



CLAIRE ACARD

Associé

Ernst & Young, Société d'avocats



DELPHINE BOUCHET

Avocat

Ernst & Young, Société d'avocats

TVA : Actualités et perspectives

L'actualité TVA a été particulièrement riche : refonte des droits à déduction par le décret n° 2007-566 du 16 avril 2007, évolution de la notion de gestion de crédit, possibilité de constituer des groupements transfrontaliers bénéficiant de l'exonération de TVA prévue à l'article 261 B du CGI ou encore clarification par la CJCE des modalités de récupération de la TVA indûment facturée à des assujettis étrangers. Les perspectives d'évolution sont également nombreuses, notamment au regard de la réglementation communautaire, avec la transposition attendue de la directive 2006/69/CE du 24 juillet 2006 ou encore le projet de réforme de la législation communautaire relative à l'exonération de TVA des services financiers et d'assurance. Au plan national, l'éventuelle mise en place d'une TVA dite "sociale" constitue l'un des enjeux majeurs des prochains mois.

Évolutions réglementaires et jurisprudentielles récentes

Refonte des droits à déduction

Le décret n° 2007-566 du 16 avril 2007 est venu modifier l'annexe II au CGI relative aux modalités de déduction de la TVA. Les nouveaux articles 205 à 210 de l'annexe II au CGI remplacent, à droit quasi-constant, les anciens articles 205 à 242 de l'annexe II au CGI.

Au plan des principes, le nouveau dispositif réglementaire issu de ce décret prend notamment acte de certaines décisions de jurisprudence, en reconnaissant la possibilité d'appliquer la règle de l'affectation aux immobilisations ou encore d'exclure du calcul du prorata les subventions non imposables. En outre, l'autorisation administrative qui était nécessaire pour déterminer de manière forfaitaire les droits à déduction relatifs aux biens non immobilisés et les ser-

vices est remplacée par une simple option. En matière de régularisation de la TVA antérieurement déduite, les nouvelles dispositions harmonisent les seuils de régularisation applicables aux assujettis et aux redevables partiels, le nouveau seuil étant fixé à un dixième.

En pratique, la détermination des droits à déduction de la TVA s'articulera désormais autour de trois coefficients (coefficient d'assujettissement, de taxation et d'admission) dont le produit constituera le coefficient de déduction applicable à chaque bien ou chaque service :

- le coefficient d'assujettissement représentera ainsi la proportion d'utilisation du bien ou du service pour des opérations dites "imposables" correspondant en pratique aux opérations dans le champ (ancienne clé de répartition) ;
- le coefficient de taxation correspondra quant à lui à la proportion d'utilisation du bien ou du service pour des opérations ouvrant droit à déduction (ancien prorata général de déduction de la TVA) ;
- enfin, le coefficient d'admission traduira les exclusions du droit à déduction posées par la réglementation en vigueur (hébergement, transport de personnes, libéralités, etc.).

Ces nouvelles dispositions sont certes applicables à partir du 1^{er} janvier 2008. Cependant, les établissements devront sans doute d'ores et déjà anticiper les impacts induits par ce nouveau dispositif afin de préparer l'adaptation de leurs systèmes d'information comptables.

Définition de la notion d'opérations de négociation de crédit par la jurisprudence communautaire

La CJCE est venue affiner la notion d'opérations de négociation de crédit par son arrêt *Volker Ludwig* du 21 juin 2007¹. Dans cette affaire, la société DVAG agissait en qualité d'agent d'établissements de crédit au nom des-

1. CJCE, 21 juin 2007, aff. 453/05, 1^{er} ch., *Volker Ludwig*.

quels il proposait à des personnes privées différents produits financiers, par le biais de son sous-agent qui œuvrait quant à lui en qualité de conseiller patrimonial. En cas de conclusion du contrat entre l'établissement de crédit et les clients finaux, la société DVAG percevait une commission de résultat et versait à son sous-agent une commission dont le montant était déterminé contractuellement.

Rappelant les principes issus de l'arrêt CPP², la CJCE souligne que les prestations fournies par la société DVAG et son sous-agent sont rémunérées par les établissements financiers uniquement en cas de conclusion d'un contrat de crédit entre ces derniers et les clients démarchés par le conseiller patrimonial. En conséquence, la CJCE qualifie la prestation de négociation de prestation principale, la prestation de conseil n'étant qu'accessoire à cette opération.

En outre, conformément à la jurisprudence passée, la CJCE confirme que la notion de négociation vise une activité fournie par une personne intermédiaire qui n'occupe pas la place d'une partie à un contrat portant sur un produit financier et dont l'activité est différente des prestations contractuelles typiques fournies par des parties à un tel contrat. Cette activité, qui peut notamment consister à indiquer à une partie au contrat les occasions de conclure un tel contrat, à négocier avec l'autre partie, à négocier au nom et pour le compte du client les détails des prestations et dont la finalité est de permettre aux deux parties de conclure un contrat^{3,4}, est rémunérée en tant qu'activité distincte d'entremise. En revanche, conformément à l'arrêt *CSC Financial Services*⁵, cette prestation ne peut consister en la sous-traitance d'une ou plusieurs prestations matérielles liées au contrat.

La CJCE précise enfin que la qualification d'une prestation de négociation ne dépend pas nécessairement de l'existence d'un lien contractuel entre le prestataire du service de négociation et une des parties au contrat de crédit. En outre, cette qualification n'est pas conditionnée par le fait que le fournisseur d'une prestation de négociation entre directement en contact avec l'une des parties au contrat. Enfin, la subdivision du service de négociation en deux prestations, l'une fournie par l'agent principal aux établissements prêteurs et l'autre fournie par le sous-agent aux clients emprunteurs, ne s'oppose pas à la reconnaissance d'une telle prestation de négociation.

Il résulte de cette décision de la CJCE que les services fournis par un sous-traitant, qui remplissent les fonctions spécifiques et essentielles du service de négociation telles que définies par la jurisprudence communautaire, peuvent bénéficier de l'exonération de TVA prévue à l'article 13 B sous d, point 1 de la sixième directive⁶, alors même que cet assujéti n'est lié contractuellement à aucune des parties au contrat et qu'il n'entre pas directement en contact avec l'une de ces parties. La portée pratique de cette jurisprudence devrait permettre de confirmer l'exonération des prestations d'intermédiation rendues par des sous-traitants, lorsque leur activité n'est pas limitée à la réalisation des opérations matérielles relatives aux contrats de prêt.

Possibilité de constituer des groupements transfrontaliers bénéficiant de l'exonération de TVA prévue à l'article 261 B du CGI

Après avoir étendu le bénéfice de l'exonération de TVA aux groupements dont les membres ont constitué un secteur d'activité distinct regroupant les opérations exonérées⁷, l'administration fiscale française vient valider la constitution de groupements transfrontaliers.

En effet, par son rescrit du 20 mars 2007⁸, l'administration souligne que ni la législation en vigueur, ni la doctrine administrative ne restreignent l'application des dispositions de l'article 261 B du CGI selon la nationalité d'un groupement ou de ses membres. En conséquence, les prestations rendues par un tel groupement et réalisées en France en application des règles de territorialité peuvent bénéficier de l'exonération de TVA dès lors que le groupement et ses membres remplissent les conditions prévues pour l'application de ce régime et sont en mesure d'en justifier.

Malheureusement, ce rescrit ne précise pas les conditions pratiques qui devront être respectées afin de pouvoir bénéficier d'une telle exonération. Ainsi, l'on peut s'interroger sur le point de savoir si les sociétés étrangères membres d'un groupement français devront remplir les conditions posées par leurs réglementations nationales ou uniquement les conditions prévues par la législation française.

À titre illustratif, afin de déterminer le respect par les membres du seuil de 20 %⁹, devra-t-on analyser le caractère taxable ou exonéré des produits perçus au seul regard de la législation française ou bien devra-t-on également valider l'assujettissement ou l'exonération de TVA de ces recettes au regard de la législation applicable dans le pays du groupement et / ou de chacun des membres.

De même, il ressort de la doctrine administrative française¹⁰ que les groupements peuvent rendre des services à des non-membres, ces services ne bénéficiant pas de l'exonération de TVA prévue à l'article 261 B du CGI. En outre, pour la fourniture d'un service déterminé, dès lors que les recettes perçues auprès de tiers atteignent ou excèdent 50 % du montant total des recettes perçues au titre de ces services, cette doctrine administrative dispose que l'ensemble des recettes tirées de la réalisation de ces services doit être soumis à la TVA.

Or, par une question préjudicielle posée à la CJCE sous l'affaire *Axa Belgium SA*¹¹, et relative à la notion de groupement autonome tel que défini à l'article 13 A 1, sous f de la sixième directive¹², la cour d'appel de Bruxelles a demandé si l'exonération de TVA est applicable uniquement dans l'hypothèse où les groupements autonomes de personnes fournissent exclusivement des services à leurs membres. Affaire à suivre donc...

2. CJCE, 25 février 1999, aff. 349/96, *Card Protection Plan*.

3. CJCE, 13 décembre 2001, aff. 235/00, *CSC Financial Services*.

4. Rescrit n° 2006/9 du 7 février 2006.

5. CJCE, 13 décembre 2001, aff. 235/00, *CSC Financial Services*.

6. Article 135 de la directive 2006/112/CE du 28 novembre 2006.

7. Rescrit n° 2006/43, du 12 septembre 2006.

8. Rescrit n° 2007/11 du 20 mars 2007.

9. Afin de bénéficier de l'exonération de TVA prévue à l'article 261 B du

CGI, le montant total des recettes soumises à la TVA perçues par chacun des membres d'un groupement ne doit pas excéder 20 % du montant total des recettes perçues par ce membre.

10. Doctrine administrative 3 A 315 du 20 octobre 1999.

11. Demande de décision préjudicielle présentée par la cour d'appel de Bruxelles le 29 mars 2007, aff. 168/07, *Axa Belgium SA*.

12. Article 132 1. f de la directive 2006/112/CE du 28 novembre 2006.

Modalités de récupération de la TVA facturée à tort à des assujettis étrangers

Dans la lignée de l'arrêt *Monte Dei Paschi Di Siena*¹³, la CJCE est venue clarifier par son arrêt du 15 mars 2007¹⁴, les modalités de remboursement de la TVA aux assujettis étrangers suivant la procédure de la huitième directive. Dans l'affaire en cause, la TVA faisant l'objet de la demande de remboursement avait été facturée à tort à un assujetti étranger. En effet, contrairement aux dispositions de l'article 56 1. b) de la directive 2006/112/CE du 28 novembre 2006, une société italienne avait assujetti à tort à la TVA italienne les prestations de publicité fournies à un assujetti allemand.

La CJCE vient tout d'abord rappeler que le système commun de la TVA ne prévoit pas expressément le cas où la TVA a été facturée par erreur. En revanche, il résulte de la jurisprudence de la CJCE que l'exercice du droit à déduction de la TVA est limité à la TVA effectivement due, c'est-à-dire à la TVA appliquée à une prestation en conformité avec la réglementation communautaire. Ainsi, dès 1989, la CJCE s'opposait, par son arrêt *Genius Holding BV*, à l'exercice d'un droit à déduction de la TVA indûment facturée et versée à l'administration fiscale¹⁵.

La CJCE souligne que ce principe, issu de l'arrêt *Genius Holding BV*, s'applique également aux demandes de remboursement d'un crédit de TVA suivant la procédure de la huitième directive. En conséquence, la TVA facturée à tort à un assujetti étranger ne peut faire l'objet d'une demande de remboursement suivant cette procédure.

En outre, l'arrêt *Genius Holding BV* avait précisé qu'il appartenait aux États membres de prévoir dans leurs ordres juridiques internes la possibilité de correction de toute taxe indûment facturée dès lors que l'émetteur de la facture démontre sa bonne foi. L'arrêt *Reemtsma* confirme qu'en l'absence de réglementation communautaire en matière de régularisation, par l'émetteur de la facture, de la TVA indûment facturée, cette possibilité de correction doit être prévue par la législation nationale.

Le mécanisme permettant au client étranger d'exercer une action en répétition de l'indu, auprès de son fournisseur, ce dernier pouvant obtenir le remboursement de la TVA correspondante auprès des autorités fiscales, est considéré comme respectueux des principes de neutralité et d'effectivité par la CJCE. En revanche, dans l'hypothèse où le remboursement de la TVA serait impossible ou excessivement difficile, en raison notamment de l'insolvabilité du preneur, les États membres doivent prévoir les instruments nécessaires pour permettre au preneur de récupérer la TVA indûment facturée.

La doctrine administrative française¹⁶ prévoyant l'impossibilité d'émettre des factures rectificatives à l'attention de clients étrangers et imposant le recours à la procédure de remboursement prévue par les huitième et treizième directives au titre de la TVA facturée à tort à une société étrangère semble remise en cause par cet arrêt. En tout état de cause, les établissements de crédit étrangers ayant acquitté de la TVA française indûment facturée devront soit obtenir une facture rectificative de leur fournisseur français, soit engager une action en répétition de l'indu à son

encontre, soit se fonder sur cette doctrine administrative afin de tenter d'obtenir le remboursement de cette TVA française en déposant une demande de remboursement suivant la procédure de la huitième ou de la treizième directive.

Par ailleurs, les établissements français qui auraient acquitté à tort de la TVA dans un autre État membre de l'Union européenne, pourront soit demander à leur fournisseur étranger l'émission de factures rectificatives, soit engager une action en répétition de l'indu à leur encontre, soit utiliser tout mécanisme spécifique mis en œuvre par la législation nationale afin d'obtenir le remboursement de cette TVA.

Perspectives communautaires et nationales pour les établissements financiers et d'assurance

Directive 2006/69/CE du 24 juillet 2006 : nouveaux mécanismes de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale

La directive 2006/69/CE du 24 juillet 2006 a prévu certains mécanismes spécifiques permettant notamment de réévaluer certaines opérations réalisées entre parties liées dans des circonstances clairement définies et d'imposer une régularisation de la TVA antérieurement déduite sur les prestations de services.

En premier lieu, le nouvel article 72 de la directive 2006/112/CE du 28 novembre 2006 prévoit la possibilité de soumettre à la TVA la valeur "normale" d'une opération dès lors que des liens particuliers sont entretenus avec le bénéficiaire ayant un statut d'assujetti ou de redevable partiel. La notion de valeur normale est définie comme le montant total qu'un preneur devrait payer à un fournisseur ou un prestataire indépendant dans des conditions de pleine concurrence. Cependant, à défaut de transaction comparable, la valeur normale ne peut être inférieure au prix d'achat ou de revient des biens ou des prestations de services. Cette disposition devrait être transposée avant le 1^{er} janvier 2008 dans la législation française. En pratique, les établissements bancaires pourraient être amenés à devoir procéder, en résonance avec leur politique de prix de transfert, à une revue approfondie de leurs modalités de détermination des prix pratiqués avec des entreprises liées afin de déterminer les incidences éventuelles d'une telle modification des règles de détermination de la base imposable.

En second lieu, l'article 190 de la directive 2006/112/CE du 28 novembre 2006 dispose que les États Membres peuvent prévoir une obligation de régularisation de la TVA antérieurement déduite sur les services qui présentent des caractéristiques similaires à celles des biens d'investissement. Dans l'hypothèse où une telle disposition serait transposée dans la législation française, il conviendrait également que les prestations de services puissent donner lieu à la reconnaissance d'un crédit de départ afin de garantir la neu-

13. CJCE, 13 juillet 2000, aff. 136/99, 5^e ch., *Sté Monte Dei Paschi Di Siena*.

14. CJCE, 15 mars 2007, aff. 35/05, 2^e ch., *Reemtsma Cigarettenfabriken GmbH*.

15. CJCE, 13 décembre 1989, aff. 342/87, 5^e ch., *Genius Holding BV*.

16. Doctrine administrative 3 E-2226 du 2 novembre 1996.

tralité de la TVA. En pratique, les établissements de crédit ayant révoqué l'option pour l'assujettissement à la TVA de leurs opérations devraient procéder à une nouvelle détermination des coûts induits par cette révocation de l'option dans l'hypothèse où certains services utilisés pour la réalisation de ces opérations donneraient lieu à une régularisation de la TVA antérieurement déduite.

Consultation de la Commission européenne relative à la réforme de la législation communautaire en matière de TVA et de services financiers et d'assurance : les premiers résultats

Après la publication du rapport résumant les résultats de cette consultation, la Commission européenne a publié le 31 mai 2007 les documents de travail relatifs au projet de législation pour l'exonération de TVA des services financiers et d'assurance¹⁷. Le rapport initial a notamment tiré les enseignements de la consultation publique et a permis à la Commission d'identifier les priorités de la réforme de la législation applicable aux opérations financières et d'assurance exonérées de TVA. Ces priorités sont les suivantes : création de groupements ou de structures transfrontalières en lien avec la généralisation de l'option pour l'assujettissement à la TVA des services financiers et d'assurance et modernisation des définitions des services financiers et d'assurance exonérés de TVA. Ces priorités ont fait l'objet des documents de travail publiés le 31 mai 2007. En revanche, l'application d'un taux zéro aux opérations financières et d'assurance, consistant en pratique à exonérer de TVA ces opérations tout en reconnaissant un droit à déduction de la TVA ayant grevé les dépenses engagées pour les réaliser a été écartée par la Commission. L'application uniforme d'un droit à déduction pour l'ensemble des opérateurs a également été abandonnée par la Commission. Le premier document de travail décrit notamment les modalités d'option pour l'assujettissement à la TVA des opérations bancaires, financières et d'assurance réalisées entre assujettis établis dans différents États membres. En outre, ce document prévoit la possibilité de constituer un groupement autonome de personnes transfrontalier, cette dérogation ayant d'ores et déjà été accordée par la France¹⁸. Il résulte également de ce projet que le chiffre d'affaire afférent aux opérations imposables à la TVA des membres du groupement ne devrait pas pouvoir excéder 30 % du chiffre d'affaires du membre concerné. Le seuil actuellement applicable en France étant fixé à 20 % des recettes totales et non du chiffre d'affaires, cette réforme pourrait permettre d'étendre ou de restreindre le bénéfice de l'exonération de TVA applicable aux relations entre un groupement et ses membres suivant la nature des produits perçus (hors champ ou dans le champ) par les établissements bancaires. Le second document de travail vient définir les services financiers et d'assurance exonérés de TVA de manière relativement exhaustive, afin de tendre vers une harmonisation de la portée de l'exonération de TVA dans les différents États membres. Les principaux services financiers sont définis comme suit :

- Les services de crédit : *“les prêts d'argent, pour une durée déterminée entraînant une dette, ainsi que la promesse de prêter de l'argent.”*

- Les protections financières de crédit : *“l'intermédiation, la provision et l'approbation d'obligations de crédit, de garanties de crédits et de garanties de prêt.”*

- Les services de dépôt : *“services (rémunérés) pour le dépôt d'argent sur un compte au nom du titulaire du compte, conservant les droits afférents à ses dépôts, qui doivent être remboursés en vertu des dispositions légales et contractuelles applicables.”*

- Les services de gestion de compte bancaire : *“services fournis à un client pour l'enregistrement du solde d'argent sur son compte monétaire”*

- Les services de change (de devises) et de manipulation de numéraire : *“services fournis en vertu d'un accord par lequel une personne change les billets de banque et pièces qui sont des moyens de paiement légaux ou les dépôts de fonds d'une monnaie dans une autre sur la base des taux de change entre les devises de différents pays” et qui “manipule les billets de banque et pièces qui sont des moyens de paiement légaux.”*

- La fourniture de valeurs mobilières : *“service de fourniture d'un instrument mobilier commercialisable, représentant une valeur financière et reflétant une position de participation au capital dans une société ou une autre association ou une situation de créancier relative à des dettes (autres que des emprunts) d'une société ou une autre association”* à l'exception des valeurs mobilières établissant la propriété de biens ou de droits sur les biens immeubles.

- Les services de gestion de fonds spéciaux d'investissement (OPCVM) consistant notamment en la gestion du fonds, des clients et des actifs.

- Les intermédiations portant sur les services financiers et d'assurance

- Les services associés, présentant un caractère distinct, constituent des services de même nature s'ils sont spécifiques et essentiels pour les opérations exonérées.

Ce projet de modification de la législation communautaire relative aux opérations financières et d'assurance exonérées de TVA devrait faire l'objet d'un suivi particulier dès lors que certaines dispositions françaises pourraient être amendées.

TVA sociale : quels enjeux pour les assujettis-redevables partiels ?

La mise en place d'une TVA sociale en France constitue un des enjeux fiscaux majeurs des prochains mois. Ainsi, la diminution des charges sociales salariales ou patronales devrait se traduire par l'augmentation du taux standard de TVA, voire du taux réduit de TVA. Si l'impact d'une telle augmentation du taux de TVA ne devrait pas avoir d'incidence majeure pour les assujettis-redevables totaux, qui seraient en droit de déduire la totalité de la TVA ayant grevé leurs dépenses, il n'en va pas de même pour les assujettis-redevables partiels.

En pratique, dans l'hypothèse d'une augmentation des taux de la TVA, les établissements de crédit et plus particulièrement ceux ayant révoqué leur option pour l'assujettissement à la TVA des opérations bancaires et financières, pourraient avoir à supporter des frottements complémentaires liés à cette désoption du fait de l'augmentation de la TVA. ■

17. TAXUD/2134/07 et TAXUD/2139/07 du 31 mars 2007.

18. Rescrit n° 2007/11 du 20 mars 2007.