

L'utilisation des pertes fiscales des entreprises et le concept d'abus de droit :

## La Cour administrative rétablit la sécurité juridique nécessaire

Par Oliver R. HOOR, ATOZ Tax Advisers

**L**e 30 mars 2023, le tribunal administratif du Luxembourg (le «Tribunal»), juridiction de première instance) a rendu une décision dans une affaire concernant l'utilisation de pertes fiscales par une société luxembourgeoise. Ce 25 avril 2024, la Cour administrative (la «Cour») a annulé cette décision. La Cour ne partage pas l'analyse du Tribunal selon laquelle l'utilisation des pertes fiscales reportées de l'activité antérieure de détention de participations du contribuable pour compenser une plus-value réalisée lors de la vente d'un bien immobilier luxembourgeois constituerait un abus de droit.



mique conséquente (c'est-à-dire que LuxCo était une société dormante pendant cette période).

Le 12 mai 2014, LuxCo a acquis un bien immobilier situé au Luxembourg qu'elle a revendu le 31 octobre 2014, soit moins de six mois après son acquisition. A cette occasion, LuxCo a réalisé une importante plus-value (environ 80 % des frais d'acquisition) sur son investissement, qui a été incluse en tant que revenu dans la déclaration d'impôt sur les collectivités 2014 de la société. Toutefois, le revenu imposable de LuxCo a été compensé par des pertes fiscales reportées depuis l'époque où LuxCo exerçait une activité de détention de participations. En 2014, LuxCo a elle-même acté un changement d'activité tant dans sa déclaration fiscale que dans ses comptes annuels de l'année 2014, substituant la détention de participations à la gestion/négoce de biens immobiliers.

En l'espèce, une société luxembourgeoise avait subi des pertes fiscales lorsqu'elle exerçait une activité de détention de participations et a utilisé ces pertes, après plusieurs années d'inactivité, pour compenser une plus-value réalisée lors de la cession d'un bien immobilier luxembourgeois acquis récemment. L'administration des contributions directes (l'«ACD») a remis en cause l'utilisation des pertes fiscales par LuxCo en se fondant sur la disposition relative à l'abus de droit prévue au § 6 de la loi d'adaptation fiscale (Steueranpassungsgesetz ou «StAnpG») et le Tribunal avait suivi la décision de l'ACD et rejeté l'utilisation des pertes fiscales.

### Schéma factuel de l'affaire

Une société anonyme luxembourgeoise («LuxCo») a été constituée le 14 janvier 2000 dans le but de détenir des participations. LuxCo n'a jamais fait partie d'une intégration fiscale et, surtout, avait un actionariat stable depuis 2001 (c'est-à-dire que les actions de LuxCo étaient détenues par une personne physique résidant au Luxembourg depuis 2001).

L'objet social de LuxCo était défini de manière très large dans ses statuts qui stipulent que «La société pourra accomplir toutes opérations commerciales, industrielles ou financières, ainsi que tous transferts de propriété immobiliers ou mobiliers. La société a en outre pour objet toutes les opérations se rapportant directement ou indirectement à la prise de participations sous quelque forme que ce soit, dans toute entreprise, ainsi que l'administration, la gestion, le contrôle et le développement de ces participations. Elle pourra notamment employer ses fonds à la création, à la gestion, à la mise en valeur et à la liquidation d'un portefeuille se composant de tous titres et brevets de toute origine, participation à la création, au développement et au contrôle de toute entreprise, acquérir par voie d'apport, de souscription, de prise ferme ou d'option d'achat et de toute autre manière, tous titres et brevets, les réaliser par voie de vente, de cession, d'échange ou autrement, faire mettre en valeur ces affaires et brevets, accorder aux sociétés auxquelles elle s'intéresse tous concours, prêts, avances ou garanties». Dans la pratique, LuxCo avait principalement exercé des activités de détention de participations jusqu'en 2008.

De 2009 à 2013, LuxCo avait cessé son activité antérieure de détention de participations et n'avait plus disposé d'aucun actif social ayant une valeur écono-

L'ACD a refusé l'utilisation des pertes reportées en arguant que le changement d'objet social de LuxCo (d'«activité de holding» à la «gestion immobilière») avait été effectué uniquement dans le but d'éviter l'imposition de bénéfices et que l'utilisation des pertes fiscales reportées dans le cas présent constituait un abus de droit fondé sur § 6 StAnpG. A la suite de la transaction immobilière de 2014, LuxCo n'a pas poursuivi ses activités. Selon les représentants de la société, cette situation serait due à l'incertitude créée par l'ACD en raison de la remise en cause du report des pertes fiscales.

### Décision du tribunal

En première instance, le Tribunal avait conclu que toutes les conditions de l'abus de droit prévues au §6 StAnpG (tel qu'applicable pendant l'exercice 2014) étaient réunies. Le Tribunal avait fondé sa décision sur les éléments suivants :

- LuxCo avait incontestablement cessé toute activité de 2009 à 2013 et ne disposait d'aucun actif ayant une valeur économique significative au cours de cette période.
- LuxCo avait été «réactivée» en 2014 pour acquérir et vendre un bien immobilier luxembourgeois dans un délai de moins de six mois.
- LuxCo avait été créée à l'origine pour exercer des activités de holding, et non pour investir dans l'immobilier (c'est-à-dire qu'aucun investissement immobilier n'avait été réalisé depuis sa constitution en 2000, et ce jusqu'en 2014).
- L'utilisation de pertes fiscales permettait à LuxCo de réduire substantiellement la charge fiscale liée à la plus-value immobilière grâce à la déduction des pertes d'exploitation reportées des années précédentes.
- LuxCo n'aurait été «réactivée» en 2014 que dans le but de réaliser l'investissement immobilier.
- LuxCo était détenue et contrôlée par un résident luxembourgeois, bénéficiaire effectif de LuxCo, qui tirait un avantage fiscal de la réalisation de cette opération immobilière très rentable par l'intermédiaire de LuxCo (qui disposait de pertes fiscales suffisantes pour compenser la plus-value). Selon le Tribunal si la plus-value spéculative avait été réalisée directement par l'actionnaire, elle aurait donné lieu à une dette fiscale.

- Le Tribunal considérait qu'il y avait suffisamment de preuves que la personnalité juridique et fiscale de LuxCo était utilisée uniquement pour bénéficier de son report de pertes fiscales et pour réduire l'impôt qui aurait autrement été dû sur une telle transaction. Par conséquent, le Tribunal avait estimé que le report de pertes fiscales par LuxCo devait être refusé et ne pouvait compenser la plus-value réalisée lors de la cession du bien immobilier luxembourgeois parce que les transactions effectuées par LuxCo constituaient un abus de droit et que ces transactions n'étaient pas motivées par des considérations non-fiscales.

### Décision de la cour

La Cour annule la décision du Tribunal et donne raison au contribuable. Selon la Cour, il n'y a pas d'abus de droit lorsqu'une société compense des revenus imposables par des pertes fiscales réalisées dans le passé dans le cadre d'une autre activité commerciale, indépendamment du fait que la société soit restée inactive pendant un certain temps.

La Cour rappelle que l'article 114 de la loi luxembourgeoise concernant l'impôt sur le revenu («LIR») ne subordonne pas le droit au report des pertes à l'existence d'une identité de la société au regard de critères économiques tels que l'exercice de la même activité économique. En outre, ni l'article 114 de la LIR ni sa ratio legis ne permettent de conclure que le législateur avait l'intention de faire dépendre la disponibilité du report de pertes fiscales d'une société de l'identité de cette dernière sur la base de critères économiques.

De même, le titre II de la LIR (dispositions fiscales applicables aux entités soumises à l'impôt sur le revenu des collectivités) ne contient pas de disposition explicite exigeant le maintien d'une identité économique au sein d'une société comme condition pour la déduction des pertes fiscales des exercices antérieurs.

La Cour constate ainsi que «c'est la société de capitaux qui est le contribuable assujéti à l'impôt et que le droit au report des pertes dans le chef d'une collectivité est uniquement conditionné par la qualité de société au sens du droit des sociétés et par l'identité juridique de la personne morale». Sur la base des faits de l'espèce, la Cour conclut donc que LuxCo satisfait à l'exigence du caractère personnel du droit au report des pertes antérieures en cause conformément à l'article 114 de la LIR.

La Cour a toutefois aussi estimé que l'absence d'une règle fiscale claire exigeant une identité économique n'empêche pas d'office et en toute hypothèse l'appréciation économique d'une transaction concrète afin de déterminer si celle-ci est ou non constitutive d'un abus de droit.

Il y a abus de droit au sens du § 6 du StAnpG, notamment lorsque la personnalité juridique et fiscale de la société est utilisée dans le seul but de contourner le caractère personnel du droit au report des pertes antérieures et l'interdiction qui en découle de transférer ces pertes dans le seul but d'éviter l'imposition des bénéfices afférents. Or, en l'espèce, le Tribunal relève qu'il n'est pas contesté que, depuis sa création en 2000 jusqu'en 2014, l'actionariat de LuxCo n'a pas changé, ni dans sa majorité, ni dans sa totalité.

En outre, la Cour reconnaît qu'une société contribuable qui a subi des pertes dans le cadre d'une activité concrète doit être autorisée à cesser cette activité, à céder les actifs qui y sont associés et à réorienter ses activités vers une autre activité qu'elle considère

comme susceptible de générer des revenus positifs. Par conséquent, s'il est vrai que LuxCo a indiqué «détention de participations» comme étant l'objet de son activité dans ses déclarations fiscales pour les années 2000 à 2013 et que, compte tenu de l'acquisition et de la revente d'un bien immobilier en 2014, elle a indiqué «gestion de biens immobiliers» comme étant l'objet de son activité dans sa déclaration fiscale pour l'année 2014, ce changement d'activité concrète ne peut pas être considéré comme une voie inadéquate pour continuer à bénéficier du droit au report des pertes antérieures.

En outre, l'analyse n'est pas affectée par le fait que LuxCo était une société «dormante» sans actifs sociaux significatifs de 2009 à 2013 et qu'en 2014, elle a effectué une seule transaction immobilière, impliquant un accord de vente d'un bâtiment avant même qu'il ne soit acheté, résultant en un profit significatif, malgré le fait qu'elle ne s'était jamais «positionnée comme un acteur économique aux yeux du grand public» dans le secteur de l'immobilier.

Selon la Cour, les particuliers sont libres d'exercer une activité indépendante ou de réaliser certaines opérations par l'intermédiaire d'une société opaque. Cela n'indique pas en soi une voie inappropriée et les contribuables sont libres de choisir la voie la moins imposée. Sur cette base, la Cour a conclu que, dans les circonstances de l'espèce, l'acquisition de l'immeuble par LuxCo et sa revente ultérieure devaient être considérées comme relevant de la liberté de choisir la voie la moins imposée. Par conséquent, LuxCo ne peut être considérée comme ayant emprunté une voie inappropriée et le critère de l'abus de droit n'est donc pas rempli en l'espèce.

La décision de la Cour réforme donc la décision du Tribunal, qui avait confirmé la position de l'ACD (c'est-à-dire que l'ACD considérait l'utilisation du report des pertes fiscales comme un abus de droit, étant donné que l'activité de LuxCo avait changé).

### Conclusion

L'utilisation des pertes fiscales est une caractéristique fondamentale du système fiscal luxembourgeois (des sociétés) et la déductibilité des pertes fiscales ne peut être remise en cause que dans des cas exceptionnels. À cet égard, les jurisprudences luxembourgeoise et allemande ont fourni un cadre clair pour l'interprétation de la notion d'abus de droit en cas de modification de la majorité, voire de la totalité, des actionnaires d'une société luxembourgeoise ayant subi des pertes fiscales.

Dans ce cas, la décision du Tribunal avait engendré une grande incertitude juridique en contredisant la jurisprudence établie. La question des pertes fiscales est déjà un sujet de préoccupation pour beaucoup, car les pertes fiscales ne peuvent être considérées comme définitives que dans l'année fiscale au cours de laquelle elles sont utilisées pour compenser le revenu imposable (et acceptées par l'ACD).

En définitive, la Cour administrative rétablit la sécurité juridique pour l'utilisation des pertes fiscales des sociétés par une société luxembourgeoise.

\* Oliver R. HOOR est Tax Partner (Head of Transfer Pricing and the German Desk) auprès d'ATOZ Tax Advisers (Taxand Luxembourg). L'auteur peut être contacté à l'adresse suivante : oliver.hoor@atoz.lu. L'auteur souhaite remercier Marie Bentley (Chief Knowledge Officer) pour son assistance.

Lex Delles a présenté le bilan 2023 de la «Direction générale PME, artisanat et commerce» :

## « Le secteur des PME reste dynamique et continue à investir »

**E**n date du 8 juillet 2024, le ministre de l'Économie, des PME, de l'Énergie et du Tourisme, Lex Delles, a présenté le bilan 2023 de la «Direction générale PME, artisanat et commerce».

Dans le contexte d'une volonté de transparence et d'optimisation, différentes statistiques sur les autorisations d'établissement ainsi que les aides étatiques sont publiées annuellement. Cela permet d'avoir une vue d'ensemble de l'évolution de l'environnement économique des petites et moyennes entreprises.

Le bilan 2023 indique que les demandes en matière d'autorisations d'établissement connaissent une légère baisse (-6% vs. 2022)



(de g. à dr.) Gilles SCHOLTUS, chargé de la Direction générale PME, artisanat et commerce; Lex DELLES, ministre de l'Économie, des PME, de l'Énergie et du Tourisme © MECO

tandis que les certificats de déclaration préalable des entreprises transfrontalières enregistrent une légère hausse (+4% vs. 2022). Concernant la création de nouvelles entreprises, il convient de

noter que 5.622 premières demandes d'autorisation d'établissement ont été enregistrées en 2023, ce qui correspond à une évolution stable par rapport à l'année 2022 (-0,04%).

La croissance nette d'entreprises (entreprises créées moins entreprises fermées) est positive avec 1.048 nouvelles entités. Une tendance positive se manifeste également dans le domaine des certificats de déclaration préalable.

Les activités d'entreprises artisanales transfrontalières qui ne sont pas établies au Luxembourg, mais qui y prestent des services, sont soumises à une déclaration préalable donnant lieu à un tel certificat. 5.053 demandes de certificats ont été reçues en 2023 (vs. 4.851 en 2022) ce qui correspond au deuxième nombre le plus élevé jamais enregistré.

Il s'avère en outre que la durée de traitement des demandes d'autorisation d'établissement et des demandes de certificats de déclaration préalable a été réduite considérablement. La durée de

traitement correspondait ainsi l'année dernière en moyenne à 5,05 jours, contre 6,93 jours en 2022 et 8,6 jours en 2021. Cette évolution s'explique principalement par la digitalisation de processus internes, notamment suite à la réforme du droit d'établissement.

Concernant les aides étatiques classiques, à savoir l'aide relative à la loi-cadre PME, le programme «Fit 4 Digital», les programmes «SME Packages», l'aide à la primo-création d'entreprise et l'aide temporaire impact environnemental, il y a lieu de noter que le nombre des demandes a très légèrement baissé (1.305 demandes en 2023 contre 1.387 demandes en 2022).

Au total 1.393 dossiers ont été accordés en 2023 (contre 1.022 en 2022) et les montants accordés ont connu une hausse considérable, passant de 18.797.573 euros

en 2022 à 28.830.079 euros en 2023, ce qui correspond à une hausse de 53%.

Le ministre de l'Économie, des PME, de l'Énergie et du Tourisme, Lex Delles a souligné que «le bilan 2023 de la "Direction générale PME, Artisanat et Commerce" démontre que le secteur des PME reste dynamique et continue à investir. Nous promovons un environnement attractif pour les entreprises, dans lequel elles peuvent se développer et gagner en productivité ainsi qu'en compétitivité. À travers des mesures concrètes nous soutenons notamment la digitalisation et la résilience des entreprises tout en continuant à simplifier les procédures internes du ministère de l'Économie.»

Source : ministère de l'Économie