

CHRONIQUE

DROIT FISCAL



CLAIRE ACARD
Associé
Ernst & Young,
cabinet
d'avocats

■ TVA ET OPÉRATIONS EN CAPITAL : UNE HISTOIRE SANS FIN ? CJCE, 13 MARS 2008, SECURENTA (AFF. C-437/06).

On croyait définitivement réglée la double question relative, d'une part, à la nature des opérations en capital au regard du champ d'application de la TVA et, d'autre part, aux droits à déduction de la TVA d'amont attachée à de telles opérations. C'était sans compter sur la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) qui continue inlassablement de peaufiner sa jurisprudence en la matière.

Les modalités de déduction de la TVA d'amont par les entreprises (dont les sociétés holdings) qui réalisent des opérations financières ont, en effet, soulevé depuis plus de vingt ans de multiples interrogations quant à l'interprétation qu'il convenait de conférer aux règles définies par les deux premières directives du Conseil du 11 avril 1967 et par la sixième directive n°77/388/CEE du Conseil du 17 mai 1977 (cette dernière ayant été refondue dans la directive 2006/112 du Conseil du 28 novembre 2006¹ compte tenu des nombreuses modifications subies par le texte depuis son adoption)².

Dans ce cadre, depuis l'arrêt Polysar rendu en 1991³, la CJCE a construit par tâtonnements successifs un corpus de règles relatif au traitement TVA à appliquer aux produits financiers en général et aux opérations en capital en particulier.

Dans l'affaire *Securenta*, la Cour a été saisie pour répondre aux deux questions suivantes introduites par voie de

question préjudicielle par une juridiction allemande⁴ :

- lorsqu'un assujetti exerce à la fois une activité économique (taxée ou exonérée) située dans le champ d'application et une activité située hors du champ d'application de la TVA, le droit à déduction de la TVA ayant grevé les dépenses liées à l'émission d'actions et de participations tacites atypiques doit-il être déterminé en appliquant le prorata de TVA prévu à l'article 173⁵ de la directive ou la déduction de cette taxe n'est-elle admise que dans la mesure où les dépenses liées à l'émission d'actions et de participations tacites se rapportent à l'activité économique au sens de l'article 2(1) de ladite directive ?

- dans l'hypothèse où la déduction de la TVA d'amont ne serait admise que dans la mesure où les dépenses liées à l'émission d'actions et de participations tacites se rapportent à l'activité économique, le montant de la TVA d'amont doit-il être ventilé entre la partie « dans le champ » et la partie « hors du champ » en utilisant une « clé de répartition selon la nature de l'investissement » ou doit-on considérer qu'une « clé de répartition selon la nature de l'opération » est également objective (par analogie avec l'article 173 précité) ?

Afin d'analyser les réponses données par l'arrêt rendu par la CJCE le 13 mars 2008, notamment au regard du droit positif français (§2), puis d'en tirer un certain nombre d'enseignements et perspectives tant pour l'Administration fiscale française que pour les entreprises dont les activités sont partiellement assujetties et partiellement imposées à la TVA en France (§3), il nous a paru intéressant de replacer l'arrêt *Securenta* dans la construction prétorienne de la Cour (§1).

1. Ci-après la « directive ».
2. Pour mémoire, il s'agit de :
 - l'article 2 (1) qui liste les opérations rentrant dans le champ d'application de la taxe (précédemment, Article 2 (1) de la 6^e Directive) ;
 - l'article 9 (1) qui définit les personnes assujetties à la TVA et la notion d'activité économique (précédemment, Article 4 (1) et (2) de la 6^e directive) ;
 - l'article 135 (1) (f) qui exonère de TVA les opérations sur titres (précédemment, Article 13B (d) (5) de la 6^e directive) ;
 - et les articles 168 et 173 qui déterminent l'étendue et les modalités du droit à déduction, et notamment l'application du prorata (précédemment, article 17 (2) et (5) de la 6^e directive).
3. CJCE, *Polysar Investments*, 20 juin 1991, aff. C-60/90.

4. Le Niedersächsisches Finanzgericht.

5. Résultant du rapport entre les opérations ouvrant droit à déduction au numérateur et du total des opérations ouvrant et n'ouvrant pas droit à déduction au dénominateur.

I. UNE LONGUE CONSTRUCTION PRÉTORIENNE DE LA CJCE

1.1. De l'assujettissement ou non à la TVA des produits financiers

Les dividendes exclus par nature du champ d'application de la TVA

S'agissant des *holdings* « purs » qui ont pour objet exclusif la gestion d'un portefeuille de titres de participations, la solution semble désormais gravée dans le marbre.

Depuis l'arrêt *Polysar*⁶, la simple acquisition et la simple détention de parts sociales ne peuvent être considérées comme une activité économique, conférant à son auteur la qualité d'assujetti à la TVA. La simple prise de participations financières dans d'autres entreprises ne constitue en effet pas une exploitation d'un bien visant à produire des recettes ayant un caractère de permanence. Les dividendes, fruits de ces participations, représentent des produits exclus du champ d'application. À noter toutefois que si la solution amorcée par l'arrêt *Polysar* avait été poussée à l'extrême, les dividendes auraient éventuellement pu entrer dans le champ d'application de la taxe selon que leur détenteur s'immisçait ou non dans la gestion des filiales⁷.

Faisant suite à de nombreux débats doctrinaux sur le critère d'immixtion dans la gestion⁸, la Cour a cependant eu l'occasion dans son arrêt *Floridienne SA-Berginvest* de préciser ledit critère en jugeant que l'immixtion d'un *holding* dans la gestion de ses filiales ne constituait en réalité une activité économique que dans la mesure où elle impliquait la mise en œuvre de transactions soumises à la TVA, telles que la fourniture de services administratifs, financiers, commerciaux et techniques par le *holding* à ses filiales⁹. Cependant, il faut bien reconnaître que l'immixtion étant pour ainsi dire présumée du fait même de la fourniture de tels services, cette notion apparaissait dès lors comme privée de portée pratique.

Poursuivant son analyse, la CJCE a, de manière plus intéressante et plus définitive nous semble-t-il, jugé dans le même arrêt que les dividendes, pour entrer dans le champ d'application de la TVA, devaient être considérés comme la contrepartie de l'activité économique en cause, ce qui présupposait un lien direct entre l'activité exercée et la contre-valeur reçue. Or, compte tenu de leur caractère aléatoire et de l'absence de lien direct entre les dividendes et une quelconque prestation de service sous-jacente, la Cour s'est trouvée contrainte d'en conclure que les dividendes ne pouvaient jamais en réalité être attirés dans le champ d'application¹⁰.

Cette conclusion fut ensuite confirmée par une série

d'arrêts¹¹ et la Haute Juridiction communautaire a utilisé dans l'arrêt EDM les critères ainsi dégagés pour juger que les revenus passifs tirés de placement dans des fonds d'investissement (OPCVM) ne pouvaient être considérés comme la contre-valeur effective d'un service fourni et devaient être en conséquence exclus du champ d'application de la TVA^{12 et 13}.

Les produits financiers constituant la contrepartie d'une prestation de mise à disposition d'un capital à un tiers et relevant par destination du champ d'application de la TVA

En premier lieu, selon la CJCE, les produits financiers issus d'une activité financière « par elle-même » exercée par un investisseur, c'est-à-dire poursuivant un but commercial ou un objectif d'entreprise entrent par destination dans le champ d'application de la TVA¹⁴. La CJCE a en effet jugé que les opérations financières visées à l'article 135 (1) précité relevaient du champ d'application et étaient exonérées de TVA « lorsqu'elles sont effectuées dans le cadre d'une activité commerciale de négociation de titres »¹⁵ dans un but spéculatif, par opposition à une simple activité de gestion d'un patrimoine. Par la suite, le critère d'objectif d'entreprise fut utilisé par la Cour¹⁶ pour affirmer qu'une activité de prêts aux filiales par une société *holding* était nécessairement effectuée dans un but commercial ou dans un objectif d'entreprise « dès lors que les fonds proviennent de son patrimoine »¹⁷.

Cette dernière précision de la Cour a son importance dans la mesure où elle tranchait avec les développements de l'arrêt *Régie Dauphinoise* dans le cadre duquel les placements effectués par les administrateurs de biens, à partir de fonds qui ne leur appartenaient pas (puisqu'ils étaient constitués dépositaires par leurs mandants), constituaient le prolongement direct, permanent et nécessaire de l'activité de gestion d'immeubles¹⁸.

Dans l'arrêt EDM, la Cour a ensuite pu préciser que les intérêts perçus par un *holding* en rémunération des prêts accordés aux sociétés dans lesquelles il détient des participations (que ces prêts soient octroyés en tant que soutien économique auxdites sociétés ou en tant que placement d'excédents de trésorerie ou pour d'autres raisons) entraient dans le champ d'application de la TVA dans la mesure où la qualité d'assujetti ne pouvait être ici contestée puisque « ces opérations sont effectuées dans le cadre d'un objectif

6. Préc. note (4).

7. Point 14 de l'arrêt *Polysar*, préc. note (4).

8. C. Acard, « TVA et frais d'acquisition des participations, la longue marche vers un traitement fiscal équitable » : *JCPE* 2002, n°13-545 ; A. Beetschen, « TVA et taxe sur les salaires : opérations financières » : *BF Lefebvre* 1/02.

9. CJCE, *Floridienne SA – Berginvest*, 14 novembre 2000, aff. C-142/99, point 19.

10. Points 20 à 23 de l'arrêt *Floridienne* préc. note (9).

11. CJCE, *Welthgrove BV*, 12 juillet 2001, aff. C-102/00 ; CJCE, *Cibo Participations SA*, 27 septembre 2001, aff. 16/00.

12. CJCE, EDM, 29 avril 2004, aff. C-77/01, point 63.

13. À cette occasion, la Cour a aussi jugé que pouvaient aussi être exclus du champ d'application de la TVA les intérêts d'obligations s'ils résultent d'une simple gestion patrimoniale réalisée par un investisseur privé (et non s'ils résultent d'une véritable activité commerciale. Cf. CJCE, *Harnas & Helm CV*, 6 février 1997, aff. 80/95 ; sur cette question, cf. chronique C. Acard sur l'arrêt EDM : *Banque et Droit* n°97, Septembre-octobre 2004.

14. CJCE, *Floridienne SA – Berginvest*, préc. note (9).

15. CJCE, *Wellcome Trust*, 20 juin 1996, aff. 155/94. CJCE, *Harnas & Helm CV*, préc. note (14).

16. Critère apparu dans l'arrêt *Floridienne SA-Berginvest* pour se substituer au critère « d'immixtion dans la gestion ».

17. CJCE, *Floridienne SA – Berginvest*, préc. note (9). Points 67 et 68 de l'arrêt EDM, préc. note (12).

18. CJCE, *Régie Dauphinoise*, 11 juillet 1996, aff. 306/94. CJCE, *Floridienne SA – Berginvest*, préc. note (9).

d'entreprise ou dans un but commercial, caractérisé notamment par une volonté de rentabilisation des capitaux investis ».

Surtout, la Cour réaffirme avec force que l'ensemble des produits financiers qui peuvent être réputés constituer la contre-valeur effective d'un service rendu entrent dans le champ d'application de la TVA¹⁹. Solution que la CJCE a logiquement étendue aux placements financiers que ces placements soient réalisés sous la forme de dépôts bancaires ou d'autre type de titres (e.g. bons du Trésor, certificats de dépôts, etc.)²⁰.

1.2 Des conséquences au regard des droits à déduction de la TVA d'amont ayant grevé les opérations financières et plus spécifiquement les opérations en capital

La notion d'assujettissement à la TVA conditionne, on le sait, le mécanisme des déductions (résultant des articles 167 et suivants de la directive) qui vise à soulager l'entrepreneur du poids de la TVA dans le cadre de ses activités économiques. Le système commun de la TVA doit garantir la parfaite neutralité quant à la charge fiscale de toutes les activités économiques, quels que soient les buts ou les résultats de ces activités, à condition que lesdites activités soient elles-mêmes effectivement soumises à la TVA²¹.

En ce sens, le droit à déduction est subordonné à la qualité d'assujetti au sens des articles 9 à 13 de la directive et à l'accomplissement d'activités économiques ; c'est l'acquisition de biens ou de services par un assujetti agissant en tant que tel qui détermine l'application du mécanisme de déduction de la TVA d'amont. Ainsi, il convient de noter qu'aux termes de l'article 168 de la directive, le droit à déduction est accordé à l'assujetti « dans la mesure où les biens et les services sont utilisés pour les besoins de ses opérations taxées ». Les opérations n'entrant pas dans le champ d'application de la TVA n'ouvrent ainsi pas droit à déduction. Il en est de même, en principe, des opérations entrant dans le champ d'application de la TVA, mais qui en sont exonérées par une disposition expresse, sauf certaines opérations exonérées qui sont en vertu de dispositions spéciales, expressément assimilées à des opérations soumises à la TVA pour l'exercice du droit à déduction (e.g. exportations, livraisons intra-communautaires, etc.).

Pour que la TVA d'amont ayant grevé le bien ou le service acquis puisse être déductible, la CJCE a progressivement dégagé les deux principes selon lesquels ce bien ou ce service doit :

- entretenir un lien direct et immédiat avec une ou plusieurs opérations en aval ouvrant droit à déduction²² ;
- ou, à défaut, avec l'ensemble de l'activité économique de l'assujetti, la dépense relative à l'acquisition de ce bien ou de ce service faisant alors partie des frais généraux de l'entreprise²³.

La notion de lien direct et immédiat

Cette notion, principalement dégagée dans deux arrêts BLP Group²⁴ et Midland Bank²⁵, présuppose que les dépenses engagées pour acquérir les biens et les services fassent partie des éléments constitutifs du prix d'opérations en aval ouvrant droit à déduction, nonobstant le but ultime poursuivi par l'assujetti qui est ici indifférent.

Dans l'arrêt précité, la société BLP, société de gestion de participations financières qui fournissait ses services à un groupe de sociétés commerciales, avait décidé de céder les parts qu'elle détenait dans une de ses filiales pour s'acquitter de ses dettes. C'est dans ce contexte que BLP avait demandé la déduction de la TVA payée sur des services professionnels qui lui avaient été fournis respectivement par des banques d'affaires, des conseils juridiques et des experts comptables dans le cadre de la cession des parts. Considérant que cette cession de parts constituait en droit britannique une opération exonérée, l'administration fiscale britannique avait refusé la déduction de la TVA. Suite au recours de la société BLP, la CJCE avait donné raison à l'administration fiscale britannique en procédant à une affectation économique des dépenses engagées et en considérant que les services acquis par la société avaient uniquement un lien avec la cession des parts, opération exonérée de TVA n'ouvrant pas droit à déduction²⁶. La Cour avait tenu à cet égard à rappeler que les redevables partiels (i.e. ceux exerçant des activités économiques taxées et exonérées) conservent le droit de déduire l'intégralité de la TVA ayant grevé les dépenses qui sont utilisées « pour les besoins de ses opérations taxées »²⁷ à condition qu'il existe un lien direct et immédiat avec ces dernières (ce qui n'était pas le cas en l'espèce). La Cour avait en effet refusé d'entendre l'argument de la société au terme duquel si les frais engagés l'avaient été à l'occasion de l'émission d'emprunts plutôt que pour céder des actifs ayant vocation à dégager les mêmes liquidités pour l'entreprise, la TVA d'amont aurait alors été intégralement déductible.

Il convient par ailleurs de noter pour les besoins de l'analyse de l'arrêt *Securenta* que ce critère du lien direct et immédiat est par ailleurs applicable tant aux assujettis partiels (i.e. ceux exerçant à la fois une activité économique et une activité « non-économique »), qu'aux redevables partiels.

S'agissant des assujettis partiels, la Cour a en effet jugé dans l'arrêt *Abbey National* que les services acquis par le cédant d'une universalité de patrimoine (opération située en dehors du champ d'application de la TVA en droit anglais) ne présentaient pas de lien direct et immédiat avec une ou plusieurs opérations spécifiques en aval ouvrant droit à déduction²⁸.

S'agissant des redevables partiels, la Cour a jugé dans l'arrêt *Midland Bank* que les frais d'honoraires d'avocat exposés après la réalisation d'une prestation de services

19. Point 63 de l'arrêt CJCE, EDM, préc. note (12).

20. CJCE, EDM, préc. note (12).

21. CJCE, *Rompelman*, 14 février 1985, aff. 268/83. CJCE, *Commission c/ France*, 21 septembre 1988, aff. 50/87. CJCE *SA Satam*, 22 juin 1993, aff. 333/91.

22. CJCE, *BLP Group Plc*, 6 avril 1995, aff. 4/94.

23. CJCE, *Abbey National Plc*, 22 février 2001, aff. 408/98.

24. CJCE, *BLP Group Plc*, préc. note (23).

25. CJCE, *Midland Bank Plc*, 8 juin 2000, aff. 98/98.

26. Et ce « même si l'objectif ultime de l'opération exonérée est l'accomplissement d'une opération taxée », point 28 de l'arrêt BLP, préc. note (23).

27. Article 168 de la directive ; ancien article 17 § 2 de la 6^e directive.

28. CJCE, *Abbey National Plc*, préc. note (24).

financiers afin de se défendre contre une action en responsabilité ne présentaient pas de lien direct et immédiat avec une ou plusieurs opérations spécifiques en aval ouvrant droit à déduction²⁹.

Enfin, il est essentiel de noter que la Haute juridiction communautaire estime qu'il appartient aux juridictions nationales des États membres d'appliquer ledit critère du lien direct et immédiat aux faits de chaque affaire dont elle est saisie.

La notion subsidiaire de frais généraux et ses applications aux opérations en capital

En cas de défaut de lien direct et immédiat, la Cour a développé un critère subsidiaire, celui des frais généraux. Dans ses arrêts *Abbey National* et *Cibo*, la CJCE a ainsi adopté une démarche en deux étapes successives.

La Cour constate dans un premier temps qu'il n'existe pas de lien direct et immédiat entre les différents biens ou services acquis par un *holding* et une ou plusieurs opérations en aval (dans le cadre d'une cession d'une universalité de biens puis dans le cadre d'une prise de participations dans une filiale). Plus précisément, selon la Cour, le montant de la TVA d'amont payée par le *holding* à raison des dépenses exposées pour lesdits services ne grève pas directement les divers éléments constitutifs du prix de ses opérations en aval ouvrant droit à déduction, ces dépenses ne faisant pas partie des coûts des opérations en aval qui utilisent lesdits services.

Dans un second temps, la Cour constate en revanche que les coûts desdits services font partie des frais généraux de l'assujetti et sont, en tant que tels, des éléments constitutifs du prix des produits de l'entreprise. De tels services entretiennent donc un lien direct et immédiat avec l'ensemble de l'activité économique de l'assujetti.

Recourant à une conception large des frais généraux (pourvu que les dépenses concernées soient des éléments constitutifs du prix d'opérations en aval ouvrant droit à déduction), ces deux arrêts ont marqué un tournant dans l'interprétation de la Cour : l'approche analytique du lien direct et immédiat laisse la place à une approche plus globale fondée sur l'affectation la plus économique possible des opérations d'amont aux opérations d'aval.

Cette nouvelle approche avait d'ailleurs été confirmée dans un arrêt *Kretztechnik*³⁰ qui concernait, à l'instar de l'arrêt *Securenta*, un cas de déduction d'une TVA d'amont ayant grevé des services acquis dans le cadre d'une émission d'actions. Dans cet arrêt, la Cour avait ainsi jugé que, eu égard au fait que l'émission d'actions avait été effectuée par la société en vue de renforcer son capital au profit de son activité économique en général, il convenait de considérer que les coûts des prestations acquises par cette société dans le cadre de l'opération d'augmentation de capital concernée faisaient partie de ses frais généraux et étaient, en tant que tels, des éléments constitutifs du prix de ses produits, ces prestations entretenant un lien direct et immédiat avec l'ensemble de l'activité économique de l'assujetti.

29. CJCE, *Midland Bank Plc*, préc. (26).

30. CJCE, *Kretztechnik*, 26 mai 2005, aff. 465/03.

II. L'ANALYSE DE L'ARRÊT : UN ARRÊT D'ESPÈCE ?

II.1 Les faits de l'arrêt *Securenta*

Au cas particulier, les faits revêtent une grande importance. *Securenta*, une société allemande avait pour activité l'acquisition, la gestion et l'exploitation de biens immobiliers, de valeurs mobilières ainsi que de participations et de placements de toute nature et collectait le capital nécessaire à ses activités en émettant des actions et des participations tacites atypiques (par appel public à l'épargne).

Au cours de l'année en cause, *Securenta* exerçait au regard de la TVA trois types d'activités : des activités non-économiques (perception de dividendes), ne relevant pas du champ d'application de la TVA ; des activités économiques, relevant du champ d'application de cette directive mais exonérées de la TVA (activités financières), et des activités économiques imposées. La majeure partie de la TVA payée en amont au cours de l'année n'était pas imputable à des opérations d'aval précisément identifiées et déterminées.

L'administration fiscale allemande a refusé la déduction des montants de TVA ayant grevé les dépenses relatives à l'émission de participations tacites atypiques aux motifs qu'il convenait en premier lieu de procéder à une affectation des dépenses à des opérations en aval et à défaut, s'agissant alors de dépenses mixtes, d'effectuer une ventilation de la TVA payée en amont entre celle afférente à l'activité économique et celle liée à l'activité non économique (hors du champ d'application) en utilisant une clé de répartition liée à la nature de l'investissement (i.e. résultant de la destination/de l'utilisation du capital acquis). Dans l'affaire en cause, l'administration allemande soutenait donc qu'une partie du capital acquis grâce à l'émission de participations tacites avait été affectée à des domaines dans lesquels aucune activité professionnelle n'était exercée, à savoir la prise de participations financières.

La société *Securenta* soutenait quant à elle, d'une part, que tous les montants de TVA payés en amont ayant grevé les dépenses liées à l'acquisition de capitaux sont déductibles, étant donné qu'une émission d'actions sert à augmenter les ressources financières qu'une société utilise au profit de son activité économique en général et, d'autre part, qu'afin de déterminer en conséquence l'étendue du droit à déduction, il fallait utiliser le prorata de TVA défini à l'article 173 de la directive (qui on le rappelle ne tient compte que des opérations situées dans le champ d'application).

Le tribunal allemand saisi de l'affaire sursit à statuer et saisit la CJCE afin de préciser les modalités de détermination du droit à déduction de la TVA d'amont dans le cas d'un assujetti partiel. C'est ainsi que la CJCE a été amenée à juger que, dans l'hypothèse qui lui était soumise, « la déduction de la taxe sur la valeur ajoutée ayant grevé les dépenses liées à l'émission d'actions et de participations tacites atypiques n'est admise que dans la mesure où ces dépenses peuvent être imputées à l'activité

économique de l'assujetti »³¹ imposant ainsi une ventilation des montants de TVA d'amont entre activités économiques et activités non-économiques selon des modalités qui relèvent du pouvoir d'appréciation des États membres sous une réserve importante toutefois : les États sont tenus de respecter « la finalité et l'économie de la directive et, à ce titre, prévoir un mode de calcul reflétant objectivement la part d'imputation réelle des dépenses en amont à chacune de ces deux activités »³².

2.2 La double portée de l'arrêt *Securenta*

Le caractère de frais généraux des dépenses supportées pour la réalisation d'émission d'actions

Le premier apport de l'arrêt concerne les modalités de détermination du droit à déduction de la TVA d'amont ayant grevé des dépenses qui ne peuvent être rattachées à des activités identifiées et déterminées en aval, et ce dans le cas d'un assujetti qui exerce à la fois des activités économiques (taxées et exonérées) et des activités non économiques.

Se fondant sur le principe de neutralité, pierre angulaire du système commun de la TVA, la Cour rappelle en premier lieu que s'agissant des dépenses encourues dans le cadre d'une émission d'actions ou de participations tacites atypiques, les dépenses effectuées dans ce cadre doivent faire partie des éléments constitutifs du prix des opérations taxées en aval ouvrant droit à déduction pour que la TVA acquittée en amont et relative à une telle opération puisse faire naître un droit à déduction³³. Par ailleurs, la CJCE confirme sa jurisprudence antérieure en indiquant que la TVA acquittée en amont, ayant grevé les dépenses liées à l'émission d'actions et de participations tacites atypiques, ne saurait être déductible que si le capital ainsi acquis a été affecté aux activités économiques de l'intéressé³⁴.

Or, en l'espèce, il ressortait, semble-t-il, du dossier présenté devant la Cour que les dépenses liées aux prestations réalisées dans le cadre de l'émission d'actions et de participations atypiques n'étaient pas exclusivement imputables à des activités économiques effectuées en aval par la société *Securenta* (et ne faisaient donc pas partie des seuls éléments constitutifs du prix des opérations relevant desdites activités) mais étaient, au moins partiellement, destinés à l'accomplissement d'activités non économiques (e.g. la prise de participations financières).

C'est ce qui paraît expliquer que selon la Cour, la déduction de la TVA ayant grevé les dépenses liées à l'émission d'actions et de participations tacites atypiques ne saurait être admise que pour la partie des dépenses pouvant être imputées à l'activité économique de l'assujetti.

En ce sens, l'arrêt *Securenta* semble apporter en ce sens une nuance à l'interprétation « globalisante » développée par la CJCE du lien direct et immédiat ces dernières années.

Le caractère de frais généraux (ayant un lien direct avec l'ensemble de l'activité économique) n'apparaît pas (ou plus) comme systématique dans le cas d'un assujetti partiel. Une analyse au cas par cas semble désormais devoir être menée afin de s'assurer que les dépenses liées aux prestations réalisées dans le cadre de l'émission d'actions sont exclusivement imputables aux activités économiques de l'assujetti partiel. La Cour, se référant aux arrêts *Abbey National* et *Cibo* (qui concernaient le cas d'assujettis partiels), relève au point 29 que si les dépenses liées aux prestations réalisées dans le cadre de l'émission d'actions et de participations financières avaient été exclusivement imputables à des activités économiques effectuées en aval par *Securenta* et avaient dès lors fait partie des seuls éléments constitutifs du prix des opérations relevant desdites activités, les prestations concernées auraient revêtu un lien direct et immédiat avec les activités économiques de l'assujetti.

On ne peut d'ailleurs que s'étonner en constatant que l'arrêt de la Cour à aucun moment n'ait fait référence à l'arrêt *Kretztechnik* rendu sur une problématique similaire de déduction de TVA ayant grevé des services acquis dans le cadre d'une émission d'actions. Il ne devrait pas s'agir d'un oubli puisque l'avocat général Jan Mazak dans ses conclusions³⁵ a bâti son argumentaire en opposition par rapport à l'arrêt *Kretztechnik* dont les faits n'étaient, selon lui, pas comparables à ceux de l'affaire *Securenta* : la société *Kretztechnik* exerçait en effet une activité de développement et de distribution d'appareils médicaux et ne fournissait que des prestations taxées en aval.

En réalité, la question qui se pose encore et toujours est de savoir si la perception de produits hors champ comme les dividendes doit nécessairement avoir un impact sur les droits à déduction des sociétés *holdings* lorsque celles-ci exercent par ailleurs des activités pleinement taxables (e.g. services rendus aux filiales, redevances de marques ou de brevets) et des activités exonérées (relatives au financement de ces dernières). Nous ne le pensons pas.

La construction prétorienne de la CJCE relative aux *holdings* dits « mixtes »³⁶ entraîne depuis de longues années des difficultés qui semblent encore loin d'être résolues qu'il s'agisse du traitement TVA des opérations financières qu'elles réalisent ainsi que des droits à déduction de la TVA.

Difficultés qui s'expliquent par la vision anthropomorphique diront les uns, « naturaliste » diront les autres, défendue par la CJCE, selon laquelle l'entreprise se comporte comme un être humain agissant tantôt comme d'un investisseur privé gérant ses intérêts en bon père de famille, tantôt comme un entrepreneur poursuivant un véritable objectif industriel et commercial.

De fait, comment justifier qu'une société commerciale ne poursuive pas un objectif d'entreprise ou un but commercial (caractérisé notamment par sa volonté de rentabilisation des capitaux qu'elle a investis) lorsqu'elle réalise des opérations financières et plus spécifique-

31. Première conclusion de la Cour.

32. Seconde conclusion de la Cour.

33. CJCE, *Abbey National*, préc. note (25). CJCE, *Cibo Participations*, préc. note (11).

34. CJCE, *Midland Bank*, préc. note (27). CJCE, *Abbey National*, préc. note (24).

35. Conclusions présentées le 11 décembre 2007.

36. Celles qui, outre la gestion d'un portefeuille de titres de participation, exercent une activité industrielle ou commerciale propre et perçoivent des revenus autres que ceux provenant de la gestion de leurs participations)

ment des opérations en capital destinées à pérenniser sa croissance.

En d'autres termes, ne serait-il pas temps pour la CJCE et les juridictions nationales, non pas d'abandonner la théorie du hors champ (i.e. les dividendes ne constituent nullement la contre valeur d'une quelconque prestation de services) mais d'opérer l'indispensable déconnexion entre le traitement d'aval (i.e. hors champ, taxation, exonération) et les droits à déduction.

Les modalités de ventilation hors champ / dans le champ relèvent du pouvoir des États membres

Si l'on suit la Cour, trois situations doivent donc être distinguées :

- les dépenses sont imputables exclusivement aux activités économiques de l'entreprise et, dans ce cas, elles doivent être considérées comme des frais généraux ; la TVA est déductible le cas échéant en fonction du prorata si l'assujetti partiel est également redevable partiel (i.e. qu'elle réalise des opérations taxées et exonérées) ;

- les dépenses sont imputables exclusivement aux activités non-économiques de l'entreprise et, dans ce cas, n'ouvrent à aucun droit à déduction ;

- les dépenses sont imputables conjointement aux activités économiques et aux activités non économiques. Dans ce cas, elles doivent faire l'objet d'une ventilation appropriée et seule la TVA d'amont afférente aux dépenses relatives aux activités économiques pourra être déduite, le cas échéant en fonction du prorata si l'assujetti partiel est également redevable partiel.

Les dispositions de la directive ne comportent toutefois pas de règles ayant pour objet les méthodes ou les critères que les États membres sont tenus d'appliquer lorsqu'ils adoptent des dispositions permettant une ventilation des montants de TVA acquittés en amont selon que les dépenses correspondantes se rapportent exclusivement à des activités économiques, exclusivement à des activités non économiques ou, à défaut, aux deux. En effet, les règles contenues aux articles 173 à 175 sur le prorata de déduction portent exclusivement sur la TVA qui grève des dépenses se rattachant uniquement à des activités économiques³⁷. Ce qui, soit dit en passant, tendrait à démontrer qu'il n'était peut-être pas dans l'intention du législateur européen d'obérer les droits à déduction des entreprises au motif qu'elles réalisent des opérations hors champ...

En conséquence, selon la Cour, la détermination des méthodes et des critères de ventilation des montants de TVA d'amont entre activités économiques et activités non économiques relève du pouvoir d'appréciation des États membres qui, dans l'exercice de ce pouvoir, doivent « tenir compte de la finalité et de l'économie de la directive »³⁸ et principalement respecter le principe de neutralité³⁹. À ce titre, les États doivent prévoir un mode de calcul « reflétant objectivement la part d'imputation réelle des dépenses

des d'amont à chacune de ces deux catégories d'activités »⁴⁰. À cet égard, les clés de répartition peuvent être multiples voire combinées afin d'aboutir à une affectation la plus précise possible.

3. PORTÉE DE L'ARRÊT SECURENTA SUR LE DROIT POSITIF FRANÇAIS ET PERSPECTIVES

3.1 La conformité des règles françaises par rapport aux solutions dégagées par l'arrêt

La doctrine sur les opérations en capital

Suite à l'arrêt *Cibo*, l'administration avait publié une instruction en date du 15 octobre 2001⁴¹ relative au droit à déduction de la TVA d'amont ayant grevé les dépenses supportées pour la réalisation d'opérations se rapportant au capital social des entreprises et à leurs participations dans le capital d'autres entreprises.

Dans cette instruction, l'administration fiscale française avait pris acte de l'interprétation plus large du lien direct et des frais généraux et avait étendu la solution dégagée par la Cour, d'une part, d'un point de vue organique, à l'ensemble des sociétés (alors que l'arrêt ne visait que les *holdings*) et, d'autre part, d'un point de vue matériel, à l'ensemble des opérations en capital (alors que l'arrêt ne visait que les prises de participations). L'instruction vise en effet les opérations d'introduction en bourse, d'augmentation de capital (i.e. émission d'actions), de prises de participations s'accompagnant ou non, d'une immixtion dans la gestion de l'entreprise, de fusions, de scissions, et enfin d'apports d'universalités totales ou partielles.

En outre, et il s'agit au regard de l'arrêt *Securenta* du point le plus important, l'instruction précise que ces dépenses engagées « pour assurer, au moyen de sources de financement diversifiées, la croissance de l'entreprise et, partant, pour la pérenniser » sont inhérentes au fonctionnement de l'entreprise ; lesdites dépenses font partie des frais généraux de l'entreprise (constituant, en principe, des éléments du prix des opérations imposables que celle-ci réalise) et entretiennent en cela un lien direct et immédiat avec l'ensemble de l'activité économique de l'entreprise. « La circonstance que l'entreprise perçoive, par ailleurs, des recettes non imposables (i.e. dividendes, et produits financiers n'entrant pas dans le champ d'application) est sans incidence »⁴².

Si l'on s'en tient à une lecture fidèle de l'instruction, il n'y a aucune obligation de procéder en pareil cas à l'affectation des dépenses mixtes entre opérations économiques et opérations non-économiques selon la clé de répartition qui était prévue à l'article 207 bis de l'annexe II au CGI et qui est désormais codifié au II de l'article 206 de l'annexe II audit Code suite à la refonte des modalités de déduction (cf. *infra*). Cette solution anticipatrice

37. En opérant une ventilation, parmi lesdites activités, entre celles, taxées, qui ouvrent droit à déduction et celles, exonérées, qui n'ouvrent pas en principe un tel droit.

38. Point 35 de l'arrêt *Securenta* citant CJCE, Wollny, 14 septembre 2006, aff. 72/05.

39. Point 36 de l'arrêt.

40. Point 37 de l'arrêt.

41. Instruction 3 D-4-01 du 15 octobre 2001.

42. Point 1 in fine de l'Instruction précitée.

et teintée de réalisme économique de l'administration avait d'ailleurs été saluée par les commentateurs dès sa parution⁴³.

Les nouvelles règles de déduction mises à l'épreuve

Motivée par la volonté de traduire la jurisprudence Socofrein du Conseil d'État qui avait consacré la primauté du principe de l'affectation, l'administration fiscale française a procédé, par un décret du 16 avril 2007⁴⁴, à une refonte des modalités de déduction de la TVA à compter du 1^{er} janvier 2008. L'administration abandonne ainsi l'approche antérieure fondée sur la qualité de l'assujéti pour se concentrer sur les opérations économiques, conformément à la présentation retenue aux articles 2 et 167 à 192 de la directive. En application des principes généraux établis par les articles 271 et 273 du CGI, la taxe déductible relative à chaque bien ou service est désormais déterminée en proportion de son « coefficient de déduction », formule synthétique résultant en effet du produit de trois coefficients, respectivement d'assujettissement, de taxation et d'admission. Ce coefficient de déduction permet à la fois de déterminer les montants de taxe déductible et, au travers de ses variations, les régularisations de taxe auxquelles l'assujéti est tenu.

S'agissant du coefficient d'assujettissement qui nous intéresse au premier chef dans le cadre de cette chronique, ce dernier est défini au II de l'article 206 de l'annexe II au CGI comme étant égal, pour chaque bien ou service, à la proportion d'utilisation de ce bien ou service pour réaliser des « opérations imposables » (qui s'entendent comme les « opérations situées dans le champ d'application de la TVA en vertu des articles 256 et s. du CGI »). Un assujéti doit donc, dès l'acquisition, l'importation ou la première utilisation d'un bien ou d'un service, procéder à son affectation afin de déterminer la valeur du coefficient d'assujettissement.

Par conséquent, trois situations doivent être distinguées :

- le coefficient d'assujettissement est égal à zéro si le bien ou le service est utilisé exclusivement pour la réalisation d'opérations placées hors du champ d'application de la TVA ;
- le coefficient d'assujettissement est égal à 1 si le bien ou le service est utilisé exclusivement pour la réalisation d'opérations placées dans le champ d'application de la TVA, que ces opérations soient taxées ou légalement exonérées ;
- à défaut d'affectation exclusive, le coefficient est compris entre 0 et 1 et la proportion d'utilisation pour la réalisation d'opérations entrant dans le champ d'application est déterminée par l'assujéti sous sa propre responsabilité. Elle doit correctement traduire l'utilisation réelle de chaque bien ou service.

Si l'assujéti doit en principe calculer un coefficient

d'assujettissement pour chacun des biens et services qu'il acquiert, il peut toutefois, conformément au 1^o du 1^{er} V de l'article 206, par année civile, sans formalité préalable et sous réserve d'être en mesure d'en justifier, retenir un coefficient d'assujettissement unique pour l'ensemble des biens et des services utilisés à la fois pour des opérations situées dans le champ d'application de la TVA et pour des opérations situées en dehors dudit champ.

Ces règles traduiraient-elles, avec quelques mois d'avance, les impératifs dégagés par l'arrêt *Securenta* de ventiler correctement les dépenses entre celles afférentes aux opérations économiques et celles afférentes aux opérations non économiques ?

À cet égard, on rappellera qu'une instruction du 8 septembre 1994 prévoyait que la proportion d'utilisation en cas de dépense mixte devrait être fondée sur une méthode physique et notamment sur les critères suivants proposés par l'administration : répartition en fonction du temps d'utilisation des principaux matériels communs, en fonction des salaires, en fonction des surfaces⁴⁵.

Ces critères peuvent être certes en général à même d'établir un mode de calcul qui puisse refléter objectivement la part d'imputation réelle des dépenses en amont aux activités économiques et non économiques et partant, à respecter la finalité et l'économie de la directive.

Ceci étant dit, l'administration devrait être encline à accepter l'ensemble des critères utilisés par les entreprises, y compris des critères fondés sur une approche plus financière (et notamment, si l'on suit la Cour, le critère de la nature des investissements réalisés grâce au capital acquis suite à une émission d'actions nouvelles). L'instruction du 9 mai 2007⁴⁶ précise en effet que la proportion d'utilisation est déterminée par l'assujéti sous sa propre responsabilité pourvu que les entreprises puissent les justifier correctement.

II.2 Les perspectives

L'ensemble des développements précédents nous amène à nous interroger sur les perspectives à dégager suite à l'arrêt *Securenta* tant pour l'administration fiscale française que pour les entreprises.

Tout d'abord, l'arrêt *Securenta* pourrait constituer pour le Gouvernement une opportunité de politique fiscale puisque la méthode de ventilation n'est pas régie par les dispositions de la directive et relève du pouvoir d'appréciation des États membres.

Dans ce contexte, l'administration fiscale française pourrait étudier la possibilité (sans créer de rémanence de TVA) de prévoir dans le futur un mécanisme d'exclusion des opérations hors du champ qui seraient accessoires par rapport aux opérations dans le champ à l'instar du mécanisme prévu pour les opérations financières situées dans le champ d'application (i.e. opérations financières accessoires par rapport à l'activité principale de l'entreprise).

On rappellera que le montant du chiffre d'affaires affé-

43. E. Meier, « Déductibilité de la TVA et opérations d'acquisition », Petites Affiches, janvier 2002 ; J.C. Parot, Bulletin Joly Sociétés, mars 2002 ; M.C. Bergerès, M. Guichard, « Les holdings mixtes et la TVA », Droit fiscal, n°5, Année 2003.

44. Décret 2007-566 du 16 avril 2007 commentée par une Instruction 3 D-1-07 du 9 mai 2007.

45. Instruction 3 CA-94 du 8 septembre 1994. Points 90 et 91.

46. Instruction 3 D-1-07 du 9 mai 2007. Point 12.

rent « aux opérations financières accessoires » est exclu du prorata de déduction de la TVA⁴⁷. Selon la jurisprudence de la CJCE, les opérations financières peuvent être considérées comme accessoires à condition qu'elles « n'impliquent qu'une utilisation très limitée des biens et des services » grevés de TVA⁴⁸. À cet égard, en droit français, sont désormais considérées comme accessoires, les opérations présentant un lien avec l'activité principale de l'entreprise et dont la réalisation nécessite une utilisation limitée au maximum à 10 % des biens et des services grevés de TVA qu'elle a acquis⁴⁹.

Certes, ce mécanisme ne concerne que les opérations dans le champ relevant de la directive, et non pas les opérations qui sont situées en dehors du champ d'application. Néanmoins, prévoir un tel mécanisme pour les opérations hors du champ nous apparaît tout à fait en ligne avec les principes dégagés par l'arrêt *Securenta*. En effet, l'on ne peut raisonnablement soutenir, d'une part, qu'au nom du principe de neutralité de la TVA l'on admette la non prise en compte de produits financiers accessoires⁵⁰ mais que, d'autre part, ce même principe et la finalité de la directive ne permettent pas une exclusion des dépenses consommées par les sociétés *holdings*

pour percevoir des produits financiers (hors du champ) alors même que lesdites dépenses représentent en pratique une très faible quote-part de l'ensemble des dépenses grevées de TVA.

Dès lors, le critère susmentionné relatif à une utilisation limitée au maximum à 10 % des biens et des services grevés de TVA pourrait être adopté pour qualifier d'accessoires les opérations hors du champ réalisées par une société *holding* mixte, assujettie partiellement à la TVA. Ainsi, si une telle société utilisait moins de 10 % des biens et services grevés de TVA qu'elle a acquis pour réaliser ces opérations hors du champ, il faudrait considérer d'une part que ces dernières sont accessoires à ses opérations situées dans le champ et que, d'autre part, ladite société n'a pas à en tenir compte pour l'exercice de ses droits à déduction de TVA d'amont.

Par ailleurs, l'adoption en France d'un tel mécanisme permettrait aux *holdings* mixtes d'atteindre une sécurité juridique plus importante à raison des modalités de déductions de TVA exercées dans le cadre de leurs opérations en capital. À cet égard, les modalités de déduction pourraient s'appuyer sur une rationalisation des processus comptables en la matière afin de déterminer la quote-part des dépenses utilisées pour réaliser lesdites opérations. ■

47. Conformément à l'article 174(2) de la directive et à l'article 206, III-3-3^b de l'annexe II au CGI relatif au coefficient de taxation forfaitaire (i.e. ancien prorata de TVA).

48. Point 80, CJCE, EDM, préc. note (12).

49. Points 21 à 37 de l'Instruction 3 A-1-06 du 10 janvier 2006.

50. Dans la mesure où ils consomment jusqu'à 10 % des biens et services grevés de TVA du *holding* conformément aux règles françaises applicables en la matière.