



Circulaire du directeur des contributions
L.I.R. n° 14/4 du 9 janvier 2015

L.I.R. n° 14/4

**Objet: Imposition des revenus réalisés par une société en commandite simple
ou une société en commandite spéciale**

1. Introduction

La loi du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs (Mémorial A – N° 119 du 15 juillet 2013), dont l'objet principal est la transposition en droit luxembourgeois de la directive 2011/61/UE sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs, a notamment modifié et complété la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales par une nouvelle définition de la société en commandite simple (SCS) et par l'introduction de la société en commandite spéciale (SCSp).

A l'égard de l'impôt sur le revenu des collectivités, la SCS et la SCSp sont fiscalement transparentes conformément à l'article 175, alinéa 1^{er} L.I.R. Les entreprises commerciales exploitées par une SCS/SCSp sont en revanche des contribuables assujettis à l'impôt commercial communal pour autant que les conditions de l'article 14 L.I.R. et du paragraphe 2 GewStG relatives au bénéfice commercial soient remplies. Les conditions d'application des règles posées par l'article 14, numéro 1 L.I.R. au cas où des SCS et des SCSp réalisent des investissements de type alternatif méritent toutefois d'être précisées.

Le secteur des fonds d'investissement alternatifs (*FIA*) regroupe des véhicules différents, comme les fonds de type *private equity* (titres financiers de sociétés qui ne sont pas cotées sur un marché), les *hedge funds* (fonds de couverture) ou encore les fonds immobiliers (*real estate*) qui peuvent e.a. être structurés moyennant la forme juridique d'une SCS ou d'une SCSp.

La présente circulaire clarifie le traitement fiscal de ces véhicules d'investissement en spécifiant les critères en vertu desquels l'activité d'une SCS ou d'une SCSp est dépourvue de toute activité commerciale.

L'article 1^{er} (39) de la loi du 12 juillet 2013 entend par FIA «des organismes de placement collectif, y compris leurs compartiments d'investissement, qui:

- a) lèvent des capitaux auprès d'un certain nombre d'investisseurs en vue de les investir, conformément à une politique d'investissement définie, dans l'intérêt de ces investisseurs; et
- b) ne sont pas soumis à agrément au titre de l'article 5 de la directive 2009/65/CE»¹.

2. Délimitation de l'activité commerciale par rapport à la gestion d'un patrimoine privé en cas d'acquisitions et de cessions de valeurs mobilières

L'article 14, numéro 1, 2^e phrase L.I.R. définit l'entreprise commerciale au sens fiscal comme suit: «Est réputée entreprise commerciale, industrielle, minière ou artisanale, toute activité indépendante à but de lucre exercée de manière permanente et constituant une participation à la vie économique générale, lorsque ladite activité ne forme ni une exploitation agricole ou forestière ni l'exercice d'une profession libérale.» Au cas où un seul de ces critères fait défaut, l'opération ne dégage pas de bénéfice commercial.

Parmi ces critères qui délimitent l'activité commerciale d'autres activités, celui de la permanence mérite une attention plus particulière. Il fait l'objet du commentaire suivant (document parlementaire 571⁴):

«Le caractère de permanence sépare l'activité commerciale, etc. d'actes similaires isolés qui ont lieu dans le cadre de l'administration du patrimoine privé du contribuable.

L'activité doit se présenter comme une participation à la vie économique générale. La vie économique générale embrasse la production et la distribution des biens économiques et les prestations de services de toutes espèces, mêmes celles du domaine intellectuel. La participation à la vie économique générale

¹ DIRECTIVE 2009/65/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM).

exige que l'activité soit reconnaissable aux tiers comme participation de l'espèce et qu'il ne s'agisse pas d'une activité purement privée. Le corollaire en est que toutes les transactions faites par un commerçant sur la base de ses connaissances professionnelles constituent des opérations dans le cadre de son exploitation. Donc, tout achat et toute vente de titres par un banquier font partie de son activité professionnelle. Par contre les achat et vente de titres par un particulier, par l'intermédiaire de son banquier, rentrent dans le domaine de son activité privée. Toutefois, lorsque le particulier susvisé, aux fins d'acheter et de vendre des titres, fréquente régulièrement la bourse, il devient exploitant.»

Le paragraphe 7, alinéa 4 de l'ordonnance du 16 décembre 1941 relative à l'exécution des paragraphes 17 à 19 de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (*Verordnung zur Durchführung der §§ 17 bis 19 des Steueranpassungsgesetzes (Gemeinnützigkeitsverordnung) vom 16. Dezember 1941*) délimite la notion de gestion d'un patrimoine privé par rapport à l'activité commerciale par les termes suivants:

«Begriff Vermögensverwaltung

Vermögensverwaltung liegt in der Regel vor, wenn Vermögen genutzt wird, zum Beispiel wenn Kapitalvermögen verzinslich angelegt oder unbewegliches Vermögen vermietet oder verpachtet wird. Die Nutzung des Vermögens kann sich als Gewerbebetrieb oder als land- und forstwirtschaftlicher Betrieb darstellen, wenn mit Gewinnabsicht eine selbständige, nachhaltige und nach außen hin hervortretende Tätigkeit entfaltet wird.»

D'après cette ordonnance, il y a gestion de patrimoine privé lorsque le contribuable jouit des fruits de son patrimoine, par exemple par le placement à intérêt de capitaux mobiliers ou la location de biens immobiliers. D'une manière générale, les opérations de gestion d'un patrimoine, nonobstant son importance, ne constituent pas une activité commerciale aussi longtemps que les actes posés ne sortent pas du cadre de la gestion normale d'un tel patrimoine.

Dans différents arrêts, la jurisprudence a pris position au sujet de la délimitation de l'activité commerciale par rapport à la gestion d'un patrimoine privé. Alors que les conclusions de ces arrêts ont trait au patrimoine immobilier, elles s'appliquent de manière correspondante au patrimoine mobilier.

Le *Bundesfinanzhof*, dans son arrêt du 18 janvier 1989, a formulé la différence

entre l'opération de gestion du patrimoine privé et l'opération commerciale comme suit: «*Die Veräußerung von Grundbesitz ist der privaten Vermögensverwaltung zuzurechnen, wenn der Stpfl. damit höhere Erträge aus dem vorhandenen Vermögen anstrebt. Veräußert er dagegen den Grundbesitz, um Substanzwertsteigerungen auszunutzen, wird er gewerblich tätig*».

Plusieurs décisions du tribunal administratif et de la Cour administrative analysent plus particulièrement l'impact du transfert (*Umschichtung*) d'éléments substantiels de la fortune du contribuable.

- Extraits des jugements du tribunal administratif du 20 juin 2012, n° 28814 et de la Cour administrative du 15 mars 2012, n° 29541C: «Si l'administration d'un patrimoine immobilier privé n'exclut pas qu'il puisse y avoir des mutations, c'est-à-dire des acquisitions et des ventes d'immeubles, il faut que ces mutations soient comprises comme début ou fin d'une activité orientée essentiellement vers une jouissance des fruits, par notamment la location, et qu'elles ne s'analysent pas comme un négoce déguisé d'immeubles».
- Extrait du jugement du tribunal administratif du 10 septembre 2008, n° 23434: «La notion de gestion du patrimoine privé (*Vermögensverwaltung*) ne faisant pas l'objet d'une définition légale, elle est cependant délimitée par le biais de deux exemples énoncés au paragraphe 7 (4) de l'ordonnance du 16 décembre 1941 relative à l'exécution des paragraphes 17 à 19 de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (...). Le concept de gestion d'un patrimoine privé ne se limite cependant pas aux exemples de jouissance sus-énoncés. D'une manière générale, il y a administration du patrimoine privé aussi longtemps que les activités d'achat et de vente s'analysent en de simples accessoires d'une jouissance des fruits d'un patrimoine immobilier privé dont la substance est conservée. Au contraire, de telles activités dépassent le cadre de la gestion d'un patrimoine privé lorsque le contribuable recherche une exploitation de la substance de son patrimoine par transfert (*Umschichtung*) d'éléments substantiels de sa fortune.»
- Extrait du jugement du tribunal administratif du 8 mars 2012, n° 28295: «C'est essentiellement le nombre des acquisitions (...), ainsi que le fait qu'elles soient rapidement suivies de leur revente, qui est déterminant pour

distinguer la gestion d'un patrimoine privé d'une entreprise commerciale (...).»

- Extrait du jugement du tribunal administratif du 25 mars 2010, n° 25466: «Le fait que les ventes ont eu lieu après une période assez courte de détention (...), fait ressortir que le but recherché (...) semble être (...) essentiellement une valorisation rapide du patrimoine moyennant ces mutations, caractéristique essentielle d'un esprit de lucre et d'une entreprise commerciale. (...) le caractère de la permanence est rempli en l'espèce.»
- Extraits des arrêts de la Cour administrative du 13 mai 2014, n° 33835C, 33836C et 33837C: «Vu la multiplicité des cas de figure pouvant se présenter, une analyse valable ne saurait se limiter à appliquer de manière purement schématique des critères tenant à un espace de temps prédéfini, tel que le délai de cinq ans normalement retenu par les juridictions allemandes, ni par rapport à un nombre de réalisations par année prédéfini comme étant limitatif. (...). Dans le cadre de l'administration d'un patrimoine privé, il doit dès lors être permis de réaliser certains éléments, notamment parce qu'ils ne font plus partie de l'orientation essentielle de la gestion en termes de fructification du patrimoine, du moment que cette réalisation revêt toujours un élément accessoire par rapport à la substance du patrimoine conservée (...). Ainsi, l'administration d'un patrimoine immobilier privé n'exclut pas qu'il puisse y avoir des mutations multiples (...) pour autant que celles-ci soient comprises notamment dans le but de la simplification de la gestion du patrimoine privé ou dans l'augmentation de revenus nets de location».

Par conséquent, l'activité développée par une SCS ou une SCSp doit être appréciée à la lumière de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, notamment en fonction de la politique d'investissement propre à chaque véhicule.

Sur cette base, il convient de prendre en considération que le critère de la notion de bénéfice commercial ne découle pas des seuls critères suivants :

- l'importance du patrimoine détenu par la SCS ou SCSp, ni
- la cession de certains éléments du patrimoine, détenus par la SCS ou SCSp dans un délai relativement court.

3. Empreinte commerciale

Indépendamment des règles rappelées au point 2. ci-avant et au point 4. ci-après, l'article 14, numéro 4 L.I.R. dispose qu'une SCS ou une SCSp, dont au moins un associé commandité est une société de capitaux détenant au moins 5% des parts d'intérêts, réalise d'office un bénéfice commercial, même en l'absence d'une réelle activité commerciale, du fait d'être imprégnée par une ou plusieurs sociétés de capitaux.

Il s'ensuit qu'une SCS ou SCSp réalisant des investissements de type alternatif, mais dépourvue de toute activité commerciale réelle en vertu des critères développés au point 2. ci-avant, réalise néanmoins un bénéfice commercial en présence d'une participation de 5% au moins détenue par un associé commandité ayant revêtu la forme juridique d'une société de capitaux.

4. FIA (au sens de la loi du 12 juillet 2013) constitué sous la forme de SCS ou de SCSp qui n'est pas couvert par les points 5. à 8.

Au cas où la SCS ou la SCSp est un FIA au sens de la loi du 12 juillet 2013, celle-ci est réputée ne pas réaliser une activité commerciale au sens de l'article 14, numéro 1 L.I.R., car elle n'a par définition pas d'objet commercial, mais un objet d'investissement. En effet, la non-commercialité automatique se justifie dans ce cas par le fait que le FIA doit avoir une politique d'investissement conforme à la loi précitée et aux lignes directrices émises par la European Securities and Markets Authority (*ESMA*)².

5. FIA établi en dehors du territoire du Luxembourg

Conformément à l'article 214 de la loi du 12 juillet 2013, «sont exempts de l'impôt sur le revenu des collectivités, de l'impôt commercial et de l'impôt sur la fortune les FIA établis en dehors du territoire du Luxembourg lorsqu'ils ont leur centre de gestion effective ou leur administration centrale sur le territoire du Luxembourg.»

²En effet, on note à cet égard que selon l'ESMA (voir document du 13 août 2013, ESMA/2013/611), l'une des caractéristiques d'un organisme de placement collectif au sens de la directive 2011/61/UE est justement de ne pas avoir un objet commercial ou industriel général.

6. SICAV gouvernée par la partie II de la loi du 17 décembre 2010 constituée sous la forme de SCS ou de SCSp

Les SCS et SCSp optant pour le statut de SICAF partie II sont soumises au régime fiscal tel que résultant de la loi du 17 décembre 2010 dont l'article 173 dispose que «sans préjudice de la perception des droits d'enregistrement et de transcription et de l'application de la législation nationale portant sur la taxe sur la valeur ajoutée, il n'est dû d'autre impôt par les OPC situés ou établis au Luxembourg au sens de la présente loi, en dehors de la taxe d'abonnement mentionnée ci-après aux articles 174 à 176».

7. Fonds d'investissement spécialisé (SIF) constitué sous la forme de SCS ou de SCSp

Les SCS et les SCSp optant pour le statut de SIF sont soumises au régime fiscal tel que résultant de la loi modifiée du 13 février 2007 dont l'article 66, paragraphe 1^{er} dispose que «En dehors du droit d'apport frappant les rassemblements de capitaux dans les sociétés civiles et commerciales et de la taxe d'abonnement mentionnée à l'article 68 ci-après, il n'est dû d'autre impôt par les fonds d'investissement spécialisés visés par la présente loi.»

8. Société d'investissement en capital à risques (SICAR) constituée sous la forme de SCS ou de SCSp

Les SCS et les SCSp optant pour le statut de SICAR sont soumises au régime fiscal tel que résultant de l'article 34 de la loi modifiée du 15 juin 2004 relative à la société d'investissement en capital à risques. L'article 14, numéro 1 L.I.R. dispose que «La société d'investissement en capital à risque (SICAR) sous forme de société en commandite simple ou de société en commandite spéciale n'est cependant pas à considérer comme entreprise commerciale.». L'article 14, numéro 4 L.I.R. ne s'applique pas non plus à ces entités.

Luxembourg, le 9 janvier 2015

Le Directeur des Contributions,

