

Réflexions sur la qualité d'assujetti à la TVA des administrateurs de sociétés à la lumière de l'arrêt de la CJUE du 13 juin 2019 (C-420/18)

Dirk Richter, *Partner, Elvinger Hoss Prussen*

Benoît Hupperich, *Associate, Elvinger Hoss Prussen*

In its decision dated 13 June 2019, the Court of Justice of the European Union has ruled that a member of the supervisory board of a foundation does not carry out an economic activity independently for VAT purposes. The Court has considered that the member of the supervisory board does not carry his (economic) activity independently because he is neither acting in its own name, on its own behalf and under its own responsibility, nor bearing any economic risk in performing its activities. This case law constitutes an opportunity to discuss whether the remuneration received by company directors as a consideration for their functions performed under similar, if not identical, working and remuneration conditions should also be excluded from VAT, in contrast with the solution upheld by Luxembourg indirect tax authorities in circular n°781 dated 30 September 2016.

Introduction

Dans son arrêt rendu le 13 juin 2019¹, la Cour de Justice de l'Union européenne (la «**Cour**») a dit pour droit qu'un membre du conseil de surveillance d'une fondation de droit néerlandais n'exerce pas une activité économique de façon indépendante au sens des articles 9 et 10 de la directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée (la «**Directive TVA**»)².

L'analyse des statuts de la fondation et des informations fournies par la juridiction de renvoi a amené la Cour à considérer qu'un tel membre n'agit ni en son nom, ni pour son compte, ni sous sa propre responsabilité et qu'il ne supporte aucun risque économique dans l'exercice de son activité.

La description des conditions de travail et de rémunération d'un membre du conseil de surveillance, ensemble avec l'analyse de la Cour qui en est faite et des conclusions qu'elle en tire en matière TVA, permet de dresser un parallèle avec l'activité d'un administrateur ou gérant de société de droit luxembourgeois qui présenterait, à la lumière des critères dégagés par la Cour, des caractéristiques comparables, sinon semblables, sinon identiques³.

¹ Cour, «*IO contre Inspecteur van de rijksbelastingdienst*», 13 juin 2019, C-420/18 (l'«**Arrêt**»).

² À la date de rédaction de la présente contribution, les conclusions de l'avocat général n'étaient pas disponibles sur le site curia.europe.eu.

³ Pour les besoins de la présente contribution, le terme d'«administrateur de société» sera employé pour viser tout administrateur de société anonyme, ainsi que les gérants, membres du directoire et membres du conseil de surveillance de sociétés de capitaux.

Le régime applicable en la matière est en effet loin d'être une évidence. Au Luxembourg, la loi du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée (la «**Loi TVA**») se borne à exonérer les prestations de services effectuées par un administrateur de société dans la mesure où elle est exercée à titre honorifique⁴, tandis que l'administration de l'Enregistrement, des Domaines et de la TVA (l'«**AED**») préconise un assujettissement de la rémunération perçue par les administrateurs de sociétés à la TVA. La circulaire n° 781 du 30 septembre 2016 (la «**Circulaire**») retient en effet que «*l'activité d'administrateur de société constitue une activité économique consistant dans la fourniture de services et conférant, conformément aux dispositions générales de la [Loi TVA] et du droit communautaire afférent, la qualité d'assujetti à la TVA*». L'article 44 de la Loi TVA est basé sur les articles 132 à 137 et l'article 371 de la Directive TVA, mais les dispositions de ladite directive ne visent pas une telle activité de prestation de services.

La Circulaire justifie cet assujettissement à la TVA par les dispositions générales du droit communautaire. L'interprétation de ces dispositions par la Cour prime donc celle retenue par l'AED. L'analyse de la Cour porte en l'espèce sur le critère d'indépendance tiré des articles 9 et 10 de la Directive TVA, dispositions générales par essence dès lors qu'elles permettent de déterminer si une activité tombe dans le champ d'application de la TVA ou non.

Or, l'application qui en est faite par la Cour au sujet de l'activité de membre du conseil de surveillance a abouti au rejet de la qualité d'assujetti audit membre et ce en raison du manquement au critère d'indépendance (I.).

Au regard de ces dispositions générales d'une part, et sous la prémisse qu'un administrateur de société de droit luxembourgeois exerce son activité dans les mêmes conditions de travail, ou à tout le moins fortement semblables, et de rémunération qu'un membre du conseil de surveillance d'une fondation de droit néerlandais d'autre part, la question de l'exclusion, par analogie, de l'activité d'administrateur de société du champ d'application de la TVA doit être posée (II.).

Dans une telle hypothèse, l'article 44-1-w) de la Loi TVA nous semble nécessairement impacté (III.).

⁴ Article 44-1-w) de la Loi TVA ; outre l'article 44-1-d) de la Loi TVA.

I. L'activité d'un membre du conseil de surveillance d'une fondation ne constitue pas une activité économique exercée de façon indépendante

Une description des circonstances de l'espèce est ici tout particulièrement importante (A.), tant la réponse de la Cour à la question préjudicielle en dépend (B.).

A. Description des faits de l'affaire C-420/18

IO était membre du conseil de surveillance d'une fondation dont l'activité principale consiste à offrir de manière durable un logement aux personnes se trouvant dans le besoin⁵.

Investi d'un mandat d'une durée de quatre ans, IO était lié par un contrat de prestation de service qu'il avait conclu avec la fondation, personne morale. Les statuts de la fondation prohibaient l'accès à la qualité de membre du conseil de surveillance à toute personne étant liée à la fondation par un contrat de travail. La rémunération du membre était fixée sur une base annuelle et de manière forfaitaire indépendamment de sa participation aux réunions ou des heures de travail effectivement accomplies. Elle était également soumise, en vertu du droit néerlandais, à un prélèvement sur « salaire ».

Initialement, l'administration fiscale néerlandaise avait considéré qu'IO n'était pas assujéti à la TVA au titre de son activité de membre du conseil de surveillance de ladite fondation. Toutefois, la décision d'approbation individuelle dont bénéficiait IO lui a été retirée, l'obligeant ainsi à déposer une déclaration de TVA. Après l'acquiescement du montant dû, IO a introduit une réclamation auprès de l'administration fiscale dont il a ensuite contesté le rejet en justice. La juridiction de première instance a cependant confirmé son assujétissement à la TVA. La juridiction d'appel, saisie du litige par IO, a fait part de son hésitation d'attribuer la qualité d'assujéti à IO, certains éléments étant de nature à démontrer qu'il exerçait son activité à titre indépendant, d'autres étant propices à caractériser une absence d'indépendance.

La demande de décision préjudicielle posée par la juridiction d'appel portait ainsi sur la question de savoir si « [u]n membre du conseil de surveillance d'une fondation qui, en ce qui concerne ses conditions de travail et de rémunération, se trouve dans une position de subordination à l'égard dudit conseil de surveillance, mais qui, pour le surplus, ne se trouve pas dans une telle position par rapport au conseil de surveillance ou à la fondation, exerce-t-il ses

⁵ IO était également fonctionnaire communal. Cette fonction n'étant pas en lien avec celle de membre du conseil de surveillance de la fondation, l'existence d'éventuels conflits d'intérêts fût écartée par la Cour.

activités économiques de manière indépendante, au sens des articles 9⁶ et 10⁷ de la [Directive TVA] ? ».

B. La réponse de la Cour à la question préjudicielle

L'élément central de l'arrêt réside dans la confirmation que le membre du conseil de surveillance n'exerce pas son activité de manière indépendante (2.), bien qu'il s'agit, selon la Cour, d'une activité ayant un caractère « économique » (1.).

1. Le caractère « économique » de l'activité confirmée

Aucune des parties en cause ne contestait l'existence d'une activité économique dans le chef d'IO. L'analyse de la Cour débute toutefois par la confirmation que son activité de membre du conseil de surveillance était effectivement exercée « en vue d'en tirer des recettes ayant un caractère de permanence », dès lors qu'IO exerçait son activité en vertu d'un mandat d'une durée de quatre ans et qu'il recevait une rémunération en contrepartie.

Le fait que la rémunération n'était pas déterminée en fonction de prestations individualisées, mais de manière forfaitaire et sur une base annuelle a quant à lui été jugé indifférent. Le nombre de mandats pouvant être exercés par un membre du conseil de surveillance n'a pas non plus été jugé comme pouvant avoir un impact sur cette qualification, pour autant que l'activité remplisse le critère de permanence et soit rémunérée. La Cour rappelle en effet que la notion d'activité économique a un caractère objectif et doit être considérée en elle-même, indépendamment de ses buts ou de ses résultats⁸.

2. Le caractère « indépendant » de l'activité rejetée

L'absence de lien de subordination juridique (a.) a amené la Cour à vérifier si IO supportait un risque économique dans l'exercice de son activité (b.).

a) L'absence de lien de subordination juridique

L'article 10 de la Directive TVA exclut du champ d'application de la TVA, l'activité exercée par une personne se trouvant sous un lien de subordination dans le cadre d'un contrat de travail ou de tout autre rapport juridique similaire. Il n'y a indépendance dans l'exercice d'une activité – et partant assujétissement à la TVA – que si la personne en question fixe elle-même ses conditions de travail et de rémunération et assume elle-même la responsabilité liée à son activité.

⁶ « Est considéré comme "assujéti" quiconque exerce, d'une façon indépendante et quel qu'en soit le lieu, une activité économique, quels que soient les buts ou les résultats de cette activité [...] ».

⁷ « La condition que l'activité économique soit exercée d'une façon indépendante visée à l'article 9, paragraphe 1, exclut de la taxation les salariés et autres personnes dans la mesure où ils sont liés à leur employeur par un contrat de louage de travail ou par tout autre rapport juridique créant des liens de subordination en ce qui concerne les conditions de travail et de rémunération et la responsabilité de l'employeur ».

⁸ Citant l'arrêt *Marle Participations*, 5 juillet 2018, C-320/17, § 22, et autres jurisprudences y citées.

La Cour a d'abord constaté qu'il n'existait pas de lien de subordination juridique entre IO et la fondation. En l'espèce, l'absence de contrat de travail était inhérente à l'activité de membre du conseil de surveillance dont la nomination était notamment subordonnée à la condition que la personne intéressée ne soit pas déjà liée à la fondation par un tel contrat de travail. La qualité de salarié a dès lors été rejetée par la Cour. La fondation n'avait pas non plus le pouvoir de déroger aux dispositions prises par le conseil de surveillance au sujet des conditions de travail (et de rémunération) du membre. C'est également le conseil de surveillance qui disposait du pouvoir de nomination (ainsi que celui de suspension et de révocation) de ses membres, et non la fondation.

Ensuite, la Cour a également relevé une absence de lien de subordination du membre dans ses conditions de travail par rapport au conseil d'administration, organe faisant partie de la fondation. D'une part, le règlement établi par le conseil de surveillance au sujet des modalités de travail ne déterminait pas la manière dont ses membres devaient exercer individuellement leur mandat. Bien au contraire, chaque membre était indépendant et devait « *agir de manière critique à l'égard de ses autres membres* »⁹. D'autre part, aucun membre ne recevait d'instruction de la part de l'organe de direction, mais était censé « *exercer un contrôle de manière indépendante sur la stratégie de l'organe de direction et sur la marche générale des affaires de [la] fondation* »¹⁰.

En l'absence de lien de subordination, ou de tout autre rapport juridique, en ce qui concerne les conditions de travail, tant à l'égard de la fondation, de son organe de direction, ainsi que du conseil de surveillance¹¹, l'activité de membre du conseil de surveillance ne pouvait pas être exclue du champ d'application de la TVA sur le fondement de l'article 10 de la Directive TVA.

La Cour s'est dès lors penchée sur la question de savoir si l'exercice de l'activité de membre du conseil de surveillance pouvait être considéré comme exercé à titre indépendant au sens de l'article 9 de la Directive TVA et partant susceptible d'être exclu du champ d'application de la TVA ?

b) L'absence de risque économique dans l'exercice de l'activité de membre du conseil de surveillance

La Cour rappelle que le critère d'indépendance posé à l'article 9 de la Directive TVA n'est rempli qu'à condition que la personne accomplisse non seulement « *ses activités en son nom, pour son propre compte et sous sa propre responsabilité* »¹², mais qu'elle supporte également le risque économique lié à l'exercice de son activité.

⁹ § 36 de l'Arrêt.

¹⁰ § 35 de l'Arrêt.

¹¹ § 40 de l'Arrêt.

¹² Citant l'arrêt *Gmina Wroclaw*, 29 septembre 2015, C-276/14, § 34, et autres jurisprudences y citées.

D'après les éléments fournis par la juridiction de renvoi, il était constant en cause qu'IO ne pouvait pas exercer individuellement les pouvoirs conférés au conseil de surveillance, dans la mesure où chaque membre agissait dans le cadre du conseil de surveillance en tant qu'organe collégial.

C'est également le conseil de surveillance qui supportait la responsabilité de l'activité de ses membres. Certes, le membre du conseil de surveillance pouvait être amené à exercer une fonction de représentation légale de la fondation dans certaines circonstances¹³, au cours de laquelle il disposait du pouvoir d'engager juridiquement la fondation. Cependant, tous les actes découlant de cette fonction étaient *in fine* adoptés par le conseil de surveillance collectivement, de sorte que celui-ci en était nécessairement responsable. C'est pour ces mêmes raisons qu'aucun membre ne pouvait être considéré comme supportant individuellement la responsabilité d'éventuels dommages causés à des tiers dans l'exercice de ses fonctions¹⁴.

Enfin, la Cour a considéré qu'un membre du conseil de surveillance ne supportait aucun risque économique dans l'exercice de son activité de membre du conseil de surveillance. À l'inverse d'un entrepreneur, un tel membre « *[n'exerçait] une influence significative ni sur ses recettes ni sur ses dépenses* ». Sa rémunération n'était en effet pas susceptible de varier en fonction de sa participation aux réunions ou des heures de travail effectivement accomplies, ni même d'être impactée directement par une éventuelle négligence commise dans l'exercice de ses fonctions, dans la mesure où la révocation du membre ne pouvait intervenir que dans le cadre d'une procédure spécialement prévue à cet effet. Sur le plan individuel, aucun membre ne pouvait donc être considéré comme supportant un quelconque risque économique.

Il en résulte qu'un membre du conseil de surveillance de la fondation ne pouvait être considéré comme exerçant une activité économique à titre indépendant au sens de l'article 9 de la Directive TVA.

II. Réflexions autour du traitement TVA de l'activité d'un administrateur de société de droit luxembourgeois au regard des caractéristiques de l'activité de membre du conseil de surveillance de la fondation de droit néerlandais

Le raisonnement de la Cour repose, selon nous, sur deux éléments clés à la lumière desquels l'assujettissement de

¹³ La représentation de la fondation était en principe assurée par l'organe de direction. En présence d'un conflit d'intérêts entre celui-ci (ou l'un de ses membres) et la fondation, un membre du conseil de surveillance pouvait être amené à exercer provisoirement une telle fonction.

¹⁴ § 41 de l'Arrêt.

l'activité d'administrateur de société à la TVA serait susceptible d'être remis en cause, à savoir la collégialité inhérente au fonctionnement d'un conseil d'administration (A.), ainsi que l'absence de risque économique dans le chef de l'administrateur de société dans l'exercice de ses fonctions (B.).

A. La gestion de la société est exercée par le conseil d'administration en tant qu'organe collégial

La Cour relève qu'en l'espèce, « *les membres du conseil de surveillance ne sauraient exercer individuellement les pouvoirs conférés à ce conseil [de surveillance] [...]* »¹⁵, de sorte que c'est nécessairement le conseil de surveillance, en tant qu'organe, qui les exerce collectivement.

Le principe de collégialité est également inhérent au mode de fonctionnement d'un conseil d'administration de société. Le conseil d'administration est l'organe collégial qui dispose, de par la loi, des pouvoirs les plus étendus pour gérer les affaires de la société, ainsi que pour autoriser et/ou accomplir tous les actes de disposition, de gestion et d'administration conformément à l'objet social de la société¹⁶. À l'instar d'un membre du conseil de surveillance de la fondation, l'administrateur de société ne dispose pas d'un pouvoir individuel de gestion, ni même d'un pouvoir de décision. Sous cet aspect, leur pouvoir individuel se limite en réalité à celui de participer aux délibérations du conseil d'administration¹⁷. L'administrateur ne fait que contribuer individuellement à une décision de gestion prise de façon collégiale par le conseil pour le compte de la société concernée.

L'Arrêt retient également que les « *membres dudit conseil de surveillance sont indépendants au sein de celui-ci et doivent agir de manière critique à l'égard de ses autres membres* », ce qui est tout à fait transposable à un administrateur de société. Le fait que l'administrateur jouit d'une certaine indépendance n'implique en effet pas que l'administrateur agit en son nom et pour son compte. L'administrateur de société est indépendant par rapport à l'organe de direction de la société, dans la mesure où le conseil d'administration ne peut pas donner d'instructions à ses membres quant à la façon dont ils doivent exercer individuellement leur mandat. L'indépendance de l'administrateur doit lui permettre d'agir de manière objective compte tenu de sa propre perception de l'intérêt social. Sur base de ces éléments, l'administrateur de société n'agit ni en son nom, ni pour son compte.

L'administrateur de société n'agit pas non plus sous sa propre responsabilité, mais sous la responsabilité du

conseil d'administration. La Loi de 1915 dispose en effet expressément que « *les administrateurs ne contractent aucune obligation personnelle relativement aux engagements de la société* », de sorte qu'ils ne supportent aucune responsabilité personnelle des actes décidés collectivement par le conseil d'administration pour compte de la société. Le pouvoir de représentation dont jouissent les administrateurs de sociétés dans certaines circonstances¹⁸ devrait être considéré comme étant tout aussi peu pertinent que celui exercée par les membres du conseil de surveillance en raison du principe de collégialité. Il est en effet admis en jurisprudence que dans le cadre de son pouvoir de représentation, l'administrateur ne fait que transposer la décision du conseil d'administration, prise collectivement, dans l'ordre externe¹⁹. Il ne s'agit pas d'un pouvoir de représentation générale lequel serait attribué, de par la loi, au conseil d'administration, dans la mesure où c'est lui qui « *représente la société à l'égard des tiers [...]* »²⁰. L'impact de la responsabilité encourue par l'administrateur envers la société et les tiers pour des infractions commises à la loi ou aux statuts²¹ est un cas particulier de responsabilité et est, selon nous, à relativiser en l'espèce, dès lors que l'application de la théorie de l'organe réduit en principe les cas de mise en œuvre de cette responsabilité personnelle de l'administrateur aux seuls actes détachables de ses fonctions²². La responsabilité pour faute de gestion normale est *a priori* une responsabilité pour mauvaise exécution du mandat d'administrateur et ne concerne donc pas directement les risques pris par la société en tant qu'entreprise, même si ces éléments peuvent se confondre dans des cas de négligence ou de fraude où la responsabilité de l'administrateur peut être engagée ensemble avec celle de la société.

¹⁸ Sous réserve de l'article 441-5, al. 4, de la Loi de 1915.

¹⁹ Cour d'appel, 4 juin 2008, nos 31798 et 32953 du rôle : « [...] Il est vrai que l'article 53, alinéa 4 [actuel article 441-5 de la Loi de 1915] ne confère aucun pouvoir de gestion autonome à l'administrateur, la décision continuant à devoir être prise par le conseil d'administration, l'administrateur ne faisant que transposer cette décision dans l'ordre externe [...] ».

²⁰ *Ibid* ; art. 441-5 de la Loi de 1915.

²¹ Art. 441-9, art. 710-16, art. 500-6 et art. 600-5 de la Loi de 1915.

²² Tribunal d'arrondissement, XV N°164/2015, 23 décembre 2015, nos 145724 et 145725 du rôle : « [...] En application de cette théorie de l'organe, la décharge accordée au gérant commandité [de la société] doit nécessairement profiter aux membres de son organe pour autant que ceux-ci ont agi dans le cadre de leurs fonctions, alors qu'en agissant en tant qu'organe de [de la société], les actes matériellement posés par eux sont les actes accomplis par [de la société] et, en tant que tels, engagent uniquement cette dernière. L'ensemble des actes posés par les six défendeurs en leur qualité de gérants de [de la société] "du fait de leurs fonctions" sont partant couverts par la décharge, sachant que, même en l'absence d'une telle décharge, ces actes, à les supposer fautifs, auraient tout au plus permis d'engager la responsabilité de [de la société]. [La défenderesse] n'ayant par ailleurs pas établi, ni même allégué une *faute détachable* de leurs fonctions dans le chef de six défendeurs, seule susceptible d'engager la responsabilité personnelle des dirigeants d'une personne morale, la demande basée sur les règles de la responsabilité délictuelle doit également être déclarée non fondée [...] » ; nous soulignons.

¹⁵ § 41 de l'Arrêt.

¹⁶ Art. 441-5 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (« *Loi de 1915* »).

¹⁷ A. STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, 5^e éd., Éditions Saint-Paul, 2017, p. 637, n° 908.

B. L'administrateur de société ne supporte en principe pas le risque économique lié à l'exercice de son activité pour compte de la société

À l'instar de la rémunération perçue par un membre du conseil de surveillance, les tantièmes ne rémunèrent normalement pas la présence effective de l'administrateur aux réunions du conseil d'administration. Le montant des recettes de tantièmes relève, sauf stipulations contraires des statuts, de la compétence de l'assemblée générale des associés. L'administrateur de société n'a normalement pas d'influence sur le montant qu'il perçoit de manière forfaitaire, selon la décision de l'assemblée générale.

La Cour a jugé en l'espèce que le membre du conseil de surveillance n'exerçait aucune influence « *significative* », pouvant laisser entendre qu'une influence non-significative ne devrait pas être un élément déterminant dans l'appréciation de l'existence d'un risque économique.

Les tantièmes sont donc généralement payés indépendamment de la situation économique de l'entreprise, quitte à ce que dans des cas extrêmes il arrive que les administrateurs renoncent à tout paiement. Mais s'ils ont exercé leurs fonctions et que l'entreprise peut se permettre d'honorer leur contribution à la marche de l'entreprise, alors le tantième est normalement mis en paiement. L'Arrêt a donc retenu, à juste titre, que la rémunération des administrateurs n'est pas liée au risque économique de l'entreprise, ni d'ailleurs en principe au risque économique lié à l'appréciation de l'apport d'un membre d'un conseil lors des débats de celui-ci. Cette absence de risque économique devrait dès lors exclure que la rémunération perçue par l'administrateur de société tombe dans le champ d'application de la TVA, car elle ne constitue pas la contrepartie d'une activité économique exercée à titre indépendant.

Est-il en revanche permis de tenir ce même raisonnement pour les jetons de présence dont le montant peut dépendre de la participation aux réunions du conseil d'administration ? Devrait-on considérer que le membre du conseil de surveillance supporte dans ce cas un risque économique personnel lié à l'absence d'assistance à des réunions comme justifiant son assujettissement à la TVA ? En pratique, les paiements qualifiés de jetons de présence sont souvent faits indépendamment de la présence physique des administrateurs aux réunions et se font aussi en considération de la préparation des réunions et des discussions que les administrateurs peuvent avoir entre eux au sujet des affaires de la société en vue de la réunion ou dans le contexte de la mise en œuvre des décisions.

III. Une tentative de conciliation de l'Arrêt avec l'article 44-1-w) de la Loi TVA

L'absence de référence à un éventuel exercice de l'activité de membre du conseil de surveillance à titre honorifique n'étonne guère dans la mesure où la distinction opérée par la Loi TVA et la Circulaire ne se retrouve pas dans la Directive TVA.

Rappelons que le texte de l'article 44-1-w) de la Loi TVA est issu de l'ancienne loi du 5 août 1969 concernant la TVA et plus particulièrement de l'article 2 du règlement grand-ducal du 23 décembre 1971 qui prévoyait qu'étaient exclues du champ d'application de la TVA « *les activités accessoires [suivantes], lesquelles sont considérées ne pas être exercées dans le cadre d'une entreprise [...]* b) *L'activité rémunérée par des jetons de présence et exercée en leur qualité d'assujetti par les membres d'organismes publics, de groupements et chambres professionnels, de conseils d'administration, de comités de gérance ou d'organes similaires* »²³.

D'après les travaux parlementaires ayant abouti à la Loi TVA²⁴, les dispositions de l'actuel article 44-1-w) « *s'alignent sur les règles afférentes de la sixième directive, complétées par une déclaration interprétative au procès-verbal du Conseil des Communautés Européennes [et] aboutissent [...] au même résultat que la mise hors du champ d'application de la taxe* ».

Telle est la justification avancée par le législateur luxembourgeois de l'époque pour affirmer que l'activité exercée par un administrateur de société ne serait plus dépourvue de caractère économique (i.e. hors champ de la TVA), mais constituerait désormais une activité économique (i.e. dans le champ de la TVA) bénéficiant d'une exonération. Le résultat « identique » auquel souhaitait aboutir le législateur nous laisse toutefois perplexes.

Une analyse historique fouillée²⁵ démontre par ailleurs que la déclaration du Conseil²⁶ à laquelle le législateur souhaitait aligner le régime luxembourgeois, ne prévoyait en réalité pas une possibilité pour les États membres d'introduire une telle exonération. Bien au contraire, il y était fait, toujours selon cet auteur, une référence à une possibilité pour les États membres d'exclure (!) du champ d'application de la TVA, toutes les activités des gérants, administrateurs, commissaires et liquidateurs de sociétés, et non pas seulement les activités exercées par les administrateurs de sociétés à titre honorifique.

²³ Nous soulignons

²⁴ Projet de loi n° 2188, Commentaires des articles, p.198; nous soulignons.

²⁵ V. BIDOUL, « Réflexions sur le traitement TVA des dirigeants d'entreprise », *ACE Comptabilité, fiscalité, audit, droit des affaires au Luxembourg*, 2016/5, p. 3-22.

²⁶ Cour, *Swiss Re Germany Holding GmbH*, 22 octobre 2009, C-242/08, § 62.

L'origine de l'article 44-1-w) de la Loi TVA ne semble dès lors pas reposer sur des considérations juridiques bien solides, mais sur un amalgame entre une activité hors champ d'application de la TVA et une activité exonérée de TVA. Elle n'est *a priori* en rien liée au fait que les conditions générales posées à l'article 4 de la Loi TVA seraient remplies, encore moins au critère d'indépendance.

Exclure du champ d'application de la TVA, l'activité d'administrateur de société exercée à titre honorifique, au même titre que les autres, ne paraît pas dénué de tout fondement. D'une part faut-il partir de l'hypothèse que si l'exercice est à titre « honorifique », la rémunération sera négligeable, et surtout d'autre part, que la distinction ne sert à rien si selon l'analyse de la Cour de l'activité d'un membre d'un organe social collectif en tant que telle, ne remplit pas les conditions pour être considérée comme prestée à titre indépendant. Les principes de l'assujettissement à la TVA ayant été arrêtés dans la Directive TVA, il n'appartient pas au législateur luxembourgeois de modifier la définition de l'assujetti.

À tout le moins, l'article 44-1-w) de la Loi TVA peut s'appliquer dans l'hypothèse où un administrateur est chargé d'une mission spécifique par le conseil d'administration pour compte de la société et rémunéré en tant que chargé de mission, sous réserve de remplir les conditions des articles 9 et 10 de la Directive TVA. Mais dans ce cas, l'exigence que la mission doit être exécutée à titre honorifique empêche que la rémunération soit véritablement adaptée au service rendu.

Conclusion

La Directive TVA et la Loi TVA étant muettes quant au traitement de l'activité d'administrateur de société, la solution devrait être trouvée dans l'interprétation de la Cour des dispositions communautaires.

La Cour n'ayant, à notre connaissance, pas encore eu l'occasion de traiter de la question de l'assujettissement d'un administrateur de société à la TVA, les éléments de réponse mis en avant dans l'Arrêt nous semblent pertinents.

Le caractère collégial du conseil d'administration, ainsi que l'absence de risque économique propre dans l'exercice de l'activité d'administrateur de société constituent, selon nous, une contradiction avec la solution retenue dans la Circulaire.

À tout le moins, démontrent-ils que l'attribution de la qualité d'assujetti à l'administrateur de société devrait dépendre d'une analyse précise de l'ensemble des critères posés aux articles 9 et 10 de la Directive TVA et en particulier celui relatif à l'indépendance.

La Cour offre à ce propos une méthodologie utile. Dans une première étape, la rémunération perçue par l'administrateur de société ne devrait bien évidemment pas être soumise à la TVA dans la mesure où elle rétribue son activité exercée en vertu d'un contrat de travail conclu avec la société. En l'absence de lien de subordination juridique, une analyse *in concreto* des conditions de travail et de rémunération de l'administrateur doit être faite.

Migration d'un fonds d'investissement étranger au Luxembourg. La TVA est-elle un véritable guet-apens?

Amar Hamouche, *Tax Director, Baker & McKenzie Luxembourg*

Antonio Merino, *Tax Manager, Baker & McKenzie Luxembourg*

Introduction

Le contexte international est actuellement caractérisé par un accroissement de la transparence en matière fiscale comme en témoignent les actions du projet BEPS¹ visant à assurer que les profits soient taxés à l'endroit même où ceux-ci sont générés et où a lieu la création de valeur. De même, on pourrait évoquer les dernières mesures adoptées par le Conseil de l'Union européenne pour pénaliser certains paiements à des entités liées situées dans les pays et territoires non coopératifs à des

fins fiscales. Au niveau luxembourgeois, nous nous référons au projet de loi 7547 déposé le 30 mars de l'année courante par le ministre des Finances luxembourgeois qui cible une limitation de la déductibilité des intérêts et des redevances payés ou dus par les contribuables luxembourgeois envers une entreprise liée qui est établie dans un territoire non coopératif à des fins fiscales tel que le Panama ou les îles Caïman. Cette dernière juridiction est connue pour être le domicile de nombreux fonds d'investissement. Lorsque la loi sera adoptée et entrera en vigueur (en principe le 1^{er} janvier 2021), les intérêts versés, par exemple, par une société luxembourgeoise à un fonds d'investissement caïmanais en vertu d'un prêt intra-groupe ne seraient plus déductibles dans le chef de l'entité luxembourgeoise sous réserve que les îles Caïman figurent toujours dans la liste de pays non

¹ Les 15 actions du projet mené par l'OCDE et le G20 pour lutter contre l'évasion fiscale en s'assurant que les profits soient taxés à l'endroit même où ceux-ci sont générés et où a lieu la création de valeur, disponible en ligne sur : <https://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/actions-beps.htm>.