Le Tribunal Administratif – Qualification des MRPS

Elisabeth Adam, *Partner, Elvinger Hoss Prussen*

Grégory Papadopoulos, *Associate, Elvinger Hoss Prussen*

Dans le cadre de deux décisions rendues le 10 mai 2021 (n° 43559 et n° 43640), le Tribunal a été amené à statuer sur la qualification fiscale des actions convertibles privilégiées obligatoirement convertibles (« Mandatory Redeemable Preference Shares » ou « **MRPS** ») émises par suite d'une augmentation de capital d'une société anonyme en faveur de son actionnaire unique et après reclassification d'une partie des actions ordinaires ainsi émises en MRPS.

Dans les deux affaires, suite au dépôt de ses déclarations fiscales et après avoir entendu la société en ses explications conformément au § 205, alinéa 3, de la loi générale des impôts (AO), l'administration fiscale a émis les bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités, de l'impôt commercial communal, de l'établissement de la valeur unitaire et de l'impôt sur la fortune au titre des années concernées en déviation des déclarations fiscales déposées en considérant que les MRPS émis sont à considérer comme capital et non comme un instrument de dette. Partant, la base imposable des sociétés demanderesses s'est vu augmenter par l'ajout des intérêts déduits au motif qu'ils constituent en réalité des dividendes et par l'inclusion des MRPS dans la base de l'impôt sur la fortune.

Arguments des demandeurs

À l'appui de leur argumentation, les sociétés demanderesses ont fait valoir qu'en l'absence de dispositions légales spécifiques consacrant la qualification d'un instrument financier en tant que dette ou capitaux propres, la qualification reposerait sur les principes généraux régissant le droit fiscal luxembourgeois, notamment le principe dit de « prééminence de la substance sur la forme » se traduisant par l'adoption d'une « approche économique » (« wirtschaftliche Betrachtungsweise ») basée sur les caractéristiques financières.

Cette approche se dégagerait également des travaux parlementaires relatifs à l'article 114 (aujourd'hui l'article 97) du projet de loi concernant l'impôt sur le revenu (LIR) au regard d'une série de critères, non cumulatifs, qui devrait être considérée comme un ensemble d'indicateurs destinés à mettre en avant l'intention sous-jacente du détenteur de l'instrument au moment de la souscription. Elle serait également confirmée par la jurisprudence des juridictions administratives, qui aurait introduit des indicateurs supplémentaires pour déterminer si un instrument financier donné doit être qualifié de capitaux propres (dont notamment la participation aux bénéfices et aux risques, l'échéance à long terme, l'existence d'un droit de vote etc.).

Les critères mis en avant par les sociétés demanderesses afin de démontrer la qualification des MRPS en un instrument de dette, sont les suivants : (i) il s'agirait d'actions rachetables avec une maturité (i.e. 10 ans) et un prix fixe, (ii) les actions ne confèreraient qu'un droit de vote extrêmement réduit, (iii) les MRPS ne donneraient droit qu'à un dividende cumulatif et privilégié fixe (6.8 % de la valeur nominale des MRPS) ne permettant ainsi pas à son porteur de participer aux risques et aux profits des sociétés demanderesses, et enfin (iv) en cas de liquidation, le porteur des MRPS bénéficierait d'un droit préférentiel de remboursement. L'ensemble de ces critères constituerait, selon les sociétés demanderesses, des attributs d'un instrument de dette permettant la qualification des MRPS en tant que tels.

Arguments de l'administration fiscale

L'administration fiscale quant à elle soutient que les MRPS seraient à qualifier de capitaux propres et non d'instrument de dette. À cet égard, elle fait notamment valoir que le porteur des MRPS est également l'actionnaire unique des sociétés demanderesses, et que de par cette confusion, le porteur participerait de toute façon aux bénéfices des demanderesses. Par ailleurs, l'administration fiscale soutient qu'en raison du non-paiement du dividende prioritaire pendant deux années, le porteur des MPRS aurait recouvré son droit de vote plein et entier, de sorte que l'argument de l'absence de droits de vote serait à écarter. Elle fit encore remarquer l'absence de garanties ou de gages pour le prêteur, d'intérêts de retard en cas de défaut, le fait que l'octroi des MRPS soit consacré par les statuts et non par un contrat de prêt distinct et enfin l'absence de rémunération de pleine concurrence (« at arm's length ») soutenue par une étude de prix de transfert. Elle avance en particulier que les demanderesses auraient comptabilisé en capitaux propres pour le montant des MRPS sans tenir compte d'une quelconque requalification des MRPS en dettes.

Se référant aux travaux parlementaires relatifs à la LIR, elle en déduit que suivant le législateur, un prêt serait à considérer comme capital lorsque la voie normale de financement, dictée par des considérations économiques ou juridiques sérieuses aurait été l'augmentation de capital.

Appréciation du tribunal administratif

Le tribunal administratif a, quant à lui, rappelé que les tribunaux luxembourgeois ne sont pas liés par les qualifications juridiques décidées par les parties mais

peuvent requalifier une transaction ou un instrument en fonction de ses caractéristiques économiques et financières.

Afin de qualifier au regard du droit fiscal les MRPS émis, le tribunal s'est interrogé sur l'intention du porteur de MRPS lors de l'apport des fonds de se comporter en tant que bailleur de fonds qui met des fonds à disposition pour une certaine durée, qui entend générer un certain rendement et obtenir la restitution du capital à l'échéance ou en tant qu'associé, en participant aux profits et aux pertes de la société et qui ainsi lui apporte des fonds.

Dans le cadre de son appréciation en s'appuyant sur les travaux parlementaires relatifs à l'article 114 du projet de loi, devenu l'article 97 LIR, à propos de la requalification d'un prêt en apport déguisé, le tribunal a reconnu que la qualification des MRPS devait se faire par l'analyse de leurs caractéristiques économiques et financières. Le tribunal retient à cet égard, tout comme l'administration fiscale, que la requalification d'un prêt en apport caché s'imposerait lorsqu'en raison des considérations économiques ou juridiques sérieuses de la transaction, l'augmentation de capital aurait dû être retenue.

Le tribunal retient que ce se sont essentiellement les droits financiers qui permettaient de départager un instrument entre dette et élément de capital.

Le tribunal a retenu à cet égard que même si les MRPS donnent droit à un dividende préférentiel fixe (attribut d'un élément de dette), ce paiement fixe n'est pas propre au MRPS et les distributions auxquelles les porteurs de MRPS peuvent prétendre se font sur base du solde des bénéfices nets après paiement des créanciers. De même le remboursement de la participation du porteur des MRPS est subordonné au remboursement des dettes et charges de la société. Il en résulte que le porteur de MRPS ne se trouve pas sur un pied d'égalité avec un créancier.

Le tribunal administratif a également retenu que, suivant une analyse purement formelle des droits attachés au MRPS, les MRPS présentaient certaines caractéristiques d'un instrument de dette, telles qu'une date d'échéance à terme fixe de 10 ans et un rendement fixe, les conditions d'exercice réduisant considérablement l'aléa attaché aux MRPS mais a conclu que ces seuls critères n'étaient pas suffisants pour qualifier les MRPS d'instrument de dette. Au contraire, les MRPS devaient être considérés, d'un point de vue fiscal, comme une participation dans le capital des sociétés demanderesses.

Afin d'arriver à cette conclusion, le tribunal s'est également attaché aux circonstances dans lesquelles les MRPS ont été émises et les formes employées, en notant notamment que les MRPS ont été émis dans le contexte d'une augmentation de capital sans respecter les formalités usuelles entourant l'octroi d'un prêt telle la signature d'un contrat de prêt fixant les conditions de remboursement, le taux et incluant des garanties contractuelles en cas de défaut. Le tribunal a fait remarquer à cet égard que la demanderesse n'avait pas établi que le taux de rendement des MRPS était conforme au principe de pleine concurrence. Il retient enfin que si les contribuables sont en droit de choisir la voie la moins imposée, sous réserve d'une éventuelle qualification d'abus de droit, les contribuables ont en l'espèce, choisi une certaine forme économiquement concordante notamment en soulignant que la décision de financer les sociétés demanderesses par voie de MRPS serait fondée, entre autres, sur des obligations prévues par les lois d'investissement en Allemagne de l'époque concernant des restrictions sur l'octroi de prêts à des sociétés de participations financières.