



CLAIRE ACARD
Associé



FRÉDÉRIC GHIDALIA
Directeur de mission senior

Ernst & Young, Société d'avocats

Commentaire de l'instruction 3 L-1-06 du 17 janvier 2006 relative au régime de TVA applicable aux instruments financiers à terme portant sur les taux d'intérêt, les actions et les indices boursiers conclus par les établissements de crédit

La parution de l'instruction 3 L-2-04 du 9 août 2004 relative au régime de TVA applicable aux contrats de *swaps* de taux et de devises avait été favorablement accueillie dans la mesure où à l'époque, à l'exception de quelques textes épars, il n'existait en France aucun corpus d'ensemble relatif au régime TVA des produits dérivés utilisés par les entreprises et les établissements de crédit.

Cette instruction avait eu un double mérite. En premier lieu, elle s'était expressément prononcée sur le caractère exonéré des contrats d'échange de taux au regard de la TVA. En second lieu, elle avait précisé les modalités de prise en compte des contrats de *swaps* pour la détermination du prorata de déduction des établissements de crédit.

Or, moins de deux ans après sa publication, cette instruction vient d'être remplacée par l'instruction 3 L-1-06 du 17 janvier 2006 qui vise, d'une part, à généraliser l'application des solutions antérieures retenues pour les contrats de *swaps* de taux et de devises aux autres instruments financiers, et, d'autre part, à préciser, les modalités d'application des deux méthodes alternatives, qui avait été introduites par la précédente instruction, pour procéder à la prise en compte des résultats générés par les produits dérivés dans le calcul du prorata de déduction de la TVA des établissements de crédit. En effet, la nouvelle instruction qui vise trois grandes catégories d'instruments financiers à terme, prévoit que l'un de ces deux méthodes alternatives devra être appliquée distinctement aux résultats générés par chacune de ces catégories d'instruments financiers.

Le rappel des principales confirmations et nouveautés apportées par cette nouvelle instruction (I), permettra d'en apprécier la portée et les limites (II).

I. Rappel des principales confirmations et nouveautés apportées par l'instruction 3 L-2-04 du 17 janvier 2006

À titre préliminaire, il convient de noter que l'instruction vise à étendre les solutions antérieurement retenues pour les contrats de *swaps* de taux et de devises aux autres catégories d'instruments financiers à terme, à savoir les contrats à terme ferme et les contrats optionnels. En revanche, l'instruction continue d'exclure de son champ d'application les contrats de *swaps* de change, ainsi d'ailleurs que les produits dérivés sur matières premières.

Ensuite, l'administration confirme l'exonération de TVA applicable aux différents instruments financiers à terme visés par l'instruction. En effet, bien qu'ils ne soient pas expressément visés par les dispositions de l'article 261 C du CGI, les instruments financiers à termes négociés de gré à gré ou sur un marché organisé ont depuis longtemps été traités comme des opérations financières exonérées de TVA, sans possibilité d'option.

À cet égard, constatant que les instruments financiers sont achetés, vendus ou conclus soit dans un but spéculatif, soit à titre de couverture contre un risque lié à une évolution défavorable du prix ou du rendement de l'instrument financier couvert, l'administration en conclut que ces instruments financiers sont des opérations de nature financière. Elle en déduit que les produits encaissés (flux d'intérêts, primes, soultes ou autres formes de rémunération) pendant l'exécution ou au dénouement du contrat sont exonérés de TVA sans possibilité d'option. De

même, selon l'administration, sont exonérés les profits éventuellement réalisés en cas de livraison de l'actif sous-jacent lors du dénouement du contrat.

Après ces rappels sur le régime d'exonération de TVA applicable aux instruments financiers à terme, l'administration introduit une nouveauté en précisant que les établissements de crédit et les entreprises d'investissement devront classer leurs produits dérivés en trois catégories distinctes afin d'appliquer l'une des méthodes de prise en compte des résultats générés par ces instruments dans le calcul de leur prorata de déduction.

La classification des instruments financiers préconisée par l'administration repose exclusivement sur une analyse et une qualification juridiques de ces instruments et prévoit les trois catégories suivantes.

- Une première catégorie devra regrouper l'ensemble des contrats d'échanges portant notamment sur les taux d'intérêt, les devises et les indices boursiers synchrones ou asynchrones.
- La seconde catégorie devra comprendre l'ensemble des instruments financiers à terme négociés de gré à gré ou sur des marchés organisés (notamment, accords de taux futurs, contrats de taux plancher ou de taux plafond, contrats à terme sur indices boursiers).
- La troisième catégorie devra regrouper l'ensemble des instruments financiers optionnels négociés de gré à gré ou sur des marchés organisés (notamment, les contrats d'option de taux d'intérêt ou d'échange de taux d'intérêt (swaptions), les contrats d'option sur actions ou sur des indices boursiers et les bons d'options (*warrants*)).

Ensuite, l'administration précise les modalités de prise en compte des résultats générés par ces différentes catégories d'instruments financiers dans le calcul du prorata de déduction.

À cet égard, l'administration confirme les deux méthodes alternatives issues de la précédente instruction de 2004. A savoir pour rappel :

i) Première méthode : flux financiers nets par contrats

Cette méthode consiste à prendre en compte la somme des flux financiers nets positifs dégagés sur chaque contrat d'instrument financier à terme au cours de l'année civile. Selon l'instruction, le chiffre d'affaires annuel à inscrire au dénominateur correspond à la somme des flux financiers nets reçus, à savoir la différence positive entre les flux financiers reçus et les flux financiers versés. Les flux financiers nets négatifs ne sont pas retenus.

ii) Seconde méthode : flux financiers nets

Cette seconde méthode consiste à prendre en compte le résultat net positif dégagé sur l'ensemble des contrats d'instruments financiers. L'administration précise que le chiffre d'affaires annuel afférent à l'ensemble des contrats à inscrire au dénominateur du prorata de déduction est constitué par la somme, pour chacune des catégories, des résultats nets positifs dégagés au titre des contrats conclus avec des contreparties établies au sein et hors de l'Union européenne. Elle ajoute que chacun de ces résultats nets positifs est égal à la somme algébrique des flux financiers versés et reçus sur l'année. Enfin, il est indiqué que lorsque cette somme dégage un résultat négatif, à un titre ou à un autre, dans une catégorie,

celui-ci n'est pas pris en compte et ne peut compenser un résultat positif dégagé par ailleurs, ni être reporté sur le résultat positif dégagé le cas échéant l'année suivante.

Il ressort de ces dispositions réglementaires que l'administration impose aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement d'utiliser l'une ou l'autre des deux méthodes de manière indépendante au sein de chacune de catégories d'instruments financiers définies ci-dessus. En outre, en ce qui concerne la seconde méthode, l'instruction ne permet ni de compenser un flux net négatif d'une catégorie avec un flux net positif d'une autre catégorie ni de reporter ce résultat négatif sur l'année suivante.

Les établissements de crédit et les entreprises d'investissement doivent donc désormais calculer trois résultats distincts en raison de leurs contrats d'instruments financiers à terme afin de déterminer leur prorata de déduction de la TVA.

Cette nouvelle instruction devra être appliquée pour la première fois par les établissements de crédit et les entreprises d'investissement pour la détermination en 2007 de leur prorata définitif de l'année 2006.

II. Portée et principale critique de l'instruction 3 L-2-04 du 17 janvier 2006

En premier lieu, compte tenu des termes de l'instruction, les assujettis qui effectuent de manière significative des opérations sur produits dérivés de gré à gré avec des contreparties situées en dehors de l'Union européenne, préféreront en principe opter pour la première méthode dite "des nets par contrat". Inversement, les assujettis réalisant principalement leurs opérations avec des contreparties situées dans l'Union européenne opteront sans doute pour la seconde méthode dite "des flux financiers nets" afin de minimiser le dénominateur de leur prorata de déduction.

En second lieu, la principale critique, qui peut être formulée à l'encontre de cette nouvelle instruction, réside dans le critère retenu par l'administration pour définir la méthode de classification des instruments financiers en trois catégories distinctes.

En effet, la méthode de classification retenue par l'administration repose sur la nature et la qualification juridiques des instruments financiers. Or, si elle peut sembler paraître cohérente au plan juridique, cette méthode conduit à regrouper au sein d'une même catégorie des instruments financiers portant sur des actifs sous-jacents de nature totalement différente (taux d'intérêt, indices boursiers, devises, actions). Une classification fondée sur la nature des actifs sous-jacents aurait eu le mérite d'être plus cohérente et homogène au plan économique...

De même, le traitement TVA des instruments financiers à terme préconisé par l'administration ne permet pas nécessairement, lorsque ces instruments sont utilisés à titre de couverture, d'opérer une compensation entre le flux dégagé sur l'actif sous-jacent couvert et le flux en sens contraire généré par l'instrument financier.

Enfin, à titre d'interrogation, il est également possible de se demander si l'assimilation de l'ensemble des instruments financiers à terme, sans aucune distinction, à

des opérations financières exonérées sur le fondement de l'article 261 C du CGI ne pourrait pas être critiquée, au moins pour certaines catégories d'instruments. En particulier, lorsque le résultat positif dégagé par un instrument financier à terme ne résulte que de la seule détention d'une position et non du versement d'une prime, d'une commission ou encore d'un ajustement de taux ou de cours, ne serait-il pas possible de considérer que ce gain doit être considéré comme étant hors du champ d'applica-

tion de la TVA, en l'absence d'un lien direct et immédiat avec une prestation de service identifiée et individualisée. Cette position a notamment été retenue en Italie (Risoluzione ministeriale Min. Fin. Dip. Ent. Dir. Centr. Affari giuridici e contenzioso tributario 16-07-1998, n. 77/E/1998/46725) et au Royaume-Uni (Décision du Tribunal du Londres en date du 13 juin 2005 affaire Willis Pension Trustees Ltd v. Her Majesty's Revenue and Customs). ■

Commentaire de l'instruction 3 A-1-06 du 10 janvier 2006 relative au régime de TVA applicable aux produits financiers perçus par les entreprises

Antérieurement à la publication de l'arrêt EDM du 29 avril 2004 rendu par la CJCE, l'administration fiscale française considérait, sans opérer de distinction particulière, que les produits financiers, autres que les dividendes, entraient dans le champ d'application de la TVA, tout en étant exonérés sur le fondement de l'article 261 C du CGI.

De manière à limiter l'impact négatif de cette règle d'exonération sur les droits à déduction des entreprises, le pouvoir réglementaire avait adopté une règle autorisant les redevables partiels de la TVA à exclure du calcul de leur prorata général les recettes financières exonérées de TVA, sous réserve que ces dernières se rattachent à des opérations financières accessoires et que leur montant n'excède pas 5% de leur chiffre d'affaires total (toutes taxes comprises). Cette règle, codifiée sous l'article 212 de l'annexe II au CGI, avait été présentée comme correspondant à la transposition de l'article 19-2 de la sixième directive TVA, ce qui a donné naissance à une longue controverse en droit français.

Pendant une dizaine d'années, l'administration a défendu l'application des principes et des règles rappelés ci-dessus, en refusant, sauf exceptions¹, de réagir aux évolutions de la jurisprudence communautaire et nationale.

Ce "statu quo administratif" a été bouleversé le 29 avril 2004 par la publication de l'arrêt EDM précité. En effet, saisie d'une question relative aux modalités de détermination du prorata de déduction d'un holding de droit portugais opérant à titre principal dans le secteur minier, mais encaissant des produits financiers d'un montant significatif, la Cour de justice des Communautés européennes a profité de l'opportunité offerte par cette affaire pour affiner et compléter sa jurisprudence antérieure.

En premier lieu, la Cour a précisé les principes dégagés par sa jurisprudence pour opérer une distinction entre les opérations financières dans le champ d'application de la TVA et les opérations qualifiées de "hors champ".

En second lieu, interrogée sur les modalités d'application de l'article 19-2 de la sixième directive TVA, la CJCE a condamné l'utilisation d'un critère quantitatif, en particulier fondé sur le chiffre d'affaires, pour déterminer

le caractère accessoire ou non des opérations financières (et immobilières) exonérées de TVA. La Cour a ainsi indirectement tranché la controverse française sur la conformité du seuil quantitatif de 5% retenu par l'article 212 précité avec le droit communautaire.

Compte tenu des apports de la jurisprudence EDM et de la condamnation indirecte des dispositions de l'article 212 de l'annexe II, l'administration fiscale a été contrainte de mettre fin au statu quo antérieur en adoptant un nouveau dispositif réglementaire relatif au régime TVA applicable aux opérations financières.

Ainsi, après l'adoption d'un décret du 26 décembre 2005² visant à amender les dispositions de l'article 212 de l'annexe II au Code général des impôts (CGI), l'administration fiscale a publié, en date du 10 janvier 2006, une nouvelle instruction visant à prendre en compte les évolutions de la jurisprudence communautaire et à préciser le "nouveau" régime de TVA applicable aux opérations financières.

En premier lieu, cette instruction reprend et commente les modalités de répartition des différentes opérations financières entre opérations placées "dans le champ" et celles considérées "hors champ" d'application de la TVA (§1).

En second lieu, l'instruction commente les nouvelles modalités de prise en compte des produits financiers exonérés n'ouvrant pas droit à déduction pour la détermination du prorata général de TVA des redevables partiels (§2).

I. Distinction entre les opérations financières "hors champ" et celles placées dans le champ d'application de la TVA

La publication de l'instruction 3 A-1-06 du 10 janvier 2006 a été motivée par la volonté de l'administration fiscale de tirer les conséquences des évolutions de la jurisprudence communautaire afin de fixer des modalités

1. Instruction 3 D-4-01 du 15 octobre 2001 relative au régime TVA des frais d'acquisition, qui a pris acte de la jurisprudence CJCE fondée sur la théorie des frais généraux.

2. Décret n° 2005-1648 du 26 décembre 2005, publié au Journal Officiel du 28 décembre 2005.

de distinction entre les opérations financières “hors champ” et celles placées “dans le champ” d’application de la TVA qui soient conformes aux solutions issues de cette jurisprudence (A). Néanmoins, ces modalités de distinction des opérations financières connaissent certaines limites à même de susciter des critiques (B)

A. Des modalités de distinction entre les opérations financières “hors champ” et celles placées “dans le champ” conformes à la jurisprudence communautaire

Par référence à la jurisprudence communautaire des quinze dernières années, l’instruction confirme la distinction qui doit être opérée entre les opérations financières génératrices de produits financiers placés hors du champ d’application de la TVA et celles génératrices de revenus financiers entrant dans le champ d’application de la TVA, mais exonérés sur le fondement de l’article 261 C du CGI.

• Opérations financières “hors champ”

Reprenant les solutions issues de la jurisprudence communautaire, l’administration confirme que les dividendes ainsi que les produits des placements dans des fonds d’investissement n’entrent pas, par nature, dans le champ d’application de la TVA, dans la mesure où ils ne peuvent pas être qualifiés de rémunération de prestations de services consistant à mettre un capital au profit d’un tiers afin d’en retirer une contrepartie.

Ensuite, l’administration précise la nature des opérations qui peuvent, par contexte, être traitées comme étant hors du champ d’application de la TVA, à savoir celles qui ne résultent pas d’opérations constitutives d’une activité économique conférant à leur auteur la qualité d’assujetti (au motif que ces opérations n’ont pas pour objet l’exploitation d’un bien visant à produire des recettes ayant un caractère de permanence). Il s’agit des opérations consistant en la simple acquisition ou la simple vente de titres négociables réalisées par les entreprises se limitant à gérer un portefeuille d’investissements à l’instar d’un investisseur privé. Les titres négociables ainsi visés par l’instruction comprendraient notamment les actions, participations dans des fonds d’investissement (SICAV, FCP...), les obligations, les bons du Trésor et les autres titres de créances négociables (certificats de dépôt, billets de trésorerie...).

À cet égard, l’instruction précise que le volume des opérations sur actions et autres titres négociables ou le recours à des prestations de conseils ne sont pas en tant que tels des critères permettant d’opérer une distinction entre les opérations “hors champ” et celles relevant d’une activité économique et donc placées dans le champ d’application de la TVA.

• Opérations financières “dans le champ”

Afin de définir les opérations financières placées dans le champ d’application de la TVA, l’instruction indique qu’il s’agit des opérations réalisées par les entreprises en qualité d’assujetti qui consistent à mettre à dis-

position ses propres ressources financières au profit d’un tiers afin d’en retirer une contrepartie.

Cette définition est inspirée des arrêts EDM et Floridienne³, dans lesquels la CJCE avait considéré que l’utilisation par une société de son patrimoine en vue d’accomplir des prestations de services de mise à disposition de fonds et d’octroi de prêt constituait une opération s’inscrivant dans le cadre d’un objectif d’entreprise ou d’un but commercial, caractérisé notamment par une volonté de rentabilisation des capitaux investis.

L’administration indique que ce critère sera notamment rempli lorsque les opérations financières réalisées par une entreprise pourront être analysées comme étant le prolongement direct, permanent et nécessaire de son activité principale taxable⁴.

En se fondant sur cette définition, l’instruction stipule que seront considérées comme étant placées dans le champ d’application de la TVA, les opérations consistant en l’octroi de prêts à des filiales ou encore les placements dans des dépôts bancaires ou des titres tels que les bons du trésor, les certificats de dépôt ou les obligations.

Enfin, l’administration a pris le soin de préciser que les opérations d’acquisition ou de cessions de titres de participation ou d’autres titres négociables seront réputées être placées dans le champ d’application de la TVA lorsqu’elles seront réalisées, non pas pour assurer la gestion d’un portefeuille à l’instar d’un investisseur privé, mais dans le cadre d’une véritable activité commerciale de transactions de titres constitutive d’une véritable activité économique au sens de la réglementation TVA.

Les modalités de distinction entre les opérations financières “hors champ” et celles placées “dans le champ” retenues par l’administration fiscale apparaissent globalement conformes à la jurisprudence communautaire. Elles ne sont néanmoins pas exemptes de certaines critiques sur certains points particuliers.

B. Limites des modalités de distinction entre les opérations financières “hors champ” et celles placées “dans le champ” retenues par l’administration fiscale

Deux critiques principales nous semblent pouvoir être formulées.

– L’une tient à l’approche retenue par l’administration pour distinguer les opérations financières “hors champ” de celles entrant “dans le champ” d’application de la TVA.

– L’autre tient au rappel de la position de l’administration relative à la déduction de la TVA grevant les frais liés à la cession de titres.

En premier lieu, il est possible de regretter que l’administration se soit limitée à reprendre les principes généraux issus des articles 2 et 4 de la 6^e directive et à procéder à une simple transposition linéaire des solutions issues de la jurisprudence communautaire des dix dernières années pour fixer les modalités permettant de distinguer les opérations financières “hors champ” de celles entrant “dans le champ” d’application de la TVA.

3. CJCE, Floridienne SA et Berginvest SA, Aff. 142/99, 14 novembre 2000.

4. CJCE, Régie Dauphinoise, aff.306/94, 11 juillet 1996.

Cette approche conduit en particulier l'administration à considérer que les plus-values générés par la cession de certains titres négociables initialement acquis pour réaliser un simple placement doivent être réputés comme étant hors du champ d'application de la TVA, alors que les produits récurrents issus de placements dans les mêmes titres sont réputés comme étant dans le champ d'application de la TVA, lorsque ces placements auront été réalisés par une entreprise agissant en qualité d'assujetti.

Ainsi, à titre d'exemple, l'administration indique que les produits de placement dans des titres obligataires sont réputés comme étant placés dans le champ d'application de la TVA lorsqu'ils sont réalisés par une entreprise en qualité d'assujetti. Or, bien qu'elle puisse sembler parfaitement logique au regard des principes rappelés ci-dessus, cette solution pourrait être critiquée sur le fondement de l'arrêt *Harnas & Helm*⁵ rendu par la CJCE en 1997.

En effet, à cette époque, la Cour avait considéré que la perception d'intérêts issue de la détention d'obligation n'était pas constitutive d'une opération dans le champ de la TVA, dans la mesure où ce placement ne dépassait pas le cadre de la simple gestion de patrimoine. La Cour avait souligné que la détention d'obligations ne pouvait pas faire l'objet d'une analyse ou d'un traitement différent de ceux applicables à la détention titres de participations sur le fondement des arrêts *Polysar* et *Satam*⁶. Or, cette solution ne semble pas avoir été remise en cause par la jurisprudence récente de la CJCE et en particulier l'arrêt EDM.

La seconde critique susceptible d'être formulée à l'encontre de l'instruction du 10 janvier 2006 réside dans le rappel de la position de l'administration au sujet de la non-récupération de la taxe grevant les frais liés à la cession de titres.

En effet, l'administration profite de cette instruction sur le régime de TVA applicable aux produits financiers pour rappeler, en se fondant sur la jurisprudence *BLP Group plc*⁷, que la TVA grevant les dépenses liées à des cessions de titres ne serait pas déductible.

Ce rappel apparaît être quelque peu "hors sujet" au regard des problématiques traitées par l'instruction. En outre, il n'est par certain que cette position de l'administration soit conforme à l'évolution récente de la jurisprudence communautaire, alors même qu'il est expressément indiqué en son introduction que cette instruction a été publiée dans le but de traduire cette évolution en droit français.

En effet, il convient de rappeler que l'interdiction de déduire la taxe grevant les frais liés à la cession de titres posée par l'administration fiscale devrait pouvoir être contestée sur le fondement de la jurisprudence communautaire relative à la théorie des frais généraux⁸. C'est précisément en procédant à une application de cette jurisprudence que des jugements récents des tribunaux administratifs de Paris et de Lille⁹ viennent de condamner la non-récupération de la TVA grevant les frais liés aux cessions de titres défendue par l'administration fiscale.

II. Les nouvelles modalités de prise en compte des produits financiers exonérés n'ouvrant pas droit à déduction pour la détermination du prorata général de TVA des redevables partiels

L'instruction 3 A-1-06 du 10 janvier 2006 apporte surtout des précisions sur les nouvelles modalités de prise en compte des produits financiers dans le calcul du prorata de TVA issues de la modification de l'article 212 de l'annexe II au CGI motivée par la mise en conformité du droit français avec la jurisprudence EDM précitée. Ces modalités sont synthétisées et illustrées par un exemple ci-après (A). Cependant, elles comportent des limites tenant à leurs modalités d'application pratique et leur portée (B).

A. Les nouvelles modalités de prise en compte des produits financiers exonérés lors du calcul du prorata général de déduction de la TVA des redevables partiels

En premier lieu, l'administration rappelle que les produits financiers placés hors du champ d'application de la TVA doivent être exclus du calcul du prorata. La déduction de la taxe d'impôt liée à leur perception doit être neutralisée en application de la règle de l'affectation prévue par l'article 207 bis de l'annexe II au CGI.

Ensuite, elle rappelle le principe selon lequel les produits financiers, "dans le champ" mais exonérés de TVA sur le fondement de l'article 261 C du CGI doivent en principe être pris en compte dans le calcul du prorata général de déduction de la TVA, à moins de pouvoir être qualifiés de produits accessoires tant au plan qualitatif que quantitatif.

Au regard du critère qualitatif, l'instruction confirme que les opérations financières peuvent être qualifiées d'accessoires si elles présentent un lien avec l'activité principale de l'entreprise tout en restant dissociables de cette activité. À cet égard, l'administration accepte, pour la première fois, de reconnaître la portée limitée de la jurisprudence CJCE "Régie Dauphinoise", en indiquant que le critère du prolongement direct, permanent et nécessaire n'a vocation à s'appliquer qu'aux seuls syndicats réalisant des produits financiers.

Au regard du critère quantitatif, l'instruction précise les modalités d'application des nouvelles dispositions de l'article 212 de l'annexe II au CGI. Cet article prévoit que le caractère accessoire des produits financiers doit désormais être apprécié en fonction d'un critère fondé sur une utilisation limitée des moyens de l'entreprise, fixée au

5. CJCE, 6 février 1997, aff. C-80/95, *Harnas & Helm CV*
6. CJCE, 20 juin 1991, *Polysar Investments BV*, CJCE, 22 juin 1993, *Sofitam ex-Satam*
7. CJCE, 6 avril 1995, Aff. 4/94, *BLP Group plc*
8. CJCE, arrêts du 8 juin 2000, *Midland Bank*, aff. C-98/98, du

22 février 2001, *Abbey National*, aff. C-408/98 et du 27 septembre 2001, *Cibo participations*, aff. C-16/00.
9. TA de Paris, 13 avril 2005, n° 9808770, *Sofemi*, TA de Paris, 8 juillet 2005, n° 9817939, *Parke Davis SCA*, TA de Lille, 3 novembre 2005, n°0304607, *SA Chloride Batteries Industrielles*.

maximum à un dixième des biens et services grevés de TVA acquis par cette dernière, et non plus par référence à un seuil de chiffre d'affaires.

Ce nouveau seuil de 10 % des dépenses grevées de TVA, qui remplace l'ancien seuil de 5 % du chiffre d'affaires rendu incompatible avec le droit communautaire par l'arrêt EDM, doit être apprécié par les entreprises selon les modalités suivantes.

Elles devront déterminer, pour chaque bien meuble ou immeuble et chaque service grevé de TVA, leur proportion d'utilisation dédiée à la réalisation d'opérations financières (et immobilières). Ensuite, pour chacun de ces biens et services, cette proportion d'utilisation sera rapportée à sa valeur d'acquisition afin de déterminer une valeur d'utilisation affectée aux opérations financières (et immobilières) qualitativement accessoires.

Le rapport entre la somme des valeurs d'utilisation des biens et services grevés de TVA ainsi déterminées et la somme des valeurs d'acquisition de ces biens et services permettra d'apprécier le respect ou le franchissement du nouveau seuil quantitatif de 10 % conditionnant la faculté d'exclure du calcul du prorata de TVA les produits financiers et immobiliers qualitativement accessoires.

Ainsi, à titre d'exemple, prenons le cas d'une société qui engage les dépenses grevées de TVA suivantes afin de réaliser son activité commerciale taxable et, à titre accessoire, des placements générateurs de produits financiers exonérés de TVA:

- location des bureaux : loyer annuel de 30 000 euros HT/an
- acquisition d'ordinateurs : annuité d'amortissement de 4 000 euros HT
- commissions bancaires : montant de 2 500 euros HT
- frais de conseils : montant de 10 000 euros HT

La surface utilisée pour les besoins des opérations financières accessoires représente 5 % de la surface totale des bureaux. La durée d'utilisation de l'ordinateur pour les besoins des opérations financières représente 10 % de la totalité du temps d'utilisation de cet ordinateur. Les commissions bancaires ont été engagées pour les seuls besoins des opérations financières accessoires. Les frais de conseils ont été engagés uniquement pour les besoins de l'activité commerciale taxable.

Le seuil de 10% défini par l'instruction sera égal au rapport déterminé comme suit :

Valeurs d'utilisation : bureaux : $30\,000 \times 5\%$ +
ordinateurs : $4\,000 \times 10\%$ + commissions bancaires :
 $2\,500 \times 100\%$ + frais de conseils : $10\,000 \times 0\%$

Valeurs d'acquisition : bureaux : 30 000 + ordinateurs :
4 000 + commissions bancaires : 2 500 + frais de conseils :
10 000

Le rapport est égal à 4 400 / 46 500, soit 9 %

Par conséquent, les produits générés par les opérations financières réalisées par l'entreprise pourront être exclus du dénominateur de son prorata dans la mesure où leur perception ne nécessite qu'une utilisation limitée (respect du critère de 10 %) de ses biens et services grevés de TVA.

À titre de simplification pratique, l'instruction prévoit néanmoins que la condition liée à la très faible utilisation

de biens et de services grevés de TVA sera réputée satisfaite lorsque les produits financiers et immobiliers qualitativement accessoires n'excéderont pas 5 % du montant du chiffre d'affaires total TTC de l'entreprise. Cette "reprise" de l'ancien seuil de 5 % évite, lorsqu'il est respecté, le calcul individualisé des valeurs d'utilisation et donc du seuil de 10 %.

L'instruction précise également que les redevables ne réalisant que des opérations ouvrant droit à déduction et des opérations financières et immobilières accessoires ne sont pas tenus d'appliquer la règle du prorata de TVA. Cette solution peut être utilement rapprochée de l'instruction 3 D-1-06 du 27 janvier 2006 relative aux subventions.

Enfin, l'instruction contient une mesure de tolérance permettant de "sectoriser" les produits financiers qualitativement accessoires lorsque le seuil de 10 % mentionné ci-dessus est franchi. Cette solution correspond à une transposition de la tolérance prévue par l'ancienne doctrine lorsque le seuil de 5% était franchi.

B. Limites relatives aux modalités d'application et à la portée des nouvelles modalités de prise en compte des produits financiers exonérés lors du calcul du prorata général de déduction de la TVA des redevables partiels

À titre préliminaire, il convient de noter que les nouvelles modalités de prise en compte des produits financiers exonérés dans le calcul du prorata général de déduction de la TVA des redevables partiels, et en particulier le nouveau seuil de 10% des dépenses grevées de TVA devraient s'avérer être favorables pour la plupart des entreprises.

En outre, elles présentent l'avantage d'être plus en phase avec la réalité économique dans la mesure où les opérations financières si elles permettent de générer des produits d'un volume significatif requiert généralement des investissements relativement limités.

Cependant, les nouvelles règles issues du nouvel article 212 de l'annexe II au CGI telles que commentées par l'administration ne sont pas exemptes de tout reproche, notamment au regard de leurs conditions de mise en œuvre pratique.

En particulier, l'administration ne donne pas d'indication particulière sur la nature des clés susceptibles d'être utilisées pour déterminer la valeur d'utilisation des dépenses mixtes grevées de TVA pour les besoins des opérations financières accessoires.

En outre, l'administration ne précise pas si les entreprises peuvent utiliser une clé commune à plusieurs catégories de dépenses.

Enfin, l'instruction ne comporte aucune indication sur la nature et l'étendue de la documentation que devront le cas échéant fournir les entreprises pour justifier le respect du seuil de 10% des dépenses grevées de TVA permettant d'exclure les produits financiers accessoires du calcul du prorata général de déduction.

En tout état de cause, ce seuil quantitatif de 10% pourrait, en cas de besoin, être contesté sur le fondement de la jurisprudence communautaire EDM précitée, dans la

mesure où la CJCE a précisé que les produits financiers pouvaient être qualifiés d'accessoires s'ils résultaient d'opérations n'impliquant qu'une utilisation très limitée de biens ou de services grevés de TVA, sans jamais quantifier ce critère. Une controverse sur la conformité de ce nouveau seuil de 10% des dépenses grevées de TVA pourrait donc apparaître, rappelant ainsi celle qui a présidé à l'application de l'ancien seuil de 5% du chiffre d'affaires TTC...

En second lieu, il convient de noter que les nouvelles règles édictées par l'administration fiscale semblent avoir une portée limitée à la TVA.

En effet, l'instruction ne contient aucune disposition sur les incidences des opérations financières en matière de taxe sur les salaires. En conséquence, il est possible de se demander si la doctrine actuelle applicable en matière de taxe sur les salaires, aux termes de laquelle les entreprises peuvent exclure du rapport d'assujettissement à la taxe sur les salaires les opérations financières et immobilières accessoires en fonction du seuil de 5% basé sur le chiffre d'affaires TTC, conserve toute sa portée ou si au contraire, elle doit être écartée au profit d'une transposition *mutatis mutandis* des nouvelles règles édictées matière de TVA, et en particulier du nouveau seuil de 10% des dépenses grevées de TVA.

Conclusion

Les dispositions de l'instruction 3 A-1-06 du 10 janvier 2006 relative au régime TVA des opérations financières sont applicables aux contentieux et aux litiges en cours ainsi qu'aux réclamations régulièrement déposées au titre d'impositions non encore devenues définitives.

Toutefois, l'administration semble avoir voulu limiter les possibilités d'actions en réclamation aux années 2004 et 2005 pour les entreprises qui n'auraient pas été en mesure, au cours d'années antérieures, d'exclure leurs produits financiers et immobiliers qualitativement accessoires du calcul de leur prorata en raison du franchissement du seuil de 5 % du chiffre d'affaires, indirectement condamné par l'arrêt EDM.

Cette position nous semble critiquable, dans la mesure où elle écarte la possibilité de se prévaloir du délai de 4 ans prévu par l'article L.190 du LPF. L'application de cet article devrait permettre aux entreprises de déposer, en se fondant sur la date de publication de l'arrêt EDM, des réclamations portant sur les années 2000 et suivantes. Les dispositions de la Loi de Finances pour 2006, qui ramènent de 4 à 3 ans le délai de réclamation prévu par l'article L 190 précité ne sont, en effet, applicables que pour les décisions jurisprudentielles rendues à compter du 1^{er} janvier 2006. ■