



## **TVA communautaire - Champ d'application - Dividendes - Immixtion - Intérêt de prêt**

Doivent être exclus du dénominateur de la fraction servant au calcul du prorata de déduction :

- d'une part, les dividendes distribués par ses filiales à un holding qui est assujéti à la TVA pour d'autres activités et fournit à ses filiales des services de gestion et ce quel que soit le niveau d'immixtion constaté ;
- d'autre part, les intérêts versés par ces dernières à ce holding en raison des prêts que celui-ci leur a accordés, lorsque ces opérations de prêts ne constituent pas, au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la 6<sup>e</sup> Directive, une activité économique dudit holding.

En effet, pour que la perception de dividendes attribués par des filiales à un holding s'immixtant dans la gestion de celles-ci, (immixtion notamment caractérisée par des prestations au profit des filiales telles que la fourniture de services administratifs, comptables et informatiques), puisse entrer dans le champ d'application de la TVA, il faudrait que ces dividendes puissent être considérés comme la contrepartie de ces prestations de services, ce qui présuppose un lien direct entre l'activité exercée et la contre-valeur reçue.

Compte tenu de ce que le montant du dividende dépend partiellement d'un aléa (l'existence de bénéfices distribuables) et que le droit au dividende est fonction de la seule détention de participations, il n'existe pas entre le dividende et la prestation de services, même fournie par l'actionnaire qui perçoit ce dividende, de lien direct nécessaire pour que celui-ci puisse constituer la contrepartie desdits services. Dès lors, la perception de dividendes n'entre par nature pas dans le champ d'application de la TVA et les dividendes résultant de la détention de participations sont étrangers au système du droit à déduction, quel que soit au demeurant le degré d'immixtion constaté.

Par ailleurs, la soumission à la TVA d'opérations de prêt présuppose qu'elles constituent soit une activité économique de l'opérateur visée à l'article 4, paragraphe 2, de la 6<sup>e</sup> Directive, soit le prolongement direct, permanent et nécessaire d'une activité taxable, sans toutefois être accessoire à celle-ci au sens de l'article 19, paragraphe 2, de ladite Directive.

*CJCE, 14 novembre, 2000, aff. 142/99 : Floridienne SA et Berginvest SA.*

**L**a déduction de la TVA grevant les éléments du prix de revient des opérations d'aval constitue pour les redevables de la TVA un droit fondamental qui en garantit la neutralité fiscale et économique ainsi que la cohérence, la finalité de cet impôt étant de n'imposer que la valeur ajoutée à chaque stade du circuit économique.

Si l'énoncé du principe demeure relativement simple, sa mise en œuvre s'avère moins évidente et a fait l'objet d'une jurisprudence fournie de la part des juridictions communautaires et nationales, notamment lorsque le redevable constitue ce qu'il est désormais coutume d'appeler un assujéti partiel ou un redevable partiel. Il en est ainsi de la règle selon laquelle pour ouvrir droit à déduction de la TVA d'amont, l'opération d'amont doit avoir un certain lien avec l'opération d'aval ouvrant droit à déduction.

L'arrêt *Midland Bank plc* de la CJCE ci-dessous commenté se prononce sur le contenu de la condition du lien direct et immédiat entre une opération d'amont et une opération d'aval ouvrant droit à déduction dans le contexte particulier suivant :

- l'assujéti effectuait des opérations taxées et exonérées et avait à sa disposition des biens et services pouvant être utilisés à la fois pour des opérations exonérées et pour des opérations ouvrant droit à déduction. Le dispositif du prorata était donc susceptible de s'appliquer ;

- par ailleurs, l'assujéti avait supporté le coût de la TVA relative aux honoraires d'avocat payés pour la défense de ses intérêts en justice, étant entendu que cette opération d'amont était en l'espèce la conséquence (et non à l'origine) de l'opération d'aval ouvrant droit à déduction.

Au cas particulier, la société *Quadrex Holdings Inc.* (ci-après «*Quadrex*»), implantée aux Etats-Unis, avait conçu en 1987 le projet d'acquérir une société dénommée *Mercantile House Holding Ltd* (ci-après «*Mercantile*»). A cette fin, *Quadrex* s'était assurée les services d'une banque d'affaires londonienne dénommée *Samuel Montagu* (faisant partie d'un groupe de sociétés considéré comme un seul ensemble aux fins de la TVA et représenté par la *Midland Bank plc* qui en est le mandataire, ci-après «*la Midland*»). *Samuel Montagu* devait réaliser l'opération pour le compte de *Quadrex*. Cependant, une autre société, la société *British and Commonwealth Holding plc* (ci-après «*B & C*») était aussi intéressée par *Mercantile*. *Quadrex* et *B & C* s'étaient in fine entendus pour conclure un accord aux termes duquel *B & C* achetait *Mer-*

cantile, et Quadrex devait racheter à B & C une des divisions de Mercantile. Quadrex n'avait toutefois pu respecter son engagement de rachat, faute de liquidités suffisantes.

B & C avait alors assigné en justice non seulement Quadrex mais aussi Samuel Montagu. Selon B & C, la mise en cause de Samuel Montagu était motivée par de prétendues déclarations du directeur de Samuel Montagu, ayant induit en erreur B & C sur la situation financière de Quadrex. La banque Samuel Montagu a par ailleurs été appelée en garantie par Quadrex.

Le litige s'est finalement terminé par une transaction à la fin de 1994.

Pour organiser sa défense, Samuel Montagu a fait appel au cabinet d'avocats Clifford Chance qui lui a facturé ses services sous forme d'honoraires. C'est le traitement applicable à la TVA afférente à ces honoraires qui a donné lieu à l'arrêt *Midland Bank plc*.

En effet, l'administration fiscale britannique a remis en cause la déduction intégrale de la TVA ayant grevé les honoraires en question qu'avait pratiquée la *Midland* et a redressé la banque à ce titre. Selon les inspecteurs des impôts, les services juridiques rendus à Samuel Montagu ne pouvaient être liés à la prestation de nature financière ouvrant un droit intégral à la TVA rendue par Samuel Montagu à Quadrex (prestation financière exonérée, mais ouvrant néanmoins droit à déduction du fait du caractère non communautaire du bénéficiaire de la prestation – ie. preneur établi hors de l'Union européenne), dans la mesure où ils avaient été encourus postérieurement à la prestation financière en question. Les inspecteurs des impôts estimaient logiquement que les services juridiques, ayant pour objet la défense de Samuel Montagu contre la demande en dommages et intérêts formulée par B & C, étaient affectés aux activités générales de la banque Samuel Montagu. Cette dernière effectuant à la fois des opérations ouvrant droit à déduction et d'autres n'ouvrant pas droit à déduction dans le cadre de ses activités générales, la déduction de la TVA d'amont ne pouvait être admise que pour la partie de la TVA proportionnelle au montant afférent aux opérations ouvrant droit à déduction, conformément au paragraphe 5 de l'article 17 de la 6<sup>e</sup> Directive.

La *Midland* a obtenu gain de cause devant le *VAT and Duties Tribunal*. Mais l'administration fiscale britannique a fait appel de cette décision devant la *High Court of Justice*.

La *High Court of Justice* a sursis à statuer et posé les trois questions préjudicielles suivantes à la CJCE :

1° La *High Court of Justice* demande dans sa première question si un lien direct et immédiat entre une opération d'amont d'un assujetti agissant en tant que tel et une ou plusieurs opérations particulières effectuées par ce dernier est nécessaire afin à la fois d'établir l'existence d'un droit à déduction de la taxe perçue sur l'opération d'amont, et de déterminer l'étendue de ce droit.

2° Elle interroge la CJCE dans sa seconde question sur la nature du lien direct et immédiat. En particulier, elle demande si le critère à appliquer pour déterminer le montant de taxes payé en amont diffère selon qu'il s'agit de l'article 17 paragraphes 2, 3 ou 5 de la 6<sup>e</sup> Directive lorsqu'un assujetti effectue à la fois des opérations ouvrant droit à déduction et des opérations n'y ouvrant pas droit. Pour mémoire, le paragraphe 2 de l'article 17 de la 6<sup>e</sup> Directive autorise l'assujetti à déduire la TVA d'amont dans la mesure où les biens acquis et les services obtenus sont utilisés pour les besoins de ses opé-

rations taxées. Cette disposition générale est suivie par le paragraphe 3 qui accorde également un droit à déduction lorsque les biens et services sont utilisés pour les besoins de certaines opérations exonérées. Le c/ de ce paragraphe 3, visé dans l'arrêt, autorise la déduction de la TVA grevant les biens ou services utilisés pour les besoins des opérations exonérées en vertu de l'article 13 titre B a/ et d/ 1 à 5 (il s'agit de diverses opérations d'assurance ou financières) lorsque le preneur est établi en dehors de l'Union européenne ou lorsque ces opérations sont directement liées à des biens qui sont destinés à être exportés vers un pays en dehors de l'Union européenne. Quant au paragraphe 5 relatif aux assujettis effectuant des opérations ouvrant droit à déduction et des opérations n'y ouvrant pas droit, il autorise ces assujettis à déduire la TVA d'amont proportionnellement au montant afférent aux opérations ouvrant droit à déduction. Autrement dit, la *High Court of Justice* cherchait à savoir si un assujetti accomplissant des opérations ouvrant droit à déduction et d'autres n'y ouvrant pas droit pouvait néanmoins déduire intégralement la TVA d'une opération relevant des paragraphes 2 ou 3 de l'article 17 de la 6<sup>e</sup> Directive.

3° La *High Court* a questionné en dernier lieu la CJCE sur le critère qu'il aurait fallu appliquer si la réponse à la première question avait été négative. Ayant répondu positivement à la première question, la CJCE n'a pas eu à trancher ce point.

Cet arrêt s'inscrit donc dans la continuité des arrêts de la CJCE portant sur le droit à déduction en matière de TVA et qui en ont dessiné les grands principes ou précisé les règles retenues par le législateur européen telles la neutralité fiscale de la TVA (1), la condition d'agir en tant qu'assujetti (2) ou la condition de l'affectation des biens acquis ou services obtenus à l'exploitation (3).

L'arrêt *Midland Bank plc* apporte toutefois une contribution intéressante à la notion de lien direct et immédiat entre l'opération d'amont et l'opération d'aval ouvrant droit à déduction ainsi qu'aux situations dans lesquelles il peut être utilisé (I). En ce sens, il devrait permettre de progresser dans la résolution de certaines questions encore en suspens aujourd'hui et notamment le sort qu'il convient de réserver à la TVA grevant des frais exposés à raison de certaines opérations/transactions particulières telles l'obtention d'indemnités, l'augmentation de capital d'une société, ou la prise de participation dans une société. L'arrêt *Floridienne SA* et *Berginvest SA* vient, quant à lui, régler l'épineuse question de la soumission à la TVA des dividendes perçus par un holding s'immisçant dans la gestion de ses filiales (la portée de l'arrêt relatif à la soumission à la TVA des intérêts de prêts ne sera pas analysée dans la présente chronique) (II).

## I Le lien direct et immédiat entre l'opération d'aval et l'opération d'amont ouvrant droit à déduction : une notion qui se précise

Le présent arrêt précise la nécessité et la nature du lien direct et immédiat qui fonde le droit à déduction de la TVA d'amont. Il clarifie tout d'abord l'impact du lien direct

et immédiat sur l'étendue même du droit à déduction. Il précise ensuite les effets de ce lien sur le droit à déduction de la TVA d'amont lorsque l'opération d'amont intervient postérieurement à une opération d'aval ouvrant droit à déduction et en conséquence de celle-ci.

## 1. Existence du droit à déduction de la TVA d'amont

La CJCE réaffirme dans le présent arrêt le principe selon lequel «l'existence d'un lien direct et immédiat entre une opération particulière en amont et une ou plusieurs opérations en aval ouvrant droit à déduction est nécessaire pour qu'un droit à déduction de la TVA en amont soit reconnu à l'assujetti».

Cette exigence d'un lien direct et immédiat entre les opérations d'aval et les opérations d'amont ouvrant droit à déduction trouve sa source dans le fondement même du droit à déduction. En effet, comme la CJCE le rappelle, l'article 2 de la 1<sup>re</sup> Directive TVA 67/227/CEE du Conseil, du 11 avril 1967 (ci-après la 1<sup>re</sup> Directive) autorise la déduction de la seule TVA qui a grevé directement le coût des divers éléments constitutifs du prix de l'opération d'aval. Il découle aussi du paragraphe 2 de l'article 17 de la 6<sup>e</sup> Directive TVA 77/388/CEE du Conseil, du 17 mai 1977 (ci-après la 6<sup>e</sup> Directive), qui constitue aussi un fondement général du droit à déduction, que la TVA ayant grevé le coût des opérations d'amont est déductible de la TVA d'aval sous réserve que «les biens et les services sont utilisés pour les besoins des opérations taxées de l'assujetti».

Certes, les contribuables sont autorisés à opérer globalement la déduction de la TVA ayant grevé leurs opérations d'amont de leur TVA d'aval (article 18 § 2 de la 6<sup>e</sup> Directive, article 271 III du CGI). Mais, le lien direct et immédiat en question doit néanmoins pouvoir être établi, ce qui nécessite une analyse «opération par opération».

Bien entendu, la mise en œuvre de la règle ne suscite aucune difficulté lorsque l'assujetti acquiert un bien qui ne peut être utilisé que pour les besoins d'une exploitation économique (4) (et qui ne peut donc servir à un usage privé) et n'accomplit que des opérations taxées ou ouvrant droit à déduction.

En revanche, lorsque l'assujetti réalise à la fois des opérations ouvrant droit à déduction et des opérations n'ouvrant pas droit à déduction ou hors champ, la condition du lien direct et immédiat entre l'opération d'amont et l'opération d'aval prend toute sa dimension. Pour mémoire, c'est à l'occasion d'une affaire (BLP Group plc) où l'assujetti avait cédé des parts (en l'espèce il s'agissait d'une opération exonérée) afin de pouvoir s'acquitter de dettes découlant de ses opérations imposables, que la CJCE a formulé, pour la première fois à notre connaissance, le principe du lien direct et immédiat (5) aussi clairement.

Le présent arrêt reprend d'ailleurs presque intégralement dans son point 20, le point 19 de l'arrêt BLP Group plc susvisé. Aux termes de ces points 19 et 20 respectifs, la CJCE explique comment les paragraphes 2 (disposition générale prévoyant le droit à déduction de la TVA) et 5 (droit à déduction des redevables partiels, effectuant des opérations ouvrant droit à déduction et des opérations n'y ouvrant pas droit) de l'article 17 de la 6<sup>e</sup> Directive doivent être interprétés.

Pour mémoire l'article 17 de la 6<sup>e</sup> Directive, intitulé «Naissance et étendue du droit à déduction» prévoit que :

«...»

«2. Dans la mesure où les biens et les services sont utilisés pour les besoins de ses opérations taxées, l'assujetti est autorisé à déduire de la taxe dont il est redevable :

a/ la taxe sur la valeur ajoutée due ou acquittée pour les biens qui lui sont ou lui seront livrés et pour les services qui lui sont ou lui seront rendus par un autre assujetti redevable de la taxe à l'intérieur du pays ;

«...»

«5. En ce qui concerne les biens et les services qui sont utilisés par un assujetti pour effectuer à la fois des opérations ouvrant droit à déduction visées aux paragraphes 2 et 3 et des opérations n'ouvrant pas droit à déduction, la déduction n'est admise que pour la partie de la taxe sur la valeur ajoutée qui est proportionnelle au montant afférent aux premières opérations.

«...»

Selon la cour, les redevables partiels, c'est-à-dire ceux qui effectuent des opérations ouvrant droit à déduction et des opérations n'y ouvrant pas droit (et donc placés dans le champ d'application du paragraphe 5 de l'article 17 de la 6<sup>e</sup> Directive), conservent le droit de se placer pour certaines opérations d'amont sous les dispositions du paragraphe 2 de l'article 17 de la 6<sup>e</sup> Directive et de bénéficier ainsi d'une déduction intégrale de la TVA ayant grevé lesdites opérations.

Cependant, selon le paragraphe 2 de l'article 17 de la 6<sup>e</sup> Directive, le bénéfice de cette déduction intégrale suppose pour le redevable que les opérations d'amont soient «utilisées pour les besoins de ses opérations taxées» ou du moins ouvrant droit à déduction.

La cour nous dit que les dispositions susvisées du paragraphe 2 de l'article 17 de la 6<sup>e</sup> Directive doivent être interprétées à la lumière du paragraphe 5 du même article et notamment de l'expression «pour effectuer» employée dans ce paragraphe 5. Selon la CJCE, l'expression «pour effectuer» employée dans cette disposition, montre que «pour ouvrir le droit à déduction prévu par le § 2, les biens ou services en cause doivent présenter un lien direct et immédiat avec les opérations taxées et que, à cet égard, le but ultime poursuivi par l'assujetti est indifférent». En effet, la simple expression «pour les besoins» pouvait laisser penser qu'un lien assez lointain avec les opérations taxées ou ouvrant droit à déduction suffisait pour établir le droit à déduction.

En complétant l'expression «pour les besoins» utilisée dans le paragraphe 2 de l'article 17 de la 6<sup>e</sup> Directive par celle «pour effectuer» du paragraphe 5 du même article, la cour définit lesdits liens d'une façon restrictive parfaitement expliquée par les adjectifs «directs et immédiats».

De ce point de vue, il est intéressant de noter que jusqu'au lien direct et immédiat, la nature des rapports que les opérations d'amont devaient entretenir avec les opérations d'aval était, dans notre pays, principalement définie par la notion d'affectation. C'est ainsi que la notion d'affectation est utilisée en droit interne français dans le cadre de diverses dispositions délimitant le droit à déduction, et notamment celles relatives aux assujettis partiels (6), c'est-à-dire ceux effectuant des opérations dans le champ d'application de la TVA et d'autres hors champ, ou celles relatives aux redevables partiels (7), c'est-à-dire ceux effectuant des opérations ouvrant droit à déduction et des opérations

n'ouvrant pas droit à déduction. La notion d'affectation, dans ses diverses applications, signifie qu'il convient de déterminer pour quels types d'opérations d'aval sont utilisés les biens acquis ou les services obtenus afin de déterminer l'existence et l'étendue du droit à déduction.

Ainsi, concernant les assujettis partiels, l'administration fiscale française indique à propos de l'affectation des dépenses en fonction de leur utilisation «*qu'il est en effet nécessaire qu'il y ait une correspondance à la fois "physique" et "financière" entre le bien ou le service acquis et la réalisation de l'opération imposable*» (8). Dans le même esprit, l'administration précise à propos des redevables partiels, que les deux méthodes possibles pour calculer la TVA déductible sont soit la méthode du prorata soit «*une méthode fondée sur des critères physiques tenant compte de l'affectation réelle de biens ou services*» (9).

Si la notion de lien direct et immédiat vient désormais sinon supplanter du moins éclairer cette notion d'affectation dans les divers cas où elle est utilisée, l'on aurait aimé que la cour précise quelque peu la nature de ce lien direct et immédiat.

Or, alors que l'avocat général, M. Antonio Saggio (10), appelait la cour à donner quelques indications concernant la nature du lien direct et immédiat conformément au souhait de la *High Court of Justice*, la cour s'est limitée à énoncer qu'il appartient aux juridictions nationales d'appliquer le critère du lien direct et immédiat aux faits de chaque affaire.

A noter toutefois que l'avocat général a dans ses conclusions suggéré que le sens de l'expression «*lien direct et immédiat*» soit non seulement recherché dans les termes mêmes de l'expression, à savoir «*lien direct*» et «*lien immédiat*» mais aussi dans les principes énoncés par la cour dans le cadre du droit à déduction. Selon l'avocat général, l'insertion d'une troisième opération entre l'opération d'amont et celle d'aval ou une dilution dans le temps du rapport entre les deux opérations s'opposerait au caractère direct du lien, le caractère immédiat suggérant évidemment une «*continuité temporelle particulière entre les deux opérations*». Ces points n'ont pas été repris formellement par la cour, mais éclairent de manière particulière la solution finalement adoptée.

## 2. Etendue du droit à déduction de la TVA d'amont

Par cet arrêt, la CJCE précise que «*l'existence d'un lien direct et immédiat entre une opération particulière en amont et une ou plusieurs opérations en aval ouvrant droit à déduction est nécessaire [...] pour déterminer l'étendue du droit à déduction de la TVA en amont*».

Autrement dit, la «*qualité*» du lien entre l'opération d'amont et l'opération d'aval a une incidence sur l'étendue du droit à déduction : il détermine ainsi si la déduction peut être intégrale, partielle dans le cadre d'un éventuel prorata, ou nulle.

En effet, comme l'avocat général l'a montré dans ses conclusions, la lecture combinée des paragraphes 2, 3 et 5 de l'article 17 de la 6<sup>e</sup> Directive implique que l'ouverture d'un droit à déduction intégrale nécessite un lien direct et immédiat entre l'opération d'amont et celle d'aval ouvrant droit à déduction. La condition du lien direct et immédiat afin de pouvoir bénéficier de cette déduction intégrale

joue lorsque l'assujetti est placé sous la disposition générale de déduction du paragraphe 2 de l'article 17 de la 6<sup>e</sup> Directive mais aussi lorsqu'il est placé sous le paragraphe 3 du même article (notamment les opérations financières et bancaires exonérées lorsque le preneur est établi hors de l'Union européenne).

A défaut d'un tel lien avec une opération d'aval ouvrant droit à déduction, le droit à déduction est limité par l'application du prorata si l'opération est de nature générale ou de nature mixte (se rattachant à des opérations ouvrant droit à déduction et à des opérations n'ouvrant pas droit à déduction). Le droit à déduction est nul si l'opération d'amont entretient un lien avec une opération d'aval n'ouvrant pas droit à déduction.

Par ailleurs, la cour, en réponse à la deuxième question, sous a/ de la *High Court of Justice*, précise clairement que la nature du lien entre opération d'amont et opération d'aval demeure identique selon que s'appliquent les paragraphes 2, 3 ou 5 de l'article 17 de la 6<sup>e</sup> Directive. Cela signifie qu'un assujetti réalisant à la fois des opérations ouvrant droit à déduction et des opérations n'y ouvrant pas droit peut déduire la TVA qui a grevé les biens acquis ou services obtenus «*dès lors que ceux-ci présentent un lien direct et immédiat avec les opérations en aval ouvrant droit à déduction*». Ainsi, la nature de ce lien n'est pas modifiée par le régime de déduction sous lequel la société est placée, et en particulier de l'utilisation par celle-ci du prorata de TVA. L'avocat général Carl Otto Lenz, s'était déjà prononcé en ce sens dans ses conclusions sous l'arrêt BLP Group plc de la CJCE (11) dans les termes suivants : «*il va de soi que les critères applicables dans le cadre de cette disposition (il s'agit du paragraphe 5 de l'art. 17 de la 6<sup>e</sup> Directive) pour l'affectation des biens et services grevés de la taxe en amont sont les mêmes que ceux de l'article 17 paragraphe 2*».

Compte tenu du contexte de l'affaire, l'arrêt ne se prononce toutefois pas sur les modalités d'application de la condition du lien direct et immédiat lorsque l'assujetti effectue aussi des opérations hors champ, mais à première vue, il ne nous semblerait pas illogique que le critère du lien direct et immédiat puisse s'étendre dans le cas d'assujettis partiels.

## 3. Absence présumée de lien direct et immédiat entre une opération d'amont consécutive à une opération d'aval ouvrant droit à déduction

La question de savoir si un assujetti est autorisé à déduire la TVA ayant grevé des opérations d'amont, qui interviennent seulement après et en conséquence d'une opération d'aval ouvrant droit à déduction, constitue le point le moins évident de l'arrêt.

L'avocat général comme la cour rappellent le principe fondamental selon lequel les dépenses relatives aux opérations d'amont doivent participer aux coûts des opérations d'aval qui nécessitent les dépenses d'amont en question. Faisant prévaloir, par l'utilisation du mot «*immédiat*» une acception temporelle (par opposition à une acception «*logique*») du lien direct devant lier opération d'amont et opération d'aval, ils en concluent qu'en principe une opération d'amont intervenant postérieurement et en conséquence

d'une opération d'aval taxée n'ouvre pas droit à déduction de la TVA s'y rattachant dans la mesure où les dépenses afférentes aux opérations d'amont ne sont pas constitutives du coût de l'opération d'aval. Il ne pourrait en être autrement que si la preuve contraire était établie par l'assujetti.

Au cas d'espèce, la réponse à cette question était capitale. En effet, la Midland prétendait que l'opération d'amont (les services juridiques obtenus) pouvait être considérée comme une partie du coût supporté par l'opérateur pour réaliser l'opération d'aval (les services financiers fournis à Quadrex) même si l'opération d'amont n'intervenait qu'après celle d'aval et n'en était que la conséquence. L'arrêt réfute ce point de vue et considère que les dépenses exposées lors de telles opérations, ne présentent pas de lien direct et immédiat avec l'opération d'aval ouvrant droit à déduction (les services financiers fournis à Quadrex) mais avec l'ensemble de l'activité de l'assujetti suivant en cela l'argumentation de l'administration fiscale du Royaume-Uni.

La cour ayant pris le soin de développer son analyse, il sera intéressant d'observer l'interprétation qui en sera faite par les administrations fiscales et les tribunaux nationaux, tant l'arrêt peut avoir de conséquences pratiques non négligeables.

En effet, le raisonnement de la cour se décompose en quatre temps :

- premièrement, la cour écarte l'existence d'un lien direct et immédiat entre une opération d'aval et des services qu'un assujetti n'utilise que postérieurement à l'opération d'aval même si les dépenses des services ont été exposées en conséquence de l'opération d'aval ;
- deuxièmement, constatant que les coûts correspondant à ces services ne sont pas constitutifs du coût de l'opération d'aval en question, elle les qualifie de «*frais généraux*» ;
- troisièmement, elle considère qu'ils sont des éléments constitutifs du prix des produits de l'entreprise ;
- quatrièmement, elle en conclut que ces services «*entretiennent un lien direct et immédiat avec l'ensemble de l'activité de l'assujetti*».

Cette conclusion s'avère surprenante dans la mesure où la formulation de la cour ne paraît pas en totale conformité avec l'idée première que l'on pourrait se faire du concept de «*lien direct et immédiat*», lequel supposerait a priori un lien entre une opération d'amont et une opération d'aval bien déterminée et non un lien avec «*l'ensemble de l'activité*». A cet égard, l'arrêt Midland Bank plc ne se situe pas non plus dans la lignée des arrêts de la CJCE ayant consacré l'approche analytique consistant à analyser les opérations une par une afin d'en apprécier le traitement et les conséquences en matière de TVA de façon individualisée, par opposition à l'approche globalisante antérieurement en vigueur <sup>(12)</sup>. Selon la jurisprudence communautaire et nationale récente, afin d'apprécier le traitement et les conséquences d'une opération donnée au titre de la TVA, celle-ci doit être considérée individuellement, c'est-à-dire indépendamment du statut des autres activités exercées ou transactions réalisées par l'entreprise au regard de la TVA. De ce point de vue, cette approche, que l'on peut qualifier «*d'analytique*» parce qu'elle oblige à raisonner opération par opération, s'oppose à la démarche plus «*globalisante*» anciennement privilégiée par le Conseil d'Etat, et consistant à ne pas décomposer l'activité des entreprises en opérations individuelles. Aux termes de cette ana-

lyse globalisante, le Conseil d'Etat considérerait que le statut industriel et commercial d'une entreprise exerçait en quelque sorte une «*attraction*» sur les opérations ne s'inscrivant pas dans le cadre de l'activité principale. Le caractère taxable de cette activité principale était ainsi étendu aux opérations accessoires, ces dernières devenant en quelque sorte taxables «*par destination*», ou encore «*par contexte*». S'agissant de l'arrêt Midland Bank plc, la référence à l'ensemble de l'activité s'oppose à une individualisation des opérations d'aval. Certes, les arrêts dans lesquels il est fait application de cette approche analytique, portent essentiellement sur l'inclusion ou non dans le champ de la TVA de certaines opérations particulières, telles la cession isolée de lingots d'or <sup>(13)</sup> ou la perception de dividendes <sup>(14)</sup>. Cependant, l'arrêt BLP Group plc <sup>(15)</sup> a, quant à lui, fait application de cette approche analytique dans le cadre du droit à déduction de la TVA d'amont. En posant implicitement la question de la portée du lien direct et immédiat en l'absence d'opération d'aval, la *High Court of Justice* a probablement poussé la CJCE dans ses retranchements la contraignant à apprécier dans certains cas de façon plus globale le traitement de la TVA ayant grevé le coût d'une opération d'amont sans lien spécifique avec une opération d'aval déterminée, ce que nous appelons de nos vœux dans une précédente chronique <sup>(16)</sup>.

Certes, une interprétation restrictive de l'arrêt conduirait à limiter la portée du raisonnement tenu par la cour aux seuls cas de dépenses afférentes à des biens ou services utilisés pour la réalisation d'activités qui ne sont que la conséquence d'une opération antérieure ouvrant droit à déduction.

Comme on le verra ci-après, une interprétation plus souple permettrait d'appliquer la solution retenue par la cour à des services obtenus ou des biens acquis qui ne se rattachent spécifiquement à aucune opération d'aval (ouvrant droit à déduction, n'ouvrant pas droit à déduction ou hors champ). De tels services ou biens étant qualifiés de frais généraux, leur coût entrerait dans les éléments constitutifs du prix des produits de l'entreprise. Ces opérations d'amont étant considérées comme entretenant un lien direct et immédiat avec l'ensemble de l'activité de l'assujetti, la TVA grevant ces biens ou services serait en conséquence totalement ou partiellement déductible, le cas échéant avec l'application du prorata.

## II Portée de l'arrêt en droit interne français

Lors de la réunion du Comité fiscal de la Mission d'organisation administrative (ci-après comité MOA) du 7 février 1995, l'administration avait constaté que «*A la lecture de l'instruction du 8 septembre 1994, il apparaît clairement qu'une relation directe de cause à effet est établie entre l'existence d'un lien direct relatif à l'obtention d'une somme et le droit à déduction de la TVA affectant les frais engagés en amont précisément afin d'obtenir cette somme*» <sup>(17)</sup>.

L'administration n'avait toutefois pas occulté ses interrogations sur le traitement qu'il convenait de réserver à la TVA grevant des frais engagés dans la réalisation d'opérations particulières. Tel était notamment le cas des frais engagés en vue de réaliser une augmentation de capital ou une prise de participation dans une société.

Le présent arrêt permet-il de trancher ces questions

restées en suspens ?

## 1. Frais engagés à l'occasion d'une augmentation de capital

L'administration au cours de la réunion du comité fiscal MOA, en date du 7 février 1995 (20), a rappelé à propos des frais engagés à l'occasion d'une augmentation de capital que «*Si l'on se réfère à la jurisprudence communautaire et à la lettre de la Directive, il peut en effet être soutenu qu'il s'agit là de dépenses qui ne concourent pas à la réalisation d'une opération imposée à la TVA : l'augmentation en capital*». L'administration a néanmoins précisé qu'elle comprenait et partageait au plan économique l'analyse des entreprises selon laquelle de telles dépenses devraient demeurer déductibles, dans la mesure où une augmentation de capital permet à une société d'exercer son activité et qu'ainsi ces dépenses constituent des frais généraux directement affectés à l'ensemble de l'exploitation.

De fait, il nous semble évident que l'opération d'augmentation de capital ne constitue pas une opération au sens du régime de déduction de la TVA.

En effet, comme cela a été rappelé lors de la réunion du comité fiscal MOA susvisée, une opération doit en principe exprimer «*une action vers l'extérieur qui génère une recette, ce qui n'est pas le cas de l'augmentation de capital*».

Or, l'augmentation de capital ne traduit aucune action vers l'extérieur générant des recettes initiées par la société et ne devrait donc pas constituer une opération au sens de la TVA.

En conséquence, les frais engagés dans le cadre d'une augmentation de capital ne se rattachant à aucune opération d'aval en particulier devraient, conformément à l'arrêt *Midland Bank plc*, être considérés comme ayant un lien direct et immédiat avec l'ensemble de l'activité de la société. Qualifiés de frais généraux, la TVA les ayant grevés en conséquence déductible sous réserve, le cas échéant, de l'application du prorata.

Là aussi, le comité TVA a indiqué que la question avait été soumise au Comité de la TVA de la Commission européenne.

Dans la mesure où l'arrêt *Midland* avalise de façon implicite l'existence d'opérations qui ne sont pas des opérations au sens de la TVA et qualifie des dépenses engagées à l'occasion de telles opérations de frais généraux au regard de la TVA, il nous semblerait logique que cette solution soit retenue s'agissant des dépenses encourues lors d'une augmentation de capital, dont on a vu qu'elle ne devrait pas constituer une opération au sens de la TVA.

## 2. Frais concourant à une prise de participation

Lorsqu'une société réalise des prises de participation dans d'autres sociétés, la question se pose de savoir si les divers frais (honoraires d'avocats ou de conseils financiers) engagés à cette occasion peuvent être qualifiés de frais généraux et ouvrir droit à la déduction de la TVA supportée par l'assujetti, éventuellement avec l'application du prorata.

Conformément à l'arrêt *Midland*, afin de répondre à cette question, il importe de vérifier si les frais engagés lors d'une prise de participation entretiennent un lien direct et

immédiat non avec la prise de participation elle-même mais avec une opération d'aval. En pratique, la question qui se pose est de savoir si l'opération d'aval à laquelle rattacher l'opération d'amont est constituée de la réception de dividendes, de la cession ultérieure des parts ou des prestations de services effectuées par la société acquéreuse au profit de ses filiales, ou si cette opération d'amont se rattache au contraire à l'activité générale de l'entreprise.

Avant toute chose, l'on écartera toute analogie avec l'arrêt *BLP Group plc* (21) aux termes duquel «*lorsqu'un assujetti fournit des services à un autre assujetti qui les utilise pour effectuer une opération exonérée, celui-ci n'a pas le droit de déduire la TVA acquittée en amont, même lorsque l'objectif ultime de l'opération exonérée est l'accomplissement d'une opération taxée*». En l'espèce, l'opération exonérée était une cession de parts et les services utilisés par l'assujetti pour cette cession de parts étaient des services rendus par sa banque, ses avocats et ses experts-comptables.

Or, l'analyse suivie par la CJCE dans le cadre d'une cession n'est pas transposable dans celui d'une acquisition.

En effet, les opérations portant notamment sur les actions et les parts sont qualifiées par l'article 256 IV 2° b/ du CGI de prestation de services et les cessions de parts ou d'actions entrent dans lesdites opérations. De ce fait, une cession d'actions ou de parts s'analyse en une prestation de services rendue et non obtenue par l'assujetti. La cession de titres constitue donc pour ce dernier une opération d'aval et non une opération d'amont. L'acquisition de titres constitue quant à elle une prestation de services obtenue par l'assujetti et donc une opération d'amont. Or les arrêts *BLP Group plc* et *Midland Bank plc* exigent un lien direct et immédiat entre les services d'amont et une opération d'aval. Il en découle que les frais de prise de participation (opération d'amont) ne peuvent pas suivre le même traitement que les frais de cession d'actions (opération d'aval) (22).

Cette remarque étant faite, il n'est pas inintéressant de rappeler que, lors de sa réunion du Comité fiscal MOA du 7 février 1995 (23), l'administration a affirmé que «*Quand bien même, partirait-on de l'idée qu'une participation est acquise par l'actionnaire pour continuer d'exercer une activité économique à travers sa participation, l'arrêt Satam interdit l'exercice d'un droit à déduction partiel à raison de cette participation*».

Cependant, en déduisant d'une façon absolue des arrêts *SA SATAM* et *Sté Sofitam ex-SA SATAM* de la CJCE (24) et du Conseil d'Etat (25) que la TVA grevant les frais engagés à l'occasion d'une prise de participation n'était pas déductible, l'administration est allée largement au-delà de la portée véritable de ces arrêts.

A titre liminaire, l'on rappellera que la CJCE a jugé dans l'arrêt *SA SATAM* que «*la perception de dividendes n'entre pas dans le champ d'application de la TVA et par conséquent, les dividendes résultant de la détention de participations sont étrangers au système des droits à déduction*» dans la mesure où cette perception de dividendes n'est la contrepartie d'aucune activité économique.

L'on rappellera également que l'approche des arrêts *SA SATAM* et *Sté Sofitam ex-SA SATAM* de la CJCE et du Conseil d'Etat, dans lesquels l'absence d'immixtion de la société bénéficiaire des dividendes dans la gestion de ses

filiales est expressément constatée et qui, plus ou moins explicitement, semblait faire corrélérer le caractère hors champ des dividendes et l'absence d'immixtion, a pu laissé penser qu'une solution différente devait être retenue en cas précisément d'immixtion. L'on notera toutefois que la CJCE vient clairement d'écarter cette dernière éventualité dans un arrêt récent (26), l'arrêt *Floridienne SA et Berginvest SA*.

En effet, dans cet arrêt, la cour a considéré qu'il n'existait pas de lien direct nécessaire entre les dividendes et une prestation de services, même fournie par l'actionnaire, dans la mesure où les dividendes dépendent d'événements aléatoires (l'existence de bénéfices distribuables et la décision de l'assemblée) et où les dividendes sont seulement fonction de la détention de participations par l'entreprise. Elle a ainsi constaté et consacré le caractère hors champ par nature des dividendes (27), quel que soit le degré d'immixtion constaté.

Certes, ni l'arrêt *SATAM* ni l'arrêt *Floridienne SA et Berginvest SA* n'ont d'incidence directe sur la déductibilité de la TVA des frais encourus lors d'une prise de participation, leur portée se limitant à écarter les dividendes du champ de la TVA et donc du prorata de déduction. Ils ont toutefois pour intérêt majeur de tordre le cou à la théorie de «l'immixtion dans la gestion» à la fois théoriquement défectueuse et pratiquement inutilisable, sans pour autant interdire la déduction de la TVA ayant grevé les frais d'acquisition. C'est ce que nous nous efforçons encore une fois de plaider dans les paragraphes qui suivent.

Tout d'abord, si l'arrêt *Sofitam ex-SA SATAM* du Conseil d'Etat en date du 18 mars 1994 évoque la question des dépenses engagées en vue de la perception de dividendes mais ne la tranche pas en l'absence effective de telles dépenses, il ne se prononce nullement sur les dépenses engagées lors d'une prise de participation. Or, les frais engagés à l'occasion d'une prise de participation et ceux engagés pour la perception de dividendes divergent (il s'agit de frais de conseils, de banques et d'avocats dans le premier cas, de frais d'encaissement de coupons et de frais de déclaration dans l'autre cas) et ne peuvent qu'être traités distinctement, dès lors que l'on fait une application stricte de la condition de lien direct et immédiat.

En effet, une tierce entité s'insère entre la prise de participation (et donc les frais s'y rattachant) et les dividendes : c'est l'assemblée générale des actionnaires qui décide de procéder à une distribution de dividendes. C'est pourquoi la distribution de dividendes n'intervient pas dans la continuité temporelle de la prise de participation. De plus, il n'y a pas de relation causale nécessaire entre les deux. En l'absence de continuité temporelle et de relation causale entre la prise de participation et les dividendes, il n'est pas absurde d'affirmer, en suivant le raisonnement tenu par la cour dans l'arrêt *Midland*, que la prise de participation et, de façon incidente, les frais engagés à l'occasion d'une prise de participation n'entretiennent aucun lien direct et immédiat avec les dividendes.

Dans la mesure où l'assujetti n'agit pas dans le cadre d'un négoce d'achat-revente de titres mais dans le cadre d'une détention à long terme des titres, un lien entre les frais engagés à l'occasion de la prise de participation avec la cession des titres paraît encore plus difficile à concevoir. En effet, la cession est susceptible d'intervenir plusieurs années

après l'acquisition, interdisant toute relation causale et temporelle immédiate entre l'acquisition et la cession.

Or, conformément à l'arrêt *Midland Bank plc*, un lien direct et immédiat entre une opération d'amont et une opération d'aval ne devrait exister que si une continuité temporelle et une relation causale sont constatées entre les deux et si les dépenses d'amont font partie du coût de l'opération d'aval.

En conséquence, les frais encourus lors d'une prise de participation ne devraient entretenir aucun lien direct et immédiat avec la cession ultérieure des titres.

Les frais encourus lors d'une prise de participation ne devraient donc pas non plus entretenir de lien direct et immédiat avec les opérations soumises à TVA effectuées par un holding à l'égard de ses filiales, telles que la fourniture de services administratifs, comptables ou informatiques, en dépit du fait que ces opérations pourraient permettre de qualifier l'immixtion d'activité économique au sens de l'article 4 de la 6<sup>e</sup> Directive.

Si les frais liés à une prise de participation n'entretiennent pas de lien direct et immédiat avec une opération d'aval spécifique quelconque (ni les dividendes, ni les cessions ultérieures, ni les transactions entre le holding et les filiales), n'est-ce pas parce qu'il s'agit tout simplement de frais généraux au sens de l'arrêt *Midland* ?

Conformément à l'arrêt *Midland Bank plc*, lorsqu'il n'est pas possible d'établir un lien direct et immédiat entre des dépenses d'amont et une opération d'aval en particulier, les dépenses relèvent des frais généraux (en dehors de l'hypothèse des dépenses mixtes utilisées à la fois pour les besoins d'opérations ouvrant droit à déduction et d'opérations n'ouvrant pas droit à déduction).

En conséquence, les frais de prise de participation ne pouvant être affectés à aucune opération d'aval particulière, devraient être qualifiés de frais généraux et la TVA ayant grevé ces frais, devrait être déductible, le cas échéant avec l'application du prorata.

Croyant en faisant application de la notion d'immixtion introduite par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt *Polysar* du 20 juin 1991, le tribunal administratif de Poitiers, dans un jugement du 25 février 1999 (28), avait estimé au vu d'un faisceau d'indices, dont le pourcentage de détention, la désignation des dirigeants et l'influence dans la gestion, que les prises de participation réalisées ou tentées par la société requérante dans d'autres sociétés étaient constitutives d'une immixtion directe dans la gestion de ces sociétés car ayant pour objet le développement d'activités commerciales en vue d'accroître les recettes de même nature qu'elle en tire de manière permanente. Se fondant sur cette immixtion, le tribunal de Poitiers avait conclu que les frais bancaires engagés à l'occasion de ces prises de participation devaient être rattachés au secteur d'exploitation commerciale de la requérante et que la TVA afférente à ces frais, qui selon le tribunal avaient grevé le prix des opérations commerciales effectuées par la société, présentait un caractère déductible.

Afin de reconnaître que l'achat des parts avait pour but l'immixtion directe par l'assujetti dans la gestion des sociétés acquises et ainsi permettre au contribuable de déduire la TVA ayant grevé les frais liés à ces prises de participation, le juge de l'impôt avait donc retenu la similitude des activités commerciales des sociétés concernées (sociétés acquises et acquéreur) ainsi que les intentions de la société requérante à l'égard du développement commercial

des sociétés acquises.

Suite à l'arrêt *Floridienne SA et Berginvest SA* du 14 novembre 2000, cette jurisprudence est désormais caduque. Pour autant, la conclusion à laquelle était parvenue le tribunal, à savoir l'entière déduction de la TVA ayant grevé les frais d'acquisition, nous semble conserver tout son intérêt pratique.

De fait, l'on remarquera que la solution aurait été identique si la logique de l'arrêt *Midland Bank plc* avait été appliquée : bien entendu, le fondement aurait été différent. Il aurait tout simplement consisté, pour le tribunal administratif, à constater que les frais engagés pour les prises de participation, n'entretenaient aucun lien direct et immédiat avec une quelconque opération d'aval précise, mais devaient être considérés comme des frais généraux ayant un lien direct et immédiat avec l'ensemble de l'activité de l'assujetti lui conférant ainsi un droit à déduction sur la TVA ayant grevé les frais en question. ■

(1) CJCE, 21 septembre 1988, aff. 50/87, *Commission c/ France* : *RJF* 11/88 n° 1255.

(2) CJCE, 11 juillet 1991, aff. 97/90, 6<sup>e</sup> ch., Lennartz, *RJF* 10/91 n° 1325.

(3) CJCE 4 octobre 1995, aff. 291/92, Finanzamt Uelzen et Dieter Armbricht, *RJF* 12/95, n° 1447.

(4) CJCE, 26 septembre 1996, aff. 230/94, 4<sup>e</sup> ch., Enkler, *RJF* 11/96 n° 1370.

(5) CJCE 6 avril 1995, aff. 4/94, 5<sup>e</sup> ch., BLP Group plc, *RJF* 6/95, n° 804 avec les conclusions de l'avocat général p. 408.

(6) Art. 207 bis -1b, c et d de l'annexe II du *CGI*.

(7) Art. 212 et 219 de l'annexe II du *CGI*.

(8) Inst. 8 sept. 94, *BOI spécial* 3 CA-94, n° 82 à 85, D. adm. 3 D-1611, n° 2 et 3, 2 nov. 1996.

(9) Inst. 18 février 1981, 3 D-81.

(10) M. Antonio Saggio, conclusions sous l'arrêt CJCE, 8 juin 2000, aff. 98/98, 2<sup>e</sup> ch., *Midland Bank plc*, *BDCF*, 9-10/00.

(11) CJCE 6 avril 1995, aff. 4/94, 5<sup>e</sup> ch., BLP Group plc, *RJF* 6/95, n° 804 avec les conclusions de l'avocat général p. 408.

(12) Conseil d'Etat 20 février 1974, n° 89 237, Société anonyme Elsa, *RJF* 5/74, n° 16 978 p. 200 ; Conseil d'Etat, 7<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> s-s, 14 mars 1983, n° 36 292, SA Imprimerie Marchand, *Droit fiscal* 1983, n° 48, c. 2229.

(13) Conseil d'Etat, 9<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> s-s, 29 décembre 1995, n° 118 754, Société Sudfer, *Droit fiscal* 1996, n° 8, c. 221.

(14) CE 18 mars 1994, n° 61379, 9<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> s-s, Sté Sofitam ex-SA SATAM, *RJF* 5/94 n° 542, concl. Ph. Martin, p. 298.

(15) CJCE 6 avril 1995, aff. 4/94, 5<sup>e</sup> ch., BLP Group plc, *RJF* 6/95, n° 804 avec les conclusions de l'avocat général p. 408.

(16) Chronique fiscale, Claire Acard, *Banque & Droit* n° 71, mai-juin 2000 ; Question préjudicielle posée à la CJCE par le TA de Lille, 6 janvier 2000, n° 96-3060, 4<sup>e</sup> ch., Sté Cibo Participations.

(17) Comité fiscal de la Mission d'organisation administrative, réunion du 7 février 1995, Champ d'application et droit à déduction de la TVA, *Droit fiscal* 1995, n° 43.

(18) Comité fiscal de la Mission d'organisation administrative, réunion du 7 février 1995, Champ d'application et droit à déduction de la TVA, *Digest DO* 1725 du 22-9-1995, p. 7 n° 13.

(19) Comité fiscal de la Mission d'organisation administrative, réunion du 7 février 1995, Champ d'application et droit à déduction de la TVA, *Digest DO* 1725 du 22-9-1995, p. 8 n° 16, Questions posées par les contribuables à l'administration.

(20) Comité fiscal de la Mission d'organisation administrative, réunion du 7 février 1995, Champ d'application et droit à déduction de la TVA, *Droit fiscal* 1995, n° 43.

(21) CJCE 6 avril 1995, aff. 4/94, 5<sup>e</sup> ch., BLP Group plc, *RJF* 6/95, n° 804 avec les conclusions de l'avocat général p. 408.

(22) Peter Jenkins, The right to recover input tax and its enemies, *VAT Monitor*, vol. 6, n° 3, May/june 1995.

(23) Champ d'application et droit à déduction de la TVA, Comité fiscal de la Mission d'organisation administrative, réunion du 7 février 1995, *Droit fiscal* 1995, n° 43.

(24) CJCE, 22 juin 1993, aff. 333/91, SA SATAM *RJF* 7/93, n° 986.

(25) CE 18 mars 1994, n° 61379, 9<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> s-s, Sté Sofitam ex-SA SATAM, *RJF* 5/94 n° 542, concl. Ph. Martin, p. 298.

(26) CJCE, 14 novembre, 2000, aff. 142/99, *Floridienne SA et Berginvest SA*.

(27) Chronique fiscale, Claire Acard, *Banque & Droit* n° 71, mai-juin 2000 ; Question préjudicielle posée à la CJCE par le TA de Lille, 6 janvier 2000, 4<sup>e</sup> ch, req. n° 96-3060, Sté Cibo Participations, *RJF* 3/00 n° 352.

(28) TA de Poitiers, 2<sup>e</sup> ch., 25 février 1999, re. n° 96-685, SA Rémy-Cointreau, *Droit fiscal* 1999, n° 25 ; chronique fiscale, Claire Acard, *Banque & Droit* n° 67, septembre-octobre 1999 : Jugement du TA de Poitiers, 25 février 1999, n° 96-685, 2<sup>e</sup> ch., SA Rémy-Cointreau.