

V

(Ogłoszenia)

POSTĘPOWANIA ZWIĄZANE Z REALIZACJĄ POLITYKI KONKURENCJI

KOMISJA EUROPEJSKA

POMOC PAŃSTWA – LUKSEMBURG

Pomoc państwa SA. 44888 (2016/NN) (ex 2016/EO) – Luksemburg

Domniemana pomoc państwa na rzecz GDF Suez

Zaproszenie do zgłaszania uwag zgodnie z art. 108 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej

(Tekst mający znaczenie dla EOG)

(2017/C 036/03)

Pismem z dnia 19 września 2016 r., zamieszczonym w autentycznej wersji językowej na stronach następujących po niniejszym streszczeniu, Komisja powiadomiła Luksemburg o swojej decyzji w sprawie wszczęcia postępowania określonego w art. 108 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej dotyczącego wyżej wspomnianego środka pomocy.

Zainteresowane strony mogą zgłaszać uwagi na temat środka pomocy, w odniesieniu do którego Komisja wszczyna postępowanie, w ciągu jednego miesiąca od daty publikacji niniejszego streszczenia i następującego po nim pisma na następujący adres lub numer faksu:

European Commission
Directorate-General for Competition
State Aid Registry
1049 Brussels
Belgium
Faks + 32 22961242
E-mail: stateaidgreffe@ec.europa.eu

Otrzymane uwagi zostaną przekazane władzom luksemburskim. Zainteresowane strony zgłaszające uwagi mogą wystąpić z odpowiednio uzasadnionym pisemnym wnioskiem o objęcie ich tożsamości klauzulą poufności.

1. PROCEDURA

W dniu 19 czerwca 2013 r. Komisja wysłała do władz luksemburskich pismo, wzywając je do udzielenia informacji na temat wydawania interpretacji indywidualnych prawa podatkowego. Pismem z dnia 23 marca 2015 r. Komisja wysłała do władz luksemburskich dodatkowe wezwanie do udzielenia informacji dotyczących między innymi przedsiębiorstwa GDF Suez (obecnie Engie). W 2016 r. zwrócono się o dodatkowe informacje i zostały one przekazane.

2. OPIS ŚRODKÓW, W ODNIESIENIU DO KTÓRYCH KOMISJA WSZCZYNA POSTĘPOWANIE

Przedmiotowe postępowanie dotyczy dwóch interpretacji indywidualnych prawa podatkowego na rzecz grupy GDF Suez, wydanych w 2008 i w 2010 r. Interpretacja z 2010 r. dotyczy mającej siedzibę w Luksemburgu spółki finansowej grupy GDF Suez („kredytobiorca”), której spółka holdingowa przekazuje aktywa i zobowiązania. Trzecia spółka („kredytodawca”, także będąca własnością spółki holdingowej) udziela kredytobiorcy nieoprocentowanej pożyczki zamiennej zwanej

„ZORA”. Interpretacja z 2008 r. dotyczy podobnej struktury zastosowanej wobec luksemburskiego przedsiębiorstwa prowadzącego działalność w dziedzinie skroplonego gazu ziemnego (kredytobiorca), któremu kredytodawca również udziela pożyczki ZORA.

ZORA jest nieoprocentowaną pożyczką zamienną. Przy konwersji przedsiębiorstwa udzielające kredytu stają się udziałowcami przedsiębiorstw otrzymujących kredyt. Przedsiębiorstwa udzielające kredytu zgadzają się na natychmiastowe przeniesienie udziałów na spółki holdingowe.

Po pierwsze w interpretacjach potwierdzono, że przedsiębiorstwa otrzymujące kredyt podlegają opodatkowaniu w oparciu o stałą marżę określoną we wnioskach o wydanie interpretacji. Po drugie interpretacje te potwierdzają, że różnica między zyskami generowanymi przez przedsiębiorstwa otrzymujące kredyt a stałą marżą może zostać odliczona przez te przedsiębiorstwa od podstawy opodatkowania. Po trzecie interpretacje potwierdzają, że – zgodnie z przepisami luksemburskiej ustawy o podatku dochodowym, która umożliwia neutralność podatkową zysków powstałych w wyniku zamiany długu na kapitał – takie odliczone kwoty, które zostaną uwzględnione w wartości udziałów przy konwersji pożyczki ZORA, nie są opodatkowane jako dochód przedsiębiorstw udzielających kredytu. Jednak, w związku z tym że przedsiębiorstwa udzielające kredytu natychmiast dokonują przeniesienia udziałów na spółki holdingowe, te spółki holdingowe otrzymują udziały wraz z wszelkimi uzyskanymi – i niepodlegającymi opodatkowaniu – zyskami, jako że wszelkie zyski kapitałowe wynikające z tych udziałów objęte będą zwolnieniem kapitałowym na mocy luksemburskiego prawa podatkowego.

3. OCENA ŚRODKÓW POMOCY

Komisja uważa, że obie interpretacje indywidualne prawa podatkowego mogą zapewniać selektywną korzyść spółkom należącym do GDF Suez w stosunku do podmiotów gospodarczych znajdujących się w podobnej sytuacji pod względem faktycznym i prawnym. Zgodnie z pkt 174 lit. a) zawiadomienia w sprawie pojęcia pomocy państwa⁽¹⁾ decyzja organu podatkowego, która stanowi błędne zastosowanie krajowych przepisów podatkowych, co prowadzi do niższej kwoty podatku, przynosi selektywną korzyść przedsiębiorstwu, do którego jest skierowana.

Po pierwsze Komisja ma wątpliwości co do tego, czy, zezwalając na odliczenie podatku przedsiębiorstwom otrzymującym kredyt, luksemburska administracja podatkowa w prawidłowy sposób zastosowała krajowe przepisy podatkowe, jako że ZORA wydaje się raczej instrumentem kapitałowym a nie dłużnym. Po drugie Komisja ma wątpliwości, czy, zezwalając również na nieopodatkowanie przez przedsiębiorstwa udzielające kredytu lub spółki holdingowe odliczonych kwot jako dochodu, luksemburska administracja podatkowa działała w sposób spójny. Połączony efekt opisanych odliczeń i nieopodatkowania odnośnego dochodu nie wydaje się być zgodny z celem luksemburskiego systemu podatkowego, jakim jest opodatkowanie dochodów wszystkich przedsiębiorstw. W związku z tym, ponieważ w wyniku interpretacji doszło do nieopodatkowania części dochodów generowanych w Luksemburgu przez GDF Suez, na pierwszy rzut oka interpretacje te zapewniają selektywną korzyść przedsiębiorstwom wymienionym powyżej.

Na obecnym etapie Komisja nie widzi uzasadnienia dla stosowania takich odstępstw od systemu i w związku z tym ma wątpliwości, czy interpretacje indywidualne prawa podatkowego i ich realizacja w rocznych deklaracjach podatkowych nie stanowią pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE na rzecz GDF Suez. Komisja nie widzi ponadto podstaw dla stwierdzenia zgodności takich ewentualnych środków z rynkiem wewnętrznym.

⁽¹⁾ Zob. zawiadomienie Komisji w sprawie pojęcia pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. C 262 z 19.7.2016, s. 1, pkt 174).

TEKST PISMA

Par la présente, la Commission a l'honneur d'informer le Luxembourg qu'après avoir examiné les informations transmises par vos autorités sur la mesure citée 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 «TFUE»).

1. PROCÉDURE

- (1) Par lettre du 19 juin 2013, la Commission a envoyé une demande de renseignements au Grand-Duché du Luxembourg afin d'obtenir des informations détaillées concernant ses pratiques en matière de ruling fiscal (ci-après les «décisions fiscales anticipatives»). Elle demandait notamment qu'une liste des décisions fiscales anticipatives émises en 2010, 2011 et 2012 lui soit fournie ⁽¹⁾.
- (2) Par lettre du 17 juillet 2013, le Luxembourg a répondu à cette lettre en termes génériques et a fourni une partie des informations demandées.
- (3) Afin de répondre à la demande de renseignements de la Commission datée du 19 juin 2013, le Luxembourg a fourni une liste des bénéficiaires des décisions fiscales anticipatives le 22 décembre 2014. Ce document répertorie les décisions fiscales anticipatives émises par l'Administration des contributions directes du Luxembourg (ci-après l'«administration fiscale») au cours des années 2010 à 2012.
- (4) Par lettre du 23 mars 2015, la Commission a envoyé une demande de renseignements complémentaires au Luxembourg ⁽²⁾. La Commission a notamment demandé au Luxembourg de lui fournir des informations concernant certaines sociétés, notamment le groupe GDF Suez. Les informations demandées incluaient, entre autres, toute décision fiscale anticipative accordée à toute entité juridique de ce groupe depuis 2004 jusqu'à la date de la lettre, toute décision fiscale anticipative adressée à ce groupe ou à toute entité juridique de ce groupe qui était en vigueur à la date de la lettre ou qui avait été en vigueur à un moment donné au cours des 10 années précédentes ainsi que tous les bilans et comptes annuels de ce groupe et des entités juridiques de ce groupe pour 2011, 2012 et 2013 et une copie des autres attestations de paiement des impôts.
- (5) Le 25 juin 2015, le Luxembourg a répondu à cette demande en présentant des informations détaillées concernant les décisions fiscales anticipatives émises par l'administration fiscale luxembourgeoise en faveur de plusieurs sociétés du groupe GDF Suez, dont GDF Suez Treasury Management S.à.r.l. (ci-après «GSTM») et LNG Supply S.A. (ci-après «LNG Supply»). En particulier, le Luxembourg a fourni deux demandes de décisions fiscales anticipatives et les approbations respectives qui concernaient deux instruments de financement intra-groupe presque identiques — les emprunts obligatoirement convertibles sans intérêt dénommés «ZORA» ⁽³⁾ dans les décisions fiscales anticipatives — émis par les deux sociétés (ci-après le «ZORA pour GSTM» et le «ZORA pour LNG», respectivement; désignés collectivement les «ZORA»).
- (6) Par lettre du 1^{er} avril 2016, la Commission a indiqué que, sur la base des informations fournies par le Luxembourg, elle ne pouvait pas exclure que les décisions fiscales anticipatives émises en faveur de ces sociétés du groupe GDF Suez concernant les ZORA constituaient une aide d'État incompatible avec le marché intérieur et elle a demandé au Luxembourg d'indiquer les raisons pour lesquelles ces mesures ne seraient pas sélectives ou en quoi elles pourraient être justifiées. Dans cette même lettre, la Commission a demandé au Luxembourg de fournir des informations concernant les sociétés liées aux ZORA, notamment i) les comptes financiers des sociétés du groupe concernées, ii) les «accords préalables en matière de prix de transfert [du conseiller fiscal] (*) du 11 juillet 2012 et du 1^{er} novembre 2013» ⁽⁴⁾, et iii) une «APA Letter» bien précise ⁽⁵⁾ ainsi qu'un «transfer pricing report» tous deux mentionnés dans les demandes de décisions fiscales anticipatives du 15 juin 2012.
- (7) Par lettre du 3 mai 2016, la Commission a rappelé au Luxembourg de fournir les informations visées au considérant (6).

⁽¹⁾ Cette lettre a été envoyée sous la référence HT.4020 — Pratiques en matière de ruling fiscal.

⁽²⁾ Cette lettre a été envoyée sous la référence SA.37.267 (2013/CP) — Pratiques en matière de ruling fiscal.

⁽³⁾ Bien que la signification précise de l'acronyme ZORA ne soit pas précisée dans le dossier, la Commission suppose qu'il correspond à «Zero-intérêts Obligation Remboursable en Actions».

(*) Des informations ont été supprimées afin de ne pas dévoiler informations couvertes par le secret professionnel. Les omissions sont indiquées par [...].

⁽⁴⁾ Mentionnés à l'annexe 3 de la Déclaration pour l'impôt sur le revenu des collectivités et pour l'impôt commercial communal de l'année 2012 de GDF SUEZ Treasury Management S.à.r.l. [«accords préalables en matière de prix de transfert [du conseiller fiscal] du 11 juillet 2012 et du 11 novembre 2013 (les APAs)»].

⁽⁵⁾ «APA» signifie «Advance Pricing Agreement» (accord préalable en matière de prix).

- (8) Le 23 mai 2016, le Luxembourg a répondu à la demande de renseignements de la Commission datée du 1^{er} avril 2016 et fourni les comptes financiers demandés. Dans sa réponse, le Luxembourg a indiqué que les lettres du 11 juillet 2012 et du 11 novembre 2013⁽⁶⁾ n'étaient pas des accords préalables en matière de prix mais des demandes de décisions fiscales anticipatives⁽⁷⁾, qui n'ont toutefois pas été approuvées par l'administration fiscale luxembourgeoise. Le Luxembourg a également indiqué que ce que la Commission appelait l'«APA Letter» et le «transfer pricing report» faisaient partie des demandes de décisions fiscales anticipatives du 11 juillet 2012 et du 11 novembre 2013. Le Luxembourg n'a pas fourni l'«APA Letter» et le «transfer pricing report» à la Commission.

2. CONTEXTE FACTUEL ET JURIDIQUE

- (9) La présente décision concerne deux séries de décisions fiscales anticipatives émises par l'administration fiscale luxembourgeoise en faveur de sociétés du groupe GDF Suez.
- (10) Le 9 février 2010, l'administration fiscale luxembourgeoise a émis une décision fiscale anticipative en faveur de la société GSTM du groupe GDF Suez concernant le traitement fiscal du ZORA pour GSTM (ci-après la «décision fiscale anticipative ZORA GSTM»). Cette décision fiscale anticipative a été modifiée en partie par une décision émise le 15 juin 2012 concernant une augmentation du montant à émettre au titre du ZORA pour GSTM.
- (11) Le 9 septembre 2008, l'administration fiscale luxembourgeoise a émis une décision fiscale anticipative en faveur de la société LNG du groupe GDF Suez concernant le traitement fiscal du ZORA pour LNG (ci-après la «décision fiscale anticipative ZORA LNG»). Des demandes supplémentaires de décisions anticipatives concernant le ZORA pour LNG ont été présentées les 30 septembre 2008, 3 mars 2009, 9 mars 2012 et 20 septembre 2013⁽⁸⁾. Le but de la dernière demande, qui a été acceptée par l'administration fiscale luxembourgeoise par lettre du 13 mars 2014, était de clarifier le traitement fiscal d'une conversion partielle du ZORA pour LNG (ci-après la «demande de décision fiscale anticipative concernant la conversion partielle»).
- (12) La décision fiscale anticipative ZORA GSTM et la décision fiscale anticipative ZORA LNG sont collectivement dénommées les «décisions fiscales anticipatives en cause» dans la présente décision.

2.1. Bénéficiaire des décisions fiscales anticipatives en cause: le groupe GDF Suez

- (13) Le groupe GDF Suez est le résultat de la fusion, en 2008, de GDF et du groupe français Suez (anciennement, Lyonnaise des Eaux). GDF a été créée en 1946 par la nationalisation par la France des actifs de compagnies privées de gaz et d'électricité⁽⁹⁾. Le siège du groupe GDF Suez est installé en France. En 2015, le groupe a été rebaptisé Engie⁽¹⁰⁾. Engie est le principal actionnaire du groupe belge Electrabel, avec plus de 95 % du capital social⁽¹¹⁾. Engie est cotée en bourse à Paris, à Bruxelles et à Luxembourg⁽¹²⁾.
- (14) Le groupe GDF Suez est présent dans quatre grands secteurs: production indépendante d'électricité, gaz naturel liquéfié, énergies renouvelables et services d'efficacité énergétique. Il est principalement actif dans la production et la fourniture d'électricité⁽¹³⁾ et le trading d'énergie, l'exploration, la production, la fourniture, le transport et la distribution de gaz naturel, les services d'efficacité énergétique et les infrastructures énergétiques. Il assure également la mission de service public qui lui est confiée en vertu de la législation et de la réglementation française⁽¹⁴⁾.

⁽⁶⁾ Le Luxembourg a précisé que la date correcte était le 11 novembre et non le 1^{er} novembre.

⁽⁷⁾ Le Luxembourg a également précisé que la lettre du 11 novembre 2013 remplaçait celle du 11 juillet 2012.

⁽⁸⁾ La demande de décision fiscale anticipative du 30 septembre 2008, approuvée par une confirmation de l'administration fiscale luxembourgeoise du même jour, concerne le transfert de LNG Trading vers les Pays-Bas. La demande de décision fiscale anticipative du 3 mars 2009, approuvée par une confirmation de l'administration fiscale luxembourgeoise datant du même jour, concerne certains changements dans la mise en œuvre de la structure du ZORA pour LNG (voir la note de bas de page 64 ci-dessous). La demande de décision fiscale anticipative du 9 mars 2012, approuvée par une lettre de l'administration fiscale luxembourgeoise datant du même jour, concerne une clarification du calcul de la marge décrit dans la demande de décision fiscale anticipative ZORA LNG de 2008 (voir la note de bas de page 66).

⁽⁹⁾ Voir le site web d'ENGIE (<http://www.engie.com/groupe/histoire-groupe-engie/>).

⁽¹⁰⁾ Voir le site web d'ENGIE (<http://www.engie.com/groupe/histoire-groupe-engie/>). Bien que le groupe s'appelle désormais Engie, afin de garantir la cohérence avec les décisions fiscales anticipatives décrites plus haut, la décision fera référence au groupe GDF Suez.

⁽¹¹⁾ Voir les sites web d'ENGIE (<http://www.engie.com/groupe/histoire-groupe-engie/>) et d'Electrabel (<https://www.electrabel.com/en/corporate/company/history>).

⁽¹²⁾ Voir le site web d'ENGIE (<http://www.engie.com/journalistes/communiqués-de-presse/gdf-suez-devient-engie/>).

⁽¹³⁾ En 2014, le groupe exploitait près de 650 centrales à travers le monde (ENGIE, Chiffres clés, http://library.engie.com/uid_3b0d9abd-abf7-404d-913f-0c30f10eb8d0/beevirtua/beevirtua.html#app=3d20&9557-source=xmlConfs/init.xml&adf3-lang=fr&ccb3-pageId=0).

⁽¹⁴⁾ Document de référence 2014 de GDF SUEZ, page 378.

- (15) Le groupe GDF Suez emploie actuellement 152 900 personnes dans le monde. En 2014, son chiffre d'affaires s'est élevé à 74,7 milliards d'euros⁽¹⁵⁾. Sur l'ensemble du chiffre d'affaires réalisé par le groupe, 58,7 milliards d'euros provenaient d'Europe, 5,4 milliards d'Asie, 4,3 milliards d'Amérique latine, 3,8 milliards d'Amérique du nord et 2,4 milliards du reste du monde⁽¹⁶⁾. En 2014, 33 % de l'excédent brut d'exploitation (EBE) du groupe a été généré en France, 7 % en Belgique, 5 % au Pays-Bas, 3 % en Allemagne, 3 % au Royaume-Uni, 2 % en Italie, 16 % dans les autres pays européens, 12 % en Amérique latine, 8 % en Amérique du nord et 11 % dans le reste du monde. Par branche d'activité, 16 % de l'EBE du groupe est produit par la division Énergie Europe du groupe, 30 % par Énergie International, 26 % par Infrastructures, 18 % par Global Gaz & GNL et 9 % par Énergie Services⁽¹⁷⁾.
- (16) GSTM exerce des activités de gestion de trésorerie et de financement pour le groupe GDF Suez à partir du Luxembourg. Ces activités étaient exercées à l'origine par deux branches de GDF Suez opérant au Luxembourg: Electrabel Finance and Treasury Management Services (ci-après «EFTM») et Tractebel Cash Management Services (ci-après «TCMS») (18). D'après la demande de décision fiscale anticipative du 15 juin 2012 «en général, GSTM accorde des prêts en diverses devises (généralement EUR et USD) aux sociétés liées et exerce une activité de centralisation de trésorerie. Elle ne sera donc pas uniquement financée par le ZORA mais également par des emprunts auprès du groupe ou de tiers. L'activité de centralisation de trésorerie de GSTM varie entre [2-7] et [7-12] milliards d'euros» (19). Selon la même demande de décision fiscale anticipative, GSTM disposait alors d'un effectif de [0-8] équivalents temps plein.
- (17) LNG Supply exerce des activités d'achat, de vente et de trading de gaz naturel liquéfié (GNL), de gaz et de produits dérivés du gaz, et a passé un nombre important de contrats avec des entreprises énergétiques internationales (20).

2.2. Les décisions fiscales anticipatives en cause

2.2.1. La décision fiscale anticipative ZORA GSTM

2.2.1.1. Description générale de la décision fiscale anticipative ZORA GSTM

- (18) La décision fiscale anticipative ZORA GSTM est fondée sur une demande de décision fiscale anticipative du 9 février 2010 (ci-après la «demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010») présentée par les conseillers fiscaux de GDF Suez, [...] (ci-après, le «conseiller fiscal»). La demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010 fait suite à un transfert d'actifs et de passifs entre GSTM et la Compagnie Européenne de Financement C.E.F. S. A. (ci-après la «CEF») (21), une société qui appartient au groupe GDF Suez et qui possède 100 % de GSTM. Dans le cadre de ce transfert, un instrument de financement a été émis par GSTM sous la forme d'un emprunt obligatoirement convertible sans intérêt (le ZORA pour GSTM) en faveur d'une société tierce du groupe GDF Suez, Electrabel Invest Luxembourg SA (ci-après «EIL»), société luxembourgeoise également détenue par la CEF.
- (19) Cette demande consiste en une description des faits, une analyse fiscale et une situation fiscale sur le ZORA pour GSTM, que l'administration fiscale luxembourgeoise a été invitée à confirmer.

⁽¹⁵⁾ ENGIE, Chiffres clés (<http://www.engie.com/investisseurs/chiffres-cles/>).

⁽¹⁶⁾ ENGIE, Chiffres clés, (http://library.engie.com/uid_3b0d9abd-abf7-404d-913f-0c30f10eb8d0/beevirtua/beevirtua.html#app=3d20&9557-source=xmlConfs/init.xml&adf3-lang=fr&ccb3-pageId=0).

⁽¹⁷⁾ ENGIE, Chiffres clés (<http://www.engie.com/investisseurs/chiffres-cles/>).

⁽¹⁸⁾ Afin de centraliser l'activité de financement et de trésorerie du groupe Tractebel, plusieurs sociétés belges du groupe ont créé en 1999 une association en participation («AP») au Luxembourg. À l'origine, TCMS a été créée pour gérer l'activité de l'AP. Plus tard, TCMS a été divisée en une branche financière pour le groupe Tractebel (opérant sous le même nom) et une branche financière pour la partie du groupe contrôlée par Electrabel S.A., EFTM (voir la demande de décision fiscale anticipative du 30 novembre 1999). TCMS et EFTM exerçaient leurs activités en tant que départements luxembourgeois Trésorerie des sociétés belges Tractebel S.A. et Electrabel S.A. respectivement, et exerçaient également des activités de financement intra-groupe (voir la demande de décision fiscale anticipative du 4 avril 2005).

⁽¹⁹⁾ Voir la demande de décision fiscale anticipative du 15 juin 2012, page 2.

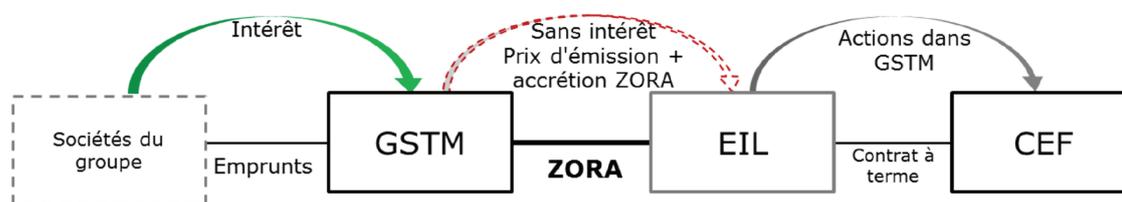
⁽²⁰⁾ D'après la demande de décision fiscale anticipative du 9 septembre 2008, les principaux actifs de LNG Trading à l'époque étaient les suivantes: un accord de capacité pour le terminal de GNL et un accord swap concernant ce terminal ainsi que plusieurs accords de capacité.

⁽²¹⁾ Rebaptisée ultérieurement GDF SUEZ Invest International SA.

- (20) D'après la demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, la CEF transférera ses actifs et passifs à GSTM contre un billet à ordre de GSTM ⁽²²⁾. La CEF vendra le billet à ordre à EIL, qui le restituera à GSTM en échange du ZORA ⁽²³⁾. Le billet à ordre sera ainsi annulé.
- (21) Le ZORA pour GSTM, en tant qu'emprunt obligatoirement convertible sans intérêt, confèrera les actions GSTM à son bénéficiaire, EIL, au moment de la conversion. En échange du billet à ordre, EIL et la CEF concluront un contrat de vente à terme prépayé (ci-après le «contrat à terme») selon lequel EIL acceptera de transférer à la CEF les actions que GSTM émettra en faveur d'EIL lors de la conversion obligatoire du ZORA (ci-après les «actions GSTM»).
- (22) La figure 1 ci-dessous résume les transactions décrites dans la demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010. GSTM reçoit des actifs et passifs de la CEF et l'annulation du billet à ordre. En retour, GSTM émet le ZORA en faveur d'EIL. Lors de la conversion du ZORA, EIL recevra les actions GSTM, qu'elle transférera à la CEF en vertu du contrat à terme.

Figure 1

Illustration de la structure élaborée dans la décision fiscale anticipative ZORA GSTM



- (23) La demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010 concerne le traitement fiscal de ZORA. La demande de décision fiscale anticipative vise à obtenir la confirmation que:
- (i) GSTM sera imposée sur la base d'une marge fixe déterminée dans la demande de décision fiscale anticipative;
 - (ii) la différence entre les bénéfices générés par GSTM et la marge fixe peut être déduite du bénéfice imposable de GSTM comme dépense liée au ZORA, avec pour conséquence que GSTM ne sera imposée que sur cette marge fixe; et
 - (iii) les dépenses liées au ZORA, qui seront incluses dans la valeur des actions lors de la conversion du ZORA, ne seront pas imposées comme bénéfice au niveau d'EIL, en application de l'article 22bis de la loi luxembourgeoise concernant l'impôt sur le revenu (*loi modifiée du 4.12.1967 concernant l'impôt sur le revenu*, ci-après la «LIR»), qui permet la neutralisation fiscale des bénéfices produits par la conversion d'un emprunt en actions.
- (24) Du fait qu'EIL transférera immédiatement les actions GSTM à la CEF, cette dernière recevra les actions ainsi que tous les bénéfices accumulés (tels que représentés dans la valeur accrue de ces actions), exonérés d'impôts, car les plus-values produites par ces actions seront couvertes par l'exonération des participations prévue par la législation fiscale luxembourgeoise ⁽²⁴⁾.
- (25) Par lettre datée du 9 février 2010 (date de la demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010), l'administration fiscale luxembourgeoise a confirmé par la décision fiscale anticipative ZORA GSTM que le contenu de la demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010 était conforme au droit fiscal luxembourgeois.
- (26) Une autre demande de décision fiscale anticipative datée du 15 juin 2012 (ci-après la «demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2012») contient une situation fiscale sur le même ZORA qui est presque identique à celle de la demande de décision fiscale anticipative du 9 février 2010, à la seule différence que le montant à émettre au titre du ZORA pour GSTM est plus élevé. Par lettre de la même date, l'administration fiscale luxembourgeoise a confirmé que le contenu de cette demande était conforme au droit fiscal luxembourgeois.

⁽²²⁾ La demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010 n'explique pas la nécessité d'un billet à ordre et n'indique pas non plus expressément son montant. D'après la note de bas de page 1 de la demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010 «nous avons volontairement omis de mentionner certaines étapes préliminaires du fait que, pour le moment, elles ne sont pas clairement définies. Ces étapes incluent la fermeture d'EFTM et de TCMS».

⁽²³⁾ D'après la demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, «GSTM émettra un emprunt obligatoirement convertible sans intérêt ("ZORA") en faveur d'EIL d'un montant équivalent» à celui du billet à ordre mentionné. La demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010 explique qu'EIL paie le ZORA par voie de compensation» avec le billet à ordre mentionné ci-dessus. Voir la demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, section I, paragraphe 3.

⁽²⁴⁾ Le régime d'exonération des participations au Luxembourg est défini à l'article 166 de la LIR.

- (27) En plus de ces décisions fiscales anticipatives confirmatives, le conseiller fiscal a demandé une décision fiscale anticipative par lettres du 11 juillet 2012 et du 11 novembre 2013 concernant le calcul au titre des règles en matière de prix de transfert d'une marge fixe sur laquelle GSTM serait imposée⁽²⁵⁾. Selon les comptes annuels 2011 de GSTM, une telle décision fiscale anticipative était nécessaire du fait qu'à partir du 1^{er} janvier 2012, la société devait fixer une marge sur laquelle GSTM serait taxée conformément à la *Circulaire du directeur des contributions*, LIR n° 164/2 du 28 janvier 2011, concernant les transactions de financement intra-groupe (ci-après la «circulaire 164/2»)⁽²⁶⁾. Toutefois, selon le Luxembourg, ces demandes n'ont pas débouché sur l'émission de décisions fiscales anticipatives par son administration fiscale.

2.2.1.2. Le contrat-type ZORA pour GSTM

- (28) La demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2012 fait référence à un «contrat-type ZORA» contenu dans l'annexe à cette demande. Ce contrat est un projet de contrat non signé entre EIL en qualité de «prêteur» et GSTM en qualité d'«emprunteur» concernant un contrat d'emprunt obligatoirement convertible. Les termes «Emprunt et Intérêt» sont définis comme suit à l'article 2 de cet accord:

«2.1 Sans préjudice des conditions établies dans le présent contrat, le prêteur accorde à l'emprunteur un prêt d'un montant équivalent au montant principal actualisé au prix d'émission.

2.2. L'emprunt ne porte pas intérêt.

2.3 Toute différence positive entre le prix d'émission et le montant principal représente une accréation en valeur sur le prix d'émission.»

- (29) L'article 1.2.1. du contrat-type donne les définitions suivantes:

«[...] **Montant de l'accréation annuelle** signifie les recettes d'exploitation nettes de l'emprunteur au cours d'une période de détermination définie déduction faite de ii) la marge brute annuelle correspondante calculée pour la période de détermination définie»;

«**Marge** signifie le différentiel en pourcentage devant être produit tel que convenu au cas par cas aux fins de la fiscalité luxembourgeoise et déterminé dans un rapport sur les prix de transfert»;

«Le **Prix d'émission** équivaut à [...] euros»;

«Le **Montant principal** est déterminé à chaque date de détermination appropriée en utilisant la formule suivante: Prix d'émission plus Montant de l'accréation totale [...]»;

«Le **Prix de conversion** est fixé à 1 000 euros du montant principal par action de conversion»;

«Les **Actions de conversion** correspondent au nombre d'actions émises par l'emprunteur lors de la conversion. Cette quantité doit être déterminée en utilisant la formule suivante: Montant principal divisé par 1 000 euros, arrondi au nombre entier inférieur le plus proche.»

- (30) D'après l'article 4 du contrat-type, la durée de l'emprunt est fixée à 15 ans maximum. Au terme de cette période, il est converti en actions, sauf résiliation ou conversion en actions effectuée précédemment par l'une des parties avec l'accord écrit de l'autre.
- (31) D'après l'article 5 du contrat-type, «l'emprunteur rembourse l'emprunt par l'émission d'une action de conversion en faveur du créancier à la date de conversion ou à une date antérieure [...]»

⁽²⁵⁾ Annexe 3 de la Déclaration pour l'impôt sur le revenu des collectivités et pour l'impôt commercial communal de l'année 2012.

⁽²⁶⁾ Voir les Notes explicatives au bilan au 31 décembre 2011, incluses en annexe 3 de la Déclaration pour l'impôt sur le revenu des collectivités et pour l'impôt commercial communal de l'année 2011.

2.2.1.3. Traitement fiscal du ZORA pour GSTM du point de vue de GSTM

- (32) Selon la demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, le bénéfice imposable annuel de GSTM équivalait à une marge convenue avec l'administration fiscale luxembourgeoise. GSTM sera imposée sur cette marge et la différence entre le bénéfice effectivement réalisé par GSTM et la marge sur laquelle elle est imposée sera considérée comme une dépense que GSTM peut déduire chaque année de ses revenus imposables. Cette dépense est décrite dans le contrat-type ZORA pour GSTM comme une augmentation de la valeur du prix d'émission du ZORA⁽²⁷⁾ et est mentionnée dans la demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010 sous les termes «Accrétion sur ZORA» ou «ZORA Accretion» (ci-après l'«accrétion sur ZORA»).
- (33) Sur ce point, la demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010 indique que «le ZORA va accroître les dépenses à hauteur du bénéfice avant impôt de GSTM déduction faite d'une marge nette [...]. L'augmentation en valeur de l'obligation au titre du ZORA entraînera une dépense déductible équivalente pour GSTM»⁽²⁸⁾. D'après la demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, «[l]e ZORA est structuré de manière à ce que, effectivement, GSTM dégage, d'après ses comptes commerciaux, un différentiel net global de $[1/(50-100)\%]$ sur la valeur principale de tous ses actifs, y compris les actifs financés par des emprunts normaux (la "marge")»⁽²⁹⁾. D'après la demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010 «la marge que GSTM dégage sur ses actifs (financée sur le ZORA et les dettes ordinaires) sera considérée de pleine concurrence»⁽³⁰⁾. Il semble que cette marge ait été modifiée en 2012. En réalité, d'après les comptes annuels de 2011 de GSTM, à compter du 1^{er} janvier 2012, la société devait fixer la marge conformément à la circulaire 164/2⁽³¹⁾. Dans la déclaration fiscale de 2012 de GSTM, la marge est calculée en appliquant un pourcentage de 0,042 % sur la valeur des obligations finançant les actifs⁽³²⁾.
- (34) La demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010 explique également que «GSTM disposera de revenus provenant de ses actifs mais supportera également des dépenses d'un montant équivalent aux revenus susmentionnés, déduction faite de la marge en raison de l'accrétion sur ZORA»⁽³³⁾. Par conséquent, la marge étant basée sur un pourcentage fixe sur la valeur des actifs, «l'accrétion sur ZORA correspondra toujours aux produits d'intérêt déduction faite des intérêts (et les éventuelles différences de change) sur les emprunts, déduction faite de la marge»⁽³⁴⁾. La demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010 indique également que «dans l'éventualité improbable où le traitement comptable ne serait pas totalement en ligne avec les obligations en vertu du contrat ZORA, le bénéfice ou la perte en résultant indiqué dans les comptes annuels n'affectera pas la situation fiscale visée ci-dessus»⁽³⁵⁾.
- (35) Un bilan proforma de GSTM a été fourni dans la demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010 et est présenté à la figure 2.

Figure 2

Présentation des relevés de l'instrument de financement ZORA dans le bilan de GSTM d'après la demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010

| GSTM | |
|-------------|------------------------|
| Actif | Passif |
| Créances | Capital social ZORA |
| Créances | Dettes |
| Total Actif | Total Passif |

⁽²⁷⁾ Voir le considérant (28).

⁽²⁸⁾ Demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, page 2 (soulignement ajouté par la Commission).

⁽²⁹⁾ Demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, page 2.

⁽³⁰⁾ Voir la demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, page 5, paragraphe 5.

⁽³¹⁾ Voir les Notes explicatives au bilan au 31 décembre 2011, incluses en annexe 3 de la Déclaration pour l'impôt sur le revenu des collectivités et pour l'impôt commercial communal de l'année 2011.

⁽³²⁾ Annexe 3 de la Déclaration pour l'impôt sur le revenu des collectivités et pour l'impôt commercial communal de l'année 2012.

⁽³³⁾ Demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, page 2.

⁽³⁴⁾ Demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, page 2.

⁽³⁵⁾ Demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, page 2. De même, la demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2012 indique: «dans l'éventualité où le traitement comptable serait différent de l'accrétion annuelle en vertu du contrat ZORA, aux fins fiscales, GSTM continuera d'indiquer uniquement la marge».

2.2.1.4. Traitement fiscal du ZORA pour GSTM du point de vue d'EIL

- (36) D'après la demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, EIL enregistrera dans ses comptes la valeur du ZORA à son prix d'émission. Lors de la conversion, EIL recevra les actions GSTM qui seront fonction du montant principal, c'est-à-dire le prix d'émission plus les accrétions sur ZORA cumulées jusqu'à la date de conversion. La demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010 demande qu'il soit confirmé qu'en application de l'article 22bis de la LIR, EIL ne comptabilisera aucun bénéfice imposable résultant de cette conversion, étant donné que cette disposition prévoit que la conversion d'un emprunt en capital social du débiteur n'entraînera pas la réalisation de plus-values à des fins fiscales.
- (37) D'après la demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, «EIL continuera de comptabiliser le ZORA dans ses comptes commerciaux à sa valeur comptable[...] ou bien elle ajustera le ZORA du prix de revient au prix de rachat prévu à l'échéance du ZORA[...]»⁽³⁶⁾.
- (38) La première option (c'est-à-dire conserver la valeur du ZORA à sa valeur comptable) serait basée sur la règle du «Umgekehrte Massgeblichkeit» (c'est-à-dire l'alignement inversé) prévue — d'après la demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010 — dans les articles 55.1.c.dd et 61.1.e, du Code relatif au registre du commerce et aux déclarations financières des entreprises daté du 19 décembre 2002⁽³⁷⁾. Selon la règle de l'alignement inversé, «il est possible de déroger aux règles comptables normalement applicables si cette dérogation est nécessaire pour éviter des implications fiscales négatives; l'hypothèse est que les législations fiscales permettent certaines méthodes d'évaluation qui, en raison des règles comptables obligatoires, ne seraient pas totalement utilisées ("ajustements de valeur exceptionnels à des fins fiscales uniquement..."). Dans ces cas, le traitement comptable normal ne serait pas appliqué». Afin d'éviter des implications fiscales négatives, le ZORA est à comptabiliser conformément au Umgekehrte Massgeblichkeit. La demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010 explique également que «sur la base du principe de prudence, du fait qu'à la suite de la conversion obligatoire, le ZORA contient des éléments qui justifient un traitement identique à celui des actions et du fait que la facilité prévue par l'article 22bis de la LIR⁽³⁸⁾ pourrait, sinon, ne pas être utilisée, le ZORA est à comptabiliser à la valeur la plus faible entre le prix de revient historique et la valeur réelle»⁽³⁹⁾.
- (39) La seconde option (c'est-à-dire l'accrétion de la valeur du ZORA depuis son prix d'acquisition jusqu'au prix de rachat prévu) n'est pas approfondie davantage. La demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010 reconnaît dans une note de bas de page⁽⁴⁰⁾ qu'«en l'absence d'exigences spécifiques en vertu de la législation du Luxembourg et en vue de refléter la substance de la rémunération du ZORA, il peut être recommandé qu'EIL comptabilise les recettes sur toute la durée de vie du ZORA. Cela entraînerait une augmentation de la valeur du ZORA dans les comptes d'EIL, excepté si la valeur réelle du ZORA est inférieure»⁽⁴¹⁾.
- (40) Les dossiers fiscaux et les comptes d'EIL fournis à la Commission montrent que la valeur du ZORA dans les livres comptables d'EIL a été maintenue à sa valeur comptable (1 036 912 507 euros)⁽⁴²⁾. Les montants de l'accrétion sur ZORA ne semblent pas avoir été inscrits dans les comptes d'EIL comme une augmentation de valeur des actifs d'EIL ni comme des recettes liées au ZORA.
- (41) D'après la demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, «à l'échéance, la conversion obligatoire du ZORA en actions GSTM sera, excepté si le propriétaire en décide autrement, régie par l'article 22bis de la LIR [...]; aux fins de la fiscalité luxembourgeoise, le coût d'origine (si et dans la mesure où il est maintenu jusqu'à la date de conversion) et la date d'acquisition du ZORA peuvent être reportés sur les actions acquises en contrepartie. Dans ce scénario, lors de la conversion obligatoire du ZORA, EIL ne doit comptabiliser aucune recette»⁽⁴³⁾.

⁽³⁶⁾ Demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, page 3.

⁽³⁷⁾ Demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, note de bas de page 3.

⁽³⁸⁾ L'article 22bis, alinéa 2, dispose ce qui suit: "Par dérogation à l'article 22, alinéa 5, les opérations d'échange visées aux numéros 1 à 4 ci-dessous ne conduisent pas à la réalisation des plus-values inhérentes aux biens échangés, à moins que, dans les cas visés aux numéros 1, 3 et 4, soit le créancier, soit l'associé ne renonce à l'application de la présente disposition: 1. lors de la conversion d'un emprunt: l'attribution au créancier de titres représentatifs du capital social du débiteur. En cas de conversion d'un emprunt capitalisant convertible, l'intérêt capitalisé se rapportant à la période de l'exercice d'exploitation en cours précédant la conversion est imposable au moment de l'échange".

⁽³⁹⁾ Demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, page 5, paragraphe 3 (soulignement ajouté par la Commission).

⁽⁴⁰⁾ Demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, note de bas de page 4.

⁽⁴¹⁾ Demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, note de bas de page 4.

⁽⁴²⁾ Voir le Bilan au 31 décembre 2012, inclus en annexe 1 de la Déclaration pour l'impôt sur le revenu des collectivités et pour l'impôt commercial communal de l'année 2012.

⁽⁴³⁾ Demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, page 3.

- (42) Par conséquent, «à la suite de [...] l'article 22bis de la LIR, aucun impôt sur les sociétés ne sera dû lors de la conversion et le prix d'acquisition historique [...] ainsi que la date d'acquisition historique du ZORA seront utilisés pour les actions qui sont émises à ce moment-là»⁽⁴⁴⁾. Aucune autre explication n'est fournie dans la demande de décision fiscale anticipative concernant l'application de l'article 22bis de la LIR.

2.2.1.5. Traitement fiscal du contrat à terme du point de vue d'EIL et de la CEF

- (43) D'après la demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, en vertu du contrat à terme, EIL s'engage à vendre à la CEF les actions GSTM reçues lors de la conversion du ZORA, contre paiement immédiat du prix. La transmission des actions GSTM se fera donc au moment de la conversion du ZORA (c'est-à-dire au moment de l'arrivée à échéance du ZORA ou avant en cas de conversion anticipée).
- (44) La demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010 indique que l'obligation à terme d'EIL en vertu du contrat à terme doit être considérée comme une «dette» aux fins de la fiscalité luxembourgeoise. En réalité, cette obligation a été inscrite dans le bilan d'EIL comme dette non subordonnée⁽⁴⁵⁾. D'après la demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, EIL évaluera les obligations en vertu du contrat à terme à la même valeur que le ZORA⁽⁴⁶⁾ et EIL «ne supportera aucun risque de change ni risque de dettes irrécouvrables. Par conséquent, concernant la détention du ZORA et l'obligation découlant du contrat à terme, EIL n'aura aucune obligation en matière d'impôt au Luxembourg, excepté l'impôt annuel légal minimum sur la fortune»⁽⁴⁷⁾.
- (45) La demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010 conclut que la CEF est propriétaire des actions GSTM dès le moment où elle conclut le contrat à terme, même si ces actions n'ont pas encore été émises⁽⁴⁸⁾. De plus, la CEF inscrira le paiement au titre du contrat à terme dans ses comptes commerciaux dans les «immobilisations financières»⁽⁴⁹⁾. D'après la demande de décision fiscale anticipative, ces actifs «seront et continueront d'être évalués au prix de revient»⁽⁵⁰⁾.

2.2.1.6. Situation fiscale recherchée dans la demande de décision fiscale anticipative ZORA LNG de 2010.

- (46) Dans la demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, le conseiller fiscal déclare une situation fiscale et demande à l'administration fiscale luxembourgeoise la confirmation de ce qui suit:
- «Afin d'éviter des conséquences fiscales négatives pour EIL, le ZORA est à comptabiliser conformément aux règles du "Umgekehrte Massgeblichkeit". Sur la base du principe de prudence, du fait qu'à la suite de la conversion obligatoire, le ZORA contient des éléments qui justifient un traitement identique à celui des actions et du fait que la facilité prévue par l'article 22bis de la LIR pourrait, dans le cas contraire, ne pas être utilisée, le ZORA est à comptabiliser à la valeur la plus faible entre le prix de revient historique et la valeur réelle. Les comptes commerciaux suivront ce traitement fiscal»⁽⁵¹⁾.
 - «Les obligations d'EIL en vertu du contrat à terme sont considérées, conformément aux comptes commerciaux d'EIL, comme une dette aux fins de l'imposition des revenus et de la fortune. À des fins fiscales, l'évaluation de cette dette, ainsi que l'évaluation du ZORA détenu par EIL, seront maintenues au même montant. Il en résulte qu'EIL ne réalisera aucun bénéfice»⁽⁵²⁾.
 - «La marge que GSTM dégagera sur ses actifs (financée par le ZORA et des dettes ordinaires) sera considérée de pleine concurrence et incluse dans le revenu imposable dans la déclaration fiscale de GSTM (de même que la déclaration du bénéfice net d'exploitation non distribué). Dans l'éventualité où le traitement comptable serait différent de l'accrétion annuelle en vertu du contrat ZORA, à des fins fiscales, GSTM continuera d'indiquer uniquement la marge (de même que le bénéfice non distribué)»⁽⁵³⁾.

⁽⁴⁴⁾ Voir la demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, page 6, paragraphe 6.

⁽⁴⁵⁾ Voir la note 3 des comptes annuels non révisés d'EIL pour 2012 (le montant du contrat à terme coïncide avec le montant initial du ZORA).

⁽⁴⁶⁾ Demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, page 5, paragraphe 4.

⁽⁴⁷⁾ Demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, page 3.

⁽⁴⁸⁾ Demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, page 4.

⁽⁴⁹⁾ Les comptes annuels de 2013 de la CEF indiquent, dans la note 5 du bilan, qu'«un emprunt [...] a été accordé en vertu d'un contrat à terme prépayé conclu entre GDF Suez Invest International S.A. et Electrabel Invest Luxembourg S.A. GDF Suez Invest International S.A. est le bénéficiaire des actions GDF Suez Treasury Management S.à.r.l. que cette dernière émettra».

⁽⁵⁰⁾ Demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, page 3.

⁽⁵¹⁾ Demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, page 5, paragraphe 3.

⁽⁵²⁾ Demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, page 5, paragraphe 4.

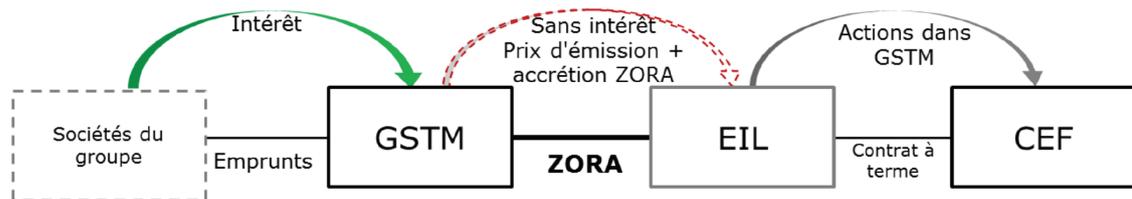
⁽⁵³⁾ Demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, page 5, paragraphe 5. La formulation de la demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2012 est légèrement différente.

- «La conversion du ZORA en actions sera régie par l'article 22bis de la LIR. Conformément aux règles du Umgekehrte Massgeblichkeit et à l'article 22bis de la LIR, aucun impôt sur les sociétés ne sera dû lors de la conversion et le prix d'acquisition historique (si et dans la mesure où il est maintenu jusqu'à la date de conversion) ainsi que la date d'acquisition historique du ZORA seront utilisés pour les actions qui sont émises à ce moment-là»⁽⁵⁴⁾.

- (47) La figure 3 ci-dessous résume le traitement fiscal du bénéfice et des dépenses découlant du ZORA par GSTM et EIL:

Figure 3

Traitement fiscal décrit dans la demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010



«L'augmentation en valeur de l'obligation au titre du ZORA entraînera une dépense déductible équivalente pour GSTM»

«lors de la conversion obligatoire du ZORA, EIL ne doit comptabiliser aucune recette»

«à des fins fiscales, GSTM continuera d'indiquer uniquement la marge»

«le ZORA contient des éléments qui justifient un traitement identique à celui des actions»

2.2.1.7. Application de la décision fiscale anticipative ZORA GSTM

- (48) D'après les comptes présentés à la Commission⁽⁵⁵⁾, EIL «a accordé un emprunt obligatoirement convertible d'un montant de 1 036 912 506,84 euros à [GSTM] avec une durée de 15 ans à compter du 17 juin 2011»⁽⁵⁶⁾. Pour chaque année, une somme équivalente à l'accrétion sur ZORA annuelle a été inscrite dans le compte de résultat comme dette financière de GSTM en contrepartie de la dépense correspondante⁽⁵⁷⁾.

- (49) L'application de la décision fiscale anticipative ZORA GSTM dans la déclaration fiscale de GSTM est illustrée dans les figures 4 et 5 ci-dessous, qui présentent des extraits des déclarations fiscales de la société respectivement pour 2011 et 2012. En 2011, le «revenu net avant impôt et avant accrétion du ZORA» s'est élevé à [45 000 000-50 000 000] euros. La base d'imposition de GSTM est calculée comme $[1/(50-100\%)]$ du total moyen des actifs de la société pour 2011, qui s'élevait à 3,7 milliards d'euros. Le bénéfice imposable retenu pour GSTM sur cette base s'élève à [550 000-600 000] euros (auquel s'ajoute une somme dite de «rémunération sur le capital» pour un montant de 8 326 euros). La différence entre le bénéfice calculé et le bénéfice réel, pour un montant de 44 931 567 euros, a été inscrite dans la déclaration fiscale comme une accrétion sur ZORA déductible.

⁽⁵⁴⁾ Demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, page 6, paragraphe 6.

⁽⁵⁵⁾ Les comptes et les déclarations fiscales de GSTM et EIL ont été fournis pour les années 2011 et 2012. De plus, dans sa lettre du 23 mai 2016, le Luxembourg a fourni les comptes annuels de GSTM, EIL et CEP pour les années 2013, 2014 et 2015.

⁽⁵⁶⁾ Voir la note 3 des comptes annuels non révisés d'EIL pour 2012. Voir aussi les Notes explicatives au bilan au 31 décembre 2011 de GSTM, en annexe 3 de la Déclaration pour l'impôt sur le revenu des collectivités et pour l'impôt commercial communal de l'année 2011.

⁽⁵⁷⁾ Inscrite dans le compte de résultat sous: «autres intérêts dus et charges similaires». Voir les comptes de résultat de GSTM pour 2011 et 2012.

Figure 4

Calcul de la base d'imposition de GSTM pour l'année 2011 tel que détaillé à l'annexe 3 de la déclaration fiscale de 2011 de GSTM

| Total actif | De | à | Nombre de jours | Moyenne (*) |
|---------------|-----------|------------|-----------------|---------------|
| 8 691 871 776 | 2/05/2011 | 31/12/2011 | 244 | 3 729 884 433 |

(*) calculé sur une base mensuelle

| | |
|---|--------------------------------|
| Total des dettes finançant les actifs | 3 729 202 241 |
| Revenu net avant impôt et accrétion du Zora | 45 522 581 |
| Revenu net avant impôt et avant accrétion du Zora relatif au capital | 8 326 |
| Revenu net avant impôt et avant accrétion du Zora relatif à la dette finançant les actifs | [45 000 000-50 000 000] |
| Total | [45 000 000-50 000 000] |
| | |
| Marge de [1/(50-100)%] | [550 000-600 000] |
| Rémunération sur le capital | 8 326 |
| Rémunération sur la dette finançant les actifs (marge de [1/(50-100)%]) | [550 000-600 000] |
| Marge nette totale | [550 000-600 000] |

La marge a été comptabilisée dans les comptes annuels, aucun ajustement n'est à opérer

Calcul du montant imposable

| | Euro |
|---------------------------------------|--------------------------|
| Résultat de l'exercice | 420 802 |
| Ajouter: impôts | [150 000-200 000] |
| Montant imposable | [550 000-600 000] |
| | |
| Impôt sur le revenu des collectivités | [100 000-150 000] |

Figure 5

Calcul de la base d'imposition de GSTM en référence aux demandes de décisions fiscales anticipatives de 2010 et 2012 à l'annexe 3 de la déclaration fiscale de 2012 de GSTM (la figure ne présente pas l'annexe 3 en totalité)

Annexes à la déclaration pour l'impôt sur le revenu des collectivités et pour l'impôt commercial communal de l'année 2012 et la déclaration de la fortune au 1^{er} janvier 2013 au nom de:

GDF SUEZ Treasury Management S.à.r.l., numéro fiscal 2011 2416 545

Annexe 3

[...]

Notes explicatives

Généralités

Référence est faite aux lettres de [conseiller fiscal] du 9 février 2010 et 15 juin 2012.

Marge sur l'activité de financement

Référence est faite aux accords préalables en matière de prix de transfert de [conseiller fiscal] du 11 juillet 2012 et du 11 novembre 2013 (les APAs).

La marge sur l'activité de financement est calculée comme suit:

| Montant moyen des dettes finançant les actifs (*) | du | au | jours | % (**) | marge |
|---|-----------|------------|-------|---------|-----------------------|
| [9 000 000 000-10 000 000 000] 4,2 bps | 1/01/2012 | 31/12/2012 | 366 | 4,2 bps | [3 000 000-4 000 000] |
| Total | | | 366 | | |

(*) Calculé sur une base mensuelle

(**) Nous nous référons à l'étude de prix de transfert comme prévu dans les APAs.

Rémunération du capital à risque

| Capital moyen (*) | du | au | jours | rémunération du capital à risque |
|-----------------------|-----------|------------|-------|----------------------------------|
| [2 000 000-3 000 000] | 1/01/2012 | 31/12/2012 | 366 | [20 000-30 000] |
| Total | | | 366 | |

(*) Calculé sur une base mensuelle

Calcul de l'accrétion sur Zora

| | |
|---|---------------------------|
| Revenu net avant impôt et avant accrétion du Zora | [100 000 000-150 000 000] |
| Moins: rémunération en capital | [20 000-30 000] |
| Moins: marge minimum | [3 000 000-4 000 000] |
| Accrétion sur Zora | [100 000 000-150 000 000] |

Le montant de l'accrétion sur le Zora tel qu'indiqué dans les comptes annuels n'est pas conforme aux APAs (pas suffisant). Par conséquent, un ajustement de EUR [40 000-50 000] a été opéré dans le bilan fiscal et le compte de profits et pertes fiscal et cet ajustement sera reflété dans les comptes commerciaux de l'année 2013.

- (50) Dans les comptes légaux de GTSM, le montant correspondant à l'accrétion sur ZORA pour les périodes 2011 et 2012 est inscrit dans la classe comptable «Dettes non subordonnées» sous la désignation «Montants dus aux sociétés affiliées exigibles et payables après moins d'un an» dans «Accrétion annuelle». Les montants inscrits dans cette classe comptable pour la période 2011 à 2015 dans les comptes légaux de GSTM ⁽⁵⁸⁾ sont présentés ci-dessous.

Tableau 1

Accrétion cumulée inscrite dans les comptes financiers de GSTM

| Millions d'euros | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 |
|---------------------|------|-----------|-----------|-----------|-----------|
| «Accrétion cumulée» | 44,9 | [100-150] | [300-350] | [450-500] | [600-650] |

⁽⁵⁸⁾ D'après les comptes, la société a été rebaptisée ENGIE Treasury Management S.à.r.l. en 2015.

- (51) Le montant nominal de l'instrument financier ZORA de 1 036 912 506 euros est inscrit dans la même classe «Montants dus aux sociétés affiliées exigibles et payables après moins d'un an» dans les «Dettes financières». Ce montant n'a pas varié sur la période 2011-2015.

| Actifs | 2011 | Passifs | 2011 |
|------------------------------------|---------------|----------------------------|---------------|
| Goodwill | 14 683 885 | Capital souscrit | 2 000 000 |
| Créances auprès des sociétés liées | 4 249 889 106 | Résultat de l'exercice | 420 802 |
| Investissements | 1 735 037 565 | Total des capitaux propres | 2 420 802 |
| Billets de trésorerie | 159 462 864 | ZORA | 1 036 912 507 |
| Dépôts à terme | 1 831 461 057 | Accrétion sur ZORA | 44 931 567 |
| Avoirs en banque | 685 086 826 | Autres dettes | 7 604 517 303 |
| Autre | 16 250 473 | Autre | 2 083 687 |
| TOTAL ACTIF | 8 691 871 776 | TOTAL DU PASSIF | 8 691 871 776 |

2.2.1.8. Augmentation du ZORA pour GSTM

- (52) D'après la demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2012, GDF Suez avait prévu d'augmenter le ZORA «dans un avenir proche» suite au remboursement d'un précédent prêt avec participation aux bénéficiaires que la CEF détenait par le passé. De ce fait, le montant total à utiliser conformément au ZORA devait augmenter dans les années consécutives à 2012, passant du montant initial d'environ [0,8 — 1,2 milliard] d'euros à une somme comprise entre [7-12] et [37-42] milliards d'euros⁽⁵⁹⁾. D'après cette demande de décision fiscale anticipative, chaque nouvelle tranche du ZORA serait mise en œuvre «comme un retraitement du ZORA existant, en vertu duquel un accord est toujours en vigueur»⁽⁶⁰⁾. Cette augmentation était également soumise à la confirmation de la décision fiscale anticipative ZORA GSTM.

2.2.2. La décision fiscale anticipative ZORA LNG

2.2.2.1. Description générale de la décision fiscale anticipative ZORA LNG

- (53) Le 9 septembre 2008, le conseiller fiscal a introduit une demande de décision fiscale anticipative (ci-après la «demande de décision fiscale anticipative ZORA LNG de 2008») auprès de l'administration fiscale luxembourgeoise concernant le traitement fiscal du ZORA pour LNG au nom de Suez LNG Trading S.A. (ci-après «LNG Trading»⁽⁶¹⁾), remplacée ultérieurement par GDF Suez LNG Holding S.à.r.l., ci-après «LNG Holding») et deux sociétés devant être créées au Luxembourg, dénommées à l'époque «LuxCo2» et «LuxCo3». Cette demande de décision fiscale anticipative a été acceptée par une confirmation de l'administration fiscale luxembourgeoise à la même date⁽⁶²⁾.
- (54) La mise en place du ZORA pour LNG, tel que décrite dans la demande de décision fiscale anticipative ZORA LNG de 2008, suit la même structure que le ZORA pour GSTM.

⁽⁵⁹⁾ D'après cette décision fiscale anticipative, l'activité de centralisation de trésorerie de GSTM resterait normalement comprise entre [2-7] et [7-12] milliards d'euros.

⁽⁶⁰⁾ En conséquence, la date d'échéance du 17 juin 2026 reste en vigueur pour toutes les sommes couvertes par le contrat ZORA.

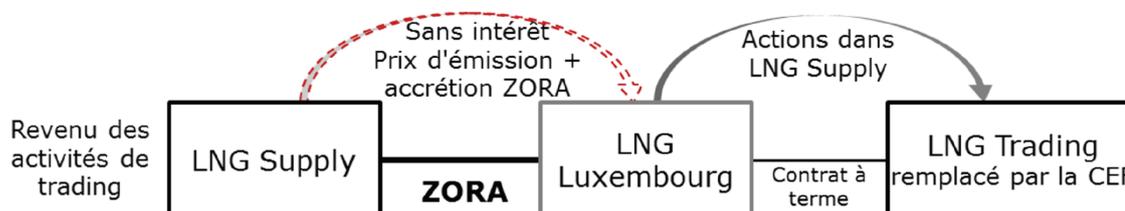
⁽⁶¹⁾ Comme expliqué plus bas, l'activité de LNG Trading a ensuite été transférée à une autre société du groupe GDF Suez. LNG Trading a été liquidée le 1^{er} octobre 2012.

⁽⁶²⁾ Un cachet de l'administration fiscale luxembourgeoise sur la dernière page de la demande de décision fiscale anticipative ZORA LNG de 2008 indique qu'elle a été approuvée par l'administration («pour approbation»).

- (55) D'après la demande de décision fiscale anticipative ZORA LNG de 2008, LNG Trading incluait deux nouvelles sociétés luxembourgeoises imposables: «LuxCo2», rebaptisée par la suite «GDF Suez LNG (Luxembourg) S.à.r.l.» (ci-après «LNG Luxembourg») et «LuxCo3», rebaptisée par la suite «LNG Supply». Par la suite, LNG Trading a transféré l'ensemble de l'entreprise (activité commerciale de LNG) à LNG Luxembourg pour un prix estimé à 750 millions d'USD environ. LNG Luxembourg a ensuite vendu l'entreprise à LNG Supply, qui a financé le prix d'achat en émettant pour LNG Luxembourg un emprunt obligatoirement convertible sans intérêt en USD (ci-après le «ZORA pour LNG») ⁽⁶³⁾.
- (56) D'après la demande de décision fiscale anticipative ZORA LNG de 2008, LNG Luxembourg a financé l'investissement dans le ZORA en concluant un contrat de vente à terme prépayé (ci-après le «contrat à terme LNG») avec LNG Trading. Aux termes de ce contrat, LNG Luxembourg accepte de transférer à LNG Trading les actions que LNG Supply émettrait lors de la conversion obligatoire du ZORA (ci-après les «actions LNG Supply»). En vertu du contrat à terme, le montant dû en contrepartie du transfert des actions LNG Supply (estimé au moment de la décision fiscale anticipative à 750 millions d'USD) serait déduit de la dette de LNG Luxembourg vis-à-vis de LNG Trading, résultant de la vente initiale de l'entreprise par LNG Trading ⁽⁶⁴⁾.
- (57) La figure 6 ci-dessous résume les transactions incluses dans la demande de décision fiscale anticipative ZORA LNG de 2008. LNG Supply reçoit les actifs et passifs qui appartenaient précédemment à LNG Trading. LNG Supply émet le ZORA pour LNG en faveur de LNG Luxembourg. Au travers du ZORA, elle reçoit des fonds de LNG Luxembourg pour réaliser l'acquisition des actifs et passifs mentionnés ci-dessus. Dès le remboursement du ZORA pour LNG, LNG Luxembourg recevra les actions LNG Supply et les transmettra à LNG Holding en vertu du contrat à terme LNG. Comme décrit dans la demande de décision fiscale anticipative du 3 mars 2009, LNG Holding prend la place de LNG Trading au titre de la demande de décision fiscale anticipative ZORA LNG de 2008.

Figure 6

Illustration de la structure élaborée dans la décision fiscale anticipative ZORA LNG de 2008



2.2.2.2. Traitement fiscal du ZORA pour LNG du point de vue de LNG Supply

- (58) D'après la demande de décision fiscale anticipative ZORA LNG de 2008, les bénéfices annuels que LNG Supply génère seront réduits à une marge convenue avec l'administration fiscale luxembourgeoise et LNG Supply sera imposée sur cette marge. La différence entre le bénéfice réellement réalisé par LNG Supply et la marge sur laquelle elle est imposée est considérée comme une dépense associée au ZORA pour LNG, que LNG Supply déduit chaque année de son revenu imposable.
- (59) En particulier, la demande de décision fiscale anticipative ZORA LNG de 2008 indique que «le ZORA s'accumulera jusqu'à hauteur du bénéfice avant impôt de [LNG Supply] déduction faite d'une marge nette [...]. L'augmentation en valeur de l'obligation en vertu du ZORA entraînera une dépense déductible équivalente pour [LNG Supply]» ⁽⁶⁵⁾. L'augmentation de l'obligation est mentionnée dans la demande de décision fiscale anticipative de ZORA pour LNG de 2008 par la dénomination «accrétion sur ZORA» ou «dépense sur ZORA».

⁽⁶³⁾ La branche suisse de LNG Trading ne gèrerait plus l'activité après le transfert de l'activité à LNG Supply et serait liquidée. LNG Supply emploierait au moins [5-10] personnes au Luxembourg.

⁽⁶⁴⁾ Cette structure a ensuite été modifiée, comme expliqué dans la demande de décision fiscale anticipative du 3 mars 2009. D'après cette demande de décision fiscale anticipative, les actions LNG Trading ont été transférées à la CEF, une des sociétés de financement luxembourgeoises du groupe Tractebel/Electrabel. La CEF compterait donc trois nouvelles sociétés luxembourgeoises: LNG Holding, LNG Luxembourg et LNG Supply. La structure du ZORA pour LNG est mise en œuvre entre ces trois sociétés.

⁽⁶⁵⁾ Demande de décision fiscale anticipative ZORA LNG de 2008, page 2.

- (60) Conformément à la demande de décision fiscale anticipative ZORA LNG de 2008, le ZORA pour LNG est structuré de manière à ce que, «effectivement, [LNG Supply] dégage, d'après ses comptes commerciaux, un différentiel net global de [1/(50-100)%] de la valeur de l'actif brut tel qu'indiquée dans le bilan, ce différentiel net n'étant toutefois pas inférieur à [0,0-0,50 %] du chiffre d'affaires brut annuel de la société (ci-après la "marge")»⁽⁶⁶⁾. D'après la demande de décision fiscale anticipative ZORA LNG de 2008, «la marge sera considérée de pleine concurrence» car LNG Supply ne «supportera pas le risque de change ni le risque de dettes irrécouvrables sur cette négociation»⁽⁶⁷⁾. La demande de décision fiscale anticipative ZORA LNG de 2008 explique également qu'«en d'autres termes, le revenu brut de [LNG Supply] [généralisé par ses activités (l'entreprise LNG)], déduction faite de toutes les dépenses d'exploitation supportées et des dépenses sur le ZORA, équivaut approximativement à la marge»⁽⁶⁸⁾.

2.2.2.3. Traitement fiscal du ZORA pour LNG du point de vue de LNG Luxembourg

- (61) D'après la demande de décision fiscale anticipative ZORA LNG de 2008, LNG Luxembourg enregistrera dans ses comptes la valeur du ZORA à son prix d'émission. Lors de la conversion, LNG Luxembourg recevra les actions LNG Supply, dont la valeur inclura les accrétions sur ZORA cumulées jusqu'à la date de la conversion. La demande de décision fiscale anticipative ZORA LNG de 2008 requiert la confirmation qu'en application de l'article 22bis de la LIR, LNG Luxembourg ne comptabilisera aucun bénéfice imposable résultant de cette conversion, étant donné que cette disposition prévoit que la conversion d'un emprunt en capital social du débiteur n'entraînera pas la réalisation de plus-values à des fins fiscales.
- (62) Les dossiers fiscaux et les comptes de LNG Luxembourg transmis à la Commission montrent que la valeur du ZORA pour LNG dans les livres de compte de LNG Luxembourg a été maintenue à la valeur comptable (646 000 000 euros)⁽⁶⁹⁾ jusqu'en 2013, moment où a eu lieu une conversion partielle du ZORA (décrite dans la section 2.2.2.7 ci-dessous).

2.2.2.4. Traitement fiscal du contrat à terme du point de vue de LNG Luxembourg et pour LNG Holding

- (63) Comme expliqué plus haut, LNG Luxembourg a financé son investissement dans le ZORA pour LNG grâce à ses obligations en vertu du contrat à terme LNG conclu avec LNG Holding. Les conséquences fiscales de ce contrat à terme entre LNG Luxembourg et LNG Holding sont identiques à celles décrites dans la demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010.

2.2.2.5. Situation fiscale recherchée dans la demande de décision fiscale anticipative ZORA LNG de 2008.

- (64) Dans la demande de décision fiscale anticipative ZORA LNG de 2008, le conseiller fiscal déclare une situation fiscale et demande à l'administration fiscale luxembourgeoise la confirmation de ce qui suit:

— «Afin d'éviter des conséquences fiscales négatives pour [LNG Luxembourg], le ZORA est à comptabiliser conformément aux règles du "Umgekehrte Massgeblichkeit". Sur la base du principe de prudence, du fait qu'à la suite de la conversion obligatoire, le ZORA contient des éléments qui justifient un traitement identique à celui des actions et du fait que la facilité prévue par l'article 22bis de la LIR pourrait, dans le cas contraire, ne pas être utilisée, le ZORA est à comptabiliser à la valeur la plus faible entre le prix de revient historique et la valeur réelle. Les comptes commerciaux suivront ce traitement fiscal»⁽⁷⁰⁾.

— «Les obligations de [LNG Luxembourg] en vertu du contrat à terme sont considérées, conformément aux comptes commerciaux de [LNG Luxembourg], comme une dette aux fins de l'imposition des revenus et de la fortune. À des fins fiscales, l'évaluation de cette dette, ainsi que l'évaluation du ZORA détenu par [LNG Luxembourg], seront maintenues au même montant. Il en résulte que [LNG Luxembourg] ne réalisera aucun bénéfice»⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁶⁾ La demande de décision fiscale anticipative du 9 mars 2012 précise également que le «différentiel net de [1/(50-100)%] de la valeur de l'actif brut» doit être considéré en référence à la valeur moyenne des actifs financés par le ZORA, alors que le «chiffre d'affaires brut» devrait être considéré comme le revenu total de LNG Supply, tel qu'indiqué dans les comptes commerciaux, y compris les recettes et dépenses résultant des intérêts débiteurs supportés et des différences de change associées aux diverses activités de LNG Supply.

⁽⁶⁷⁾ Demande de décision fiscale anticipative ZORA LNG de 2008, page 5, paragraphe 6, et pour l'explication, page 3.

⁽⁶⁸⁾ Demande de décision fiscale anticipative ZORA LNG de 2008, page 2.

⁽⁶⁹⁾ Voir le Bilan au 31 décembre 2011, inclus en annexe 1 de la Déclaration pour l'impôt sur le revenu des collectivités et pour l'impôt commercial communal de l'année 2011.

⁽⁷⁰⁾ Demande de décision fiscale anticipative ZORA LNG de 2008, page 5, paragraphe 4.

⁽⁷¹⁾ Demande de décision fiscale anticipative ZORA LNG de 2008, page 5, paragraphe 5.

- «D'après les comptes commerciaux, la marge que LNG Supply dégagera sur l'entreprise financée par le ZORA sera considérée de pleine concurrence» ⁽⁷²⁾.
- «La conversion du ZORA en actions sera régie par l'article 22bis de la LIR. Conformément aux règles du Umgekehrte Massgeblichkeit et à l'article 22bis de la LIR, aucun impôt sur les sociétés ne sera dû lors de la conversion et le prix d'acquisition historique (si et dans la mesure où il est maintenu jusqu'à la date de conversion) ainsi que la date d'acquisition historique du ZORA seront utilisés pour les actions qui sont émises à ce moment-là» ⁽⁷³⁾.

2.2.2.6. Mise en œuvre de la décision fiscale anticipative ZORA LNG

- (65) Les comptes de 2010 de LNG Supply ⁽⁷⁴⁾ montrent qu'un «contrat d'emprunt obligatoirement convertible entre LNG Luxembourg et LNG Supply» a été conclu en 2009 pour un prix d'émission de 646 000 000 USD. La durée du prêt est fixée à 15 ans à compter du 30 octobre 2009 (il arrive donc à échéance le 30 octobre 2024) ⁽⁷⁵⁾. Pour chaque année, une somme équivalente à l'accrétion sur ZORA annuelle est inscrite dans le compte de résultat comme dette financière de LNG Supply en contrepartie de la dépense correspondante ⁽⁷⁶⁾.
- (66) L'application de la décision fiscale anticipative dans la déclaration fiscale de LNG Supply est présentée dans la figure 7, ci-dessous qui fournit des extraits des déclarations fiscales de la société pour 2011.

Figure 7

Calcul de la base d'imposition de LNG Supply, telle que présentée à l'annexe 3 de la déclaration fiscale de 2011

Accrétion du Zora

Le montant de l'accrétion sur le Zora comme indiqué dans les comptes annuels n'est pas conforme aux accords préalables signés par les autorités fiscales le 9 septembre 2008 et 9 mars 2012.

Par conséquent, un bilan fiscal a été dressé afin de tenir compte du montant correct. En effet, suivant cet accord préalable, la société n'est pas imposable que sur la marge (voir ci-dessous).

Calcul de la marge

Marge nette de $[1/(50-100)\%]$ sur la valeur des actifs bruts (càd la valeur moyenne des actifs finançant le Zora), avec un minimum de $[0,0-0,5\%]$ du chiffre d'affaires brut dérivant des actifs qui ont été transférés à la Société (càd le revenu total de la Société).

Marge minimum

| Produit total | Taux | Date début | Date fin | Marge minimum (USD) |
|---------------|-------------|------------|----------|-----------------------|
| 1 573 579 569 | [0,0-0,5 %] | 01/01/11 | 31/12/11 | [3 500 000-4 000 000] |

Marge nette de $[1/(50-100)\%]$ sur la valeur moyenne des actifs finançant le Zora

| Date | Zora |
|----------|---|
| 01/01/11 | 692 817 329 (Voir déclaration fiscale 2010) |
| 31/12/11 | 812 590 069 |
| Total | <u><u>1 505 407 398</u></u> |
| Moyenne | <u><u>752 703 699</u></u> |

| Zora | Taux | Date début | Date fin | Marge $[1/(50-100)\%]$ (USD) |
|-------------|------------------|------------|----------|------------------------------|
| 752 703 699 | $[1/(50-100)\%]$ | 01/01/11 | 31/12/11 | [100 000-150 000] |

⁽⁷²⁾ Demande de décision fiscale anticipative ZORA LNG de 2008, page 5, paragraphe 6.

⁽⁷³⁾ Demande de décision fiscale anticipative ZORA LNG de 2008, page 5, paragraphe 7.

⁽⁷⁴⁾ Les comptes et les déclarations fiscales de LNG Supply ont été fournis pour les années 2011 et 2012 (les comptes sont également disponibles pour 2010). Les comptes et les déclarations fiscales de LNG Luxembourg ont été fournis pour les années 2011, 2012 et 2013. De plus, dans sa lettre du 23 mai 2016, le Luxembourg a fourni les comptes annuels de LNG Supply, LNG Luxembourg et LNG Holding pour les années 2013 et 2014.

⁽⁷⁵⁾ Voir la note 9 des comptes annuels de LNG Supply au 31 décembre 2010.

⁽⁷⁶⁾ Inscrite dans le compte de résultat sous «autres intérêts dus et charges similaires».

- (67) Dans les comptes légaux annuels de LNG Supply, les montants correspondant à l'accrétion sur ZORA sont inscrits dans la classe comptable «Dettes non subordonnées»⁽⁷⁷⁾, sous la désignation «Montants dus aux sociétés affiliées exigibles et payables après moins d'un an» dans «Accrétion cumulée»⁽⁷⁸⁾. Les sommes reportées dans cette classe comptable pour la période 2009 à 2014 dans les comptes légaux de LNG sont présentées dans le Tableau 2.

Tableau 2

Accrétion cumulée inscrite dans les comptes financiers de LNG Supply

| Millions d'USD | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 |
|---------------------|------|------|-------|-----------|-----------|-----------|
| «Accrétion cumulée» | 10,8 | 46,2 | 165,8 | [350-400] | [650-700] | [450-500] |

- (68) Le montant nominal du ZORA pour LNG de 646 000 000 USD est inscrit dans la même classe «Montants dus aux sociétés affiliées exigibles et payables après moins d'un an» dans les «Dettes financières». Ce montant ne varie pas sur la période 2009-2013. En 2014, il a été réduit à 452 200 000 USD suite à la conversion partielle réalisée cette année-là.

2.2.2.7. *La demande de décision fiscale anticipative concernant la conversion partielle du ZORA pour LNG de 2008*

- (69) Une demande de décision fiscale anticipative du 20 septembre 2013 concerne les implications fiscales de la conversion partielle du ZORA pour LNG.
- (70) D'après cette demande de décision fiscale anticipative, [...]. Pour cela, il réaliserait une première conversion partielle en actions pour un montant estimé à cette date à [300-400] millions d'USD. Si elle est exécutée, la conversion devrait avoir lieu, d'après la demande de décision fiscale anticipative, pour la fin de 2013 ou le début de 2014. Le jour de la conversion, une décision serait prise afin de réduire le capital nominal de LNG Supply à un montant égal au montant de la conversion. D'après la demande de décision fiscale anticipative, «[p]our [LNG Luxembourg] la conversion partielle du ZORA n'a aucune incidence fiscale»⁽⁷⁹⁾. «En raison de la réduction de capital par [LNG Supply], [LNG Holding] comptabilisera un bénéfice équivalent à la différence entre le montant nominal des actions converties et le montant de la conversion. Ce bénéfice sera visible dans les livres comptables de [LNG Holding] et est couvert par l'exonération des participations»⁽⁸⁰⁾.
- (71) Les comptes annuels de 2014 de LNG Supply transmis par le Luxembourg à la Commission dans sa lettre du 23 mai 2016 montrent qu'une conversion partielle a été réalisée cette année-là. D'après les comptes, la conversion a été divisée «entre une partie du montant nominal et une partie d'accrétion»⁽⁸¹⁾. De ce fait, en septembre 2014, LNG Supply a augmenté son capital de 699,9 millions d'USD pour rembourser partiellement le ZORA pour LNG. Des actions ont été émises à la valeur nominale et ont ensuite été annulées par une réduction de capital à leur montant nominal⁽⁸²⁾. D'après les comptes de LNG Holding, cette opération a généré une plus-value de 506,1 millions d'USD⁽⁸³⁾ pour LNG Holding.

2.3. Description du cadre juridique national applicable

- (72) Au Luxembourg, l'impôt sur les sociétés est dû sur le bénéfice commercial réalisé au cours de l'année, déduction faite des pertes commerciales et des dépenses déductibles⁽⁸⁴⁾. Selon l'article 163, alinéa 1^{er}, l'impôt sur le revenu est prélevé sur le revenu imposable du contribuable durant l'année calendrier⁽⁸⁵⁾.

⁽⁷⁷⁾ Dans la classe «Créanciers» dans les comptes annuels de 2010.

⁽⁷⁸⁾ Dans la classe «Dettes financières GS LNG Lux, Accrétion annuelle» dans les comptes annuels de 2010.

⁽⁷⁹⁾ Demande de décision fiscale anticipative concernant la conversion partielle du ZORA pour LNG de 2008, page 2, section 3.1.

⁽⁸⁰⁾ Demande de décision fiscale anticipative concernant la conversion partielle du ZORA pour LNG de 2008, page 2, section 3.1.

⁽⁸¹⁾ Comptes 2014 de LNG Supply, note 8.

⁽⁸²⁾ Comptes 2014 de LNG Supply, note 7.

⁽⁸³⁾ Comptes 2014 de LNG Supply, note 3.

⁽⁸⁴⁾ Voir l'article 6, alinéa 1^{er}, et les articles 7, 14, 45, 109, 163, 167 de la LIR.

⁽⁸⁵⁾ L'article 163, alinéa 1^{er}, de la LIR dispose ce qui suit: «L'impôt sur le revenu des collectivités frappe le revenu imposable réalisé par le contribuable pendant l'année du calendrier.»

- (73) Selon l'article 159 de la LIR, les sociétés indigènes et les sociétés étrangères qui résident au Luxembourg sont imposées sur la totalité de leurs revenus⁽⁸⁶⁾. Une société est considérée comme résidente au Luxembourg si son siège statutaire ou son administration centrale se trouve sur le territoire du Luxembourg. Les sociétés indigènes et les sociétés étrangères résidentes au Luxembourg sont donc soumises à l'impôt sur les sociétés sur les bénéfices qu'elles réalisent au niveau mondial, sauf lorsqu'une convention fiscale s'applique. En ce qui concerne les établissements stables des sociétés non résidentes, l'article 160 de la LIR prévoit que ces entités sont uniquement soumises à l'imposition des revenus indigènes⁽⁸⁷⁾.
- (74) L'impôt sur les sociétés luxembourgeois se compose d'un impôt frappant les bénéfices des sociétés (l'*impôt sur le revenu des collectivités*) ou «IRC»), dont le taux est fixé à 21 %, et, pour les sociétés établies dans la ville de Luxembourg, d'un impôt communal sur les bénéfices des sociétés commerciales (l'*impôt commercial communal*), dont le taux est fixé à 6,75 %. Une majoration de 5 % est, en outre, appliquée aux 21 % de l'IRC afin d'alimenter un fonds pour l'emploi⁽⁸⁸⁾. Depuis le 1^{er} janvier 2011, toutes les sociétés soumises à l'impôt au Luxembourg sont imposées sur leurs bénéfices imposables au taux standard de 28,80 %⁽⁸⁹⁾. Compte tenu des modifications introduites pour l'année d'imposition 2013, le taux d'imposition cumulé des revenus des sociétés est passé de 28,80 % à 29,22 % pour la ville de Luxembourg⁽⁹⁰⁾.
- (75) L'article 7, alinéa 1^{er}, de la LIR prévoit que le revenu imposable est obtenu par la déduction des dépenses spéciales visées à l'article 109 de la LIR du total des revenus nets⁽⁹¹⁾. D'autres déductions spéciales sont prévues à l'article 167 de la LIR. En ce qui concerne le traitement fiscal des intérêts débiteurs, selon l'article 109 de la LIR, les paiements d'intérêts sur emprunts, les obligations, les obligations non garanties et autres dettes de la société sont déductibles en tant que dépenses d'exploitation normales pour la société qui effectue le paiement⁽⁹²⁾. En ce qui concerne le bénéficiaire, les intérêts créditeurs reçus sont soumis à l'impôt sur le revenu des collectivités conformément à l'article 97, alinéa 1^{er}, numéro 3 ou 5, de la LIR⁽⁹³⁾.
- (76) En ce qui concerne la distribution des bénéfices, l'article 164, alinéas 1^{er} et 2, de la LIR dispose que ceux-ci ne sont pas déductibles et, par conséquent, doivent être inclus dans le revenu imposable, qu'ils aient été effectivement distribués ou non⁽⁹⁴⁾. L'article 164, alinéa 3, de la LIR dispose que les distributions cachées de bénéfices sont à comprendre dans le revenu imposable. Il y a distribution cachée de bénéfices notamment si un associé, sociétaire ou intéressé

⁽⁸⁶⁾ L'article 159, alinéa 1^{er}, de la LIR dispose ce qui suit: «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.» L'article 159, alinéa 2, de la LIR dispose ce qui suit: «L'impôt sur le revenu des collectivités porte sur l'ensemble des revenus du contribuable.»

⁽⁸⁷⁾ Article 160 de la LIR: «Sont passibles de l'impôt sur le revenu des collectivités pour leur revenu indigène au sens de l'article 156, les organismes à caractère collectif de l'article 159 qui n'ont ni leur siège statutaire, ni leur administration centrale sur le territoire du Grand-Duché.» L'article 156 de la LIR définit les revenus indigènes comme suit: «Sont considérés comme revenus indigènes des contribuables non résidents: 1. le bénéfice commercial au sens des articles 14 et 15: a) lorsqu'il est réalisé directement ou indirectement par un établissement stable ou un représentant permanent au Grand-Duché, excepté toutefois lorsque le représentant permanent est négociant en gros, commissionnaire ou représentant de commerce indépendant;»

⁽⁸⁸⁾ En 2012, la majoration de solidarité est passée de 5 % à 7 %, avec effet à partir de l'année d'imposition 2013.

⁽⁸⁹⁾ L'impôt sur les sociétés luxembourgeois se compose d'un impôt frappant les bénéfices des sociétés (l'*impôt sur le revenu des collectivités*) ou «IRC»), dont le taux est fixé à 21 %, et, pour les sociétés établies dans la ville de Luxembourg, d'un impôt communal sur les bénéfices des sociétés commerciales (l'*impôt commercial communal*), dont le taux est fixé à 6,75 %. Une majoration de 5 % est, en outre, appliquée aux 21 % de l'IRC afin d'alimenter un fonds pour l'emploi. En 2012, la majoration de solidarité est passée de 5 % à 7 %, avec effet à partir de l'année d'imposition 2013. Compte tenu des modifications introduites pour l'année d'imposition 2013, le taux d'imposition cumulé des revenus des sociétés est passé de 28,80 % à 29,22 % pour la ville de Luxembourg. En outre, les sociétés du Luxembourg sont soumises à un impôt annuel sur la fortune, qui consiste en un prélèvement de 0,5 % sur la valeur nette du patrimoine mondial de la société au 1^{er} janvier de chaque année.

⁽⁹⁰⁾ En outre, les sociétés du Luxembourg sont soumises à un impôt annuel sur la fortune, qui consiste en un prélèvement de 0,5 % sur la valeur nette du patrimoine mondial de la société au 1^{er} janvier de chaque année.

⁽⁹¹⁾ L'article 7, alinéa 1^{er}, de la LIR dispose ce qui suit: «Le revenu imposable est obtenu par la déduction des dépenses spéciales visées à l'article 109 du total des revenus nets.»

⁽⁹²⁾ L'article 109, alinéa 1^{er}, dispose ce qui suit: «Sont déductibles du total des revenus nets, dans la mesure où elles ne sont à considérer ni comme dépenses d'exploitation ni comme frais d'obtention, les charges et dépenses suivantes, qualifiées de dépenses spéciales: 1a. les intérêts débiteurs, dans la mesure où ces intérêts ne sont pas en rapport économique avec des revenus exemptés.»

⁽⁹³⁾ La législation fiscale du Luxembourg définit plusieurs catégories d'intérêts soumis à l'impôt sur le revenu et à l'impôt sur les sociétés à l'article 97, alinéa 1^{er}, numéros 3 à 5, de la LIR, parmi lesquels: les arrrages et intérêts d'obligations et d'autres titres analogues y compris les parts de bénéfice et les primes de remboursement (numéro 3), les intérêts de créances garanties par un droit dont l'opposabilité aux tiers est soumise à la transcription ou à l'inscription sur les registres du conservateur des hypothèques (numéro 4), les intérêts des créances de toute nature et notamment des prêts, avoirs, dépôts, comptes d'épargne et comptes courants (numéro 5).

⁽⁹⁴⁾ L'article 164, alinéa 1^{er}, de la LIR dispose ce qui suit: «Pour déterminer le revenu imposable, il est indifférent que le revenu soit distribué ou non aux ayants droit.» L'article 164, alinéa 2, établit que les rémunérations sur certains instruments financiers, tels que les instruments donnant droit à une participation au bénéfice annuel ou au bénéfice de liquidation constituant des distributions de dividendes et doivent par conséquent être incluses dans la base d'imposition de la société à l'origine du revenu (c'est-à-dire qu'elles ne peuvent pas être déduites). («Sont à considérer comme distribution dans le sens de l'alinéa qui précède, les distributions de quelque nature qu'elles soient, faites à des porteurs d'actions, de parts bénéficiaires ou de fondateurs, de parts de jouissance ou de tous autres titres, y compris les obligations à revenu variable donnant droit à une participation au bénéfice annuel ou au bénéfice de liquidation»).

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⁽⁹⁵⁾.

- (77) La circulaire 164/2, bien qu'applicable aux sociétés financières, explique le champ d'application de l'article 164, alinéa 3, de la LIR. Selon cette circulaire, l'article 164, alinéa 3, de la LIR dispose que les distributions [cachées de bénéfiques] sont «à comprendre dans le revenu imposable de la société ou de l'association, [et] consacre le principe de pleine concurrence en droit interne. Un service intra-groupe (y compris une transaction de financement 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»⁽⁹⁶⁾. Ainsi, l'article 164, alinéa 3, de la LIR impose l'application du principe de pleine concurrence aux transactions intra-groupe.
- (78) De plus, toute société luxembourgeoise recevant des dividendes doit les inclure (y compris dans le cas de distributions cachées) dans son revenu imposable⁽⁹⁷⁾, sauf s'ils sont reçus en relation avec des actions pour lesquelles l'exonération de participation s'applique en vertu de l'article 166 de la LIR⁽⁹⁸⁾.
- (79) Enfin, en ce qui concerne la conversion d'emprunts en actions, conformément aux principes généraux d'évaluation visés à l'article 22, alinéa 5, de la LIR, l'échange de biens est à considérer comme cession à titre onéreux du bien donné en échange, suivie de l'acquisition à titre onéreux du bien reçu en échange. Le prix de cession du bien donné en échange correspond à sa valeur estimée de réalisation, pouvant ainsi donner lieu à une plus-value imposable. Par dérogation à cette règle générale, l'article 22bis, alinéa 2, numéro 1, de la LIR dispose que la conversion d'un emprunt en titres représentatifs du capital social du débiteur n'entraînera pas la réalisation d'une plus-value à des fins fiscales. La même disposition prévoit toutefois que cette dérogation ne s'applique pas à l'intérêt capitalisé sur l'emprunt jusqu'à la date de l'échange⁽⁹⁹⁾.

3. POSITION DU LUXEMBOURG

- (80) Dans sa lettre du 23 mai 2016, le Luxembourg indique que les ZORA décrits dans la demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010 et la demande de décision fiscale anticipative ZORA LNG de 2008 sont des instruments de dette et déclare que le traitement fiscal accordé sur la base des décisions fiscales anticipatives en cause est conforme aux règles fiscales luxembourgeoises.

⁽⁹⁵⁾ L'article 164, alinéa 3^{er}, de la LIR dispose ce qui suit: «Les distributions cachées de bénéfiques sont à comprendre dans le revenu imposable. Il y a distribution cachée de bénéfiques 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».

⁽⁹⁶⁾ Circulaire 164/2, section 2. Voir également la décision de la Commission du 21 octobre 2015 concernant l'aide d'État SA.38375 mise à exécution par le Luxembourg en faveur de Fiat, faisant l'objet d'un recours, considérant 75. Voir également la jurisprudence du Luxembourg appliquant cette disposition: jugements du tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg du 27 novembre 2006 (rôle n° 21033) («Les distributions cachées de bénéfiques visées par l'article 164 (3) LIR existent si un associé ou un actionnaire reçoit directement ou indirectement d'une société des avantages qu'il n'aurait pu obtenir en l'absence de ce lien. La situation concernée est celle où un gestionnaire prudent et avisé n'aurait pas accordé un avantage similaire à un tiers») et du 4 octobre 2012 (rôle n° 28782) («Les distributions cachées de bénéfiques visées par l'alinéa 3 de l'article 164 LIR existent si un associé, sociétaire ou un intéressé reçoit, ne serait-ce qu'indirectement, d'une société un avantage qu'il n'aurait pas pu obtenir en l'absence de son lien spécial, c'est-à-dire que ladite disposition légale vise la situation où un gestionnaire prudent et avisé n'aurait pas accordé un avantage similaire à un tiers»).

⁽⁹⁷⁾ Article 97, alinéa 1^{er}, de la LIR.

⁽⁹⁸⁾ Le régime d'exonération de participation du Luxembourg prévoit une exonération de l'impôt sur les revenus, de l'impôt anticipé et de l'impôt sur la fortune pour les investissements admissibles détenus par des entités admissibles. En particulier, l'article 166 de la LIR prévoit, conformément à la directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents (JO L 345 du 9.12.2011, p. 8) (ci-après la «directive mères-filiales») que les dividendes ou plus-values reçus par une entité luxembourgeoise en sa qualité d'actionnaire sont exonérés de l'impôt sur les sociétés au Luxembourg lorsque le bénéficiaire détient ou s'engage à détenir sa participation pendant une période ininterrompue d'au moins 12 mois et que pendant toute cette période, le taux de participation ne descend pas sous les 10 % ou sous un prix d'acquisition de 1,2 million d'euros. De plus, en vertu de l'article 147 de la LIR, aucune retenue d'impôt sur les dividendes distribués n'est à opérer si les conditions pour l'exonération des participations sont réunies.

⁽⁹⁹⁾ L'article 22bis, alinéa 2, dispose ce qui suit: «Par dérogation à l'article 22, alinéa 5, les opérations d'échange visées aux numéros 1 à 4 ci-dessous ne conduisent pas à la réalisation des plus-values inhérentes aux biens échangés, à moins que, dans les cas visés aux numéros 1, 3 et 4, soit le créancier, soit l'associé ne renoncent à l'application de la présente disposition: 1. lors de la conversion d'un emprunt: l'attribution au créancier de titres représentatifs du capital social du débiteur. En cas de conversion d'un emprunt capitalisant convertible, l'intérêt capitalisé se rapportant à la période de l'exercice d'exploitation en cours précédant la conversion est imposable au moment de l'échange.» L'article 22bis, alinéa 4, dispose également: «Dans le chef de l'associé, le prix et la date d'acquisition des titres reçus en échange correspondent au prix et à la date d'acquisition des titres donnés en échange. En cas de paiement d'une soulte à l'associé, le prix d'acquisition des titres reçus en échange est à diminuer du montant de ladite soulte.»

- (81) Le Luxembourg explique que le ZORA constitue une dette au niveau des entreprises émettrices et affirme que, sur le plan comptable, au regard des principes comptables luxembourgeois (ci-après les «Lux GAAP»), les entreprises émettrices sont tenues d'enregistrer l'accrétion sur ZORA comme un coût dans les comptes annuels⁽¹⁰⁰⁾. Conformément à cette qualification comptable, les provisions sur les ZORA doivent être considérées comme une charge/dépense pour les sociétés émettrices. Le Luxembourg déclare que, conformément à l'article 40 de la LIR, le bilan fiscal doit correspondre au bilan commercial⁽¹⁰¹⁾. Les décisions fiscales anticipatives en cause ne s'écartent pas du principe de l'article 40 de la LIR, dès lors que le traitement comptable détermine le traitement fiscal des ZORA. Par conséquent, d'un point de vue fiscal, les dépenses liées à l'accrétion annuelle sur ZORA sont déductibles pour les sociétés émettrices, en raison de leur absence de lien avec des revenus exonérés.
- (82) Au niveau des sociétés détentrices des ZORA, le Luxembourg invoque le principe de prudence qui est «*un des piliers de la loi comptable ainsi que de la législation fiscale luxembourgeoise*». Ce principe requiert qu'un produit ne soit comptabilisé qu'au moment où il est réalisé, alors que les coûts doivent être pris en compte dès le moment où leur réalisation est probable ou possible. Selon ce même principe, les moins-values latentes qui apparaissent à la clôture d'un exercice doivent être enregistrées. En revanche, les plus-values non encore réalisées ne sont pas comptabilisées. Afin d'éviter l'imposition de revenus non réalisés, l'article 23 de la LIR indique que les biens autres que les biens amortissables sont à évaluer au prix d'acquisition ou de revient. Conformément au principe de prudence, un profit ne peut être imposé tant qu'il n'est pas réalisé. Selon le Luxembourg, le principe de prudence implique donc que pour un même contrat (instrument financier), un coût peut être enregistré au niveau de l'émetteur alors qu'aucun revenu correspondant n'est enregistré (et dès lors imposé) au niveau du créancier.
- (83) Au niveau du créancier, d'après les Lux GAAP, le ZORA doit être valorisé à son coût d'acquisition (plutôt qu'à sa valeur de marché). La législation applicable à en matière de comptabilité annuelle ne prévoit pas de disposition dérogatoire à ce principe concernant les instruments financiers tels qu'un ZORA. En conséquence, les ZORA ne génèrent aucun revenu imposable pour le créancier avant leur conversion. Dans la mesure où le montant final de la valeur de marché du ZORA ne sera connu qu'au moment de la conversion en actions, aucun montant ne doit être comptabilisé annuellement par les sociétés détentrices et, de ce fait, aucune imposition ne peut avoir lieu. D'après le Luxembourg, dans le cadre des décisions fiscales anticipatives en cause, le principe de prudence a été appliqué conformément à la législation comptable et fiscale luxembourgeoise.
- (84) Le Luxembourg affirme que l'article 22, alinéa 5, de la LIR prévoit que l'échange de biens peut, en principe, générer une plus-value imposable. Il indique également que l'article 22bis, alinéa 2, numéro 1, de la LIR concerne le créancier qui échange, dans le cadre de la conversion de l'emprunt, sa créance contre une participation dans le capital social du débiteur de la créance. Pour qu'il n'y ait pas réalisation de la plus-value inhérente au ZORA, la valeur des actions reçues en échange doit correspondre à la valeur initiale du ZORA. La date d'acquisition initiale du ZORA est également maintenue⁽¹⁰²⁾.
- (85) Le Luxembourg avance également que, dans ce cas, les actions reçues par les créanciers sont considérées comme se substituant aux ZORA, puisque ceux-ci sont convertibles en actions. Dès lors, l'échange se fait de manière neutre d'un point de vue fiscal, comme le prévoit l'article 22bis de la LIR. Dans une telle hypothèse, le coût d'acquisition historique ainsi que la date d'acquisition historique sont à reporter pour les actions de conversion ainsi émises⁽¹⁰³⁾.
- (86) D'après le Luxembourg, les décisions fiscales anticipatives en cause ne font donc que confirmer le droit conféré au contribuable créancier par l'article 22bis de la LIR. Elles n'accordent aucun avantage sélectif puisque cette disposition est applicable à tout contribuable luxembourgeois sans restriction — qu'il s'agisse d'une multinationale ou non — et est communément appliquée depuis de nombreuses années. La possibilité de convertir des emprunts convertibles en actions existe depuis 1967 dans les dispositions législatives luxembourgeoises et est un principe bien connu dans plusieurs autres États membres.

⁽¹⁰⁰⁾ Les principes comptables généralement acceptés du Luxembourg (Lux GAAP) sont inclus dans le chapitre 2 du titre 2 de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises, telle que modifiée par la loi du 18 décembre 2015 modifiant, en vue de la transposition de la directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil.

⁽¹⁰¹⁾ L'article 40 de la LIR dispose ce qui suit: «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 prévues, suivant que les valeurs du bilan commercial répondent ou ne répondent pas aux mêmes prescriptions».

⁽¹⁰²⁾ Page 5 de la lettre du 23 mai.

⁽¹⁰³⁾ Page 5 de la lettre du 23 mai.

4. APPRÉCIATION DES MESURES EN CAUSE

4.1. Existence d'une aide

- (87) 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 membres ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence 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 remplies⁽¹⁰⁴⁾. Ainsi, pour qu'une mesure nationale puisse être qualifiée d'aide d'État, premièrement, il doit s'agir d'une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État, deuxièmement, cette intervention doit être susceptible d'affecter les échanges entre les États membres, troisièmement, elle doit accorder un avantage à son bénéficiaire et, quatrièmement, elle doit fausser ou menacer de fausser la concurrence⁽¹⁰⁵⁾.
- (88) En ce qui concerne la première condition permettant de qualifier une mesure d'aide d'État, les décisions fiscales anticipatives en cause ont été émises par l'administration fiscale luxembourgeoise, une entité de l'État de Luxembourg. Ces décisions fiscales anticipatives ont été utilisées par les sociétés suivantes du groupe GDF Suez: GSTM, EIL, LNG Supply, LNG Luxembourg et, indirectement, par la CEF et LNG Holding, pour calculer leur impôt annuel sur le revenu des sociétés au Luxembourg. L'administration fiscale luxembourgeoise a accepté ces calculs et, sur cette base, a accepté que les impôts payés par ces sociétés du groupe GDF Suez correspondent à leurs impôts sur le revenu des sociétés dus au Luxembourg. Les décisions fiscales anticipatives en cause sont dès lors imputables au Luxembourg. 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 un traitement fiscal avantageux qui, bien que ne comportant pas un transfert de ressources d'État, place les bénéficiaires dans une situation financière plus favorable que les autres contribuables constitue une aide d'État⁽¹⁰⁶⁾. Les décisions fiscales anticipatives en cause confirment que les accrétions sur ZORA sont des dépenses déductibles pour GSTM et LNG Supply alors que, une fois réalisés, les revenus correspondants seraient exonérés pour EIL et LNG Luxembourg. En conséquence, les accrétions sur ZORA restent non imposées au Luxembourg, de sorte qu'il peut être estimé qu'à ce stade, les décisions fiscales anticipatives en cause réduisent l'impôt dû par ces sociétés et le groupe GDF Suez dans son ensemble au Luxembourg et donnent donc lieu à une perte de ressources d'État. Cela est dû au fait que les dépenses des sociétés du groupe GDF Suez déclarées déductibles au Luxembourg, ainsi que les recettes des sociétés du groupe GDF Suez déclarées exonérées d'impôt au Luxembourg, entraînent une perte de recettes fiscales qui, dans le cas contraire, auraient été disponibles pour le Luxembourg⁽¹⁰⁷⁾.
- (89) En ce qui concerne la deuxième condition pour établir l'existence d'une aide, les entreprises bénéficiaires des décisions fiscales anticipatives en cause font partie du groupe GDF Suez, un groupe multinational présent dans le monde entier sur différents marchés de l'énergie dans l'ensemble des États membres, de sorte que toute aide en leur faveur est de nature à affecter les échanges au sein de l'Union. 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 du bénéficiaire par rapport à d'autres entreprises concurrentes⁽¹⁰⁸⁾. Dans la mesure où les décisions fiscales anticipatives en cause réduisent l'impôt qu'auraient été tenues de payer les sociétés du groupe GDF Suez en leur absence, les aides octroyées au moyen de ces décisions constituent des aides au fonctionnement, en ce qu'elles les soulagent d'une charge qu'elles auraient dû normalement supporter dans le cadre de leur gestion courante ou de leurs activités normales. Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, les aides au fonctionnement faussent en principe les conditions de concurrence⁽¹⁰⁹⁾, de sorte que toute aide octroyée à ces entreprises devrait être considérée comme faussant ou menaçant de fausser la concurrence parce qu'elle renforce la position financière de ces entreprises et du groupe GDF Suez dans son ensemble sur les marchés sur lesquels elles sont présentes. En particulier, en soulageant ces entreprises d'une charge fiscale qu'elles auraient dû supporter en l'absence de ces décisions et que les entreprises concurrentes doivent supporter, les décisions fiscales anticipatives en cause libèrent des ressources pour permettre à ces entreprises et au groupe auquel elles appartiennent d'investir dans leurs activités commerciales, ce qui fausse la concurrence sur le marché, de sorte que la quatrième condition pour établir l'existence d'une aide est également remplie en l'espèce.

⁽¹⁰⁴⁾ Voir l'affaire C-399/08 P, Commission/Deutsche Post, EU:C:2010:481, point 38, et la jurisprudence citée.

⁽¹⁰⁵⁾ Voir l'affaire C-399/08 P, Commission/Deutsche Post, EU:C:2010:481, point 39, et la jurisprudence citée.

⁽¹⁰⁶⁾ Voir les affaires jointes C-106/09 P et C-107/09 P, Commission/Gouvernement de Gibraltar et Royaume-Uni, EU:C:2011:732, point 72 et la jurisprudence citée.

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

⁽¹⁰⁸⁾ Voir l'affaire 730/79, Phillip Morris, EU:C:1980:209, point 11, et les affaires jointes T-298/97, T-312/97, etc., Alzetta, EU:T:2000:151, point 80.

⁽¹⁰⁹⁾ Affaire C-172/03, Heiser, EU:C:2005:130, point 55 (soulignement ajouté). Voir également l'arrêt dans l'affaire C-494/06 P, Commission/Italie et Wam, EU:C:2009:272, point 54, et la jurisprudence citée, et l'arrêt dans l'affaire C-271/13 P Rouse Industry/Commission, EU:C:2014:175, point 44. Affaires jointes C-71/09 P, C-73/09 P et C-76/09 P, Comitato «Venezia Vuole Vivere» e.a./Commission, EU:C:2011:368, point 136. Voir également l'affaire C-156/98, Allemagne/Commission, EU:C:2000:467, point 30, et la jurisprudence citée.

- (90) En ce qui concerne la troisième condition pour établir l'existence d'une aide, un avantage aux fins de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE désigne tout avantage économique qu'une entreprise n'aurait pas obtenu dans les conditions normales du marché, à savoir en l'absence d'intervention de l'État⁽¹¹⁰⁾. Aussi, un avantage existe dès lors que la situation financière d'une entreprise est améliorée du fait de l'intervention de l'État. Une telle amélioration est démontrée en comparant la situation financière de l'entreprise à la suite de la mesure en cause avec la situation financière de cette entreprise si la mesure n'avait pas été octroyée⁽¹¹¹⁾. Un avantage peut consister non seulement en l'octroi d'un avantage économique positif, mais aussi en l'allègement des charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise⁽¹¹²⁾. En ce qui concerne les mesures fiscales, un avantage peut être accordé par différents types de réduction de la charge fiscale d'une entreprise, notamment par une réduction de l'assiette fiscale ou du montant de l'impôt⁽¹¹³⁾. Comme le démontrera la Commission à la section 4.2, les décisions fiscales anticipatives en cause entraînent une baisse de l'impôt sur les sociétés annuel dû par GSTM et LNG Supply en permettant à ces dernières de déduire les accrétions sur ZORA de leur bénéfice imposable. Elles entraîneront également une baisse de l'impôt sur les sociétés dû par EIL et LNG Luxembourg en exonérant les revenus correspondants de leur bénéfice imposable. Les décisions fiscales anticipatives en cause confèrent dès lors un avantage économique à ces sociétés et au groupe GDF Suez dans son ensemble en réduisant leurs bases d'imposition.
- (91) En ce qui concerne le caractère sélectif de cet avantage, la Cour de justice a affirmé dans une affaire précédente concernant une mesure d'aide d'État individuelle (à opposer à un régime) que «l'identification de l'avantage économique permet, en principe, de présumer de sa sélectivité»,⁽¹¹⁴⁾ sans qu'il soit nécessaire d'analyser la sélectivité de la mesure au regard de l'analyse en trois étapes établie par la Cour de justice pour les régimes d'aides d'État en matière fiscale⁽¹¹⁵⁾. Comme les décisions fiscales anticipatives en cause sont des mesures d'aide individuelles octroyées uniquement à certaines sociétés du groupe GDF Suez, la simple constatation que ces mesures octroient un avantage à ces sociétés suffit pour conclure à la sélectivité de l'avantage.
- (92) Toutefois, à des fins d'exhaustivité, à la section 4.2, la Commission examinera ces mesures au regard de l'analyse en trois étapes établie par la Cour de justice pour les régimes d'aides d'État en matière fiscale afin de démontrer qu'elles sont également sélectives sur la base de cette analyse. Cependant, ce faisant, l'appréciation réalisée par la Commission pour établir si les décisions fiscales anticipatives en cause constituent ou non une dérogation au système de référence (la deuxième étape de l'analyse de sélectivité) coïncidera avec son appréciation visant à déterminer si ces mesures confèrent ou non un avantage à leurs bénéficiaires. La raison en est que la constatation de l'avantage induit par une mesure fiscale requiert une comparaison de la position économique du bénéficiaire de cette mesure avec la position économique de cette société en l'absence de la mesure, tandis que la constatation de la dérogation par rapport au système de référence requiert une comparaison de la position économique du bénéficiaire de cette mesure avec la position économique des opérateurs se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable à la lumière des objectifs de ce système de référence et qui ne bénéficient pas de la mesure fiscale en question. En d'autres termes, lorsqu'une mesure fiscale entraîne une réduction injustifiée de l'impôt dû par un bénéficiaire qui, en l'absence de cette mesure, devrait acquitter un impôt plus élevé en vertu du système de référence applicable, cette réduction constitue l'avantage conféré par la mesure fiscale en même temps que la dérogation au système de référence.

4.2. Existence d'un avantage sélectif

- (93) Une décision fiscale anticipative a pour but d'établir à l'avance l'application qui sera faite du régime de droit commun à un cas particulier, compte tenu des faits et des circonstances qui lui sont propres. Toutefois, à l'instar de toute autre mesure fiscale, l'émission d'une décision fiscale anticipative doit respecter les règles en matière d'aides d'État. Lorsqu'une décision fiscale anticipative avalise un résultat qui ne reflète pas de manière fiable le résultat qui aurait été obtenu en appliquant le régime de droit commun, sans que cela ne se justifie, cette décision peut conférer un avantage sélectif à son destinataire, dans la mesure où ce traitement sélectif entraîne une diminution de l'impôt dû par le contribuable dans l'État membre par comparaison avec les entreprises se trouvant dans une situation factuelle et juridique similaire.
- (94) En premier lieu, la Commission estime, à ce stade, que les décisions fiscales anticipatives en cause dérogent à l'application normale de l'article 109, alinéa 1^{er}, et de l'article 164 de la LIR en autorisant GSTM et LNG Supply à déduire les accrétions sur ZORA de leur bénéfice imposable. À ce stade, la Commission estime que l'administration fiscale luxembourgeoise n'aurait pas dû considérer que les accrétions sur ZORA constituaient une dépense déductible au sens de l'article 109, alinéa 1^{er}, de la LIR, mais comme une distribution de bénéfices imposable au sens de l'article 164, de la LIR. La Commission estime dès lors, à titre préliminaire, que les décisions fiscales anticipatives en cause confèrent un avantage sélectif à GSTM et LNG Supply, et au groupe GDF Suez dans son ensemble, sous la

⁽¹¹⁰⁾ Affaire C-39/94, SFEI et autres, EU:C:1996:285, point 60; affaire C-342/96, Espagne/Commission, EU:C:1999:210, point 41.

⁽¹¹¹⁾ Voir l'affaire C-173/73, Italie/Commission, EU:C:1974:71, point 13.

⁽¹¹²⁾ Voir, par exemple, l'affaire C-387/92, Banco Exterior de España, EU:C:1994:100.

⁽¹¹³⁾ Voir l'affaire C-66/02, Italie/Commission, EU:C:2005:768, point 78; l'affaire C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze e.a., EU:C:2006:8, point 132; et l'affaire C-522/13, Ministerio de Defensa et Navantia, EU:C:2014:2262, points 21 à 31. Voir également le point 9 de la communication de la Commission sur l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises (JO C 384 du 10.12.1998, p. 3).

⁽¹¹⁴⁾ Voir l'affaire C-270/15, Belgique/Commission, EU:C:2016:489, point 49 et l'affaire C-15/14, Commission/MOL, EU:C:2015:362, point 60.

⁽¹¹⁵⁾ Voir l'affaire T-385/12, Orange/Commission, EU:T:2015:117, point 53.

forme d'une réduction de leur base d'imposition et donc de leur impôt sur le revenu des sociétés dû au Luxembourg ⁽¹¹⁶⁾.

- (95) Dans un raisonnement subsidiaire, la Commission considère que si les décisions fiscales anticipatives en cause appliquent correctement l'article 109, alinéa 1^{er}, de la LIR, ce que la Commission conteste dans son raisonnement principal, elles dérogent néanmoins i) à l'article 22bis, numéro 1, et à l'article 97, alinéa 1^{er}, numéro 3, ou à l'article 97, alinéa 1^{er}, numéro 5, de la LIR, en exonérant d'impôts le revenu correspondant induit par les accrétions sur ZORA, une fois réalisé respectivement au niveau d'EIL et de LNG Luxembourg ⁽¹¹⁷⁾, et ii) aux règles ordinaires d'imposition des bénéficiaires des sociétés au Luxembourg, ou à l'article 164, alinéa 3, de la LIR, en autorisant GSTM et LNG Supply à déterminer leur bénéfice imposable d'une manière qui s'écarte d'une approximation fiable d'un résultat basé sur le marché conformément au principe de pleine concurrence, à savoir sur la base d'une marge fixe où le bénéfice imposable de GSTM est déterminé à $[1/(50-100)\%]$ de ses actifs et le bénéfice imposable de LNG Supply est déterminé à $[1/(50-100)\%]$ de ses actifs ou à $[0,0-0,50\%]$ de son chiffre d'affaires ⁽¹¹⁸⁾.
- (96) Comme expliqué au considérant (92), la Commission examinera les décisions fiscales anticipatives en cause à la lumière de l'analyse en trois étapes établie par la Cour de justice pour déterminer si une mesure fiscale donnée est sélective ⁽¹¹⁹⁾.
- (97) Premièrement, le régime fiscal commun ou normal applicable dans l'État membre est identifié comme «le système de référence». En règle générale, pour déterminer si une mesure fiscale donnée donne lieu à un avantage sélectif, il convient d'identifier un système de référence, 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 qu'il est défini par son objectif. La définition du système de référence dépend dès lors d'éléments tels que les assujettis, la base d'imposition, les faits imposables et les taux d'imposition applicables.
- (98) Deuxièmement, il convient d'évaluer si la mesure fiscale en question constitue une dérogation à ce système dans la mesure où elle introduit des différenciations entre opérateurs économiques se trouvant, au regard des objectifs intrinsèques du système, dans une situation factuelle et juridique comparable. Comme expliqué au considérant (92), lorsqu'une mesure fiscale entraîne une réduction injustifiée de l'impôt dû par un bénéficiaire qui, en l'absence de cette mesure, devrait acquitter un impôt plus élevé au titre du système de référence applicable, cette réduction constitue l'avantage conféré par la mesure fiscale en même temps que la dérogation au système de référence.
- (99) Troisièmement, si la mesure constitue une dérogation au système de référence, il faut alors vérifier si cette mesure est justifiée par la nature ou l'économie générale du système de référence. Une mesure constituant une exception à l'application du système fiscal de référence peut être justifiée si l'État membre concerné parvient à démontrer que cette mesure résulte directement des principes fondateurs ou directeurs de son système fiscal ⁽¹²⁰⁾. Si c'est le cas, la mesure fiscale n'est pas sélective. La charge de la preuve dans cette troisième étape incombe à l'État membre.

4.2.1. Avantage sélectif dû à une mauvaise application de l'article 109, alinéa 1^{er}, et de l'article 164 de la LIR

4.2.1.1. Détermination du système de référence

- (100) Par les décisions fiscales anticipatives en cause, l'administration fiscale luxembourgeoise a accepté une interprétation de l'article 109, alinéa 1^{er}, de la LIR selon laquelle les accrétions sur ZORA sont considérées comme des dépenses fiscalement déductibles pour GSTM et LNG Supply au sens de cette disposition ⁽¹²¹⁾. En ce qui concerne cette interprétation, la Commission estime que le système de référence est celui prévu à l'article 109, alinéa 1^{er}, et à l'article 164 de la LIR, qui sont les dispositions générales de la LIR qui s'appliquent à toutes les sociétés soumises à l'impôt au Luxembourg.
- (101) En vertu de l'article 163 de la LIR, les sociétés contribuables sont passibles de l'impôt sur le revenu des collectivités au Luxembourg sur la base de leurs revenus imposables. Le revenu du contribuable correspond à son bénéfice commercial réalisé au cours de l'année, déduction faite des pertes commerciales et des dépenses déductibles ⁽¹²²⁾. En ce qui concerne les dépenses déductibles, la LIR établit une distinction entre les paiements d'intérêts sur les créances (intérêts), qui sont fiscalement déductibles, et la rémunération du capital (distribution des bénéfices), qui ne l'est pas.

⁽¹¹⁶⁾ Section 4.2.1.

⁽¹¹⁷⁾ Section 4.2.2.

⁽¹¹⁸⁾ Section 4.2.2.2.

⁽¹¹⁹⁾ Affaires jointes C-78/08 à C-80/08, *Paint Graphos*, ECLI:EU:C:2009:417.

⁽¹²⁰⁾ Voir les affaires jointes C-78/08 à C-80/08 *Paint Graphos* ECLI:EU:C:2009:417, point 65.

⁽¹²¹⁾ «L'augmentation en valeur de l'obligation au titre du ZORA entraînera une déduction équivalente» pour la société opérante (voir page 2 de la demande de décision fiscale anticipative ZORA LNG de 2008 et page 2 de la demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010).

⁽¹²²⁾ Voir l'article 6, alinéa 1^{er}, ainsi que les articles 7, 14, 45, 109, 163 et 167.

- (102) L'article 109 de la LIR dispose que les paiements d'intérêts sur emprunts, les obligations, les obligations non garanties et autres dettes d'une société sont déductibles en tant que dépenses d'exploitation normales pour la société qui effectue le paiement ⁽¹²³⁾. L'article 97, alinéa 1^{er}, numéros 3 et 5, de la LIR prévoit que ce revenu est frappé de l'impôt sur le revenu des sociétés au niveau de la société qui perçoit les intérêts ⁽¹²⁴⁾.
- (103) À l'inverse, l'article 164, alinéa 1^{er}, de la LIR dispose que la distribution de bénéfices doit être incluse dans le revenu imposable du contribuable (qu'ils soient ou non effectivement payés) et, par conséquent, ne peut pas être déduite. L'article 164, alinéa 2, de la LIR requiert d'inclure dans le revenu imposable les paiements associés à des instruments lorsque ces derniers donnent à leurs détenteurs un «*droit à une participation au bénéfice annuel ou au bénéfice de liquidation*». Enfin, l'article 164, alinéa 3, de la LIR, requiert d'inclure dans le revenu imposable du contribuable les «*distributions cachées de bénéfices*», désignant toute situation où 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*».
- (104) À la lumière de l'objectif intrinsèque de ces dispositions, qui est d'imposer le revenu imposable de toutes les entreprises soumises à l'impôt sur le revenu des sociétés au Luxembourg, toutes les sociétés contribuables doivent être considérées comme se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable aux fins de l'article 109, alinéa 1^{er}, et de l'article 164 de la LIR.

4.2.1.2. Dérogation au système de référence donnant lieu à un avantage sous la forme d'une réduction de la base d'imposition

- (105) L'article 109, alinéa 1^{er}, de la LIR dispose que les «*intérêts de créances*» sont déductibles de la base d'imposition d'une société contribuable. Toutefois, étant donné que d'un point de vue contractuel, comptable ou économique, les ZORA ne semblent pas générer de paiements d'intérêts ou de dépenses équivalentes, que ce soit actuellement ou à l'avenir, la Commission estime, à ce stade, que l'administration fiscale luxembourgeoise a eu tort de considérer que les accrétions sur ZORA étaient des intérêts de créances déductibles au sens de l'article 109, alinéa 1^{er}, de la LIR.
- (106) Du point de vue contractuel, tant les décisions fiscales anticipatives en cause que le contrat-type ZORA indiquent à plusieurs reprises que le ZORA est «*sans intérêts*». Par conséquent, aucune charge ne doit être inscrite dans les comptes de GSTM ou LNG Supply pour ce qui est de l'obligation de paiement dans les exercices financiers respectifs au titre des ZORA. En outre, le contrat-type ZORA stipule que l'emprunteur rembourse le prêt sous-tendant le ZORA en émettant de nouvelles actions ⁽¹²⁵⁾. Une émission de nouvelles actions n'entraîne pas, en principe, une dépense comptable déductible fiscalement. Au contraire, l'émission de nouvelles actions débouche sur la dilution des actionnaires existants. Si aucun fonds supplémentaire n'est apporté par les investisseurs dans les nouvelles actions, le niveau de fonds propres de la société restera le même, mais ces fonds propres seront répartis en un plus grand nombre d'actions. Par conséquent, rien n'indique que le remboursement futur sous forme d'actions produira une charge future correspondant à une perte ou à une obligation.
- (107) D'un point de vue comptable, premièrement, les comptes annuels 2014 de LNG Supply n'indiquent aucune dépense ni charge pour l'accrétion sur ZORA qui avait été payée au moment de la conversion partielle. Le montant de la réduction de capital inscrit dans les comptes correspond au montant total de l'accrétion sur ZORA remboursé et au prix d'émission remboursé. Ce même traitement comptable a été appliqué à la fois au remboursement du prix d'émission et au remboursement de l'accrétion sur ZORA par l'émission d'actions ⁽¹²⁶⁾.
- (108) Deuxièmement, un paiement futur potentiel sous forme d'actions de tout montant excédant le prix d'émission est subordonné au bénéfice réalisé sur les périodes futures. Par conséquent, si GSTM et LNG Supply ne réalisent pas de bénéfice ou enregistrent des pertes, ces paiements futurs seront réduits, voire annulés. Ce n'est en principe pas le cas pour les paiements d'intérêts ou d'autres formes de rémunération d'un instrument de dette. Les déductions annuelles pour les paiements futurs potentiels de l'accrétion sur ZORA sembleraient encore plus injustifiées si l'accrétion cumulée sur ZORA au moment de la conversion était inférieure à la somme des déductions antérieures, du fait que des pertes auraient été enregistrées par GSTM et LNG Supply pendant la durée de vie de l'instrument. L'enregistrement de pertes n'est pas à exclure dans le cas d'activités présentant un certain risque commercial et, comme GSTM et LNG Supply exercent des activités présentant un certain risque commercial, à savoir, respectivement, des activités financières et des activités de trading d'énergie, l'enregistrement de pertes en l'espèce ne peut être exclu. En réalité, l'obligation de payer étant liée au revenu cumulé déduction faite des pertes cumulées au moment de la conversion, il semble que l'enregistrement d'un bénéfice annuel ne puisse entraîner une obligation de payer.

⁽¹²³⁾ Voir les notes de bas de page 91 et 92.

⁽¹²⁴⁾ Voir la note de bas de page 93.

⁽¹²⁵⁾ Voir le considérant (31).

⁽¹²⁶⁾ Voir le considérant (71).

- (109) Troisièmement, un instrument de dette peut être rémunéré même s'il ne porte pas d'intérêts périodiques lorsque le montant du remboursement est supérieur au montant du prêt initialement accordé. Dans un tel cas, une dépense annuelle correspondant à l'amortissement de la différence entre le prix du remboursement et le montant initial du prêt peut être inscrite dans les comptes annuels. Cela représenterait un taux d'intérêt implicite payé chaque année et qui s'accumulerait avec le temps à hauteur de cette différence. Toutefois, la déduction de ce type d'intérêts du bénéfice imposable annuel exigerait une réelle obligation future de payer un montant supérieur à l'arrivée à l'échéance de l'emprunt. Or, il ne semble pas qu'une réelle obligation future de ce type existe dans le cas des ZORA. En réalité, le contrat-type ZORA stipule que «le créancier accorde au débiteur un prêt d'un montant équivalent au montant principal actualisé au prix d'émission»⁽¹²⁷⁾. Le prix d'émission des ZORA est fixé dans le contrat-type sous la forme d'un montant. Toutefois, le montant principal n'est pas déterminé dans le contrat en termes absolus, mais défini comme la somme du prix d'émission et de l'accrétion sur ZORA. De ce fait, il ne peut être établi que postérieurement. Par conséquent, même si les ZORA étaient considérés porteurs d'un taux d'intérêt implicite⁽¹²⁸⁾, ce dernier ne serait toutefois pas certain mais uniquement basé sur la rentabilité de la société dans son ensemble.
- (110) Pour permettre une déduction de l'accrétion sur ZORA en l'espèce, le Luxembourg invoque l'article 40 de la LIR⁽¹²⁹⁾, selon lequel le bilan fiscal doit se rapprocher du bilan commercial et les dépenses associées à l'accrétion annuelle dans les comptes sont déductibles⁽¹³⁰⁾. À ce stade, la Commission ne peut pas suivre ce raisonnement, étant donné que l'article 40 de la LIR dicte le principe selon lequel les valeurs à prendre en considération dans le bilan fiscal doivent être les mêmes que celles du bilan commercial, excepté si des règles fiscales imposent un ajustement⁽¹³¹⁾. Le fait que la valeur fiscale nette ne doive pas suivre le bilan commercial lorsque les règles fiscales imposent un ajustement est confirmé par la circulaire du directeur des contributions L.I.R. — n° 174/1 du 1^{er} août 2013, «*Impôt minimum en matière de l'impôt sur le revenu des collectivités*» selon laquelle:

«[c]onformément au principe de l'accrochement du bilan fiscal au bilan commercial de l'article 40 L.I.R., le total du bilan est en principe celui de la clôture du bilan commercial, à moins que ce bilan nécessite d'être retraité afin d'être compatible avec les principes et les règles d'évaluation valables en matière des impôts directs»⁽¹³²⁾.

- (111) De ce fait, et nonobstant le traitement comptable des accrétions sur ZORA (c'est-à-dire même si les accrétions sur ZORA ont été correctement enregistrées dans les comptes de GSTM et LNG Supply), aucune déduction fiscale n'aurait dû être accordée dans les déclarations fiscales de GSTM et LNG Supply. La Commission ne comprend pas comment la règle selon laquelle le traitement fiscal doit suivre le traitement comptable pourrait justifier une dérogation à la règle générale sur les dépenses fiscalement déductibles établie à l'article 109, alinéa 1^{er}, de la LIR, qui autorise uniquement la déduction des intérêts débiteurs. Comme cela a déjà été expliqué, bien que les accrétions sur ZORA soient qualifiées de «rémunération» du prêt dans la demande de décision fiscale anticipative⁽¹³³⁾, les ZORA ne correspondent pas à un prêt portant une rémunération déductible fiscalement.
- (112) En tout état de cause, la Commission ne comprend pas pourquoi le traitement comptable des accrétions sur ZORA prescrirait une déduction d'un point de vue comptable, comme l'affirme le Luxembourg. L'article 44 Lux GAAP dispose que les provisions pour risques et charges ont pour objet de couvrir des pertes ou dettes qui sont nettement circonscrites quant à leur nature mais, à la date de clôture du bilan, sont ou probables ou certaines mais indéterminées quant à leur montant ou quant à la date de leur survenance⁽¹³⁴⁾. Toutefois, les ZORA ne semblent pas donner lieu à des charges futures destinées à couvrir des pertes ou des dettes, probables ou certaines, mais indéterminées quant à leur montant au sens de l'article 44 Lux GAAP.

⁽¹²⁷⁾ Voir le considérant (28).

⁽¹²⁸⁾ Ce taux varierait selon les années indépendamment de la transaction de financement ZORA. En fait, le taux d'intérêt implicite du ZORA pour GSTM pour la période comprise entre le 2 mai 2011 et la fin 2012, basé sur l'accrétion sur ZORA pour cette période, s'élèverait à [5 — 10 %]. Si le montant comptabilisé à la fin 2015 sous «Accrétion cumulée», de [600 — 650] millions d'euros, correspond entièrement à l'accrétion sur ZORA, le taux d'intérêt implicite est de [5 — 10 %].

⁽¹²⁹⁾ Voir le considérant (81).

⁽¹³⁰⁾ Article 40 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 prévues, suivant que les valeurs du bilan commercial répondent ou ne répondent pas aux mêmes prescriptions».

⁽¹³¹⁾ «Lorsque les prescriptions régissant l'évaluation au point de vue fiscal n'exigent pas une évaluation à un montant déterminé».

⁽¹³²⁾ Italique et soulignement ajoutés par la Commission.

⁽¹³³⁾ Demande de décision fiscale anticipative GSTM ZORA 2010, note de bas de page 4 et demande de décision fiscale anticipative LNG ZORA 2008, note de bas de page 3.

⁽¹³⁴⁾ Article 44 de la loi comptable du 19 décembre 2002: «(1) Les provisions pour risques et charges ont pour objet de couvrir des pertes ou dettes qui sont nettement circonscrites quant à leur nature mais, à la date de clôture du bilan, sont ou probables ou certaines mais indéterminées quant à leur montant ou quant à la date de leur survenance. (2) Est également autorisée la constitution de provisions ayant pour objet de couvrir des charges qui trouvent leur origine dans l'exercice ou en exercice antérieur et qui sont nettement circonscrites quant à leur nature mais qui, à la date de clôture du bilan, sont ou probables ou certaines mais indéterminées quant à leur montant ou quant à la date de leur survenance. (3) Les provisions pour risques et charges ne peuvent pas avoir pour objet de corriger les valeurs des éléments de l'actif.»

- (113) En outre, la Commission a des doutes sur le fait que la qualification des accrétions sur ZORA comme dépenses — alors qu'il n'est pas établi que ces instruments donneraient lieu à des dépenses futures au moment de l'émission de nouvelles actions — puisse être considérée comme compatible avec le principe de prudence qui, comme le confirme le Luxembourg dans sa lettre du 23 mai 2016, s'applique en vertu de la loi comptable et fiscale luxembourgeoise. En réalité, les principes comptables prennent comme référence un homme d'affaires prudent qui ne prendrait pas de décisions allant à l'encontre des intérêts de la société, comme des décisions visant à réduire les bénéfices de la société en l'absence d'une quelconque obligation de le faire.
- (114) La Commission observe également que les demandes de décisions fiscales anticipatives veulent la confirmation que «dans l'éventualité improbable où le traitement comptable ne serait pas totalement en ligne avec les obligations en vertu du contrat ZORA, le bénéfice ou la perte en résultant indiqué dans les comptes annuels n'affectera pas la situation fiscale exposée ci-dessus»⁽¹³⁵⁾. Il semble qu'on parte du principe que le traitement comptable pourrait ne pas prendre en compte l'existence d'une dépense et demande, dans ce cas, le maintien de la déductibilité fiscale. Les éléments sur lesquels se base cette demande ne sont pas clairs, étant donné qu'il a été établi que la déduction est, en tout état de cause, contraire à l'article 109, alinéa 1^{er}, de la LIR.
- (115) Enfin, d'un point de vue économique, la qualification des accrétions sur ZORA comme des «intérêts» ne semble pas correspondre à la réalité économique. En effet, on pourrait avancer qu'au Luxembourg, en vertu du «principe de la prééminence du fond sur la forme»⁽¹³⁶⁾, les considérations économiques devraient l'emporter sur les accords contractuels. Toutefois, même une approche économique ou de fond ne semble pas expliquer pourquoi les accrétions sur ZORA sont à considérer comme des intérêts débiteurs en vertu de l'article 109, paragraphe 1, de la LIR et, de ce fait, sont déductibles fiscalement pour GSTM et LNG Supply.
- (116) Premièrement, les montants des accrétions sur ZORA déduits chaque année ne prennent pas en considération les facteurs qui sont généralement pris en compte par les établissements de crédit lorsqu'ils accordent un prêt, tels que la solvabilité du débiteur, l'échéance et la subordination. Au contraire, les montants déduits dépendent exclusivement et entièrement de la rentabilité future de GSTM et LNG Supply.
- (117) Deuxièmement, le fait que la CEF, actionnaire de GSTM, recevrait les actions de GSTM lors de la conversion par l'intermédiaire du contrat à terme⁽¹³⁷⁾ semble suggérer que l'arrangement sous-jacent est davantage un apport de fonds propres qu'un instrument de dette. Comme expliqué au considérant (20), la CEF a transféré des actifs et passifs à GSTM contre un billet à ordre. Toutefois, la raison pour laquelle la CEF s'est vu adresser un billet à ordre à ce moment — au lieu de recevoir directement une participation dans GSTM, et pas indirectement par l'intermédiaire d'EIL — n'est pas expliquée dans les demandes de décisions fiscales anticipatives. En réalité, les actifs et passifs transférés par la CEF étaient précédemment détenus par deux sociétés du groupe GDF Suez (TCMS et EFTM)⁽¹³⁸⁾ et, en principe, les actifs et passifs de chaque société correspondaient aux fonds propres de chaque société. Cela semble être confirmé par le fait que, dans le bilan pro-forma fourni dans la demande de décision fiscale anticipative ZORA GSTM de 2010, le ZORA est associé à une part de capital plutôt qu'à une dette⁽¹³⁹⁾. Il en va de même pour le ZORA pour LNG, où LNG Supply, par l'intermédiaire du ZORA, reçoit un financement de LNG Luxembourg pour payer l'acquisition des actifs et passifs reçus, au lieu d'émettre directement des actions au bénéfice de l'entité transférant les actifs et passifs.
- (118) Troisièmement, le rachat partiel du ZORA pour LNG décrit au considérant (70) s'est effectué dans des conditions contraires au traitement d'une dette. En fait, [300-400] millions d'USD du prix d'émission ont été remboursés lors de la conversion partielle, ainsi qu'environ [300-400] millions d'USD de l'accrétion sur ZORA⁽¹⁴⁰⁾. La conversion de l'accrétion sur ZORA à un montant équivalent au prix d'émission remboursé ne semble avoir aucune justification. En réalité, l'accrétion sur ZORA qui semble être restée dans les comptes de LNG Supply après la conversion représenterait moins de 100 % du solde du prix d'émission. Il ne semble pas non plus y avoir de raison pour que, si les ZORA étaient traités comme une dette, une partie de cette dette entraîne en réalité une rémunération plus élevée (100 %) que la partie non convertie du même instrument de financement⁽¹⁴¹⁾.
- (119) Compte tenu des raisons exposées aux considérants (106) à (118), les accrétions sur ZORA ne semblent pas correspondre à la rémunération d'un prêt et donc à des intérêts de créances déductibles aux fins de l'article 109, alinéa 1^{er}, de la LIR. Pour ces raisons, la Commission a des doutes concernant l'inscription de provisions fiscalement déductibles dans les comptes financiers et les déclarations fiscales annuels de GSTM et LNG Supply. Les accrétions sur ZORA semblent plutôt constituer une distribution de bénéfices (attendue). À cet égard, l'acceptation, par l'administration fiscale luxembourgeoise, de la déduction des accrétions sur ZORA sur la base de l'article 109, alinéa 1^{er}, de la LIR est, de toute évidence, contraire à l'article 164 de la LIR.

⁽¹³⁵⁾ Voir, par exemple, le considérant (34).

⁽¹³⁶⁾ Voir par exemple l'arrêt de la cour administrative, 26 juin 2008 (rôle n° 24061 C).

⁽¹³⁷⁾ Voir le considérant (21).

⁽¹³⁸⁾ Voir le considérant (16).

⁽¹³⁹⁾ Voir Figure 2.

⁽¹⁴⁰⁾ [600-700] millions d'USD moins [300-400] millions d'USD, voir les considérants (70) et (71).

⁽¹⁴¹⁾ La plus-value qui aurait été déclarée par LNG Holding lors de la conversion, mais qui serait exonérée, ne semble pas correspondre à l'accrétion sur ZORA eu égard au prix d'émission remboursé; voir le considérant (71).

- (120) L'article 164, alinéa 1^{er}, de la LIR dispose que la distribution de bénéfices doit être incluse dans la base d'imposition du contribuable (qu'ils soient ou non effectivement payés) et, par conséquent, ne peut pas être déduite. En outre, l'article 164, alinéa 2, de la LIR dispose que les paiements associés à des instruments qui donnent à leurs détenteurs un «*droit à une participation au bénéfice annuel ou au bénéfice de liquidation*» sont inclus dans la base d'imposition de la société qui émet l'instrument. Ainsi, du fait que les accrétions sur ZORA constituent, de toute évidence, «une participation au bénéfice annuel» de GSTM et LNG Supply, la Commission a des doutes quant à la conformité avec l'article 164, alinéa 2, de la LIR de l'acceptation, par l'administration fiscale luxembourgeoise, de la déduction prévue à l'article 109, alinéa 1^{er}, de la LIR.
- (121) À la lumière des éléments qui précèdent, la déduction des accrétions sur ZORA du revenu imposable de GSTM et LNG Supply n'aurait pas dû être acceptée par l'administration fiscale luxembourgeoise. En conséquence, à ce stade, la Commission considère qu'en acceptant d'appliquer l'article 109, alinéa 1^{er}, de la LIR de manière à considérer les accrétions sur ZORA comme des dépenses déductibles pour GSTM et LNG Supply au sens de cette disposition, l'administration fiscale luxembourgeoise a dérogé aux règles générales établies à l'article 109, alinéa 1^{er}, et à l'article 164, alinéas 1^{er} et 2, de la LIR qui s'appliquent à toutes les sociétés contribuables en ce qui concerne respectivement la déductibilité des paiements d'intérêts et la non-déductibilité des distributions de bénéfices. En raison de cette dérogation, la Commission estime, à ce stade, que le Luxembourg a conféré un avantage économique à GSTM, à LNG Supply et au groupe GDF Suez dans son ensemble sous la forme d'une réduction injustifiée de leur base d'imposition, qui est de nature sélective étant donné qu'elle n'est pas disponible pour toutes les autres sociétés contribuables.
- (122) En tout état de cause, même si l'article 164, alinéas 1^{er} et 2, de la LIR n'était pas applicable aux accrétions sur ZORA, son article 164, alinéa 3, aurait, en principe, requis l'inclusion des accrétions sur ZORA dans la base d'imposition de GSTM et LNG Supply, étant donné que cette disposition requiert d'une société contribuable qu'elle inclue la «*distribution cachée de bénéfices*» dans son revenu imposable. Il 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*». Comme expliqué au considérant (77), il convient d'évaluer la conformité avec l'article 164, alinéa 3, de la LIR, en analysant si la rémunération des ZORA peut être considérée comme respectant le principe de pleine concurrence.
- (123) À ce stade, la Commission doute qu'une société indépendante, négociant dans des circonstances comparables et des conditions de pleine concurrence, aurait accordé un prêt d'un montant de plus de 1 milliard d'euros à GSTM en 2011. Premièrement, si le Luxembourg avait raison de considérer le ZORA comme une dette, ce que la Commission conteste, les fonds propres de GSTM à la fin 2011 s'élevaient à seulement 2,4 millions d'euros et le niveau d'endettement de GSTM aurait été de 0,02 % (2,4 millions d'euros de fonds propres sur un bilan total de 9 milliards d'euros). La Commission doute qu'un tel niveau eut été accepté par un établissement financier indépendant ou tout autre organisme créancier tiers se trouvant dans la position d'EIL (c'est-à-dire dans la position d'un créancier). Deuxièmement, l'octroi d'un prêt à une entité aussi surendettée que GSTM aurait impliqué un risque de crédit extrême, du fait que l'organisme de financement risquerait de perdre une grande partie, voire la totalité, des fonds accordés en cas de faillite du débiteur, sans avoir la moindre possibilité de contrôler ce risque. Si ces doutes se confirment, l'exclusion des accrétions sur ZORA de la base d'imposition de GSTM aurait produit un résultat s'écartant d'une approximation fiable du résultat basé sur le marché, ce qui serait contraire au principe de pleine concurrence et à l'article 164, alinéa 3, de la LIR.

4.2.2. Raisonnements subsidiaires: avantage sélectif résultant de la mauvaise application de l'article 22bis, alinéa 2, numéro 1, et de l'article 97, alinéa 1^{er}, numéros 3 ou 5, de la LIR et de la mauvaise application du principe de pleine concurrence

- (124) Comme expliqué aux considérants (105) à (123), la Commission estime, à titre préliminaire, que les accrétions sur ZORA ne doivent pas être considérées comme une dépense déductible pour GSTM et LNG Supply en vertu de l'article 109, alinéa 1^{er}, de la LIR et n'auraient donc pas dû être déduites de la base d'imposition de ces sociétés. Toutefois, si la position du Luxembourg selon laquelle l'accrétion sur ZORA est une dépense déductible au sens de cette disposition était acceptée, ce que la Commission conteste, alors celle-ci considère, à ce stade, que ces dépenses auraient dû nécessairement conduire à l'imposition du revenu correspondant, une fois réalisé au niveau, respectivement, d'EIL et de LNG Luxembourg, ou au niveau, respectivement, des sociétés holding CEF et LNG Holding, en vertu de l'article 97, alinéa 1^{er}, numéros 3 ou 5, de la LIR. La Commission estime également, à ce stade, que si le Luxembourg avait raison d'accepter l'accrétion sur ZORA en tant que dépense déductible, la méthode de détermination du bénéfice imposable de GSTM et LNG Supply acceptée dans les décisions fiscales anticipatives en cause débouche sur un résultat qui s'écarte d'un résultat basé sur le marché conforme au principe de pleine concurrence.

4.2.2.1. Avantage sélectif résultant de la mauvaise application de l'article 22bis, alinéa 2, numéro 1, et de l'article 97, alinéa 1^{er}, numéro 3 ou 5, de la LIR

(a) Détermination du système de référence

- (125) Les décisions fiscales anticipatives en cause valident une interprétation de l'article 22bis, alinéa 2, numéro 1, de la LIR selon laquelle à la conversion des actions de GSTM et LNG Supply, EIL et LNG Luxembourg ne sont redevables d'aucun impôt sur le revenu des sociétés correspondant aux accrétions sur ZORA.
- (126) Toutefois, l'article 97, alinéa 1^{er}, de la LIR définit différentes catégories de revenus d'investissement soumises à l'impôt sur le revenu des sociétés, notamment les arrérages et intérêts d'obligations et d'autres titres analogues y compris les parts de bénéficiaire et les primes de remboursement (article 97, alinéa 1^{er}, numéro 3) et les intérêts des créances tels que prêts, avoirs, dépôts, comptes d'épargne, comptes courants (article 97, alinéa 1^{er}, numéro 5). Dans la mesure où les accrétions sur ZORA sont considérées comme des intérêts débiteurs pour GSTM et LNG Supply au sens de l'article 109, alinéa 1^{er}, de la LIR, ce que la Commission conteste, le revenu correspondant respectivement d'EIL et de LNG Luxembourg devrait être considéré comme un revenu de créances imposable au sens de l'article 97, alinéa 1^{er}, numéros 3 ou 5, de la LIR.
- (127) Vu que l'article 22bis, alinéa 2, numéro 1, de la LIR et l'article 97, alinéa 1^{er}, sont les dispositions générales de la LIR qui s'appliquent à toutes les sociétés assujetties à l'impôt au Luxembourg, la Commission estime que ces dispositions constituent le système de référence approprié en ce qui concerne les interprétations susmentionnées dans les décisions fiscales anticipatives en cause.

(b) Dérogation au système de référence donnant lieu à un avantage sous la forme d'une réduction de la base d'imposition

- (128) Comme expliqué au considérant (126), dans la mesure où les accrétions sur ZORA sont considérées comme des intérêts débiteurs pour GSTM et LNG Supply au sens de l'article 109, alinéa 1^{er}, de la LIR, ce que la Commission conteste, le revenu correspondant respectivement d'EIL et de LNG Luxembourg devrait être considéré comme un revenu imposable au sens de l'article 97, alinéa 1^{er}, numéros 3 ou 5, de la LIR.
- (129) Ce n'est toutefois pas la conséquence des décisions fiscales anticipatives en cause. Au lieu de cela, les accrétions sur ZORA, une fois intégrées dans la valeur des actions détenues par EIL et LNG Luxembourg, ne sont pas imposées comme des revenus réalisés par ces sociétés ou leurs sociétés mères, LNG Holding et la CEF. Le Luxembourg affirme plutôt que l'article 22bis, alinéa 2, numéro 1, de la LIR prévoit la neutralisation fiscale des plus-values et les décisions fiscales anticipatives en cause confirment l'application de cette disposition à la conversion de l'emprunt ZORA en actions des débiteurs.
- (130) Si l'article 22bis, paragraphe 2, numéro 1, de la LIR prévoit la neutralisation fiscale des plus-values découlant de la conversion d'un emprunt en capital social du débiteur⁽¹⁴²⁾, cette même disposition prévoit expressément que ce mécanisme de neutralisation fiscale ne concerne pas les intérêts capitalisés sur l'emprunt jusqu'à la date de l'échange:

«1. lors de la conversion d'un emprunt: l'attribution au créancier de titres représentatifs du capital social du débiteur. En cas de conversion d'un emprunt capitalisant convertible, l'intérêt capitalisé se rapportant à la période de l'exercice d'exploitation en cours précédant la conversion est imposable au moment de l'échange»⁽¹⁴³⁾.

- (131) L'article 22bis, alinéa 2, de la LIR fait donc une différence entre les revenus extraordinaires provenant de la conversion (la plus-value) — dont l'imposition est reportée — et les revenus «ordinaires» tels que les paiements d'intérêts, dont l'imposition ne peut pas être différée. En effet, l'imposition des paiements d'intérêts au niveau du bénéficiaire sur la base de l'article 97, alinéa 1^{er}, numéro 3 ou 5, de la LIR semble être requise dans le cas de la déduction des intérêts sur la base de l'article 109, alinéa 1^{er}, de la LIR. Toute interprétation différente permettrait la non-imposition de ces flux financiers. Ainsi, il semble que l'objectif du dernier tiret de l'article 22bis, alinéa 2, numéro 1, de la LIR soit d'éviter que le paiement des intérêts reste exonéré d'impôt. En conséquence, si les accrétions sur ZORA doivent être assimilées à un paiement d'intérêts déductibles, ce qu'acceptent les décisions fiscales anticipatives en cause, ces accrétions auraient dû être imposées au niveau du créancier (à savoir le bénéficiaire des intérêts) à l'échéance⁽¹⁴⁴⁾.

⁽¹⁴²⁾ Toutefois, il convient de rappeler que, d'après la circulaire du directeur des contributions L.I.R. N. 22BIS/1 du 27 novembre 2002, émise par l'administration fiscale luxembourgeoise (ci-après la «circulaire 22bis»), l'article 22bis ne vise pas à exempter de manière définitive les plus-values, mais à reporter leur imposition jusqu'au moment où les actions seront transférées à un tiers (section 3.1.6, page 18).

⁽¹⁴³⁾ Italique et soulignement ajoutés par la Commission.

⁽¹⁴⁴⁾ La circulaire 22bis confirme cette interprétation: «La deuxième phrase du numéro 1 de l'alinéa 2 de l'article 22bis L.I.R. précise que l'intérêt capitalisé, se rapportant à la période de l'exercice d'exploitation en cours, antérieure à la conversion d'un emprunt capitalisant convertible, est imposable au cours de l'année de l'échange» (voir section 3.1.3.1, page 8).

- (132) En conséquence, la Commission ne peut, à ce stade, accepter l'interprétation faite par le Luxembourg de l'article 22bis, alinéa 2, de la LIR en l'espèce. En effet, les décisions fiscales anticipatives en cause vont au-delà du mécanisme de neutralisation fiscale prévu dans cette disposition du fait qu'elles permettent la non-imposition des paiements, à la fois au niveau de l'émetteur du ZORA et au niveau du créancier et, en fin de compte, au niveau de leurs sociétés mères respectives. Cela ne résulte pas de la simple application de la LIR, qui prévoit, de toute évidence, l'imposition effective des montants tels que les accrétions sur ZORA, étant donné qu'ils auraient dû être inclus dans la base d'imposition du débiteur en application de l'article 164 de la LIR. Toutefois, s'il était correct de considérer les accrétions sur ZORA comme des paiements assimilables à des intérêts, et donc déductibles par le débiteur sur la base de l'article 109, alinéa 1^{er}, de la LIR, le dernier tiret de l'article 22bis, alinéa 2, numéro 1, de la LIR semble exiger l'imposition de ces revenus, une fois réalisés, au niveau du créancier.
- (133) Compte tenu de l'application incohérente de l'article 109, alinéa 1^{er}, et de l'article 22bis, alinéa 2, numéro 1, de la LIR, en l'espèce, il convient également de rejeter à ce stade l'argument du Luxembourg exposé au considérant (86) selon lequel cette dernière disposition s'applique à tous les contribuables au Luxembourg sans restriction et est généralement appliquée depuis de nombreuses années. Cela vaut également pour la prétendue application de la règle de l'alignement inversé qui, selon la demande de décision fiscale anticipative⁽¹⁴⁵⁾ permettrait, en conjonction avec l'article 22bis de la LIR, de maintenir le ZORA pour GSTM au niveau d'EIL à sa valeur comptable. Selon la demande de décision fiscale anticipative GSTM ZORA de 2010, ce résultat est basé sur l'article 55, paragraphe 1, point c.dd, et l'article 61, paragraphe 1, point e, de la loi du 19 décembre 2002, qui dispose qu'*il est possible de déroger aux règles comptables normalement applicables si cette dérogation est nécessaire pour éviter des implications fiscales négatives*. Lesdites dispositions permettent un ajustement exceptionnel de la valeur des actifs dans le bilan *«en raison de l'application de la législation fiscale»*, auquel cas une telle correction doit être indiquée dans l'annexe des états financiers (*«Si les éléments de l'actif circulant font l'objet de corrections de valeur exceptionnelles pour la seule application de la législation fiscale, il y a lieu d'indiquer dans l'annexe le montant dûment motivé de ces corrections»*). Outre ses réserves préliminaires quant à l'application correcte de l'article 22bis de la LIR dans les décisions fiscales anticipatives en cause, la Commission doute également que l'administration fiscale luxembourgeoise ait correctement appliqué la règle de l'alignement inversé dans les décisions fiscales anticipatives en cause. Au niveau d'EIL, l'accrétion sur ZORA aurait dû se traduire par une valeur d'ajustement exceptionnelle sous la forme d'une perte de valeur *«en raison de l'application de la législation fiscale»* et non, comme mentionné dans la demande de décision fiscale anticipative en cause, *«pour éviter des implications fiscales négatives»*. En outre, EIL aurait dû indiquer et motiver l'ajustement dans l'annexe des états financiers. La Commission estime dès lors, à ce stade, que l'interprétation de la règle de l'alignement inversé contenue dans les demandes de décisions fiscales anticipatives n'est pas conforme aux dispositions visées de la loi.
- (134) Pour conclure, il apparaît qu'une fois que l'administration fiscale luxembourgeoise a qualifié les accrétions sur ZORA d'intérêts déductibles au sens de l'article 109, alinéa 1^{er}, de la LIR, elle aurait dû agir de manière cohérente en imposant les bénéficiaires correspondants au niveau du bénéficiaire à l'échéance, sur la base de l'article 97, alinéa 1^{er}, numéro 3 ou 5, de la LIR. En permettant à EIL et à LNG Luxembourg d'étendre le mécanisme de neutralisation fiscale prévu à l'article 22bis, alinéa 2, numéro 1, de la LIR à de tels bénéficiaires, l'administration fiscale luxembourgeoise s'est, de toute évidence, écartée de la formulation explicite de cette disposition. Ce faisant, elle a avalisé un résultat dans les décisions fiscales anticipatives en cause — la non-imposition des dépenses liées à un prêt — qui semble contraire aux objectifs de l'article 22bis, alinéa 2, numéro 1, de la LIR. Ce résultat semble, à ce stade, conférer un avantage sélectif à EIL et LNG Luxembourg et, en fin de compte, à leurs sociétés mères respectives, la CEF et LNG Holding, au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, en étendant le mécanisme de neutralisation fiscale prévu à l'article 22bis, alinéa 2, numéro 1, de la LIR aux accrétions sur ZORA au lieu d'imposer ces montants conformément à la législation fiscale luxembourgeoise. En conséquence, la Commission estime, à ce stade, que le Luxembourg a conféré un avantage économique à ces sociétés et au groupe GDF Suez dans son ensemble sous la forme d'une réduction injustifiée de leur base d'imposition, qui est de nature sélective étant donné que cet avantage n'est pas disponible pour toutes les autres sociétés contribuables.

4.2.2.2. Avantage sélectif résultant de la méthode de détermination du bénéfice imposable de GSTM et LNG Supply acceptée dans les décisions fiscales anticipatives en cause

- (135) En plus d'accepter une interprétation de l'article 109 de la LIR selon laquelle les accrétions sur ZORA sont considérées comme des dépenses fiscalement déductibles, et de l'article 22bis, alinéa 2, numéro 1, de la LIR, permettant la non-imposition du revenu correspondant d'EIL et de LNG, les décisions fiscales anticipatives en cause avalisent également une méthode de détermination du bénéfice imposable de GSTM et LNG Supply. Cette méthode est fondée sur une marge fixe, selon laquelle le bénéfice imposable de GSTM est déterminé à $[1/(50-100)\%]$ de ses actifs et le bénéfice imposable de LNG Supply à $[1/(50-100)\%]$ de ses actifs ou $[0,0-0,50 \%$ de son chiffre d'affaires.

⁽¹⁴⁵⁾ Voir le considérant (38).

- (136) La Commission fait remarquer que le recours aux prix de transfert pour déterminer la base d'imposition de GSTM et LNG Supply est nécessaire uniquement lorsque les accrétions sur ZORA peuvent être considérées comme une dépense fiscalement déductible pour les sociétés sur la base de l'article 109, alinéa 1^{er}, de la LIR. En effet, en l'absence de telles dépenses déductibles, il n'y a pas de transaction liée entre GSTM et EIL, d'une part, et entre LNG Supply et LNG Luxembourg, d'autre part, dont il convient de déterminer le prix. En outre, comme expliqué aux considérants (105) à (123), les ZORA semblent avoir les caractéristiques de fonds propres et non d'un instrument de dette. En conséquence, GSTM et EIL, d'une part, et LNG Supply et LNG Luxembourg, d'autre part, ne sont pas considérées comme parties à une opération de financement par l'emprunt réalisée au moyen des ZORA. Ainsi, il n'y aurait, en principe, aucune raison de déterminer le prix pour une transaction intragroupe de financement par l'emprunt entre sociétés associées du groupe et, donc, de recourir à des prix de transfert dans le contexte des transactions ZORA, dans la mesure où on ne peut affirmer qu'il existe au sein du groupe une telle transaction nécessitant de déterminer des prix de transfert.
- (137) Comme la Commission a provisoirement conclu que les décisions fiscales anticipatives en cause dérogeaient à l'article 109, alinéa 1^{er}, de la LIR en permettant la déduction des accrétions sur ZORA au niveau de GSTM et de LNG Supply, il n'est pas nécessaire pour elle d'examiner la méthode de détermination des prix de transfert convenue dans ces décisions à la lumière des règles en matière d'aides d'État. Le raisonnement présenté aux considérants (138) à (150) n'est donc pertinent que si la Commission a eu tort de conclure, à première vue, que les accrétions sur ZORA n'auraient pas dû être considérées comme des intérêts débiteurs au sens de l'article 109, alinéa 1^{er}, de la LIR.
- (a) *Détermination du système de référence*
- (138) En ce qui concerne la méthode de détermination des prix de transfert avalisée dans les décisions fiscales anticipatives en cause, la Commission estime que le système de référence est constitué des règles ordinaires relatives à l'impôt sur les bénéfices des sociétés du système luxembourgeois d'imposition des sociétés, qui ont pour objectif intrinsèque l'imposition des bénéfices de toutes les sociétés assujetties à l'impôt au Luxembourg⁽¹⁴⁶⁾. Comme expliqué à la section 2.3, l'impôt sur le revenu des sociétés au Luxembourg est payable sur les bénéfices réalisés déduction faite des dépenses et des pertes fiscalement déductibles⁽¹⁴⁷⁾. Du point de vue des règles susmentionnées, toutes les sociétés ayant un revenu sont considérées comme se trouvant dans une situation factuelle et juridique similaire, étant donné que l'objectif de ces règles est l'imposition des bénéfices soumis à l'impôt au Luxembourg. En conséquence, toutes les sociétés assujetties à l'impôt au Luxembourg se trouvent dans une situation factuelle et juridique comparable au regard des règles ordinaires d'imposition du bénéfice des sociétés au Luxembourg.
- (139) Ce système de référence inclut tant les sociétés non intégrées qui tirent leur bénéfice de transactions de pleine concurrence effectuées sur le marché que les sociétés intégrées qui tirent (partiellement) leur bénéfice de transactions effectuées au sein de la société ou au sein du groupe de sociétés. Le système luxembourgeois d'imposition des sociétés ne fait aucune distinction entre les sociétés qui tirent leur bénéfice uniquement de transactions sur le marché, comme les sociétés autonomes non intégrées, et celles qui tirent leur bénéfice de transactions internes entre sociétés du même groupe de sociétés ou entre parties de la même société, comme les sociétés intégrées. Les deux types de sociétés sont soumises à l'impôt sur le revenu des sociétés en ce qui concerne leur bénéfice imposable, au taux standard prévu par les règles ordinaires d'imposition des sociétés au Luxembourg. Aussi, les sociétés non intégrées et les sociétés intégrées assujetties à l'impôt au Luxembourg devraient être considérées comme se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable au regard de ces règles.
- (140) Le fait que le bénéfice imposable des sociétés non intégrées et celui des sociétés intégrées soient déterminés différemment ne modifie pas cette conclusion. Le bénéfice imposable d'une société non intégrée qui effectue des transactions sur le marché peut, en principe, être directement observé et calculé sur la base de telles transactions sur le marché, étant donné qu'il se fonde sur la différence entre les revenus et les coûts sur un marché concurrentiel. En conséquence, une société autonome non intégrée prendra son bénéfice comptable comme point de départ pour déterminer l'assiette de l'impôt sur les sociétés au Luxembourg, étant donné que ce bénéfice est déterminé sur la base des prix dictés par le marché pour les intrants acquis et les produits et services vendus par la société. À l'inverse, la détermination du bénéfice imposable d'une société intégrée requiert d'utiliser des estimations. Une société intégrée est, en effet, capable de fixer les prix et les conditions de ses transactions avec les sociétés associées du groupe indépendamment des autres participants au marché, ce qui, à son tour, détermine le bénéfice imposable des sociétés prenant part à ces transactions⁽¹⁴⁸⁾. La différence entre sociétés non intégrées et sociétés intégrées en matière de détermination du bénéfice imposable est donc due au fait que les bénéfices des sociétés intégrées ne peuvent être observés de manière fiable dans les comptes légaux, à l'inverse de ceux des sociétés non intégrées ou des sociétés qui n'effectuent aucune forme de transaction interne et où les comptes reflètent donc des prix négociés selon le principe de pleine concurrence sur le marché. Toutefois, la différence entre sociétés non intégrées et sociétés intégrées en

⁽¹⁴⁶⁾ Affaires jointes C-78/08 à C-80/08, Paint Graphos, ECLI:EU:C:2009:417, point 50. Voir la décision du 21 octobre 2015 concernant l'aide d'État SA.38375 mise à exécution par le Luxembourg en faveur de Fiat, faisant l'objet d'un recours, considérants 194 et suivants.

⁽¹⁴⁷⁾ Voir le considérant (72).

⁽¹⁴⁸⁾ Tel est le cas pour les décisions fiscales anticipatives en cause, qui concernent également la fixation d'une marge bénéficiaire pour GSTM et LNG Supply, sur la base de laquelle leur bénéfice imposable est calculé aux fins de l'imposition sur le revenu des sociétés au Luxembourg.

matière de détermination du bénéfice imposable tient principalement aux moyens d'atteindre l'objectif ultime qu'est la détermination de la base d'imposition des deux types de sociétés d'une manière qui garantit que les sociétés intégrées sont imposées de la même façon que les sociétés non intégrées en vertu des règles ordinaires d'imposition du bénéfice des sociétés.

(b) *Dérogation au système de référence donnant lieu à un avantage sous la forme d'une réduction de la base d'imposition*

- (141) Selon une jurisprudence constante, toute mesure fiscale adoptée par un État membre, y compris une décision fiscale anticipative avalisant une méthode de détermination de la base d'imposition d'une société contribuable, doit respecter les règles en matière d'aides d'État, qui ont force obligatoire pour les États membres et priment sur leur législation nationale⁽¹⁴⁹⁾. La Cour de justice a déjà affirmé qu'une réduction de la base d'imposition résultant d'une mesure fiscale permettant à un contribuable d'appliquer des prix de transfert dans les transactions intragroupes qui ne sont pas proches de ceux qui seraient pratiqués dans des conditions de libre concurrence entre des sociétés indépendantes négociant dans des conditions de pleine concurrence confère un avantage sélectif à ce contribuable au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE⁽¹⁵⁰⁾. Cela est dû au fait que l'impôt dû par le contribuable, déterminé par les règles ordinaires d'imposition du bénéfice des sociétés, est réduit par rapport à celui qui frapperait des sociétés indépendantes dont le bénéfice imposable reflète les prix fixés sur le marché négociés selon le principe de pleine concurrence.
- (142) Dans son arrêt sur le régime fiscal belge applicable aux centres de coordination⁽¹⁵¹⁾, la Cour a accepté qu'une mesure fiscale qui conduit une société intégrée appartenant à un groupe à facturer des prix de transfert non conformes à ceux qui seraient facturés dans des conditions de libre concurrence, c'est-à-dire des prix négociés par des entreprises indépendantes dans des circonstances comparables en vertu du principe de pleine concurrence, procure un avantage sélectif à cette société en ce qu'elle donne lieu à une réduction de sa base imposable et, partant, de l'impôt exigible tel que déterminé par le système de droit commun de l'impôt sur les bénéfices des sociétés. Le principe selon lequel les transactions entre sociétés intégrées appartenant à un groupe doivent être rémunérées comme si elles étaient conclues par des sociétés autonomes non intégrées négociant dans des circonstances comparables de pleine concurrence est appelé «principe de pleine concurrence». Dans son arrêt sur le régime fiscal belge applicable aux centres de coordination, la Cour de justice a estimé que le principe de pleine concurrence était le critère de référence pour établir si une société intégrée appartenant à un groupe recevait un avantage sélectif au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE du fait de l'application d'une mesure fiscale qui détermine son prix de transfert et donc sa base d'imposition.
- (143) Le principe de pleine concurrence a pour objectif de garantir que les transactions entre sociétés intégrées appartenant à un groupe sont traitées, à des fins fiscales, en tenant compte du montant des bénéfices qui auraient été générés si les mêmes transactions avaient été effectuées par des sociétés autonomes non intégrées. Autrement, les sociétés intégrées appartenant à un groupe bénéficieraient d'un traitement favorable au titre des règles ordinaires d'imposition du bénéfice des sociétés lors de la détermination de leur base d'imposition, avantage dont ne peuvent bénéficier les sociétés autonomes non intégrées, ce qui conduit à une inégalité de traitement entre des sociétés se trouvant dans une situation factuelle et juridique similaire à la lumière des objectifs de ces règles, lesquelles consistent à imposer les bénéfices de toutes les sociétés relevant de leur champ d'application, étant donné que le bénéfice imposable des deux sociétés est imposé au même taux d'imposition du revenu des sociétés.
- (144) Dans les décisions fiscales anticipatives en cause, l'administration fiscale luxembourgeoise avalise une méthode de détermination de la base d'imposition de GSTM et LNG Supply. Dans des décisions précédentes concernant l'imposition de sociétés de financement luxembourgeoises, la Commission a affirmé que des décisions fiscales anticipatives permettant aux contribuables d'utiliser des méthodes de prix de transfert inappropriés pour calculer les bénéfices imposables peuvent constituer une aide d'État⁽¹⁵²⁾. Tel serait le cas, a fortiori, si la décision fiscale anticipative avalise une méthode de fixation de la base d'imposition des sociétés de financement fondée sur des marges fixées «sans vérifier si [elles reflètent] la réalité économique des prestations de services sous-jacentes»⁽¹⁵³⁾.

⁽¹⁴⁹⁾ Voir les affaires jointes C-182/03 et C-217/03, Belgique et Forum 187 ASBL/Commission, EU:C:2006:416, point 81; les affaires jointes C-106/09 P et C-107/09 P, Commission/Government of Gibraltar et Royaume-Uni, EU:C:2011:732; l'affaire C-417/10, 3M Italia, EU:C:2012:184, point 25; et l'ordonnance dans l'affaire C-529/10, Safilo, EU:C:2012:188, point 18. Voir également l'affaire T-538/11, Belgique/Commission, EU:T:2015:188, point 66.

⁽¹⁵⁰⁾ Voir les affaires jointes C-182/03 et C-217/03, Belgique et Forum 187 ASBL/Commission, EU:C:2006:416.

⁽¹⁵¹⁾ Voir les affaires jointes C-182/03 et C-217/03, Belgique et Forum 187 ASBL/Commission, EU:C:2006:416.

⁽¹⁵²⁾ Voir la décision de la Commission du 16 octobre 2002 dans l'affaire C 50/2001, Sociétés de financement luxembourgeoises (JO L 153, 20.6.2003, p. 40), et la décision de la Commission du 21 octobre 2015 concernant l'aide d'État SA.38375 mise à exécution par le Luxembourg en faveur de Fiat, faisant l'objet d'un recours, p. 219 et suivantes.

⁽¹⁵³⁾ Voir la décision de la Commission du 16 octobre 2002 dans l'affaire C 50/2001, Sociétés de financement luxembourgeoises (JO L 153, 20.6.2003, p. 40), considérants 43 et 44.

- (145) En ce qui concerne GSTM, le calcul de la marge dite de pleine concurrence convenue dans la demande de décision fiscale anticipative GSTM ZORA de 2010, à savoir $[1/(50-100)\%]$ de ses actifs, appliquée dans sa déclaration fiscale de 2011 ⁽¹⁵⁴⁾, n'est pas étayé par le conseiller fiscal de quelque manière que ce soit et, à ce stade, ne semble justifié par aucune analyse économique dans la demande de décision fiscale anticipative. En ce qui concerne la marge appliquée par GSTM pour des périodes comptables ultérieures, la Commission note que dans sa déclaration fiscale de 2012, GSTM semble avoir utilisé la marge proposée dans les demandes de décisions fiscales anticipatives du 11 juillet 2012 et du 11 novembre 2013 pour déterminer sa base d'imposition, même si le Luxembourg affirme que cette marge n'a pas été formellement approuvée dans une décision fiscale anticipative ⁽¹⁵⁵⁾. Toutefois, même si ces demandes n'ont pas été approuvées dans une décision fiscale anticipative, rien n'indique que le Luxembourg a contesté la déclaration fiscale de 2012 de GSTM, de sorte que, dans la mesure où l'impôt dû déclaré par cette dernière a été déterminé sur la base de la marge proposée dans ces demandes, l'administration fiscale luxembourgeoise a, dans les faits, accepté la marge proposée par GSTM pour déterminer sa base d'imposition.
- (146) En ce qui concerne LNG Supply, la formule retenue dans la décision fiscale anticipative LGN ZORA pour calculer la base d'imposition de $[1/(50-100)\%]$ des actifs ou de $[0,0-0,50\%]$ du chiffre d'affaires ⁽¹⁵⁶⁾ n'est fondée sur aucune analyse économique ni aucun rapport sur la détermination des prix de transfert. L'élément avancé dans la demande de décision fiscale anticipative pour justifier la marge est qu'elle «ne sera pas exposée à un risque de change ni de dettes irrécouvrables dans le cadre de l'échange». Au premier abord, cela semble difficile à concilier avec l'activité de LNG Supply, qui consiste, entre autres, en l'achat, la vente et le trading de gaz et de produits dérivés du gaz, notamment en des transactions avec des sociétés qui n'appartiennent pas au groupe GDF Suez, et en l'investissement dans des sociétés du secteur du gaz ⁽¹⁵⁷⁾.
- (147) Enfin, en raison des activités très différentes de GSTM et LNG Supply (respectivement, financement intragroupe et trading de GNL), il semble également douteux que les deux sociétés doivent être imposées — du moins initialement — sur la base d'un bénéfice imposable résultant d'une marge identique ⁽¹⁵⁸⁾.
- (148) Pour conclure, la Commission estime, à ce stade, que la méthode de détermination du bénéfice imposable de GSTM et LNG Supply acceptée dans les décisions fiscales anticipatives en cause ne conduit pas à une approximation fiable d'un résultat basé sur le marché conforme au principe de pleine concurrence. En conséquence, la Commission estime, à ce stade, que le Luxembourg a conféré un avantage économique à GSTM, à LNG Supply et au groupe GDF Suez dans son ensemble, au moyen des décisions fiscales anticipatives en cause, sous la forme d'une réduction injustifiée de leur base d'imposition, qui est de nature sélective étant donné qu'elle n'est pas disponible pour toutes les autres sociétés contribuables.

(c) *Raisonnement subsidiaire: dérogation à l'article 164, alinéa 3, de la LIR*

- (149) Comme expliqué aux considérants (138) à (140), la Commission estime que le système de référence en ce qui concerne la méthode de détermination du bénéfice imposable de GSTM et de LNG dans les décisions fiscales anticipatives en cause est constitué des règles ordinaires d'imposition du bénéfice des sociétés au Luxembourg.
- (150) Toutefois, même si le système de référence était composé uniquement de l'article 164, alinéa 3, de la LIR, la Commission estime, à ce stade et pour les raisons énoncées aux considérants (141) à (148), que les décisions fiscales anticipatives en cause confèrent un avantage économique à GSTM et LNG Supply sous la forme d'une réduction de leur base d'imposition et donc de l'impôt sur le revenu des sociétés dont elles sont redevables, étant donné qu'elles acceptent une méthode de détermination du bénéfice imposable de ces sociétés qui s'écarte d'une approximation fiable d'un résultat basé sur le marché conforme au principe de pleine concurrence. Cet avantage est de nature sélective étant donné qu'il n'est pas disponible pour les autres sociétés intégrées appartenant à un groupe qui doivent déterminer leur bénéfice imposable conformément à l'article 164, alinéa 3, de la LIR, qui est la disposition de la LIR qui établit le principe de pleine concurrence dans la législation fiscale luxembourgeoise.

4.2.3. Effet combiné des dérogations à l'article 109, alinéa 1^{er}, et à l'article 22bis, alinéa 2, numéro 1, de la LIR

- (151) Pour les raisons exposées aux sections 4.2.1 et 4.2.2, la Commission estime, à ce stade, que les décisions fiscales anticipatives en cause dérogent à l'article 109, alinéa 1^{er}, et à l'article 164 de la LIR, ainsi qu'à l'article 97, alinéa 1^{er}, numéro 3 ou 5, et à l'article 22bis, alinéa 2, numéro 1, de la LIR.

⁽¹⁵⁴⁾ Voir Figure 4.

⁽¹⁵⁵⁾ Voir Figure 5.

⁽¹⁵⁶⁾ Voir Figure 7.

⁽¹⁵⁷⁾ Voir la note 1 des comptes annuels de 2010.

⁽¹⁵⁸⁾ Il est vrai que la marge de GSTM a été sensiblement modifiée à partir de 2012. Toutefois, le Luxembourg n'a pas fourni le rapport en matière de prix de transfert sur lequel se base cette nouvelle marge.

- (152) La Commission estime par ailleurs que l'acceptation, par l'administration fiscale luxembourgeoise, de l'application combinée de l'article 109, alinéa 1^{er}, de la LIR, qui permet la déductibilité des accrétions sur ZORA par GSTM et LNG Supply, et de l'article 22bis, alinéa 2, numéro 1, de la LIR, qui permet la non-imposition du revenu correspondant de EIL et LNG Luxembourg, respectivement, s'écarte de l'objectif du système luxembourgeois d'imposition des sociétés, lequel consiste, selon l'article 163, alinéa 1^{er}, de la LIR, à imposer le bénéfice de toutes les sociétés assujetties à l'impôt au Luxembourg. Pour cette raison, les décisions fiscales anticipatives en cause fournissent en fin de compte un avantage sélectif aux sociétés mères CEF et LNG Holding, ainsi qu'au groupe GDF Suez dans son ensemble.
- (153) L'objectif de la LIR, tel qu'énoncé à son article 163, alinéa 1^{er}, est d'imposer les bénéfices, y compris les montants correspondant à la rémunération des instruments ou services entre sociétés d'un même groupe. Dans le cas des accrétions sur ZORA, ces montants ne peuvent pas être déduits en vertu de l'article 109, alinéa 1^{er}, de la LIR, et doivent dès lors être imposés au niveau de GSTM et de LNG Supply. Toutefois, si à l'inverse, les accrétions sur ZORA doivent être assimilées à des intérêts et non à une distribution de bénéfices, ce que la Commission conteste, elles doivent être soumises à l'impôt au niveau d'EIL et de LNG Luxembourg en vertu de l'article 97, alinéa 1^{er}, numéro 3 ou 5 de la LIR et, contrairement à ce qu'affirme le Luxembourg, ne doivent pas bénéficier d'une exemption au titre de l'article 22bis, alinéa 2, numéro 1, de la LIR.
- (154) Puisque c'est le même événement (l'existence de bénéfices cumulés au moment de la conversion) qui déclenche l'obligation de GSTM de «payer» EIL sous la forme d'actions de GSTM et LNG Supply et qui engendre les revenus au niveau d'EIL et de LNG Luxembourg, une même administration fiscale ne peut pas considérer à la fois que l'obligation est déclenchée et que le revenu n'a pas été généré sans avaliser de résultats incohérents. Cet événement étant incertain, l'administration fiscale aurait pu convenir d'un traitement en cas de déclenchement de l'événement et d'un autre traitement en cas de non-survenance de l'événement, afin de tenir compte de ce caractère incertain. Au lieu de cela, il semble qu'en acceptant les deux options des deux côtés d'une même transaction, l'autorité fiscale ait agi de manière incohérente.
- (155) En conséquence, la déductibilité des accrétions sur ZORA en vertu de l'article 109, alinéa 1^{er}, de la LIR et la non-imposition des revenus correspondants en vertu de l'article 22bis, alinéa 2, de la LIR sont, de toute évidence, des options qui s'excluent mutuellement. En combinant les deux dans les décisions fiscales anticipatives en cause, l'administration fiscale luxembourgeoise a avalisé la non-imposition, dans les faits, d'une partie importante des bénéfices générés par GSTM et LNG Supply au Luxembourg.
- (156) Ce résultat semble, à ce stade, constituer une mauvaise application, par LNG holding et la CEF, des règles relatives à l'exonération des participations prévues à l'article 166 de la LIR. Cette disposition a pour objectif la suppression de la double imposition des actionnaires. En l'absence de règles sur l'exonération des participations — ou toute forme d'allègement fiscal équivalent — les actionnaires paieraient des impôts sur le montant des dividendes reçus, ce qui résulterait en une double imposition, du fait que ces dividendes auraient déjà été imposés en tant que bénéfices de la société distributrice. Toutefois, dans le cas présent, l'exonération des participations semble utilisée par la CEF et LNG Holding pour exonérer des bénéfices qui n'ont pas été imposés au niveau de GSTM et de LNG Supply.
- (157) La Commission note à cet égard que la circulaire 22bis dispose expressément que l'article 22bis de la LIR ne vise pas à exempter de manière définitive des plus-values qui, à défaut de cette mesure, auraient été imposables dans le chef du cédant, mais à reporter leur imposition dans le temps. Les décisions fiscales anticipatives semblent toutefois avaliser un tel résultat, à savoir l'exemption définitive des accrétions sur ZORA de toute imposition ⁽¹⁵⁹⁾.

⁽¹⁵⁹⁾ De la même manière, l'article 166, alinéa 7, de la LIR dispose que les revenus provenant d'une participation reçue en échange d'une autre participation en application de l'article 22bis de la LIR n'entrent pas dans le champ d'application de l'exonération des participations lorsque les fonds distribués issus de la participation donnée en échange n'auraient pas été exonérés si l'échange n'avait pas eu lieu (*«Les revenus provenant d'une participation reçue en échange d'une autre participation en application de l'article 22bis ne tombent pas sous le présent article, au cas où les distributions provenant de la participation donnée en échange n'auraient pas été exonérées, si l'échange n'avait pas eu lieu»*). Une interprétation formaliste aurait permis d'avancer que cette disposition n'est pas applicable aux instruments ZORA du fait qu'ils n'entraînent pas l'échange de participations, mais la conversion d'un emprunt en actions. Toutefois, sa raison d'être sous-jacente, à savoir éviter une utilisation abusive du régime d'exonération des participations, s'applique également en l'espèce. Si le Luxembourg considère effectivement que le ZORA est un instrument de dette, dont les revenus ne peuvent être exemptés en vertu du régime d'exonération des participations, les revenus des actions converties ne doivent pas non plus bénéficier de cette exonération.

(158) Compte tenu de ce qui précède, la Commission considère, à ce stade, que la déductibilité des accrétions sur ZORA déroge non seulement aux dispositions de la LIR, mais peut également déroger aux articles 5 et 6 de la loi d'adaptation fiscale luxembourgeoise (*Steueranpassungsgesetz*, ci-après la «StAnpG») ⁽¹⁶⁰⁾. La Commission rappelle que ces dispositions interdisent l'évasion fiscale et l'allègement fiscal par l'utilisation abusive de formes juridiques ou de montages qui sont légaux au regard du droit civil. Selon l'article 6 de la StAnpG ⁽¹⁶¹⁾, si la forme ou le montage juridique qui entoure une transaction n'est pas approprié à sa substance, l'impôt doit être évalué en accord avec la substance de la transaction comme si elle avait été conclue sous la forme juridique appropriée. De plus, l'article 5 de la StAnpG prévoit qu'une transaction simulée doit être considérée comme irrégulière aux fins de la fiscalité luxembourgeoise si les autorités fiscales ont connaissance du fait que les parties n'ont pas véritablement l'intention d'exécuter la transaction simulée, mais plutôt d'utiliser cette transaction uniquement dans le but de cacher la véritable transaction ⁽¹⁶²⁾.

4.2.4. Conclusion sur l'existence d'un avantage sélectif

(159) Pour toutes les raisons qui précèdent, la Commission estime à ce stade que les décisions fiscales anticipatives en cause confèrent un avantage économique à plusieurs sociétés du groupe GDF Suez sous la forme d'une réduction de leur base d'imposition et donc de leur impôt sur le revenu des sociétés dû au Luxembourg. Un opérateur économique se trouvant dans une situation factuelle et juridique similaire à celle des sociétés du groupe GDF Suez aurait dû être imposé sur ses dépenses liées à un instrument tel que les ZORA, que ce soit au niveau du débiteur, conformément à l'article 109, alinéa 1^{er}, et à l'article 164 de la LIR, ou au niveau du créancier qui reçoit le revenu correspondant, conformément à l'article 97, alinéa 1^{er}, numéro 3 ou 5, de la LIR. Comme les sociétés du groupe GDF Suez ne sont pas imposées sur ces dépenses, cet avantage est de nature sélective puisqu'il n'est disponible que pour ces sociétés, et non pour toutes les autres sociétés contribuables se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable, qui sont imposées sur la base des dispositions de la LIR.

(160) Cet avantage, qui repose sur trois raisonnements distincts, donne lieu à un seul et unique avantage pour le groupe GDF Suez dans son ensemble, étant donné que l'avantage lié aux revenus non imposés au niveau de LNG Luxembourg/EIL dans le cadre du premier raisonnement subsidiaire n'existerait pas si les montants correspondants avaient été imposés au niveau de GSTM/LNG Supply dans le cadre du raisonnement principal. Par conséquent, les bénéficiaires directs de la mesure d'aide seraient soit GSTM et LNG Supply soit EIL et LNG Luxembourg. En tout état de cause, LNG Holding, la CEF et le groupe GDF Suez dans son ensemble sont les bénéficiaires ultimes de la réduction de la base d'imposition accordée en vertu des décisions fiscales anticipatives en cause, étant donné que ces bénéfices restent non imposés à la source (GSTM/LNG Supply), ne seront pas imposés au niveau du bénéficiaire (LNG Luxembourg/EIL) et pourront, par conséquent, être retournés à LNG Holding et à la CEF sans avoir jamais été imposés.

(161) C'est pourquoi, à ce stade, la Commission estime qu'en autorisant à la fois la déduction des accrétions sur ZORA par GSTM et LNG Supply et la non-imposition des revenus correspondants, une fois réalisés, au niveau de LNG Luxembourg et d'EIL, les décisions fiscales anticipatives en cause et l'acceptation par l'administration fiscale luxembourgeoise de leur mise en œuvre dans les déclarations fiscales annuelles de ces sociétés donnent lieu à un avantage sélectif au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, ce qui entraîne, en fin de compte, un traitement favorable de la CEF et de LNG Holding et, par conséquent, du groupe GDF Suez dans son ensemble, par rapport aux opérateurs économiques se trouvant dans une situation factuelle et juridique similaire.

4.3. Justification par la nature ou l'économie générale du système fiscal

(162) Le Luxembourg n'a fourni aucune justification possible quant à l'avantage sélectif résultant des décisions fiscales anticipatives en cause. La Commission rappelle qu'il incombe à l'État membre de fournir cette justification.

(163) En tout état de cause, à ce stade, la Commission n'a pas pu trouver le moindre élément susceptible de justifier le traitement préférentiel en le présentant comme découlant directement des principes intrinsèques, fondateurs ou directeurs du système de référence ou résultant de mécanismes inhérents qui sont nécessaires au fonctionnement et à l'efficacité de ce système ⁽¹⁶³⁾.

⁽¹⁶⁰⁾ En relation avec l'application de ces dispositions, voir la section 1 dans Biewer, S and Höfer, «Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions — Luxembourg», Cahiers de Droit Fiscal International, International Fiscal Association (IFA), Volume 95A, Sdu Fiscal & Financiële Uitgevers Amersfoort 2010, p. 487.

⁽¹⁶¹⁾ Article 6 de la StAnpG: «Durch Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts kann die Steuerpflicht nicht umgangen oder gemindert werden. Liegt ein Missbrauch vor, so sind die Steuern so zu erheben, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben wären».

⁽¹⁶²⁾ Article 5 de la StAnpG: «Scheingeschäfte und andere Scheinhandlungen (zum Beispiel die Begründung oder die Beibehaltung eines Scheinwohnsitzes) sind für die Besteuerung ohne Bedeutung. Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so ist das verdeckte Rechtsgeschäft für die Besteuerung massgebend».

⁽¹⁶³⁾ Voir les affaires jointes C-78/08 à C-80/08, Paint Graphos et autres, ECLI:EU:C:2009:417, point 69.

4.4. Conclusion sur l'existence d'une aide

(164) Pour l'ensemble des raisons qui précèdent, la Commission estime à ce stade que les décisions fiscales anticipatives en cause constituent une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE.

4.5. Compatibilité avec le marché intérieur

(165) Une aide d'État est jugée compatible avec le marché intérieur si elle remplit un des critères de l'article 107, paragraphe 2, du TFUE⁽¹⁶⁴⁾ et peut être jugée compatible avec le marché intérieur si la Commission estime qu'elle relève d'une des catégories énumérées à l'article 107, paragraphe 3, du TFUE⁽¹⁶⁵⁾. Il appartient à l'État membre qui octroie l'aide de prouver que l'aide d'État octroyée est compatible avec le marché intérieur en vertu de l'article 107, paragraphe 2 ou 3, du TFUE⁽¹⁶⁶⁾.

(166) À ce stade, la Commission ne dispose d'aucune indication permettant d'affirmer que le traitement accordé à l'ensemble du groupe GDF Suez et à ses sociétés à la suite des décisions fiscales anticipatives en cause peut être considéré comme compatible avec le marché intérieur. En particulier, la Commission considère que les décisions fiscales anticipatives en cause entraînent, de toute évidence, une réduction des charges que devraient normalement supporter les entités concernées dans le cadre de leur activité, et que l'exonération de ces charges doit donc être considérée comme constituant une aide au fonctionnement. Conformément à la pratique de la Commission, de telles aides ne peuvent pas être considérées comme compatibles avec le marché intérieur car elles ne favorisent pas le développement de certaines activités ou de certains secteurs économiques et que les incitations en cause 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 secteurs en question⁽¹⁶⁷⁾.

DÉCISION

Compte tenu des éléments qui précèdent, la Commission estime, à titre préliminaire, que les décisions fiscales anticipatives émises par l'administration fiscale luxembourgeoise le 9 février 2010 en faveur de GDF Suez Treasury Management S.à.r.l., une société du groupe GDF Suez, concernant le traitement fiscal réservé au ZORA pour GSTM, partiellement modifiées le 15 juin 2012, et le 9 septembre 2008 en faveur de LNG Supply S.A., une société du groupe GDF Suez, concernant le traitement fiscal réservé au ZORA pour LNG, constituent une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, octroyée à ces sociétés ainsi qu'à Electrabel Invest Luxembourg SA, GDF Suez LNG (Luxembourg) S.à.r.l., Compagnie Européenne de Financement C.E.F.S.A. (actuellement GDF SUEZ Invest International SA), GDF Suez LNG Holding S.à.r.l. et au groupe GDF Suez dans son ensemble. Cette aide a été octroyée chaque année lorsque les sociétés se sont fondées sur ces décisions pour calculer leur impôt annuel sur le revenu des sociétés dû au Luxembourg. La Commission exprime des doutes quant à la compatibilité de cette aide d'État avec le marché intérieur. Elle a donc décidé d'ouvrir la procédure prévue à l'article 108, paragraphe 2, du TFUE à l'égard de ces décisions fiscales anticipatives.

La Commission demande au Luxembourg de présenter ses observations concernant cette décision et de fournir toutes les informations qui permettraient de faciliter l'appréciation des décisions fiscales anticipatives en cause, dans un délai d'un mois à compter de la date de réception de la présente lettre. En particulier, la Commission souhaite recevoir les informations suivantes:

- les demandes de décisions fiscales anticipatives du 11 juillet 2012 et du 11 novembre 2013 introduites en ce qui concerne le ZORA pour GSTM, notamment la *demande d'APA* et le *rapport en matière de prix de transfert* mentionnés dans la demande de décision fiscale anticipative du 15 juin 2012, et demandées par la Commission dans sa lettre du 1^{er} avril 2016, qui ont été confirmées comme telles par le Luxembourg dans sa lettre du 23 mai 2016, mais non transmises à la Commission [voir le considérant (8)];
- tous les autres échanges entre le groupe GDF Suez et l'administration fiscale concernant les demandes de décisions fiscales anticipatives du 11 juillet 2012 et du 11 novembre 2013;
- les montants annuels des accrétions sur ZORA pour GSTM et LNG pour chacune des années où les ZORA ont été en vigueur;

⁽¹⁶⁴⁾ Les exceptions 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.

⁽¹⁶⁵⁾ Les exceptions prévues à l'article 107, paragraphe 3, du traité concernent: a) les aides destinées à favoriser le développement 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.

⁽¹⁶⁶⁾ Affaire T-68/03, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commission, EU:T:2007:253, point 34.

⁽¹⁶⁷⁾ Voir la décision du 21 octobre 2015 concernant l'aide d'État SA.38375 mise à exécution par le Luxembourg en faveur de Fiat, faisant l'objet d'un recours, considérants 347 et suivants.

- une copie des contrats ZORA signés entre GSTM et EIL, d'une part, et entre LNG Supply et LNG Luxembourg, d'autre part;
- une copie des deux contrats à terme associés aux deux structures ZORA, décrits aux considérants (20) et (56);
- une copie des *déclarations pour l'impôt sur le revenu des collectivités et pour l'impôt commercial communal*, y compris leurs annexes, pour les entités et les années suivantes:
 - GSTM et EIL, pour les années 2013, 2014 et 2015;
 - CEF, pour les années 2011 à 2015 (inclusive);
 - LNG Supply, pour les années 2009, 2010, 2013, 2014 et 2015;
 - LNG Luxembourg, pour les années 2009, 2010, 2014 et 2015;
 - LNG Holding, pour les années 2009 à 2015 (inclusive).

La Commission demande également au Luxembourg de transmettre immédiatement une copie de la présente lettre aux bénéficiaires potentiels de l'aide identifiés dans la présente.

La Commission rappelle au Luxembourg l'effet suspensif de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE et attire son attention sur l'article 16 du règlement (UE) 2015/1589 du Conseil ⁽¹⁶⁸⁾, 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 dans les 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 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 la publication.

⁽¹⁶⁸⁾ JO L 248 du 24.9.2015, p. 9.