



Commentaire de l'instruction 3 L-2-04 du 9 août 2004

Malgré l'essor de l'utilisation de produits dérivés par les entreprises et les établissements de crédit, il n'existe à ce jour en France aucun corpus d'ensemble qui en régit les conséquences au regard de la taxe sur la valeur ajoutée.

On dénombre certes quelques textes épars concernant les contrats traités sur le Matif¹, ou bien encore sur le Monep², mais aucun texte législatif d'ensemble au regard de l'assujettissement à la taxe des droits à déduction ou de la détermination du prorata. Dans ce contexte, la parution l'été dernier de l'instruction 3 L-2-04 du 9 août 2004 est à été ressentie comme particulièrement bienvenue. L'apport de l'instruction 3 L-2-04 est en effet double.

En premier lieu, elle constitue une innovation théorique de grande ampleur dans la mesure où l'Administration se prononce expressément sur le caractère exonéré des contrats d'échange de taux au regard de la TVA.

En second lieu, elle précise les modalités de prise en compte des contrats de swaps pour la détermination du prorata de déduction. À cet égard, les établissements de crédit et les entreprises d'investissement ont jusqu'au 1^{er} janvier 2006 pour appliquer l'une des deux méthodes³ préconisées par l'Administration.

Pour comprendre l'apport de cette instruction (I), il convient de la replacer dans le contexte dans lequel elle a été prise (II), afin d'en examiner la portée (III).

I L'Administration officialise l'exonération des différentiels d'intérêts sur swaps

Bien qu'ils ne soient pas expressément visés à l'article 261-C-1^o du CGI, les instruments financiers à termes négociés de gré à gré ont depuis longtemps été traités, tant par la pratique, que par la doctrine administrative « officieuse », comme des opérations financières exonérées.

D'un strict point de vue juridique toutefois, l'exonération des flux résultant d'opérations sur produits dérivés de gré à gré découle d'une lecture large de l'article 13-B-d de la directive, lecture qui peut paraître quelque peu contraire au principe d'interprétation stricte des exonérations communautaires posé par la CJCE.

Ce principe a ainsi été récemment rappelé par la CJCE dans un arrêt MKG-Kraftfahrzeuge-Factoring GmbH⁴. Pour considérer que l'affacturage, au même titre que le recouvrement de créances, était exclu de l'exonération établie par l'article 13 B-d, point 3 de la directive, la Cour a utilisé une méthode d'interprétation selon laquelle les exonérations de TVA sont d'interprétation stricte, seules les exceptions à l'exonération pouvant être interprétées plus largement. L'Avocat général, F.-G. Jacobs, a rappelé à cet égard que, « *en tant que dérogation à l'application de la TVA, les exonérations visées à l'article 13 de la 6^e directive doivent recevoir une interprétation qui limite leur portée à ce qui est strictement nécessaire pour sauvegarder les intérêts que ces dérogations permettent de protéger* ».

L'exonération des flux résultant d'instruments financiers à termes négociés de gré à gré n'est pas nécessairement surprenante, dans la mesure où la caractéristique essentielle des produits dérivés est de se traduire par la livraison d'actifs ou de passifs financiers ou par le versement de sommes d'argent correspondant au règlement de différences. Par là même, ces instruments se rattachent de façon irréductible « *au commerce des valeurs et de l'argent* », qui constitue le fondement de l'exonération de taxe prévue à l'article 261-C-1^o du CGI.

Bien que relevant d'une lecture non restrictive des articles 261-C-1^o du CGI et 13-B-d de la directive, l'exonération apparaît également confortée par la lettre de ces textes, dès lors que l'instrument concerné « porte » sur ou « concerne » un élément visé par ces articles⁵.

Dans le même sens, la rédaction de l'article 260-B, relatif à l'option pour l'assujettissement à la TVA semble particulièrement éclairante puisqu'elle vise littéralement « *les opérations qui se rattachent aux activités bancaires, financières et, d'une manière générale, au commerce des*

¹ Instruction 3 L-6-87 du 10 novembre 1987, relative aux opérations réalisées sur le Matif.

² Note en date du 6 juillet 1992, relative aux opérations réalisées sur le Monep : BF 8-9/92, n^o 1230, p. 559.

³ C'est-à-dire pour la détermination en 2007 du pourcentage définitif

de déduction de l'année 2006.

⁴ CJCE 26 juin 2003, aff. 305/01, 6^e ch. : RJF 10/03 n^o 1193.

⁵ I.e. crédit, sûreté, dépôt d'argent, effet de commerce, devise ou valeur mobilière, etc.

valeurs et de l'argent ».

Enfin, économiquement, l'exonération de TVA s'explique d'autant plus aisément que les opérations à terme ne sont pas d'une nature fondamentalement différente des opérations financières plus classiques (prêt, emprunt, investissement, encaissement et/ou décaissement de devises), qu'elles ont généralement vocation à couvrir⁶.

Jusqu'à-là, l'Administration s'était donc davantage penchée sur le champ d'application de l'exonération des activités bancaires et financières traditionnelles.

Elle n'avait en revanche traité du cas particulier posé par les instruments financiers à terme négociés de gré à gré, que de manière très parcellaire et non officielle.

L'Administration avait ainsi indiqué, dans une lettre non publiée du Service de la Législation fiscale en date du 25 mai 1984, que les contrats d'échanges de taux « s'apparentent à bien des égards à des opérations de prêts et d'emprunts simultanés et, conformément aux principes posés par l'article 259 du CGI, se déroulent (au cas particulier) dans le champ d'application territorial de la taxe sur la valeur ajoutée ».

Elle précisait ensuite que « les rémunérations constituées par le service réciproque d'intérêts ou, le cas échéant, par le versement d'un différentiel d'intérêt, seront exonérées de cette taxe, en application de l'article 261-C-1° du CGI ». La solution préconisée par le Service de la Législation fiscale traduisait ainsi une interprétation extensive, mais néanmoins pragmatique, de l'article 261-C-1° du CGI.

L'instruction du 9 août 2004 est donc d'autant plus importante, que c'est la première fois que l'Administration se prononce expressément sur le caractère exonéré des contrats d'échange de taux. En effet le texte précise qu'il convient de prendre en compte « pour le calcul du pourcentage de déduction, la somme des flux financiers nets positifs dégagés au titre de chaque contrat de swap [...] », ou le « résultat net positif dégagé sur l'ensemble des contrats de swap ».

II Calcul du prorata : après une période d'incertitudes, l'Administration préconise désormais deux méthodes de calcul

Le prorata de déduction de la TVA est calculé chaque fois qu'un assujetti réalise à la fois des opérations ouvrant droit à déduction et des opérations n'ouvrant pas droit à déduction⁷.

Jusqu'à la parution de l'instruction 3 L-2-04, l'utilisation de produits dérivés de gré à gré par les établissements de crédit entraînait des difficultés particulières pour l'établissement du numérateur et surtout du dénominateur du prorata de TVA. Parmi les incertitudes, figu-

rait celle de la détermination du montant des sommes devant être prises en compte pour le calcul du chiffre d'affaires devant figurer au dénominateur du prorata.

Devait-on prendre en compte les montants bruts ou les montants nets, la somme algébrique des gains et pertes réalisés, par instrument ou par catégories d'instruments ?

Les deux méthodes dorénavant préconisées par l'Administration (1), viennent mettre un terme aux incertitudes qui existaient dans l'état du droit antérieur (2).

1. État du droit antérieur

Face à l'absence de précision législative, réglementaire ou administrative, la doctrine envisageait différentes solutions théoriques, sans toutefois parvenir à un consensus.

S'agissant des sommes devant figurer au dénominateur du prorata, de multiples solutions théoriques étaient envisageables :

- a) le total des intérêts des branches prêteuses pour l'ensemble des swaps conclus par l'entreprise, quelles que soient les modalités retenues pour les règlements à chaque échéance (i.e. service réciproque des intérêts bruts par les deux parties prêteuse et emprunteuse, ou règlement du seul différentiel par la partie débitrice nette) ;
- b) la somme des deux montants suivants :
 - total des intérêts des branches prêteuses pour les contrats d'échange de taux d'intérêt comportant le service réciproque des intérêts bruts par les deux parties et
 - total brut des différentiels nets positifs (i.e. perçus) pour les swaps comportant le versement du seul différentiel, sans compensation avec les différentiels nets payés à raison du même swap ;
- c) la somme brute des différentiels nets perçus au titre de chaque swap pris individuellement, quelles que soient les modalités de règlement, sans possibilité de compensation avec les différentiels nets payés à raison de ce même swap ;
- d) la somme algébrique des différentiels nets perçus au titre de chaque swap pris individuellement, quelles que soient les modalités de règlement, avec possibilité de compensation avec les différentiels nets payés à raison de ce même swap.

2. Méthodes préconisées par l'Administration

L'Administration a tranché et a mis fin aux incertitudes. Elle préconise dans la présente instruction, deux méthodes alternatives de calcul du pourcentage de déduction (a et b).

a) Première méthode (flux financiers nets par contrat)

La première méthode consiste à prendre en compte la « somme des flux financiers nets positifs qui ont été dégagés lors de chaque contrat de swap au cours de l'année civile ».

⁶ A la différence de ces dernières, les produits dérivés ne contribuent toutefois nullement au financement de l'activité économique. Ils se limitent en effet à transférer une exposition au risque d'un opérateur qui souhaite s'en défaire, à un autre opérateur qui souhaite la prendre en charge.

⁷ L'article 212 annexe II du CGI définit le prorata comme la fraction comportant au numérateur, le montant total du chiffre d'affaires afférent aux opérations ouvrant droit à déduction et au dénominateur, le montant total du chiffre d'affaires afférent aux opérations figurant au numérateur, ainsi qu'aux opérations qui n'ouvrent pas droit à déduction.

Selon l'instruction, le chiffre d'affaires annuel à inscrire au dénominateur est « *la somme des flux financiers nets reçus* »⁸. Il s'agit « *de la différence positive entre les flux financiers reçus et les flux financiers versés* ». Les flux nets négatifs ne sont toutefois pas pris en compte.

S'agissant de la date de prise en compte des sommes devant figurer au dénominateur, l'instruction confirme qu'il convient de tenir compte des intérêts encaissés et non des intérêts courus.

b) *Seconde méthode (flux financiers nets)*

La seconde méthode consiste à prendre en compte « *le résultat net positif dégagé sur l'ensemble des contrats de swaps* ». L'Administration précise que le résultat net positif est la « *somme algébrique des flux financiers versés et reçus sur l'année* », y compris le cas échéant les sommes qualifiées de soulte afférentes aux contrats de swaps.

Lorsque la seconde méthode est retenue, si cette somme dégage un résultat net négatif au titre d'une catégorie, celui-ci ne peut être pris en compte pour le calcul du pourcentage de déduction et il ne peut être reporté sur le résultat net dégagé le cas échéant au titre des années suivantes.

Il est important de noter que seuls sont pris en compte les flux positifs à l'exclusion des flux négatifs. Cette position de l'Administration diverge sur ce point avec la solution adoptée par la doctrine au regard des opérations réalisées sur le Matif ou le Monep⁹, laquelle autorise le report des soldes négatifs sur les résultats nets dégagés au titre des opérations réalisées sur ces marchés les années suivantes.

III Portée de l'instruction

On remarquera que dans les deux méthodes, la fraction du chiffre d'affaires provenant de contrats conclus avec des contreparties établies en dehors de l'Union européenne, doit être prise en compte au numérateur, conformément aux dispositions prévues par l'article 271-V-b du CGI selon lequel les services bancaires et financiers exo-

nérés ouvrent droit à déduction, lorsque ceux-ci sont rendus à des personnes domiciliées ou établies en dehors de la Communauté européenne.

Les intérêts divergent entre les assujettis qui effectuent des opérations sur produits dérivés de gré à gré avec des contreparties situées en dehors de l'Union européenne, pour lesquels il sera probablement plus avantageux d'utiliser la méthode dite des nets par contrat. Et ceux qui réalisent des opérations avec des contreparties situées dans l'Union européenne, qui cherchant à minimiser le dénominateur du pourcentage, opteront probablement pour la méthode des flux financiers nets.

Par ailleurs, on peut regretter que l'Administration ne se prononce ici que sur le traitement des contrats d'échange de taux et non sur les autres instruments financiers de taux comme par exemple les accords de taux futurs (FRA) et les contrats d'options (*caps, floors et collars*). En l'absence de précisions administratives en effet, il est à craindre que les établissements de crédit ne soient contraints de traiter les instruments financiers comme s'ils relevaient chacun d'une catégorie spécifique, interdisant de facto toute fongibilité entre les résultats dégagés sur chaque famille d'instruments.

A moins que ne soit admise la prise en compte de nouvelles catégories homogènes d'instruments financiers négociés sur les marchés organisés ou de gré à gré portant sur les taux d'intérêts.

Une catégorie pourrait regrouper, outre les opérations de swaps de taux d'intérêt et de devises, les opérations sur *forward rate agreements* (Fra), et autres contrats analogues, tandis qu'une autre pourrait englober les opérations optionnelles, ainsi que les contrats de garantie de taux du type *cap, floor et collar*.

Ou bien, dans la mesure où il est possible de considérer que les *caps, floors et collars* appartiennent en quelque sorte à la famille des contrats d'échange de taux, l'on pourrait imaginer une catégorie qui regrouperait l'ensemble de ces contrats par opposition aux contrats à composante optionnelle. ■

⁸ Le flux financiers nets reçus comprend le cas échéant la somme qualifiée de soulte afférente au contrat de swaps.

⁹ Le profit à retenir au dénominateur du rapport est égal à la somme algébrique des gains et des pertes constatées annuellement sur ces deux marchés lors du dénouement des contrats.