

# CHRONIQUE

## DROIT FISCAL



**CLAIRE ACARD**  
Associé  
Ernst & Young,  
cabinet  
d'avocats

### ■ L'EXONÉRATION DE TVA APPLICABLE AUX OPÉRATIONS D'ASSURANCE ET DE RÉASSURANCE

CJCE : conclusions de l'avocat général\* dans l'affaire C-242/08 « Swiss Re Germany Holding GmbH contre Finanzamt München für Körperschaften »

Le champ d'application de l'exonération de TVA applicable aux opérations d'assurance et de réassurance<sup>1</sup> a fait l'objet de nombreuses décisions communautaires et nationales. On se souvient en particulier que la doctrine administrative française<sup>2</sup>, en ce qu'elle limitait le bénéfice de l'exonération aux seules personnes autorisées par le droit national, a été infirmée par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE)<sup>3</sup>. En sens inverse, cette même doctrine, qui exonère encore jusqu'à aujourd'hui la gestion du portefeuille d'assurances d'une compagnie par une autre, est affaiblie par la jurisprudence de la CJCE qui restreint l'exonération aux seules relations juridiques existant entre un prestataire de services d'assurance et un assuré<sup>4</sup>.

Dans l'affaire *Swiss Re*, la juridiction suprême allemande en matière fiscale a demandé à la CJCE de préciser certains aspects du régime de TVA applicable aux opérations d'assurance et de réassurance dans le cas d'une cession de contrats de réassurance par un assureur à un autre.

#### Les faits

La société *Swiss Re Germany Holding GmbH* est une société établie en Allemagne. En 2002, elle a cédé, à une société établie en Suisse, 195 contrats de réassurance. Les co-contractants de la cédante étaient des compagnies d'assurances établies dans des États membres de l'Union autres que l'Allemagne ou en dehors de l'Union.

La cession est intervenue à titre onéreux, en contrepartie du paiement d'une somme d'argent par le cessionnaire au cédant. Il est à noter que cette somme a été calculée notamment par l'attribution d'une valeur négative à 18 des 195 contrats. Il s'agissait de contrats de réassurance « vie ». La cession des contrats de réassurance n'est devenue parfaite qu'avec l'accord des personnes (compagnies d'assurances de niveau 1) qui avaient conclu un contrat

de réassurance avec le cédant. Le cessionnaire s'est donc substitué au cédant dans les droits et obligations prévus par les contrats cédés.

La société *Swiss Re Germany Holding GmbH* n'ayant pas soumis la cession de contrats de réassurance à la TVA, les autorités fiscales allemandes ont redressé le cédant en considérant que les cessions étaient taxables à la TVA en Allemagne en tant que livraisons de biens situés dans ce pays. *Swiss Re* a attaqué cette décision devant les juridictions nationales.

#### Les questions soulevées

Les questions posées à la CJCE sont nombreuses et de différente nature. Elles peuvent être présentées dans l'ordre logique suivant<sup>5</sup>.

■ La première question est relative à la nature de la cession de contrat de réassurance : s'agit-il d'une livraison de biens ou d'une prestation de services ?

■ La question qui découle de la précédente est de savoir si l'opération en cause peut bénéficier de l'exonération de TVA applicable aux cessions de biens n'ayant pas fait l'objet d'un droit à déduction (article 13-B-c de la 6<sup>e</sup> directive TVA<sup>6</sup>).

■ Dans la mesure où la cession ne constituerait pas une livraison de biens, la question de la qualification du service rendu par le cédant doit être soulevée : s'agit-il d'une opération d'assurance ou de réassurance au sens des articles 9-2-e et 13-B-a de la 6<sup>e</sup> directive TVA<sup>7</sup> ?

■ Si tel n'est pas le cas, s'agit-il davantage d'une opération consistant, d'une part, en la prise en charge d'un engagement (exonérée sur le fondement de l'article 13-B-d-2<sup>8</sup>) et, d'autre part, en une opération sur créances (exonérée sur le fondement de l'article 13-B-d-3<sup>9</sup>) ?

■ En va-t-il différemment lorsque ce n'est pas le cession-

1. Article 135-1-a de la directive 2006/112/CE du 28 novembre 2006, qui a remplacé l'ancien article 13-B-a de la 6<sup>e</sup> directive TVA et transposé par l'article 261 C-2<sup>o</sup> du CGI.

2. N<sup>o</sup> 3 A-3181 n<sup>o</sup> 33 et 34 du 20 octobre 1999.

3. CJCE n<sup>o</sup> C-349/96 arrêt *Card Protection Plan* du 25 février 1999.

4. CJCE n<sup>o</sup> C-240/99 arrêt *Skandia* du 8 mars 2001.

5. Il ne s'agit pas de l'ordre dans lequel les questions ont été posées.

6. Article 136 de la directive TVA 2006/112/CE

7. Respectivement articles 56 et 135-1-a de la directive TVA 2006/112/CE

8. Article 135-1-c de la directive TVA 2006/112/CE.

9. Article 135-1-d de la directive TVA 2006/112/CE.

\* Présentées M.P. Menzoni le 13 mai 2009

naire mais le cédant (ancien assureur) qui doit s'acquitter du paiement de la contrepartie à raison des contrats cédés lorsque la valeur de ceux-ci est négative ?

L'avocat général a proposé à la Cour de répondre comme suit.

### Les propositions de l'avocat général

#### ● La cession d'un contrat de réassurance constitue une prestation de services et non une livraison de biens

En premier lieu, il convient de noter que le fondement technique sur la base duquel l'administration fiscale allemande a redressé la société Swiss Re apparaît pour le moins original, si ce n'est curieux.

De fait, à la lecture des conclusions de l'avocat général, selon l'administration fiscale allemande en effet, la cession des contrats constituait une livraison de biens. Pour parvenir à cette qualification, l'administration s'est fondée sur une déclaration annexée au procès-verbal de la séance du Conseil (qui a approuvé la directive) dans laquelle le Conseil et la Commission avaient confirmé que la cession d'une clientèle relative à une activité exonérée relevait de l'exonération de l'article 13-B-c, exonération applicable à des livraisons de biens. C'est donc en assimilant les cessions de contrat d'assurance à des cessions de clientèle, puis ces dernières à des cessions de biens (par le truchement de la déclaration annexée et en omettant de retenir le caractère exonéré mentionné dans ce même document), que l'administration allemande pensait justifier la qualification de ces cessions de contrats en tant que livraisons de biens et leur assujettissement corrélatif à la TVA.

Cet argument est écarté par l'avocat général qui estime que cette thèse ne peut en aucun cas prospérer et rappelle que certains États, ainsi que la Commission, ont conclu que cette question ne donnait lieu à « aucun doute interprétatif ».

En premier lieu, l'avocat général rappelle que les livraisons de biens portent nécessairement sur des biens corporels. A contrario, les autres opérations constituent des prestations de services (articles 14 et 24 de la directive TVA 2006/112/CE). En particulier, la cession d'un bien incorporel (représenté ou non par un titre) est considérée comme étant une prestation de services.

De plus, la position prise par le Conseil et la Commission au moment de l'approbation de la 6<sup>e</sup> directive TVA (qui assimile implicitement cession de clientèle et livraisons de biens) ne peut, en tant que travaux préparatoires, être prise en considération pour l'interprétation d'une norme communautaire.

En outre, la déclaration à laquelle fait référence l'administration fiscale allemande vise une véritable cession de clientèle, alors que dans le cas de cession de contrats de réassurance, la clientèle n'est pas cédée dans son ensemble. L'avocat général relève donc que la situation de l'espèce (vente des seuls contrats) n'est pas identique à une cession de clientèle, éventuellement accompagnée de cessions de contrats.

L'avocat général en conclut que la cession de contrats de réassurance ne constitue pas une livraison de biens

mais, au contraire, une prestation de services.

La cession d'un contrat de réassurance ne pourrait donc pas bénéficier de l'exonération de TVA applicable aux cessions de biens n'ayant pas fait l'objet d'un droit à déduction (sur le fondement de l'article 13-B-c de la 6<sup>e</sup> directive TVA<sup>10</sup>, la livraison d'un bien qui n'a pas fait l'objet d'un droit à déduction est exonérée de TVA).

Dès lors que la cession de contrats de réassurance s'analyse comme une prestation de services pour les raisons rappelées ci-dessus, elle ne peut bénéficier, selon l'avocat général, d'une exonération applicable à des cessions de biens.

#### ● La cession d'un contrat de réassurance ne serait pas une opération d'assurance ou de réassurance

Une fois la qualification de l'opération de cession de contrats de réassurance en tant que livraison de biens écartée, comment convient-il de qualifier cette prestation de services ? Cette opération peut-elle être exonérée de TVA en tant qu'opération d'assurance ou de réassurance ?

Selon la CJCE<sup>11</sup>, l'opération d'assurance est une notion de droit communautaire qui se caractérise par l'engagement de l'assureur, en échange du paiement d'une prime par l'assuré, de procurer à ce dernier une protection face au risque couvert.

L'avocat général considère que la cession d'un ensemble de contrats de réassurance ne répond pas à cette définition. Selon lui, l'opération en cause constitue « simplement l'échange entre, d'une part, un ensemble de contrats, considérés globalement comme une source de gains possibles et, d'autre part, un prix »<sup>12</sup>.

L'opération ayant la nature d'une opération de réassurance ne serait donc pas la cession de contrats de réassurance proprement dite mais celle qui s'instaure postérieurement à celle-ci, la relation juridique qui doit s'établir entre l'assureur et l'assuré pour que l'opération puisse être qualifiée d'opération d'assurance se rattachant à la phase postérieure à la cession, à savoir l'exécution du contrat cédé.

Se fondant sur la jurisprudence<sup>13</sup> concernant les locations d'immeuble exonérées de TVA (par analogie avec la cession d'un contrat de location par le locataire à un nouveau locataire), l'exonération de TVA ne pourrait s'appliquer, selon l'avocat général, au-delà de l'opération principale, qu'aux opérations secondaires qui constituent des aménagements « internes » des contrats d'origine, à l'exclusion des opérations situées en dehors du cadre contractuel initial. En d'autres termes, la cession de contrats de réassurance ne pourrait pas, selon l'avocat général, être qualifiée d'opération de réassurance, ni même accessoire à cette dernière.

En résumé, en tant qu'opération distincte et antérieure à l'opération de réassurance, la cession de contrats de réassurance ne peut pas, selon l'avocat général, consti-

10. Transposé en droit français par l'article 261-3-1<sup>o</sup> a du Code général des impôts.

11. CJCE n° C-349/96 arrêt *Card Protection Plan* du 25 février 1999, précitée.

12. Conclusions §39.

13. CJCE n° C-108/99 arrêt *Cantor* du 9 octobre 2001.

tuer une opération d'assurance et bénéficier de l'exonération de TVA qui y est attachée.

● **La cession d'un contrat de réassurance ne serait pas non plus exonérée en tant que, d'une part, la prise en charge d'un engagement et, d'autre part, une opération sur créances**

Un autre moyen d'exonérer de TVA l'opération de cession de contrats de réassurance serait de qualifier la cession des contrats de réassurance (moyennant le versement d'un prix) comme, d'une part, la prise en charge d'engagements relevant de l'article 13-B-D-2 de la 6<sup>e</sup> directive TVA et, d'autre part, une opération relative aux créances relevant de l'article 13-B-D-3 de la 6<sup>e</sup> directive TVA.

La question posée était donc de savoir si, à titre subsidiaire, l'opération de cession de contrats de réassurance pouvait être exonérée sur le fondement de ces deux exonérations distinctes, cumulativement appliquées.

Refusant de diviser de façon artificielle une opération unique afin d'appliquer à ses différents éléments des cas particuliers d'exonération, l'avocat général se cantonne à une lecture stricte des règles dérogatoires d'exemption et refuse d'exonérer la cession de contrat de réassurance sur le double fondement des articles 13-B-d-2 et 3.

En outre, considérant que l'article 13-B-d ne vise que des opérations financières et bancaires, une cession de contrats d'assurance ne pourrait, selon l'avocat général, entrer dans cette catégorie. Il en irait de même lorsque ce n'est pas le cessionnaire mais le cédant (ancien assureur) qui paie la contrepartie pour la cession.

On rappellera en effet que si globalement pour les 195 contrats de réassurance cédés, le cessionnaire verse une rémunération au cédant, 18 des contrats cédés avaient une valeur négative. L'avocat général concède que ce point mériterait une certaine attention et pourrait emporter des conséquences sur le régime applicable en matière de TVA.

Néanmoins, se retranchant une fois encore derrière l'impossibilité de diviser artificiellement une opération unique (la cession d'un ensemble de contrats de réassurance), l'avocat général considère que l'opération doit être considérée comme une seule et même opération (portant sur des contrats ayant une valeur soit positive pour la majorité d'entre eux, soit négative pour les autres). L'opération doit donc être analysée globalement et la valeur négative de certains des contrats demeure donc, selon lui, sans incidence.

### Des certitudes et des zones d'ombre

S'agissant de la qualification de la cession de contrat d'assurance en prestations de services, et donc de l'impossibilité pour cette opération de bénéficier de l'exonération des cessions de biens n'ayant pas ouvert droit à déduction, les propositions de l'avocat général nous paraissent fondées. De fait, la thèse allemande nous paraît bien peu défendable, en ce qu'elle assimile la cession de contrats à une livraison de biens, en se fondant sur des travaux préparatoires et en oubliant que cette assimilation conduirait, dans le cadre de l'article 13-B-c, à une exonération de TVA, pour conclure à la taxation.

En revanche, les questions suivantes (et les réponses

proposées) suscitent un certain nombre de remarques.

■ Notre première interrogation est relative à l'analogie faite avec les locations immobilières, s'agissant de l'exonération de la cession du contrat de réassurance. Cette analogie mériterait d'être approfondie, au regard des faits de l'espèce.

Dans l'arrêt *Cantor*<sup>14</sup>, la Cour a refusé d'exonérer de TVA le paiement effectué par un locataire à un nouveau locataire en cas de cession du contrat de bail. Dans l'arrêt *Lubbock Fine*<sup>15</sup>, la CJCE avait, au contraire, admis d'exonérer le paiement à un locataire (qui renonce à son bail) d'une indemnité versée par le propriétaire.

L'une comme l'autre de ces décisions est-elle pertinente et donc transposable à la cession d'un contrat par un réassureur à un autre ? L'avocat général procède ici à une série d'analogies dont la pertinence respective mérite d'être discutée :

– la première consiste à transposer des solutions rendues en matière de locations immobilières à des cessions de contrats de réassurance. L'objet des contrats et les règles d'exonération qui leur sont applicables permettent-ils de les traiter de manière identique ?

– Par ailleurs, est-il pertinent d'appliquer (ou de refuser d'appliquer) des solutions rendues à propos d'opérations liant soit des locataires successifs, soit un locataire avec son bailleur, mais pas deux bailleurs successifs. Autrement dit, les solutions concernant des opérations réalisées soit entre preneurs des services (locataires), soit entre un preneur et un prestataire de services (le locataire et le bailleur) sont-elles transposables au cas d'espèce liant deux réassureurs successifs, c'est-à-dire deux prestataires de services ?

Sur cette même question, peut-on véritablement considérer, comme on le lit dans les conclusions, que la cession de contrat ne constitue pas un aménagement des contrats d'origine et qu'elle se situe hors du cadre contractuel initial, alors même que le cessionnaire est substitué dans les droits et obligations prévus par les contrats cédés ?

Enfin, lorsqu'il est rappelé qu'il doit donc exister une relation juridique directe entre le prestataire de services d'assurance et un assuré pour que l'exonération prévue à l'article 13-B-a de la 6<sup>e</sup> directive TVA puisse s'appliquer, ne s'éloigne-t-on pas de la jurisprudence de la CJCE<sup>16</sup> ?

■ S'agissant d'un intermédiaire en assurance, la Cour avait jugé que l'exonération était applicable à l'intermédiaire qui n'entretient pas un rapport direct, mais seulement une relation indirecte avec les parties au contrat d'assurance ou de réassurance. Dans ces conditions, est-il logique de penser qu'une relation directe serait nécessaire en matière d'assurance et de réassurance alors même que la Cour a écarté cette exigence en matière d'intermédiation ?

■ S'agissant de l'application de l'exonération de TVA applicable à la prise en charge d'engagements (de l'article 13-B-d-2<sup>17</sup>) et à celle applicable aux opérations portant

14. Déjà cité.

15. CJCE n° C-63/93 arrêt *Lubbock Fine* du 15 décembre 1993.

16. CJCE n° C-124/07 arrêt *JCM Beheer BV* du 3 avril 2008.

17. Article 135-1-c de la directive TVA 2006/112/CE.

sur les créances (exonérées sur le fondement de l'article 13-B-d-3<sup>18</sup>), ne pourrait-on pas se demander si l'application de la seule exonération liée aux opérations sur créances ne serait suffisante, chaque co-contractant étant créancier de l'autre dans un contrat synallagmatique ?

■ En outre, afin d'écarter les exonérations posées par l'article 13-B-d, l'avocat général considère que ce dernier ne vise que des opérations financières et bancaires et en conclut qu'une cession de contrats d'assurance ne peut entrer dans cette catégorie. N'y a-t-il pas là de contradiction, l'avocat général ayant lui-même refusé auparavant de qualifier la cession de contrats de réassurance comme une opération d'assurance (définie comme l'échange entre une prime et la prise en charge d'un engagement) ? Par ailleurs, en écartant l'exemption propre aux opérations reliées aux créances au motif que les exonérations prévues concerneraient seulement des opérations financières et bancaires, l'avocat général ne limite-t-il pas exagérément la portée de l'exonération ? Cette analyse restrictive ne conduirait-elle pas à refuser d'exonérer les opérations relatives à des créances commerciales, dès lors qu'elles ne sont pas bancaires ni financières ? Cette définition stricte des opérations sur créances ne serait-elle pas en contradiction avec la jurisprudence de la CJCE<sup>19</sup>, qui a jugé, d'une manière générale s'agissant des opérations financières, que l'exonération s'appliquait quelle que soit la qualité des personnes qui les fournissent ou les utilisent, et que seule la nature objective de l'opération en cause prévaut<sup>20</sup>, de sorte que toutes les opérations sur créances (et à l'exception du recouvrement) seraient exonérées<sup>21</sup> ?

■ L'avocat général rappelle enfin à plusieurs reprises l'impossibilité de découper artificiellement une prestation. Cette impossibilité a été affirmée par la CJCE dans de nombreux arrêts, en particulier dans l'arrêt *Card Protection Plan* précité. Mais la Cour a posé, avant toute chose et comme premier principe, que « chaque prestation de services doit normalement être considérée comme distincte et indépendante ». Elle a souligné qu'il importait de « rechercher les éléments caractéristiques de l'opération en cause pour déterminer si l'assujetti livre au consommateur, envisagé comme un consommateur moyen, plusieurs prestations principales distinctes ou une prestation unique », en prenant en compte l'ensemble des circonstances dans lesquelles l'opération se déroule. Ne conviendrait-il pas d'analyser néanmoins plus en détail les opérations de cession de contrats de réassurance ? De la même manière, s'agissant des contrats cédés avec une valeur négative, devrait-on nécessairement considérer qu'ils sont de même nature et que l'ensemble constitue un service unique ?

■ Enfin, n'aurait-on pas pu s'interroger sur la possibilité de bénéficier de l'absence de taxation à la TVA en cas de

cession d'une universalité totale ou partielle<sup>22</sup> ? La cour a en effet jugé que la notion de « transmission, à titre onéreux ou à titre gratuit ou sous forme d'apport à une société, d'une universalité totale ou partielle de biens » doit être interprétée en ce sens qu'elle couvre le transfert d'un fonds de commerce ou d'une partie autonome d'une entreprise, comprenant des éléments corporels et, le cas échéant, incorporels qui, ensemble, constituent une entreprise ou une partie d'une entreprise susceptible de poursuivre une activité économique autonome. La cession de contrats accompagnés d'un ou plusieurs autres éléments corporels ou incorporels aurait, le cas échéant, pu entrer dans le champ de l'absence de taxation prévue par l'article 19<sup>23</sup>. Néanmoins, au cas particulier, compte tenu de la cession des seuls contrats de réassurance (sans transmission d'autres éléments corporels ou incorporels), ainsi que de la condition requise en matière d'autonomie, l'absence de taxation sur le fondement de l'article 19 apparaît discutable.

## Conclusion

Les conclusions de l'avocat général dans l'arrêt *Swiss Re* conduiraient, si elles étaient suivies par la Cour, à l'assujettissement à la TVA des cessions de contrat de réassurance. Les conséquences de cette taxation seraient extrêmement importantes, pour ne pas dire pénalisantes, pour les sociétés d'assurances et de réassurance, car tout assujettissement à la TVA au niveau de la société d'assurances cédante impliquerait une non récupération totale ou partielle de la TVA d'amont au niveau de la société d'assurance cessionnaire.

Toutefois, ces conclusions suscitent de nombreuses interrogations tant au regard des principes posés par la directive TVA que par la jurisprudence communautaire.

Deux moyens militent, selon nous, à l'encontre de la thèse défendue par l'avocat général. Le premier est fondé sur l'exonération propre aux cessions de créances. Comme nous l'avons exposé ci-dessus, chaque co-contractant étant créancier de l'autre dans un contrat synallagmatique, la cession d'un contrat emporte cession de créances.

Par ailleurs, s'agissant du second moyen étayant la non-imposition à la TVA de la cession de contrats de réassurance, l'assimilation de l'opération de cession à une opération de réassurance mériterait, à tout le moins, d'être approfondie, la cession du contrat étant une condition préalable indispensable à l'exécution du contrat de réassurance par le cessionnaire. ■

18. Article 135-1-d de la directive TVA 2006/112/CE.

19. Arrêt CJCE n° C-2/95 *Sparekassernes Data Centre* du 5 juin 1997.

20. Arrêt *Cantor* déjà cité.

21. En ce sens, l'arrêt de la CJCE n° C-305/01 *MKG* en date du 26 juin 2003 concernait le régime applicable aux opérations de recouvrement de créances liées à des livraisons d'automobiles.

22. Article 19 de la directive TVA 2006/112/CE, précisé par l'arrêt *Zita Modes* de la CJCE n° C-497/01 du 27 novembre 2003, et transposé par l'article 257 bis du CGI.

23. Le champ de cet article, transposé par l'article 257 bis du Code général des impôts n'est pas interprété de manière restrictive par la doctrine et la pratique administrative française.