

LE TRIBUNAL LUXEMBOURGEOIS JUGE QUE L'UTILISATION DE PERTES REPORTABLES RELÈVE DE L'ABUS DE DROIT : QUO VADIS ?



OLIVER R. HOOR

TAX PARTNER
ATOZ TAX ADVISERS¹

I. INTRODUCTION

Le 30 mars 2023, le Tribunal administratif qui est la juridiction de première instance au Luxembourg (ci-après, le « Tribunal »), a rendu un jugement (le « Jugement ») dans une affaire qui concerne l'utilisation de pertes fiscales par une société luxembourgeoise (« LuxCo »)².

Dans l'affaire jugée, LuxCo avait comptabilisé des pertes fiscales alors qu'elle était une société de détention de participations (« SOPARFI ») et a utilisé ces pertes, après plusieurs années d'inactivité, pour compenser une plus-value réalisée lors de la cession d'un bien immobilier nouvellement acquis, situé au Luxembourg. L'administration des contributions directes (« ACD ») a toutefois rejeté l'utilisation des pertes fiscales en se fondant sur la disposition relative à l'abus de droit prévue au § 6 de la loi d'adaptation fiscale (*Steueranpassungsgesetz* ou « StAnpG »). Le Tribunal a confirmé la position de l'ACD et a donc rejeté l'utilisation des pertes fiscales.

À l'heure où cet article est rédigé, un appel auprès de la Cour administrative du Luxembourg (qui est la juridiction de deuxième instance) a été interjeté contre le Jugement. L'utilisation des pertes fiscales étant un élément fondamental de la fiscalité luxembourgeoise, la décision de la Cour administrative sera de la plus haute importance pour rétablir la sécurité juridique.

Cet article fournit une analyse détaillée de la question de savoir si l'ACD et le Tribunal ont eu raison de conclure que l'utilisation de pertes fiscales par LuxCo constitue un abus de droit.

L'affaire concerne également le paiement d'honoraires (excessifs) à une société résidente au Royaume-Uni pour un mandat de recherche d'un acheteur pour le bien immobilier luxembourgeois jugé par le Tribunal comme étant une distribution cachée de dividendes. Étant donné que

la société britannique avait des liens avec l'actionnaire de LuxCo, il est assez vraisemblable que le niveau élevé des honoraires payés par LuxCo constitue un avantage qui soit qualifié de distribution cachée de bénéfices. Par conséquent, cet aspect du Jugement ne semble pas prêter à controverse et ne sera pas analysé plus en détail.

II. LES FAITS SOUS-TENDANT LE DOSSIER

LuxCo a été constituée le 14 janvier 2000 sous la forme juridique d'une société anonyme (S.A.) dans le but de détenir des participations. LuxCo n'a jamais fait partie d'un groupe d'intégration fiscale et, fondamentalement, avait une base actionnariale stable depuis 2001 (*i.e.* les actions de LuxCo étaient détenues depuis 2001 par une personne physique résidente luxembourgeoise).

L'objet social de LuxCo a été défini de manière très large dans ses statuts qui renseignent 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 ». Toutefois, en pratique, LuxCo a principalement exercé des activités de détention jusqu'en 2008.

1. L'auteur peut être contacté à l'adresse suivante : oliver.hoor@atoz.lu.

2. Trib. adm., 30 mars 2023, n° 45984 (LexNow Reference / ID L25D4449B).

De 2009 à 2013, LuxCo a cessé son activité antérieure en tant que SOPARFI et n'a plus disposé d'aucun actif social ayant une valeur économique réelle (ce qui signifie que LuxCo était une société dormante au cours de cette période).

Le 12 mai 2014, LuxCo a acquis un bien immobilier situé au Luxembourg qui a été revendu le 31 octobre 2014, soit moins de 6 mois plus tard. LuxCo a réalisé une importante plus-value sur son investissement (environ 80 % des coûts d'acquisition), qui a été indiquée comme revenu dans sa déclaration fiscale de l'année 2014. Toutefois, le revenu imposable de LuxCo a été compensé par la déduction des pertes fiscales reportées datant de l'époque où LuxCo exerçait des activités de holding.

En 2014, LuxCo a acté un changement d'activité dans ses comptes annuels ainsi que dans sa déclaration d'impôt sur le revenu des collectivités et pour l'impôt commercial communal, substituant ainsi l'activité de « gestion/négoce de biens immobiliers » à celle de « détention de participations ».

L'ACD a refusé la déductibilité des pertes fiscales de LuxCo, arguant que les conditions de l'abus de droit étaient remplies.

Après la transaction immobilière de 2014, LuxCo n'a plus exercé d'activités. Les représentants de la société ont expliqué cette situation par l'insécurité créée par l'ACD en contestant la déduction des pertes fiscales reportées.

III. JUGEMENT DU TRIBUNAL

Le Tribunal a été amené à se prononcer sur la question de savoir si LuxCo pouvait utiliser ses pertes fiscales reportables pour compenser le revenu imposable de 2014 ou si l'utilisation de ces pertes fiscales constituait un abus de droit, comme le prétendait l'ACD.

La notion d'abus de droit s'applique si quatre conditions sont cumulativement remplies. Le Tribunal a analysé ces conditions comme suit :

A. Utilisation de formes et d'institutions du droit privé

Le Tribunal rejoint l'ACD dans son constat suivant lequel la première condition est remplie puisque l'achat d'un bien immobilier par une société constitue l'utilisation de formes et d'institutions du droit privé au sens du § 6 StAnpG.

Le Tribunal a également souligné qu'il n'était pas contesté que LuxCo était en cessation d'activité de 2009 à 2013 et

qu'elle ne disposait d'aucun actif ayant une valeur économique conséquente au cours de cette période.

B. Économie d'impôt consistant en un contournement ou une réduction de la charge d'impôt

Selon le Tribunal, l'utilisation des pertes fiscales a permis à LuxCo de réduire de manière conséquente la charge d'impôt relative à la plus-value réalisée par le biais de la déduction des pertes d'exploitation reportées des années précédentes.

Le Tribunal a rappelé que LuxCo avait cessé toute activité entre 2009 et 2013 et que la société avait été « réactivée » en 2014 à l'occasion de l'acquisition et de la revente d'un bien immobilier luxembourgeois sur une période inférieure à 6 mois.

C. Usage d'une voie inadéquate

Le Tribunal relève que LuxCo a indiqué « Prise de participations » comme objet social dans ses déclarations pour l'impôt sur le revenu des collectivités et pour l'impôt commercial communal relatives aux exercices 2000 à 2013. En 2014, lorsque LuxCo a acquis et revendu l'actif immobilier luxembourgeois, LuxCo a indiqué la « Gestion de biens immobiliers » comme objet social dans sa déclaration fiscale. De même, dans les annexes aux comptes annuels de l'année 2014, il est indiqué que « la société a pour objet principal le négoce de biens immobiliers ».

Le Tribunal souligne également que l'intention initiale de LuxCo n'était pas d'investir dans l'immobilier, aucun investissement immobilier n'ayant été réalisé depuis sa constitution en 2000 jusqu'en 2014. Compte tenu des faits et des circonstances de l'affaire, il a été considéré que LuxCo avait été créée pour exercer des activités de holding et non pour investir dans l'immobilier.

Selon le Tribunal, il est de jurisprudence constante que l'application de l'abus de droit requiert un examen au regard de la globalité des opérations faites et des personnes physiques et morales étant intervenues, et ce, indépendamment de la question de savoir quelle personne est à l'origine de cet abus de droit (potentiel).

Le Tribunal considère ainsi que :

- (i) le droit au report de pertes a été réclamé par une société qui a cessé son activité antérieure de 2009 à 2014 et qui n'a, durant cette période, plus disposé d'aucun actif social d'une valeur conséquente ; et
- (ii) tout porte à croire que la société n'a été « réactivée » en 2014 qu'en vue de réaliser l'investissement immobilier.

Sur cette base, le Tribunal conclut qu'il existe suffisamment d'indices en l'espèce pour considérer que la personnalité juridique et fiscale de LuxCo a été utilisée uniquement pour bénéficier du report de pertes et pour réduire l'impôt qui aurait dû être subi par elle sur une telle opération.

Le Tribunal rappelle également que LuxCo est ultimement détenue et contrôlée par une personne physique résidant au Luxembourg, qui est le bénéficiaire effectif de LuxCo et qui tire un avantage fiscal à effectuer cette opération immobilière très profitable au travers de LuxCo (qui dispose de pertes fiscales suffisantes pour compenser la plus-value). Le Tribunal souligne ainsi que la plus-value spéculative, si elle avait été réalisée directement par l'actionnaire, aurait été imposable.

D. Absence de motifs extra-fiscaux valables pouvant justifier la voie choisie

Selon LuxCo, son actionnaire entendait limiter les « risques importants au regard des travaux à effectuer et de l'incertitude sur les possibilités de trouver un acheteur au prix souhaité » en « réactivant » une société dormante pour réaliser l'investissement immobilier.

Cependant, le Tribunal estime que ces arguments ne sont pas suffisants pour renverser la conclusion du Directeur de l'ACD selon laquelle les transactions litigieuses effectuées par LuxCo constituent un abus de droit et qu'elles ne sont pas motivées par des considérations autres que fiscales.

Sur cette base, le Tribunal conclut que toutes les conditions pour l'application de la disposition relative à l'abus de droit (telle qu'applicable en 2014) sont remplies. Par conséquent, les pertes fiscales reportables de LuxCo ne peuvent pas être utilisées pour compenser la plus-value réalisée sur la cession du bien immobilier luxembourgeois.

IV. ANALYSE CRITIQUE DU JUGEMENT

A. Aperçu

L'examen du Jugement nécessite une analyse complète (i) des règles applicables aux pertes fiscales dans le chef des sociétés, (ii) de la disposition relative à l'abus de droit et (iii) de la jurisprudence dite « *Mantelkauf* » qui traite spécifiquement de l'application de la disposition relative à l'abus de droit dans le cas des pertes fiscales. Tous ces

sujets seront soigneusement analysés dans les sections suivantes.

B. Pertes fiscales dans le chef d'une société

1) Observations préliminaires

Les sociétés ayant leur siège statutaire ou leur administration centrale sur le territoire du Grand-Duché sont passibles de l'impôt sur le revenu des collectivités³ et l'impôt commercial communal⁴ sur leurs revenus mondiaux⁵.

Le revenu imposable d'une société luxembourgeoise est déterminé pour chaque exercice fiscal (*Abschnittsbesteuerung*)⁶. Un revenu imposable négatif (ou des pertes fiscales) peut être reporté et compenser le revenu imposable réalisé par la société au cours d'exercices ultérieurs.

Le droit au report de pertes subies du chef d'exercices d'exploitation antérieurs n'est pas un avantage fiscal mais un élément nécessaire d'un système fiscal équitable qui garantit une imposition conforme au principe de la « capacité contributive » (*Leistungsfähigkeitsprinzip*). Par conséquent, la charge d'impôt des contribuables essuyant des pertes fiscales doit être atténuée par la déduction de ces pertes au cours d'exercices fiscaux bénéficiaires futurs.

2) Déductibilité des pertes fiscales

Les règles générales régissant l'utilisation des pertes fiscales prévues à l'article 114 de la loi luxembourgeoise concernant l'impôt sur le revenu (« LIR ») s'appliquent également aux collectivités luxembourgeoises⁷. Alors que le report des pertes fiscales subies à partir de 2017 est limité à une période de 17 années d'imposition, les pertes fiscales subies avant l'année d'imposition 2017 (comme c'est le cas en l'espèce) peuvent être reportées sans limitation dans le temps. Un report en arrière des pertes fiscales n'est pas possible.

La déduction des pertes fiscales ne nécessite pas de demande spéciale de la part du contribuable et est prise en compte automatiquement lorsque la société réalise un revenu imposable au cours d'un exercice fiscal ultérieur. Le report des pertes fiscales peut être pris en compte dès l'établissement des avances d'impôts de la société.

Le principe fondamental régissant les pertes fiscales est qu'elles ne peuvent être déduites que du revenu imposable

3. Art. 159 (1), A, n° 1, LIR.
4. § 2 (2), n° 2, GewStG.

5. Art. 159 (2) LIR.

6. Art. 158 (2) LIR et art. 163 (1) LIR.

7. Art. 162 (1) LIR.

du contribuable qui les a effectivement subies (*Grundsatz der Personenidentität*). Un transfert des pertes fiscales (par exemple, à un actionnaire ou à une filiale) n'est pas possible⁸.

Fondamentalement, tous les revenus réalisés par une société luxembourgeoise sont considérés comme des « revenus commerciaux » au sens de l'article 14 de la LIR (c'est-à-dire que les revenus ne sont pas répartis dans différentes catégories de revenus)⁹. Par conséquent, les pertes fiscales subies par une société luxembourgeoise peuvent compenser tout revenu imposable, cette compensation n'étant pas limitée aux revenus provenant de la même activité. Les pertes fiscales subies pendant la durée de vie de la société peuvent également être utilisées pour compenser les plus-values latentes réalisées lors d'une liquidation (présumée)¹⁰.

C. Évaluation des pertes fiscales

Le montant des pertes fiscales indiqué dans un bulletin d'imposition ne lie pas les autorités fiscales pour les années ultérieures. Au contraire, le montant des pertes fiscales ne peut être considéré comme définitif qu'une fois que les pertes fiscales ont effectivement compensé des revenus imposables. En d'autres termes, l'ACD a la possibilité de remettre en question le montant des pertes fiscales disponibles lors de l'imposition relative à l'exercice fiscal durant lequel ces pertes pourraient être utilisées pour compenser le revenu imposable¹¹.

La déduction des pertes fiscales ne peut toutefois pas être refusée de manière malveillante par l'ACD. La règle selon laquelle « les pertes fiscales sont définitives une fois qu'elles sont déduites » doit être interprétée de manière à ce que les inexactitudes antérieures dans la détermination des pertes fiscales puissent être rectifiées pour l'exercice fiscal au cours duquel les pertes fiscales sont déduites (par exemple, lorsqu'il y a eu une erreur dans le calcul de la perte fiscale).

Néanmoins, l'absence de bulletin de fixation des pertes fiscales au cours de l'exercice fiscal durant lequel une société a subi des pertes crée une certaine insécurité juridique quant à la disponibilité de ces pertes. Cela peut rendre la prévision de la charge d'impôt future particulièrement compliquée.

D. Le concept d'abus de droit

1) Observations préliminaires

Les contribuables disposent d'une grande liberté dans la structuration de leurs activités économiques et de leurs investissements. Le cadre juridique luxembourgeois, souple et diversifié, prévoit une multitude d'options qui peuvent, tout naturellement, donner lieu à des traitements fiscaux différents. Toutefois, la liberté des contribuables de structurer leurs activités trouve ses limites dans la disposition relative à l'abus de droit.

Conformément au § 6 (1) StAnpG (dans sa version en vigueur avant 2019¹²), « l'assujettissement à l'impôt ne peut être contourné ou diminué par l'abus des formes et des institutions du droit civil ». Ainsi, la notion d'abus de droit est un concept juridique vague (*unbestimmter Rechtsbegriff*) qui peut s'appliquer lorsque les contribuables tirent profit des aspects techniques (ou des lacunes) de la législation fiscale.

Le deuxième paragraphe du § 6 dispose en outre que « en cas d'abus, les impôts sont à percevoir comme ils auraient dû l'être si la forme juridique utilisée avait été adaptée aux opérations, aux faits et aux circonstances économiques »¹³.

2) Principes de mise en œuvre

Les contribuables ne peuvent pas se soustraire à leurs obligations fiscales en abusant des formes et des possibilités de structuration prévues par le droit privé. Par conséquent, il faut que la forme juridique choisie par le contribuable soit abusive pour pouvoir être contestée par l'ACD en tant qu'abus de droit.

En d'autres termes, la forme juridique choisie doit être clairement inappropriée au regard des faits et circonstances économiques. Cela implique également que le traitement fiscal de la voie juridique choisie soit incompatible avec l'objet ou le but de la loi fiscale et avec l'intention du législateur.

En règle générale, plus une forme juridique est répandue sur le marché, moins cette forme de structuration est

8. Art. 114 (2), n° 3, LIR.

9. Art. 10, n° 1, LITL et art. 162 (3) LIR.

10. Art. 169 LIR.

11. Trib. adm., 21 septembre 2006, n° 20376 (LexNow Reference / ID 671) ; BFH, 17 mars 1961, VI 67/60 U, BStBl III 1961, p. 427 ; BFH, 16 juillet 1964, V 92/61 s, BStBl 1964 III, p. 634 ; BFH, 12 janvier 1966, I 184/63, N.J.W., 1966, p. 1536 ; la question de savoir si le bulletin d'impôts d'un exercice au cours duquel des pertes fiscales ont été subies peut encore être modifié conformément aux dispositions de la loi générale des impôts (*Abgabenordnung*) n'est pas pertinente.

12. Avec effet au 1^{er} janvier 2019, la loi du 21 décembre 2018 a modifié le § 6 StAnpG afin de mettre en œuvre la règle générale anti-abus (« GAAR ») de la directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur (dite « ATAD »).

13. § 6 StAnpG : « (1) *Durch Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts kann die Steuerpflicht nicht umgangen oder gemindert werden. (2) Liegt ein Missbrauch vor, so sind die Steuern so zu erheben, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltungen zu erheben wären.* »

susceptible d'être qualifiée d'abus de droit. Néanmoins, le simple fait qu'une option de structuration soit inhabituelle ne suffit pas à lui seul pour qualifier cette opération d'abus.

Lorsque les contribuables ont des raisons économiques ou toutes autres raisons valables de choisir une forme juridique particulière, la présomption d'abus de droit est généralement réfutée¹⁴.

Les différentes formes juridiques et options de structuration ont des conséquences fiscales différentes. En principe, les contribuables sont libres de choisir l'option de structuration qui entraînera l'imposition la plus faible. Ceci est conforme à l'intention du législateur qui influence activement les décisions des contribuables par le biais de sa politique fiscale, en offrant aux contribuables différentes options pour organiser leurs activités¹⁵.

Même les options de structuration qui visent exclusivement à obtenir un avantage fiscal ne constituent pas en soi un abus de droit. L'intention du contribuable de réduire sa charge fiscale en choisissant une certaine forme juridique doit être respectée lorsque ce choix s'opère dans les limites de la liberté du contribuable (c'est-à-dire lorsqu'il n'est pas abusif).

La protection de la sphère individuelle du contribuable, l'exigence que les impôts soient prélevés conformément à la loi (*Gesetzmäßigkeit der Besteuerung*) et le besoin de sécurité juridique requièrent une interprétation restrictive de la disposition relative à l'abus de droit.

En particulier, les contribuables ne commettent pas d'infraction pénale, même si les circonstances semblent inhabituelles ou abusives, dès lors qu'ils divulguent toutes les informations sans rien cacher.

Enfin, le cas échéant, l'approche économique (*wirtschaftliche Betrachtungsweise*)¹⁶ prime sur l'application de la notion d'abus de droit¹⁷.

3) Caractéristiques de l'abus de droit

Sur base de la jurisprudence luxembourgeoise¹⁸, les conditions suivantes doivent être cumulativement remplies

pour qu'une opération soit qualifiée d'abus au sens du § 6 StAnpG :

- l'utilisation des formes et des institutions (possibilités de structuration) du droit privé (en se référant aux formes et institutions du droit privé, la notion d'abus de droit requiert l'utilisation d'actes ou de dispositifs juridiques et n'inclut pas de simples faits ou actions) ;
- la réduction de la charge d'impôt ou le contournement d'un événement imposable ;
- l'usage d'une voie inadéquate¹⁹ ; et
- l'absence de motifs extra-fiscaux valables (c'est-à-dire que le montage est exclusivement motivé par des raisons fiscales)²⁰.

Le concept d'abus de droit vise à tracer les limites entre la planification fiscale légitime dans le respect du cadre légal et l'évitement fiscal abusif. Toutefois, en l'absence de définition spécifique, l'application de cette disposition reste une zone d'ombre.

Les éléments constitutifs d'un abus de droit au sens de la législation fiscale luxembourgeoise, qui doivent être cumulativement réunis, sont les suivants :

i. Utilisation de formes et d'institutions du droit privé

Selon le § 6 StAnpG, les événements imposables ne peuvent être évités par l'utilisation de formes et d'institutions du droit. En tant que tel, le concept de « formes et institutions du droit » est très large.

ii. Contournement ou réduction de la charge d'impôt

La disposition relative à l'abus de droit ne peut s'appliquer que lorsque les contribuables contournent ou réduisent leur charge d'impôt. En d'autres termes, les contribuables obtiennent des économies d'impôt de manière illégitime en réduisant une charge fiscale ou en contournant le déclenchement d'un événement imposable. Il n'est pas nécessaire que le contribuable bénéficie lui-même de l'économie d'impôt illégitime – des tiers peuvent également relever du concept d'abus de droit s'ils ont un intérêt commun ou tout autre lien avec le contribuable.

14. Cf. Reichsfinanzhof (« RFH »), 28 mai 1929, Kartei AO, § 5 R.83 ; Bundesfinanzhof (« BFH »), 9 décembre 1959, HFR 61, 34 ; Cf. R. KÜHN, H. KUTTER, R. HOFMANN, « Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung », 11. Auflage, 1974, Fachverlag für Wirtschafts- und Steuerrecht Schäffer & Co GmbH, p. 857.

15. Cf. BFH, 22 août 1951, BStBl. III, p. 181 ; cf. R. KÜHN, H. KUTTER, R. HOFMANN, « Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung », 11. Auflage, 1974, Fachverlag für Wirtschafts- und Steuerrecht Schäffer & Co GmbH, p. 857 ; dans ses conclusions, l'avocate générale KOKOTT rappelle que « le contribuable est même libre, en vertu du droit de l'Union, de choisir, dans les limites légales, le montage fiscal qui lui est le plus favorable » ; Cf. les conclusions de l'avocate générale KOKOTT, 4 mai 2023, affaire C-454/21 P, affaire C-451/21 P, n° 149.

16. § 1 StAnpG.

17. Cf. R. KÜHN, H. KUTTER, R. HOFMANN, « Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung », 11. Auflage, 1974, Fachverlag für Wirtschafts- und Steuerrecht Schäffer & Co GmbH, p. 858.

18. Voy., par exemple, Cour adm., 7 février 2013, n° 31320C (LexNow Reference / ID 19181) ; Cour adm., 18 mars 2014, n° 32984C (LexNow Reference / ID 21734) ; Trib. adm., 14 janvier 2015 (LexNow Reference / ID 22891), n° 33678 ; Cour adm., 7 février 2013, n° 31320C ; Trib. adm., 21 mai 2013, n° 31058 (LexNow Reference / ID 20111) ; Trib. adm., 29 janvier 2014, n° 32151 (LexNow Reference / ID 21522) ; Cour adm., 16 février 2016, n° 35978C (LexNow Reference / ID 24266) ; Cour adm., 16 février 2016, n° 35979C (LexNow Reference / ID 24267).

19. Cf. A. STEICHEN et Ch. DURO, « Limits to the use of low tax regimes by multinational businesses: current measures and emerging trends », IFA branch report 2001.

20. Cf. Cour adm., 15 juillet 2010, n 25957Ca (LexNow Reference / ID 14317), consacré par l'ACD dans sa circulaire LIR n° 114/2 du 2 septembre 2010.

L'économie d'impôt peut être réalisée immédiatement ou dans le futur.

Toutefois, le fait que le contribuable bénéficie d'une économie d'impôt ne suffit pas à déclencher l'application de la notion d'abus de droit. Au contraire, comme l'a explicitement confirmé le Conseil d'État luxembourgeois²¹, tout contribuable a le droit de choisir le régime dans lequel sa charge d'impôt est la plus faible, à condition que certaines limites ne soient pas franchies et que les mesures prises ne soient pas inappropriées²².

Il convient de noter qu'il existe une distinction évidente entre le fait de faire valoir les avantages d'un allègement, d'une exonération ou d'une déduction de la manière prévue par le législateur et l'évitement fiscal illégitime qui peut être combattu par le biais de l'abus de droit.

iii. Usage d'une voie inadéquate

La disposition relative à l'abus de droit exige en outre l'utilisation d'une voie inadéquate, déterminée par une comparaison entre la voie choisie par le contribuable et la voie appropriée.

Une construction juridique qui conduirait à une économie d'impôt est considérée comme appropriée si elle est simple, claire, non compliquée et transparente²³. En principe, le législateur prévoit des mesures appropriées sous la forme de véhicules et de régimes fiscaux qui peuvent être utilisés par les contribuables. Le simple fait qu'une structure soit inhabituelle ne suffit pas à lui seul pour soupçonner qu'elle est inadéquate.

Un dispositif est considéré comme inadéquat s'il n'entraîne pas « formellement » d'événement imposable (ou conduirait à une charge fiscale moindre) en dépit des objectifs et intentions contraires de la loi.²⁴

L'intention du législateur est généralement exprimée par le biais d'une législation fiscale explicite et d'orientations connexes (telles que les commentaires du projet de loi inclus dans les documents parlementaires). Le traitement fiscal

d'un montage est considéré comme incompatible avec l'intention du législateur si ce montage tire parti des aspects techniques du système fiscal applicable. Inversement, le traitement fiscal d'un montage est conforme à l'intention du législateur lorsque le traitement fiscal de ce dernier repose sur la simple application d'une loi fiscale explicite (qui est l'expression de l'intention du législateur).

iv. Absence de motifs extra-fiscaux valables (le montage est exclusivement motivé par des raisons fiscales)

Lorsque les contribuables ont des raisons économiques ou d'autres raisons non fiscales de choisir une forme juridique particulière, la présomption d'abus de droit est généralement renversée. Ainsi, même les mesures qui ont été choisies pour leur dimension fiscale ne devraient pas être considérées comme abusives en présence de considérations non fiscales²⁵.

Selon la jurisprudence, il n'y a pas d'abus de droit lorsqu'il y a des raisons économiques ou d'autres raisons valables en sus des raisons fiscales²⁶. L'ACD ne devrait pas être en mesure de remettre en question une transaction effectuée à la fois pour des raisons fiscales et pour d'autres raisons économiques. Le contribuable peut notamment soutenir l'existence de raisons non fiscales en démontrant la logique économique qui sous-tend la transaction et en fournissant une documentation appropriée sur celle-ci.

La Cour administrative considère qu'il n'est pas suffisant pour le contribuable de prétendre avoir des motifs économiques, car il faut que ces motifs économiques soient réels et présentent un avantage économique au-delà de l'avantage fiscal obtenu²⁷.

4) Conséquences fiscales

Lorsque l'ACD démontre l'existence d'un abus de droit, les impôts doivent être déterminés sur la base de la voie juridique considérée comme étant la voie authentique, c'est-à-dire sur base de la voie juridique qui aurait été mise en place pour des raisons commerciales valables reflétant la réalité économique.

21. Cf. CE, « Hélios », 9 janvier 1963, n° 5677 (LexNow Reference / ID 796).

22. Le considérant 11 de la directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur (dite « ATAD ») confirme que la règle générale anti-abus (« GAAR ») qui y est prévue ne doit s'appliquer qu'aux montages non authentiques. Dans le cas contraire, le contribuable devrait avoir le droit de choisir la structure la plus avantageuse sur le plan fiscal pour ses affaires commerciales. Par conséquent, tant qu'un montage est authentique, la « GAAR » ne devrait pas s'appliquer. Bien que la transposition d'« ATAD » ait exigé du Luxembourg qu'il modifie sa disposition relative à l'abus de droit à partir de l'exercice fiscal 2019, cette précision devrait également éclairer l'interprétation de la disposition relative à l'abus de droit telle qu'applicable avant 2019.

23. Cf. J.-P. WINANDY, « Fraude à la loi et abus de droit en droit fiscal luxembourgeois », *Annales du droit luxembourgeois*, 2001, p. 128 ; et J.-P. WINANDY, *Les impôts sur le revenu et sur la fortune au Luxembourg*, 4^e éd., Luxembourg, Promoculture, 2002, p. 144.

24. Cf. J.-P. WINANDY, « Fraude à la loi et abus de droit en droit fiscal luxembourgeois », *Annales du droit luxembourgeois*, 2001, p. 134 : « toute solution qui, sans être formellement constitutive d'un fait générateur de l'impôt, permettrait d'échapper à l'imposition qui serait due compte tenu des objectifs de la loi. L'essence du contournement de la loi fiscale est donc que la voie choisie ne correspond pas au fait générateur formel de l'impôt ».

25. Cf. BFH, 14 octobre 1964, BStBl. 1964 III, p. 667.

26. Cf. M. KLEIN, *Die nicht « angemessene rechtliche Gestaltung » im Steuerumgehungsstatbestand des § 42 AO*, Köln, O. Schmidt, 1994, p. 67 ; Trib. adm., 21 mai 2013, n° 31058 (LexNow Reference / ID 20111) ; Trib. adm., décision du 14 janvier 2015, n° 33678 (LexNow Reference / ID 22891).

27. Cf. Cour adm., 18 mars 2014, n° 32984C, p. 9 (LexNow Reference / ID 21734) ; cf. Trib. adm., 28 janvier 2015, n° 33984 tel que confirmé par l'arrêt de la Cour administrative, 15 février 2016, n° 25979C.

L'ACD n'est toutefois pas libre de remplacer simplement un dispositif tel qu'il a été mis en œuvre par un autre dispositif ou d'ignorer sélectivement certains éléments d'une série de dispositifs. Au contraire, l'ACD doit rester aussi proche que possible du dispositif tel qu'il a été mis en place.

Conformément au § 6 (3) StAnpG, les impôts prélevés sur la base de la voie juridique utilisée (qui n'est pas prise en compte conformément à la disposition relative à l'abus de droit) doivent être imputés sur le montant de l'impôt dû en vertu du dispositif jugé approprié ou, à défaut, sur d'autres arriérés d'impôts du contribuable. Si une telle compensation n'est pas possible, les impôts payés peuvent être remboursés²⁸.

5) Considérations relatives à la charge de la preuve

En vertu de la législation fiscale luxembourgeoise, la charge de la preuve est généralement répartie entre le contribuable et l'ACD. Pour les faits et circonstances entraînant une augmentation de la base imposable, la charge de la preuve incombe à l'ACD, tandis que le contribuable doit prouver les faits et circonstances entraînant une réduction de sa base imposable²⁹.

Si l'on applique cette logique à la disposition relative à l'abus de droit, c'est à l'ACD qu'il incombe de prouver qu'un dispositif est abusif au sens de la disposition relative à l'abus de droit. Lorsque les autorités fiscales peuvent prouver qu'il est raisonnable de conclure que les conditions de la disposition relative à l'abus de droit sont remplies, il existe une présomption réfragable que le dispositif est abusif. Dans ce cas, le contribuable doit présenter des preuves que les conditions de la disposition relative à l'abus de droit ne sont pas remplies, afin de renverser la présomption d'abus.

E. La jurisprudence *Mantelkauf*

1) Observations préliminaires

Le terme « *Mantelkauf* » fait référence à l'acquisition d'une société dormante qui ne possède pas d'actifs de valeur mais dispose de pertes fiscales reportables.

La jurisprudence *Mantelkauf* est une jurisprudence allemande qui traite spécifiquement de l'application potentielle

de la disposition relative à l'abus de droit lorsqu'une société dormante (disposant de pertes fiscales) est transférée à un tiers. En tant que telle, la jurisprudence *Mantelkauf* définit le champ d'application de la disposition relative à l'abus de droit dans le cas de pertes fiscales de sociétés.

En 2009 et 2010, les juridictions luxembourgeoises ont également été amenées à se prononcer sur une affaire concernant l'utilisation de pertes fiscales suite à un changement d'actionnaires. Les jurisprudences allemande et luxembourgeoise sont analysées ci-dessous.

2) Jurisprudence allemande pertinente

i. Enjeux principaux

Le principe fondamental qui régit les pertes fiscales est qu'elles ne peuvent être déduites que du revenu imposable du contribuable qui les a effectivement subies (*Grundsatz der Personenidentität*)³⁰. En cas de pertes fiscales, il convient de vérifier l'identité juridique de la société (*rechtliche Identität*) ainsi que son identité économique (*wirtschaftliche Identität*)³¹.

Les fondements de l'application de ce principe reposent sur la jurisprudence établie au fil des années par la Cour suprême des finances allemande (*Reichsfinanzhof*) et la Cour fédérale des finances allemande (*Bundesfinanzhof*) à propos du « *Mantelkauf* » (c'est-à-dire l'acquisition d'une société dormante avec des pertes fiscales).

Sur la base de cette jurisprudence, la déductibilité des pertes fiscales reportables peut être refusée sur le fondement de l'approche économique³² (*wirtschaftliche Betrachtungsweise*) ou de la disposition relative à l'abus de droit (*Gestaltungsmisbrauch*) si la plupart, voire la totalité, des actions d'une société sont transférées et que l'identité économique de la société est perdue³³.

Étant donné que l'approche économique et la disposition relative à l'abus de droit du droit fiscal luxembourgeois sont similaires aux dispositions pertinentes du droit fiscal allemand (à l'époque des décisions), cette jurisprudence devrait être prise en considération au Luxembourg.

28. § 6 (3) *Steueranpassungsgesetz*: « *Steuern, die auf Grund der für unwirksam zu erachtenden Maßnahmen etwa entrichtet worden sind, werden auf den Betrag, der nach Absatz 2 zu entrichten ist, und auf andere Rückstände des Steuerpflichtigen angerechnet und, soweit eine solche Anrechnung nicht möglich ist, erstattet. Nach Ablauf des Jahres, das auf die endgültige Feststellung der Unwirksamkeit folgt, kann der Steuerpflichtige die Anrechnung oder Erstattung nicht mehr verlangen.* »

29. Art. 59 de la loi du 21 juin 1999 ; BFH, 24 juin 1976, IV R 101/75, BStBl. II 1976, p. 562 ; BFH, 11 avril 1984, I R 175/79, BStBl. II 1984, p. 535.

30. Art. 114 (2), n° 3 LITL ; BFH, 8 janvier 1958, I 131/57 U, BStBl III 1958, p. 97.

31. BFH, 8 janvier 1958, I 131/57 U, BStBl III 1958, p. 97 ; BFH, 15 février 1966, I 112/63, BFHE 85, 217, BStBl III 1966 ; BFH, 17 mai 1966 I 141/63, BFHE 86, 369,

BStBl III 1966, 513, cette décision a été confirmée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande, BVerfG, 26 mars 1969, 1 BvR 512/66, BStBl II 1969, p. 331 ; BFH, 19 décembre 1973, I R 137/71, BFHE 111, 155, BStBl II 1974, p. 181.

32. L'approche économique (*wirtschaftliche Betrachtungsweise*) est largement comparable au principe de la prééminence de la substance sur la forme (*substance over form*).

33. BFH, 8 janvier 1958, I 131/57 U, BStBl III 1958, p. 97 ; BFH, 15 février 1966, I 112/63, BFHE 85, 217, BStBl III 1966 ; Jurisprudence basée sur le § 10d Einkommensteuergesetz (EStG), à lire en parallèle avec l'article 114 LIR ; un simple changement d'actionnaires indirects ne devrait pas suffire pour refuser la déduction des pertes fiscales reportées.

ii. Identité juridique

L'identité juridique est liée à la personnalité juridique de la société qui est déterminée par référence à des critères formels prévus par le droit des sociétés. La déduction des pertes fiscales requiert généralement la même identité juridique entre la société qui a subi les pertes fiscales et la société qui les déduit. La personnalité juridique d'une société est perdue en cas de liquidation.

Le changement de la forme juridique d'une société ne devrait pas affecter son identité juridique, à condition que la nouvelle forme juridique reste celle d'une société (par exemple, la transformation d'une S.à.r.l. en S.A.)³⁴. Lorsque la conversion est neutre fiscalement, les pertes fiscales devraient rester disponibles³⁵.

Lors de la fusion de sociétés, les pertes fiscales reportées par les sociétés absorbées ne peuvent pas être transférées à la société absorbante. Les pertes fiscales des sociétés absorbées peuvent toutefois compenser les revenus réalisés lors de leur liquidation présumée (c'est-à-dire lorsque des plus-values latentes sont déclarées).

iii. Identité économique

Si la détermination de l'identité juridique d'une société est relativement simple, celle de son identité économique peut soulever quelques difficultés et reste souvent floue.

L'approche économique peut justifier la perte de l'identité économique d'une société lorsque son activité commerciale est fondamentalement modifiée à la suite d'un transfert de la plupart, voire de la totalité, de ses actions. Alternativement, les pertes fiscales reportables peuvent exceptionnellement être ignorées sur la base de la disposition relative à l'abus de droit³⁶ afin d'éviter que les pertes fiscales des sociétés puissent être commercialisées par le biais de la vente de sociétés dormantes à des fins d'économie d'impôt³⁷.

Pour bien comprendre ces cas exceptionnels, il faut examiner de près la jurisprudence allemande en la matière. Dans deux affaires majeures portées devant les juridictions allemandes³⁸, les sociétés concernées n'avaient que

peu ou pas d'activité économique avant le changement d'actionnaire. Leur seul « actif » était constitué de pertes fiscales reportables. À la suite d'un transfert de leurs actions, les sociétés ont été nouvellement financées et leur objet et siège ont été modifiés dans les statuts (l'une des sociétés a même changé de nom). Il a été confirmé que les nouveaux actionnaires n'avaient l'intention d'acquiescer les sociétés qu'en vue de bénéficier des pertes fiscales reportables existantes.

La jurisprudence de la Cour fédérale des finances allemande est ensuite constamment restée dans la ligne de ces deux décisions³⁹. Toutefois, en 1986, elle a estimé que seule l'identité juridique devait être prise en compte pour la déduction des pertes fiscales⁴⁰.

Le législateur allemand a réagi à ce changement en introduisant une règle anti-abus spécifique qui a restreint, à partir de 1990, la disponibilité des pertes fiscales à la suite d'un changement d'actionnaires⁴¹. Ces règles ont été renforcées au cours des dernières décennies⁴². Notamment, en l'absence de changement d'actionnaires, les pertes fiscales des sociétés restent disponibles en vertu de la législation fiscale allemande⁴³.

Un simple transfert d'actions d'une société ne devrait pas avoir d'incidence sur la disponibilité des pertes fiscales reportables de la société. De même, un changement d'actionnaires indirects ou un transfert d'une société au sein d'un groupe de sociétés (sous la même société mère ultime) ne devrait pas suffire à remettre en cause l'identité économique conformément à la jurisprudence susmentionnée.

iv. Résumé

Les pertes fiscales restent généralement déductibles malgré un changement d'actionnaires. Ce n'est que dans des circonstances « exceptionnelles », lorsque l'activité d'une société est fondamentalement modifiée à la suite d'un transfert de la plupart, voire de la totalité, de ses actions, qu'un traitement fiscal différent peut être justifié sur la base de l'approche économique ou de la disposition relative à l'abus de droit.

La Cour fédérale des finances allemande a limité l'absence de reconnaissance des pertes fiscales à des cas exceptionnels afin d'éviter toute insécurité juridique⁴⁴.

34. BFH, 27 mars 1996, I R 112/95, BStBl II 1996, p. 480 ; BFH, 27 octobre 1994, I R 60/94, BStBl II 1995, p. 326.

35. Art. 170 (2) LIR en lien avec art. 172bis (1) LIR ; si la conversion n'est pas effectuée de manière fiscalement neutre, les pertes fiscales peuvent être utilisées pour compenser les plus-values latentes réalisées lors de la conversion.

36. § 6 StAnpG.

37. K. F. WOESTE, « Erwerb eines Gesellschaftsmantels mit Verlustvortrag », GmbHR 1958, p. 161 ; BFH, 8 janvier 1958, I 131/57 U, BStBl III 1958, p. 97 ; BFH, 15 février 1966, I 112/63, BStBl III 1966, p. 289.

38. BFH, 8 janvier 1958, I 131/57 U, BStBl III 1958, p. 97 ; BFH, 15 février 1966, I 112/63, BFHE 85, 217, BStBl III 1966.

39. BFH, 17 mai 1966, I 141/63, BStBl II 1966, p. 513 ; BFH, 19 décembre 1973, I R 137/71, BStBl III 1974, p. 181.

40. BFH, 29 octobre 1986, I R 318-319/83, BStBl II 1987, p. 310 ; BFH, 29 octobre 1986, I R 202/82, BStBl II 1987, p. 308.

41. § 8 (4) KStG.

42. § 8 (4) KStG a été remplacé en 2008 par un nouveau § 8c KStG qui prévoit des règles détaillées sur le refus de la déduction de pertes fiscales reportées d'une société en cas de changement d'actionnaires.

43. La disposition anti-abus prévue par le § 8c KStG (qui entraîne le refus de la déduction des pertes fiscales reportées d'une société) ne s'applique généralement que si au moins 50 % des actions d'une société sont transférées.

44. BFH, 8 janvier 1958, I 131/57 U, BStBl III 1958, p. 97.

La perte éventuelle de l'identité économique d'une société (par exemple, à la suite d'une restructuration) doit être surveillée de près dans les cas complexes, et des motifs commerciaux valables doivent être établis pour le transfert d'actions. À tout le moins, ces motifs commerciaux valables peuvent démontrer que les (tiers) parties n'avaient pas pour seul objectif d'exploiter le report de pertes fiscales d'une société.

Néanmoins, en l'absence d'un changement d'actionnaires, la déductibilité des pertes fiscales ne peut être refusée, indépendamment d'une restructuration ou d'un changement complet des activités de la société. Il peut s'agir du transfert d'une activité commerciale rentable d'un actionnaire personne physique à la société ou de l'attribution de fonctions, de risques et/ou d'actifs supplémentaires au sein de groupes multinationaux⁴⁵.

3) Jurisprudence luxembourgeoise pertinente

i. Observations préliminaires

Outre la jurisprudence allemande « *Mantelkauf* », les juridictions luxembourgeoises ont été amenées à se prononcer en 2009 et 2010 sur une affaire concernant l'utilisation de pertes fiscales d'une société suite au transfert de toutes ses actions, accompagnée d'une restructuration de ladite société. Les décisions du Tribunal administratif et de la Cour administrative sont analysées ci-dessous.

ii. Faits

Une société luxembourgeoise (en l'occurrence, un débit de boissons) avait subi des pertes fiscales en 1995 et 1996. Suite à la cession de toutes ses actions à un nouvel actionnaire en 1998, les activités de la société s'étaient étendues aux travaux d'installation de chauffage, de ventilation et de climatisation.

L'ACD avait alors considéré que la société avait perdu son identité économique et avait refusé de prendre en compte les pertes fiscales subies en 1995 et 1996 (avant le changement d'actionariat) en raison (i) du transfert de toutes les actions à un nouvel actionnaire et (ii) d'un changement fondamental de l'activité. La position de l'ACD était ainsi conforme à la jurisprudence originale « *Mantelkauf* » et à l'approche économique⁴⁶.

Il était incontestable que l'identité juridique de la société avait subsisté. Cependant, l'ACD estimait que le nouvel

actionnaire avait acheté des actions dans une société « coquille vide » avec des pertes fiscales liées à son activité antérieure de débit de boissons. À la lumière de l'identité économique, l'ACD considérait donc que la société était nouvellement créée et avait refusé la déductibilité des pertes fiscales subies précédemment. Elle considérait également que la société n'exerçait plus d'activités commerciales significatives avant le changement d'actionnaires.

iii. Jugement du Tribunal administratif

Le 6 juillet 2009, le Tribunal a renversé la position de l'ACD et a jugé que les pertes fiscales reportables de la société devaient rester disponibles⁴⁷. Le Tribunal a reconnu le principe fondamental selon lequel les pertes fiscales ne peuvent être déduites que du revenu imposable du contribuable qui les a effectivement subies⁴⁸ mais a adhéré à une interprétation stricte de la législation fiscale luxembourgeoise.

Le Tribunal a notamment estimé qu'un changement d'identité économique n'était pas une raison pouvant justifier le refus du report des pertes fiscales d'une société. Au contraire, dès lors que l'identité juridique de la société qui subit les pertes fiscales et de celle qui les déduit était la même, les pertes fiscales doivent rester disponibles. En conséquence, la norme applicable à la déductibilité des pertes fiscales des sociétés est passée de l'identité économique à l'identité juridique.

L'identité juridique d'une société étant liée à sa personnalité juridique en vertu du droit luxembourgeois des sociétés, le Tribunal a estimé que le critère de l'identité juridique était satisfait et a donc rendu possible le report des pertes fiscales subies avant le changement d'actionnaire.

iv. Arrêt de la Cour administrative

Suite à l'appel interjeté contre la décision du 6 juillet 2009, la Cour administrative a confirmé dans une large mesure le jugement du Tribunal⁴⁹.

Dans son arrêt, la Cour a rappelé que le droit au report de pertes subies du chef d'exercices d'exploitation antérieurs est une composante nécessaire d'un système fiscal équitable garantissant une imposition conforme au principe de la « capacité contributive ». En effet, le revenu imposable des sociétés luxembourgeoises est déterminé séparément pour chaque exercice fiscal⁵⁰. Si les contribuables réalisent des pertes au cours d'une année et des bénéfices au cours d'une autre, leur charge fiscale doit

45. BFH, 15 février 1966, I 112/63, BStBl III 1966, p. 289.

46. § 1 (2) StAnpG.

47. Trib. adm., 6 juillet 2009, n° 23982 (LexNow Reference / ID 11300).

48. Art. 114 (2), n° 3, LIR applicable aux collectivités via l'article 162 (1) LIR.

49. Cour adm., 15 juillet 2010, n° 25957Ca (LexNow Reference / ID 14317).

50. Art. 158 (2) LIR et art. 163 (1) LIR.

pouvoir être atténuée par la déduction des pertes antérieures au cours d'une année bénéficiaire.

Bien qu'il ait été dit que les pertes fiscales ne pouvaient être déduites que du revenu imposable de la société qui les a effectivement subies, la Cour administrative a reconnu que l'identité juridique devrait généralement suffire. Selon la Cour, l'exigence d'identité économique ne pouvait être déduite ni du texte de la loi fiscale luxembourgeoise ni des documents parlementaires y afférents.

Toutefois, la Cour a estimé que les pertes fiscales pouvaient, dans des circonstances exceptionnelles, être ignorées en cas d'abus de droit⁵¹ afin d'éviter le commerce des pertes fiscales reportables.

La Cour administrative a considéré qu'il y avait abus de droit dans les circonstances suivantes :

- (i) les actions d'une société luxembourgeoise sont vendues à de nouveaux actionnaires ; et
- (ii) au moment de la cession, la société n'a pas d'actifs ayant une valeur économique conséquente (c'est-à-dire que son seul « actif » est le montant de pertes fiscales reportables) ; et
- (iii) la société cesse son activité précédente (générant des pertes) à la suite du transfert des actions de la société ; et
- (iv) elle exerce par la suite une activité complètement différente et générant des profits.

Ainsi, la déductibilité des pertes fiscales peut être refusée lorsque le(s) nouvel(aux) actionnaire(s) a(ont) uniquement acquis la société pour bénéficier de pertes fiscales reportables existantes. La charge de la preuve d'un abus de droit incombe à l'ACD.

v. Résumé

L'arrêt de la Cour administrative du 15 juillet 2010 précise que les pertes fiscales devraient généralement rester déductibles, indépendamment d'un changement d'actionnaires. Ce n'est que dans des circonstances « exceptionnelles », lorsque l'activité d'une société est fondamentalement modifiée à la suite d'un transfert de la plupart, voire de la totalité, de ses actions, qu'un traitement fiscal différent peut être justifié sur la base de la disposition relative à l'abus de droit.

Toutefois, le commerce de sociétés « coquilles vides » en perte à des fins d'économie d'impôt n'est pas autorisé. Par conséquent, lorsque les actions de sociétés qui ont généré des pertes sont transférées, des motifs

commerciaux valables doivent être établis pour démontrer que l'utilisation des pertes fiscales reportables de la société n'était pas le seul objectif des parties.

4) Circulaire fiscale publiée en réponse à l'arrêt de la Cour administrative

Suite à l'arrêt de la Cour administrative⁵², l'ACD a publié une circulaire LIR n° 114/2 du 2 septembre 2010 (« la Circulaire ») qui donne des indications sur les cas où l'utilisation des pertes fiscales reportables d'une société peut être remise en question⁵³.

La Circulaire part du postulat que la Cour administrative a confirmé que la déduction de pertes fiscales reportées peut être refusée lorsque la personnalité juridique de la société est utilisée aux seules fins de contourner le caractère personnel du droit au report des pertes et l'interdiction en découlant d'une transmission desdites pertes uniquement à des fins d'évitement fiscal.

La Circulaire reprend en outre un paragraphe clé de l'arrêt de la Cour administrative qui est libellé comme suit : « Les circonstances que le report de pertes soit réclamé par une société ayant cessé son activité antérieure et n'ayant plus disposé d'un actif social d'une valeur économique réelle, que les parts de cette société aient été cédées à de nouveaux associés et que cette société exerce ensuite une activité entièrement différente, éventuellement déjà antérieure dans le chef des nouveaux associés, et profitable doivent être qualifiées d'indices dans le sens de l'existence d'un abus de droit ». Dans ces circonstances, l'ACD considère que le report de pertes d'exercices antérieurs doit être refusé en application de la disposition relative à l'abus de droit telle qu'elle figure au § 6 StAnpG.

Sur la base de l'arrêt de la Cour administrative, la Circulaire prévoit les principes suivants :

- le droit au report de pertes antérieures n'est pas refusé pour la seule raison que l'actionnaire ou les actionnaires d'une société changent (partiellement ou intégralement) et que la société continue ses activités économiques ou étend son objet social ;
- le droit au report des pertes fiscales antérieures est refusé si l'ACD peut conclure, sur la base des faits et circonstances du rachat de la société en pertes, comme par exemple :
 - la cessation de l'activité antérieure qui a généré les pertes,

51. § 6 StAnpG.

52. Cour adm., 15 juillet 2010, n° 25957Ca.

53. Circulaire LIR n° 114/2 du 2 septembre 2010.

- l'absence d'actif social ayant une valeur économique (c'est-à-dire que la société est « dormante » lorsque ses actions sont transférées),
- la cession des actions de la société avec un changement d'activité presque concomitant,

que l'opération de rachat peut être qualifiée d'abusive si elle a été réalisée dans le seul but d'utiliser les pertes reportables afin de neutraliser l'imposition des bénéficiaires.

Par conséquent, la Circulaire ne cherche à refuser la disponibilité des pertes fiscales de la société que dans des circonstances exceptionnelles, lorsqu'il ressort clairement des faits et des circonstances que l'utilisation des pertes fiscales reportables de la société était le seul objectif du rachat. En l'absence de changement d'actionnaire(s), il n'y a pas de motif justifiant le refus de la déductibilité des pertes fiscales.

5) Jurisprudence luxembourgeoise ultérieure

Après l'arrêt historique de la Cour administrative rendu en 2010, les juridictions luxembourgeoises ont dû se prononcer sur une autre affaire concernant le « *Mantelkauf* » en 2015 et 2016⁵⁴.

i. Faits

Dans cette affaire, toutes les actions d'une société dormante luxembourgeoise (LuxCo) avaient été acquises en 2006 par une autre société luxembourgeoise (LuxCo II). Au moment de l'acquisition, LuxCo avait subi plus de 4 millions d'euros de pertes fiscales liées à des activités immobilières exercées entre 1992 et 2005.

LuxCo avait été constituée en 1990. Son objet était « l'intermédiation, l'acquisition et la vente, la promotion, la réalisation, la mise en valeur, la location et l'administration de tous biens mobiliers et immobiliers situés au Grand-Duché de Luxembourg ou à l'étranger, ainsi que toute opération commerciale, industrielle ou financière, s'y rattachant directement ou indirectement, que ce soit pour compte propre ou pour compte de tiers ; la prise de participations, sous quelque forme que ce soit, dans d'autres sociétés luxembourgeoises ou étrangères, ainsi que la gestion, le contrôle et la mise en valeur de ces participations ; elle peut notamment acquérir par voie d'apport, de souscription, d'option, d'achat et de toute autre manière des valeurs mobilières de toutes espèces et les réaliser par voie de vente, cession, échange ou autrement ».

En 1991, LuxCo avait débuté son activité par l'acquisition d'un bien immobilier luxembourgeois qui avait été revendu en 1995. LuxCo avait réalisé une moins-value sur cette vente qui avait engendré des pertes fiscales. Ensuite, LuxCo n'avait plus détenu aucun élément d'actif et son passif était constitué entre les années 1999 et 2005 de capitaux propres négatifs et d'un faible montant au titre d'avances d'actionnaires.

Suite à l'acquisition de LuxCo par LuxCo II, LuxCo avait commencé (en 2007) à facturer des commissions à une autre société du groupe (LuxCo III) en rémunération de services fournis dans le cadre d'importantes transactions immobilières (comme le prétendaient les contribuables).

L'ACD avait contesté la réalité des prestations de services fournis et (1) avait refusé la déduction des commissions au niveau de la société du groupe qui les versait (LuxCo III), (2) avait réduit la base imposable de LuxCo du montant des commissions reçues et (3) avait refusé la déduction des pertes fiscales reportées par LuxCo. Le Tribunal avait confirmé la position de l'ACD sur la base des paragraphes 5 (simulation) et 6 (abus de droit) StAnpG.

ii. Arrêt de la Cour administrative

Dans deux arrêts distincts⁵⁵, la Cour administrative a confirmé les deux jugements du Tribunal (l'un portant sur l'imposition de LuxCo et l'autre sur l'imposition de LuxCo III) et a qualifié les opérations, prises dans leur ensemble (c'est-à-dire l'acquisition des actions de LuxCo, la demande de report des pertes fiscales de LuxCo, la refacturation intra-groupe des services et la déduction des commissions au niveau de LuxCo III) d'abus de droit au sens du § 6 StAnpG.

L'arrêt de la Cour administrative était principalement fondé sur le fait que LuxCo II avait décidé d'acquérir des actions de LuxCo, alors que LuxCo n'exerçait plus aucune activité, n'avait ni le personnel disponible ni l'infrastructure nécessaire pour effectuer des transactions immobilières et disposait d'un montant important de pertes fiscales reportables.

Selon la Cour, l'acquisition de LuxCo n'était motivée que par ses pertes fiscales reportables et était par conséquent inappropriée. En ce qui concerne les raisons économiques de la transaction, la Cour administrative n'a pas été convaincue par les arguments avancés par les contribuables pour prouver la réalité des services fournis.

54. Cf. Trib. adm., 28 janvier 2015, n° 33982 et Cour adm., 16 février 2016, n° 35978C (LexNow Reference / ID 24266) ; Trib. adm., 28 janvier 2015, n° 33984 et Cour adm., 16 février 2016, n° 35979C (LexNow Reference / ID 24267).

55. Cf. Cour adm., 16 février 2016, n° 35978C (LexNow Reference / ID 24266), pour ce qui est de LuxCo et Cour adm., 16 février 2016, n° 35979C (LexNow Reference / ID 24267) pour ce qui est de LuxCo III.

Les contribuables n'ont pas non plus fourni de pièces justificatives à la Cour pour étayer leurs arguments.

La Cour a déclaré, conformément à la Circulaire, qu'indépendamment du fait que l'identité juridique de la personne soit maintenue ou non, « une appréciation économique d'une opération concrète ne peut être exclue afin de vérifier si elle n'est pas constitutive d'un abus de droit dont l'existence doit être admise au cas où la personnalité juridique et fiscale de la société est utilisée aux seules fins de contourner le caractère personnel du droit au report de pertes, et l'interdiction en découlant d'une transmission des dites pertes dans le seul but d'user des pertes reportables afin d'éviter l'imposition des bénéfices afférents ».

La Cour a ajouté que même si les contribuables restent, en principe, libres de choisir la voie la moins imposée, la voie choisie sera considérée comme inappropriée si l'objectif économique atteint par cette voie dans le contexte économique donné est tel qu'il permet d'obtenir un effet fiscal que le législateur ne peut être considéré comme ayant voulu accorder dans le cadre de l'application d'une disposition fiscale.

Enfin, la Cour s'est référée à son précédent arrêt de 2010 et a rappelé les circonstances dans lesquelles le report des pertes fiscales peut être refusé. Ainsi, les indices de l'existence d'un abus de droit comprennent les éléments suivants : (i) une société a cessé dans le passé son activité antérieure, (ii) la société n'avait plus d'actif social d'une valeur économique réelle, (iii) les actions de cette société ont été vendues à de nouveaux actionnaires et (iv) la société exerce par la suite une activité entièrement différente et profitable (éventuellement déjà exercée antérieurement au niveau des nouveaux associés).

iii. Jugement additionnel du Tribunal

Dans un jugement du 13 juillet 2023⁵⁶ concernant les pertes fiscales liées aux années fiscales suivantes (2014 et 2015), le Tribunal a jugé que, puisque le report des pertes fiscales générées par LuxCo au cours des années 1992-2005 avait été qualifié d'abus de droit par la Cour en 2016, ces mêmes pertes fiscales ne pouvaient plus être utilisées pour compenser les bénéfices liés à d'autres années fiscales.

LuxCo avait fait valoir que son activité et les conditions dans lesquelles elle était exercée avaient évolué de manière substantielle depuis l'arrêt de la Cour administrative de 2016. Sur cette base, LuxCo considérait que les conditions d'application de la disposition relative à l'abus

de droit n'étaient plus réunies et que LuxCo devait par conséquent pouvoir désormais déduire les pertes fiscales reportées sur ses bénéfices réalisés en 2014 et 2015.

En termes d'activité, LuxCo avait absorbé une autre société du groupe et exerçait depuis lors une activité d'achat et de vente d'actifs immobiliers, elle avait 5 à 10 actifs immobiliers inscrits au bilan au cours des périodes fiscales concernées et disposait désormais de l'infrastructure et du personnel nécessaires à l'exercice de son activité. Enfin, LuxCo considérait que suite à l'arrêt de 2016, ses pertes fiscales ne seraient pas perdues mais auraient seulement été « gelées ».

Cependant, le Tribunal n'a pas tenu compte des arguments de LuxCo et a suivi la qualification d'abus de droit de la Cour administrative. En conséquence, le Tribunal a refusé une fois de plus le report des pertes fiscales générées par LuxCo au cours de la période 1992-2005.

iv. Appréciation

Les deux arrêts de la Cour administrative concernaient deux aspects :

- (i) la déductibilité des commissions au niveau de LuxCo III et l'imposition de ces commissions au niveau de LuxCo (qui étaient liées à l'analyse de la réalité des services fournis par LuxCo à Luxco III) ; et
- (ii) la déductibilité des pertes fiscales subies par LuxCo avant le transfert de ses actions (qui était liée à l'acquisition des actions de Luxco par Luxco II).

Cependant, la Cour, à l'instar du Tribunal, a analysé ces deux aspects dans leur ensemble afin d'évaluer si toutes les opérations qui ont eu lieu, prises globalement, devaient être considérées comme un abus de droit.

Nous nous concentrerons ici sur la déductibilité des pertes fiscales reportées par LuxCo.

La déductibilité des pertes fiscales reportées par LuxCo peut être contestée sur base de la disposition relative à l'abus de droit si l'identité économique de LuxCo est perdue.

Lors de l'analyse de l'identité économique, les faits et circonstances suivants sont essentiels :

- Toutes les actions de LuxCo ont été vendues à un nouvel actionnaire (LuxCo II) ;
- LuxCo n'avait plus aucun actif social ayant une valeur économique réelle au moment de son rachat ;

56. Trib. adm., 13 juillet 2023, n° 46446 (LexNow Reference / ID L2945393B).

- LuxCo a cessé ses activités antérieures et semble avoir été inactive pendant plusieurs années avant le transfert de ses actions ;
- Après la reprise de LuxCo, cette dernière a exercé une nouvelle activité générant des profits (étant donné que LuxCo était restée inactive pendant plusieurs années, on peut supposer que les activités exercées à partir de 2007 étaient de nouvelles activités).

Sur la base de ce qui précède et en l'absence de raisons économiques ou d'autres motifs valables justifiant le rachat de LuxCo, le droit au report des pertes de LuxCo peut être contesté sur la base de la disposition relative à l'abus de droit, étant donné que l'identité économique a été perdue et que l'utilisation des pertes fiscales reportables de LuxCo semble avoir été la seule justification de la transaction.

Dans son jugement du 13 juillet 2023, le Tribunal a confirmé l'application de la disposition relative à l'abus de droit et a de nouveau refusé la déductibilité des pertes fiscales reportées de LuxCo, cette fois pour ce qui concerne les exercices d'imposition 2014 et 2015. En effet, une fois que l'identité économique est perdue et que le report de pertes fiscales a été refusé sur base de la disposition relative à l'abus de droit, elle ne peut pas être restaurée.

F. Application au cas d'espèce

Au cours des années 2000 à 2008, LuxCo a exercé des activités de holding qui ont donné lieu à des pertes fiscales reportables. De 2009 à 2013, LuxCo était une société dormante sans aucun actif de valeur économique réelle. En 2014, LuxCo a acquis un bien immobilier situé au Luxembourg qui a été revendu la même année avec réalisation d'une plus-value importante.

L'ACD et le Tribunal ont fait valoir que LuxCo était destinée à exercer des activités de holding, et non à investir dans l'immobilier. Il a également été rappelé qu'après quatre années durant lesquelles LuxCo était « dormante », LuxCo a été « réactivée » pour investir dans un bien immobilier luxembourgeois. Bien que ces conclusions semblent correctes, ces éléments n'ont aucune incidence sur la disponibilité des pertes fiscales reportables de LuxCo.

Tous les revenus réalisés par une société luxembourgeoise sont considérés comme des « revenus commerciaux » au sens de l'article 14 LIR⁵⁷. Ainsi, les revenus (et les pertes) d'une société luxembourgeoise ne sont pas répartis en différentes catégories et, par conséquent, les pertes

fiscales subies par LuxCo dans le cadre de ses activités de holding peuvent compenser tout revenu imposable, quelle que soit la nature du revenu réalisé. En l'espèce, le fait que LuxCo soit passée d'une activité de « détention de participations » à une activité de « gestion/négoce de biens immobiliers » n'est pas pertinent.

Il est incontestable que l'identité juridique de LuxCo n'a pas changé, indépendamment de l'absence d'activité au cours des années 2009 à 2013. De plus, en l'absence de transfert des actions de LuxCo, l'identité économique de LuxCo n'était pas en jeu, malgré son changement d'activité. Ainsi, l'ACD et le Tribunal ont eu tort de refuser l'utilisation des pertes fiscales reportables de LuxCo.

Une conclusion différente ne pourrait être tirée que si la plupart, voire la totalité, des actions de LuxCo avaient été transférées à un nouvel actionnaire avant la mise en œuvre de la nouvelle activité. Cette conclusion est conforme à l'arrêt de la Cour administrative et au contenu de la Circulaire subséquente, qui fait même référence au « rachat » de la société en pertes. La disposition relative à l'abus de droit ne peut être appliquée que dans des circonstances exceptionnelles pour éviter le commerce de pertes fiscales.

En revanche, la déduction des pertes fiscales ne peut être refusée lorsque les activités d'une société luxembourgeoise sont réorganisées ou même complètement modifiées par son actionnaire en vue d'améliorer la rentabilité.

V. CONCLUSION

Le Tribunal a estimé que le report des pertes fiscales de LuxCo pouvait être refusé par l'ACD sur la base de la disposition relative à l'abus de droit. Bien qu'il n'y ait pas eu de changement d'actionnaires, le Tribunal semble suggérer que l'identité économique a été perdue car (i) LuxCo a changé d'activités commerciales, (ii) les investissements dans l'immobilier n'étaient pas prévus lors de la constitution de LuxCo, et (iii) LuxCo est restée « dormante » pendant quelques années avant d'être « réactivée » pour investir dans un bien immobilier luxembourgeois.

Toutefois, l'utilisation des pertes fiscales reportées de LuxCo ne peut être refusée étant donné que l'identité juridique est restée inchangée et que l'identité économique ne peut être perdue en l'absence d'un changement d'actionnaires. En outre, comme tous les revenus de LuxCo sont considérés comme des revenus commerciaux, les pertes fiscales subies dans le cadre des

57. Art. 10, n° 1, LIR et art. 162 (3) LIR.

activités de holding peuvent être utilisées pour compenser la plus-value réalisée lors de la cession du bien immobilier luxembourgeois.

Le Jugement du Tribunal crée une grande insécurité juridique dans un domaine qui suscitait déjà de nombreuses préoccupations, du fait que les pertes fiscales ne peuvent être considérées comme définitives que dans l'année

d'imposition au cours de laquelle elles sont utilisées pour compenser le revenu imposable (et validées par l'ACD).

En fin de compte, il reste à voir si la Cour administrative réitérera sa jurisprudence de longue date, rétablira la sécurité juridique et freinera l'ACD qui semble invoquer de manière excessive la vague disposition relative à l'abus de droit, donnant du fil à retordre aux contribuables. —

LEXNOW