



COMMISSION EUROPÉENNE

Bruxelles, 7.3.2019
C(2019) 1615final

VERSION PUBLIQUE

Ce document est publié uniquement pour information.

Objet: Aide d'État SA.50400 (2019/NN-2) – Luxembourg – Aide présumée en faveur de Huhtamäki

Monsieur,

Par la présente, la Commission souhaite informer le Luxembourg qu'après avoir examiné les informations transmises par vos autorités sur la mesure mentionnée en objet, elle a décidé d'ouvrir la procédure prévue à l'article 108, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le «traité»).

1. PROCEDURE

- (1) Par lettre du 19 juin 2013, la Commission a adressé au Luxembourg une demande de renseignements concernant sa pratique en matière de rescrits fiscaux (ci-après «décisions fiscales anticipatives» ou «DFA»).
- (2) Le 17 juillet 2013, le Luxembourg a répondu à cette lettre en termes génériques et a fourni une partie des informations demandées.
- (3) Le 9 décembre 2014, le Consortium international des journalistes d'investigation («ICIJ») a rendu publique, sur un site web dédié, une base de données concernant les décisions fiscales anticipatives émises par le Luxembourg. Parmi les documents divulgués apparaît une DFA émise par l'Administration des contributions directes luxembourgeoise le 11 novembre 2009¹ en faveur de deux entités résidentes fiscales au Luxembourg du groupe Huhtamäki, à savoir

¹ Voir <https://projects.icij.org/luxembourg-leaks/viz/documents/560.html>.

Son Excellence Monsieur Jean ASSELBORN
Ministre des Affaires Etrangères
Rue Notre-Dame 5
L - 2911 Luxembourg

Huhtalux Supra S.à r.l. («Supra»)² et Huhtalux S.à r.l. («Huhtalux»)³ (la «DFA de 2009»).

- (4) Le 22 décembre 2014, le Luxembourg a fourni une liste des bénéficiaires de DFA en réponse à la lettre de la Commission du 19 juin 2013. Cette liste énumère les DFA émises par l'administration fiscale luxembourgeoise en 2010, 2011 et 2012. Elle inclut une DFA émise le 16 février 2012 en faveur de Huhtalux et de Supra (la «DFA de 2012»).
- (5) Par lettre du 29 novembre 2017, la Commission a indiqué qu'au terme d'une analyse préliminaire, elle estimait possible que la DFA de 2009 ait conféré un avantage sélectif à Huhtalux. En conséquence, la Commission a demandé au Luxembourg de lui indiquer les raisons pour lesquelles cette mesure ne saurait être considérée comme une aide illégale. Dans la même lettre, la Commission a demandé au Luxembourg de lui fournir des informations complémentaires, notamment tous les documents à l'appui de la DFA de 2009, ainsi que toute modification et toute prolongation éventuelle de cette dernière, ainsi que toutes les DFA accordées aux sociétés du groupe Huhtamäki résidant fiscalement au Luxembourg ou assujetties à l'impôt dans le pays.
- (6) Le 4 décembre 2017, le Luxembourg a demandé une prorogation du délai fixé pour fournir les informations demandées, prorogation qui lui a été accordée par la Commission par lettre du 6 décembre 2017.
- (7) Le 19 janvier 2018, le Luxembourg a répondu à la demande de renseignements de la Commission du 29 novembre 2017. En particulier, le Luxembourg a fourni la DFA de 2012 ainsi qu'une DFA émise le 9 octobre 2013 par l'administration fiscale luxembourgeoise au bénéfice de Huhtalux (la «DFA de 2013»). Cette dernière comprenait une étude de prix de transfert en date du 21 mars 2012 (l'«étude prix de transfert 2012»).
- (8) Le 16 novembre 2018, le Luxembourg a fourni deux études de prix de transfert additionnelles, toutes deux datées du 18 janvier 2018, et concernant le traitement fiscal de Huhtalux pour les exercices fiscaux 2015 et 2016 (respectivement l'«étude prix de transfert 2015» et l'«étude prix de transfert 2016»).
- (9) Le 20 novembre 2018, à la demande du Luxembourg, les services de la Commission et le Luxembourg ont tenu une réunion au cours de laquelle le Luxembourg a présenté et détaillé les éléments d'information fournis le 16 novembre 2018.

2. LE BENEFICIAIRE DES MESURES EN CAUSE

- (10) Le groupe Huhtamäki se compose de Huhtamäki Holding Oy, une société établie en Finlande, et de toutes les sociétés directement ou indirectement contrôlées par Huhtamäki Oy (collectivement dénommées le «groupe Huhtamäki»)⁴. Le groupe Huhtamäki a été fondé en 1920 et est basé à Espoo, en Finlande. Il est spécialisé dans la fabrication d'emballages pour produits alimentaires et boissons comme les

² Renommée plus tard Huhtamäki Holding S.à r.l.

³ Renommée plus tard Huhtamäki S.à r.l.

⁴ Voir la lettre du Luxembourg du 19 janvier 2018, annexe 44.

gobelets en carton et en plastique, les barquettes pour fruits et les emballages pour aliments à emporter⁵.

- (11) Le groupe Huhtamäki exerce ses activités en Europe, en Asie, en Amérique et en Océanie. Il compte actuellement 76 unités de fabrication et 24 bureaux de vente répartis dans 34 pays. En 2017, le groupe réalisait un chiffre d'affaires net d'approximativement 3 milliards d'EUR et comptait 17 400 salariés. Le groupe Huhtamäki est coté au Nasdaq Helsinki Ltd sous la dénomination «Huhtamäki Oyj»⁶.
- (12) Supra est une société du groupe Huhtamäki basée au Luxembourg. Elle est détenue à 100 % par Huhtamäki Holding Oy⁷. L'activité de Supra consiste en la prise de participations, tant au Luxembourg qu'à l'étranger, ainsi qu'en la création et le développement de ces participations. Huhtalux est une société du groupe Huhtamäki basée au Luxembourg et détenue à 100 % par Supra⁸. L'activité de Huhtalux consiste en la détention de participations au Luxembourg et à l'étranger. Huhtalux exerce aussi des activités de refinancement du groupe en octroyant des prêts à moyen terme à d'autres entités du groupe⁹. Le nombre de salariés équivalents temps plein de Huhtalux s'est élevé à un (1) salarié à temps partiel pendant la période 2010-2013, à quatre (4) salariés à temps plein et un (1) salarié à temps partiel en 2014 et à huit (8) salariés à temps plein au cours de la période 2015-2016¹⁰.

3. LES DFA EN CAUSE

- (13) La présente décision concerne le traitement fiscal accordé par l'administration fiscale luxembourgeoise à Huhtalux entre 2009 et la date de la présente décision sur la base de la DFA de 2009, de la DFA de 2012 et de la DFA de 2013 (collectivement dénommées les «DFA en cause»), qui servent de base à la détermination de l'impôt dû par Huhtalux sur les revenus générés par les transactions relevant du champ d'application des DFA en cause.

3.1. La DFA de 2009

- (14) La DFA de 2009 a été émise le 11 novembre 2009 par l'administration fiscale luxembourgeoise à la suite d'une demande de DFA introduite par le conseiller fiscal du groupe Huhtamäki à la même date (la «demande de DFA de 2009»). Elle consiste en une lettre dans laquelle l'administration fiscale luxembourgeoise confirme que le contenu de la demande de DFA de 2009 est conforme à la législation et à la pratique administrative.
- (15) Huhtalux exerce des activités de refinancement par octroi de prêts aux sociétés du groupe. Elle se finance au moyen d'un prêt sans intérêts (le «PSI 2009») accordé par Huhtamäki Ireland Limited («Huhtamäki Ireland»)¹¹, une société irlandaise du

⁵ Voir <http://www.huhtamaki.com/about-us>.

⁶ Voir <http://www.huhtamaki.com/about-us>.

⁷ Voir la lettre du Luxembourg du 19 janvier 2018, annexe 44.

⁸ Voir la lettre du Luxembourg du 19 janvier 2018, annexe 44.

⁹ Voir la lettre du Luxembourg du 19 janvier 2018.

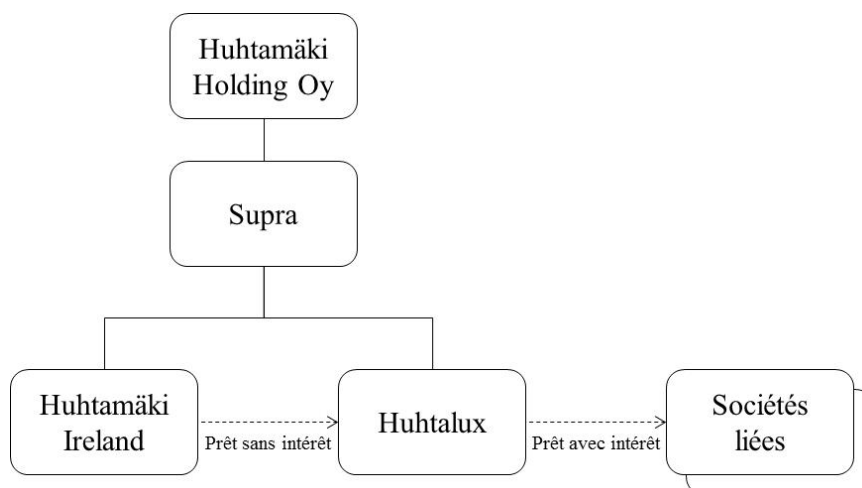
¹⁰ Voir la lettre du Luxembourg du 19 janvier 2018.

¹¹ Le nom de la société irlandaise a été communiqué par le Luxembourg dans sa lettre du 19 janvier 2018.

groupe détenue à 100 % par Supra. Les fonds prêtés sont utilisés par Huhtalux pour financer des sociétés du groupe Huhtamäki basées aux États-Unis (les «sociétés américaines du groupe») au moyen de prêts portant intérêts (les «créances américaines»)¹². Selon la demande de DFA de 2009, le montant total des créances américaines s'élève à quelque 300 millions d'USD auxquels s'ajoutent les intérêts courus¹³. Ces créances sont financées par le PSI 2009¹⁴ et au moyen de fonds propres à hauteur d'un montant en USD équivalant à 1 million d'EUR¹⁵.

(16) La Figure 1 ci-dessous résume ces transactions.

Figure 1 - Illustration de la structure décrite dans la DFA de 2009



(17) La DFA de 2009 détermine le calcul de l'impôt sur les sociétés dû par Huhtalux. Le bénéfice imposable de Huhtalux est fixé sous la forme d'une marge bénéficiaire minimale (la «marge bénéficiaire») qui est considérée comme la rémunération de pleine concurrence perçue pour son activité de financement. La différence entre le bénéfice effectivement généré par l'activité de financement de la société et la marge bénéficiaire constitue la rémunération supposée de pleine concurrence pour le PSI 2009 que la société est autorisée à déduire de sa base imposable. Dans la DFA de 2009 et dans les déclarations fiscales de la société,

¹² Voir la demande de DFA de 2009, points 4 à 7. Cette structure de financement remplace une structure précédente dans laquelle les sociétés américaines du groupe étaient financées par la succursale suisse de Huhtahung KFT («KFT»), une société du groupe établie en Hongrie et détenue à 100 % par Huhtalux à la date de la DFA de 2009. Le montant total des fonds prêtés aux sociétés américaines du groupe atteignait quelque 300 millions d'USD, auxquels s'ajoutaient les intérêts courus calculés à 4 % ou 5 % majorés du Libor. Le remplacement de l'ancienne structure fiscale par la structure actuelle a été opéré comme suit: les créances sur les sociétés américaines du groupe ont été transférées par KFT à Huhtalux au moyen d'une réduction de capital d'un montant équivalent. À la date de réception des créances, Huhtalux a réduit sa prime d'émission d'un montant équivalant à celui des créances, déduction faite de 1 million d'EUR, en contrepartie d'un prêt sans intérêt accordé par Supra à Huhtalux pour un montant égal à la réduction de la prime d'émission. À la même date, Supra a mis le prêt sans intérêt à la disposition de Huhtamäki Ireland en échange d'actions. Un résumé des différentes étapes de la mise en place de la structure de financement figure à l'annexe 2 de la demande de DFA de 2009.

¹³ Voir la demande de DFA de 2009, point 5.

¹⁴ La Commission déduit de la demande de DFA de 2009 que le PSI 2009 s'élève à 300 millions d'USD, moins 1 million d'EUR de fonds propres, au taux de change applicable à l'époque.

¹⁵ Voir la demande de DFA de 2009, point 29.

cette déduction est qualifiée d'«intérêt fictif», d'«intérêt notionnel» ou de «déduction d'intérêt fictif».

- (18) La Commission déduit des DFA en cause qu'un tel «intérêt fictif» est un intérêt qui est enregistré comme charge déductible dans le compte de résultat fiscal de la société, mais qui ne correspond pas à une charge réelle (ou un paiement) supportée par la société et enregistrée dans son compte de résultat commercial¹⁶. Il en résulte que la déduction d'intérêt fictif a pour effet que seule une part du bénéfice effectivement enregistré par la société dans sa comptabilité, à savoir la marge bénéficiaire, est incluse dans sa base imposable et est soumise à l'impôt. Selon la terminologie utilisée dans le domaine des prix de transfert, la déduction d'intérêt fictif serait considérée comme un «ajustement à la baisse des prix de transfert» ou simplement comme un «ajustement à la baisse». En outre, dans le domaine des transactions transfrontières, un ajustement à la baisse est considéré comme «unilatéral» quand il est appliqué par une administration fiscale indépendamment de savoir si un ajustement à la hausse correspondant a été appliqué par l'État dans lequel l'autre partie à la transaction est soumise à l'impôt.
- (19) La DFA de 2009 avalise le traitement du PSI 2009 comme une dette aux fins de l'impôt sur le revenu des collectivités, de l'impôt commercial communal et de l'impôt sur la fortune¹⁷. Elle permet à Huhtalux de déduire de sa base imposable un «intérêt fictif» sur le PSI 2009 de façon à réaliser un profit correspondant à une marge minimum de 3/32 % (c'est-à-dire 9,375 points de base) sur l'encours annuel moyen des créances américaines (la marge bénéficiaire)¹⁸. La déduction d'intérêt fictif et, par conséquent, la marge bénéficiaire, sont considérées comme conformes au principe de pleine concurrence, sans étayer davantage la façon dont cette marge bénéficiaire a été déterminée ni mentionner l'existence d'une étude des prix de transfert. La demande de DFA de 2009 précise simplement que la marge bénéficiaire sur les activités de financement de Huhtalux est conforme à la politique en matière de prix de transfert ainsi qu'aux articles 56 et 164, alinéa 3, de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu (la «LIR»)¹⁹.
- (20) En conséquence, la base imposable de Huhtalux correspondant à ses activités de refinancement intragroupe se compose d'un profit correspondant à une marge minimum de 3/32 % de l'encours annuel moyen de la part des créances américaines financée par le PSI 2009 auquel s'ajoute le revenu lié à la part des créances américaines financée au moyen de fonds propres²⁰.
- (21) Le PSI 2009 a une durée de 15 ans. Il s'agit d'un prêt sans intérêt auquel aucun droit de vote n'est attaché. Il ne peut pas être converti en actions ni cédé en

¹⁶ Étant donné qu'il s'agit d'un prêt sans intérêt, aucun intérêt lié à ce prêt n'est enregistré comme charge dans le compte de résultat commercial de la société pour ce prêt.

¹⁷ Voir la demande de DFA de 2009, point 28.

¹⁸ Voir la demande de DFA de 2009, points 30 et 31. La demande de DFA de 2009 (en son point 32), prévoit que si le montant principal du prêt en USD devait être inférieur à 187,5 millions d'EUR ou excéder 500 millions d'EUR, il conviendrait de revoir la marge minimale.

¹⁹ Voir la demande de DFA de 2009, points 30 et 31.

²⁰ Voir la demande de DFA de 2009, point 33.

dehors du groupe Huhtamäki. Le PSI 2009 est remboursable à la demande de Huhtamäki Ireland²¹.

- (22) Selon la demande de DFA de 2009, le groupe Huhtamäki a l'intention de rapatrier les liquidités résiduelles provenant des intérêts perçus par Huhtalux avant la fin de l'année. Ce rapatriement pourrait être effectué soit par une distribution de dividendes, soit par une réduction de prime d'émission et le remboursement de celle-ci par Huhtalux à Supra puis par la même opération entre Supra et Huhtamäki Holding Oy²².
- (23) Les distributions de dividendes et le remboursement de la prime d'émission au niveau de Supra sont exonérés d'impôt au titre du régime luxembourgeois d'exonération des revenus de participations²³. Les distributions de dividendes et le remboursement de la prime d'émission par Huhtalux ne sont pas soumis à la retenue à la source²⁴.

3.2. La DFA de 2012

- (24) La DFA de 2012 a été émise le 16 février 2012 à la suite d'une demande de DFA introduite par le conseiller fiscal du groupe Huhtamäki le 21 décembre 2011 (la «demande de DFA de 2012»). Elle consiste en une lettre dans laquelle l'administration fiscale luxembourgeoise confirme que le contenu de la demande de DFA de 2012 est conforme à la législation et à la pratique administrative.
- (25) La DFA de 2012 concerne une réorganisation de la structure de financement liée à un accroissement des besoins de financement des sociétés américaines du groupe²⁵. Pour répondre à ces besoins, le montant des créances américaines est augmenté et le PSI 2009 est remplacé par un nouveau contrat de prêt sans intérêts d'une valeur nominale supérieure (le «PSI 2012», ce dernier et le PSI 2009 étant collectivement dénommés les «PSI»). À la suite de cette réorganisation, le volume de l'activité de financement de Huhtalux envers les sociétés américaines du groupe est augmenté pour atteindre 435 millions d'US. Cette augmentation a été financée au moyen du PSI 2012, dont le montant s'élève approximativement à 432 millions d'USD, et de fonds propres pour un montant de 2 millions d'EUR²⁶.

²¹ Voir la demande de DFA de 2009, annexe 3. Le PSI 2009 peut être remboursé en nature au moyen du principal des créances américaines.

²² Voir la demande de DFA de 2009, point 35. Selon la demande de DFA de 2009, si le groupe souhaite réinjecter les liquidités dans la structure, Supra peut - au lieu de distribuer les liquidités à Huhtamäki Holding Oy - alimenter le capital de Huhtamäki Ireland, laquelle peut ensuite reprêter ces liquidités à Huhtalux sans exiger d'intérêts, comme elle le fait avec le PSI 2009 (point 36).

²³ Voir la demande de DFA de 2009, point 16. Le régime luxembourgeois d'exonération des revenus de participations est établi par l'article 166 de la LIR et par le règlement grand-ducal du 21 décembre 2001.

²⁴ Voir la demande de DFA de 2009, points 17 à 22.

²⁵ Voir la demande de DFA de 2012, point 3.

²⁶ Voir la demande de DFA de 2012, point 14. Dans la pratique, le PSI 2009 est remplacé par deux nouveaux PSI. Plus précisément, Huhtalux rembourse le PSI 2009 à Huhtamäki Ireland en émettant un nouveau prêt sans intérêts de même montant («PSI 1»). À cela s'ajoute un second prêt sans intérêts accordé par Huhtamäki Ireland à Huhtalux pour un montant de 125 millions d'USD moins 1 million d'EUR («PSI 2»). Le PSI 1 et le PSI 2 sont ensuite fusionnés en un seul prêt sans intérêts (le PSI 2012) qui est utilisé par Huhtalux pour financer les sociétés américaines du groupe. Un schéma de cette réorganisation est fourni à l'annexe 1 de la demande de DFA de 2012.

Les conditions du PSI 2012 sont identiques à celles du PSI 2009, exception faite du montant du principal et de l'échéance du PSI 2012, qui n'est pas précisée²⁷.

- (26) Le traitement fiscal approuvé par la DFA de 2009 en ce qui concerne le PSI 2009 est resté valable et applicable au PSI 2012²⁸.

3.3. La DFA de 2013

- (27) La DFA de 2013 a été émise le 9 octobre 2013 à la suite d'une demande de DFA introduite par le conseiller fiscal du groupe Huhtamäki le 21 mars 2012 (la «demande de DFA de 2013»). Elle consiste en une lettre dans laquelle l'administration fiscale luxembourgeoise confirme que l'analyse des prix de transfert contenue dans la demande de DFA de 2013 a été réalisée conformément à la circulaire 164/2 du 28 janvier 2011 concernant le traitement fiscal des sociétés exerçant des transactions de financement intra-groupe (la «circulaire 164/2»)²⁹. La DFA de 2013 lie l'administration fiscale pour une période de cinq ans, à savoir de l'exercice fiscal 2012 à l'exercice fiscal 2016.³⁰
- (28) La DFA de 2013 fixe la rémunération de l'activité d'intermédiation financière de Huhtalux sur la base de l'analyse des prix de transfert mentionnée ci-dessus. Ceci fait suite à l'entrée en vigueur de la circulaire 164/2, qui exige la présentation d'une étude des prix de transfert à l'appui de toute demande de DFA concernant des prix de transfert en rapport avec des transactions de financement intragroupe³¹.
- (29) S'appuyant sur l'étude prix de transfert 2012, la DFA de 2013 avalise une marge bénéficiaire (c'est-à-dire la rémunération de l'activité d'intermédiation financière de Huhtalux) d'au moins 3,75 points de base sur le montant principal du PSI 2012 qui s'élève à environ 335 millions d'EUR³², dans la mesure où cette rémunération minimale suffit pour couvrir les charges d'exploitation annuelles de Huhtalux. Huhtalux devrait, en outre, percevoir sur ses fonds propres de 2 millions d'EUR, un rendement correspondant à l'investissement engagé³³.

²⁷ Voir la demande de DFA de 2012, point 16. En d'autres termes, le PSI 2012 ne sera remboursable qu'à la demande du détenteur ou à la discrétion de l'emprunteur.

²⁸ Voir la demande de DFA de 2012, point 18.

²⁹ Circulaire du directeur des contributions n° 164/2 du 28 janvier 2011.

³⁰ Voir la demande de DFA de 2013, point 20, page 3.

³¹ Voir la circulaire 164/2, point 4.2.

³² À l'époque de la demande de DFA de 2013, Huhtalux avait effectué plusieurs versements au titre du PSI 2012 pour un montant total de 432 394 618 USD, ce qui représente approximativement 335 millions d'EUR au taux de change alors en vigueur (voir la demande de DFA de 2013, Annexe 2, section 1.1).

³³ Dans l'étude prix de transfert 2012, la rémunération de l'activité d'intermédiation financière de Huhtalux est estimée au moyen de la méthode de fixation des prix de transfert dénommée «méthode du prix comparable sur le marché libre» ou «méthode CUP» (pour «*Comparable Uncontrolled Price*»). Ladite rémunération se compose, premièrement, de frais annuels relatifs à l'octroi de crédits pour l'activité d'intermédiation financière et, deuxièmement, d'une compensation pour les risques supportés par Huhtalux en rapport avec les fonds propres qu'elle investit (voir la demande de DFA de 2013, Annexe 2).

- (30) La DFA de 2013 confirme en outre que la rémunération acceptée dans la DFA de 2009 est applicable jusqu'au 31 décembre 2011³⁴. Le Luxembourg a précisé que la DFA de 2013 était toujours en vigueur³⁵.

3.4. Mise en œuvre des DFA en cause

- (31) Les déclarations fiscales présentées par le Luxembourg correspondent au traitement fiscal accepté pour Huhtalux dans les DFA en cause.
- (32) Le PSI 2009 entre Huhtalux and Huhtamäki Ireland a été signé le 15 septembre 2010³⁶. Pour les exercices fiscaux 2010-2014, les annexes des déclarations fiscales de Huhtalux contiennent un tableau expliquant le calcul de l'intérêt fictif. Le tableau correspondant à l'exercice fiscal 2010, inclus dans l'annexe 6 («Appendix 6») de la déclaration fiscale de Huhtalux, est fourni à titre d'exemple à la Figure 2 ci-dessous.

³⁴ Voir la demande de DFA de 2013, point 20.

³⁵ Voir la lettre du Luxembourg du 19 janvier 2018.

³⁶ Voir la déclaration fiscale 2010 de Huhtalux, annexe 6.

Figure 2 - Calcul de l'intérêt fictif pour l'exercice fiscal 2010

Huhtalux S.à.r.l
Luxembourg
Numéro de dossier: 2003 2423 850

Annexe 6

Vérification de la rémunération réalisée sur l'activité de financement

A) Calcul de la rémunération de marché estimée sur l'activité de financement

Rémunération annuelle moyenne sur l'activité financée par prêt sans intérêt (« PSI »)

Période		EUR	Nombre de jours	Rémunération de marché (%)	Rémunération de marché réalisée sur la période (EUR)
Du	Au				
15/09/2010	31/12/2010	241.151.877,28*	108	0.09375%	66.894,87

(A) 66,894.87

Rémunération sur l'activité financée par capital

	Montants	Pourcentage	Revenus d'intérêts
Montant prêté à Huhtamaki Americas, Inc	242,151,877,27	100.00%	2,793,973.99
Montant financé par PSI	241,151,877,28	99.59%	2,782,435.88
Montant financé par capital	999,999.99	0.41%	11,538.11

(B) 11,538.11

B) Vérification de la rémunération réalisée sur l'activité de financement

		EUR
Revenus d'intérêts sur l'activité de financement	(C)	2,793,973.99
Gains de change	(D)	24,602.31
Charges d'intérêts (**)	(E)	(283,595.17)
Intérêt notional (C) + (D) - (E) - (A) - (B)		(2,456,548.15)
Rémunération réalisée sur l'activité de financement	(F)	78,432.98

B) Vérification de la rémunération de marché à réaliser

		EUR
Rémunération réalisée sur l'activité de financement	(F)	78,432.98
Rémunération de marché estimée	(A+B)	(78,432.98)
EXCES (INSUFFISANCE) DE REMUNERATION	(F)	0.00

(*) Basé sur les notes 6 et 8 des comptes annuels, le contrat de PSI est signé en vigueur le 15 septembre 2010. Le montant de 241,151,877,28 EUR a été considéré comme le montant moyen sur la période en l'absence d'augmentation ou de diminution de valeur pendant la période.

(**) cette charge d'intérêts est liée au financement des prêts octroyés à Huhtamaki Americas avant la conclusion du contrat de PSI

- (33) Le tableau présente le calcul de la «rémunération de marché» supposée de Huhtalux sur son activité de financement intragroupe. Premièrement, la rémunération correspondant à la part de l'activité financée par le PSI 2009 est calculée, conformément à la DFA de 2009, en appliquant un taux de 3/32 % (ou 9,375 points de base) sur l'encours annuel moyen du PSI 2009 au cours de la période en cause (242 151 877,28 EUR). Le résultat (66 894,87 EUR) est ensuite

ajouté à la rémunération de la part de l'activité financée au moyen de fonds propres (11 358,11 EUR). Le montant obtenu (78 432,98 EUR) est la rémunération de marché qu'Huhtalux devrait percevoir pour son activité de financement en 2010.

- (34) Pour calculer l'«intérêt notionnel», c'est-à-dire la déduction d'intérêt fictif, le bénéfice effectivement réalisé par Huhtalux sur son activité de financement tel qu'enregistré dans ses comptes annuels³⁷ est diminué du montant équivalant à cette rémunération de marché. La différence entre le bénéfice réel et la rémunération de marché est l'intérêt fictif, qui s'élève à 2 456 548,15 EUR en 2010.
- (35) Un calcul similaire est effectué pour chaque exercice fiscal entre 2011 et 2014. À partir de 2012, le taux applicable au montant principal du PSI 2012 est de 3,75 points de base³⁸, conformément à l'étude prix de transfert 2012 jointe à la demande de DFA de 2013³⁹.
- (36) Pour les exercices fiscaux 2015 et 2016, la méthode de calcul de l'intérêt fictif notionnel repose sur l'étude prix de transfert 2015 et l'étude prix de transfert 2016⁴⁰. Sur la base de ces études prix de transfert, le calcul de l'intérêt fictif repose sur deux composantes: premièrement, une rémunération brute pour les fonctions exercées, exprimée en points de base de l'encours nominal des prêts avec intérêts⁴¹; deuxièmement, une prime de risque exprimée aussi en points de base et calculée sur l'encours des prêts avec intérêts⁴². Le montant total, tel que calculé avec ces deux composantes, est considéré comme la «rémunération de marché» de l'activité de financement de Huhtalux.
- (37) L'«intérêt notionnel», c'est-à-dire la déduction d'intérêt fictif, correspond à la différence entre le bénéfice réel réalisé par Huhtalux et la «rémunération de marché» supposée. Le même calcul est réalisé en 2015 et 2016.
- (38) Les montants annuels des déductions d'intérêt fictif inscrits dans les déclarations fiscales de Huhtalux pour la période 2010-2016 figurent dans le Tableau 1 ci-dessous.

Tableau 1 - Intérêt fictif annuel inscrit dans les déclarations fiscales de Huhtalux

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Intérêt fictif annuel (en Mio) EUR)	2,46	9,12	19,25	18,86	23,51	31,05	39,60

³⁷ Correspondant au «Produit d'intérêts sur l'activité de financement» (2 793 973,99 EUR), plus les «Gains de change» (24 602,31 EUR), moins les «Charges d'intérêt» (283 595,17 EUR).

³⁸ Voir les déclarations fiscales 2012, 2013 et 2014 de Huhtalux, annexe 8.

³⁹ Voir le considérant (29).

⁴⁰ La Commission fait remarquer que d'après les déclarations fiscales 2015 et 2016 de Huhtalux, ces études prix de transferts devaient être datées du 21 avril 2017. Cependant, la date apparaissant sur la version de ces études prix de transfert fournies à la Commission est le 18 janvier 2018. De ce fait, les études prix de transfert datent d'après le dépôt des déclarations fiscales 2015 et 2016 de Huhtalux (21 avril 2017) et semblent déterminer la base imposable de Huhtalux a posteriori.

⁴¹ 7 points de base pour la période allant du 1^{er} janvier 2015 au 30 novembre 2015, ensuite 5 points de base à partir de décembre 2015 et pour toute l'année 2016.

⁴² 6,4 points de base pour la période allant du 1^{er} janvier 2015 au 30 novembre 2015, ensuite 4,6 points de base à partir de décembre 2015 et pour toute l'année 2016.

- (39) Comme énoncé dans la demande de DFA de 2009⁴³, il apparaît que la trésorerie correspondant à l'intérêt fictif déduit de la base imposable de Huhtalux a été rapatriée vers Supra sous la forme de réductions de prime d'émission ou de dividendes qui semblent avoir été exonérés au niveau de cette société⁴⁴ au titre du régime d'exonération des revenus de participations.
- (40) La déclaration fiscale 2014 de Huhtalux⁴⁵ montre que les déductions totales d'intérêts notionnels accumulées entre 2010 et 2014 se sont élevées à 73,20 millions d'EUR, dont 71,14 millions d'EUR versés à Supra après requalification à des fins fiscales comme remboursements de prime d'émission en 2013 (47,16 millions d'EUR) et en 2014 (23,98 millions d'EUR). Ces réductions de prime d'émission semblent avoir été enregistrées comme des plus-values par Supra en 2013 et 2014⁴⁶, lesquelles auraient été exonérées fiscalement au titre du régime luxembourgeois d'exonération des revenus de participations.
- (41) À l'inverse, les déclarations fiscales de Supra⁴⁷ pour les exercices fiscaux 2015⁴⁸ et 2016⁴⁹ montrent que la trésorerie correspondant à l'intérêt fictif déduit de la base imposable de Huhtalux pour ces deux exercices (31,05 millions d'EUR en 2015 et 39,60 millions d'EUR en 2016) a été versée à Supra sous la forme de dividendes. Les déclarations fiscales montrent également que les dividendes perçus par Supra sont restés exonérés en application du régime d'exonération des revenus de participations.

4. LE CADRE JURIDIQUE ET REGLEMENTAIRE APPLICABLE

4.1. Description du cadre juridique national applicable

4.1.1. Description des principes généraux du système luxembourgeois d'imposition des sociétés

- (42) Les règles de droit commun applicables à l'imposition des sociétés au Luxembourg sont énoncées dans la loi luxembourgeoise concernant l'impôt sur le revenu. Selon l'article 159 de la LIR, les sociétés ayant leur résidence fiscale au Luxembourg sont assujetties à l'impôt sur la totalité de leurs revenus⁵⁰. L'article 163 de la LIR prévoit que l'impôt luxembourgeois sur les sociétés s'applique au

⁴³ Voir le considérant (22).

⁴⁴ Voir la déclaration fiscale 2015 de Supra, annexes 4 et 5.

⁴⁵ Voir la déclaration fiscale 2014 de Huhtalux, annexe 4.

⁴⁶ Voir les déclarations fiscales 2013 et 2014 de Supra, annexes «Details of the shareholdings referred to in Article 166 LIR» concernant Huhtalux.

⁴⁷ Depuis 2015, Huhtalux et Supra forment une unité fiscale. La base imposable totale pour les deux sociétés est donc consolidée et calculée dans les déclarations fiscales de Supra étant donné que cette dernière est à la tête de cette unité fiscale.

⁴⁸ Voir les déclarations fiscales de Supra de 2015, annexe 5.

⁴⁹ Voir les déclarations fiscales de Supra de 2016, annexe 5.

⁵⁰ Article 159, alinéa 1^{er}, de la LIR: «Sont considérés comme contribuables résidents passibles de l'impôt sur le revenu des collectivités, les organismes à caractère collectif énumérés ci-après, pour autant que leur siège statutaire ou leur administration centrale se trouve sur le territoire du Grand-Duché.» Article 159, alinéa 2, de la LIR: «L'impôt sur le revenu des collectivités porte sur l'ensemble des revenus du contribuable.»

revenu imposable réalisé par un contribuable au cours d'une année donnée⁵¹. Avant 2013, l'ensemble des sociétés assujetties à l'impôt au Luxembourg étaient imposées sur leur bénéfice imposable au taux standard de 28,80 %⁵². Depuis 2013, le taux d'imposition standard est de 29,22 %.

- (43) L'article 18, alinéa 1^{er}, de la LIR prévoit la méthode permettant de déterminer le bénéfice annuel imposable d'une entreprise contribuable: «Le bénéfice est constitué par la différence entre l'actif net investi à la fin et l'actif net investi au début de l'exercice, augmentée des prélèvements personnels effectués pendant l'exercice et diminuée des suppléments d'apport effectués pendant l'exercice.»
- (44) L'article 23 de la LIR explique que l'évaluation de l'actif net investi doit répondre aux règles et principes comptables⁵³.
- (45) L'article 40 de la LIR établit le principe de l'accrochement du bilan fiscal au bilan commercial. Selon ce principe, le bilan fiscal – qui fixe le revenu annuel imposable – doit correspondre au bilan commercial, sauf en cas d'application d'une règle fiscale spécifique exigeant le recours à des valeurs différentes⁵⁴.

4.1.2. Le principe de pleine concurrence dans le système luxembourgeois d'imposition des sociétés: l'ancien article 56 de la LIR et l'article 164, alinéa 3, de la LIR

- (46) La base juridique qui permet les déductions fictives est, selon les DFA en cause, l'article 56 de la LIR, dans la version précédant sa modification en 2015, et l'article 164, alinéa 3, de la LIR qui, selon la demande de DFA de 2009, définissait le principe de pleine concurrence et la politique des prix de transfert du Luxembourg à cette époque⁵⁵.

⁵¹ Article 163, alinéa 1^{er}, de la LIR: «L'impôt sur le revenu des collectivités frappe le revenu imposable réalisé par le contribuable pendant l'année du calendrier.»

⁵² L'impôt luxembourgeois sur les sociétés se compose d'un impôt frappant les bénéfices (l'«impôt sur le revenu des collectivités» ou l'«IRC»), dont le taux est fixé à 21 %, et, pour les sociétés établies dans la ville de Luxembourg, d'un impôt commercial sur les bénéfices (l'«impôt commercial»), dont le taux est fixé à 6,75 %. Une majoration de 5 % est en outre appliquée à l'IRC de 21 % afin d'alimenter un fonds pour l'emploi. En 2012, la majoration de solidarité est passée de 5 % à 7 % avec effet à compter de l'exercice fiscal 2013. Avec les changements introduits à compter de l'exercice fiscal 2013, le taux d'imposition cumulé est passé de 28,80 % à 29,22 % pour le revenu des sociétés établies dans la ville de Luxembourg. En outre, les sociétés du Luxembourg sont assujetties à un impôt annuel sur la fortune frappant leur actif net, qui consiste en un prélèvement de 0,5 % sur la valeur nette du patrimoine qu'elles détiennent dans le monde au 1^{er} janvier de chaque année.

⁵³ Article 23, alinéa 1^{er}, de la LIR: «[...] l'évaluation des biens de l'actif net investi doit répondre aux règles prévues aux alinéas suivants et, en ce qui concerne les exploitants obligés à la tenue d'une comptabilité régulière, aux principes d'une comptabilité pareille.»

⁵⁴ Article 40, alinéa 1^{er}, de la LIR: «Lorsque les prescriptions régissant l'évaluation au point de vue fiscal n'exigent pas une évaluation à un montant déterminé, les valeurs à retenir au bilan fiscal doivent être celles du bilan commercial ou s'en rapprocher le plus possible dans le cadre des prescriptions prévisées, selon que les valeurs du bilan commercial répondent ou ne répondent pas aux mêmes prescriptions.»

⁵⁵ Voir la demande de DFA de 2009, point 31.

- (47) L'ancien article 56 de la LIR permettait à l'administration fiscale luxembourgeoise de réévaluer le résultat d'exploitation («fixer forfaitairement le résultat d'exploitation») d'une société «lorsqu'un transfert du résultat est rendu possible» par le fait qu'une entreprise assujettie à l'impôt au Luxembourg entretient des relations économiques particulières avec une autre entité non assujettie à l'impôt au Luxembourg. Cet article est rédigé comme suit:

«Sans égard au résultat accusé, un fonctionnaire supérieur de l'administration des contributions à désigner par le directeur de cette administration et ne pouvant avoir un rang inférieur à celui d'inspecteur de direction peut fixer forfaitairement le résultat d'exploitation, lorsqu'un transfert du résultat est rendu possible par le fait que l'entreprise entretient des relations économiques particulières, soit directes, soit indirectes, avec une personne physique ou morale qui n'est pas contribuable résident».

- (48) L'article 164, alinéa 3, de la LIR régit le traitement fiscal des distributions cachées de bénéfices et est considéré comme intégrant l'application du principe de pleine concurrence dans le droit fiscal luxembourgeois⁵⁶. Selon cette disposition «(i)l y a distribution cachée de bénéfices notamment 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.» Cet article, lu conjointement avec l'article 164, alinéa 1^{er}, de la LIR⁵⁷, dispose que cette distribution cachée de bénéfices est à inclure dans le revenu imposable de la société.
- (49) Cela signifie que, selon l'interprétation donnée par l'administration fiscale luxembourgeoise, les prix pratiqués pour les transactions intragroupe doivent correspondre aux prix qui auraient été pratiqués et acceptés par des sociétés indépendantes dans des conditions comparables⁵⁸. L'article 164, alinéa 3, de la LIR ne fait pas de distinction entre les transactions transfrontalières et les transactions nationales⁵⁹.

⁵⁶ Voir la fiche pays en matière de prix de transfert 2012 de l'OCDE pour le Luxembourg (https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/Luxembourg_TPCountryProfile_Oct2012.pdf): «The arm's length principle is embedded in Section II Article 164 paragraph 3 of the income tax law (loi modifiée du 4.12.1967 concernant l'impôt sur le revenu).»

⁵⁷ L'article 164, alinéa 1^{er}, de la LIR prévoit, que pour déterminer le revenu imposable, il est indifférent que le revenu soit distribué ou non aux ayants droit.

⁵⁸ L'interprétation de l'article 164, alinéa 3, de la LIR a été codifiée par l'administration fiscale luxembourgeoise dans plusieurs circulaires, en particulier dans la circulaire n° 164/2 du 28 janvier 2011 et la circulaire n° 164/2bis du 8 avril 2011, qui portent sur l'application du principe de pleine concurrence aux transactions de financement intragroupe. Outre des orientations spécifiques sur l'application du principe de pleine concurrence à ces transactions, les circulaires contenaient une description générale du principe de pleine concurrence. Selon la circulaire n° 164/2 du 28 janvier 2011 (page 2): «Un service intra-groupe [...] a été rendu si, dans des circonstances comparables, une entreprise indépendante avait été disposée à payer une autre entreprise indépendante pour exécuter cette activité, ou si elle l'avait exécutée elle-même. Si un service intra-groupe a été rendu, il échet de déterminer, comme pour les autres types de transferts intra-groupe, si la rémunération convenue est conforme au principe de pleine concurrence, c'est-à-dire correspond au prix qui aurait été pratiqué et accepté par des entreprises indépendantes dans des circonstances comparables.»

⁵⁹ En ce qui concerne les activités de financement intragroupe, la méthode de détermination de la rémunération de pleine concurrence et les conditions à remplir pour l'obtention d'une DFA de la part de l'administration fiscale luxembourgeoise sont expliquées dans la circulaire 164/2. Cette

- (50) Enfin, le principe de pleine concurrence a été explicitement inclus par la législature luxembourgeoise à travers l'adoption d'un nouvel article 56 de la LIR et de l'article 56 bis de la LIR, qui sont entrés en vigueur respectivement le 1^{er} janvier 2015 et le 1^{er} janvier 2017⁶⁰. Selon la nouvelle version de l'article 56 de la LIR, si les conditions des transactions intragroupe diffèrent de celles qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes, les bénéfices seront déterminés aux conditions qui prévalent entre entreprises indépendantes et imposés en conséquence. Cet article est rédigé comme suit:

"Lorsque (a) une entreprise participe directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une autre entreprise, ou que (b) les mêmes personnes participent directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital de deux entreprises, et que, dans l'un ou 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 de ces entreprises seront déterminés aux conditions qui prévalent entre entreprises indépendantes et imposés en conséquence".

- (51) L'article 56 bis de la LIR introduit les recommandations du plan d'action sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS) de l'Organisation de coopération et de développement économiques («OCDE») en ce qui concerne les méthodes à utiliser pour déterminer la rémunération de pleine concurrence appropriée⁶¹.

Circulaire impose au contribuable de soumettre une étude de prix de transfert à l'appui de toute demande de DFA concernant une activité de financement intragroupe.

⁶⁰ En outre, les circulaires n° 164/2 du 28 janvier 2011 et 164/2bis du 8 avril 2011 ont été remplacées par la circulaire n° 56/1 – 56bis/1 du 27 décembre 2016.

⁶¹ Article 56 bis de la LIR: «1. Au sens du présent article, on entend par: - entreprise liée: toute entreprise visée à l'article 56; - transaction: le transfert d'un bien corporel ou incorporel, la prestation de service et l'engagement, formalisé ou non par un écrit, qui serait rémunéré sur le marché libre; - transaction contrôlée: la transaction entre entreprises liées; - transaction sur le marché libre: la transaction entre entreprises indépendantes; - transaction comparable sur le marché libre: la transaction entre deux parties indépendantes qui est comparable à la transaction contrôlée examinée. Il peut s'agir d'une transaction comparable entre une partie à la transaction contrôlée et une partie indépendante («comparable interne») ou entre deux entreprises indépendantes dont aucune n'est partie à la transaction contrôlée («comparable externe»); - prix de pleine concurrence: le prix ou tarif qui serait appliqué sur une transaction comparable sur le marché libre. 2. Dans le contexte de l'analyse qu'une entreprise effectue dans le but de contrôler la conformité au principe de pleine concurrence, l'entreprise doit procéder sur toutes les transactions contrôlées à une fixation des prix et tarifs respectant le prix de pleine concurrence. Le fait qu'une transaction donnée ne soit pas observée entre parties indépendantes ne signifie pas forcément que cette transaction n'est pas conforme au principe de pleine concurrence. 3. La technique à mettre en œuvre dans le cadre de la détermination du prix de pleine concurrence afin d'assurer le principe de pleine concurrence repose sur l'analyse de comparabilité. Il s'agit d'opérer une comparaison entre les conditions imposées à une transaction contrôlée et celles imposées à une transaction comparable sur le marché libre. Pour qu'une telle comparaison soit significative, il faut que les caractéristiques économiques des transactions prises en compte soient suffisamment comparables. 4. Des transactions sont suffisamment comparables lorsqu'il n'existe pas de différences matérielles entre les transactions comparées qui pourraient avoir une influence significative d'un point de vue méthodologique sur la détermination du prix ou bien lorsque des ajustements raisonnablement fiables peuvent être opérés pour éliminer l'incidence sur la détermination du prix. L'analyse de comparabilité de la transaction repose sur deux piliers: a) identifier les relations commerciales ou financières entre les entreprises liées et déterminer les conditions et circonstances économiquement significatives qui se rattachent à ces relations de manière à

- (52) Le Luxembourg a également adopté le 27 décembre 2016 la circulaire n°56/1 – 56bis/1 concernant le traitement fiscal des sociétés exerçant des transactions de financement intragroupe («circulaire 56»). La circulaire 56, qui remplace la circulaire 164/2, est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017. D’après cette circulaire, le principe de pleine concurrence est ancré dans l’article 56 LIR qui permet d’ajuster les bénéfices déclarés si la rémunération des transactions intragroupe à laquelle elle est partie prenante diffère des prix qui auraient été convenus entre entreprises indépendantes⁶². Cette circulaire explique également que les sociétés de financement de groupe exerçant une activité purement d’intermédiaire devraient recevoir une rémunération de pleine concurrence correspondant à un pourcentage de rendement minimal par rapport aux actifs financés de 2% après impôts⁶³. Enfin, la circulaire stipule que toute DFA basée sur la principe de pleine concurrence avant l’entrée en vigueur de l’article 56bis le 1^{er} janvier 2017 ne liera plus l’administration fiscale luxembourgeoise pour tout exercice fiscal postérieur à 2016⁶⁴.

4.2. Le cadre de l’OCDE relatif aux prix de transfert et au principe de pleine concurrence

4.2.1. *Modèle de convention fiscale de l’OCDE et principes de l’OCDE applicables en matière de prix de transfert*

- (53) L’OCDE fournit des orientations en matière de fiscalité à ses pays membres. Les orientations de l’OCDE relatives aux prix de transfert figurent dans le modèle de convention fiscale de l’OCDE et dans les Principes de l’OCDE applicables en matière de prix de transfert à l’intention des entreprises multinationales et des

délimiter de façon précise la transaction contrôlée; b) comparer les conditions et les circonstances économiquement significatives de la transaction contrôlée, délimitée de façon précise, avec celles de transactions comparables sur le marché libre. 5. Les conditions et circonstances économiquement significatives ou facteurs de comparabilité qui doivent être identifiés sont globalement les suivants: a) les dispositions contractuelles de la transaction; b) les fonctions exercées par chacune des parties à la transaction, compte tenu des actifs utilisés et des risques gérés et assumés; c) les caractéristiques du bien transféré, du service rendu ou de l’engagement conclu; d) les circonstances économiques des parties et du marché sur lequel les parties exercent leurs activités; e) les stratégies économiques poursuivies par les parties. 6. Les méthodes à retenir pour la détermination du prix comparable approprié doivent tenir compte des facteurs de comparabilité identifiés et doivent être cohérents avec la nature de la transaction délimitée de façon précise. Le prix ainsi identifié, par la comparaison de la transaction délimitée de façon précise avec des transactions comparables sur le marché libre, sera le prix de pleine concurrence applicable à la transaction analysée en vue du respect du principe de pleine concurrence. Le choix de la méthode de comparaison à retenir doit correspondre à la méthode qui permet la meilleure approximation possible du prix de pleine concurrence. 7. Lorsqu’une transaction a été effectuée et que tout ou partie de cette transaction délimitée de façon précise contient un ou des éléments qui en substance ne contiennent pas de rationalité commerciale valable et qui ont un impact significatif sur la détermination du prix de pleine concurrence, cette transaction ou cette partie de la transaction sont à ignorer dans la détermination du prix de pleine concurrence dans le but de respecter le principe de pleine concurrence.»

⁶² Circulaire 56, point 4.

⁶³ Circulaire 56, section 4. D’après la circulaire, le caractère purement intermédiaire d’une activité de financement n’est pas affecté par le nombre, le montant, la nature, la maturité et les autres caractéristiques des prêts ou avances de fonds en question. Enfin, la circulaire précise qu’une déviation au rendement minimal n’est acceptée que dans des cas exceptionnels dûment justifiés par une analyse de prix de transfert.

⁶⁴ Circulaire 56, point 33.

administrations fiscales (les «principes de l'OCDE»)⁶⁵, qui sont tous deux des instruments juridiques non contraignants.

- (54) Compte tenu du caractère non contraignant du modèle de convention fiscale et des principes de l'OCDE, les administrations fiscales des pays membres de l'OCDE sont simplement encouragées à les suivre. De manière générale, toutefois, ces deux instruments servent de point de référence et exercent une influence certaine sur les pratiques fiscales des pays membres (et même non-membres) de l'OCDE. En outre, dans de nombreux pays membres de l'OCDE, ces instruments ont acquis force de loi ou servent de référence aux fins de l'interprétation des conventions en matière de double imposition et de la législation fiscale nationale.

4.2.2. *Le principe de pleine concurrence*

- (55) Les prix de transfert désignent les prix facturés pour des transactions commerciales entre les entités distinctes d'un même groupe d'entreprises. Les liens qui unissent les membres d'un groupe multinational peuvent leur permettre de fixer, dans leurs relations au sein du groupe, des conditions spéciales ayant une incidence sur les prix de transfert (et, par conséquent, sur les revenus imposables) qui diffèrent de celles qui auraient été applicables si les membres du groupe avaient agi comme des entreprises indépendantes⁶⁶. Cela peut permettre un transfert de bénéfices d'une juridiction fiscale vers une autre et inciter à attribuer aussi peu de bénéfices que possible aux juridictions où ils sont davantage imposés. Pour éviter ces situations, les administrations fiscales des juridictions qui connaissent de tel transferts de bénéfices ne devraient accepter les prix de transfert entre entreprises d'un même groupe que lorsque les transactions sont rémunérées comme si elles avaient été acceptées par des entreprises indépendantes négociant dans des circonstances comparables à des conditions de pleine concurrence⁶⁷. C'est ce que l'on appelle le «principe de pleine concurrence».
- (56) Les pays membres de l'OCDE ont convenu qu'aux fins de l'imposition, les bénéfices des entreprises associées peuvent être ajustés si nécessaire pour assurer le respect du principe de pleine concurrence. En d'autres termes, les pays membres de l'OCDE considèrent qu'un ajustement des prix de transfert se justifie lorsque les conditions régissant les relations commerciales et financières observées dans le cadre d'une transaction intragroupe sont différentes de celles que l'on s'attendrait à observer dans le cadre de transactions comparables sur le marché libre, conduisant ainsi à une diminution de la base imposable.

⁶⁵ La dernière version des principes de l'OCDE a été publiée en 2017 (Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales, OCDE, juillet 2017). Des versions précédentes de ces principes ont été adoptées par l'OCDE en juillet 2010 et juillet 1995.

⁶⁶ Voir le point 6 de la préface des principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert.

⁶⁷ Les administrations fiscales et les législateurs sont conscients de ce problème, et la législation fiscale permet en général à l'administration fiscale de corriger les déclarations fiscales des entreprises associées qui n'appliquent pas correctement les prix de transfert dans le but de réduire leur revenu imposable, en remplaçant ces derniers par des prix correspondant à une approximation fiable des prix acceptés par des entreprises indépendantes négociant dans des circonstances comparables dans des conditions de pleine concurrence.

- (57) En se référant aux conditions commerciales et financières qui prévaudraient dans le cadre de transactions comparables sur le marché libre afin d'effectuer un ajustement des bénéfices, le principe de pleine concurrence permet de mettre en œuvre l'approche préconisée par l'OCDE, à savoir traiter les membres d'un groupe d'entreprises comme des entités distinctes aux fins de l'impôt sur les sociétés, et non comme des sous-ensembles indissociables d'une seule entreprise unifiée (l'«approche de l'entité distincte»)⁶⁸. L'approche de l'entité distincte a été choisie comme principe d'imposition international par les pays membres de l'OCDE afin d'établir correctement les bases taxables relatives à chaque juridiction tout en évitant les doubles impositions, de façon à réduire au minimum les risques de conflits entre administrations fiscales et à promouvoir le commerce international et les investissements.
- (58) L'énoncé faisant autorité en ce qui concerne le principe de pleine concurrence figure à l'article 9 du modèle de convention fiscale de l'OCDE, lequel constitue la base des conventions en matière de double imposition liant les pays membres de l'OCDE ainsi qu'un nombre croissant de pays non membres. Cette disposition énonce la manière de procéder dans la pratique aux ajustements de la base imposable en matière de prix de transfert et précise quand ces ajustements doivent être effectués.
- L'article 9, paragraphe 1, précise qu'un État contractant peut majorer la base imposable d'un contribuable résidant sur son territoire et permet à cet État d'imposer le contribuable en conséquence lorsqu'il estime que les prix de transfert qu'il applique ont conduit à une base imposable trop faible. C'est ce que l'on appelle l'«ajustement primaire», par lequel l'administration fiscale revoit à la hausse les bénéfices imposables déclarés par un contribuable⁶⁹.
 - L'article 9, paragraphe 2, vise à éviter que les bénéfices ainsi imposés par l'État contractant procédant à l'ajustement primaire conformément au premier paragraphe de l'article 9 soient également imposés au niveau d'une entreprise associée résidant dans l'autre État contractant⁷⁰. Pour ce

⁶⁸ L'approche de l'entité distincte est expliquée dans la préface des principes de l'OCDE, au point 6: *«Pour appliquer l'approche de l'entité distincte aux transactions internes au groupe, il faut imposer les différents membres du groupe en partant de l'idée qu'ils opèrent en pleine concurrence dans leurs transactions internes au groupe. Cependant, les liens qui unissent les membres d'un groupe multinational peuvent leur permettre de fixer dans leurs relations au sein du groupe des conditions spéciales qui diffèrent de celles qui auraient été applicables si les membres du groupe, avaient agi comme des entreprises indépendantes opérant sur des marchés libres. Pour assurer l'application correcte de la méthode de l'entité distincte, les pays membres de l'OCDE ont convenu d'adopter le principe de pleine concurrence, qui devrait éliminer l'incidence de conditions spéciales sur les niveaux de bénéfices.»*

⁶⁹ L'article 9, paragraphe 1, se lit comme suit: *«Lorsque [...] les deux entreprises [associées] 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.»*

⁷⁰ L'article 9, paragraphe 2, se lit comme suit: *«Lorsqu'un État contractant inclut dans les bénéfices d'une entreprise de cet État — et impose en conséquence — des bénéfices sur lesquels une entreprise de l'autre État contractant a été imposée dans cet autre État, et que les bénéfices ainsi inclus sont des bénéfices qui auraient été réalisés par l'entreprise du premier État si les conditions convenues entre les deux entreprises avaient été celles qui auraient été convenues entre*

faire, il engage cet autre État contractant soit à réduire la base imposable de cette entreprise associée du montant des bénéfices ajustés imposés par le premier État contractant à la suite de l'ajustement primaire, soit à prévoir un remboursement des impôts déjà perçus. Cet ajustement effectué par l'autre État contractant n'est toutefois pas automatique. S'il estime que l'ajustement primaire n'est pas justifié, que ce soit dans son principe ou dans son montant, il peut s'abstenir – et généralement le fera – de procéder à un tel ajustement⁷¹.

- (59) L'ajustement à la baisse effectué par l'autre État contractant sur la base de l'article 9, paragraphe 2, est appelé l'«ajustement corrélatif» et, lorsqu'il est accordé, il empêche de manière effective la double imposition des bénéfices.

5. POSITION DU LUXEMBOURG

- (60) Dans sa lettre du 19 janvier 2018, le Luxembourg affirme que les DFA en cause n'ont accordé aucun avantage sélectif à Huhtalux par rapport à d'autres sociétés se trouvant dans une situation juridique et factuelle comparable au regard de l'objectif poursuivi par les dispositions fiscales applicables. Les autorités luxembourgeoises considèrent que Huhtalux n'a bénéficié d'aucun traitement de faveur et qu'il n'existe donc en l'espèce aucune aide d'État possible au sens de l'article 107, paragraphe 1, du traité⁷².
- (61) Le Luxembourg fait valoir que les DFA en cause ont été émises sur la base de l'article 56 de la LIR et conformément à ce dernier, tel qu'il était applicable à la date de la DFA de 2009⁷³. Selon le Luxembourg⁷⁴, l'ancien article 56 de la LIR ne visait pas exclusivement le «transfert du résultat» au détriment du Luxembourg. L'expression «transfert de résultat» doit être lue de manière neutre, de sorte qu'elle peut s'appliquer tant au détriment qu'au bénéfice d'une entreprise. En d'autres termes, le Luxembourg considère que cette disposition autorise l'administration fiscale à appliquer non seulement des ajustements à la hausse si les résultats sont transférés hors du Luxembourg, mais aussi des ajustements à la baisse si les résultats sont transférés vers le Luxembourg.

des entreprises indépendantes, l'autre État procède à un ajustement approprié du montant de l'impôt qui y a été perçu sur ces bénéfices. Pour déterminer cet ajustement, il est tenu compte des autres dispositions de la présente Convention et, si c'est nécessaire, les autorités compétentes des États contractants se consultent.»

⁷¹ En cas de différend entre les parties concernées au sujet du montant et du caractère de l'ajustement approprié, la procédure amiable prévue à l'article 25 du modèle de convention fiscale de l'OCDE doit être mise en œuvre, même en l'absence d'une disposition telle que l'article 9, paragraphe 2. Les autorités compétentes concernées sont tenues uniquement de faire tout ce qui est en leur pouvoir, mais pas d'atteindre un résultat, de sorte que le problème de la double imposition pourrait ne pas être résolu si les États contractants n'ont pas convenu d'une clause d'arbitrage dans la convention fiscale.

⁷² Lettre du Luxembourg du 19 janvier 2018, section 4.

⁷³ Lettre du Luxembourg du 19 janvier 2018, section 3. Pour l'article 56 de la LIR, voir le considérant (47).

⁷⁴ Lettre du Luxembourg du 19 janvier 2018, section 3.

- (62) Le Luxembourg précise que l'ancien article 56 de la LIR s'applique principalement aux cas de diminution induite du bénéfice imposable au Luxembourg, c'est-à-dire afin de procéder à des ajustements à la hausse⁷⁵. Cet article permet toutefois aux autorités fiscales luxembourgeoises d'ajuster également le résultat comptable à la baisse, s'il y a eu une augmentation induite du bénéfice imposable au Luxembourg⁷⁶. Le but de cette disposition est donc de faire coïncider les revenus imposables d'une entreprise avec les revenus réels générés au Luxembourg⁷⁷.
- (63) Le Luxembourg explique⁷⁸ que l'ancien article 56 de la LIR constitue un cas d'application particulier de la notion d'apport caché. Cette notion décrit les situations dans lesquelles un contribuable a bénéficié d'un enrichissement de son entreprise, ou a pu éviter un appauvrissement, en raison d'une opération intervenue avec un associé ou une personne intéressée. L'apport caché de capital et la distribution cachée de bénéfices sont les deux mécanismes fiscaux permettant à l'administration fiscale luxembourgeoise d'ajuster le revenu comptable à la hausse ou à la baisse, afin de faire coïncider le revenu déclaré avec le revenu imposable⁷⁹.
- (64) Le Luxembourg déclare que le traitement de l'apport caché suit le traitement de l'apport ouvert, ce qui implique en principe une évaluation de l'apport à sa valeur d'exploitation. Par conséquent, selon le Luxembourg, la question, en espèce, n'est donc pas de savoir si le taux d'intérêt pris en compte par l'administration fiscale luxembourgeoise aurait dû être déduit de la base imposable de Huhtalux, alors que le contrat ne prévoit aucun intérêt, mais si le montant d'intérêt fictif correspond au taux d'intérêt qui aurait été convenu entre deux sociétés indépendantes.
- (65) Enfin, le Luxembourg précise qu'il n'y a eu aucune correspondance avec les autorités fiscales irlandaises avant l'adoption de la DFA de 2009 afin d'établir si l'Irlande procéderait à un ajustement fiscal à la hausse de la base imposable de Huhtamäki Ireland⁸⁰.

6. EXAMEN DE LA MESURE EN CAUSE

6.1. Existence d'une aide d'État

- (66) Aux termes de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence

⁷⁵ Lettre du Luxembourg du 19 janvier 2018, section 3.

⁷⁶ La lettre du Luxembourg du 19 janvier 2018, section 3, note de bas de page n° 2 dit ce qui suit: «Documents parlementaires 571-4, art. 61 du projet, p. 208-209: Comme les dispositions de l'article 61 ont un caractère facultatif, il va sans dire qu'elles ne seront appliquées qu'au cas où une diminution induite du bénéfice a eu vraisemblablement lieu. Leur application manquerait de sens dans l'hypothèse contraire. (...) Il se peut aussi que des conventions régulières passées avec l'étranger présentent la situation financière de l'exploitation sous un autre jour que celui résulte d'une saine appréciation économique.»

⁷⁷ Lettre du Luxembourg du 19 janvier 2018, section 3.

⁷⁸ Lettre du Luxembourg du 19 janvier 2018, section 3.

⁷⁹ Lettre du Luxembourg du 19 janvier 2018, section 3.

⁸⁰ Lettre du Luxembourg du 19 janvier 2018, section 5.

en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. La qualification d'«aide», au sens de l'article 107, paragraphe 1, du traité, requiert que toutes les conditions visées à cette disposition soient remplies⁸¹. Premièrement, il doit y avoir une intervention effectuée au moyen de ressources d'État et imputable à l'État; deuxièmement, cette intervention doit être susceptible d'affecter les échanges entre États membres; troisièmement, elle doit accorder un avantage sélectif à une entreprise et, quatrièmement, elle doit fausser ou menacer de fausser la concurrence⁸².

- (67) En ce qui concerne la première condition nécessaire pour constater l'existence d'une aide, la mesure doit, d'une part, être imputable à l'État et, d'autre part, être financée au moyen de ressources d'État. En ce qui concerne l'imputabilité des mesures, les DFA en cause ont été émises par les autorités fiscales luxembourgeoises, qui sont un organe de l'État luxembourgeois. Sur la base de ces décisions, Huhtalux a déterminé l'impôt annuel sur les sociétés dont elle est redevable au Luxembourg, tel qu'indiqué dans ses déclarations annuelles pour l'impôt sur le revenu des sociétés. Ces déclarations ont été acceptées par les autorités fiscales luxembourgeoises⁸³. Le traitement fiscal accordé sur la base des DFA en cause est donc imputable au Luxembourg.
- (68) En ce qui concerne le financement des mesures au moyen de ressources d'État, il ressort de la jurisprudence constante de la Cour de justice qu'une mesure par laquelle les autorités publiques accordent à certaines entreprises une exonération fiscale qui, bien que ne comportant pas un transfert positif de ressources d'État, place les personnes auxquelles elle s'applique dans une situation financière plus favorable que les autres contribuables, constitue une aide d'État⁸⁴. Les DFA en cause confirment que Huhtalux peut diminuer le montant de l'impôt dont elle est redevable au Luxembourg au moyen de déductions d'intérêt fictif. En conséquence, le traitement fiscal accordé sur la base des mesures en cause et servant au calcul annuel de l'impôt dû par Huhtalux peut être considéré, à ce stade, comme réduisant l'impôt sur les sociétés dû au Luxembourg par cette société et par l'ensemble du groupe Huhtamäki et donne donc lieu à une perte de ressources d'État. La raison en est que toute charge d'intérêt fictif d'entités du groupe Huhtamäki déclarée comme fiscalement déductible au Luxembourg ainsi que tout revenu d'entités du groupe Huhtamäki déclaré comme exonéré d'impôt au Luxembourg entraînent une perte de recettes fiscales dont aurait normalement disposé le Luxembourg⁸⁵.

⁸¹ Voir l'affaire C-399/08 P, Commission/Deutsche Post, ECLI:EU:C:2010:481, point 38, et la jurisprudence citée.

⁸² Voir l'affaire C-399/08 P, Commission/Deutsche Post, ECLI:EU:C:2010:481, point 39, et la jurisprudence citée.

⁸³ Les autorités fiscales luxembourgeoises ont émis des bulletins d'imposition pour chaque exercice jusqu'en 2015. En outre, un audit fiscal des déclarations fiscales de Huhtalux et de Supra a été mené par les autorités luxembourgeoises pour 2014 et 2015 et n'a abouti à aucun résultat défavorable à la société concernant la mise en œuvre des déductions d'intérêt fictif.

⁸⁴ Voir les affaires jointes C-106/09 P et C-107/09 P, Commission/Government of Gibraltar et Royaume-Uni, ECLI:EU:C:2011:732, point 72 et la jurisprudence citée.

⁸⁵ Voir les affaires jointes C-106/09 P et C-107/09 P, Commission/Government of Gibraltar et Royaume-Uni, ECLI:EU:C:2011:732, point 72 et la jurisprudence citée.

- (69) En ce qui concerne les deuxième et quatrième conditions nécessaires pour constater l'existence d'une aide, Huhtalux fait partie du groupe Huhtamäki, un groupe multinational qui opère à l'échelle mondiale et qui exerce ses activités dans plusieurs États membres. Par ailleurs, le groupe opère dans un secteur d'activité libéralisé. Par conséquent, toute aide en sa faveur fausse ou menace de fausser la concurrence et est susceptible d'affecter les échanges entre les États membres. De la même manière, une mesure octroyée par l'État est considérée comme faussant ou menaçant de fausser la concurrence lorsqu'elle est de nature à renforcer la position concurrentielle de son bénéficiaire par rapport à d'autres entreprises concurrentes⁸⁶. Dans la mesure où les mesures en cause exonèrent une société du groupe Huhtamäki d'une charge d'impôt qu'elle aurait normalement été tenue de payer, l'aide octroyée sur la base de ces DFA constitue une aide au fonctionnement en ce qu'elle soulage cette entreprise d'une charge qu'elle aurait normalement dû supporter dans le cadre de sa gestion courante ou de ses activités normales. En particulier, en soulageant cette entreprise d'une charge d'impôt qu'elle aurait normalement dû supporter et que les entreprises concurrentes sont obligées de supporter, le traitement fiscal accordé sur la base des DFA en cause libère des ressources que cette entreprise et le groupe auquel elle appartient peuvent investir dans leurs activités commerciales, faussant ainsi la concurrence sur le marché.
- (70) Compte tenu des éléments qui précèdent, la Commission conclut, à titre provisoire à ce stade, que les première, deuxième et quatrième conditions nécessaires pour constater l'existence d'une aide sont remplies.

6.2. Avantage sélectif

6.2.1. Introduction

- (71) L'article 107 du traité interdit uniquement les aides «favorisant certaines entreprises ou certaines productions», soit, en d'autres termes, les mesures qui confèrent un avantage sélectif⁸⁷. A cet égard, une DFA a pour but de confirmer à l'avance l'application qui sera faite du régime fiscal commun à un cas particulier, compte tenu des faits et des circonstances qui lui sont propres. À l'instar de toute autre mesure fiscale, le traitement fiscal accordé sur la base d'une DFA doit toutefois respecter les règles en matière d'aides d'État. Lorsqu'une DFA avalise un traitement fiscal qui ne correspond pas à celui qui résulterait d'une application normale du régime fiscal de droit commun, sans justification, elle confère un avantage sélectif à son destinataire en ce que ce traitement fiscal a pour effet d'améliorer la situation financière de cette entreprise dans l'État membre par rapport aux entreprises se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable au regard de l'objectif du régime fiscal.

⁸⁶ Voir l'affaire 730/79 Phillip Morris EU:C:1980:209, point 11 les affaires jointes T-298/97, T-312/97, etc. Alzetta EU:T:2000:151, point 80.

⁸⁷ Voir l'affaire C-6/12 P, Oy, EU:C:2013:525, point 17; et l'affaire C-522/13, Ministerio de Defensa et Navantia, EU:C:2014:2262, point 32.

- (72) Pour pouvoir qualifier une mesure fiscale nationale de sélective au sens de cette disposition, la Cour de justice a établi le «test en trois étapes». La Commission doit tout d'abord identifier le système de référence. Elle doit ensuite démontrer que la mesure fiscale en cause constitue une dérogation à ce système de référence dans la mesure où elle introduit une différenciation entre des opérateurs se trouvant, au regard de l'objectif poursuivi par ce système, dans une situation factuelle et juridique comparable (sélectivité a priori)⁸⁸. Enfin, une mesure fiscale constituant une dérogation à l'application du système de référence peut malgré tout être justifiée si l'État membre concerné parvient à démontrer que cette mesure résulte directement des principes fondateurs ou directeurs de ce système fiscal⁸⁹. Si tel est le cas, la mesure fiscale n'est pas sélective. La charge de la preuve dans cette dernière étape incombe à l'État membre.

6.2.2. *Système de référence*

- (73) Un système de référence est composé d'un ensemble cohérent de règles qui s'appliquent sur la base de critères objectifs à toutes les entreprises relevant de son champ d'application tel que défini par son objectif. Ces règles définissent non seulement le champ d'application du système, mais aussi les conditions dans lesquelles le système s'applique, les droits et les obligations des entreprises qui y sont soumises et les aspects techniques du fonctionnement du système⁹⁰. Dans le cas d'impôts ou de taxes, en règle générale, le système de référence se fonde sur des éléments tels que la base imposable, les assujettis, le fait générateur et les taux d'imposition ou de taxation⁹¹.
- (74) Les DFA en cause ont été émises en faveur de Huhtalux, une société du groupe Huhtamäki résidente au Luxembourg, aux fins du calcul de l'impôt sur les sociétés dont elle est redevable en vertu des règles ordinaires d'imposition des sociétés au Luxembourg. Dans le cas de mesures concernant la détermination de l'impôt sur les sociétés dû, il semble qu'il soit de manière générale approprié de prendre en compte un cadre législatif large et d'éviter de sélectionner artificiellement certaines dispositions de ce cadre législatif. Le système de référence à prendre en compte est ainsi le régime d'imposition des sociétés de l'État membre en cause qui a pour objectif l'imposition des bénéfices de tous les contribuables soumis à l'impôt sur son territoire⁹².

⁸⁸ Voir les affaires jointes C-20/15 P et C-21/15 P, Commission/World Duty Free Group e.a., EU:C:2016:981, point 57, et la jurisprudence citée.

⁸⁹ Voir les affaires jointes C-78/08 à C-80/08, Paint Graphos e.a., EU:C:2011:550, point 65.

⁹⁰ Voir la communication sur la notion d'aide, point 133.

⁹¹ Voir la communication sur la notion d'aide, point 134.

⁹² Voir, dans ce sens, les affaires jointes C-20/15 P et C-21/15 P, Commission/World Duty Free Group e.a., EU:C:2016:981, point 92: «[d]ans les décisions litigieuses, la Commission, aux fins de qualifier la mesure litigieuse de mesure sélective, s'est prévalu du fait que l'avantage fiscal conféré par cette mesure ne bénéficiait pas sans distinction à tous les opérateurs économiques se trouvant objectivement dans une situation comparable, au regard de l'objectif poursuivi par le régime fiscal commun espagnol, dès lors que les entreprises résidentes effectuant des prises de participations du même type dans des sociétés fiscalement domiciliées en Espagne ne pouvaient obtenir cet avantage» (soulignement ajouté); dans le même esprit, voir les points 22 et 68. Dans le même ordre d'idées, voir l'affaire C-217/03, Belgique et Forum 187/Commission, EU:C:2005:266, point 95; l'affaire C-88/03, Portugal/Commission EU:C:2006:511, point 56; l'affaire C-519/07 P, Commission/Koninklijke FrieslandCampina, EU:C:2009:556, points 2 à 7; et les affaires jointes C-78/08 à C-80/08, Paint Graphos e.a., EU:C:2011:550, point 50. Plus récemment, dans l'affaire C-203/16 P, Dirk Andres/Commission («Sanierungsklausel»),

- (75) Le système luxembourgeois d'imposition des sociétés prévoit que les sociétés résidentes sont soumises à l'impôt sur l'ensemble de leurs revenus⁹³. Selon le principe de *l'accrochement du bilan fiscal au bilan commercial* consacré à l'article 40 de la LIR, le bénéfice imposable (ou «revenu imposable») d'une entreprise est déterminé sur la base de son résultat comptable, sauf si une disposition spécifique de la loi prévoit le contraire. En d'autres termes, le système luxembourgeois d'imposition des sociétés prévoit que l'impôt dû par une entreprise est, au départ, déterminé sur la base des transactions réelles générant des revenus réellement réalisés et des dépenses réellement supportées, qui sont enregistrés dans les comptes annuels.
- (76) En conclusion, la Commission estime que le système luxembourgeois d'imposition des sociétés est le cadre de référence applicable en l'espèce. Ce système s'applique à toutes les entreprises ayant leur siège statutaire ou leur administration centrale sur le territoire du Luxembourg et son objectif est l'imposition des bénéfices effectivement réalisés par toutes les entreprises assujetties à l'impôt au Luxembourg, en prenant comme point de départ les bénéfices enregistrés dans leur comptabilité.

6.2.3. *Dérogation au système luxembourgeois d'imposition des sociétés donnant lieu à une discrimination*

- (77) Il apparaît que le traitement accordé sur la base des DFA en cause déroge à ce cadre de référence.
- (78) En réalité, les DFA en cause acceptent la demande de Huhtalux de déduire chaque année de sa base imposable une charge d'intérêt fictif liée aux PSI accordés par Huhtamäki Ireland. Cet intérêt fictif est considéré comme la rémunération de pleine concurrence de ces prêts, ce qui signifie qu'il correspond à l'intérêt qui aurait été accepté par des sociétés indépendantes négociant dans des circonstances comparables dans des conditions de pleine concurrence.
- (79) L'intérêt fictif est une charge déductible dans le compte de résultat fiscal de Huhtalux, mais qui ne correspond pas à une charge réelle effectivement supportée par la société et enregistrée dans son compte de résultat commercial. En conséquence, elle a pour effet qu'une part substantielle du bénéfice réalisé chaque année par Huhtalux sur ses activités de financement et enregistré comme tel dans ses comptes annuels restera non imposée⁹⁴, et cela en dépit du fait que ce bénéfice a été réalisé par une société assujettie à l'impôt au Luxembourg et enregistré dans sa comptabilité. Sous le régime d'imposition ordinaire, un tel bénéfice serait imposé au Luxembourg. En conséquence, le traitement fiscal accordé sur la base des DFA en cause déroge manifestement au système ordinaire d'imposition des sociétés, selon lequel le bénéfice comptable devrait constituer le point de départ, et donc la base, de l'imposition du bénéfice des sociétés.

EU:C:2018:505, la Cour a estimé que «*la sélectivité d'une mesure fiscale ne saurait être justement appréciée à l'aune d'un cadre de référence constitué de quelques dispositions qui ont été artificiellement sorties d'un cadre législatif plus large*» (point 103). Voir aussi la communication sur la notion d'aide, point 134.

⁹³

Voir l'article 159, alinéa 2, de la LIR.

⁹⁴

Les bénéfices non imposés seront ensuite distribués sous la forme d'un dividende ou remboursés à la suite d'une réduction de la prime d'émission en faveur de Supra, où ils resteront également exemptés d'impôt (voir la demande de DFA de 2009, points 16 et 35).

- (80) Le Luxembourg affirme que ces ajustements à la baisse ont été autorisés en vertu de l'ancien article 56 de la LIR. Cette disposition constituait un cas d'application particulier de la notion d'apport caché de capital qui s'applique dans les situations où un contribuable a bénéficié d'un service d'une partie liée non soumise à l'impôt au Luxembourg sans avoir à payer de rémunération ou en contrepartie d'une rémunération inférieure à la valeur du marché. Dans de tels cas, l'absence de rémunération adéquate augmente la valeur des actifs nets comptables du contribuable, ce qui conduit, a priori, à une augmentation de son revenu comptable, qui devrait être neutralisée d'un point de vue fiscal⁹⁵. Par ce raisonnement, le Luxembourg semble affirmer que les déductions fictives sont des ajustements à la baisse autorisés par l'administration fiscale luxembourgeoise en application du principe de pleine concurrence et qu'en conséquence, leur application en l'espèce ne dérogerait pas au système de référence.
- (81) L'ancien article 56 de la LIR permettait à l'administration fiscale luxembourgeoise de réévaluer le résultat d'exploitation d'une société lorsqu'*«un transfert du résultat est rendu possible»* par les relations économiques particulières entretenues par une entreprise assujettie à l'impôt au Luxembourg avec une autre entreprise non assujettie à l'impôt au Luxembourg.
- (82) Néanmoins, selon le Luxembourg⁹⁶, la formulation de l'ancien article 56 de la LIR ne visait pas exclusivement le «transfert du résultat» au détriment du Luxembourg, mais aussi à son bénéfice. L'ancien article 56 de la LIR permettait donc d'effectuer des ajustements à la hausse comme à la baisse, l'objectif étant de faire coïncider les revenus imposables avec les revenus réellement rattachables au Luxembourg⁹⁷.
- (83) La Commission fait observer d'emblée que, comme l'admet le Luxembourg, l'ancien article 56 de la LIR *permettait* simplement à l'administration fiscale d'appliquer des ajustements aux prix de transfert, sans imposer d'obligation de le faire⁹⁸. Il apparaît dès lors qu'en vertu de l'ancien article 56 de la LIR, l'administration fiscale était libre de décider d'appliquer ou non un ajustement fiscal. De plus, à la date de la DFA de 2009, aucun critère objectif ne semblait déterminer quand il était possible d'appliquer de tels ajustements à la baisse, ni à quelles entreprises, ni même la manière de déterminer le montant des ajustements. En conséquence, même si, comme le Luxembourg l'affirme, l'ancien article 56 LIR permettait le recours à des ajustements à la baisse, l'application d'une telle disposition en l'espèce semblerait a priori sélective en raison de son caractère discrétionnaire⁹⁹.

⁹⁵ Lettre du Luxembourg du 19 janvier 2018, pages 3 et 4, ainsi que lettre du Luxembourg du 19 avril 2017 soumise dans l'affaire SA.37267 «Pratiques en matière de ruling fiscal» (mentionnée dans sa lettre du 19 janvier 2018), pages 3-6.

⁹⁶ Voir la lettre du Luxembourg du 19 janvier 2018, section 3.

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ Cela est confirmé par la formulation littérale de l'article 56 de la LIR: *«[...] un fonctionnaire supérieur de l'administration des contributions à désigner par le directeur de cette administration [...] peut fixer forfaitairement le résultat d'exploitation...»* (mise en évidence ajoutée par la Commission). À l'inverse, la nouvelle version de l'article 56 de la LIR impose clairement une obligation, pour l'administration fiscale, d'appliquer les ajustements dès que les conditions d'une transaction ne reflètent pas les conditions du marché: *«les bénéficiaires de ces entreprises seront déterminés aux conditions qui prévalent entre entreprises indépendantes»*.

⁹⁹ Voir l'affaire C-6/12 P, Oy, EU:C:2013:525, point 27.

- (84) Par ailleurs, les informations fournies par le Luxembourg ne semblent pas corroborer son interprétation selon laquelle l'ancien article 56 LIR autorisait à la fois les ajustements à la hausse et à la baisse. Au contraire, cette disposition ne semble s'appliquer qu'aux ajustements à la hausse. En réalité, la lettre de l'article 56 LIR se réfère à la réévaluation du bénéfice imposable d'une entreprise dans le cas d'un «transfert du résultat», c'est-à-dire une situation dans laquelle la base imposable luxembourgeoise de l'entreprise est **diminuée** en raison du transfert d'une partie de ses bénéfices vers une autre entité dans une autre juridiction.
- (85) D'après les informations relatives aux travaux parlementaires fournies par le Luxembourg, le fait que cette disposition ne soit pas d'application systématique et ne soit envisagée que dans le cas d'ajustements à la hausse semble être confirmé par le législateur luxembourgeois:
- "Comme les dispositions de l'article 61¹⁰⁰ ont un caractère facultatif, il va sans dire qu'elles ne seront appliquées qu'au cas où une diminution indue du bénéfice a eu vraisemblablement lieu. Leur application manquerait de sens dans l'hypothèse contraire (...). Il se peut aussi que des conventions régulières passées avec l'étranger présentent la situation de l'exploitation sous un autre jour que celui qui résulte d'une saine appréciation économique"¹⁰¹.*
- (86) De plus, l'ancien article 56 LIR correspond à un cas d'application particulier du concept d'apport caché¹⁰². Selon les explications du Luxembourg¹⁰³, un apport caché implique nécessairement un ajustement fiscal non seulement au niveau de l'entreprise bénéficiaire du service rendu contre une rémunération inférieure à une rémunération de marché (ajustement à la baisse) **mais également** au niveau de l'entreprise prestant le service (ajustement à la hausse). Le Luxembourg admet expressément qu'un double ajustement symétrique est nécessaire **afin d'éviter qu'une partie du bénéfice imposable ne soit pas imposé (double non-imposition)**¹⁰⁴. Il en résulte que c'est à la lumière de cet objectif que l'ancien article 56 LIR doit être interprété et appliqué. Cette interprétation doit

¹⁰⁰ L'article 61 du projet de loi I- 1955-0-0050 est en essence similaire à l'ancien article 56 LIR. Il ^{di}_s^{pose} que: "Sans égard au résultat accusé, un fonctionnaire supérieur de l'administration des contributions à désigner par le directeur de cette administration et ne pouvant avoir un rang inférieur à celui d'inspecteur de direction peut fixer forfaitairement le résultat d'exploitation, lorsqu'un transfert du résultat est rendu possible par le fait que l'exploitation entretient des relations économiques particulières, soit directes, soit indirectes, avec une personne qui, au Grand-Duché, n'est pas imposable à l'impôt sur le revenu des personnes physiques ou à l'impôt sur le revenu des collectivités ou qui n'y est imposable à l'un de ces impôts qu'en raison de ses revenus indigènes au sens de l'article 200." (https://www.chd.lu/wps/portal/public/Accueil/TravailALaChambre/Recherche/RechercheArchive.s?lqs_fmId=&lqs_dpId=571).

¹⁰¹ Voir documents parlementaires 571-4, article 61 du projet, pages 208-209, cités dans la lettre du Luxembourg du 19 janvier 2018 note de bas de page 2. Surlignement ajouté par la Commission.

¹⁰² Voir considérant (63).

¹⁰³ Voir la lettre du Luxembourg du 19 avril 2017 dans le cadre du cas SA.37267 "Pratiques en matière de ruling fiscal" (à laquelle il est fait référence dans la lettre du Luxembourg du 19 janvier 2018), pages 5 et 6.

¹⁰⁴ "L'ajustement [au niveau de la personne physique ou morale ayant procédé à l'apport caché] permet d'éviter une double non-imposition d'un point de vue fiscal luxembourgeois" (lettre du Luxembourg du 19 Avril 2017 dans le cadre du cas SA.37267 "Pratiques en matière de ruling fiscal" (à laquelle il est fait référence dans la lettre du Luxembourg du 19 janvier 2018), pages 5 et 6).

nécessairement également être applicable au nouvel article 56 LIR¹⁰⁵ qui, bien qu'il ne semble pas conférer un pouvoir discrétionnaire à l'administration, constitue également un cas d'application particulier de la notion d'apport caché, partageant ainsi le même objectif et la même logique que l'ancien article 56 LIR. Il s'en suit que même dans le cas où l'article 56 LIR (sous sa forme ancienne ou nouvelle) autoriserait (ou imposerait) un ajustement à la baisse, un tel ajustement devrait être effectué dans le but d'éviter la double non-imposition¹⁰⁶.

- (87) En tout état de cause, à ce stade, la Commission considère que l'ajustement à la baisse autorisé par les DFA en cause constitue une dérogation au système de référence, et ce même si un tel ajustement était autorisé (ou même requis) par l'article 56 LIR (que ce soit dans son ancienne ou sa nouvelle version) ou par toute autre disposition du droit fiscal luxembourgeois. En effet, même des dispositions de droit national peuvent être sélectives quand elles ne sont pas inhérentes au système de référence et contreviennent aux objectifs dudit système. Dans ce cas, l'application individuelle de telles dispositions en faveur d'une entreprise est également sélective.
- (88) Accepter l'argument du Luxembourg selon lequel un traitement fiscal particulier ne serait pas sélectif dans la mesure où il respecte les dispositions du droit national permettrait à un État membre de contourner aisément l'application aux mesures fiscales des règles de l'Union en matière d'aides d'État, en introduisant simplement l'exonération dans sa loi fiscale. Comme l'a déjà affirmé la Cour, cela est incompatible avec le principe bien établi selon lequel l'article 107 du traité définit une mesure comme une aide d'État au regard de ses effets, et donc indépendamment des techniques utilisées¹⁰⁷.
- (89) Comme souligné plus haut, l'objectif du système luxembourgeois d'imposition des sociétés est l'imposition des bénéfices effectivement réalisés par toutes les sociétés assujetties à l'impôt au Luxembourg. Pour atteindre cet objectif, le bénéfice imposable est déterminé sur la base du bénéfice commercial effectivement réalisé par les sociétés et enregistré dans leurs comptes annuels, tel qu'il résulte des revenus réalisés et des dépenses supportées en conséquence de leur activité sur le marché. Il s'agit du point de départ pour la détermination de la base imposable qui s'applique à toutes les entités juridiques en vertu du système luxembourgeois d'imposition des sociétés. En conséquence, un traitement fiscal qui permet à certaines sociétés de soustraire à l'imposition une part de leur bénéfice commercial doit en principe être considéré comme dérogatoire¹⁰⁸. La

¹⁰⁵ Cet article s'applique en théorie aux déductions d'intérêt fictif à compter du 1 janvier 2015.

¹⁰⁶ En ce qui concerne l'article 164(3) LIR, ce dernier dispose uniquement que toute distribution cachée de bénéfices doit être incluse dans la base imposable de l'entreprise (voir considérant (48)). Il ne concerne donc que les ajustements à la hausse.

¹⁰⁷ Affaires jointes C-106/09 P et C-107/09 P, Commission/Government of Gibraltar et Royaume-Uni, EU:C:2011:732, points 92 à 95. Pour l'appréciation des mesures au regard de leurs effets, voir aussi l'affaire British Aggregates/Commission, points 85 et 89, et la jurisprudence citée, et l'affaire C-279/08 P, Commission/Pays-Bas, EU:C:2011:551, point 51.

¹⁰⁸ A l'inverse, un ajustement à la hausse ne constitue pas nécessairement une dérogation au système de référence. En effet, bien qu'il constitue en réalité également une exception à la règle d'application générale en vertu de laquelle le bénéfice imposable est déterminé sur la base du bénéfice commercial enregistré dans les comptes annuels de la société, un tel ajustement n'a cependant pas pour effet de soustraire à l'imposition une part du bénéfice commercial mais d'assurer l'imposition d'une part du bénéfice qui aurait dû être enregistré dans les comptes annuels mais qui ne le fut pas à la suite d'une mauvaise application des règles en matière de prix

Commission estime à ce stade qu'il n'importe pas que cet effet soit obtenu par une application correcte ou incorrecte de l'ancien (ou du nouvel) article 56 de la LIR, puisque l'existence d'une aide d'État doit être appréciée au regard des effets de la mesure en cause.

- (90) De plus, un tel traitement fiscal semble placer Huhtalux dans une meilleure situation financière que les entreprises se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable au regard des objectifs du système. En effet, les déductions fictives permettent à Huhtalux de bénéficier d'un taux d'imposition effectif (à savoir le montant d'impôt payé en pourcentage du bénéfice réellement réalisé) qui est sensiblement plus faible que le taux d'imposition effectif applicable aux sociétés autonomes¹⁰⁹. Les sociétés autonomes sont factuellement et juridiquement comparables à des sociétés faisant partie d'un groupe, comme Huhtalux, au regard de l'objectif du système, qui est l'imposition des bénéfices réellement réalisés par les entreprises assujetties à l'impôt au Luxembourg, en prenant comme point de départ le bénéfice commercial enregistré dans leur comptabilité. En d'autres termes, les autres entreprises se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable à celle de Huhtalux ne semblent pas pouvoir bénéficier du traitement fiscal accordé sur la base des DFA en cause. En conséquence, le traitement fiscal accordé à Huhtalux est manifestement discriminatoire.
- (91) Pour conclure, la Commission estime, à titre préliminaire, que le traitement fiscal accordé sur la base des DFA en cause semble déroger au système de référence dans la mesure où ce traitement fiscal entraîne une amélioration de la situation financière de Huhtalux par rapport aux entreprises se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable au regard de l'objectif du système fiscal. En conséquence, ce traitement fiscal semble conférer un avantage a priori sélectif à Huhtalux et ce, qu'il soit autorisé ou non par l'ancien (ou le nouvel) article 56 de la LIR¹¹⁰.

6.2.4. *Justification par la nature et l'économie du système fiscal*

- (92) Selon une jurisprudence constante, une mesure portant exception à l'application du système fiscal général peut être justifiée par la nature et l'économie du système fiscal si l'État membre concerné peut démontrer que cette mesure résulte directement des principes fondateurs ou directeurs dudit système fiscal, ou de mécanismes inhérents au système fiscal lui-même qui sont nécessaires à son fonctionnement et à son efficacité¹¹¹.

de transfert. En conséquence, un ajustement à la hausse ne peut pas être considéré comme un «avantage» pour l'application des règles en matière d'aides d'état.

¹⁰⁹ En effet, dans le cas de sociétés autonomes, le taux d'imposition nominal est appliqué sur la totalité de leurs bénéfices commerciaux, tandis que pour Huhtalux, il ne s'applique que sur une faible proportion de ces bénéfices.

¹¹⁰ De plus, à ce stade, la Commission note que le traitement fiscal applicable à Huhtalux pourrait ne pas être conforme à la circulaire n°.56/1 – 56bis/1 du 27 décembre 2016. D'après cette circulaire, les sociétés exerçant une activité de financement purement intermédiaire devraient, contrairement à ce qui peut être observé dans le présent cas, recevoir une rémunération de pleine concurrence correspondant à un rendement minimal par rapport aux actifs financés de 2% après impôts et une déviation à ce rendement minimal ne peut être acceptée que dans des cas exceptionnels dûment justifiés par une analyse de prix de transfert.

¹¹¹ Affaires jointes C-78/08 à C-80/08, *Paint Graphos e.a.*, EU:C:2011:550, point 69.

- (93) En outre, selon la jurisprudence, pour que des avantages fiscaux puissent être justifiés par la nature ou l'économie générale du système fiscal, il faudrait veiller à ce qu'ils «soient conformes au principe de proportionnalité et n'excèdent pas les limites de ce qui est nécessaire, en ce sens que l'objectif légitime poursuivi ne pourrait pas être atteint par des mesures de moindre ampleur»¹¹².
- (94) Le Luxembourg affirme que l'objectif de l'ancien article 56 de la LIR, qui est présenté comme la base juridique permettant les déductions d'intérêt fictif, était, dans les cas où le contribuable entretient des relations contractuelles avec des entreprises non assujetties à l'impôt au Luxembourg, de faire coïncider ses revenus imposables avec ses revenus réels rattachables au territoire luxembourgeois¹¹³. Par cet argument, le Luxembourg semble faire référence au principe de pleine concurrence pour justifier la déduction fictive.
- (95) À ce stade, la Commission estime que la nécessité de n'imposer que les bénéficiaires de pleine concurrence et pas plus, même si les bénéficiaires réellement réalisés sont plus élevés, ne peut être considérée comme un objectif inhérent au système fiscal en tant que tel. L'application du principe de pleine concurrence est un simple outil utilisé spécifiquement pour atteindre d'autres objectifs, comme empêcher que des sociétés faisant partie d'un groupe soient traitées de manière plus favorable que des sociétés autonomes ou éviter la double imposition¹¹⁴.
- (96) À cet égard, la Commission estime, à titre préliminaire, que le traitement fiscal accordé par les DFA en cause n'est ni approprié ni nécessaire pour réaliser ces deux objectifs (prévention de la double imposition et garantie d'un traitement équitable par rapport aux sociétés autonomes) et ne peut donc pas être considéré comme proportionné.
- (97) En ce qui concerne le *caractère approprié* de la mesure, la Commission estime à ce stade que les déductions d'intérêt fictif autorisées par les DFA en cause ne constituent manifestement pas, en l'espèce, un moyen approprié pour atteindre l'objectif consistant à empêcher la discrimination à l'égard des sociétés autonomes. En effet, en l'espèce, loin d'assurer l'égalité de traitement, l'octroi de déductions d'intérêt fictif à Huhtalux favorise le résultat exactement inverse, c'est-à-dire l'octroi d'un avantage (une base imposable non imposée) qui n'est pas accessible aux autres entreprises. En effet, ni les sociétés autonomes ni les sociétés appartenant à un groupe procédant à des transactions dans des conditions de pleine concurrence n'ont la possibilité d'effectuer des ajustements à la baisse et de laisser ainsi une part de leur bénéfice commercial comptable non imposé. En d'autres termes, l'ajustement à la baisse unilatéral ne garantit pas, en l'espèce, une égalité de traitement entre les sociétés intégrées et les sociétés autonomes, mais permet plutôt un traitement plus favorable des sociétés intégrées.
- (98) La Commission n'estime par ailleurs pas à ce stade que les déductions d'intérêt fictif autorisées par les DFA en cause puissent être considérées comme un moyen approprié pour atteindre l'objectif consistant à éviter la double imposition. En réalité, il ne semble pas que ces déductions aient poursuivi cet objectif, étant donné qu'elles ont été accordées sans qu'il ne soit exigé que le profit

¹¹² Affaires jointes C-78/08 à C-80/08, *Paint Graphos e.a.*, EU:C:2011:550, point 75.

¹¹³ Lettre du Luxembourg du 19 janvier 2018.

¹¹⁴ Affaire C-217/03, *Belgique et Forum 187/Commission*, EU:C:2005:266, point 95; principes de l'OCDE, paragraphe 6.

correspondant ait été inclus dans la base d'imposition d'une autre société, ou effectivement imposé dans un autre pays¹¹⁵.

- (99) En ce qui concerne le critère de *nécessité*, la Commission estime à ce stade que les déductions d'intérêt fictif autorisées par les DFA en cause ne semblent pas nécessaires pour atteindre ni l'un ni l'autre de ces deux objectifs et, en conséquence, ne peuvent être considérées comme justifiées.
- (100) En réalité, en l'espèce, Huhtamäki a présenté plusieurs demandes de DFA expliquant, en premier lieu, que les PSI entre Huhtalux et Huhtamäki Ireland ne présentaient pas des caractéristiques de pleine concurrence, étant donné que cette dernière n'est pas rémunérée pour les PSI et, en second lieu, proposant une rémunération prétendument de pleine concurrence pour les PSI prenant la forme d'un intérêt fictif à des fins fiscales. C'est sur la base de ces demandes de DFA que l'administration fiscale luxembourgeoise a autorisé l'application des déductions fictives tenant compte de l'intérêt fictif pour les PSI proposé par Huhtamäki. La Commission fait observer que, dans ces circonstances, il aurait été suffisant pour Huhtalux de payer réellement cet intérêt à Huhtamäki Ireland pour être imposée au même niveau que des sociétés autonomes négociant dans des circonstances comparables dans des conditions de pleine concurrence, ou afin d'éviter une double imposition éventuelle. En réalité, le paiement de cet intérêt aurait été enregistré, à l'instar de tout autre coût, comme une charge déductible dans les comptes annuels, ce qui aurait entraîné une diminution du bénéfice imposable, et donc permis d'éviter toute double imposition ou toute discrimination à l'égard des sociétés autonomes. En conséquence, il apparaît que ces deux objectifs (à savoir éviter la double imposition et garantir l'égalité de traitement) auraient pu être atteints par le contribuable lui-même sans s'écarter du principe général selon lequel, au départ, les sociétés sont imposées sur la base du bénéfice commercial enregistré dans la comptabilité. En conséquence, la Commission ne voit pas, à ce stade, pourquoi un tel écart (les déductions fictives) est nécessaire dans une situation comme le cas d'espèce, où le contribuable fait le choix de ne pas effectuer des transactions dans des conditions de pleine concurrence. Il semble plutôt que l'intervention de l'État n'ait eu d'autre effet que de générer pour Huhtalux une base imposable non imposée au Luxembourg, ce qui constitue un avantage dont ne peuvent bénéficier les autres entreprises assujetties à l'impôt au Luxembourg effectuant leurs transactions sur le marché.

¹¹⁵ Voir les affaires jointes T-131/16 et T-263/16, Belgique / Commission, considérants 72-73, dans lesquelles le Tribunal a considéré qu'un ajustement unilatéral (en l'espèce, l'exonération des «bénéfices excédentaires») ne peut être considéré comme ayant poursuivi l'objectif d'éviter la double imposition, lorsque son application *«n'était pas soumise à la condition de prouver que ces bénéfices avaient été repris dans les bénéfices d'une autre société. Il n'était pas non plus requis de prouver que ces bénéfices excédentaires avaient effectivement fait l'objet d'une imposition dans un autre pays»*; ainsi, l'ajustement négatif s'effectuait *«sans qu'il soit vérifié si le bénéfice déduit de la base imposable de cette société, comme étant un bénéfice excédentaire, était effectivement repris dans le bénéfice d'une autre société»*.

- (101) Enfin, la Commission estime à ce stade que, même si une déviation du principe général de l'imposition sur la base du bénéfice commercial enregistré dans la comptabilité était considérée comme étant nécessaire pour atteindre l'objectif consistant à éviter la double imposition, d'autres mesures moins radicales pourraient également atteindre le même objectif.
- (102) Il est exact qu'un ajustement à la baisse des prix de transfert visant à éviter la double imposition peut être justifié par la nature et l'économie générale du système fiscal¹¹⁶. Toutefois, des mesures moins radicales consistant, par exemple, à autoriser un ajustement à la baisse à la condition que le contribuable fournisse la preuve qu'un ajustement à la hausse corrélatif a été – ou risquait d'être – effectué par l'administration fiscale en Irlande ou à exiger un ajustement corrélatif dans les comptes annuels de Huhtalux auraient également permis d'éviter toute double imposition.
- (103) Cela est cohérent avec l'article 9 du modèle de convention fiscale de l'OCDE, qui ne s'applique que s'il est établi que les mêmes bénéfices sont inclus dans la base imposable de deux entreprises distinctes établies sur des territoires fiscaux différents et ont été ou risquent d'être «imposés en conséquence» sur les deux territoires.
- (104) En conséquence, la Commission estime à ce stade que les déductions d'intérêt fictif ne semblent pas remédier aux situations de double imposition ou de discrimination à l'égard des sociétés autonomes d'une manière nécessaire et proportionnée.
- (105) En conséquence, la Commission estime, à ce stade, que l'avantage fiscal accordé à Huhtalux ne peut être justifié par la nature et la logique du système.

6.2.5. Conclusion relative à l'avantage sélectif

- (106) Compte tenu de l'ensemble des éléments qui précèdent, la Commission conclut, à titre provisoire, que l'avantage fiscal accordé à Huhtalux sur la base des DFA en cause est sélectif par nature, étant donné qu'il entraîne une diminution du bénéfice imposable de cette entité et donc de l'impôt sur les sociétés dont elle est redevable au Luxembourg.
- (107) La Commission fait cependant observer que Huhtalux fait partie d'un groupe de sociétés multinational, à savoir le groupe Huhtamäki. Plusieurs entités juridiques distinctes peuvent être considérées comme formant une seule unité économique aux fins de l'application des règles relatives aux aides d'État. Cette unité économique est alors considérée comme l'entreprise en cause, bénéficiaire de la mesure d'aide. Ainsi que la Cour de justice l'a précédemment déclaré, «*[l]a notion d'entreprise, placée dans un contexte de droit de la concurrence, doit être comprise comme désignant une unité économique [...] même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes, physiques*

¹¹⁶ Voir, par analogie, les affaires jointes C-78/08 à C-80/08, *Paint Graphos*, EU:C:2011:550, point 71, dans lesquelles la Cour mentionne la possibilité d'invoquer la nature ou l'économie générale du système fiscal national pour justifier le fait que des sociétés coopératives qui distribuent l'ensemble de leurs profits à leurs membres ne soient pas imposées au niveau de la coopérative, pour autant que l'impôt soit perçu au niveau de leurs membres.

ou morales»¹¹⁷. Pour déterminer si plusieurs entités forment une unité économique, la Cour de justice vérifie l'existence d'une participation de contrôle ou de liens fonctionnels, économiques et organiques¹¹⁸. En l'espèce, Huhtalux était contrôlée à 100 % par Huhtamäki Holding Oy au cours de la période considérée.

- (108) Pour conclure, les DFA en cause semblent procurer une aide au groupe Huhtamäki dans son ensemble.

6.3. Conclusion sur l'existence d'une aide

- (109) Pour l'ensemble des raisons qui précèdent, la Commission estime, à ce stade, que le traitement fiscal accordé sur la base des DFA en cause constitue une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du traité. En conséquence, en l'absence de toute notification conformément à l'article 108, paragraphe 3, du traité, la mesure est considérée, à ce stade, comme une aide illégale.

6.4. Compatibilité avec le marché intérieur

- (110) Une aide d'État est considérée comme compatible avec le marché intérieur si elle relève d'une des catégories énumérées à l'article 107, paragraphe 2, du traité¹¹⁹ et elle peut être considérée comme compatible avec le marché intérieur si la Commission considère qu'elle relève d'une des catégories énumérées à l'article 107, paragraphe 3, du traité¹²⁰. C'est à l'État membre qui octroie l'aide qu'il incombe d'apporter la preuve que ladite aide est compatible avec le marché intérieur en vertu de l'article 107, paragraphe 2 ou de l'article 107, paragraphe 3, du traité¹²¹.
- (111) À ce stade, la Commission n'a aucune indication que les aides accordées à Huhtalux et au groupe Huhtamäki dans son ensemble sur la base des DFA en cause pourraient être considérées comme compatibles avec le marché intérieur, et le Luxembourg n'a pas non plus avancé d'argument à cet égard. En particulier, la Commission estime que ce traitement fiscal semble entraîner une réduction des charges que devrait notamment supporter l'entreprise concernée dans l'exercice de son activité, et que l'exonération de ces charges devrait dès lors être considérée comme constituant une aide au fonctionnement. Selon la pratique de la Commission, les aides de ce type ne sauraient normalement être considérées comme compatibles avec le marché intérieur, du fait qu'elles ne favorisent pas le

¹¹⁷ Affaire C-170/83, Hydrotherm, EU:C:1984:271, point 11. Voir également l'affaire T-137/02, Pollmeier Malchow/Commission, EU:T:2004:304, point 50.

¹¹⁸ Affaire C-480/09 P, Acea Electrabel Produzione SpA/Commission, EU:C:2010:787, points 47 à 55. Affaire C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze SpA e.a., EU:C:2006:8, point 112.

¹¹⁹ Les dérogations prévues à l'article 107, paragraphe 2, du traité concernent: a) les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels; b) les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires; et c) les aides octroyées à l'économie de certaines régions de la République fédérale d'Allemagne.

¹²⁰ Les dérogations prévues à l'article 107, paragraphe 3, du traité concernent: a) les aides destinées à favoriser le développement économique de certaines régions; b) les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre; c) les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques; d) les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine; et e) les autres catégories d'aides déterminées par décision du Conseil.

¹²¹ Affaire T-68/03, Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE/Commission, EU:T:2007:253, point 34.

développement de certaines activités ou de certaines régions économiques et du fait que les incitations correspondantes ne sont pas limitées dans le temps, ne se réduisent pas progressivement et ne sont pas proportionnées à ce qui est nécessaire pour remédier à un désavantage économique spécifique dans les régions en question¹²².

7. CONCLUSION

À la lumière de ce qui précède, la Commission estime, à titre préliminaire, que le traitement fiscal accordé à Huhtalux entre 2009 et la date de la présente décision sur la base des DFA émises par l'administration fiscale luxembourgeoise le 11 novembre 2009, le 16 février 2012 et le 9 octobre 2013 constitue une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du traité, laquelle a été accordée à Huhtalux et au groupe Huhtamäki dans son ensemble. Cette aide est accordée chaque année lorsque Huhtalux utilise ces DFA pour calculer l'impôt annuel sur les sociétés dont elle est redevable au Luxembourg. La Commission exprime des doutes quant à la compatibilité de cette aide avec le marché intérieur. Elle a donc décidé d'ouvrir la procédure prévue à l'article 108, paragraphe 2, du traité à l'égard de ces accords.

La Commission demande au Luxembourg de présenter ses observations sur la présente décision et de fournir toutes les informations qui pourraient contribuer à l'examen du traitement fiscal accordé sur la base des DFA en cause dans un délai d'un mois à compter de la date de réception de la présente lettre. En particulier, la Commission souhaite obtenir les informations énumérées à l'annexe de la présente décision.

La Commission enjoint au Luxembourg de transmettre immédiatement une copie de la présente lettre au bénéficiaire potentiel de l'aide qu'elle concerne.

La Commission rappelle au Luxembourg l'effet suspensif de l'article 108, paragraphe 3, du traité, et attire son attention sur l'article 16 du règlement (UE) 2015/1589 du Conseil¹²³, qui prévoit que toute aide illégale pourra faire l'objet d'une récupération auprès de son bénéficiaire.

La Commission avertit le Luxembourg qu'elle informera les parties intéressées en publiant la présente lettre ainsi qu'un résumé de celle-ci au *Journal officiel de l'Union européenne*. Elle informera également les parties intéressées des pays de l'AELE signataires de l'accord EEE par la publication d'une communication dans le supplément EEE du *Journal officiel de l'Union européenne*, ainsi que l'Autorité de surveillance de l'AELE, par l'envoi d'une copie de la présente lettre. Toutes les parties intéressées susmentionnées seront invitées à présenter leurs observations dans un délai d'un mois à compter de la date de cette publication.

¹²² Décision du 21 octobre 2015 dans l'affaire SA.38375, Luxembourg – aide présumée en faveur de FFT, JO L 351 du 22.12.2016, p. 1, faisant l'objet d'un recours, considérants 347 et seq. Voir également l'arrêt du 16 octobre 2014 dans l'affaire T-308/11, Eurallumina/Commission, EU:T:2014:894, points 85 et 86.

¹²³ JO L 248 du 31.7.2015, p. 9.

Si la présente lettre contient des informations confidentielles ne devant pas être publiées, veuillez en informer la Commission dans un délai de quinze jours ouvrables à compter de sa date de réception. Si la Commission ne reçoit pas de demande motivée à cet effet dans le délai prescrit, elle considérera que vous acceptez la publication du texte intégral de la présente lettre. Cette demande, dans laquelle seront précisés les éléments concernés, devra être envoyée par lettre recommandée ou par télécopie à l'adresse suivante:

Commission européenne
Direction générale de la concurrence
Greffe des aides d'État
1049 Bruxelles
Belgique
Stateaidgreffe@ec.europa.eu

Veuillez agréer, Monsieur, l'expression
de notre haute considération.
Par la Commission

Margrethe VESTAGER
Membre de la Commission

AMPLIATION CERTIFIÉE CONFORME
Pour le Secrétaire général,

Jordi AYET PUIGARNAU
Directeur du Greffe
COMMISSION EUROPÉENNE

ANNEX

1. Veuillez fournir les déclarations fiscales de Huhtalux Supra S.à r.l. et Huhtalux S.à r.l. pour l'année 2017.
2. Veuillez confirmer, que, comme expliqué dans votre lettre du 19 janvier 2018, la DFA de 2013 est toujours en vigueur. Veuillez expliquer en quoi cela serait compatible avec la circulaire n°. 56/1 – 56bis/1 du 27 décembre 2016 et en particulier son point 33 selon lequel toute DFA accordée avant le 1^{er} janvier 2017 concernant le principe de pleine concurrence sur la base de l'article 56bis ne lie plus l'administration fiscale luxembourgeoise après cette date.
3. Si la DFA de 2013 n'est plus en vigueur, veuillez expliquer le traitement fiscal désormais applicable à Huhtalux S.à r.l. à partir de l'exercice fiscal 2017 et veuillez fournir toute documentation appropriée sur ce point.
4. Veuillez expliquer la compatibilité du traitement fiscal applicable à Huhtalux S.à r.l. à partir de l'exercice fiscal 2017 avec la circulaire n°56/1 – 56bis/1 du 27 décembre 2016.