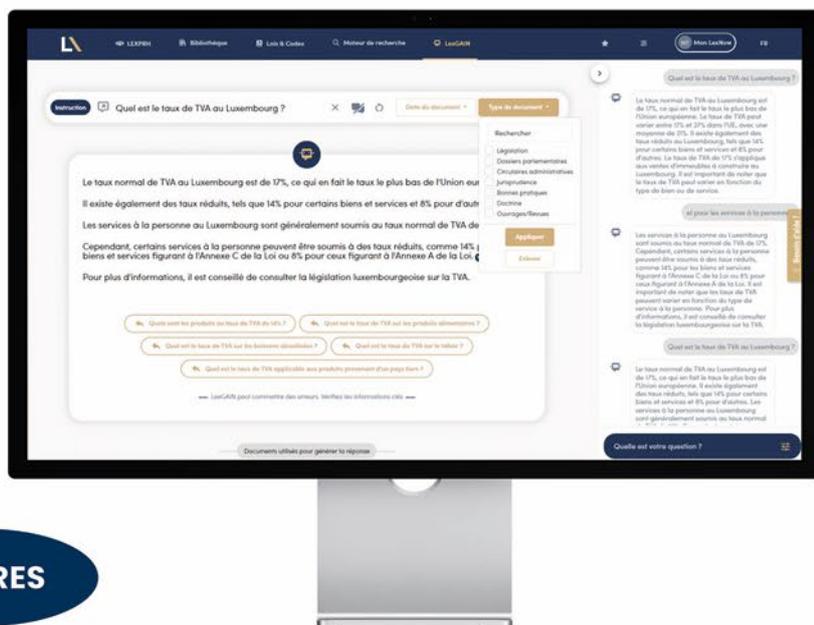
SOURCES CONTRÔLÉES

SANS SUPPLÉMENT DE PRIX

ACCÈS AU MODE CONVERSATIONNEL

RÉPONSES AVEC SOURCES IDENTIFIÉES

SUGGESTIONS DE QUESTIONS COMPLÉMENTAIRES



RECHERCHE DANS TOUTES LES SOURCES DE LEXNOW (LÉGISLATION, JURISPRUDENCE ET DOCTRINE)

Pour toute information :  
contact.lu@lexnow.lu  
www.lexnow.lu



RECHERCHE RAPIDE

La source  
documentaire  
juridique  
incontournable  
au Luxembourg



Les plus recherchés

Impôt sur le revenu

Congé parental

Société commerciale

## Gagnez en temps et en efficacité

**LEXNOW** facilite vos recherches juridiques et vous donne un accès rapide à toute la législation consolidée, la jurisprudence, les dossiers parlementaires, les circulaires... LexNow est alimentée quotidiennement et enrichie par des commentaires et notes de professionnels de renom.



Pour découvrir Lexnow,  
rendez-vous sur  
[www.lexnow.lu](http://www.lexnow.lu)



ou contactez-nous au  
**+352 26 31 64-1**



ou par email à  
[lexnow@legitech.lu](mailto:lexnow@legitech.lu)

**LEXNOW**  
LEGAL WATCH FOR YOU

powered by Legitech

RD<sup>-</sup>  
F

# REVUE DE DROIT FISCAL

#24-25 - FÉVRIER 2025

## Doctrine

Carried interest in  
Luxembourg: Individual Tax  
Regime

*Keith O'Donnell, Petya  
Dimitrova, Marie Bentley*

1

## Jurisprudence commentée

Arrêt de la Cour de Justice  
de l'Union européenne  
dans l'affaire Apple  
Victoire de la Commission  
européenne : les règles du jeu  
ont-elles changé ?

*Jean Schaffner,  
Sophie Balliet*

15

Une opération  
de refinancement  
peut constituer un abus  
du régime mère-filles  
CA, 31 juillet, n° 49080C  
du rôle – Abus de droit

*Flora Castellani*

21

## Jurisprudence

Jurisprudence – impôts directs  
janvier à juin 2024

*Serge Schroeder*

27

Lorsqu'une décision jurisprudentielle est citée et que celle-ci est disponible dans notre base de données LexNow (www.lexnow.lu), vous retrouverez la Référence /ID en note de bas de page permettant un accès simplifié et direct au texte intégral sur LexNow.

Legitech Sàrl

1, rue Pletzer,  
L-8080 Helfent Bertrange

T +352 26 31 64-1  
[www.legitech.lu](http://www.legitech.lu)



**LEGITECH** éditeur juridique

PERIODIQUE



Envois non distribuables à retourner à:  
L-3290 BETTEMBOURG

PORT PAYÉ  
PS/767