

Audience publique du 13 juillet 2021

Recours formé par la société à responsabilité limitée
... SARL,
contre une décision du directeur de l'administration des Contributions directes
en matière de retenue d'impôt sur les revenus des capitaux

JUGEMENT

Vu la requête inscrite sous le numéro 43264 du rôle et déposée le 12 juillet 2019 au greffe du tribunal administratif par la société anonyme Arendt & Medernach SA, inscrite au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-2082 Luxembourg, 14, rue Erasme, immatriculée au registre de commerce et des sociétés sous le numéro B186371, représentée aux fins des présentes par Maître Thierry Lesage, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, pour le compte de la société à responsabilité limitée ... SARL, tendant à la réformation sinon à l'annulation d'une décision du directeur de l'administration des Contributions directes du 2 mai 2019 ayant déclaré non fondé sa réclamation dirigée contre le bulletin de la retenue d'impôt sur les revenus de capitaux de l'année 2015, tout en réformant ledit bulletin *in pejus* ;

Vu le mémoire en réponse du délégué du gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif le 10 décembre 2019 ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe du tribunal administratif le 10 janvier 2020 par la société anonyme Arendt & Medernach SA, préqualifiée, pour le compte de sa mandante ;

Vu les pièces versées en cause et notamment la décision critiquée ;

Le juge-rapporteur entendu en son rapport, ainsi que Maître Thierry Lesage, pour la société anonyme Arendt & Medernach SA, et Monsieur le délégué du gouvernement Tom Kerschenmeyer en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 16 mars 2021.

Par courrier du 12 juin 2013, la société ... Ltd, ci-après dénommée « la société A », adressa, par le biais de son mandataire de l'époque, au bureau d'imposition, Sociétés 6, de l'administration des Contributions directes, ci-après désigné par « le bureau d'imposition », une demande de décision anticipée concernant le traitement fiscal d'un prêt participatif à contracter par une société en création, dénommée « ... », devenue la société à responsabilité limitée ...SARL, dénommée ci-après « la société B ».

En date du 6 mars 2014, le préposé du bureau d'imposition rejeta ladite demande aux motifs suivants :

« (...) With respect to your letter dated June 12, 2013 regarding the transactions envisaged by the above-mentioned company, we inform you hereby that your request is rejected.

This decision is based on the fact that it is not possible to consider 99% of the yield as a deductible expense for tax purposes when the Irish participation is financed at a level of 85 % by debt. In the case at hand, the interest expense exceeding the portion of the debt ratio must be re-qualified as deemed dividends. As a consequence, there is an obligation to withdraw 15 % on the distributed dividends if the company can't benefit from an exemption. ».

Par un courrier du 28 mars 2014, le même préposé adressa encore à la partie demanderesse le courrier suivant :

« (...) With respect to your letter dated June 12, 2013 regarding the envisaged transaction by the above-mentioned company, I hereby grant my approval that the tax treatment presented in the said letter complies with the Luxembourg effective tax legislation and administrative practices.

The present decision shall be binding the direct tax authorities for a period of 5 tax years. (i.e. from tax year 2013 to tax year 2017)

It is understood that my above approval may only be used within the framework of this structure and that the principles described in your letter are not transferrable ipso facto to other cases.

Based on the rule of good faith, the decision referred to above shall terminate if one or more of the following events occur:

- the total amount of the yield (fixed and variable) on the financing instrument(s) exceeds the arm's length remuneration on an accrual basis*
- the facts or circumstances described were incomplete or inaccurate,*
- key elements of the actual transaction differ from the description provided in the request for information,*
- the decision is no more compliant with the national or international law*

The decision will no longer be enforceable if the legal provisions (domestic or international) on which it was based are modified and this as soon as a relevant statutory amendment to the laws enters into force and any transitional regime does not or no longer apply. (...) ».

Suite au dépôt, en date du 3 novembre 2016, par la société B, de sa déclaration pour l'impôt sur le revenu des collectivités et pour l'impôt commercial communal de l'année 2015, le bureau d'imposition s'adressa à cette dernière en date du 10 mai 2017 sur le fondement du paragraphe 205 (3) de la loi générale des impôts du 22 mai 1931, appelée « Abgabenordnung », en abrégée « AO », afin de l'informer qu'il avait l'intention de s'écarter sur différents points de la déclaration fiscale de l'année 2015, aux motifs suivants :

« (...) En vertu du §205(3) de la loi générale des impôts je vous informe que le bureau d'imposition envisage de s'écarter de votre déclaration pour l'impôt sur le revenu et l'impôt

commercial de l'année 2015. Respectant le principe de l'instruction contradictoire dans le cadre de la procédure d'imposition, je vous sou mets pour analyse les points en question :

Le bureau d'imposition n'acceptera pas la déduction intégrale des intérêts variables liés au « Profit Participating Loan » (99% du profit net) comme il estime que les montants que la partie des intérêts qui dépassent le montant de refinancement (85%) sont à considérer comme dividende caché, tel qu'il a déjà été précisé dans la prise de position du bureau du 6 mars 2014.

Vu ce qui précède, le montant de ;

Intérêts variables déduits : ...

... (Profit commercial net) x 85% = ...

... €

sera considéré comme dividende caché.

Il s'ensuit que ce dividende ne constitue pas une dépense déductible et doit donc être réintégré dans le résultat de la société.

En plus, vu les articles 146 et 148 L.I.R., ce dividende fera objet d'une retenue à la source de 15%.

Bien disposé de vous entendre en cas de désaccord, je vous prie de formuler vos objections par écrit pour le 1^{er} juillet 2017 au plus tard. (...) ».

La société B répondit au bureau d'imposition par un courrier du 30 juin 2017, en concluant que « *Based on the above analysis, the aggregate amount of arm's length interest expenses accrued by the Company - had the debt instrument been an IBL (instead of a PPL) from its issuance to 31 December 2017 (i.e. the earliest end date of the investment period) - would amount to EUR ... as compared to the total variable yield of EUR ... accrued on the PPL.*

On that basis, the Company is of the opinion that the variable yield on the PPL of EUR ... for the whole investment period should be considered as at arm's length which was the condition under the response to the ATA and that no hidden dividend distribution should be recognised. ».

Le 17 août 2017, le bureau d'imposition émit notamment à l'égard de la société B les bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités et de l'impôt commercial communal pour l'année « 2016 », le premier spécifiant, sous la rubrique « *L'imposition diffère de la déclaration sur les points suivants* » : « *Imposition suivant notre lettre du 10 mai 2017, en conformité avec les dispositions du §205(3) L.G.I.*

Commentaires relatifs à votre prise de position:

La comparaison de deux produits différents, dont un est lié à la condition de l'existence de produits, en plus en tenant compte d'un effet quasi rétroactif (annualité de l'impôt) ne permet pas de dégager une rémunération selon le principe de pleine concurrence.

Voir aussi la prise de position du bureau sociétés 6 datant du 6 mars 2014 (refus) », ainsi que le bulletin de la retenue d'impôt sur les revenus de capitaux pour l'année « 2016 », fixant une retenue de ...,- euros sur une base de ... euros, tout en précisant dans la rubrique « Motif et remarques » : « Voir notre lettre du 10 mai 2017 ».

En date du 27 octobre 2017, la société B introduisit une réclamation à l'encontre de ces bulletins auprès du directeur de l'administration des Contributions directes, ci-après désigné par « le directeur ».

Par un courrier du bureau d'imposition du 29 juin 2018, la société B fut informée que « Suite à une décision en exécution du § 299, alinéa 3 AO du directeur des contributions, le bulletin de la retenue sur revenus de capitaux de l'année 2016, émis sur base du § 210, alinéa 1 AO, et attaqué par voie de réclamation (§228 AO) le 30 octobre 2017, est retiré. ».

Le 11 juillet 2018, le bureau d'imposition émit à l'égard de la société B un nouveau bulletin de la retenue d'impôt sur les revenus de capitaux pour l'année 2015 fixant une retenue de ...,- euros sur une base de ... euros, tout en spécifiant, sous la rubrique « Motif et remarques » que « *Le bulletin IR.CAP. 2016 a été annulé par un avis aux fins du §299, alinéa 3 A.O.*

Comme le bureau reste sur sa position, émission d'un nouveau bulletin IR.CAP. à charge de l'année 2015 ».

En date du 9 octobre 2018, la société B introduisit une réclamation à l'encontre de ce dernier bulletin auprès du directeur qui, par une décision du 2 mai 2019, inscrite sous le numéro C 25467 du rôle, réforma *in pejus* le bulletin de la retenue d'impôt sur les revenus de capitaux de l'année 2015 en fixant la retenue à ... euros, aux motifs suivants :

« (...) Vu la requête introduite le 10 octobre 2018 par le sieur ..., au nom de la société à responsabilité limitée société B avec siège social à L-..., pour réclamer contre le bulletin de la retenue d'impôt sur les revenus de capitaux de l'année 2015, émis le 11 juillet 2018 ;

Vu le dossier fiscal ;

Vu les §§ 102, 107, 228, 238, 254, alinéa 2 et 301 de la loi générale des impôts (AO) ;

Considérant que la réclamation a été introduite par qui de droit (§ 238 AO), dans les forme (§ 249 AO) et délai (§ 228 AO) de la loi, qu'elle est partant recevable ;

Considérant que la réclamante fait grief au bureau d'imposition d'avoir admis des distributions cachées de bénéfiques en relation avec une partie des intérêts débiteurs afférents à un prêt participatif (ci-après : « profit participating loan » ou « PPL ») ;

Considérant qu'en vertu du § 243 AO, une réclamation régulièrement introduite déclenche d'office un réexamen intégral de la cause, la loi d'impôt étant d'ordre public ; qu'à cet égard le contrôle de la légalité externe de l'acte doit précéder celui du bien-fondé ;

qu'en l'espèce la forme suivie par le bureau d'imposition ne prête pas à critique ;

Considérant que la réclamante a été constituée en date du 27 novembre 2012 et « a pour objet l'acquisition, la vente et/ou la détention de participations, tant au Luxembourg qu'à l'étranger, dans d'autres sociétés ou entreprises sous quelque forme que ce soit et la gestion

de ces participations. La Société pourra en particulier acquérir par souscription, achat, et échange ou de toute autre manière tous titres, actions et autres valeurs de participation, obligations, créances, certificats de dépôt et en général toutes valeurs ou tous instruments financiers émis par toute entité publique ou privée. (...) [Elle] pourra emprunter sous quelque forme que ce soit et procéder à l'émission d'obligations, de reconnaissances de dettes, et d'autres titres représentatifs d'emprunts et/ou de créances convertibles ou non. » ;

Considérant qu'en date du 26 avril 2013, la société de droit jersiais « ... Ltd. » (ci-après : ...), associé unique de la réclamante, a cédé ... parts détenues dans la société de droit irlandais « ... Ltd. » (ci-après : ...) à la réclamante pour un montant de ... euros ; que ces parts ont été financées par une augmentation de capital à hauteur de ... euros et l'émission de primes d'émission à hauteur de ... euros ; qu'à la même date, ... a contribué ... parts détenues dans ... à la réclamante pour un montant de ... euros en considération d'un PPL ; que suite aux deux transactions sus-énoncées, la réclamante détient l'intégralité du capital de ... correspondant à (... + ... i.e.) ... euros

Considérant qu'en date du 12 juin 2013 la réclamante a adressé au bureau d'imposition une demande d'un accord préalable (« Advance Tax Analysis ») afin de se voir confirmer, entre autres, la déduction des intérêts afférents au PPL respectivement la non requalification de ces intérêts en tant que distributions cachées de bénéficiaires avec application d'une retenue d'impôt telle que prévue par les articles 146 et 148 de la loi concernant l'impôt sur le revenu (L.I.R.) ;

Considérant que le bureau d'imposition a rejeté la demande susmentionnée par un courrier daté au 6 mars 2014 renseignant ce qui suit :

« With respect to your letter dated June 12, 2013 regarding the transactions envisaged by the above-mentioned company, we inform you hereby that your request is rejected.

This decision is based on the fact that it is not possible to consider 99% of the yield as a deductible expense for tax purposes when the Irish participation is financed at a level of 85 % by debt. In the case at hand, the interest expense exceeding the portion of the debt ratio must be re-qualified as deemed dividends. As a consequence, there is an obligation to withdraw 15 % on the distributed dividends if the company can't benefit from an exemption. » ;

Considérant qu'en date du 28 mars 2014 le bureau d'imposition a fait suite à la demande de la réclamante sous réserve toutefois que cette décision deviendrait caduque dans les hypothèses suivantes :

« Based on the rule of good faith, the decision referred to above shall terminate if one or more of the following events occur :

- the total amount of the yield (fixed and variable) on the financing instrument(s) exceeds the arm's length remuneration on an accrual basis*
- the facts or circumstances described were incomplete or inaccurate,*
- key elements of the actual transaction differ from the description provided in the request for information,*
- the decision is no more compliant with the national or international law » ;*

Considérant que la déclaration pour l'impôt sur le revenu des collectivités, pour l'impôt commercial et pour l'impôt sur la fortune de l'année 2015 a été introduite par la réclamante le

3 novembre 2016 ; qu'il ressort des comptes annuels au 31 décembre de l'année 2015 que la réclamante a comptabilisé un montant de ... euros en tant qu'« interest and other financial charges concerning affiliated undertakings » ; que ce montant se décompose, d'une part, en intérêts débiteurs à taux fixe (i.e. ... euros), et d'autre part, en intérêts débiteurs à taux variable (i.e. ... euros) ; que l'intégralité des intérêts et autres charges financières correspond donc aux intérêts calculés sur le PPL en question ;

Considérant que le bureau d'imposition a adressé à la requérante une lettre datée au 10 mai 2017, conformément au § 205, alinéa 3 AO, afin de lui communiquer les divergences notables en sa défaveur par rapport à la déclaration d'impôt de l'année 2015, pour observation préalable à l'imposition, retenant notamment qu'il « n'acceptera pas la déduction intégrale des intérêts variables liés au « Profit Participating Loan » (99% du profit net) comme il estime que les montants que la partie des intérêts qui dépassent le montant de refinancement (85%) sont à considérer comme dividende caché, tel qu'il a déjà été précisé dans la prise de position du bureau du 6 mars 2014 » ; que, partant, le montant de (... (intérêts débiteurs à taux variable) - (... (bénéfice commercial) x 85%) i.e.) ... euros serait à considérer comme dividende caché soumis à la retenue d'impôt sur les revenus de capitaux en vertu des articles 146 et 148 L.I.R. ; que la réclamante, exerçant son droit d'être entendue, y a répliqué en date du 30 juin 2017 en faisant valoir qu'elle ne partagerait pas le point de vue du bureau d'imposition ; que le bureau d'imposition, à son tour et après avoir analysé en détail les explications fournies par la réclamante, sans être convaincu de leur bien-fondé, a procédé en date du 17 août 2017 à l'émission des bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités et de la base d'assiette de l'impôt commercial communal de l'année 2015, ainsi que le bulletin de la retenue d'impôt sur les revenus de capitaux de l'année 2016 sur base des considérations communiquées en préalable à cette dernière ; que par la suite, la retenue d'impôt s'élevant à (... x 15% i.e.) ... euros a été payée par la réclamante le 13 septembre 2017 ;

Considérant qu'en date du 30 octobre 2017 la requérante a introduit une réclamation contre le bulletin de la retenue d'impôt sur les revenus de capitaux de l'année 2016 ; que par une décision en exécution du § 299, alinéa 3 AO du directeur des contributions le bulletin litigieux a été retiré au motif que le bureau d'imposition a commis une erreur matérielle en émettant un bulletin de la retenue d'impôt sur les revenus de capitaux de l'année 2016, alors qu'il aurait dû se référer à l'année d'imposition 2015, année pour laquelle la distribution cachée de bénéfices a effectivement été constatée ;

Considérant que le bureau d'imposition a émis le 11 juillet 2018 un bulletin de la retenue d'impôt sur les revenus de capitaux de l'année 2015 reprenant à la virgule près les montants renseignés sur le bulletin retiré de l'année 2016 ; que le bulletin litigieux a encore retenu que « LE BUREAU RESTE SUR SA POSITION » de sorte qu'il a été clair que le bureau d'imposition s'est référé à sa lettre datée au 10 mai 2017, faisant valoir notamment qu'une partie des intérêts débiteurs en relation avec le PPL ne serait pas déductible et, partant, serait soumis à la retenue d'impôt sur les revenus de capitaux ;

Considérant que dans la présente requête la réclamante demande « un sursis à exécution du paiement de l'impôt fixé par le Nouveau Bulletin et un transfert / une attribution du montant payé le 13 Septembre 2017 au montant à payer sur base du Nouveau Bulletin » ; que pour le surplus, elle sollicite l'annulation des intérêts de retard afférents à la retenue d'impôt sur les revenus de capitaux de l'année 2015 ; qu'il y a lieu de remarquer que la retenue litigieuse a déjà été réglée par la réclamante de sorte qu'une demande d'un sursis à exécution en vertu du § 251 AO n'a pas lieu d'être ; que force est encore de constater qu'entretemps, le

bureau de recette de l'administration des contributions a transféré le montant payé le 13 septembre 2017 et comptabilisé initialement sur le montant de la retenue d'impôt sur les revenus de capitaux de l'année 2016, sur le montant de celle de l'année 2015 avec annulation des intérêts de retard y afférents ;

Considérant, à titre explicatif, que le terme « prêt participatif » désigne une opération de crédit qui est réalisée, dans la majorité des cas, entre entreprises liées, i.e. celles qui font partie d'un même groupe d'entreprises ; qu'en ce qui concerne plus particulièrement la rémunération d'un tel prêt participatif, que celle-ci est dotée d'une double composante ; qu'elle comporte d'habitude une partie fixe qui est en deçà du taux d'intérêt du marché et une partie variable qui est proportionnelle au solde restant dû et à certains paramètres d'exploitation, les plus utilisés étant le chiffre d'affaires, le bénéfice ou l'excédent brut d'exploitation ; qu'en l'espèce, la participation a été financée par l'émission d'un PPL dont la performance est liée à la performance de l'actif financé ; qu'en l'espèce, il se dégage du point 4 du « PROFIT PARTICIPATING LOAN AGREEMENT » du 26 avril 2013 que la rémunération correspond, d'une part, à 0,25 pour cent (taux d'intérêt fixe) calculé sur base du montant restant à rembourser, et d'autre part, à 100 pour cent des bénéfices nets ajustés (« Adjusted Net Profits ») réduit des intérêts fixes et d'une marge (taux d'intérêt variable) ; qu'en ce qui concerne plus particulièrement la partie de l'intérêt à taux variable, il échoit de noter que ce dernier est visé par la demande de l'accord « préalable » du 12 juin 2013, concrètement, la non requalification de « 99% of the net profits » en tant que distributions cachées de bénéfices avec application d'une retenue d'impôt ;

Considérant qu'il ressort du dossier fiscal que la réclamante a comptabilisé un dividende à hauteur de ... euros de la part de ..., alors que du côté des charges, elle a comptabilisé, tel que cela a été retenu supra, un montant de ... euros en tant qu'intérêts débiteurs à taux fixe et variable ;

Considérant que le bureau d'imposition a requalifié en distributions cachées de bénéfices une partie des intérêts débiteurs afférents au PPL au motif que la rémunération dudit prêt ne correspondrait pas au principe de la pleine concurrence ;

Considérant que le principe dit « de pleine concurrence » (« arm's length principle ») représente la norme internationale adoptée par les pays membres de l'Organisation de coopération et de développements économiques (OCDE) qui doit être utilisée pour la détermination des prix de transfert entre entreprises associées effectuant des transactions transfrontalières ; que pour assurer l'application de ce principe, l'OCDE a élaboré des lignes directrices qui sont régulièrement mises à jour et qui sont destinées à être observées de manière impérative tant par les entreprises multinationales que par les autorités fiscales des pays parties à la convention ;

Considérant qu'un service intra-groupe et notamment une transaction de financement intra-groupe a été rendu si, dans des circonstances comparables, une entreprise indépendante avait été disposée à payer la même somme à une autre entreprise indépendante pour exécuter cette activité, ou si elle l'avait exécutée elle-même, à pareil coût ; que si un financement intra-groupe a été effectué, il échet de déterminer, comme pour les autres types de transferts intra-groupes, si les modalités convenues sont conformes au principe de pleine concurrence, c'est-à-dire qu'elles correspondent aux prix qui auraient été pratiqués et acceptés par des entreprises indépendantes dans des circonstances comparables ; qu'il convient par conséquent de procéder à une analyse de comparabilité ; qu'en général, la rémunération de chaque

entreprise partie à une transaction donnée est le reflet des fonctions qu'elle a assumées (compte tenu des actifs mis en œuvre et des risques assumés) ; qu'il importe ainsi d'identifier et de comparer les activités et responsabilités économiquement significatives, les actifs utilisés et les risques assumés par les parties aux transactions ;

Considérant que les règles fiscales applicables à l'endroit de sociétés associées et intégrées au sein du même groupe commercial, au niveau du droit supranational aussi bien qu'au niveau du droit indigène, sont définies avant tout par l'article 9 de la convention modèle contre les doubles impositions de l'OCDE, ayant trait aux entreprises associées ; que cette idée fondamentale et omniprésente se trouve notamment ancrée dans les articles 56 et 164, alinéa 3 L.I.R. (l'article 56bis L.I.R. n'est en vigueur que depuis le 1^{er} janvier 2017) ;

Considérant que d'après l'article 9 de l'OCDE sus-énoncé, lorsque a) une entreprise d'un Etat contractant participe directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise de l'autre Etat contractant, ou que b) les mêmes personnes participent directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise d'un Etat contractant et d'une entreprise de l'autre Etat contractant, et que dans l'un et l'autre cas, les deux entreprises sont, dans leurs relations commerciales ou financières, liées par des conditions convenues ou imposées qui diffèrent de celles qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes, les bénéfices qui, sans ces conditions, auraient été réalisés par l'une des entreprises mais n'ont pu l'être en fait à cause de ces conditions, peuvent être inclus dans les bénéfices de cette entreprise et imposés en conséquence ; qu'en matière fiscale, les sociétés membres d'un groupe doivent donc être considérées comme agissant entre elles sur un marché de pleine concurrence ;

Considérant que la réclamante estime que l'intégralité du rendement monétaire dégagé par le PPL pourrait se faire sous forme d'intérêts débiteurs sans se heurter au principe de pleine concurrence, alors qu'entre tiers, personne n'accepterait l'octroi d'un crédit sans apport personnel, voire sans sûretés de la part de l'emprunteur ; qu'à cet effet elle a fourni, en guise de réponse au courrier du 10 mai 2017 du bureau d'imposition, une analyse économique ayant pour objet la comparaison du PPL à un prêt standard (« interest bearing loan » ou « IBL ») ; que l'étude versée fait mention d'un taux d'intérêt fixe moyen (« median ») de 8,47 pour cent pour la période allant du 26 avril 2013 au 31 décembre 2017 ; qu'après application du taux précité pour cette période, le total des intérêts débiteurs à taux fixe se chiffrerait à ... euros, alors que ... euros seraient en relation avec l'année d'imposition 2015 (« FY2015 ») ;

Considérant que dans la présente requête la réclamante renvoie à « un tableau illustrant le montant total de l'intérêt conforme au principe de pleine concurrence qui aurait été accumulé par la Société durant la période d'investissement commençant le 26 Avril 2013 et se terminant le 31 Décembre 2015 si l'instrument avait été un IBL portant un intérêt fixe de 9.81 % à la place d'un PPL » ; qu'un taux d'intérêt fixe de 9,81 pour cent aurait dégagé des intérêts à hauteur de ... euros, montant correspondant donc au dividende versé par la société filiale de la réclamante ; qu'il convient de remarquer que ledit tableau n'apparaît pas dans l'analyse économique fournie initialement par la réclamante ; qu'il y a divergence, d'une part, du taux d'intérêt de (9,81% - 8,47% i.e.) 1,34 pour cent, et d'autre part, de la période de calcul de 2 ans (période se terminant le 31 décembre 2015 respectivement le 31 décembre 2017) ;

Considérant que sur base de ce qui précède, la réclamante conclut que les intérêts débiteurs à taux variable s'élevant à ... euros seraient conformes au principe de pleine

concurrence, étant donné que ce montant est inférieur aux intérêts fixes de ... euros résultant de l'application du taux de 9,81 pour cent (« par application du taux de 9,81% sur une période d'investissement se terminant le 31 décembre 2015, le montant total de l'intérêt conforme au principe de pleine concurrence accumulé par la Société si l'instrument de financement avait été un IBL à la place d'un PPL s'élèverait à € ..., comparé au montant total d'intérêt variable accumulé sur le PPL de € ») ;

Considérant que l'admission des distributions cachées de bénéfiques en relation avec une partie des intérêts débiteurs a été motivée comme suit par le bureau d'imposition :

« La comparaison de deux produits différents, dont un est lié à la condition de l'existence de produits, en plus en tenant compte d'un effet quasi rétroactif (annualité de l'impôt) ne permet pas de dégager une rémunération selon le principe de la pleine concurrence. Voir aussi la prise de position du bureau Sociétés 6 datant du 6 mars 2014 (refus) » ;

Considérant que dans son placet, la réclamante reproche au bureau d'imposition de ne pas avoir tenu compte de la comparaison entre l'IBL et le PPL pour la raison qu'il s'agit de deux produits financiers différents ; qu'à cet effet, elle a joint à sa requête un mémorandum établi par la société anonyme ...« concernant la comparabilité entre le PPL et un prêt portant un intérêt fixe » ; que ledit mémorandum renseigne un tableau avec un aperçu analytique des dispositions principales du PPL comparées à celles d'un IBL (montant principal, durée, intérêts etc.) ; qu'en conclusion, les auteurs du mémorandum indiquent que « Bien que leurs dispositions contractuelles puissent différer d'une transaction à une autre, tant le PPL que l'IBL sont des contrats de prêt au regard du droit civil luxembourgeois, régis par les dispositions du CCL [Code civil luxembourgeois] » ;

Considérant que force est d'admettre que le PPL peut effectivement soutenir la comparaison avec un IBL que la réclamante aurait contracté avec un tiers indépendant afin de financer l'acquisition de la participation irlandaise ; que l'analyse économique conclut à un taux d'intérêt de 8,47 pour cent calculé sur la période du 26 avril 2013 au 31 décembre 2017 ; que ce taux n'est pas à critiquer ; qu'il y a toutefois lieu de se fier aux seuls chiffres et dates indiqués dans l'analyse économique et non au taux d'intérêt de 9,81 pour cent respectivement à la période de calcul du 26 avril 2013 au 31 décembre 2015 tels que renseignés par la réclamante dans son placet ;

Considérant que sur base de l'étude fournie par la réclamante, cette dernière n'est admise à comptabiliser des intérêts débiteurs à taux variable et afférents au PPL qu'à concurrence de ... euros pour la période du 26 avril 2013 au 31 décembre 2017 ;

Considérant qu'aux termes de l'article 164, alinéa 3 L.I.R., il y a distribution cachée de bénéfiques si un associé, sociétaire ou intéressé reçoit directement ou indirectement des avantages d'une société ou d'une association dont normalement il n'aurait pas bénéficié s'il n'avait pas eu cette qualité ;

Considérant que la disposition de l'article 164, alinéa 3 L.I.R. est l'application du principe suivant lequel il y a lieu, pour les besoins du fisc, de restituer aux actes leur véritable caractère et doit partant s'interpréter en fonction de cette finalité ;

Considérant que l'«administration peut supposer une diminution indue des bénéfiques de l'entreprise si les circonstances la rendent probable, sans avoir à la justifier exactement. Il

y a alors renversement de la charge de la preuve, le contribuable devant prouver qu'il n'y a pas diminution de bénéfice ou que celle-ci est économiquement justifiée, et non seulement motivée par des relations particulières entre deux entités liées » ;

Considérant, tel que cela a été retenu supra, que la réclamante a financé l'acquisition de ... (... euros) par fonds propres (... euros) et via le PPL litigieux (... euros) ; que dans le monde de la finance il est patent que tout investisseur s'attend à un retour sur son investissement ; que les sociétés ayant généré des bénéfices distribuent ceux-ci régulièrement sous forme de dividendes à leurs associés ou actionnaires ; qu'en l'espèce toutefois, la réclamante a versé la quasi-intégralité de ses bénéfices, représentant in fine le dividende perçu de la part de ..., à la partie cocontractante du PPL sous forme d'intérêts débiteurs à taux variable sans avoir distribué un seul centime sous forme de dividende à son associé unique ;

Considérant d'emblée, qu'il importe de mettre en exergue que même si l'associé unique et le créancier de la réclamante sont représentés par la même société, force est de relever que cette société est toujours tenue d'agir, justement à cause de son double rôle, comme entre des tiers indépendants, donc, dans le respect du principe de pleine concurrence ;

Considérant que sans l'ombre d'un doute, l'opération financière en question n'a été effectuée que dans le seul but de ne pas se voir fixer une retenue d'impôt en vertu des articles 146 et 148 L.I.R. lors du versement d'un dividende à ... ; qu'en mettant en place le PPL avec un taux d'intérêt élevé, la réclamante avait l'intention de transférer les dividendes perçus de la part de ... vers ... sous le couvert de paiement d'intérêts débiteurs et ceci donc, sans fixation de retenue d'impôt ; qu'il résulte clairement des circonstances de l'espèce que la forme du prêt n'a été choisie que pour des raisons fiscales ;

Considérant qu'un associé même moyennement diligent et consciencieux, tendant à assurer la rentabilité du capital qu'il a investi dans une société, n'aurait jamais accepté de placer des fonds dans une entreprise s'il aurait su à l'avance qu'il ne toucherait pas de dividende ; que l'essence-même du capital est celle d'en tirer profit, alors que dans le présent cas tous les bénéfices de la réclamante se trouvent anéantis en leur quasi-totalité car contrebalancés par des charges d'intérêts à la même hauteur ; qu'en ravageant l'idée fondamentale de ce que représente le retour sur investissement, il ne saurait être ici question de libre marché dans lequel les acteurs agissent comme des tiers indépendants ; que dans un marché respectant les conditions de pleine concurrence, aussi bien l'associé que le créancier auraient eu droit à une rémunération de leur investissement ;

Considérant qu'en retraçant les origines des intérêts débiteurs à taux variable, le point 4.2 du PPL expose qu'ils correspondent à 100 pour cent des profits nets ajustés et réduits des intérêts débiteurs à taux fixe, ainsi que d'une marge (« The variable interest for a given Annual Interest Period shall correspond to 100 per cent of the Adjusted Net Profits for such Annual Interest Period reduced by (i) the Fixed Interest due for the same Annual Interest Period, (ii) the Fixed Interest due for any previous Annual Interest Period for which no Variable Interest has been due and (iii) the Margin (the Variable Interest) »), en l'occurrence le dividende de ... euros perçu de la part de ... ; que ... a été financé à raison de (... 1 ... x 100 i.e.) 15,11 pour cent par fonds propres et de (... / ... x 100 i.e.) 84,89 pour cent par le PPL ; qu'il aurait donc appartenu à la réclamante de verser également un dividende à son associé en fonction de l'investissement de ce dernier, ce qu'elle n'a visiblement pas fait ;

Considérant que la condition posée par le principe de pleine concurrence n'est par conséquent pas remplie, il y a lieu de débouter que l'associé unique aurait, dans des conditions normales de marché, au moins eu droit à un dividende proportionnellement aux fonds investis, à savoir 15,11 pour cent du profit net ajusté ;

Considérant qu'il suit de tous les éléments qui précèdent que les intérêts débiteurs comptabilisés à hauteur de (15,11% x ... i.e.) ... euros sont à considérer comme distributions cachées de bénéfiques en vertu de l'article 164, alinéa 3 L.I.R. ; que le bénéficiaire des distributions susvisées est une société de droit jersiais, société non visée par le régime des sociétés mère et filiales (« Schachtelprivileg ») ;

Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article 146 L.I.R., les distributions de bénéfiques tant ouvertes que cachées, sont passibles de la retenue d'impôt sur les revenus de capitaux ;

Considérant qu'en vertu de l'article 148 L.I.R., le taux de la retenue d'impôt applicable pour l'année 2015 est de 15 pour cent, à moins que le débiteur des revenus ne prenne à sa charge l'impôt à retenir, ce qui, même en matière de distribution cachée de bénéfiques, n'est jamais présumé ; qu'en l'espèce, la retenue d'impôt sur les revenus de capitaux de l'année litigieuse se chiffre à (15% x ... i.e.) ... euros ; (...) ».

Par une requête déposée au greffe du tribunal administratif en date du 12 juillet 2019, la société B a fait introduire un recours tendant à la réformation sinon à l'annulation de la décision directoriale précitée du 2 mai 2019.

Conformément aux dispositions combinées du paragraphe 228 AO et de l'article 8, paragraphe (3), point 1. de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, le tribunal administratif est appelé à statuer comme juge du fond sur un recours introduit contre une décision du directeur ayant statué sur les mérites d'une réclamation contre un bulletin d'impôt.

Le tribunal est partant compétent pour connaître du recours principal en réformation qui est encore recevable pour avoir été introduit dans les formes et délai de la loi.

Il n'y a dès lors pas lieu de statuer sur le recours subsidiaire en annulation.

A l'appui de son recours et en fait, la partie demanderesse, tout en rappelant les rétroactes repris ci-avant, explique qu'après avoir eu une entrevue avec le préposé du bureau d'imposition en date du 20 septembre 2012 afin de présenter les aspects fiscaux de la structure envisagée, le groupe de sociétés ... aurait initié l'exécution de son projet en procédant à sa constitution le 27 novembre 2012.

Le 26 avril 2013, son associé unique, la société A, lui aurait transféré sa participation de 100% dans la société ... Ltd, dénommée ci- après « la société C », à raison de ... parts sociales ayant une valeur de marché de ...,- euros en échange de fonds propres (... parts sociales ayant une valeur nominale de ... euro chacune et une prime d'émission d'un montant de ...,- euros), ainsi que ... parts sociales ayant une valeur de marché de ...,- euros en échange d'une dette, « le PPL », d'un montant de ...,- euros, soit par fonds propres à hauteur de 15,11%, respectivement par dette/PPL à hauteur de 84,89%.

La partie demanderesse relève que par courrier daté du 12 juin 2013, elle aurait déposé auprès du préposé du bureau d'imposition une demande de décision anticipée afin d'entériner le traitement fiscal présenté lors de la réunion du 20 septembre 2012, demande qui aurait repris, d'une part, le détail des étapes de la structuration, avec comme pièce jointe, notamment les conditions générales du PPL, et, d'autre part, les points fiscaux principaux, à savoir (i) le ratio d'endettement pour le financement de C, soit 15% de fonds propres et 85% de dette/PPL, et (ii) la qualification d'intérêt sur instrument financier de l'intérêt fixe (0,25%) et variable (99% des bénéfiques nets) afférents au PPL pour, en conséquence, obtenir de la part des autorités fiscales, confirmation que l'intérêt fixe et variable sur le PPL ne constitueraient pas une distribution cachée de dividendes.

Elle relève que par un courrier daté du 6 mars 2014, dont l'existence serait mentionnée par l'administration dans ses écrits, mais qui ne lui serait toutefois jamais parvenu, ni à son mandataire, le bureau d'imposition lui aurait indiqué qu'il ne serait pas possible d'assimiler 99% de l'intérêt sur le PPL à une charge fiscalement déductible lorsque la participation dans la société C serait financée à hauteur de 85% de dette.

Or, en date du 28 mars 2014, le préposé du bureau d'imposition et son adjointe auraient confirmé le traitement fiscal abordé lors de la réunion du 20 septembre 2012 et détaillé dans la demande de décision anticipée du 12 juin 2013, sous la seule réserve spécifique que l'intérêt afférent au PPL devrait respecter le principe de pleine concurrence (arm's length principle).

En droit, la partie demanderesse conclut en premier lieu à une violation des principes généraux du droit de la confiance légitime, de bonne foi et de la sécurité juridique,

Quant à l'opposabilité de la décision anticipée, la partie demanderesse fait souligner que la procédure des décisions anticipées rendues en matière d'impôts directs n'aurait pas été réglementée lorsque sa demande de décision anticipée aurait été formulée, respectivement acceptée, de sorte qu'il aurait lieu de se référer à la jurisprudence constante selon laquelle la pratique des décisions anticipées en matière fiscale serait soumise aux principes généraux de confiance légitime, de bonne foi, et de sécurité juridique, principes impliquant non seulement le droit à la sécurité fiscale qui consisterait à garantir aux contribuables le montant des impositions mises à leur charge de telle manière que chacun puisse prévoir sa situation fiscale et agir en conséquence, mais répondraient également à l'objectif d'assurer la prévisibilité des actions des autorités administratives et de protéger les administrés contre les changements brusques et imprévisibles de celles-ci.

Ainsi, les décisions anticipées lieraient l'administration des Contributions directes si quatre conditions cumulatives seraient réunies, à savoir :

- i) le contribuable devrait avoir posé une question écrite à l'administration, exposant clairement et intégralement sa situation, permettant ainsi à celle-ci d'analyser en pleine connaissance de cause la situation du contribuable ;
- ii) la réponse individuelle fournie (c.-à-d. la décision anticipée) devrait émaner d'un fonctionnaire compétent ;
- iii) l'administration devrait avoir voulu se lier par les renseignements donnés au contribuable ;
- iv) les renseignements fournis par l'administration (c.-à-d. la décision anticipée) auraient eu une influence déterminante sur le contribuable.

Dans ce contexte, la partie demanderesse fait relever, en premier lieu, que la discussion ayant eu lieu le 20 septembre 2012 et sa demande de décision anticipée accompagnée de la documentation pertinente auraient fourni une image fidèle et exhaustive de la structure et de l'instrument financier envisagés par le groupe ...et que l'approbation de la demande de décision anticipée par le bureau d'imposition aurait été libellée dans les termes non équivoques, de sorte que la première condition tenant à un exposé clair de la situation du contribuable serait parfaitement remplie en l'espèce.

Concernant la deuxième condition, la partie demanderesse donne à considérer que la confirmation du traitement fiscal exposé dans la demande de décision anticipée émanerait bien d'un fonctionnaire compétent, à savoir le préposé du bureau d'imposition ensemble avec un préposé adjoint, de sorte que cette condition serait également remplie.

Quant à la troisième condition, à savoir l'intention de l'administration de se lier par rapport aux informations fournies au contribuable, la partie demanderesse estime que la décision anticipée serait dépourvue de toute ambiguïté, en soulignant que « *The present decision shall be binding the direct tax authorities for a period of 5 tax years (i.e. from tax year 2013 to tax year 2017)* ».

La partie demanderesse fait relever que la réserve spécifique émise par le bureau d'imposition selon laquelle l'intérêt sur le PPL ne devrait pas excéder une rémunération de pleine concurrence selon une comptabilité d'engagement, n'emporterait aucune remise en cause de la volonté de l'administration des Contributions directes de se lier par sa décision anticipée.

A cet égard, la partie demanderesse souligne que l'ensemble des considérations contenues dans la décision déferée à propos de son ratio capital/dettes et la formule de calcul de l'intérêt sous le PPL seraient purement et simplement à écarter, alors que ces éléments auraient été validés sans réserve par la décision anticipée, de sorte que la portée du litige se résumerait donc uniquement à la conformité au principe de pleine concurrence de l'intérêt comptabilisé en relation avec le PPL au titre de l'année 2015.

Enfin, la partie demanderesse explique, quant à la quatrième condition, que les renseignements fournis par l'administration des Contributions directes auraient bien eu une influence déterminante pour elle, alors que la structure décrite dans la demande de décision anticipée aurait été mise en place conformément au projet soumis au bureau d'imposition.

La partie demanderesse en conclut que l'administration des Contributions directes serait dès lors tenue de respecter la décision anticipée en vertu du principe de confiance légitime et ne pourrait plus requalifier une partie des intérêts du PPL en distribution cachée de dividendes soumise à une retenue à la source de 15% sur la base d'un motif autre que celui du non-respect du principe de pleine concurrence, principe qui serait par ailleurs respecté en tout état de cause.

En effet, quant au respect du principe de pleine concurrence, la partie demanderesse fait noter, à titre liminaire, qu'elle n'aurait jamais reçu le courrier du bureau d'imposition du 6 mars 2014 sur base duquel ce dernier aurait annoncé son intention de diverger des déclarations fiscales déposées pour l'année 2015 et qu'en tout état de cause, la portée de ce courrier serait purement et simplement vidée de toute substance au vu de l'émission postérieure de la décision anticipée en date du 28 mars 2014 qui n'en ferait pas mention.

La partie demanderesse fait plaider que par la mise en cause du ratio de financement et de la formule de détermination de l'intérêt sur le PPL, tels qu'ils auraient été communiqués, intégralement et en toute transparence avec la demande de décision anticipée, l'administration des Contributions directes aurait violé les principes de confiance légitime, de bonne foi et de sécurité juridique, alors que ces points n'auraient pas fait l'objet d'une réserve quelconque dans la décision anticipée.

Quant au principe de confiance légitime, la partie demanderesse souligne que suivant un jugement du tribunal administratif du 16 juin 2014, inscrit sous le numéro 30367 du rôle, *« d'une manière générale, un administré ne peut prétendre au respect d'un droit acquis que si, au-delà de ses attentes, justifiées ou non, l'autorité administrative a créé à son profit une situation administrative acquise et réellement reconnue ou créé un droit subjectif dans son chef. Ce n'est qu'à cette condition que peut naître dans le chef d'un administré la confiance légitime que l'administration respectera la situation par elle créée, les deux notions de droits acquis et de confiance légitime étant voisines.*

C'est ainsi que lorsqu'un particulier diligent est surpris du fait qu'il s'est raisonnablement fié au « pré-comportement » objectif de la personne publique, et n'est dès lors pas en mesure de prévoir l'adoption - ou la modification - soudaine d'une disposition de nature à affecter ses intérêts, la « légitimité » de sa confiance subjective peut être présumée, et ce avec d'autant plus de force lorsque existent des dispositions concrètes et objectives indéniablement prises dans la confiance. Cette dernière condition en particulier - l'existence de dispositions concrètes et objectives prises dans la confiance - présuppose plus précisément l'existence d'une relation étroitement personnelle entre l'administré et l'administration tel qu'un acte administratif individuel créateur de droits, telle qu'une décision individuelle d'ordre pécuniaire ».

A ce sujet la Cour administrative, dans un arrêt du 2 avril 2015, inscrit sous le numéro 35541C du rôle, aurait également précisé que *« ce principe général du droit tend à ce que les règles juridiques ainsi que l'activité administrative soient empreintes de clarté et de prévisibilité, de manière à ce qu'un administré puisse s'attendre à un comportement cohérent et constant de la part de l'administration dans l'application d'un même texte de l'ordonnancement juridique par rapport à une même situation administrative qui est la sienne.*

Ainsi, ce principe général s'entend comme étant la confiance que les destinataires de règles et de décisions sont normalement en droit de porter envers la stabilité, au moins pour un certain temps, inhérente à la situation dont s'agit sur la base de ces règles et de ces décisions. La constance des rapports entre l'administration et l'administré se dégageant de la sorte ne vaut que rebus sic stantibus c'est-à-dire toutes choses restant égales par ailleurs tant que le cadre juridique et factuel reste le même ».

Ainsi, le principe de confiance légitime protégerait le contribuable contre les changements brusques et imprévisibles de l'administration en lui reconnaissant le droit de se fier à des engagements pris par elle.

Le raisonnement opéré par les juridictions administratives ferait ainsi ressortir deux grandes orientations du principe de confiance légitime. L'une mettrait en exergue la protection de l'administré contre des changements brusques et imprévisibles de l'administration, tandis que l'autre n'envisagerait le principe de confiance légitime que dans l'hypothèse où l'administration aurait créé une situation administrative acquise et réellement reconnue ou créé

un droit subjectif dans le chef de l'administré qui, ainsi, pourrait prétendre, dans ce contexte précis, au respect de ce droit acquis et à sa préservation.

Enfin, la partie demanderesse fait souligner que le principe de confiance légitime aurait une importance toute particulière au regard des demandes de décision anticipée en matière fiscale, tel que cela ressortirait de l'article D14 des travaux parlementaires du projet n°6722 faisant directement et explicitement référence au principe de confiance légitime en ces mots: « *l'application traditionnelle du principe de la confiance légitime, qui se concrétise à travers la fourniture par l'Administration des contributions directes de renseignements sollicités par le contribuable en relation avec le traitement fiscal d'un cas spécifique, est considérée comme n'étant plus entièrement adaptée aux besoins de la situation actuelle, notamment en raison de l'absence de base légale explicite. Le système modernisé reflète et formalise la pratique existante, tout en permettant d'améliorer le dialogue entre l'administration et le contribuable et d'assurer la sécurité juridique dans les affaires économiques internationales* ».

Il s'ensuivrait que le législateur luxembourgeois aurait entendu lier la réglementation des demandes de décisions anticipées au principe de confiance légitime et ce, bien avant la réglementation des demandes de décisions anticipées, puisqu'il aurait considéré que le principe aurait déjà fait l'objet d'une application traditionnelle.

La Cour administrative aurait adopté la même position en retenant que l'absence de législation encadrant les décisions préalables de l'administration des Contributions directes ne dispenserait pas cette dernière de respecter « *le principe de confiance légitime qui répond au souci du respect de la sécurité juridique* ».

Quant au principe de bonne foi, la partie demanderesse fait plaider que celui-ci impliquerait que l'administration des Contributions directes, lorsqu'elle prend position sur la qualification et le traitement fiscal d'une situation ou d'un acte juridique, se conformerait à cette position et informerait préalablement sur les revirements qu'elle pourrait opérer. Par ailleurs, le principe de bonne foi ne pourrait être opposé à l'administration que si sa position initiale avait entraîné un certain comportement chez le contribuable.

Si le principe de bonne foi n'empêcherait pas l'administration d'opérer un changement de pratique lors d'un réexamen des dispositions légales applicables à une espèce, le principe de bonne foi impliquerait *a contrario* qu'une position prise par l'administration soit maintenue en l'absence de tout changement de loi.

A ce titre, la Cour administrative aurait, dans un arrêt du 5 mars 2009, inscrit sous le numéro 25022C du rôle, retenu qu' « *il peut y avoir atteinte au principe de bonne foi lorsque les autorités fiscales compétentes entendent faire exécuter à l'encontre d'un débiteur de l'impôt une prétention relative à une dette fiscale qui a été générée par une faute ou une négligence desdites autorités, notamment suite à une mauvaise information donnée par elles au contribuable* ».

Quant au principe de sécurité juridique, la partie demanderesse estime que celui-ci imposerait généralement que la législation ainsi que les décisions administratives reposant sur cette législation soient claires et leur application prévisible pour les justiciables. Précisément, en droit fiscal, le principe de sécurité juridique impliquerait que le contribuable soit à même d'anticiper le régime d'imposition lui applicable en se fiant à des informations lui fournies par l'administration.

A ce titre, le tribunal administratif serait venu préciser à plusieurs reprises que « la réponse personnelle que l'administration fiscale aura donnée le cas échéant au contribuable liera celle-ci à ce dernier si des conditions déterminées sont réunies. Ainsi, le contribuable doit d'abord avoir posé une question par écrit de façon à permettre à l'administration fiscale d'analyser convenablement la situation exposée par lui. Le contribuable doit plus particulièrement avoir exposé clairement son cas et de façon complète, de façon à mettre l'administration en état de se prononcer en pleine connaissance de cause. La réponse individuelle fournie doit ensuite émaner d'un fonctionnaire compétent, ou à tout le moins d'un fonctionnaire dont le contribuable a légitimement pu croire qu'il était investi des pouvoirs suffisants. L'administration doit encore avoir voulu se lier par les renseignements donnés au contribuable, c'est-à-dire que la réponse fournie l'aura été sans restrictions ni réserves ; enfin, les renseignements fournis par l'administration doivent avoir eu une influence déterminante sur le contribuable ».

En l'espèce, la partie demanderesse souligne que la décision déferée, pour entériner le redressement fiscal litigieux, semblerait vouloir semer une confusion entre la motivation du bureau d'imposition qui aurait reposé sur le ratio de financement et une nouvelle motivation basée sur le respect du principe de pleine concurrence, en indiquant à tort que « le bureau d'imposition a requalifié en distributions cachées de bénéfiques une partie des intérêts débiteurs afférents au PPL au motif que la rémunération dudit prêt ne correspondait pas au principe de la pleine concurrence ». Ainsi, la décision déferée essaierait de rectifier la motivation du redressement en faisant référence à la seule réserve spécifique contenue dans la décision anticipée.

Or, la preuve du respect du principe de pleine concurrence serait établie en l'espèce, la partie demanderesse rappelant que suite à l'information par le bureau d'imposition de son intention de requalifier une partie des intérêts liés au PPL, elle lui aurait fourni, dans son courrier du 30 juin 2017, une analyse économique de prix de transfert détaillée et indépendante, acceptée par le bureau d'imposition dans sa décision anticipée et permettant de retenir la conformité de l'intérêt sur le PPL au principe de pleine concurrence.

Cette analyse économique de prix de transfert serait basée sur une comparaison entre (i) la charge d'intérêts sur le PPL si celui-ci avait été un prêt portant un intérêt fixe accordé par une partie non liée et (ii) le montant réel de la charge d'intérêts sur le PPL.

La partie demanderesse relève qu'en l'espèce, le PPL conclu entre elle et la société A s'élèverait à ...,- euros, de sorte que sur cette base, l'analyse économique de prix de transfert aurait établi un taux d'intérêt conforme au principe de pleine concurrence de la manière suivante :

« *The unrelated party bonds found comparable under the analysis, provide a reasonable benchmark for the fixed interest rate to be applied on the Loan under analysis. After performing the relevant comparability adjustments, the following arm's length range of fixed interest rates was computed (in %):*

Table 5. — Arm's length range of results

	<i>Minimum</i>	<i>First Quartile</i>	<i>Median</i>	<i>Third Quartile</i>	<i>Maximum</i>
<i>Yield</i>	7,26	7,72	8,47	8,59	10,71

Source: Deloitte

According to the OECD TP Guidelines (Chapter NI, paragraph 3.62) in determining the point in the range "where the range comprises results of relatively equal and high reliability, it could be argued that any point in the range satisfies the arm's length principle". Therefore, it can be concluded that any point within the range represents an arm's length interest rate for the Loan ».

Le taux moyen d'intérêt sur un prêt portant un intérêt fixe ayant des caractéristiques similaires à celles du PPL s'avèrerait donc être de 8,47% pour une période d'investissement allant du 26 avril 2013 au 31 décembre 2017

Selon la formule classique, la valeur future du PPL serait fonction du taux d'intérêt (k) et de sa durée (n) :

$$\text{« Valeur future} = \text{Valeur initiale} (1 + k)^n$$

Avec

- Valeur initiale = ...

- $k = 0,0847$

- $n = 249/360 + 4$ ».

En application de cette formule, le PPL aurait, à titre indicatif, eu une valeur, au 31 décembre 2017, de ... $(1 + 0,0847)^{249/360 + 4}$, soit ... euros (montant nominal de ...,- euros et intérêts de ...,... euros) en utilisant, uniquement à titre d'illustration, le taux d'intérêt médian de 8,47% fourni par l'analyse économique de prix de transfert, comme cela serait indiqué en conclusion de cette dernière.

Il conviendrait également de relever, d'après la partie demanderesse, que l'analyse économique de prix de transfert établirait un taux d'intérêt de pleine concurrence compris entre 7,26% et 10,71% par an (ces taux minimum et maximum constitueraient l'intervalle ou « range » en anglais) sur une période de cinq ans (la période usuelle sur laquelle serait généralement estimé un taux d'intérêt). Il ressortirait par ailleurs de la décision déférée que l'analyse économique de prix de transfert fournie ne serait pas critiquée par l'administration des Contributions directes. Dès lors, le montant d'intérêt variable enregistré au titre de l'année 2015 pour un montant de ... euros devrait être considéré comme étant en ligne avec le principe de pleine concurrence, dans la mesure où ce montant s'inscrirait dans la fourchette obtenue suite à l'analyse économique.

En effet, quand bien même la période d'investissement aurait été plus courte, à savoir du 26 avril 2013 au 31 décembre 2015 (exercice durant lequel l'intérêt litigieux aurait été comptabilisé), la partie demanderesse relève que le montant d'intérêt qu'elle aurait versé au titre du PPL serait là encore conforme au principe de pleine concurrence, alors que, conformément aux lignes directrices de l'organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), lorsque la transaction entre entreprises associées prendrait effet à un instant situé dans l'intervalle de pleine concurrence, il n'y aurait pas lieu de procéder à un ajustement.

A cet égard, la partie demanderesse explique qu'elle aurait détaillé dans sa réclamation qu'en appliquant les résultats de l'analyse économique de prix de transfert sur une période d'investissement plus courte allant du 26 avril 2013 au 31 décembre 2015, le montant d'intérêt litigieux accumulé de ... euros correspondrait à un taux d'intérêt inférieur à 9,81%, taux qui demeurerait en parfaite conformité avec le principe de pleine concurrence, car compris dans

l'intervalle de 7,26% à 10,71% (taux maximum admissible) conformément à l'analyse économique de prix de transfert.

La partie demanderesse soulève que selon l'OCDE elle-même, dont les recommandations en matière de prix de transfert feraient autorité et seraient formellement suivies par l'administration des Contributions directes, « *lorsque l'intervalle comprend des résultats dont le degré de fiabilité est relativement équivalent et élevé, on pourrait considérer que n'importe quel point de l'intervalle satisfait au principe de pleine concurrence* ».

Dès lors, ce serait à tort que l'administration des Contributions directes aurait considéré une partie du montant d'intérêt de ... euros comme une distribution cachée frappée de retenue à la source, de sorte que la décision déferée serait entachée d'erreur en fait et en droit du fait de considérer comme non conforme au principe de pleine concurrence un intérêt pourtant inférieur au maximum de 10,71% permis par l'analyse économique de prix de transfert.

Il conviendrait à cet égard de souligner que la décision déferée prétendrait déterminer le montant d'intérêts qui, selon le directeur, serait à considérer comme distribution cachée de bénéfiques, non pas sur la base d'une analyse, encore moins d'une contradiction de l'analyse économique de prix de transfert fournie, mais en considérant arbitrairement que les intérêts seraient une distribution cachée à hauteur du financement par fonds propres.

Or, une telle détermination arbitraire ne reposerait sur aucune base légale ni sur aucune méthodologie reconnue en matière de prix de transfert. L'approche de l'administration des Contributions directes en la matière ne serait en fait rien d'autre que la remise en cause, *a posteriori*, du ratio fonds propres/dettes et de la formule de détermination de l'intérêt variable sous le PPL, alors même que par la décision anticipée, elle aurait confirmé son accord inconditionnel sur ces points. A ce titre, la partie demanderesse souligne que la formule de l'intérêt variable sous le PPL serait un mode de calcul arrêté conventionnellement entre les parties et elle ne pourrait directement ou indirectement être critiquée par l'administration des Contributions directes sans violer les principes de confiance légitime, de bonne foi et de sécurité juridique. Ainsi, tant que l'intérêt sous le PPL ne dépasserait pas le maximum de l'intervalle indiqué dans l'analyse économique de prix de transfert, cet intérêt serait conforme au principe de pleine concurrence et ne pourrait être requalifié en distribution cachée.

Enfin, la partie demanderesse précise qu'en ayant soumis à première demande une analyse économique de prix de transfert justifiant la conformité de ses mécanismes contractuels mis en place au principe de pleine concurrence, elle aurait pleinement rempli son devoir de coopération envers l'administration des Contributions directes, laquelle aurait ainsi disposé de tous les éléments nécessaires pour s'assurer du respect du principe de pleine concurrence.

Etant donné que l'administration des Contributions directes serait liée par la décision anticipée, elle ne pourrait plus remettre en cause le traitement fiscal litigieux qu'elle aurait elle-même confirmé, la partie demanderesse rappelant que seul le principe de pleine concurrence serait concerné par la réserve contenue dans la décision anticipée, principe qui serait d'ailleurs bien respecté.

Dans son mémoire en réplique, la partie demanderesse fait encore préciser, face aux développements du délégué du gouvernement qu'elle estime ne pas être de nature à énerver son argumentation, que le caractère non-équivoque de la volonté de l'administration des

Contributions directes d'être liée par la décision anticipée ne serait pas mis en cause par un courrier du bureau d'imposition 6 mars 2014 qu'elle n'aurait jamais reçu.

A ce titre, la partie demanderesse s'oppose à l'insinuation du délégué du gouvernement selon laquelle il lui faudrait rapporter la preuve qu'elle n'aurait pas reçu ledit courrier du 6 mars 2014, alors qu'il s'agirait par essence même d'une *probatio diabolica*, ceci tant au mépris de l'article 59 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, que de la jurisprudence qui aurait précisé que « *la charge de la preuve ne répond pas à la règle suivant laquelle le demandeur a la charge de la preuve, applicable dans un procès civil, [...] et c'est à l'administration, auteur de l'acte et donc la mieux placée pour en connaître les dessous, tenants et aboutissants, d'en établir la régularité* », et a *fortiori* son existence.

La partie demanderesse en conclut que l'existence du courrier du 6 mars 2014 ne serait nullement rapportée en l'espèce, de sorte que son contenu ne pourrait qu'être écarté des débats.

En tout état de cause, la partie demanderesse rappelle que du fait que la décision anticipée est intervenue postérieurement, sans faire référence, notamment dans ses réserves, au courrier du 6 mars 2014, l'administration des Contributions directes serait liée à sa position prise dans la décision anticipée du 28 mars 2014.

Dans ce contexte, la partie demanderesse relève encore que trois des réserves émises par le bureau d'imposition dans le cadre de la décision anticipée seraient des réserves « *standards* » qui auraient par ailleurs été codifiées telles quelles au paragraphe 29a AO et que seule la réserve relative au respect du principe de pleine concurrence serait spécifique, bien que commune dès lors qu'une demande de décision anticipée couvrirait un instrument financier. Il ne saurait dès lors pas être prétendu que ces réserves auraient pour vocation, en tant que telles, d'atténuer la volonté de l'administration des Contributions directes d'être liée par sa décision anticipée, sous peine de priver les décisions anticipées de leur vocation fondamentale, à savoir la sécurité juridique dont souhaiteraient bénéficier les contribuables formulant une telle demande. Etant donné qu'il ne saurait être contesté que les éléments présentés au bureau d'imposition dans la demande de décision anticipée auraient été sincères et complets et qu'aucun changement de législation nationale ou internationale ne serait venu affecter la portée de la décision anticipée, les trois réserves « *standards* » seraient sans effet sur la validité de celle-ci.

Quant au respect du principe de pleine concurrence, la partie demanderesse estime que le délégué du gouvernement opérerait une confusion entre différents concepts du droit fiscal afin de tenter de légitimer la position prise par l'administration des Contributions directes.

Dans ce contexte, la partie demanderesse rappelle qu'elle aurait acquis le 26 avril 2013, 100% de la société C, participation qui aurait été financée dès l'origine par des fonds propres à hauteur de 15,11% et par un PPL pour le reliquat de 84,89%.

Or, comme il serait constant que le prédit ratio d'endettement serait admis par la pratique administrative, la partie gouvernementale essaierait de repositionner le débat sur le terrain du principe de pleine concurrence.

La partie demanderesse relève qu'au cours de son exercice 2015, elle aurait reçu un dividende de ...,- euros de la société C, l'ayant amené à comptabiliser un intérêt afférent au

PPL conforme aux modalités prévues par le contrat, dont les caractéristiques avaient été communiquées au bureau d'imposition avec la demande de décision anticipée et par rapport auxquels le bureau d'imposition, lors de l'émission de la décision anticipée, n'aurait pas émis de réserve. En effet, le bureau d'imposition n'aurait émis aucune réserve concernant la formule de détermination de l'intérêt sur le PPL, respectivement concernant le ratio de financement, mais aurait seulement prévu la caducité de la décision anticipée si l'intérêt sur le PPL venait à excéder une rémunération de pleine concurrence selon une comptabilité d'engagement.

Elle rappelle que suite au courrier du bureau d'imposition du 10 mai 2017, se bornant à qualifier de distribution cachée les « *intérêts qui dépassent le montant de refinancement (85%)* », elle aurait versé une analyse économique de prix de transfert dont la conclusion n'aurait pas été remise en cause par l'administration des Contributions directes.

La partie demanderesse rappelle que si ladite analyse économique de prix de transfert, après avoir réalisé les ajustements de comparabilité pertinents, aurait jugé un taux d'intérêt fixe compris entre 7,2% et 10,71% comme étant conforme au principe de pleine concurrence, il conviendrait de souligner que ce serait à titre purement exemplatif que cette analyse aurait indiqué que le montant d'intérêts produit par un prêt d'un montant de ... euros à un taux d'intérêt fixe de 8,47% (le taux d'intérêt médian) sur une période courant du 26 avril 2013 au 31 décembre 2017 serait de ... euros, alors que les principes édictés par l'OCDE prévoiraient à ce titre que « *pour déterminer ce point [de l'intervalle], lorsque l'intervalle comprend des résultats dont le degré de fiabilité est relativement équivalent et élevé, on pourrait considérer que n'importe quel point de l'intervalle satisfait au principe de pleine concurrence lors du choix du taux compris dans la fourchette de résultats* ». Ainsi, tout taux compris dans l'intervalle représenterait un taux conforme au principe de pleine concurrence, de sorte que la partie gouvernementale verserait dans l'erreur lorsqu'elle estimerait, dans son mémoire en réponse, qu'il « *y a toutefois lieu de se fier aux seuls chiffres et dates indiqués dans l'analyse économique et non au taux d'intérêt de 9,81 pour cent* ».

La partie demanderesse fait préciser qu'à l'occasion de sa réclamation du 9 octobre 2018, elle aurait explicité le résultat de cette analyse économique de prix de transfert en adaptant le taux d'intérêt et la période couverte afin d'en faciliter la lecture au vu du montant d'intérêts comptabilisé dans les comptes annuels 2015, démontrant ainsi que le total des intérêts sur le PPL ne dépasserait pas 9,81% soit un taux toujours situé à l'intérieur de la fourchette comprise entre 7,2% et 10,71%, telle que retenue par l'analyse économique de prix de transfert pour la période du 26 avril 2013 au 31 décembre 2015.

Pour autant que de besoin, la partie demanderesse donne à considérer que la démonstration qu'un montant d'intérêts de ...,- euros sur la période visée correspondrait à un taux d'intérêt de 9,81% s'établirait de la manière suivante :

année	principal au début, de la période	nombre de jours	taux d'intérêt	intérêts	principal à la fin de la période
2013	...	245/360	9,81%
2014	...	360/360	9,81%
2015	...	360/360	9,81%
total d'intérêts du 26/4/2013 au 31/12/2015 :				...	

La partie demanderesse s'oppose à ce que la partie gouvernementale, pour lui refuser le taux de 9,81%, procède à une lecture erronée de l'analyse de prix de transfert en ne lui permettant de comptabiliser des intérêts débiteurs à taux variable et afférents au PPL qu'à concurrence de ... euros pour la période du 26 avril 2013 au 31 décembre 2017, alors même que l'analyse économique de prix de transfert fixerait une fourchette de résultats de taux d'intérêt (entre 7,2% et 10,71%) qui respecteraient tous le principe de pleine concurrence.

Par ailleurs, l'argumentation gouvernementale serait difficilement soutenable en matière de pratique d'emprunt par les acteurs économiques.

En ce qui concerne l'analyse de comparabilité que l'administration des Contributions directes aurait effectuée pour justifier la méconnaissance du principe de pleine concurrence en l'espèce, cette dernière admettrait la comparabilité du PPL à un prêt standard (interest-bearing loan, dénommé ci-après « IBL »), rejetant l'application du taux d'intérêt de 9,81% sur la base d'une analyse de comparabilité qui semblerait se limiter à comparer sommairement deux éléments du compte de profits et pertes 2015: le montant du dividende reçu (...,- euros) et la charge d'intérêt sur le PPL (... euros) en tenant compte des caractéristiques que devraient, à son sens, revêtir des prêts entre parties non liées.

Or, l'argumentation de la partie gouvernementale selon laquelle un prêt ne pourrait être accordé à un tiers en l'absence d'un apport personnel ou de sûretés ne tiendrait pas par rapport à la pratique du marché, alors que les fonds de dette alternatifs prêteraient quotidiennement à des parties non-liées des sommes colossales sous la forme de prêts subordonnés ou de prêts mezzanines sans aucune garantie. Même la Banque européenne d'investissement prêterait régulièrement à des opérateurs privés sans aucune sûreté.

La partie demanderesse précise qu'en l'espèce, l'absence de garantie aurait été prise en compte dans l'analyse économique de prix de transfert de manière à justifier typiquement une prime de risque sous la forme d'une majoration du taux d'intérêt.

Par ailleurs, un investisseur demeurerait libre dans la gestion de ses fonds et de participer ainsi au financement d'un actif par dette plutôt que par fonds propres.

Aussi, ne saurait-il être argué de manière péremptoire, sans aucune analyse des modalités juridiques ou économiques du PPL, que son choix de recourir au PPL ne reposerait que sur des considérations fiscales. Ainsi, la pure pétition de principe de la part du délégué du gouvernement selon laquelle il « *aurait donc appartenu à la requérante de verser également un dividende à son associé en fonction de l'investissement de ce dernier, ce qu'elle n'a visiblement pas fait. La condition posée par le principe de pleine concurrence n'est par conséquent pas remplie* », reposerait sur une erreur manifeste d'appréciation, alors qu'outre le fait que l'administration des Contributions directes ne serait plus en droit de formuler des objections sur les modalités de calcul de l'intérêt variable sur le PPL, il conviendrait de relever, pour démontrer l'erreur de raisonnement du délégué du gouvernement, que si elle avait choisi de recourir à un emprunt à taux fixe au lieu d'un PPL, il aurait pu en résulter une charge d'intérêts supérieure à ... millions euros pour la période du 26 avril 2013 au 31 décembre 2015, notamment en utilisant le taux maximal de 10,71% autorisé par l'analyse économique de prix de transfert, soit une charge notablement supérieure à celle des intérêts sur le PPL. Ainsi, non seulement, elle n'aurait pas été en mesure de verser un dividende mais en plus elle aurait réalisé une perte significative, démontrant au passage et pour autant que de besoin son intérêt à recourir au PPL plutôt qu'à un emprunt à taux fixe. Par ailleurs, une distribution de dividendes ne

relèverait pas du principe de pleine concurrence et il ne pourrait être conclu qu'elle aurait également dû verser un dividende, étant donné que (i) une distribution de dividende serait une décision prise par le conseil de gérance (pour les dividendes intérimaires) ou l'assemblée générale des associés (dividende régulier) en fonction de sa pertinence, (ii) de nombreuses sociétés ne distribueraient pas de dividendes, même si elles ont des capacités de distribution et de la trésorerie, non pas pour des raisons fiscales mais parce qu'elles souhaiteraient faire usage de la trésorerie correspondant aux bénéfices à d'autres fins conformes à l'intérêt social et à l'intérêt des associés et (iii) elle aurait, dans le cas présent, des bénéfices distribuables après le paiement des intérêts sur le PPL, mais aurait décidé de ne pas distribuer ces bénéfices aux associés.

Enfin, pour rappel et en soulignant à nouveau que l'administration des Contributions directes ne démontrerait pas en quelle mesure l'intérêt sur le PPL ne respecterait pas le principe de pleine concurrence, la partie demanderesse souligne que la détermination du montant de la distribution cachée laisserait pantois puisque qu'elle se fonderait sur le ratio dette/fonds propres appliqué par elle et non sur une éventuelle partie excédentaire - *quod non* - du taux d'intérêt par rapport à un taux de pleine concurrence.

Le délégué du gouvernement conclut au rejet du recours en relevant en fait que la partie demanderesse aurait été constituée le 27 novembre 2012 avec « *pour objet l'acquisition, la vente et/ou la détention de participations, tant au Luxembourg qu'à l'étranger, dans d'autres sociétés ou entreprises sous quelque forme que ce soit et la gestion de ces participations. La Société pourra en particulier acquérir par souscription, achat, et échange ou de toute autre manière tous titres, actions et autres valeurs de participation, obligations, créances, certificats de dépôt et en général toutes valeurs ou tous instruments financiers émis par toute entité publique ou privée. (...) [Elle] pourra emprunter sous quelque forme que ce soit et procéder à l'émission d'obligations, de reconnaissances de dettes, et d'autres titres représentatifs d'emprunts et/ou de créances convertibles ou non* ».

Il donne à considérer que suite à la demande de décision anticipée lui adressée en date du 12 juin 2013, le bureau d'imposition aurait, en date du 6 mars 2014, rejeté ladite demande.

Le 28 mars 2014, le bureau d'imposition aurait finalement délivré une décision anticipée, assortie d'une réserve aux termes de laquelle la décision deviendrait caduque dans les hypothèses suivantes :

- « - *the total amount of the yield (fixed and variable) on the financing instrument(s) exceeds the arm's length remuneration on an accrual basis*
- *the facts or circumstances described were incomplete or inaccurate,*
- *key elements of the actual transaction differ from the description provided in the request for information,*
- *the decision is no more compliant with the national or international law* ».

Lors des déclarations d'impôt du 3 novembre 2016, la partie demanderesse aurait comptabilisé un montant de ... euros en tant qu'« *Interest and other financial charges concerning affiliated undertakings* », ce montant se décomposant, d'une part, en intérêts débiteurs à taux fixe (i.e. ... euros), et d'autre part, en intérêts débiteurs à taux variable (i.e. ... euros), l'intégralité des intérêts et autres charges financières correspondant aux intérêts calculés sur le PPL en question.

En droit et quant à l'opposabilité d'une décision anticipée, le délégué du gouvernement se réfère aux mêmes critères jurisprudentiels de validité en ce qui concerne les décisions anticipées, pour souligner qu'en l'espèce, des réserves auraient clairement été faites par le bureau d'imposition, de sorte qu'il serait manifestement inexact de prétendre que cette réserve n'emporterait aucune remise en cause de la volonté dans le chef de l'administration de se lier par la décision anticipée, d'autant plus que la volonté de l'administration devrait encore s'analyser à l'aune du courrier du 6 mars 2014 portant refus de délivrance de décision anticipée, dont la partie demanderesse n'exciperait d'aucune circonstance à même de justifier les raisons d'une absence de réception.

Quant au respect du principe de pleine concurrence, le délégué du gouvernement souligne que la partie demanderesse ne pourrait se prévaloir du fait que le ratio de financement et la formule de détermination de l'intérêt sur le PPL auraient été acceptés, alors que quatre réserves auraient été expressément formulées.

En ce qui concerne le reproche selon lequel la partie gouvernementale voudrait rectifier la motivation du redressement et semer une confusion entre la motivation du bureau d'imposition, reposant sur le ratio de financement, et une nouvelle motivation tirée du principe de pleine concurrence pour entériner le redressement fiscal dont la partie demanderesse a fait l'objet, le délégué du gouvernement estime que du moment que le directeur est saisi d'une réclamation, le bureau d'imposition serait dessaisi, de sorte qu'il serait loisible au directeur de procéder à une réformation *in pejus* sur base d'une motivation se substituerait à celle du bureau d'imposition. Ce serait ainsi à bon droit que le montant de la retenue à la source aurait pu être modifié par le directeur pour être finalement porté de ...,- euros à ... euros. Au demeurant, le délégué du gouvernement considère que la motivation du directeur et celle du bureau d'imposition ne divergeraient pas fondamentalement, de sorte que l'argumentation adverse tomberait à faux.

Ce serait encore à tort que la partie demanderesse ferait valoir qu'elle aurait dûment établi la preuve du respect du principe de pleine concurrence en invoquant que le montant d'intérêt variable enregistré au titre de l'année 2015 pour un montant de ... euros devrait être considéré comme en ligne avec le principe de pleine concurrence, dans la mesure où ce montant s'inscrirait dans la fourchette obtenue suite à l'analyse économique.

Dans ce contexte, le délégué du gouvernement donne à considérer que le terme « prêt participatif » désignerait une opération de crédit qui serait réalisée, dans la majorité des cas, entre entreprises liées, la rémunération étant formée d'une double composante : une partie fixe qui serait en deçà du taux d'intérêt du marché et une partie variable qui serait proportionnelle au solde restant dû et à certains paramètres d'exploitation, les plus utilisés étant le chiffre d'affaires, le bénéfice ou l'excédent brut d'exploitation.

En l'espèce, la participation aurait été financée par l'émission d'un PPL dont la performance serait liée à celle de l'actif financé, le point 4 du « *PROFIT PARTICIPATING LOAN AGREEMENT* » du 26 avril 2013 prévoyant que la rémunération correspondrait, d'une part, à 0,25 % (taux d'intérêt fixe) calculé sur base du montant restant à rembourser, et d'autre part, à 100 % des bénéfices nets ajustés (« Adjusted Net Profits ») réduit des intérêts fixes et d'une marge (taux d'intérêt variable).

Ainsi, la partie demanderesse aurait comptabilisé un dividende à hauteur de ... euros de la part de société C, et du côté des charges, elle aurait comptabilisé un montant de ... euros en tant qu'intérêts débiteurs à taux fixe et variable.

Le bureau d'imposition aurait requalifié en distributions cachées de bénéfices une partie des intérêts débiteurs afférents au PPL au motif que la rémunération dudit prêt ne correspondrait pas au principe de pleine concurrence, qui représenterait la norme internationale adoptée par les pays membres de OCDE devant être utilisée pour la détermination des prix de transfert entre entreprises associées effectuant des transactions transfrontalières.

Le délégué du gouvernement relève que la décision directoriale aurait à bon droit procédé à une analyse de comparabilité, alors qu'en matière fiscale, les sociétés membres d'un groupe devraient être considérées comme agissant entre elles sur un marché de pleine concurrence.

Si la partie demanderesse estime que l'intégralité du rendement monétaire dégagé par le PPL pourrait se faire sous forme d'intérêts débiteurs sans se heurter au principe de pleine concurrence, le délégué du gouvernement souligne qu'entre tiers, personne n'accepterait l'octroi d'un crédit sans apport personnel, voire sans sûretés de la part de l'emprunteur.

Si l'analyse économique ayant pour objet la comparaison du PPL à un prêt standard IBL ferait mention d'un taux d'intérêt fixe moyen (« median ») de 8,47 % pour la période allant du 26 avril 2013 au 31 décembre 2017, taux non critiqué par la partie gouvernementale, l'application dudit taux pour cette période conduirait à un total des intérêts débiteurs à taux fixe de ...,- euros, dont ...,- euros seraient en relation avec l'année d'imposition 2015.

Il y aurait toutefois lieu de se fier aux seuls chiffres et dates indiqués dans l'analyse économique et non au taux d'intérêt de 9,81 %, respectivement à la période de calcul du 26 avril 2013 au 31 décembre 2015 tels que renseignés par la partie demanderesse dans sa réclamation.

Le délégué du gouvernement souligne ainsi, sur base de l'étude fournie par la partie demanderesse, que cette dernière ne serait admise à comptabiliser des intérêts débiteurs à taux variable et afférents au PPL qu'à concurrence de ...,- euros pour la période du 26 avril 2013 au 31 décembre 2017.

Il rappelle qu'aux termes de l'article 164, alinéa 3 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, dénommée ci-après « LIR », il y aurait distribution cachée de bénéfices si un associé, sociétaire ou intéressé reçoit directement ou indirectement des avantages d'une société ou d'une association dont normalement il n'aurait pas bénéficié s'il n'avait pas eu cette qualité.

Or, la partie demanderesse aurait financé l'acquisition de la société C pour un prix de ...,- euros par fonds propres à hauteur de ...,- euros et via le PPL litigieux pour ... euros, versant la quasi-intégralité de ses bénéfices, représentant *in fine* le dividende perçu de la part de la société C, à la partie cocontractante du PPL sous forme d'intérêts débiteurs à taux variable sans avoir distribué un quelconque dividende à son associé unique.

Il en résulterait que l'opération financière en question n'aurait été effectuée que dans le seul but de ne pas se voir fixer une retenue d'impôt en vertu des articles 146 et 148 LIR lors du

versement d'un dividende à la société A, la partie demanderesse, en mettant en place le PPL avec un taux d'intérêt élevé, ayant eu l'intention de transférer les dividendes perçus de la part de la société C vers la société A sous le couvert de paiement d'intérêts débiteurs sans fixation de retenue d'impôt. Ainsi, la forme du prêt n'aurait été choisie que pour des raisons fiscales.

En retraçant les origines des intérêts débiteurs à taux variable, le point 4.2 du PPL exposerait qu'ils correspondraient à 100 % des profits nets ajustés et réduits des intérêts débiteurs à taux fixe, ainsi que d'une marge (« *The variable interest for a given Annual Interest Period shall correspond to 100 per cent of the Adjusted Net Profits for such Annual Interest Period reduced by (i) the Fixed Interest due for the same Annual Interest Period, (ii) the Fixed Interest due for any previous Annual Interest Period for which no Variable Interest has been due and (iii) the Margin (the Variable Interest)* »), en l'occurrence le dividende de ... euros perçu de la part de la société C ayant été financé à raison de (... / ... x 100 i.e.) 15,11 pour cent par fonds propres et de (... / ... x 100 i.e.) 84,89 pour cent par le PPL.

Il aurait donc appartenu à la partie demanderesse de verser également un dividende à son associé en fonction de l'investissement de celui-ci, ce qu'elle n'aurait pas fait. La condition posée par le principe de pleine concurrence ne serait par conséquent pas remplie, de sorte que les intérêts débiteurs comptabilisés à hauteur de (15,11% x ... i.e.) ... euros seraient à considérer comme distributions cachées de bénéfices en vertu de l'article 164, alinéa 3 LIR, le délégué du gouvernement relevant que le bénéficiaire des distributions ne bénéficierait pas du « *Schachtelprivileg* ».

Etant donné qu'en vertu des dispositions de l'article 146 LIR, les distributions de bénéfices tant ouvertes que cachées, seraient passibles de la retenue d'impôt sur les revenus de capitaux, le taux de la retenue d'impôt applicable pour l'année 2015 étant de 15 %, la retenue d'impôt sur les revenus de capitaux de l'année litigieuse se chiffrerait à ... euros, de sorte que ce serait à bon droit que la décision directoriale aurait considéré une partie du montant de l'intérêt de ... euros comme une distribution cachée de bénéfices, soumise à une retenue à la source de 15 %.

Force est d'abord de rappeler que le rôle du tribunal administratif consiste à dégager les règles de droit et à opérer les qualifications nécessaires à l'application utile de la législation fiscale, de sorte qu'il y a lieu de relever que, suivant la législation applicable au courant de l'année d'imposition litigieuse, les conditions d'une décision préalable de l'administration sur un cas d'imposition individuel n'étaient pas réglementées. Toutefois, les conditions et la portée d'un tel accord préalable peuvent être déterminées sur le fondement des principes généraux du droit de la confiance légitime et de sécurité juridique¹.

En effet, pour des raisons tenant au respect du principe de sécurité juridique, il faut que les autorités fiscales qui ont donné des assurances ou fait une promesse soient tenues d'honorer les expectatives ainsi créées. Dans cette hypothèse, la réponse personnelle que l'administration fiscale aura donnée le cas échéant au contribuable liera celle-ci à ce dernier² si des conditions déterminées sont réunies.

Ainsi, le contribuable doit d'abord avoir posé une question par écrit de façon à permettre à l'administration fiscale d'analyser convenablement la situation exposée par lui. Le

¹ trib. adm. 23 mai 2016, n° 35703 du rôle, Pas. adm. 2020, V° Impôts, n° 801 et les autres références y citées.

² ibidem

contribuable doit plus particulièrement avoir exposé clairement son cas et de façon complète, de façon à mettre l'administration en état de se prononcer en pleine connaissance de cause. La réponse individuelle fournie doit ensuite émaner d'un fonctionnaire compétent, ou à tout le moins d'un fonctionnaire dont le contribuable a légitimement pu croire qu'il était investi des pouvoirs suffisants. L'administration doit encore avoir voulu se lier par les renseignements donnés au contribuable, c'est-à-dire que la réponse fournie l'aura été sans restrictions ni réserves ; enfin, les renseignements fournis par l'administration doivent avoir eu une influence déterminante sur le contribuable³.

En l'espèce, il ressort des conclusions du délégué du gouvernement que seule la troisième condition est litigieuse, la partie gouvernementale se prévalant d'une des réserves émises dans le cadre de la décision anticipée litigieuse.

Force est d'abord de relever à titre liminaire que, nonobstant la question de savoir si le courrier de refus du bureau d'imposition daté du 6 mars 2014 a effectivement été adressé à, voire reçu par la partie demanderesse, le bureau d'imposition a, par son courrier du 28 mars 2014, soit postérieurement au refus du 6 mars 2014, décidé d'accueillir favorablement la demande de décision anticipée présentée par la partie demanderesse en date du 12 juin 2013, de sorte à avoir implicitement, mais nécessairement rapporté sa décision du 6 mars 2014. En effet, si l'accord du 28 mars 2014 connaît certes des réserves, dont l'exigence du respect du principe de la pleine concurrence des intérêts fixes et variables de l'instrument de financement envisagé par la partie demanderesse, seule réserve litigieuse en l'espèce, ledit accord ne fait aucune référence ni directe, ni indirecte au courrier du 6 mars 2014, respectivement à la motivation de ce dernier qui ne se retrouve pas non plus dans les réserves formulées dans le courrier du 28 mars 2014, cité *in extenso* ci-avant, de sorte que c'est à bon droit que la partie demanderesse estime que l'administration des Contributions directes a implicitement, mais nécessairement renoncé au motif de refus figurant dans le courrier du 6 mars 2014, étant précisé que le principe du ratio de financement à raison de 15% de fonds propres et de 85% de dettes a été clairement exposé dans la demande de décision anticipée sous le point D 2.1.2, intitulé « *Debt-to-equity ratio* », où il est expliqué que « ... *fincances its shareholding in ... by a mix of 15 % of equity and 85 % of PPL.*

... will thus comply with the debt-to-equity ratio required by the Luxembourg tax administrative practice for its shareholding activity. ».

Il s'ensuit que la décision anticipée a ainsi définitivement avalisé le ratio de financement 15/85 proposé par la partie demanderesse.

Cette conclusion n'est pas éternée par l'argumentation du délégué du gouvernement selon laquelle il serait loisible au directeur de justifier sa décision par une motivation se substituant ainsi à celle du bureau d'imposition, alors qu'une telle faculté ne saurait cependant remettre en cause les principes validés par la décision anticipée liant l'administration des Contributions directes, sauf application des réserves, sous peine de violer les principes de la confiance légitime et de la sécurité juridique tels qu'ils règlent la matière des décisions anticipées.

Il échet ensuite de souligner que la seule réserve pertinente pour le litige, telle que formulée dans la décision anticipée du 28 mars 2014, a trait au caractère de pleine concurrence

³ trib. adm. 14 février 2011, n° 26812 du rôle, conf. par Cour adm. 27 juillet 2011, n° 28115C du rôle, Pas. adm. 2020, V° Impôts, n° 802 et les autres références y citées.

des intérêts stipulés par le prêt participatif et non, tel que le laisse entendre la décision directoriale, le respect du principe de pleine concurrence de la structuration en tant que telle figurant à la base de la demande de décision anticipée. Force est en effet de relever que la décision anticipée litigieuse n'a pas formulé de réserves, non seulement, tel qu'il a été souligné ci-avant, quant au ratio fonds propres/endettement de l'instrument financier envisagé et finalement réalisé, mais pas non plus par rapport à la circonstance que les intérêts du prêt, ayant servi à financer 84,89 % du prix d'acquisition des parts de la société C, ont été fixés, d'un côté, à un taux fixe de 0,25 %, et, de l'autre côté, à un taux variable de 99% du bénéfice réalisé par la partie demanderesse. En effet, ces conditions du prêt participatif ont été clairement mis en évidence dans la demande de décision anticipée sous le point C où il est précisé que « *The key terms and conditions of the PPL (...) are the following: (...)*

- *Fixed interest: 0,25 %*
- *Variable interest: 99 % of the net profits of ... (...)* », étant encore précisé, sur les implications fiscales de ce prêt, sous le point D 2.1.1 (i) de la demande de décision anticipée que « *The yield paid on a PPL shall not qualify as income from movable property earned by a "bailleur de fonds" within the meaning of Article 97 § 1 (2) LITL. Yield paid out or accrued on the PPL will therefore qualify as interest.*

The yield paid out or accrued by ... on the PPL will be considered neither as dividend nor as hidden distribution of profits in the sense of Article 164 (3) LITL but as interest.

The yield paid out or accrued on the PPL will accordingly be fully deductible from the taxable base of ... unless connected with tax-exempt income (Articles 45 (1) and (2), 166 (5) LITL as well as Article 1 (2) of the Grand Ducal Decree dated December 21th, 2001). ».

Il s'ensuit que l'administration des Contributions directes, après avoir accepté lesdits termes et conditions de la demande de décision anticipée, en soumettant son accord à la seule réserve, pertinente pour le litige en cause, que les intérêts ainsi stipulés respectent le principe de la pleine concurrence, a nécessairement marqué son accord avec le principe selon lequel le taux variable est fixé à 99 % du bénéfice de la partie demanderesse, de sorte à avoir validé la qualification des paiements entre la partie demanderesse et sa société mère comme étant des intérêts et non des dividendes.

Ainsi, la décision directoriale ne saurait revenir sur cet accord en relevant que l'associé unique de la partie demanderesse devrait se voir accorder, en tant qu'« *associé même moyennement diligent* », des dividendes en retour de son investissement dans la partie demanderesse, calculés sur le bénéfice de cette dernière, au moins en ce qui concerne les parts financées par des moyens propres, soit 15 % du bénéfice réalisé plus particulièrement à travers des dividendes touchés de la part de C.

Dès lors, quand bien même le montage litigieux ait eu comme effet que la partie demanderesse a versé « *la quasi-intégralité de ses bénéfices, représentant in fine le dividende perçu de la part de [C], à la partie cocontractante du PPL sous forme d'intérêts débiteurs à taux variable sans avoir distribué un seul centime sous forme de dividende à son associé unique ;* » et qu'elle a partant transféré « *les dividendes perçus de la part de [C] sous le couvert de paiement d'intérêts débiteurs et ceci donc, sans fixation de retenue d'impôt* », cette manière de faire a justement fait l'objet de la demande de décision anticipée qui a été accordée sous la seule réserve, pertinente pour le dossier, que les intérêts ainsi stipulés correspondent à un taux tel qu'il aurait également été pratiqué entre sociétés non liées.

Il s'ensuit qu'il ne s'agit dès lors plus que d'analyser si la partie demanderesse a établi que les intérêts qu'elle a payés à son associé unique en exécution du prêt participatif respectent le principe de la pleine concurrence.

Elle invoque, à ce titre, un rapport d'analyse des prix, qu'elle avait déjà jointe à son courrier de prise de position du 30 juin 2017 en application du paragraphe 205 AO, et qui vient à la conclusion qu'un prêt entre parties tierces dans des conditions comparables aurait pu justifier un taux d'intérêt fixe se situant dans une fourchette allant de 7.26 % à 10.71 %, avec comme valeur médiane 8,47 %, ledit rapport soulignant que selon les lignes directrices de l'« OCDE TP Guidelines (Chapter III, paragraph 3.62) », tout taux se situant dans la plage précitée satisferait au principe de pleine concurrence.

Force est d'abord de retenir que la décision directoriale admet elle-même « *que le PPL peut effectivement soutenir la comparaison avec un IBL que la réclamante aurait contracté avec un tiers indépendant afin de financer l'acquisition de la participation irlandaise ; que l'analyse économique conclut à un taux d'intérêt de 8,47 pour cent calculé sur la période du 26 avril 2013 au 31 décembre 2017 ; que ce taux n'est pas à critiquer ;* ».

Or, quant à l'affirmation non autrement circonstanciée du directeur selon laquelle il y aurait « *toutefois lieu de se fier aux seuls chiffres et dates indiqués dans l'analyse économique et non au taux d'intérêt de 9,81 pour cent respectivement à la période de calcul du 26 avril 2013 au 31 décembre 2015 tels que renseignés par la réclamante dans son placet* », force est néanmoins au tribunal de relever que la partie gouvernementale n'a pas éterné, à suffisance de droit, la pertinence de la motivation détaillée présentée par la partie demanderesse, telle que reprise ci-avant, quant à l'adaptation du taux et quant à la période couverte, aboutissant à un taux d'intérêt de 9,81 % sur une période se terminant fin décembre 2015, taux qui lui se situe toujours dans la fourchette proposée par l'analyse des prix versée au dossier fiscal, devant dès lors, à défaut de contestations circonstanciées de la part de la partie gouvernementale, être considéré comme respectant le principe de pleine concurrence.

En effet, l'argumentation du délégué du gouvernement pour s'opposer à un recalcul des conditions du prêt sur une durée moindre que celle retenue par l'analyse des prix, consistant à affirmer, sur base d'une « *analyse de comparabilité* », qu'« *entre tiers, personne n'accepterait l'octroi d'un crédit sans apport personnel, voire sans sûretés de la part de l'emprunteur* », ne tend qu'à remettre en cause la décision anticipée ayant nécessairement validé le moyen de financement proposé et finalement utilisé, moyen de financement dont les conditions et termes avaient clairement été énoncés dans la demande y relative et de ses annexes et qui ne prévoyait ni apport personnel ni sûreté.

C'est ainsi à bon droit que la partie demanderesse estime que la décision directoriale a été prise en violation des termes de la décision anticipée du 28 mars 2014.

Il suit partant des considérations qui précèdent que le recours est à accueillir favorablement et que la décision directoriale déferée est à réformer dans le sens que c'est à tort qu'elle a qualifié la somme de ... euros, correspondant à 15,11 % de la somme de ... euros, comme distribution cachée de bénéfices et fixé en conséquence un montant de ... euros à titre de retenu d'impôt sur les revenus de capitaux de l'année 2015.

Par ces motifs,

le tribunal administratif, quatrième chambre, statuant contradictoirement ;

reçoit en la forme le recours principal en réformation dirigé contre la décision du directeur de l'administration des Contributions directes du 2 mai 2019, inscrite sous le n° C 25467 du rôle ;

au fond, le déclare justifié, partant, par réformation de ladite décision, dit qu'il n'y a pas lieu de requalifier en distribution cachée de bénéfices, même partiellement, les intérêts payés par la partie demanderesse aux termes du contrat de prêt la liant à son associé unique, de sorte qu'il n'y a pas lieu de fixer une retenue d'impôt sur les revenus de capitaux de l'année 2015 ;

dit qu'il n'y a pas lieu de statuer sur le recours subsidiaire en annulation ;

condamne l'Etat aux frais et dépens.

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique du 13 juillet 2021 par :

Paul Nourissier, vice-président,
Olivier Poos, premier juge,
Carine Reinesch, juge,

en présence du greffier Marc Warken.

s.Marc Warken

Reproduction certifiée conforme à l'original
Luxembourg, le 13 juillet 2021
Le greffier du tribunal administratif

s.Paul Nourissier