

# BULLETIN DROIT & BANQUE



## ECLAIRAGE

- **Le nouveau système de garantie des dépôts luxembourgeois**

*Philippe Bourin*

## ARTICLES DE FOND

- **Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière : compétence du juge des référés et admissibilité de son intervention**

*André Elvinger*

- **Le Règlement « PRIIPs » : de l'objectif louable de l'information accrue du consommateur de produits d'investissement fondés sur l'assurance au casse-tête pratique**

*Ariane Wourwoukas*

## JURISPRUDENCE COMMENTÉE

- **Droit des assurances - compagnie d'assurance - liquidation judiciaire - distribution de dividende - tierce opposition - article 39 de la loi du 6 décembre 1991 sur le secteur**

**des assurances - super-privilege - périmètre de ce super-privilege - ségrégation des actifs - égalité des créanciers**

Jugement du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg du 1<sup>er</sup> avril 2015 - Quinzième chambre, n° 506/2015

### Commentaire

*André Hoffmann et Michel Marques Pereira*

- **Responsabilité du banquier - règles de conduite - principe d'effectivité et d'efficacité de la législation européenne - faute contractuelle - obligation de mise en garde du dépositaire - obligation de non-ingérence du banquier**

Arrêt de la Cour d'appel de Luxembourg (4<sup>e</sup> chambre) du 25 février 2015 (rôle n° 39014)

**Responsabilité du banquier - règles de conduite - législation sur la lutte contre le blanchiment et le**

**financement du terrorisme - norme d'intérêt général - faute délictuelle**

Arrêt de la Cour de Cassation du Grand-Duché de Luxembourg du 26 mars 2016 (n° 24/15)

**De l'utilisation des normes professionnelles du secteur financier devant les tribunaux luxembourgeois**

*Elisabeth Omes*

## CHRONIQUES DE JURISPRUDENCE

- **Chronique de jurisprudence fiscale 2015**

*Jean Schaffner*

- **Chronique de jurisprudence de droit bancaire luxembourgeois (mars 2014 - septembre 2015)**

*Nicolas Thieltgen - Anne-Marie Ka - Brice Hellinckx*

# EXTRAIT

# 58

#### **Conseil d'administration de l'ALJB**

Philippe **Bourin**, Crédit Agricole Luxembourg (Président)

Nicolas **Thieltgen**, Brucher Thieltgen & Partners (Vice-Président)

Cosita **Delvaux**, Notaire (Trésorière)

Daniel **Postal**, BGL BNP Paribas (Secrétaire)

Catherine **Bourin**, Association des Banques et Banquiers, Luxembourg

Sandrine **Conin**, Conseiller juridique

Cyrille **de Crozals**, Commerzbank AG, succursale de Luxembourg

Philippe **Dupont**, Arendt & Medernach

André **Hoffmann**, Elvinger Hoss Prussen

Nicki **Kayser**, Linklaters LLP, Luxembourg

Claude **Kessler**, Commission de Surveillance du Secteur Financier

Morton **Mey**, Conseiller juridique

Elisabeth **Omes**, Elvinger Hoss Prussen

Andéol du **Trémolet de Lacheisserie**, Banque Européenne d'Investissement

Peter **Vermeulen**, Groupe Foyer

Henri **Wagner**, Allen & Overy Luxembourg

La reproduction d'articles parus dans cette revue n'est permise que moyennant autorisation de l'ALJB et indication de la source ("Bulletin Droit & Banque 58, ALJB, 2016").

BULLETIN

DROIT &  
BANQUE

N° 58

Juin 2016

**Editeur:**

Association Luxembourgeoise des  
Juristes de Droit Bancaire a.s.b.l.

[www.aljb.lu](http://www.aljb.lu)

**Comité de rédaction:**

Sandrine Conin  
Conseiller juridique  
[sandrine@conin.lu](mailto:sandrine@conin.lu)

Nicki Kayser  
Linklaters LLP, Luxembourg  
[nicki.kayser@linklaters.com](mailto:nicki.kayser@linklaters.com)

Claude Kessler  
CSSF  
[claud.kessler@cssf.lu](mailto:claud.kessler@cssf.lu)

Elisabeth Omes  
Elvinger Hoss Prussen  
[elisabethomes@elvingerhoss.lu](mailto:elisabethomes@elvingerhoss.lu)

Henri Wagner  
Allen & Overy Luxembourg  
[henri.wagner@allenoverly.com](mailto:henri.wagner@allenoverly.com)

**Secrétariat, Inscriptions:**

[secretariat@aljb.lu](mailto:secretariat@aljb.lu)  
House of Finance  
B.P. 13  
L-2010 Luxembourg

## Chronique de jurisprudence fiscale 2015

*Jean Schaffner*  
*Avocat à la Cour*  
*Allen & Overy SCS*

L'année 2015 a été une année de transition, avec plusieurs problématiques anciennes qui ont resurgi, validité des rulings par exemple, mais aussi des développements nouveaux, en matière d'échange d'information et un renvoi à la CJUE ou encore des questions quant à l'égalité devant l'impôt. Enfin, plusieurs arrêts se sont intéressés aux sujets récurrents des distributions déguisées et des appels en garantie.

### 1. Echange de renseignements

Tribunal administratif, 13 août 2015, n° 36452 ; Cour administrative, 17 décembre 2015, n° 36893C

Nous avons conclu notre dernière chronique pour l'année 2014<sup>1</sup> en mentionnant que la loi du 25 novembre 2014 allait restreindre significativement le contentieux en matière d'échange d'informations. Néanmoins, le Tribunal administratif a dû s'intéresser dans cette décision du 13 août 2015<sup>2</sup> à l'amende prononcée par le directeur de l'administration des contributions face à une société ayant refusé de remettre des informations requises dans le cadre d'une demande d'assistance émanant des autorités françaises, basée sur la directive Coopération 2011/16 du Conseil de l'Union européenne du 15 février 2011.

A titre de remarque préliminaire, il ne semble pas que la société requise ait été une banque, même si les principes de cette décision sont transposables à une demande d'échange d'informations adressée par l'administration fiscale luxembourgeoise à une banque de la place, détentrice de ces informations. La société n'avait pas donné suite, malgré un rappel, à cette demande et s'était vu infliger une amende de EUR 250.000, sanction maximale prévue par la loi en cas de refus de fournir les informations requises.

La société avait soulevé le caractère non proportionnel de l'amende à la gravité des faits, dans la mesure où le directeur avait tout de suite fixé l'amende au montant maximum de EUR 250.000. Elle avait également invoqué une violation de l'article 6, paragraphe 1er de la Convention euro-

péenne des droits de l'homme, consacrant le droit à un procès équitable, face à une amende dont le montant révélait son caractère pénal.

Dans le cas présent, la société requise avait en fait donné suite à l'ensemble de la demande française, sauf en ce qui concerne l'indication des nom, adresse de ses associés et parts sociales détenues par ceux-ci.

En se prononçant sur la quotité de l'amende, le juge a expressément écarté une analyse du bien-fondé de la demande d'échange, et notamment de la pertinence vraisemblable de la question posée par l'Etat requérant, la France, au Luxembourg. Le Tribunal souligne que cette question de la pertinence des renseignements demandés est sans incidence sur l'obligation légale imposée à la société détentrice des informations et l'appréciation de ses manquements. Le Tribunal doit se limiter à analyser si le directeur de l'administration est en droit d'imposer une amende et si le montant de celle-ci était adéquat.

Face au refus persistant de la société requise à fournir les informations manquantes, et la nécessité d'assurer le caractère coercitif et dissuasif du système par le prononcé d'une amende forte, le juge estime qu'il est approprié et proportionné de retenir une amende de EUR 150.000. Le fait de fixer automatiquement l'amende à son montant maximum serait contreproductif d'après les juges, puisqu'elle pousse le contrevenant à persister même devant le juge administratif dans son refus et empêche le juge de réformer l'amende *in pejus*, en l'augmentant. Le Tribunal semble estimer que l'amende maximale de EUR 250.000 ne pourrait être prononcée que dans des circonstances particulièrement graves, et notamment si le contribuable requis est un récidiviste notoire.

Cela étant, le tribunal note également que l'amende ne peut être prononcée qu'une seule fois par rapport aux mêmes faits. Dans le cas contraire, on ne serait plus en présence d'une amende, mais d'une astreinte. Une question non tranchée serait la possibilité de prononcer une nouvelle amende si l'Etat requérant revient à la charge avec (plus ou moins) les mêmes faits.

<sup>1</sup> Voir Bulletin Droit et Banque, n°56.

<sup>2</sup> n° 36452.

Cette affaire ne va pas en rester là. Le contribuable concerné a en fait relevé appel du jugement ayant fixé l'amende à EUR 150.000. Le 21 octobre 2015, la Cour administrative a prononcé la rupture du délibéré, afin d'examiner si la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne peut pas être considérée comme contredisant la Directive coopération 2011/16 du 15 février 2011, sur base de laquelle un échange de renseignements est demandé au sein de l'Union européenne. Notons d'abord que la directive 2011/16 relève dans ses considérants qu'elle respecte les droits fondamentaux des contribuables et est conforme à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La problématique tourne essentiellement autour de l'absence de recours à l'encontre des demandes d'échange de renseignements alors qu'il semble, d'après l'appelante, que les autorités luxembourgeoises n'aient pas examiné la pertinence vraisemblable de la demande française, ni l'épuisement par la France de ses moyens de droit interne pour obtenir les informations sollicitées. Les juges relèvent aussi que le contribuable n'a plus communication de la requête étrangère, alors que l'accès au dossier est une condition essentielle pour permettre un recours, même si ce recours ne porte que sur le montant de l'amende.

La Cour a donc décidé de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne pour savoir si la sanction administrative résultant de la loi du 25 novembre 2014 était conforme à la Charte des droits fondamentaux<sup>3</sup>. La Cour demande également si l'absence de droit à un recours effectif et l'accès à un tribunal impartial, tel que consacré par la Charte, restent garantis, alors que sous la nouvelle procédure d'échange de renseignements telle que résultant de la directive 2011/16 et transposée en droit luxembourgeois, un contrôle effectif des conditions de la demande d'échange de renseignements n'est plus à faire.

## 2. Prix de transfert, abus de droit, distribution déguisée

Tribunal administratif, 22 juillet 2015, n° 34190<sup>4</sup> ; Tribunal administratif, 15 juillet 2015, n° 34419<sup>5</sup> ; Tribunal administratif, 16 décembre 2015, n° 35535

Dans la première affaire<sup>6</sup>, une société luxembourgeoise avait accordé un prêt sans intérêts à sa filiale italienne. L'administration avait critiqué ceci, au motif qu'un prêt sans intérêts n'était pas conforme à une situation de pleine concurrence entre tiers (principe *at arm's length*), et constituait dès lors une distribution déguisée au sens de l'article 164

(3) LIR. Elle avait redressé le bénéfice fiscal de la société luxembourgeoise.

Le prêt avait été spécifiquement accordé sans intérêts, alors que l'opération consistait en un financement en fonds propres, d'après le droit italien. Le contribuable avait également soutenu que ce financement sans intérêts était conforme au droit italien. Le Tribunal a écarté cet argument comme n'étant pas suffisamment étayé. La partie demanderesse n'arrivait notamment pas à démontrer que l'octroi d'un prêt sans intérêts était conforme aux conditions de pleine concurrence. L'application d'une marge de financement de 0,25% par l'administration fiscale a donc été confirmée pour y inclure un intérêt soumis à imposition, mais le fondement de ce redressement reste flou.

En effet, il n'y a pas distribution déguisée, dans la mesure où la société luxembourgeoise est la maison mère de la société italienne à laquelle un prêt sans intérêts a été accordé. Comme le reconnaît le Tribunal, la portée de l'article 164 (3) LIR autorise seulement les requalifications en distribution cachées envers les associés et intéressés de l'entité sociale visée. De façon étonnante, le Tribunal constate cependant que la filiale italienne peut être considérée comme intéressée au sens de l'article 164 (3) LIR. A notre sens, l'intention du législateur était de viser les transferts de bénéfices au profit d'associés directs ou indirects, bénéficiaires économiques de la société<sup>7</sup>.

Le Tribunal conclut enfin que l'abus de droit n'a pas besoin d'être examiné, ce moyen étant surabondant. On a du mal à voir d'ailleurs où se situe un abus de droit en l'espèce. Notamment, il résulte des explications de la partie demanderesse que les sommes prêtées à sa filiale italienne provenaient de ses fonds propres, de sorte qu'elle n'a réalisé aucune économie d'impôt. Par ailleurs, le prêt sans intérêts était, selon la demanderesse, justifié sur la base de la liberté de gestion des entreprises, l'autorisant à financer son groupe de la façon qui lui semblait la plus appropriée.

Si on peut partager sans équivoque la solution retenue par le juge fiscal et l'administration, il est regrettable que cette solution soit si chancelante au niveau juridique. L'argument de l'abus de droit ne

3 aff. C-682/15, non encore jugée.

4 Appel en cours sous le n° 36888C.

5 Appel en cours sous le n° 36855C.

6 n° 34190.

7 La Cour administrative semble indirectement prendre le contre-pied de cette position du Tribunal (Cour administrative, 10 novembre 2015, n° 35818C). Elle confirme que : « Les distributions cachées de bénéfices visées par l'article 164 (3) LIR existent si un associé ou un actionnaire reçoit directement ou indirectement d'une société des avantages qui s'analysent pour cette dernière en un emploi de revenus sans contrepartie effective et que l'associé ou l'actionnaire n'aurait pas pu obtenir en l'absence de ce lien. La situation visée est celle où un gestionnaire prudent et avisé n'aurait pas accordé un avantage similaire à un tiers ». Implicitement, une distribution cachée de bénéfices ne devrait donc pas exister au profit d'une filiale.

semble en l'espèce pas approprié. L'application de l'article 164 (3) LIR n'est cependant pas non plus pertinente, car elle vise les distributions déguisées et, à non, notre avis, les avantages à une filiale.

Enfin, l'article 56 LIR dans son ancienne version prévoyait le transfert de bénéfices entre sociétés liées, mais avec un artifice procédural compliqué, notamment l'intervention d'un fonctionnaire supérieur de l'administration, désigné par le directeur. Comme cette désignation n'a jamais été officiellement actée, on peut également se demander si l'article 56 était applicable. Le Tribunal a pour cette raison écarté l'application de l'article 56 LIR.

Voilà donc une solution économiquement justifiée et correcte au vu des grands principes de la fiscalité internationale, notamment les règles OCDE en matière de prix de transfert, mais difficilement bâtie sur le droit luxembourgeois tel qu'existant à l'époque des faits. Le nouvel article 56 LIR, introduit en 2015, qui suit la trame de l'article 9 de la convention modèle OCDE et consacre en tout état de cause l'application des prix de pleine concurrence, devrait permettre de résoudre ce type d'incongruités à l'avenir.

Si l'application d'une marge imposable fiscale au Luxembourg résulte en une double imposition économique, en raison du fait qu'il n'y a pas de déduction d'intérêts en Italie, le Tribunal suggère que la demanderesse doit remédier à cet inconvénient en invoquant le cas échéant la procédure amiable prévue par la convention fiscale entre Le Luxembourg et l'Italie<sup>8</sup>.

La question de la retenue à la source sur distribution déguisée est également au cœur d'une seconde affaire, qui a donné lieu à un jugement du tribunal administratif en date du 15 juillet 2015<sup>9</sup>. Une société luxembourgeoise avait accordé différents avantages non économiquement justifiés, tels la mise à disposition de voitures de luxe ou d'un bateau, à son bénéficiaire économique, une personne physique résidant à Monaco. La société luxembourgeoise était cependant détenue par une autre société luxembourgeoise pleinement imposable, de sorte que les distributions de dividendes entre ces deux sociétés auraient pu être exonérées de retenue à la source par application de l'article 147 LIR.

Comme le contribuable n'a cependant pas fourni la moindre information permettant de retracer une distribution de dividendes le long de la chaîne de participations, et la réalité d'une première distribution cachée de bénéfices par la société à son actionnaire direct, société luxembourgeoise pleinement imposable, le Tribunal a reconnu l'application d'une retenue à la source de 15% sur celle-ci.

L'intérêt de cette décision réside surtout dans la question de principe, et dans la possibilité d'une lecture *a contrario*. En effet, la présence d'un avantage occulte, la distribution déguisée doit se faire le long de toute la chaîne de détention, avec application le cas échéant des réductions et exonérations de retenue à la source qui peuvent se présenter entre les maillons de cette chaîne. Il n'y a pas lieu de considérer que la distribution va directement de la société luxembourgeoise à son bénéficiaire effectif, si des sociétés sont interposées. En l'espèce, cette approche pourrait permettre d'éviter une application d'une retenue à la source au premier échelon, même si au-delà, dans la chaîne de participations, cette distribution déguisée pourra donner lieu à application d'une retenue à la source, le cas échéant. Le même principe devrait s'appliquer à un apport déguisé, qui devra suivre l'organigramme du groupe concerné.

Par rapport à la précédente décision du 22 juillet 2015, n° 34190 du rôle, la distribution déguisée ayant réduit artificiellement le résultat imposable se situe en l'espèce au profit des associés ou bénéficiaires économiques indirects de la société luxembourgeoise. L'application de l'article 164 (3) LIR est donc justifiée.

Dans cette affaire, le Tribunal avait également analysé un contrat de consultance conclu par la société luxembourgeoise avec une société des Iles vierges britanniques. L'administration avait requalifié les sommes versées dans le cadre de ce contrat en distribution cachée de bénéfices au motif de l'existence de liens particuliers entre les deux sociétés en cause et de l'absence de contrepartie réelle équivalente à la rémunération versée. Le Tribunal a cependant écarté la prétention de l'abus de droit soulevée par l'administration, car l'administration n'a pas fourni suffisamment d'éléments susceptibles de renverser l'apparence de réalité des prestations de service fournies par la société des Iles vierges à la société luxembourgeoise.

Le Tribunal considère, à juste titre, que la charge de la preuve ne repose pas uniquement sur le contribuable. Dans la mesure où le contrat de consultance a été conclu en rapport avec le lancement d'une nouvelle activité, le contribuable avait à suffisance démontré la possibilité de l'existence d'un intérêt économique, donc de motifs extra-fiscaux, c'est-à-dire le bien-fondé de la conclusion de ce contrat, et partant l'administration retrouvait la

8 Cette décision est à rapprocher d'un jugement du Tribunal administratif du 29 septembre 2014, n° 33059, cité dans la Chronique de jurisprudence fiscale 2014, Bulletin Droit et Banque, n° 56. La Cour administrative a réformé ce jugement, par un arrêt du 14 juillet 2015, n° 35428C, mais sur un problème procédural, le non-respect de l'obligation imposée par le paragraphe 205 (3) *Abgabenordnung*, imposant au bureau d'imposition, préalablement à l'émission d'un bulletin d'imposition, une obligation positive de communication au contribuable des éléments au sujet desquels il entend s'écarter de façon significative de la déclaration fiscale du contribuable et en défaveur de celui-ci.

9 n° 34419 du rôle.

charge de la preuve contraire. Elle aurait dû établir l'absence de prestations ou le caractère exagéré des rémunérations, en analysant davantage les faits de l'espèce et les documents de la société.

La même approche prévaut dans la décision du Tribunal administratif du 16 décembre 2015, n° 35535 du rôle. En l'espèce, une société détenue par un actionnaire personne physique avait acheté le fonds de commerce de plusieurs autres sociétés également détenues par le même actionnaire et avait réglé les dettes de celles-ci envers certains fournisseurs. La société entendait provisionner les créances contre ces sociétés liées, découlant de cette reprise de dettes et justifiait son intervention par la nécessité de s'assurer le soutien futur des fournisseurs des sociétés du groupe. L'administration était d'avis que le fait de payer des dettes des sociétés du même groupe dont la société venait d'acquérir le fonds de commerce, et cela sans contrepartie, constituait un avantage qu'un gestionnaire prudent et avisé n'aurait pas accordé à un tiers. Le Tribunal en a conclu que les créances litigieuses étaient à réintégrer dans le revenu imposable de la société et à soumettre à la retenue d'impôt sur le revenu des capitaux mobiliers. D'après le Tribunal, il est suffisant que le bureau d'imposition fasse état d'un faisceau de circonstances qui rend une telle distribution déguisée au profit de l'actionnaire du groupe probable dans la mesure où le contribuable lui-même n'a pas démontré l'absence d'avantage personnel.

La conclusion que l'on peut tirer, à notre sens, de ces affaires, est qu'il faut suivre le lien d'actionariat, pour déterminer si une distribution déguisée ou un apport déguisé existe, le cas échéant. Pour cette raison, nous pensons que la décision du Tribunal du 22 juillet 2015 est difficilement conciliable avec les autres affaires ici citées, et l'éventuel arrêt en appel dans cette affaire doit être attendu avec intérêt.

### 3. Prise de position de l'administration, abus de droit

Tribunal administratif, 16 décembre 2015, n° 35489<sup>10</sup>

Une décision intéressante a été rendue par le Tribunal administratif le 16 décembre dernier, à propos de la validité d'une décision fiscale anticipée (*ruling*). Dans cette affaire, une société avait été constituée au Luxembourg, et son fondateur lui avait apporté son savoir-faire concernant le financement à long terme pour des maisons de repos. Cet apport avait été considéré comme un apport de capital caché à hauteur de 80% des revenus nets de la société. De cette façon, la société pouvait déprécier annuellement l'apport caché, et réduire sa base

imposable de 80%, de manière à aboutir à un résultat fiscal se chiffrant à 20% de sa base imposable initiale, à partir de l'exercice 2012, au cours duquel l'apport a eu lieu. Cette façon de procéder avait été validée par le bureau d'imposition début 2013, et il semble que la société avait fourni une étude faite par sa fiduciaire confirmant la justification de l'apport caché annuel. Fin 2013, le bureau d'imposition informa la société qu'il entendait s'écarter de sa déclaration fiscale initiale et ne pas respecter les termes de l'accord préalable du 28 janvier 2013.

La société a porté l'affaire devant les juridictions fiscales. Elle a notamment estimé que l'existence de l'apport caché en *know how* et sa possibilité de le déprécier avaient été confirmées par un accord fiscal préalable, qui devait être respecté par l'administration. Accessoirement, elle a considéré que la législation fiscale, aussi bien que la jurisprudence et la doctrine, reconnaissent la possibilité de transférer à une société des biens économiques gratuitement ou à un prix bas, constitutifs d'un apport caché. Enfin, elle a précisé qu'elle avait fourni fin 2013, suite à la demande du bureau d'imposition, une étude effectuée par un tiers indépendant.

L'administration, de son côté, a considéré que la structure mise en place était constitutive d'un abus de droit en raison de son caractère artificiel.

Le Tribunal a donné raison au contribuable, dans la mesure où sa demande d'accord préalable remplissait les conditions fixées à l'époque par la doctrine luxembourgeoise, et confirmée par les juridictions administratives<sup>11</sup>. Comme le rappelle le Tribunal, « pour des raisons tenant au respect du principe de sécurité juridique, il faut que les autorités fiscales qui ont donné des assurances ou fait une promesse soient tenues d'honorer les attentes ainsi créées ».

Le Tribunal rappelle que le contribuable avait bien posé une question précise par écrit, permettant à l'administration fiscale d'analyser sa situation. Cette demande avait été adressée à, et la réponse correspondante émanait d'un fonctionnaire compétent pour ce faire. La réponse administrative avait été donnée sans réserve, hormis le fait que la confirmation ne couvrait pas d'autre structure et était limitée au seul cas d'espèce. Enfin, les renseignements ainsi donnés ont eu une influence déterminante sur le choix du contribuable de mettre en place la structure tel qu'il l'a fait effectivement. Partant, d'après le Tribunal, l'administration fiscale est tenue de respecter l'accord préalable accordé le 22 janvier 2013, faute d'éléments nouveaux ou de changements dans la description factuelle entre

<sup>10</sup> Appel en cours sous le n° 37448C.

<sup>11</sup> Voir Tribunal administratif, 14 février 2011, n° 26828 et Cour administrative, 27 juillet 2011, n° 28115C, décisions citées dans la Chronique de jurisprudence fiscale 2011, Bulletin Droit et Banque, n° 49.

la demande d'accord et la structure effectivement mise en place. Pour cette raison, l'administration ne peut pas non plus invoquer un abus de droit.

Même si le Tribunal n'a finalement pas analysé l'existence d'un abus de droit, il faut quand même relever que le contribuable avait justifié le choix de la structure par le fait qu'il voulait se lancer dans une activité de gestion de captives de réassurance, activité qui en Europe est seulement reconnue au Luxembourg et à Malte, et pour laquelle il avait obtenu le statut de professionnel du secteur des assurances. La société avait également souligné qu'elle disposait d'un site internet, d'un numéro de téléphone et de bureaux qu'elle avait loués.

L'intérêt de cette décision réside bien entendu dans la confirmation des *rulings* fiscaux donnés par le fisc, alors que le fisc essaie, notamment au vu de l'affaire LuxLeaks et des investigations de la Commission européenne sur les aides d'Etat, d'écarter ces accords préalables s'ils lui paraissent rétropectivement trop généreux ou pas assez documentés.

#### 4. Distribution déguisée, occupation gratuite d'un immeuble

Cour administrative, 5 août 2015, n° 35970C

Nous retrouvons ici une affaire à laquelle nous nous étions intéressés dans notre Chronique de jurisprudence 2011<sup>12</sup>.

Une société luxembourgeoise avait mis gratuitement à disposition de ses actionnaires une villa située dans le sud de la France. La villa était pendant une partie de l'année occupée par les actionnaires et restait vide le reste du temps. L'administration avait appliqué un loyer notionnel, et considéré qu'il y avait distribution déguisée à hauteur de ce loyer notionnel. En effet, le Luxembourg n'a pas le droit d'imposer les revenus de location pour un bien immeuble situé dans un autre Etat contractant, mais peut appliquer une retenue à la source au titre des distributions déguisées.

En première instance<sup>13</sup>, le Tribunal avait estimé qu'il n'était pas pertinent de savoir dans quelle proportion concrète l'associé utilisait en fait sa villa. L'intégralité des loyers fictifs devait être considérée comme étant une distribution déguisée. La Cour administrative écarte cette solution, conformément à son arrêt rendu en 2012. En se référant à sa précédente solution, elle considère, dans son arrêt du 5 août 2015, que les époux étaient en fait résidents allemands et ne pouvaient donc pas avoir séjourné l'intégralité de l'année en France, sous peine de devenir fiscalement résidents de cet Etat.

Même s'il n'y a pas, à l'instar de ce qu'a décidé le Tribunal en première instance, lieu de déterminer dans quelle proportion concrète le contribuable a effectivement séjourné dans sa villa, l'avantage ne doit pas non plus nécessairement correspondre à la disponibilité de la villa en cause pendant toute l'année, faute d'utilisation. Partant, la Cour a diminué le montant de la distribution déguisée au profit des associés de la société concernée<sup>14</sup>.

Cette solution nous semble contestable ; il n'appartient pas aux juges luxembourgeois d'arbitrer un conflit de résidence entre l'Allemagne et la France, de plus sur base de simples déductions, et il semble avéré que le bénéficiaire effectif se soit réservé la possibilité d'utiliser la villa pendant toute l'année, le droit d'usage ne se limitant pas à une occupation effective. La distribution déguisée aurait donc dû correspondre à la totalité du loyer notionnel.

#### 5. Intégration fiscale

Tribunal administratif, 24 juin 2015, n° 34530 et Cour administrative, 24 mars 2016, n° 36656C ; Tribunal administratif, 13 juillet 2015, n° 35016<sup>15</sup> et n° 35017<sup>16</sup>

L'article 164bis LIR permet à un groupe de sociétés de faire masse des résultats respectifs de la société mère et de ses filiales. De cette façon, les pertes d'une société du groupe intégré peuvent venir en déduction des résultats imposables d'une autre société du même groupe. Les conditions de l'intégration fiscale sont assez strictes, notamment afin d'éviter des transferts indus de pertes et des abus. Le principe de base est que seules des pertes subies au cours de la période d'intégration sont compensables à l'intérieur du périmètre intégré. Une société entrant dans une intégration fiscale et ayant subi des pertes avant la période d'intégration ne peut les compenser qu'avec ses propres résultats positifs, mais ne peut en faire profiter le groupe dans son ensemble.

C'est cette problématique que le Tribunal administratif a dû analyser dans son jugement du 24 juin 2015. Une société mère était intégrée fiscalement depuis l'année 2004 avec deux de ses filiales. En 2008, deux autres filiales ont été ajoutées au périmètre d'intégration. Il s'agissait de savoir si les résultats déficitaires du groupe intégré ayant existé entre 2004 et 2007 pouvaient se compenser avec les résultats positifs des deux nouvelles filiales, incluses dans le périmètre à partir de 2008.

Prenons le contre-pied de l'administration, le tribunal administratif constate que l'arrivée d'un nou-

12 Bulletin Droit et Banque n° 49, Tribunal administratif 16 mai 2011, n° 27003 et Cour d'appel, 19 janvier 2012, n° 28781C.

13 Tribunal administratif, 28 janvier 2015, n° 32191.

14 L'arrêt, tel que publié sur le site des juridictions administratives, ne permet pas de déterminer la proportion de la réduction.

15 Appel en cours sous le n° 36843C.

16 Appel en cours sous le n° 36841C.



veau membre dans le groupe intégré ne correspond pas à un nouveau périmètre d'intégration fiscale. Simplement, à l'égard de chaque membre de l'intégration, la durée minimale de détention de cinq ans doit être respectée. En l'espèce, ceci signifie que les sociétés ayant rejoint l'intégration en 2008 devront y rester jusque fin 2012, mais sans qu'il y ait création d'une seconde intégration fiscale en parallèle ou se superposant à celle ayant existé depuis 2004, comme le prétendait le fisc.

Pour cette raison, le Tribunal conclut que les pertes reportées réalisées au sein de l'intégration fiscale au cours des années 2004 à 2007 peuvent être reportées sur les résultats positifs des sociétés nouvellement entrées dans l'intégration fiscale. Le Tribunal relève qu'aucune disposition de l'article 164bis LIR, ni du règlement d'application du 1er juillet 1981 n'écarter une telle compensation. Cette solution est intéressante, notamment parce qu'elle ouvre des perspectives de compensation des pertes non reconnues jusqu'à présent<sup>17</sup>.

La Cour administrative a confirmé tant l'argumentaire que la conclusion du Tribunal dans un arrêt du 24 mars 2016.

La seconde affaire, qui a donné lieu à deux décisions du 13 juillet 2015, concerne les exigences formelles pour l'application de l'intégration fiscale. Notamment, le bénéfice de l'intégration fiscale est subordonné au dépôt d'une demande conjointe de la société mère et des filiales intégrées avant la fin du premier exercice pour lequel l'intégration fiscale doit s'appliquer. Dans ces deux affaires, les groupes concernés avaient discuté avec l'administration fiscale de leur situation fiscale d'ensemble et avaient déposé une demande d'accord fiscal (*ruling*). Dans cette demande, il avait été indiqué qu'une option pour l'intégration fiscale serait faite par courrier séparé. Or, il résulte de la description factuelle dans les deux jugements qu'une telle demande d'option pour l'intégration fiscale ne semble jamais avoir été déposée ou, en tous cas, qu'aucune trace ou preuve du dépôt d'une telle demande n'ait pu être retrouvée. C'est donc à juste titre que l'administration fiscale, suivie en cela par le Tribunal administratif, a écarté l'application de l'intégration fiscale. Si la loi fiscale pose des conditions de forme, ce formalisme ne doit donc pas être pris à la légère.

## 6. Revenus de propriété intellectuelle

Tribunal administratif, 3 juin 2015, n° 35745 ; confirmé en appel par Cour administrative, 25 fé-

vrier 2016, n° 36612C ; Tribunal administratif, 16 juin 2015, n° 33983

Ces deux décisions, si elles ne sont pas révolutionnaires, ont le mérite de confirmer la pratique suivie au Luxembourg en rapport avec la date de constitution ou d'acquisition d'un droit de propriété intellectuelle.

Dans le premier des deux jugements, un brevet avait été déposé en 2003, soit avant la date d'application de l'article 50bis, par une personne physique, salariée d'une société luxembourgeoise. Or, seuls les droits créés ou acquis après le 31 décembre 2007 peuvent bénéficier de l'exonération de 80% des redevances générées. D'après l'administration fiscale, l'employeur de celle-ci était dès l'origine propriétaire économique du brevet. En effet, même si le brevet avait été déposé au nom d'un salarié, celui-ci n'avait aucun droit sur le brevet et ne s'en est jamais servi lui-même. La société s'est comportée économiquement comme le propriétaire du brevet et, contractuellement, il était prévu que les inventions développées dans le cadre du contrat de travail revenaient à l'employeur. Le Tribunal, rejoignant l'administration fiscale, conclut que la société devait être considérée comme propriétaire exclusif des brevets, même si son salarié les avait déposés en son nom propre, alors qu'il les avait développés dans le cadre de son contrat de travail. Un contrat de transfert du brevet du 25 novembre 2009 ne permettait pas de conclure que la société avait de fait acquis le brevet après le 1er janvier 2008, pour pouvoir bénéficier de l'article 50bis LIR.

Une autre condition posée par l'article 50bis est l'absence de lien d'actionariat direct entre le cédant du droit de propriété intellectuelle et le cessionnaire, qui entend se prévaloir de cette disposition. Dans sa décision du 16 juin 2015, le Tribunal a confirmé que l'apport au capital d'une société permettait de se conformer à cette condition, à condition que l'apporteur n'ait pas été, au moment de l'apport, déjà actionnaire de la société concernée à hauteur de 10% du capital au moins. En d'autres termes, au moment de l'apport, les liens d'actionariat, susceptibles d'empêcher l'application de l'article 50bis, n'existaient pas encore. Ce n'est que l'apport qui a donné lieu à ce lien, de sorte que les conditions de l'article 50bis sont bien remplies.

## 7. Impôt minimum

Tribunal administratif, 13 mai 2015, n° 33688<sup>18</sup>

« Qui ne tente rien n'a rien » pourrait être la devise de la requérante dans cette affaire. La société concernée avait été mise en liquidation en 2009. La liquidation a duré plusieurs années, de sorte que la société s'est encore retrouvée soumise à l'impôt

17 Voir, par exemple, Georges Bock, Laurent Engel, L'intégration fiscale, Droit fiscal luxembourgeois, Livre jubilaire de l'IFA Luxembourg, Bruylant 2008, page 246.

18 Confirmé en appel par n° 36471C, 12 mai 2016.

minimum pour l'année 2013. Elle a tenté d'échapper à cette imposition, en invoquant différents arguments, qui ont tous été rejetés par le Tribunal.

En premier lieu, le Tribunal a considéré que le liquidateur ne pouvait ignorer au moment de sa nomination qu'une société en liquidation devait néanmoins payer ses impôts, sur base du principe de l'annualité de l'imposition des revenus, et qu'il devait donc faire face à ces éventuelles échéances. Il n'y a pas là violation du principe de non-rétroactivité de la loi fiscale, dans la mesure où le liquidateur nommé en 2009 doit avoir conscience de l'éventuelle modification des lois fiscales pendant la période que dure la liquidation et que ceci peut engendrer des impôts.

L'argument que les actionnaires dans une société à responsabilité limitée n'étaient tenus qu'à concurrence de leur mise en capital a également été rejeté. Comme le constate le Tribunal, le cas échéant, la liquidation volontaire de la société pourrait être transformée en liquidation judiciaire ou en faillite, mais il ne s'agit là que d'une conséquence normale de notre droit des sociétés, qui ne peut servir à échapper à une imposition régulièrement due.

Enfin, la société a invoqué la Constitution, en constatant une violation de l'égalité devant l'impôt, ancrée dans l'article 10bis de la Constitution (égalité devant la loi). La société considérait qu'elle ne pouvait pas être traitée de la même façon qu'une autre société, poursuivant une activité économique, alors qu'elle était en liquidation. L'imposition minimum étant, de son avis, uniquement à charge des sociétés actives. Le Tribunal a écarté ce raisonnement, comme n'étant pas suffisamment motivé et précis.

## 8. Constitutionnalité de la loi fiscale, plus-value immobilière

Tribunal administratif, 8 juillet 2015, n° 34386<sup>19</sup>

Un autre contribuable a également tenté sa chance en invoquant l'inconstitutionnalité d'une mesure fiscale, mais sans plus de succès que dans l'affaire précédente.

Le contribuable avait réalisé une plus-value lors de la vente d'un immeuble. La loi du 22 octobre 2008 portant promotion de l'habitat et création d'un pacte logement avec les communes prévoit une exception au droit commun en matière d'imposition des plus-values immobilières. Les plus-values réalisées sur des immeubles du patrimoine privé sont exonérées si l'acquéreur est l'Etat, une commune ou un syndicat de communes. D'après le contribuable, cette disposition n'est pas conforme à la Constitution luxembourgeoise, notamment

l'article 10bis garantissant l'égalité devant la loi, et par extension devant l'impôt.

Le Tribunal a cependant écarté ce moyen d'inconstitutionnalité, car l'inconstitutionnalité de cette exonération, si elle était avérée, devait avoir pour effet de refuser l'exonération fiscale des plus-values du patrimoine privé en cas de cession à l'Etat ou à une commune, mais non de permettre l'octroi de cette exonération sur tout type de cession immobilière. En d'autres termes, l'inconstitutionnalité éventuelle de cette exonération ne peut pas créer une extension du champ d'application de la disposition litigieuse. Tout au plus aurait-elle pour effet de laisser celle-ci inappliquée.

Cette solution nous semble tout à fait logique. Un contribuable ne peut invoquer l'illégalité ou l'inconstitutionnalité d'une disposition normative pour pouvoir s'en prévaloir lui-même. Ceci a par exemple également été confirmé récemment par la Cour de justice de l'Union européenne dans une affaire d'aide d'Etat. L'existence d'une éventuelle aide d'Etat dans une situation donnée ne permet pas à des contribuables non visés par cette situation de pouvoir bénéficier du même avantage. C'est l'application de l'avantage en tant que tel qui doit être écarté dans les situations qui sont constitutives d'une aide d'Etat<sup>20</sup>.

## 9. Plus-value sur résidence principale, abus de droit

Tribunal administratif, 14 janvier 2015, n° 33678

Dans un jugement du 8 juillet 2015, un particulier avait changé de résidence principale en 2010 et souhaitait vendre son ancienne résidence principale. L'article 102bis LIR prévoit que la plus-value sur la cession d'une résidence principale est exonérée d'impôt, et cette disposition assimile à une résidence principale l'habitation antérieurement occupée par le contribuable, lorsque la cession intervient au cours de l'année qui suit le transfert de résidence dans une nouvelle habitation. Pour pouvoir bénéficier de cette opération, le contribuable était donc obligé de vendre son ancienne résidence principale avant fin 2011. Or, en l'absence de cession à un tiers, le contribuable a finalement décidé d'apporter le 29 décembre 2011 son ancienne résidence principale à une société, dont il était le seul actionnaire.

L'administration fiscale y a vu un abus de droit et a imposé la plus-value de cession au titre de l'exercice 2011.

Comme l'explique le Tribunal, l'abus de droit visé par le paragraphe 6 de la loi d'adaptation fiscale requiert (i) l'utilisation de formes et d'institutions

19 Voir aussi Tribunal administratif, 4 janvier 2016, n° 35677.

20 CJUE, 6 octobre 2015, Aff. C-66/14, Finanzamt Linz contre Bundesfinanzgericht, Außenstelle Linz.

du droit privé, (ii) une économie d'impôt consistant en un contournement ou une réduction de la charge d'impôt, ainsi que (iii) l'usage d'une voie inadéquate et l'absence de motifs extra-fiscaux valables pour justifier la voie choisie.

La première condition est satisfaite en raison de la création d'une société et l'apport de l'immeuble à celle-ci.

Ensuite, se posait la question de l'économie d'impôt qui en découlait. Le contribuable a soutenu qu'aucune économie n'était réalisée au titre de l'exercice 2011. Certes, en apportant son ancienne résidence principale à une société, il pouvait bénéficier de l'exonération fiscale sur les plus-values sur une résidence principale, mais s'il n'avait pas transféré son immeuble, il n'aurait pas non plus payé d'impôts en 2011. Le Tribunal n'a pas suivi cette argumentation, en montrant que le contribuable a bien pu bénéficier de l'avantage fiscal de l'exonération des plus-values sur résidence principale et a ainsi pu diminuer l'imposition d'un éventuel bénéfice futur de cession se réalisant dans la société, puisque celle-ci aura pu évaluer l'immeuble à sa valeur d'apport, correspondant à la valeur réelle au 29 décembre 2011, non à la valeur d'acquisition précédente dans le chef du contribuable.

Quant à l'existence d'une voie inadéquate pour atteindre un résultat donné, le Tribunal relève que la société a été constituée le 29 décembre 2011, soit trois jours avant l'expiration du délai endéans lequel l'immeuble pouvait encore être considéré comme résidence principale du contribuable au sens de l'article 102bis LIR, que le contribuable était l'associé unique de la société, que la société n'avait aucun autre actif ni aucun autre investissement et que le contribuable n'a fourni aucune justification économique quant à sa façon de procéder. Partant, le Tribunal a donc pu constater l'abus de droit.

Néanmoins, le contribuable ne s'en sort pas si mal, dans la mesure où le Tribunal est d'avis que l'imposition ne pouvait être prélevée, contrairement à la position de l'administration, au titre de l'année 2011, mais uniquement au moment de la cession de l'immeuble par la société à un tiers. Cette cession sera alors assimilée à une cession par le contribuable même, avec une question non résolue, à savoir si une partie de la plus-value, réalisée après le 29 décembre 2011, doit être allouée à la société ou si toute la plus-value revient au contribuable personne physique, ou même, s'il peut y avoir double imposition partielle, comme conséquence non voulue de cette structuration abusive.

## 10. Modification de bilan

Tribunal administratif, 4 mars 2015, n° 34216 ; Cour administrative, 29 septembre 2015, n° 36093C

Cette affaire a trait à une problématique qui se pose souvent en pratique, la possibilité pour une société de modifier son bilan à des fins fiscales. En l'espèce, la société demanderesse était propriétaire d'un immeuble, qu'elle avait donné en location. Elle avait au départ envisagé un amortissement de l'immeuble sur 25 ans, de façon linéaire, mais s'est rendu compte, suite à une modification du loyer en 2011, que cette durée d'amortissement était trop courte et inadaptée pour l'immeuble. Elle a donc révisé en 2011 la durée d'amortissement pour la porter à 50 ans, de façon rétroactive au 1er janvier 2010, date de l'achèvement de l'immeuble. Simplement, la déclaration fiscale pour 2010 avait déjà été déposée, et le contribuable souhaitait donc la rectifier.

En se basant sur l'article 41 LIR, le Tribunal a confirmé qu'un contribuable peut modifier le bilan remis à l'administration fiscale soit s'il ne répond pas à des prescriptions de la loi fiscale, donc s'il contient une erreur, soit dans le cas où le bilan répond aux exigences de la loi, si le contribuable souhaite le remplacer par une évaluation également non critiquable au vu de la loi fiscale, à condition que cette modification repose sur des motifs économiques sérieux. Une modification d'un bilan qui a déjà servi à la base d'une imposition ne peut plus être faite, sauf si l'imposition elle-même peut encore être modifiée. Tel est le cas si le délai de réclamation de trois mois à partir de l'émission du bulletin d'imposition n'a pas encore expiré, ce qui correspondait à la situation de l'espèce.

Ensuite, le Tribunal part du constat que la modification de la durée de l'amortissement était due à une modification rétroactive du loyer, elle-même décidée en 2011 de façon rétroactive. Comme cette modification n'a été implémentée qu'en 2011, c'est-à-dire postérieurement à la date de clôture de l'exercice 2010 pour lequel le contribuable entendait modifier la durée d'amortissement, le principe de l'annualité de l'impôt ne permet pas de procéder à une telle modification rétroactive.

Cette solution est tout à fait justifiée. En effet, si un bilan peut être modifié, conformément au principe de l'article 41 LIR, cette modification ne peut pas se faire en violation des principes généraux de la comptabilité, notamment l'indépendance des exercices, qui empêchent de modifier rétroactivement des opérations ayant impacté un exercice donné alors que celui-ci est clôturé. La conséquence en est que la modification rétroactive du loyer décidée en 2011 ne peut pas non plus être répercutée sur l'exercice 2010. Il en résulte aussi que l'une des

conditions de l'article 41 LIR fait défaut, à savoir l'existence de motifs économiques sérieux pour procéder à une modification de bilan, l'élément sur lequel se fondait le contribuable était un abandon par lui d'une partie de son loyer. La Cour administrative a donc déclaré l'appel du contribuable non fondé.

## 11. Appel en garantie

Cour administrative, 21 mai 2015, n° 35679C ;  
Cour administrative, 21 mai 2015, n° 35698C ;  
Cour administrative, 19 mars 2015, n° 35586C ;  
Cour administrative, 24 novembre 2015, n° 36382C ;  
Cour administrative, 24 novembre 2015, n° 36539C

Le paragraphe 103 impose aux représentants des sociétés de remplir toutes les obligations fiscales de celles-ci. Les bulletins d'appel en garantie donnent lieu à de nombreuses décisions de la part des juridictions fiscales<sup>21</sup>. Les représentants d'une société sont personnellement responsables avec celle-ci, si en raison de leur violation fautive des obligations fiscales imposées à la société, cette dernière n'a pas acquitté les impositions qu'elle devait (§109 AO). Il semble que les juges de l'impôt aient en 2015 assoupli quelque peu leur position, traditionnellement très stricte à l'égard des représentants de sociétés et favorable à l'administration fiscale. L'administration fiscale a un double pouvoir d'appréciation, s'il s'agit de poursuivre un représentant d'une société en raison du caractère fautif de son comportement et contre qui elle se retourne. Elle n'a en effet pas besoin de poursuivre tous les éventuels codébiteurs, mais peut n'émettre un bulletin d'appel en garantie qu'à l'encontre de certains d'entre eux. Ci-dessous, le lecteur trouvera quelques exemples, choisis parmi une jurisprudence abondante.

Dans la première affaire, ayant donné lieu à l'arrêt du 19 mars 2015, n° 35586C, l'administration fiscale avait reconnu un tel agissement fautif, en raison du fait que la société avait utilisé le produit de la vente d'un immeuble pour rembourser une dette hypothécaire. Cependant, la Cour administrative écarte l'appel en garantie, en constatant que le produit de la vente d'un immeuble soumis à hypothèque devait forcément être affecté à la banque ayant accordé le prêt hypothécaire et qu'il ne pouvait pas être considéré que les administrateurs de la société auraient remboursé anticipativement la banque au titre d'une créance non exigible, et auraient de la sorte diminué l'actif de la société de manière à ne plus pouvoir honorer ses obligations fiscales.

21 Nous avons déjà examiné cette problématique dans la Chronique de jurisprudence fiscale 2011, Bulletin Droit et Banque n° 47.

Dans l'affaire portant le numéro 35698C du rôle, la Cour administrative a estimé qu'il ne suffisait pas d'un simple manquement pour engager la responsabilité du représentant d'une société. Elle a relevé que certes la personne appelée en garantie était administrateur délégué en charge de la gestion journalière de la société, mais qu'elle ne pouvait engager la société par sa seule signature.

La Cour reproche également dans cette affaire à l'administration fiscale de ne pas avoir suffisamment justifié son choix de poursuivre l'administrateur délégué et d'engager sa seule responsabilité personnelle en raison d'un comportement fautif dans son chef, plutôt que celle des autres administrateurs. D'après la Cour administrative, le directeur de l'administration fiscale a ainsi méconnu son obligation d'appréciation inhérente à son propre pouvoir concernant le choix de la mise en œuvre de la responsabilité personnelle d'un administrateur déterminé de la société, à l'exclusion de celle des autres administrateurs.

Dans une troisième affaire (21 mai 2015, n° 35679C), rendue en matière de retenue sur salaires, la Cour administrative a retenu que l'administrateur ne pouvait être responsable que pour la période où il disposait de la qualité d'administrateur délégué de la société, en l'absence d'une autre personne ayant exercé des fonctions analogues impliquant une responsabilité pour accomplir ou surveiller l'accomplissement des obligations fiscales de la société concernée. Pour cette affaire, le montant de retenue à la source soumis à l'appel en garantie résulte non d'une omission de prélever la retenue, mais d'une révision des retenues sur des remboursements de frais.

Un simple manquement aux obligations fiscales n'est pas suffisant pour engager la responsabilité personnelle des dirigeants, encore faut-il une inexécution fautive (*schuldhaftes Verletzung*) des obligations du représentant de la société envers l'administration fiscale.

Enfin, dans un arrêt du 24 novembre 2015, la Cour a retenu la possibilité de l'administration fiscale de s'adresser à l'un des deux cogérants, dans la mesure où les deux cogérants étaient sur un parfait pied d'égalité et avaient des pouvoirs de gestion et de contrôle conjoints. Le caractère fautif revenait donc à chacun des deux, même si aucun des deux ne pouvait engager la société sans la signature de l'autre. Cette affaire concernait la retenue à la source sur salaires. D'après l'article 136 (4) LIR, l'employeur est tenu de déclarer et de verser l'impôt dû sur les salaires de son personnel. Dans le cadre d'une société, cette responsabilité de l'employeur incombe à celui qui a le pouvoir de représenter la société à l'égard des tiers (§ 103 AO). Le caractère fautif se dégage du simple non-respect de l'obligation de prélèvement de la retenue à la

source sur salaires ; le fait que l'administration n'ait pas diligenté de poursuites auprès du débiteur principal (la société employeur) ne constitue pas une excuse valable<sup>22</sup>.

On peut lire dans ces décisions un infléchissement de la ligne jurisprudentielle sur les appels en

garantie. Plus que dans le passé, l'administration devra justifier pour quelle raison elle s'adresse à un des dirigeants plutôt qu'aux autres, et l'inexécution fautive des obligations fiscales de la société imputable à ce dirigeant devra probablement être démontrée avec plus de précision.

---

22 Voir Cour administrative, 24 novembre 2015, n° 36539C.

2016 © ASSOCIATION LUXEMBOURGEOISE DES JURISTES DE DROIT BANCAIRE A.S.B.L.

[WWW.ALJB.LU](http://WWW.ALJB.LU)

B.P. 13, L-2010 LUXEMBOURG

C.C.P.L. IBAN LU19 1111 0754 4576 0000