

Chronique *fiscale*



CLAIRE ACARD
Associée
Andersen Legal
Association d'avocats

Comité fiscal de la mission d'organisation administrative

• Question 5 : Lien direct en matière de TVA

29 mars 2000

TVA. Opérations ouvrant droit à déduction. TVA ayant grevé le prix d'acquisition de titres de filiales. Lien direct et immédiat. Champ d'application de la TVA. Modalités de calcul de la TVA déductible grevant les dépenses concourant à la réalisation d'opérations ouvrant partiellement droit à déduction

Dans un jugement du 25 février 1999 (SA Rémy Cointreau), le TA de Poitiers a considéré comme intégralement déductible la TVA payée à l'occasion de dépenses afférentes à l'acquisition de participations financières. Le Comité fiscal de la mission d'organisation administrative, interrogé sur sa position au regard de cette jurisprudence, est revenu, le 29 mars 2000, sur cette possibilité de déduction. Dès lors que l'acquisition de titres a pour objet de s'immiscer dans la gestion de l'entreprise concernée, la déductibilité de la TVA payée, par la société «acquéreuse», sur les dépenses encourues à l'occasion de cet achat est envisageable. Par ailleurs, l'existence de l'immixtion peut être déterminée à partir d'un faisceau de critères : pourcentage de détention du capital, pouvoir de nomination des dirigeants, capacité à orienter l'activité de la filiale... S'agissant du calcul de la TVA déductible afférente aux dépenses concernées, l'administration estime qu'il convient de tenir compte de l'ensemble des recettes de la société : recettes commerciales soumises à la TVA, mais aussi dividendes et autres recettes financières non soumises à cette taxe.

Il y a quelques mois, le TA de Poitiers (SA Rémy Cointreau)⁽³⁾ se prononçait sur la déductibilité de la TVA payée à l'occasion de dépenses (précisément des honoraires d'assistance et de conseil facturés par des banques) engagées à l'occasion d'une acquisition de titres.

Le TA de Poitiers, pensant faire application de la

jurisprudence de la CJCE⁽⁴⁾, avait considéré que la simple acquisition et la simple détention de parts sociales ne constituaient pas une activité économique au sens de la 6^e directive mais qu'il en allait différemment lorsque la détention était accompagnée d'une immixtion directe ou indirecte dans la gestion des sociétés où s'est opérée la prise de participation.

Selon le juge de l'impôt, l'instruction démontrait valablement que les prises de participations réalisées ou tentées par la société requérante avaient pour objet l'immixtion directe dans la gestion des sociétés cibles, l'immixtion étant définie de manière très large : il s'agissait avant tout de la possibilité d'orienter la gestion des sociétés cibles, dans le cadre d'activités commerciales complémentaires de celles de la société acquéreuse.

Par suite, les frais bancaires litigieux engagés au moment de cette tentative d'acquisition devaient être rattachés au secteur d'exploitation commerciale de la requérante et non au secteur financier. Il en résulte que la taxe afférente à ces frais et honoraires présentait un caractère déductible en application des dispositions de l'article 271 du CGI : «*La TVA qui a grevé les éléments du prix d'une opération imposable est déductible de la TVA applicable à cette opération*».

La question posée au Comité fiscal de la MOA portait sur la position de l'administration au regard de cette jurisprudence, autrement dit sur la possibilité de déduire la TVA grevant des dépenses afférentes à l'acquisition de participations financières.

Dans le cadre de sa réponse, le Comité fiscal de la MOA est revenu, d'une part, sur la possibilité de déduire la TVA d'amtant ayant grevé le coût d'acquisition de titres notamment lorsque cette acquisition s'est accompagnée d'une immixtion dans la gestion des sociétés où s'est opérée la prise de participation, et d'autre part sur les modalités de calcul du montant de cette TVA déductible.

L'administration réaffirme, de même que le TA de Poitiers et suivant en cela la jurisprudence de la CJCE⁽⁵⁾ antérieure à l'arrêt «Floridienne SA et Berginvest SA»⁽⁶⁾, que la détention de participations financières est hors du champ d'application de la TVA, sauf à ce qu'il y ait immixtion dans la gestion des entreprises faisant l'objet de ces prises de participations. En cela, l'administration ne fait que rappeler sa propre doctrine⁽⁷⁾ qui avait déjà intégré les conséquences qu'elle pensait devoir tirer de l'arrêt de la CJCE Polysar.

Inversement, selon le Comité fiscal de la MOA, dès lors que l'immixtion est caractérisée, la TVA sur les dépenses d'amont engagées à l'occasion de l'acquisition de participations devrait être déductible.

Le Comité fiscal de la MOA apporte des indications nouvelles destinées à caractériser le critère d'immixtion, (I), même s'il remarque toutefois que la position de la CJCE n'apparaît pas encore complètement arrêtée en la matière.

Concernant les modalités de calcul de la TVA déductible ayant grevé les frais d'acquisition des titres, la position de l'administration est quelque peu moins claire. L'administration affirme en effet que pour déterminer la TVA déductible afférente aux dépenses concernées, il faut tenir compte de l'ensemble des recettes de la société acquéreuse : recettes commerciales soumises à la TVA, dividendes et autres recettes financières non soumises à cette taxe.

Est-ce à dire que la question posée a constitué l'occasion pour l'administration de réaffirmer sa position telle qu'elle a été formalisée récemment dans le cadre d'un contentieux devant le TA de Lille (8), c'est-à-dire que dès lors que les dividendes sont perçus dans le cadre d'une prise de participation avec immixtion dans la gestion de la société acquise, il faudrait les considérer comme entrant dans le champ d'application de la TVA tout en étant exonérés (II). L'administration ferait en ce sens référence au calcul du prorata de déduction.

Au contraire, on pourrait considérer, et nous verrons que de nombreux éléments vont en ce sens, que l'administration opère ici un changement de position pour admettre définitivement que les dividendes sont placés par nature, et quel que soit le contexte (immixtion ou non), hors du champ d'application de la TVA (III).

I Maintien du critère de l'immixtion par l'administration

C'est la jurisprudence Polysar de la CJCE (9) qui a initié cette référence au critère de l'immixtion, directe ou indirecte, dans la gestion des sociétés où s'est opérée la prise de participation (point 14 de la décision), afin, semble-t-il, de distinguer la simple acquisition et détention de parts (qui ne sont pas à considérer comme une activité économique), d'une situation où il y aurait immixtion. Elle n'a toutefois ni défini ce critère, ni tiré les conséquences de situations d'immixtion.

Le Comité fiscal de la MOA remarquait à juste titre au moment de la tenue de la séance, que la CJCE n'avait eu l'occasion :

- ni de conclure à l'existence d'une immixtion directe et indirecte ;
- ni même de préciser les critères permettant d'établir l'existence d'une telle immixtion ;
- ni enfin de tirer toutes les conséquences, au regard des droits à déduction, de la perception de recettes liées à la détention de participations financières.

L'administration notait également que la CJCE devait compléter sa jurisprudence sur ces différents aspects à l'occasion de deux questions préjudicielles posées respectivement par une juridiction belge (aff. C142/99 «Floridienne SA et Berginvest SA») et par le tribunal administra-

tif de Lille (Aff. C16/00 «Cibo Participations»).

Dans le cadre de sa réponse à la juridiction belge (Floridienne SA et Berginvest SA) (10), postérieure à la tenue de la séance du Comité fiscal de la MOA, la CJCE remettant en cause la théorie de «l'immixtion dans la gestion», s'est surtout attachée à écarter définitivement les dividendes du champ d'application de la TVA, et donc du prorata de déduction, et ce qu'il y ait immixtion ou non. Assez logiquement, la CJCE a fourni assez peu d'éléments sur l'appréciation de l'immixtion en tant que telle.

Il reste que la pertinence des indications fournies en ce sens par le Comité fiscal de la MOA dépendra de l'évolution de la jurisprudence communautaire quant au maintien du critère de l'immixtion (incidence ou non sur la possibilité de déduire la TVA d'amont sur les dépenses d'acquisition de titres) ; on doit remarquer qu'elles sont largement inspirées par le jugement du TA de Poitiers (SA Rémy Cointreau).

1. Rappel de la position du tribunal administratif de Poitiers

Dans son jugement, le TA de Poitiers mentionne un certain nombre de circonstances qui, selon lui, permettaient en l'espèce de conclure l'existence d'une immixtion :

- l'acquisition des parts sociales a permis d'aboutir à une participation s'élevant à 98 % de la société cible, et il en résulte la possibilité d'en désigner les dirigeants et d'influencer la gestion ;
- l'offre publique d'achat des titres avait pour but de s'assurer le contrôle de la société cible contre la volonté de ses dirigeants ;
- ces acquisitions de titres ne visaient pas seulement la constitution d'un patrimoine boursier en vue de la perception de dividendes, mais tendaient à prendre le contrôle de sociétés fabriquant et commercialisant des boissons alcoolisées, afin d'enrichir la gamme des produits distribués par le réseau.

Et le TA de Poitiers d'en conclure que les prises de participations réalisées ou tentées par la société requérante avaient pour objet l'immixtion directe dans la gestion de sociétés et le développement d'activités commerciales en vue d'accroître les recettes de même nature qu'elle en tire de manière permanente.

Comme nous le notions dans une précédente chronique (11), aux fins de déterminer s'il y a ou non immixtion, le juge de l'impôt retient donc 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.

Il semble que l'administration reprenne à son compte ces différents critères.

2. Position de l'administration : existence d'un faisceau de critères

L'administration, en attendant une position plus précise de la CJCE, indique qu'elle partage l'analyse du juge fiscal quant aux faits de l'espèce et aux conséquences qu'il convient d'en tirer au regard de la détermination d'une immixtion dans la gestion.

L'administration précise que, selon elle, l'existence

de l'immixtion peut être déterminée à partir d'un faisceau de critères : pourcentage de détention du capital, pouvoir de nomination des dirigeants, capacité à orienter l'activité de la filiale...

Par conséquent, en l'absence de commentaires plus précis, la position de l'administration semble relativement souple : on peut noter d'une part, que le critère utilisé par le TA de Poitiers de la similitude des activités commerciales des sociétés concernées n'est toutefois pas repris, et d'autre part qu'à l'instar du juge fiscal, l'administration semble accepter une notion d'immixtion potentielle, puisqu'il s'agit de la capacité à orienter l'activité de la filiale, et non pas sa gestion de fait, de même que le juge fiscal avait porté son attention sur les objectifs de l'acquisition plutôt que sur une situation établie.

La CJCE devrait sans doute compléter sa jurisprudence en la matière dans le cadre de la question préjudicielle posée par le TA de Lille (12) (Aff. C16/00 «Cibo Participations»). Le critère à retenir pour la définition de l'immixtion constitue en effet le premier volet de la question préjudicielle, le TA de Lille ayant interrogé la CJCE sur le point de savoir si l'existence de prestations rémunérées, l'animation d'un groupe par un holding, ou encore la gestion de fait pouvaient constituer des critères de détermination de l'immixtion.

Il reste que, même dans le cas où l'immixtion dans la gestion serait établie, ce qui devrait permettre la déduction de la TVA d'amont sur les frais d'acquisition, le problème des modalités de calcul de cette TVA déductible reste entier.

II Une position ambiguë de l'administration

Dans le cadre de sa réponse, l'administration prend également position quant aux modalités de déduction de la TVA d'amont payée à l'occasion de dépenses effectuées dans le cadre d'une acquisition de participations. On peut regretter que le compte rendu du Comité fiscal de la MOA demeure toutefois assez ambigu sur cette question.

L'administration indique tout d'abord qu'elle ne partage pas l'analyse faite par le TA de Poitiers quant aux conséquences à tirer (de l'existence d'une immixtion) en matière de droits à déduction.

«L'administration estime qu'il convenait plutôt, ainsi que cela a déjà été admis pour les dépenses engagées à l'occasion d'opérations d'augmentation de capital, de déterminer la TVA déductible afférente aux dépenses concernées en tenant compte de l'ensemble des recettes de la société Rémy Cointreau : recettes commerciales soumises à la TVA, dividendes et autres recettes financières non soumises à cette taxe.»

L'administration estime donc que pour la détermination de TVA déductible, les dividendes et autres recettes financières non soumises à la TVA doivent être pris en compte. Toutefois, le lecteur peut s'interroger sur ce que l'administration a voulu sous-entendre : s'agit-il des dividendes non soumis à la TVA en ce sens qu'ils sont exonérés de la TVA quoique dans son champ d'application, ou bien en ce qu'ils sont hors du champ d'application de la TVA. Nous examinerons successivement ces deux hypothèses.

S'il s'agit de la première éventualité (dividendes dans le champ de la TVA mais exonérés), l'administration aurait donc voulu réaffirmer sa position telle qu'elle apparaît dans le cadre de la question préjudicielle «Cibo Participa-

tions» (13). En effet, l'administration soutient, à titre subsidiaire, au cas où l'immixtion serait démontrée, que les produits tirés des participations impliquant une immixtion, doivent être rattachés à l'activité économique de la société et donc à ses recettes dans le champ d'application de la TVA, mais qu'étant exonérées, compte tenu des dispositions du 1) du d) du B de l'article 13 de la 6^e directive TVA, il y a lieu de calculer un prorata de déduction.

On doit toutefois remarquer que si le Comité fiscal de la MOA fait référence à des dividendes et autres recettes financières exonérées mais dans le champ d'application, il devrait s'agir, selon elle et en tout état de cause, des dividendes et autres recettes financières provenant de participations impliquant une immixtion. En effet, dans son instruction 3 CA-94 du 8 septembre 1994 (14), l'administration affirme que la perception de dividendes n'entre pas dans le champ d'application de la TVA. A tout le moins, l'affirmation du Comité fiscal de la MOA semble assez imprécise.

Dans une précédente chronique (15), nous avons toutefois souligné le caractère contestable de la position de l'administration sur ce point précis. En effet, à supposer même qu'une quelconque immixtion puisse être démontrée, compte tenu de l'absence d'effet des dividendes sur le prix de revient des biens et services d'une part, et de l'absence de lien d'obligation préalable entre la détention de parts ou d'actions et la distribution de dividendes d'autre part, la perception de dividendes devrait selon nous rester hors du champ d'application de la TVA. Ce point de vue est d'ailleurs largement conforté par la dernière décision en date de la CJCE (16), selon laquelle les dividendes distribués par ses filiales à un holding doivent être exclus du dénominateur de la fraction correspondant au prorata de déduction, et ce quel que soit le niveau d'immixtion constaté. D'ailleurs, certains éléments indiquent que ce pourrait être aussi la position du Comité fiscal de la MOA. Il en résulte selon nous que le critère de l'immixtion pourrait être indifférent au regard d'une hypothétique inclusion des dividendes dans le champ d'application de la TVA.

III Un revirement possible de l'administration

1. Portée de la position de l'administration

Comme nous l'avons souligné, la position du Comité fiscal de la MOA peut toutefois être interprétée différemment. En effet, si l'on se reporte au texte du compte rendu, rien n'exclut que l'administration fasse en réalité référence aux modalités de calcul de la TVA déductible payée par un assujetti partiel sur des biens et services utilisés pour la réalisation à la fois d'opérations entrant dans le champ d'application de la TVA et d'opérations «hors champ».

Pour mémoire, un assujetti partiel réalise concurremment des opérations qui sont dans le champ d'application de la TVA, et hors champ, tandis que le redevable partiel effectue des opérations dans le champ, mais dont certaines sont exonérées de TVA. A cet égard, dans certaines situations, un assujetti partiel à la TVA peut également avoir le statut de redevable partiel au regard des opérations entrant dans le champ d'appli-

tion de la TVA. Par conséquent, si certaines dépenses sont afférentes à l'ensemble des opérations (opérations hors champ et opérations dans le champ exonérées ou non), le contribuable en cause devra calculer la TVA déductible grevant ces opérations en deux étapes, pour tenir compte tout d'abord des opérations hors champ, puis des opérations dans le champ mais exonérées, qui dans les deux cas limitent le droit à la déduction de la TVA d'amont.

En principe, dans le cas d'un assujettissement partiel, la TVA qui a grevé des dépenses mixtes est déductible proportionnellement à l'utilisation des biens et services correspondants pour la réalisation d'opérations imposables placées dans le champ d'application de la TVA.

Cette répartition est normalement à déterminer dépense par dépense, en tenant compte des opérations (dans le champ et hors champ) pour lesquelles les dépenses ont été engagées. Les assujettis partiels ont néanmoins la possibilité d'appliquer une clef de répartition commune à l'ensemble des dépenses mixtes concernées, à condition de pouvoir la justifier (art. 207 bis 1 d du Code général des impôts).

Enfin, si l'entreprise perçoit pour une même activité des recettes d'opérations situées hors champ et des recettes taxables, elle pourra également utiliser une clef de répartition «économique» calculée en fonction de la quote-part des recettes dans le champ par rapport aux recettes totales (17).

Par conséquent, la position de l'administration visée plus haut pourrait donc être interprétée comme une référence aux modalités de calcul de la TVA déductible dans le cadre d'un assujettissement partiel. En effet, si l'on considère notamment la situation dans laquelle des dépenses sont affectées à l'ensemble de l'exploitation, comme ce peut être le cas de frais engagés lors d'une augmentation de capital (voir infra), la TVA ayant grevé ces dépenses devra être déterminée en tenant compte des recettes financières et des dividendes qui sont hors champ.

2. La référence aux frais engagés lors d'une augmentation de capital

Dans le cadre de sa réponse, le Comité fiscal de la MOA mentionne le cas des dépenses engagées à l'occasion d'opérations d'augmentation de capital. L'administration fait ici référence à la réunion du Comité fiscal MOA en date du 7 février 1995 (18), dans laquelle l'administration a précisé qu'elle comprenait et partageait au plan économique l'analyse des entreprises selon laquelle de telles dépenses devraient demeurer déductibles (19), nonobstant le fait que ces dépenses ne concourent pas à la réalisation d'une opération imposée à la TVA (l'augmentation en capital).

La rédaction du compte rendu du Comité fiscal de la MOA du 29 mars 2000 laisse entendre que le traitement de la TVA grevant les dépenses d'acquisition de titres, devrait être similaire à celui des frais ayant grevé une augmentation de capital. Autrement dit, il conviendrait de les traiter comme des frais généraux ne se rattachant à aucune opération d'aval en particulier, dans le cadre d'une analyse globale, par opposition à une approche analytique dépense par dépense. La TVA correspondante serait en conséquence déductible sous réserve, le cas échéant, de la limitation de cette déduc-

tion compte tenu de l'existence de recettes hors champ telles que les dividendes.

La position de l'administration rejoindrait dans ce cas celle précédemment défendue dans ces mêmes colonnes, c'est-à-dire d'une part le maintien quoi qu'il en soit des dividendes hors du champ d'application de la TVA, et d'autre part la déductibilité de la TVA grevant les frais d'acquisition de titres. Il doit être noté toutefois que l'administration semble ici ne se prononcer que dans le cas d'une prise de participation impliquant une immixtion.

Ce faisant, l'administration anticipe la position de la CJCE dans la cadre de sa réponse à la question préjudicielle du TA de Lille (Sté Cibo Participations) (20) qui porte précisément sur le maintien hors champ des dividendes dans le cadre d'une détention de titres impliquant une participation à des activités économiques (immixtion), et sur les modalités de déduction de la TVA d'amont sur les frais afférents à l'acquisition des titres. Mais nous ne saurions nous en plaindre...

(3) TA de Poitiers, 2^e ch., 25 février 1999, re. n° 96-685, SA Rémy Cointreau, *Droit fiscal* 1999, n° 25 ; chronique fiscale, Claire Acard, *Banque & Droit* n° 67, sept.-oct. 1999 ; jugement du TA de Poitiers, 25 février 1999, n° 96-685, 2^e ch., SA Rémy Cointreau.

(4) CJCE, 20 juin 1991, aff. C. 60/90, Polysar Investments Netherlands BV, *Droit fiscal* 1991, comm. 1911, *RJF* 10/91 n° 1324, CE, 18 mars 1994, n° 61 379.

(5) CJCE, 20 juin 1991, aff. C.60/90, Polysar Investments Netherlands BV, *Droit fiscal* 1991, comm. 1911, *RJF* 10/91 n° 1324, CE, 18 mars 1994, n° 61 379.

(6) Floridienne SA et Berginvest SA ; *RJF* 9/10 2000 n° 1187 et *RJF* 01/01 n° 127 ; chronique fiscale, Claire Acard, *Banque & Droit* n° 75, nov.-déc. 2000 ; CJCE 8 juin 2000, aff. 98/98 : Midland Bank plc, CJCE 14 novembre 2000, aff. 142/99 : Floridienne SA et Berginvest SA.

(7) Inst. 8 sept. 1994, *BOI spécial* 3 CA-94, n° 71.

(8) TA Lille, 6 janvier 2000, n° 96-3060, 4^e ch., Sté Cibo Participations, *RJF* 03/00 n° 352, chronique fiscale Claire Acard, *Banque & Droit* n° 71, mai-juin 2000 ; jugement du tribunal administratif de Lille du 6 janvier 2000 : Société Cibo Participations.

(9) CJCE, 20 juin 1991, aff. C. 60/90, Polysar Investments Netherlands BV, *Droit fiscal* 1991, comm. 1911, *RJF* 10/91 n° 1324, CE, 18 mars 1994, n° 61 379.

(10) CJCE, 14 nov. 2000, aff. Floridienne SA et Berginvest SA, *RJF* 01/01 n° 127 ; chronique fiscale, Claire Acard, *Banque & Droit* n° 75, nov.-déc. 2000 ; CJCE 8 juin 2000, aff. 98/98 : Midland Bank plc, CJCE 14 novembre 2000, aff. 142/99 : Floridienne SA et Berginvest SA.

(11) Chronique fiscale, Claire Acard, *Banque & Droit* n° 67, sept.-oct. 1999 ; jugement du TA de Poitiers, 25 février 1999, n° 96-685, 2^e ch., SA Rémy Cointreau.

(12) TA Lille, 6 janvier 2000, n° 96-3060, 4^e ch., Sté Cibo Participations, *RJF* 03/00 n° 352, chronique fiscale Claire Acard, *Banque & Droit* n° 71, mai-juin 2000 ; jugement du tribunal administratif de Lille du 6 janvier 2000 : Société Cibo Participations.

(13) TA Lille, 6 janvier 2000, n° 96-3060, 4^e ch., Sté Cibo Participations, *RJF* 03/00 n° 352, chronique fiscale Claire Acard, *Banque & Droit* n° 71, mai-juin 2000 ; jugement du tribunal administratif de Lille du 6 janvier 2000 : Société Cibo Participations.

(14) Inst. 8 sept. 1994, *BOI spécial* 3 CA-94, n° 71.

(15) Chronique fiscale Claire Acard, *Banque & Droit* n° 71, mai-juin 2000 ; jugement du tribunal administratif de Lille du 6 janvier 2000 : Société Cibo Participations.

(16) CJCE, 14 nov. 2000, aff. Floridienne SA et Berginvest SA, *RJF* 01/01 n° 127 ; chronique fiscale, Claire Acard, *Banque & Droit* n° 75, nov.-déc. 2000 ; CJCE 8 juin 2000, aff. 98/98 : Midland Bank plc, CJCE 14 novembre 2000, aff. 142/99 : Floridienne SA et Berginvest SA.

(17) Inst. 8 sept. 1994, *BOI spécial* 3 CA-94, n° 86 à 93.

(18) 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.

(19) Chronique fiscale, Claire Acard, *Banque & Droit* n° 75, nov.-déc. 2000 ; CJCE 8 juin 2000, aff. 98/98 : Midland Bank plc, CJCE 14 novembre 2000, aff. 142/99 : Floridienne SA et Berginvest SA.

(20) TA Lille, 6 janvier 2000, n° 96-3060, 4^e ch., Sté Cibo Participations, *RJF* 03/00 n° 352, chronique fiscale Claire Acard, *Banque & Droit* n° 71, mai-juin 2000 ; jugement du tribunal administratif de Lille du 6 janvier 2000 : Société Cibo Participations.