

La notion d'intermédiaire en opérations financières



THIERRY VIALANEIX

Avocat associé

Landwell Associés

Responsable du pôle TVA

dans le secteur bancaire et financier

En 2001, la Cour de justice des Communautés européennes saisie d'un litige fiscal concernant la TVA, a rendu une décision sur la notion d'intermédiaire en opérations sur titres. L'intérêt de cette décision est multiple. Elle permet de donner un contenu plus précis aux fonctions assumées par l'intermédiaire. Celui-ci, à l'instar du mandataire du Code civil, doit s'entremettre entre l'opérateur et le bénéficiaire de l'opération dans le cadre de la conclusion de l'opération. Elle permet également de distinguer la mission de l'intermédiaire de celle des prestataires qui ne sont là que pour seconder l'opérateur dans la relation avec le client mais qui agissent en amont de la relation avec ce dernier.

Commentaires sur l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes CSC Financial Services Ltd. du 13 décembre 2001, affaire C-235/00.

Le cas

La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a rendu une décision particulièrement intéressante dans une affaire opposant l'administration fiscale anglaise à une société de services assurant la gestion d'un centre d'appel pour le compte d'établissements émetteurs d'un produit financier à propos du champ d'application de l'exonération de TVA aux intermédiaires en opérations financières.

Dans le cadre de son activité, le prestataire diffusait de l'information aux investisseurs potentiels. En cas de souscription, il vérifiait le respect des conditions requises pour acquérir le produit financier, contrôlait la régularité des imprimés de souscriptions et les paiements. Il effectuait également les opérations liées à la résiliation du contrat. Sa rémunération se composait d'un élément fixe et d'un élément variable fondé sur le volume des ventes, le nombre et la durée des appels. Les formalités d'émission des titres représentatifs du produit étaient assurées par un autre établissement.

La société CSC anglaise considérait que sa rémunération pouvait être exonérée de TVA sur la base de

l'article 13 B, d de la directive TVA du 17 mai 1977, 77/388/CEE (transposé en droit français sous l'article 261 C 1° e du Code général des impôts, cf. texte en annexe).

Cette disposition exonère de TVA les opérations portant sur les titres. Elle concerne en premier lieu les transactions portant sur les titres (achat et vente) mais également les prestations de négociation.

On rappellera qu'en France, les prestations de négociation sont exonérées de TVA mais peuvent être imposées à la TVA sur option. Seules les opérations de garde ou de gestion sont imposables à la TVA de plein droit.

L'intérêt de la décision et les problématiques du marché

L'activité bancaire et financière se caractérise de nos jours par une segmentation de plus en plus grande des activités liée à la spécificité des fonctions, au nécessaire recours à des équipes de plus en plus spécialisées et au souci de rentabiliser les investissements en moyens humains et matériels (réseaux commerciaux, outils informatiques...). La délégation de services, l'« *outsourcing* », est donc devenue un mode courant d'organisation. Dans ce contexte qui conduit à externaliser des fonctions autrefois gérées en interne, la fiscalité et plus particulièrement la TVA constituent un facteur important de coûts. Pour s'en rendre compte, il suffit de comparer la situation d'un établissement financier qui gère un service commercial en interne et celle d'un établissement qui délègue ce même service à un tiers.

Le premier opérateur (gestion interne), que nous

supposerons distribuer un produit financier exonéré de TVA (par exemple des prêts), subira une charge fiscale constituée de la TVA qu'il ne peut pas récupérer sur ses dépenses (exemple, frais généraux) et de la taxe sur les salaires due sur les rémunérations versées à son personnel, y compris sur le personnel affecté à la commercialisation des produits. Le second opérateur (gestion externalisée) subira une charge supplémentaire constituée de la TVA qu'il ne pourra pas récupérer sur le service de commercialisation facturé par le prestataire extérieur. Selon les volumes de prestations en cause et les charges respectives dans chaque situation, les opérateurs auront donc intérêt à recourir à telle ou telle formule.

Dans un certain nombre de cas, ils pourront également rechercher à exonérer de TVA la prestation rendue par le tiers prestataire afin d'essayer de ne pas créer une charge propre au phénomène de délégation. Cet objectif est souvent poursuivi dans les groupes où la filialisation de certaines activités entraîne de facto l'externalisation d'un certain nombre de services.

Dans, ce cas la difficulté technique que rencontrent les opérateurs est de savoir sur quel fondement la prestation déléguée peut être exonérée de TVA. En effet, si de façon générale les opérations bancaires et financières sont exonérées de TVA, certaines d'entre elles peuvent demeurer imposées, et notamment lorsque l'on aborde les services annexes à ces opérations comme la négociation, les fonctions de distribution, le support administratif...

Dans la décision citée en référence, la Cour de justice des Communautés européennes pose un certain nombre de principes qui permettent de définir les limites de l'exonération de TVA propre au secteur financier. La situation vise le cas spécifique des opérations sur titres, mais la portée des solutions rendues forme un « corpus » de règles qui ne manquera pas d'être invoqué dans le futur tant par les tribunaux que par les opérateurs et l'administration fiscale, d'où son intérêt.

Qu'est ce qu'une opération sur titres ?

Le premier point étudié par la Cour concerne la notion « d'opérations sur titres ». Pouvait-on croire à la lecture des dispositions de la directive TVA que le terme opération devait recevoir une interprétation large susceptible de recouvrir toute opération au sens d'acte juridique ou de fonction matérielle ?

Le texte précise que les opérations sur titres, y compris la négociation, sauf la garde et la gestion, sont exonérées de TVA. Il était donc légitime de croire que négociation, garde et gestion n'étaient que des exemples d'opérations, dont certaines étaient exclues du champ de l'exonération de TVA. Il s'agissait donc de trancher entre une interprétation extensive du terme (qui est d'ailleurs celle retenue à l'heure actuelle en France), par opposition à une approche restrictive. Or la réponse de la Cour va plutôt dans le sens d'une approche restrictive.

En effet, selon la Cour de justice il faut entendre par « opérations sur titres » des opérations susceptibles de créer, de modifier, d'éteindre des droits et obligations des parties sur les titres, c'est-à-dire des actes entraînant des change-

ments dans la situation juridique et financière des parties. Elle a ainsi refusé le bénéfice de l'exonération de TVA au *call center* en considérant que la fourniture de simples prestations matérielles, techniques ou administratives qui n'entraînent pas de modification juridique et financière n'est pas incluse dans la définition du terme « opération ».

On pourra avec intérêt tenter de faire application de ces critères aux opérations sur produits dérivés et autres options. À titre d'exemple, l'administration fiscale a précisé que les contrats d'option qui confèrent à leur titulaire le droit d'acheter ou de vendre à une échéance donnée une quantité d'or déterminée à un prix convenu, ne s'analysent pas comme des livraisons de biens mais relèvent de l'article 261 C-1° du CGI, c'est-à-dire comme des opérations financières.

Les prestations annexes de négociation

Les discussions conduites devant la Cour ont fait apparaître que les prestations de négociation portant sur les titres ne sont pas des opérations sur titres ; pourtant la Cour précise que la négociation sur titres est exonérée de TVA. Quel est le raisonnement suivi par la Cour pour arriver à un tel résultat ?

La Cour se fonde tout simplement sur le champ d'application du texte tel qu'il a été défini par le législateur communautaire. L'article 13 B vise en effet non seulement les opérations financières au sens défini ci-dessus, mais également des prestations annexes : la négociation, la garde et la gestion.

Lors des discussions devant la Cour il a été précisé que le législateur communautaire avait eu pour premier souci d'exonérer de TVA les opérations financières (au sens défini ci-dessus) mais qu'en second lieu, il avait souhaité inclure dans cette exonération, à titre d'exceptions, un certain nombre d'opérations qui, bien que n'étant pas des opérations financières au sens strict, concouraient à leur réalisation.

Concernant les trois types de prestations visées, il y a lieu de noter les différences suivantes : la négociation sur titres est exonérée de TVA alors que la garde ou la gestion sont expressément considérées comme des prestations imposables à la TVA. De façon plus générale, si l'on étend l'examen à l'ensemble du champ d'application de l'exonération (cf. le texte) on relève que la négociation est la prestation non financière la plus souvent visée. La garde et la gestion sur les titres sont visées en tant qu'opérations imposables à la TVA. La gestion de FCP est en revanche considérée comme une prestation exonérée de TVA. La gestion de crédit est exonérée lorsqu'elle est le fait du prêteur ; en revanche, lorsqu'elle est le fait d'un tiers, elle est taxable. Les prestations de recouvrement ne sont pas exonérées.

Qu'entend-on par négociation ?

La Cour n'a pas donné une définition pour chacune des prestations non financières visées par le texte ; en revanche, elle a précisé la notion de négociation au sens de la directive TVA.

La prestation de négociation consiste en la fourniture de services par un prestataire agissant simplement en tant qu'intermédiaire entre deux parties. En tant que telle, cette prestation n'est pas une opération portant sur les titres puisqu'elle ne modifie pas la situation juridique et financière des deux parties à la transaction (le vendeur et l'acquéreur). L'activité de négociation est un service rendu à l'une des parties au contrat. Il est rémunéré en tant qu'activité distincte d'entremise. Il s'agit d'un service dont le contenu est différent des prestations contractuelles typiques fournies par les parties au contrat, et assumé par un intermédiaire qui ne se substitue pas à l'une des parties.

Le service peut consister, entre autres, à indiquer les occasions de conclure un contrat, à entrer en contact avec l'autre partie, à négocier au nom et pour le compte du client les détails des prestations.

La finalité de cette activité est de faire le nécessaire pour que les deux parties concluent un contrat, sans que le négociateur ait un intérêt propre quant au contenu du contrat.

On notera que si la personne qui s'entremet entre les deux parties au contrat a un intérêt propre à la transaction (autre que sa rémunération normale – en général, une commission), il ne peut pas être qualifié d'intermédiaire au sens TVA.

La notion d'intérêt propre n'est pas définie par la Cour, mais il ne semble pas trop faire de doute que si, par exemple, la personne qui s'entremet réalise sa propre marge sur l'opération, indépendamment du profit propre du vendeur de titres, elle ne pourra pas être qualifiée d'intermédiaire. Cela étant, le fait qu'un établissement agisse sur certaines opérations en tant que vendeur de titres, et perçoive des commissions de négociation du même client, en rémunération de son intervention d'intermédiaire, sur l'achat d'autres titres, n'interdit pas à cet établissement de se prévaloir de l'exonération sur la négociation (sauf option pour le paiement de la TVA) si les différentes opérations sont indépendantes.

On lira avec attention la définition des différents services fournis par les sociétés d'investissement figurant dans le Règlement général du CMF, Chapitre 1. Section II au vu de cette définition de la négociation.

Les prestations annexes autres que la négociation

La Cour donne-t-elle plus de précisions sur les différentes prestations annexes aux opérations financières.

Comme indiqué ci-dessus, la Cour reste muette sur le détail du contenu des prestations autres que la négociation. La liste des fonctions assumées par l'intermédiaire ne semble d'ailleurs pas exhaustive. Toutefois, la Cour pose une définition générique pour permettre de distinguer la négociation des autres services annexes.

Pour la Cour, on ne saurait qualifier d'acte de négociation, la prestation rendue par un sous-traitant à qui l'établissement financier confie une partie des opérations matérielles liées aux contrats. Dans ce cas en effet, le sous-traitant n'est pas un intermédiaire entre deux parties, mais occupe purement et simplement la place de l'une des parties.

Sont citées comme exemples les prestations consistant à fournir de l'information, à réceptionner et traiter les demandes de souscription des titres qui font l'objet du contrat. On peut également ajouter le cas du conseil, l'assistance administrative ou commerciale.

Ces prestations liées à l'exécution d'une des fonctions, qui aurait normalement dû incomber à l'une des parties, ne sont pas des prestations de négociation ; elles ne sont pas plus des opérations financières puisqu'elles ne modifient pas la situation juridique et financière des parties ; n'étant pas, par ailleurs, expressément visées dans le texte portant exonération de la TVA, elles sont donc imposables à la TVA de plein droit.

On notera que la Cour n'a pas commenté la question de savoir si les prestations annexes, y compris la négociation, doivent ou non être prises en charge (commandées, payées et/ou facturées) par l'une ou l'autre des parties pour être exonérée de TVA. On peut toutefois considérer que cet élément est indifférent (voir le cas des services qualifiés d'accessoires à la prestation principale cf. ci-dessous), la négociation pouvant être prise en charge par le vendeur, l'acquéreur ou un tiers.

On rappellera également l'existence d'un élément juridique de différenciation, à savoir la distinction entre le mandat et le contrat de prestation de services : le mandataire accomplit des actes juridiques pour le compte de son mandant alors que le prestataire accomplit des actes matériels pour le compte de son client.

De la nécessaire distinction entre les services annexes et les services dits « accessoires »

Dans un certain nombre de cas, les établissements financiers réalisent des prestations qui, à l'évidence, ne sont ni des opérations financières au sens strict du terme, ni des services de négociation. Pour autant ils sont exonérés de TVA. Par exemple, un intermédiaire financier ne fournit pas à son client qu'un service d'entremise mais également il délivre, de façon naturelle et logique, des conseils à son client sur l'opportunité de tel ou tel investissement. Quel est le régime de ce type de prestations liées à la fourniture d'un autre service ?

Comme nous venons de le voir, les services annexes à une opération financière ne se confondent pas avec l'opération financière. Toutefois certains services dits annexes peuvent, dans un certain nombre de cas, être traités comme des services accessoires à l'opération financière principale et de ce fait suivre un régime fiscal identique. Ainsi, une prestation de conseil qui aurait pu être considérée comme un service annexe indépendant, imposable à la TVA faute de dispositions d'exonération spécifiques, peut bénéficier de l'exonération de TVA si elle est indissociablement liée à la fourniture du service financier principal. Le

même service de conseil, accessoire à une opération taxable aurait été taxable.

Pour un même service, nous avons ainsi trois situations bien distinctes : le service annexe autonome de tout autre, le service annexe accessoire à une opération exonérée, et le service annexe accessoire à une opération taxable.

Le premier type est imposable à la TVA, sauf disposition expresse (exemple, la négociation, la gestion des FCP, ...). Le second type est exonéré de TVA dans tous les cas, alors que le dernier type est imposable.

Comment sur les plans conceptuel et pratique, opérer la distinction entre un service annexe autonome imposable et un service accessoire qui demeurerait exonéré de TVA ?

Sur le plan conceptuel, un service accessoire est un service qui n'a pas de fin en soi (CJCE aff. CPP, C-349/96, 25 février 1999). Autrement dit le client n'aurait pas acquis ce service indépendamment de l'opération principale. Le service n'a d'ailleurs d'utilité que parce qu'il se rattache à l'opération principale. À l'inverse le service annexe non accessoire a une finalité propre qui ne se confond pas avec celle de l'opération principale. Il fait l'objet d'une transaction propre. Le client aurait pu l'acquérir de façon indépendante et en tirer profit indépendamment de l'opération principale.

Sur le plan pratique, le fait qu'un service soit facturé globalement avec l'opération principale et que le prix de ce service soit globalisé avec le prix de l'opération principale ne suffit pas à le qualifier d'accessoire. De même le fait qu'un service soit facturé distinctement n'interdit pas de le considérer comme un accessoire. Toutefois s'il existe un prix spécifique, on peut estimer avoir de bons indices révélant l'existence d'un service distinct de l'opération principale, et donc soumis à un régime qui lui est propre.

On peut également s'intéresser au champ de la responsabilité du prestataire. Ainsi l'établissement financier qui va fournir un service de conseil accessoire à une opération sur titres n'assumera pas la responsabilité juridique d'un conseil (obligation de moyens) mais plutôt celle d'un vendeur de titres (obligation de livrer la chose au prix convenu).

Deux points essentiels pour l'application de cette règle :

- seul l'auteur de l'opération principale peut l'invoquer. En effet l'exonération (ou la taxation) du service accessoire dépend du lien avec l'opération principale. Si nous reprenons notre exemple et imaginons que le service de conseil est sous-traité, l'établissement financier pourra éventuellement arguer du caractère accessoire du service et prétendre à l'exonération en raison du lien avec l'opération principale, mais le sous-traitant ne bénéficiera pas d'une telle possibilité. Il devrait donc démontrer que le service annexe qu'il rend fait l'objet d'une exonération spécifique qui lui est propre, ce qui n'est pas possible pour le conseil « pur » ;
- l'exonération d'un service accessoire ne dépend pas de la nature du service rendu. En fait tous les services peuvent être exonérés s'ils sont l'accessoire d'une opération financière exonérée de TVA ou d'un service annexe lui-même exonéré de TVA (conseil accessoire à la négociation, par exemple).

L'apport de cette définition par rapport à la jurisprudence SDC

(CJCE aff. C-2/95 du 5 juin 1997)

Dans l'affaire SDC, la question qui se posait était de savoir si la prestation sous-traitée à un centre informatique, gérant les virements pour le compte d'une banque, pouvait être ou non considérée comme une opération exonérée de TVA. La situation était donc proche de celle invoquée dans l'affaire CSC puisqu'elle concernait là encore des opérations concourant à la réalisation d'une opération financière. Quel est le rapport entre les deux décisions ?

Dans l'affaire SDC, la Cour a non seulement posé le principe selon lequel l'opération financière modifie la situation juridique et financière des parties, mais elle a en outre précisé que :

- le fait que le service en question ne soit pas réalisé par un établissement financier n'était pas de nature à empêcher l'exonération de la prestation ;
- pas plus que le fait que le service ne soit pas directement facturé au client, mais à l'établissement financier.

Il importe que la responsabilité de l'opérateur prétendant à l'exonération vis-à-vis de l'établissement financier soit identique à celle prise par cet établissement vis-à-vis de son client, et que cette responsabilité corresponde à la prise en charge d'un ensemble de fonctions distinctes, apprécié de façon globale, qui a pour effet de remplir les fonctions spécifiques et essentielles d'un des services décrits dans l'article 13 B de la Directive TVA portant exonération de TVA des prestations financières.

La Cour maintient donc une unité de raisonnement quant à la définition de l'opération financière, puisqu'elle l'identifie encore une fois par référence à des actes qui modifient la situation juridique et financière des parties.

Dans la décision SDC, elle précise que cette opération financière peut être sous-traitée dans son intégralité sans que cela fasse obstacle à l'exonération de TVA en tant qu'opération financière. En revanche dans la décision CSC, nous observons le cas d'une délégation partielle portant sur certaines fonctions notamment techniques.

On a donc ainsi, au travers de ces deux décisions, une vision d'ensemble du régime, tant au niveau du donneur d'ordre que du sous-traitant.

De la nécessité de revisiter les textes français...

Comme on l'a dit en introduction, la Cour commente un article de la Directive TVA et une situation concernant la législation anglaise, dont l'équivalent français en droit interne est l'article 261 C 1^o e du Code général des impôts. Faut-il revoir les textes français et leur application du fait de cette décision ?

Le texte français ne vise pas expressément la négociation au rang des prestations exonérées de TVA, mais en pratique cela n'a pas d'effet immédiat.

Ceci tient au fait que la doctrine administrative fiscale française (instruction 3 L-3-79) retient une définition

extensive de la notion d'opération financière qui, pour l'heure, n'opère pas de distinction similaire à celle retenue par la Cour. Sur la base de la doctrine administrative et de l'effet direct de la directive TVA, il n'y a donc pas de véritable différence entre l'exonération telle que définie au plan communautaire et l'exonération telle que pratiquée en France... du moins en ce qui concerne les titres et les prestations de négociation. En revanche, les opérateurs doivent revoir toutes les exonérations de TVA fondées sur des interprétations « extensives » de la notion d'opérations qui ont été appliquées à des services :

- qui ne figurent pas expressément dans la liste des rémunérations exonérées de TVA établie par les textes ou l'administration fiscale dans l'une ou l'autre de ses instructions ;
- et qui par ailleurs ne correspondent pas à des services accessoires à une opération exonérée de TVA.

Pour ces services en effet, les opérateurs pourraient se voir exclure de la notion restrictive d'opérations financières retenue par la Cour sans pouvoir bénéficier de la protection de la doctrine administrative.

... et la jurisprudence française

Les juridictions françaises ont été amenées au fil des années à qualifier un certain nombre de prestations afférentes à des services financiers. Si on compare aujourd'hui ces dernières prestations aux principes retenus par la Cour, doit-on revenir sur leur contenu ?

De façon générale, la réponse est, nous semble-t-il, négative. Ces positions peuvent être justifiées aujourd'hui encore. Toutefois il y a lieu de revisiter leur fondement. Par ailleurs, le réexamen de ces exemples fait apparaître nombre de difficultés pratiques qui ne manqueront pas de s'opposer à une application simple et claire des principes dégagés par la Cour.

Le cas Sogefonds

Le contentieux qui opposait la société Sogefonds à l'administration fiscale concernait l'exonération de TVA portant sur des prestations de gestion administrative déléguée. La société prestataire, qui travaillait pour le compte d'une société de gestion de FCP, revendiquait l'exonération de TVA, l'administration fiscale arguant au contraire du caractère imposable de l'activité au motif que la société ne réalisait pas des opérations d'achats et de ventes de titres.

Le Conseil d'État a tranché en faveur de l'exonération (arrêt du 6 avril 2001, n° 22440).

Au vu de la décision CSC, on peut affirmer que l'administration fiscale « visait juste » en contestant à la société la qualité d'auteur d'une « opération financière ». En effet, la délégation de gestion, fut-elle administrative ou financière, relève plus des fonctions assumées par le prestataire pour le compte de la société de gestion (service annexe) que de la réalisation d'une opération qui modifie la situation juridique ou financière des parties. Cela étant, la solution du Conseil d'État ne saurait être remise en cause. La gestion en tant que telle, même si elle n'est pas une opération financière, est expressément visée parmi les opérations exonérées de TVA par l'article 261 C 1° f du Code général des impôts et par la Directive TVA, dès lors qu'elle porte sur des FCP.

Compte tenu de la décision CSC, on peut se montrer prudent sur les possibilités d'extension de la solution rendue dans l'affaire Sogefonds. La décision Sogefonds est semble-t-il plutôt fondée sur le fait qu'il n'y avait pas lieu de distinguer certaines fonctions au sein de la gestion compte tenu de l'imbrication étroite de chacune de ces fonctions.

La jurisprudence relative à la qualité d'intermédiaire

La définition de l'intermédiaire donnée par la Cour de justice est à rapprocher de celle résultant :

- du jugement du tribunal administratif de Paris, du 28 novembre 2000, n° 95-7415/1, affaire Monnet où l'exonération de TVA a été reconnue applicable aux prestations rendues par un consultant financier et consistant à proposer à des entreprises des opérations d'achat et de vente de titres sélectionnés par lui ; cette prestation était rémunérée par des « soultes » assises sur le profit réalisé par l'entreprise et des rétrocessions des agents de change intervenus dans l'exécution des ordres ;
- de l'arrêt du Conseil d'État du 21 janvier 1991, n° 87701, affaire Unicefi, où une association chargée de constituer des dossiers de demandes de prêts, d'apprécier les risques financiers et les garanties à mettre en place, d'exécuter les opérations de mise en place des garanties exigées par l'établissement prêteur, de garantir elle-même les prêts, d'accorder les prêts en deçà d'un certain montant et éventuellement de représenter le prêteur lors de la signature, avait été considérée comme réalisant des opérations de négociation et de prise en charge de cautionnements exonérés de TVA.

De prime abord, le premier jugement peut laisser perplexe dans la mesure où il est difficile de distinguer la prestation rendue par la société en question de celle d'un conseil. Quelle est en effet la différence entre la société en question et le conseiller en patrimoine, ou même le notaire, qui offrirait un service similaire à ses clients ?

En ce qui concerne la décision Unicefi, on peut désormais s'interroger sur le bien-fondé de la qualification de « négociation » utilisée dans cet arrêt. Nombreuses sont les fonctions qui relèvent de l'accomplissement de fonctions matérielles et administratives.

Dans les deux cas, nous avons une parfaite illustration de certaines difficultés pratiques.

Un acte de négociation implique de faire entrer en contact deux partenaires potentiels. Trouver ces partenaires implique, même pour un intermédiaire, un minimum d'actes de promotion, de démarchage, d'actions commerciales au sens propre du terme pour faire connaître les potentiels et opportunités du produit financier distribué. Il implique ou peut impliquer également, comme dans le jugement du tribunal de Paris, une fonction de conseil. Comment alors qualifier l'opération ? Reste-t-elle une opération d'entremise ? Devient-elle un service composite dont il convient de séparer les différents éléments, chacun d'eux étant imposé distinctement ? À l'inverse, ce service devient-il un ensemble unique, « sui generis » qui faute de pouvoir être qualifié exactement, est donc imposable de plein droit à la TVA ?

Sans nier la difficulté de l'exercice, on peut souligner que la réponse à cette question réside dans l'identification de la valeur ajoutée fournie par le prestataire, valeur ajoutée

tée qui fondera non seulement ses responsabilités juridiques, mais également sa rémunération. Autrement dit, la question est de savoir quel est le service principal rendu par le prestataire à son client, et quelles sont, parmi l'ensemble des fonctions assumées, celles qui ne sont que des fonctions accessoires.

Prenons l'exemple du conseil. Le prestataire qui fournit un conseil délivre une prestation qui s'accomplit du seul fait de la livraison de l'information; sa responsabilité est limitée à délivrer ladite information, sans obligation quant à son usage ou à son efficacité; au pire est-il sanctionné pour avoir commis une faute dans les diligences à accomplir pour fournir un conseil pertinent. Or dans le cas jugé par le tribunal de Paris, la responsabilité allait visiblement au-delà puisque la rémunération dépendait non seulement de la pertinence subjective de l'information mais d'un fait objectif: la conclusion effective de l'affaire avec profit pour l'opérateur (avec d'ailleurs le concours immédiat ou non du prestataire en question – en l'occurrence la transaction était diligentée par un autre intermédiaire –). Le simple conseiller aurait perçu sa rémunération indépendamment de la conclusion et du résultat des opérations. Toutefois il faut prendre garde au fait que le mode de rémunération ne peut suffire à lui seul à qualifier le service rendu. Dans l'affaire CSC le « call center » avait en effet une rémunération partiellement fondée sur les ventes, ce qui n'a pas suffi à l'obtention de l'exonération.

On peut avoir une interrogation similaire sur la distinction entre négociation et promotion.

Toute opération de négociation implique une action commerciale à caractère « publicitaire et promotionnel ». On imagine mal qu'un intermédiaire ne réalise pas un minimum d'actions pour identifier les acheteurs potentiels. Or, les actions promotionnelles (au sens publicité, « réclame ») sont définies par la Cour de justice comme toute action ayant pour objet de faire connaître au public l'existence d'un bien ou d'un service, ou ses qualités, en vue d'augmenter ses ventes (CJCE, aff.68/92, 17 novembre 1993). Ces actes ne sont pas à l'évidence des opérations de négociation. Comment en pratique faire la différence entre l'acte qui va conduire à la transaction et l'opération antérieure de promotion?

Si l'on prend le cas Unicefi tel qu'il ressort de l'arrêt, on se heurte aux mêmes difficultés d'interprétation: le prestataire assume un ensemble de fonctions. La fonction de représentation lors de la signature du contrat de prêt est sans nul doute une opération d'entremise ou de négocia-

tion mais, dans une certaine mesure, le traitement et la gestion des demandes de prêt sont similaires aux fonctions assumées par le *call center*. On pourrait donc être tenté de conclure à l'imposition de cette partie administrative.

Cela étant, on se heurte sur cette voie au fait que la responsabilité globale du prestataire va au-delà, puisqu'il assume également des fonctions qui le mettent purement et simplement à la place de l'établissement financier, non seulement pour l'accomplissement d'opérations matérielles liées au contrat de prêt, mais également des fonctions qui lui confèrent le pouvoir de se substituer à l'établissement financier lors de l'octroi du prêt. Dans ce dernier cas, le prestataire est donc intervenu de façon à modifier la situation juridique et financière des parties puisqu'il a créé par son acte des obligations réciproques dans le patrimoine du prêteur et de l'emprunteur (jurisprudence SDC). La phase administrative de son travail bien qu'essentielle, n'apparaît donc plus de ce fait que comme accessoire à son activité financière propre, d'où la difficulté de séparer ces fonctions des autres pour leur réserver un traitement distinct. Cette décision peut donc toujours se justifier, nous semble-t-il, au travers de trois éléments: la notion d'opérations financières, la notion de négociation, et la notion de services accessoires.

En guise de conclusion générale, on retiendra que la décision de la Cour de justice a le mérite de clarifier un certain nombre de concepts. Toutefois, il faut relever que les textes, aussi précis soient-ils, ne pourront jamais recouvrir tous les cas, compte tenu de la multiplicité des fonctions assumées par les sociétés de services pour le compte de leurs donneurs d'ordre. Or, c'est cette multiplicité des fonctions qui est à l'origine des ambiguïtés sur la nature du ou des services fournis par un prestataire à son client et leur régime fiscal en matière de TVA. L'heure n'étant plus à une interprétation extensive de l'exonération il est donc impératif que les contrats entre les parties soient précis, non seulement sur le contenu des prestations mais également sur leur rapport de dépendance entre eux: le service de conseil, de gestion, la fonction administrative ou autre sont-ils assumés pour le compte du client en plus (à côté) de l'opération financière ou de la prestation de négociation, ou bien le prestataire les assume-t-il dans le cadre de sa mission de représentation? Les rédacteurs de contrats ne devront donc pas s'étonner d'un regain d'intérêt des fiscalistes pour la matière contractuelle... ■

Annexe

Art. 261 C Sont exonérées de la taxe sur la valeur ajoutée:

1° Les opérations bancaires et financières suivantes:

a. L'octroi et la négociation de crédits, la gestion de crédits effectuée par celui qui les a octroyés, les prêts de titres effectués dans les conditions du chapitre v modifié de la loi n° 87-416 du 17 juin 1987 sur l'épargne et les pensions réalisées dans les conditions prévues par les articles L 432-12 à L 432-19 du Code monétaire et financier.

b. La négociation et la prise en charge d'engagements, de cautionnements et d'autres sûretés et garanties ainsi que la gestion de garanties de crédits effectuée par celui qui a octroyé les crédits.

c. Les opérations, y compris la négociation, concernant les dépôts de fonds, comptes courants, paiements, virements, créances, chèques et autres effets de commerce, à l'exception du recouvrement de créances.

d. Les opérations, y compris la négociation, portant sur les devises, les billets de banque et les monnaies qui sont des moyens de paiement légaux, à l'exception des monnaies et billets de collection.

e. Les opérations, autres que celles de garde et de gestion portant sur les actions, les parts de sociétés ou d'associations, les obligations et les autres titres, à l'exclusion des titres représentatifs de marchandises et des parts d'intérêt dont la possession assure en droit ou en fait l'attribution en propriété ou en jouissance d'un bien immeuble ou d'une fraction d'un bien immeuble.

f. La gestion de fonds communs de placement et de fonds communs de créances.

g. Les opérations relatives à l'or, autre que l'or à usage industriel, lorsqu'elles sont réalisées par les établissements de crédit, prestataires de services d'investissement, changeurs, escompteurs et remisiers, ou par toute autre personne qui en fait son activité principale.

...