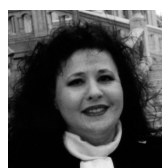


# Prorata de déduction de la TVA par les intermédiaires financiers

## Le chiffre d'affaires des opérations de crédit est-il constitué par les intérêts bruts ou la marge brute ?

**CHRISTIAN AMAND**

Conseil fiscal  
KPMG Tax Advisers, Bruxelles



**VÉRONIQUE LENOIR**

Avocat au Barreau de Paris  
Castaldi Mourre Sprague

*Lorsqu'un intermédiaire financier recourt à la méthode du prorata pour déduire la TVA grevant ses coûts, les modalités de détermination du chiffre d'affaires des opérations économiques, même exonérées, ont une influence directe sur la charge fiscale : plus élevé est le chiffre d'affaires repris au numérateur (opérations taxables ou opérations exonérées donnant droit à déduction de la TVA) ou plus réduit est le chiffre d'affaires repris au dénominateur (opérations taxables et exonérées), plus élevé sera le droit à déduction de la taxe grevant les investissements et les autres frais.*

Les jurisprudences française et européenne ont dégagé une interprétation commune concernant le chiffre d'affaires à retenir pour les opérations de change manuel. En revanche, concernant les opérations de crédit, la prise en compte de la marge brute ou des intérêts bruts aux fins de déterminer le chiffre d'affaires pour le calcul du prorata de déduction n'a été qu'exceptionnellement abordée en Europe <sup>1</sup>, alors que les pratiques administratives divergent. Le fondement juridique n'a jamais été exposé, même si la Commission européenne a adressé en 1993 une lettre de mise en demeure à la Belgique. En France, le débat avait été lancé par deux arrêts de la cour administrative d'appel de Nantes <sup>2</sup>. Néanmoins, l'argumentation n'a pas été approfondie par les décisions postérieures <sup>3</sup>. À ce titre, il apparaît intéressant, à la lumière du droit com-

munautaire, de dégager les arguments qui militent en faveur de la marge brute ou des intérêts bruts.

### 1 La TVA européenne : un objectif de neutralité, mais également persistance de distorsions

Lors de son introduction en France par la loi du 10 avril 1954 <sup>4</sup>, la TVA avait pour objectif de stimuler les investissements et d'éliminer les entraves fiscales à l'innovation technologique, ainsi que toute forme de distorsions de concurrence causées par les impôts indirects en raison de la localisation, de la longueur ou de la structure juri-

<sup>1</sup> Cette problématique n'est pas propre aux opérations de change ou aux crédits : voir sur ce point, le Rapport français rédigé par Patrice Pouligen pour le Congrès de l'International Fiscal Association à Cannes en 1995 - *Tax aspects of derivatives financial instruments*, Cahiers de Droit Fiscal International de l'IFA, vol. LXXXb p. 223 ; et elle a été récemment éclairée pour les swaps par l'instruction du 9 août 2004, 3L-2-04.

<sup>2</sup> CAA Nantes 4 mai 1994, n° 92-380 et n° 92-381, 1e ch., Caisse Régionale de Crédit agricole mutuel du Cher et d'Indre-et-Loire : RJF

7/94 n° 788.

<sup>3</sup> CAA Nancy 9 novembre 1995, n° 93-794, Caisse régionale du Crédit agricole mutuel de la Côte d'Or et CE 16 septembre 1998, 9<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> s.-s., n° 177004 et n° 177005 : RJF 11/98 n° 1286 ; CAA Marseille, 3<sup>e</sup> chambre, 28 mai 2001, Caisse régionale de Crédit agricole mutuel d'Alpes Provence.

<sup>4</sup> Loi n° 54-404 du 10 avril 1954 portant réforme fiscale, JO du 11 avril 1954 p. 3492.

dique du processus de production. L'idée de base était qu'il est possible d'augmenter la productivité par la vérité des prix. Maurice Lauré, qui joua un rôle déterminant dans l'introduction de la TVA, écrivait : « *L'introduction de cette taxe, en effet, a eu pour objectif d'assurer la neutralité de l'impôt indirect par rapport aux choix économiques des entreprises. Grâce à la déduction des taxes facturées en amont, les entreprises procèdent à leurs choix et organisent leur travail comme si l'impôt n'existait pas : celui-ci n'est définitivement fixé et perçu qu'au moment de la livraison à un consommateur* »<sup>5</sup>. La TVA européenne introduite en 1967 par la première directive TVA<sup>6</sup> avait pour objectif la neutralité sur le commerce intracommunautaire<sup>7</sup>, mais n'en demeurait pas moins qu'une application simplifiée du système français de 1954. Un certain nombre d'activités dans les secteurs de la santé, de l'éducation, des services collectifs et des services financiers ont été, dès 1954, exonérées de la TVA.

Force est de constater que les conséquences multiples des exonérations sont dommageables<sup>8</sup> :

- Les exonérations conduisent à une taxation occulte dans la mesure où les producteurs sont traités comme des consommateurs finaux : une exonération appliquée à l'intérieur du processus de production et de distribution conduit à une TVA à l'entrée non déductible pour le fournisseur exonéré, et par conséquent à une charge de TVA occulte en cascade jusqu'au consommateur final. À prix égal, le bénéfice brut des producteurs de biens et de services exonérés est inférieur à ce qu'il serait si leurs activités étaient taxables<sup>9</sup> ;

- Les exonérations entraînent des distorsions de concurrence : la TVA non déductible est inévitablement intégrée dans le prix des produits ou des services exonérés, et constitue donc toujours un élément du prix de revient. Dès lors, les exonérations pénalisent les entreprises exerçant des activités exonérées de la TVA, qui entrent de plus en plus en concurrence, notamment avec les secteurs d'activités des pays qui n'ont pas de système TVA ou qui appliquent la TVA en respectant mieux sa neutralité. Cette distorsion est d'autant plus importante que les exonérations ont un caractère permanent ;

- L'application du prorata est un facteur de complexité : lorsqu'un assujetti réalise à la fois des opérations taxables et des opérations exonérées, le droit à déduction pour les biens et services mixtes n'est que partiel, et peut être déterminé selon la règle du prorata dont l'application peut se révéler d'une réelle complexité, et dont les coûts de ges-

tion sont importants. Le problème est encore accru, lorsqu'il s'agit d'un assujetti étranger et qu'une demande de remboursement de TVA est présentée selon l'actuelle procédure de la huitième Directive<sup>10</sup>. C'est un aspect du calcul du prorata qui constitue l'objet de la présente étude ;

- Les exonérations constituent des interruptions de la chaîne des déductions : l'interdiction de déduire la TVA ayant grevé les achats brise la chaîne des déductions qui permettent à toutes les entreprises de travailler dans les mêmes conditions que si l'impôt n'existait pas. Le bon fonctionnement de la TVA étant lié à l'existence d'une chaîne ininterrompue de déductions, les interruptions de la chaîne résultant de l'existence des exonérations sont de nature à fausser la neutralité de cet impôt ;

- Les exonérations sont un facteur d'incitation à l'auto-production : les secteurs d'activités économiques exonérées ont tendance à produire eux-mêmes certains biens ou services plutôt qu'à recourir à l'externalisation (sous-traitance). Les exonérations empêchent une collaboration entre entreprises au sein d'un même groupe financier, ainsi que la mise en commun de leurs services tels qu'informatiques.

Maurice Lauré n'a eu de cesse de rappeler que la TVA ne pouvait atteindre sa pleine efficacité économique et son rendement fiscal que si son application en était simple<sup>11</sup> et avec un champ d'exonérations réduit. Dans une réflexion sur « *la fonction cachée de la monnaie* », il précisait, en 1997, que le handicap des banques françaises sur le taux des crédits pouvait être de l'ordre de 30 « points de base »<sup>12</sup>. Quelques années auparavant, il écrivait que si les banques françaises étaient traitées comme des entreprises ordinaires, elles pourraient baisser de 0,4 % le taux de l'ensemble de leurs crédits<sup>13</sup>. En termes de Produit intérieur brut (PIB), on s'accorde généralement à dire qu'une telle réduction des taux d'intérêt permettrait aujourd'hui un accroissement d'environ 0,2 % du PIB<sup>14</sup>.

D'un point de vue historique, il semblerait que l'exonération ait été voulue par la Banque de France afin d'éviter que les particuliers recourant au crédit ne supportent deux fois le poids de la TVA. En effet, pratiquement tous les sujets d'emprunts des particuliers (achats d'immeubles, d'automobiles, ou d'équipements ménagers) sont des produits grevés de TVA. Par conséquent, le seul fait pour un particulier d'emprunter afin de financer un bien dont le prix est assorti de la taxe, majore d'autant le montant des intérêts à payer. La Banque de France avait également souhaité l'exonération des intérêts facturés aux entre-

5 Maurice Lauré, André Babeau, Christian Louit, *Les impôts gaspilleurs*, PUF 2001 p. 135.

6 Première directive 67/227/CEE du Conseil du 11 avril 1967 en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires JOCE n° 71 du 14/04/1967 p. 1301 - 1303.

7 Jean-Jacques Philippe, *La TVA à l'heure européenne*, Litec 1993 p. 23 à 27.

8 Voir sur ce point Véronique Lenoir, Avril 1954 - Avril 2004, Exonérations TVA : *Le malentendu originel* www.cfe.org, Conférence donnée devant le Forum de la CFE le 22 avril 2004 - Voir également Avril 1954 - Avril 2004, *VAT Exemptions : The Original Misunderstanding*, European taxation, October 2004 p. 456.

9 GST & Financial services - A Government discussion document (Nouvelle-Zélande) 2002 p. 77.

10 CJCE, 13 juillet 2000, Monte dei Paschi di Siena, aff. C-136/99, Recueil

p. I-6109 ; Dr. Fiscal 2000, n° 52, comm. 1065 ; RJF 9-10/00, n° 1188.

11 Maurice Lauré, *La fonction cachée de la monnaie face aux charges assises sur l'activité des entreprises*, PUF 1997, p. 171.

12 On peut penser que cette évaluation est induite des observations effectuées dans le secteur immobilier.

13 Maurice Lauré, *Science Fiscale*, PUF 1993 p. 271. Pour les banques françaises, Lauré tient compte de la TVA, mais aussi de la taxe sur les salaires qui n'existe qu'en France. Plus récemment, Athena Kaliva, *The application of VAT and indirect «cascade» taxes on financial services : the case of Greece, a comparative evaluation with Spain and Portugal*, Thèse de doctorat, Middlesex University Business School, December 2002 p. 39, a dressé une liste des différentes études économiques sur ce point précis.

14 L'immense effort de création du marché intérieur en 1992 avait pour objectif d'augmenter le PIB de 0,5 %.

prises, car soumettre à deux régimes différents la taxation des prêts à des entreprises et à des particuliers aurait été compliqué et aurait suscité des fraudes<sup>15</sup>. Dès lors, on peut en conclure que le maintien d'un secteur financier exonéré ne serait que le fruit d'un malentendu sur les conséquences pratiques des exonérations.

Hutchings notait en 1973, que «*la majorité des milieux bancaires craignait en effet que la taxe ne soit particulièrement difficile à appliquer aux opérations financières pour des raisons économiques (majoration des coûts et notamment de celui du crédit) ou techniques (complication de "gestion", difficultés de la distinction entre les clients assujettis et non assujettis). Dans ces conditions, elle estimait qu'il convenait de ne pas "hypothéquer" l'avenir et de s'abstenir de prendre, dans une directive, une position qui puisse restreindre ultérieurement la liberté d'action des États membres à l'égard des opérations en cause*»<sup>16</sup>. Les travaux préparatoires de la sixième directive TVA ne contiennent aucune indication précise sur les motivations du maintien des exonérations de TVA, pas plus que sur les négociations qui ont conduit le Conseil des ministres à adopter le texte de l'article 13(B)(d) de la sixième directive TVA.

La justification a posteriori de l'exonération des opérations financières semble résulter de la difficulté à déterminer la base d'imposition dans l'hypothèse où ces opérations devraient être soumises à la TVA<sup>17</sup>. Appliquer une TVA à la fourniture de services financiers sur la base d'opérations individuelles serait difficile, car l'élément de service, distinct de tout autre élément dont les intérêts, n'est pas toujours précisément identifiable<sup>18</sup>. L'idée a également été suggérée que les exonérations visent les secteurs peu soumis à la concurrence, soit en raison de leur nature, comme les soins de santé ou l'éducation<sup>19</sup>, soit en raison de contraintes légales (cas des services financiers au niveau communautaire jusqu'au début des années 1990).

## 2 Caractéristiques économiques et juridiques des services des intermédiaires financiers

Pour la plupart des services, une opération est complète lorsqu'elle répond aux conditions et aux caractéristiques sur lesquelles les parties se sont mises d'accord, implicitement ou explicitement. De plus, ces prestations n'impliquent généralement que deux personnes. Dans un

tel cas, la valeur du service est égale au prix que le consommateur accepte de payer. Les relations entre les parties prennent fin lorsqu'elles ont rempli leurs engagements réciproques, à savoir la livraison d'un bien ou la réalisation d'une prestation de services en échange d'un prix.

Les services des intermédiaires financiers présentent des différences essentielles avec les autres services. En effet, les services financiers :

- impliquent souvent plus de deux personnes, voire une intermédiation entre des groupes de personnes qui ne se connaissent pas ;

- portent sur une durée parfois très longue, contrairement à d'autres types de services, comme le courtage ou l'entremise ;

- sont difficiles à appréhender, dans la mesure où ils font l'objet de nombreuses opérations distinctes.

En Europe, suite à la nécessité de prévoir des conditions communes pour l'accès à l'activité d'établissement de crédit, celui-ci est défini comme «*une entreprise dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour son propre compte*»<sup>20</sup>. Cette définition est reprise de la directive 77/780/CEE du 12 décembre 1977<sup>21</sup> et de certaines législations nationales antérieures. En France, la loi du 13 juin 1941 donnait comme définition de l'activité bancaire, la réception de dépôts du public et l'affectation des sommes reçues à des opérations de crédit et à des opérations financières. La loi du 24 janvier 1984, dont les dispositions figurent dans le Code monétaire et financier, contient une énumération des opérations de banque : «*les opérations de banque comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à la disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement*»<sup>22</sup>. En Belgique, la doctrine considérait que les banques sont essentiellement des intermédiaires entre apporteurs et demandeurs de capitaux, entre l'épargne et l'investissement<sup>23</sup>.

Cette approche est à la fois juridique et économique : les intermédiaires financiers fournissent un service consistant à transférer des fonds d'un groupe de personnes ayant certaines préférences concernant les risques et les liquidités à d'autres groupes ayant d'autres préférences<sup>24</sup>. Comme ces fonds retournent chez le déposant, il est difficile de distinguer entre les coûts et les produits. Outre la durée parfois très longue, s'ajoute le risque de non-exécution des conventions. Enfin, la définition des produits financiers s'avère complexe<sup>25</sup>. Les prestations des

15 Maurice Lauré, André Babeau et Christian Louit, *Les impôts gaspilleurs*, PUF 2001 p. 140.

16 Gérard Hutchings, *Les opérations financières et bancaires et la taxe sur la valeur ajoutée*, Commission européenne, Collection Etudes Série Concurrence - Rapprochement des législations n° 22, Bruxelles 1973 p. 33.

17 Conseil des Impôts, *La taxe sur la valeur ajoutée*, Dix-neuvième rapport au Président de la République, 2001, p. 118.

18 GST & Financial services - A Government discussion document (Nouvelle-Zélande) 2002 p. 8 et 9 ; la même argumentation a été développée dès 1922 en Allemagne lors de l'introduction des premières taxes sur le chiffre d'affaires.

19 Les secteurs non ouverts à la concurrence mais nécessitant des investissements importants étaient soumis à la TVA.

20 Directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit, JOCE L 126 du 26 mai 2000 p. 1.

21 Première directive 77/780/CEE du Conseil du 12 décembre 1977 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de cré-

dit et son exercice, JOCE L 322 du 17 décembre 1977 p. 39 (directive qui n'est plus en vigueur).

22 Article L 311-1 du Code monétaire et financier, issu de l'article 1<sup>er</sup> alinéa 2 de la loi du 24 janvier 1984. Mais comme le soulignent Christian Galvada et Jean Stoufflet, il n'est pas interdit aux établissements de crédit d'accomplir à titre complémentaire, d'autres actes considérés comme l'accessoire de leur activité, Droit Bancaire, Litec, 5<sup>e</sup> édition, p. 19.

23 Jacques Heenen et André Bruyneel in Droit Bancaire et Boursier / Bank- und Börsenrecht, Jura Europae, 1974 - Belgique n° 20.

24 Henderson [Kodzycki], Financial Intermediaries under Value-Added Tax, New Eng. Econ. Rev., July-Aug. 1988 p. 37 à 41 cité par Alan Schenk et Oliver Oldman, *Value added tax : a comparative approach in theory and practice*, Transnational Publishers p. 335 ; Bernd Genser and Peter Winker, *Measuring the fiscal revenue loss of VAT exemption in commercial banking*, Finanzarchiv 1997 p. 573 ; voir également Harry Grubert & James Mackie, *Must financial services be taxed under a consumption tax*, National Tax Journal 2000 p. 23.

25 Un banquier déclarait un jour qu'il était aussi difficile de définir un produit financier que de vouloir saisir un morceau de gelée : il vous glisse

intermédiaires financiers peuvent être décrites comme des services consistant à donner aux ménages et aux entreprises, le moyen de transférer leur consommation dans le temps, soit en la retardant (du chef du déposant), soit en l'anticipant (du chef de l'emprunteur).

L'exemple est le suivant :

- A dispose de 100 euros qu'il ne souhaite dépenser qu'un an plus tard ;
- C a besoin immédiatement de 100 euros qu'il s'engage à restituer un an plus tard ;
- B connaît les parties en cause et organise la disposition des fonds de A par C.

Dans cet exemple, il n'existe aucune TVA en amont ou taxe sur les opérations à la sortie.

### Déroulement des opérations

Au jour 1, le déposant A remet au dépositaire B la somme de 100 euros et B remet à son tour cette somme à l'emprunteur C.

Au jour 365, C rembourse la somme de 100 euros à B qui la rend à son tour à A.

### Les mouvements financiers

- B réclame 15 euros d'intérêts bruts à C (au jour 365) et verse 8 euros d'intérêts à A (pour autant que le dépôt soit rémunéré, ce qui n'est pas nécessairement le cas) ;
- B fournit un service à A et un autre service à C ;
- A ne paye rien et reçoit de l'argent de B.

### La rémunération des services

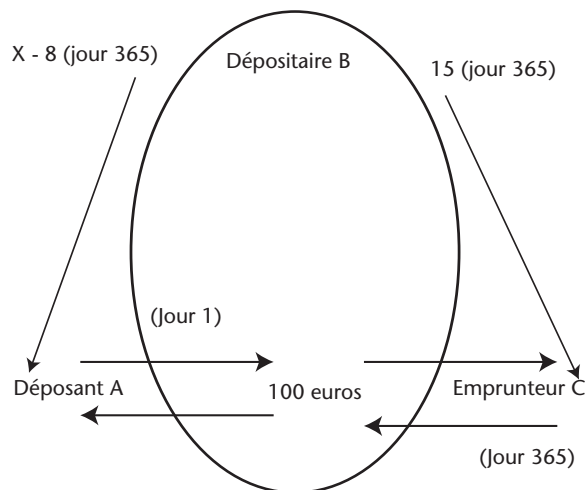
Le versement de la somme de 15 euros par C à B recouvre plusieurs opérations :

1. Le service que B fournit à C s'analyse juridiquement comme une ouverture de crédit, convention par laquelle une personne s'oblige à mettre temporairement à la disposition d'une autre, ses fonds ou son crédit personnel, à concurrence d'un montant déterminé, en contrepartie de quoi, le crédité (ou emprunteur) s'engage à payer une commission et à rembourser les avances reçues (100 euros) augmentées d'un intérêt (15 euros)<sup>26</sup>.

Selon Falloise, il s'agit d'une convention par laquelle une personne s'oblige à fournir des fonds à une autre personne qui, de son côté s'oblige, si elle fait usage du crédit, à la rembourser de ses avances<sup>27</sup> ;

2. Le service que B fournit à A s'analyse juridiquement comme un contrat de dépôt qui impose au banquier des opérations multiples telles que le versement des intérêts, le remboursement des sommes déposées, ...<sup>28</sup>. Assumant une obligation de garde de la chose déposée, le banquier devrait être fondé à recevoir une rémunération en contrepartie. Or, de manière apparemment paradoxale, l'intermédiaire financier ne réclame aucun paiement pour le service fourni à A.

## Activité d'intermédiaire financier



B verse à A un intérêt pour le dédommager du report de sa consommation pendant un an. La situation est alors inhabituelle en TVA, puisque c'est le prestataire de services qui paye le preneur de services. En réalité, A reçoit un intérêt moindre que celui qu'il aurait pu percevoir s'il avait réussi à contacter directement C.

3. La rémunération que C paye à A (soit 8 euros) par l'intermédiaire de B en raison de la non consommation.

Dans cet exemple, A acquiert un service, mais il ne paye directement aucun prix.

C acquiert un service, mais il supporte pour partie le coût d'un service qui ne lui a jamais été fourni.

En fait, le déposant A remet 100 euros à l'intermédiaire B au premier jour ; et à la fin de l'année, il récupère 100 euros plus 8, afin de rémunérer son absence de consommation pendant un an.

### Un lien économique et juridique entre déposants et emprunteurs

Il existe entre les déposants A et les emprunteurs C un lien économique qui est consacré par le droit. Les banques de dépôts ou banques commerciales peuvent être considérées comme des entreprises privées faisant le commerce de l'argent (leur activité essentielle consistant à recevoir des dépôts et à faire des prêts). Dans son rôle d'intermédiaire entre les déposants et les emprunteurs, la banque de dépôt est créatrice de monnaie scripturale. En effet, dans la mesure où l'intégralité du dépôt n'est pas retirée immédiatement, la banque se servira de cette encaisse pour effectuer des prêts. Elle gardera cependant en réserve une marge de sécurité ou couverture lui permettant de faire face à des retraits partiels. C'est ce qui est dénommé coefficient de réserve ou pourcentage du montant total des dépôts qu'une banque privée s'impose de

entre les doigts (cité par Alan A. Tait, Value Added Tax, International Practice and Problems, International Monetary Fund, 1988 p. 100).

26 Sur l'ouverture de crédit, voir en droit belge, Jean Van Ryn et Jacques Heenen, Principes de droit commercial, T. IV, Bruylant 1988 402 ; et en droit français, not., Th. Bonneau, Droit bancaire, 5ème éd., Montchrestien, 2003, n° 502 et s.; voir également l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation française le 21 janvier 2004 (Bull. IV, n° 13), aux termes duquel « l'ouverture de crédit, qui

constitue une promesse de prêt, donne naissance à un prêt, à concurrence des fonds utilisés par le client ».

27 Falloise, Traité des ouvertures de crédit, 1891 p. 1 cité par le Répertoire pratique de droit belge, V° Banque n° 26.

28 Jean Van Ryn et Jacques Heenen, Principes de droit commercial, T. IV, Bruylant 1988 p. 336.

conserver sous forme liquide au lieu de le prêter à ses clients<sup>29</sup>. Ce coefficient est consacré par les normes prudentielles imposant aux banques de maintenir une proportion déterminée entre certains éléments de leur bilan afin d'assurer leurs liquidités et leur solvabilité<sup>30</sup>.

Considérant la nature de l'intervention de l'intermédiaire financier (trait d'union entre déposants et emprunteurs), il serait fort logique de prétendre que la base d'imposition à la TVA n'est pas constituée par l'intérêt brut réclamé aux emprunteurs (à savoir 15 dans l'exemple précité), mais par les intérêts reçus par l'intermédiaire financier diminués des intérêts payés aux déposants.

Comme on le développera dans la suite de cette étude, une telle solution n'est pas contraire aux textes communautaires en matière de TVA, ni aux règles d'interprétation dégagées par la Cour de justice. C'est également l'approche retenue par le Fonds monétaire international<sup>31</sup>.

### 3 TVA européenne sur les prestations des intermédiaires financiers

#### 3.1 Origine des textes communautaires

Les textes européens en matière de TVA sur les services financiers ne s'appuient pas sur une expérience mûrie par la jurisprudence et discutée entre praticiens du droit.

Certes, en 1973, la Commission européenne avait publié un rapport rédigé par l'un de ses anciens directeurs, le Français Gérard Hutchings<sup>32</sup>, lequel avait établi un inventaire des arguments, notant les points de vue très différents entre d'une part, la France, la Belgique et l'Italie (favorables à l'application de la TVA sur les services financiers) ; et d'autre part, l'Allemagne, les Pays-Bas et le Grand-Duché de Luxembourg (plutôt favorables à l'exonération).

Ce clivage était tout autant le fait des administrations fiscales que des entreprises elles-mêmes, aussi le rapport Hutchings est-il tombé dans l'oubli. Ceci explique sans doute les raisons de l'absence d'un débat réel entre 1973 et 1977 lors des discussions précédant l'adoption de la sixième directive TVA :

- selon la Commission européenne, les exonérations qui s'appliquent à certains domaines tels que le crédit, les échanges monétaires et la bourse paraissent justifiées pour des raisons de politique générale commune aux États membres<sup>33</sup> ;

- le Comité économique et social se borne à acter les divergences de vue entre les partisans de la taxation et les partisans des exonérations, tout en exprimant le souhait que la directive précise la portée exacte des exonérations<sup>34</sup> ;

- le Parlement européen demande un amendement concernant les exonérations des opérations portant sur les créances, les actions et les obligations<sup>35</sup>.

Le texte de l'article 13(B)(d) de la sixième directive qui prévoit la liste des exonérations, semble être inspiré de la Taxe sur les activités financières en France (TAF)<sup>36</sup>.

Olivier Fouquet rapporte que l'Administration française, qui avait participé activement à l'élaboration de la sixième directive a déduit de l'article 11(A)(1) que, pour les opérations bancaires et financières prises dans leur ensemble, l'assiette de la TVA en cas d'option était demeurée la même que sous le régime de la taxe spéciale, à savoir le profit brut<sup>37</sup>.

La France appliquait alors les exonérations en matière de TVA sur les services financiers exclusivement à certains services fournis par des intermédiaires financiers.

Toutefois, la Cour de justice des Communautés européennes a interprété les textes en ce sens que les exonérations des services financiers s'appliquent quelles que soient la nature ou l'activité principale du prestataire. C'est ainsi que des prestataires informatiques, des syndicats d'immeubles fournissent des services visés par les exonérations de TVA sur les services financiers<sup>38</sup>.

#### 3.2 Règles de déduction et leur application

Le problème essentiel en matière de TVA sur les services financiers est la déduction de la TVA grevant les coûts. En effet, la TVA n'est déductible que lorsqu'elle grève les opérations taxables en régime intérieur ou exonérées dans des relations commerciales internationales avec des pays tiers<sup>39</sup>. Les opérations exonérées sur la base de l'article 13 ou 28 de la sixième directive TVA, ainsi que les opérations hors du champ d'application de la TVA ne donnent droit à aucune déduction sur la TVA ayant grevé les coûts relatifs à ces activités. En principe, les entreprises exercent essentiellement soit des opérations taxables, soit des opérations exonérées ; en revanche, les intermédiaires financiers effectuent pour partie des opérations exonérées, et pour partie des activités soumises à la TVA.

Plusieurs procédures permettent la déduction de la TVA grevant les biens et services d'utilisation professionnelle mixte : les diverses méthodes d'affectation réelle et le

29 Voir Alex Jacquemin et Henry Tulkens, *Fondement d'économie politique*, La Renaissance du Livre 1970 p. 192 à 195.

30 Pour la Belgique, voir Denis Ponlot, *Le statut légal des banques et le contrôle des émissions de titres et valeurs*, Imprimerie E Oleffe 1969 p. 50 ; pour la France, voir Th. Bonneau, op. cit., n° 35, et les art. L. 511-40 et s. du Code monétaire et financier, ainsi que les textes pris pour leur application.

31 Liam Ebrill, Michael Keen, Jean-Paul Bodin et Victoria Summers, *The Modern VAT*, IMF 2001, p. 95.

32 Gérard Hutchings, *Les opérations financières et bancaires et la taxe sur la valeur ajoutée*, Commission européenne, Collection Études Série Concurrence - Rapprochement des législations n° 22, Bruxelles 1973.

33 Proposition de sixième directive du Conseil en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires présentée par la Commission au Conseil le 29 juin 1973, Communautés européennes supplément 11/73 p. 16.

34 Consultation du comité économique et social JOCE n° C 139/19 du 12 novembre 1974.

35 Avis du Parlement Européen, JOCE n° C 40 du 8 avril 1974.

36 Jean-Claude Bouchard, Anne Grousset, Christophe Aldebert, Rapport français au Congrès de l'IFA à Sidney Cahiers de droit Fiscal International, Vol LXXXVIIIb, 2003 p. 320 ; Patrice Pouligen in *L'option pour la TVA des activités bancaires et financières en France*, Séminaire Fiscalis 2 et 3 décembre 2004 à Dublin.

37 Conclusions du Commissaire du gouvernement Olivier Fouquet précédant l'avis du Conseil d'État du 26 février 1993, n° 143039, Section, Caisse régionale de crédit agricole mutuel de Savoie, RJF 4/93 p. 281.

38 CJCE, 11 juillet 1996, Régie Dauphinoise - Cabinet A. Forest SARL, aff. C-306/94, Recueil I-3695.

39 Les termes «avoir un lien direct et immédiat avec des opérations taxables» pourraient être plus appropriés : voir sur ce point CJCE, 22 février 2001, Abbey National, aff. C-408/98, Recueil I-1361.

prorata général de déduction.

Même dans le cas d'une législation favorable comme celle du Royaume-Uni, ces procédures n'en constituent pas moins une charge administrative très lourde et une source permanente de conflits avec le fisc <sup>40</sup>.

### 3.2.1 Article 17 de la directive 77/388/CEE

Le principe de l'affectation ne peut pas jouer lorsque les mêmes biens et services sont affectés à la fois à des opérations taxables et à des opérations non taxables. La méthode de l'affectation prime pour autant que les biens ou services utilisés en amont ne concourent pas simultanément à la réalisation d'opérations taxables et non taxables <sup>41</sup>, même si une lecture rapide des textes permettrait de penser que le prorata est la règle et l'affectation réelle une simple faveur.

À défaut de pouvoir distinguer clairement les frais relatifs au secteur taxable et au secteur exonéré, la sixième directive prévoit l'application d'un prorata qui résulte d'une fraction comportant : au numérateur, le montant total du chiffre d'affaires hors taxes afférent aux opérations ouvrant droit à déduction ; au dénominateur, le montant total du chiffre d'affaires hors taxes afférent aux opérations figurant au numérateur, ainsi qu'aux opérations qui n'ouvrent pas droit à déduction.

Toutefois, cette disposition comporte de très nombreuses dérogations appliquées de manière très variable selon les États qui «peuvent» :

a) Autoriser l'assujetti à déterminer un prorata pour chaque secteur de son activité, si des comptabilités distinctes sont tenues pour chacun de ces secteurs ;

b) Obliger l'assujetti à déterminer un prorata pour chaque secteur de son activité et à tenir des comptabilités distinctes pour chacun de ces secteurs ;

c) Autoriser ou obliger l'assujetti à opérer la déduction suivant l'affectation de tout ou partie des biens et services ;

d) Autoriser ou obliger l'assujetti à opérer la déduction, conformément à la règle prévue au premier alinéa, pour tous les biens et services utilisés pour toutes les opérations y visées ;

e) Prévoir, lorsque la taxe sur la valeur ajoutée qui ne peut être déduite par l'assujetti est insignifiante, qu'il n'en sera pas tenu compte.

Bien que les règles de déduction soient détaillées aux articles 17 à 20 inclus de la sixième directive TVA, les États disposent d'un tel nombre d'options que le praticien a bien de la peine à lire ces textes à la lumière de l'objectif de neutralité du système TVA <sup>42</sup>. Les différentes options offertes par les textes, combinées avec la nature des services financiers, causent des distorsions de concurrence

très importantes entre les opérateurs économiques, à l'intérieur de chaque juridiction fiscale et plus encore au sein même de l'Union européenne. Ces distorsions sont doubles : la méthode de déduction de la taxe (affectation réelle) ; et en cas de prorata général, le chiffre d'affaires à retenir.

### 3.2.2 Application des règles de déduction par les États membres

Outre les distorsions inhérentes aux exonérations, aux dérogations permanentes et aux dérogations dites temporaires depuis 25 ans <sup>43</sup>, certains pays imposent la méthode du prorata souvent moins avantageuse que les diverses méthodes de sectorisation dans la mesure où, pour les services financiers, les opérations exonérées génèrent fréquemment un chiffre d'affaires plus important que celui des opérations taxables, tout en nécessitant beaucoup moins d'investissements ou de coûts grevés de TVA.

#### 3.2.2.1 France

**3.2.2.1.1 Option pour la TVA sur les activités bancaires et financières.** En application de l'article 13(B)(d) de la sixième directive, les services financiers sont pour la plupart exonérés de TVA <sup>44</sup>.

Les dispositions de l'article 13(C) de la sixième directive permettent néanmoins aux États membres d'autoriser les opérateurs économiques à opter pour l'application de la TVA sur les opérations bancaires et financières, à l'exception de celles qui en sont expressément exclues <sup>45</sup> comme les opérations de change, et plus récemment les commissions liées à l'émission ou au placement d'actions.

La France figure parmi les quatre États membres de l'Union européenne <sup>46</sup> qui autorisent l'option sous certaines conditions <sup>47</sup>.

Les établissements financiers français ont ainsi pu se trouver en situation d'exercer l'option dès 1979 (date de suppression de la Taxe spéciale sur les activités financières).

La possibilité d'opter constituait alors pour les entreprises du secteur financier un moyen d'améliorer le prorata, de réduire le poids de la taxe sur les salaires ainsi que le taux de la taxe sur les encours (supprimée en 1985).

Toutefois, l'option en droit français a toujours présenté un caractère à la fois global et irrévocable.

En autorisant la révocation de l'option, la loi de finances rectificative pour 2004 <sup>48</sup> vient de faire un premier pas en faveur de la situation concurrentielle des banques françaises.

Le nouveau dispositif n'envisage cependant pas de revenir sur le caractère global de l'option – qui offrirait un

<sup>40</sup> Kevin McCormick, Rapport du Royaume-Uni au Congrès de l'IFA à Sidney, Cahiers de droit fiscal international, Vol LXXXVIIIb, 2003 p. 758.

<sup>41</sup> Conclusions du Commissaire du gouvernement Olivier Fouquet précédant l'avis du Conseil d'État du 26 février 1993, n° 143039, Section, Caisse régionale de Crédit agricole mutuel de Savoie, RJF 4/93 p. 280 ; voir en ce sens en Belgique Question n° 184 du député Louis Michel dd. 7 décembre 1995, Rev. TVA, n°120, p. 346.

<sup>42</sup> Conclusions de l'avocat général W. Van Gerven précédant l'arrêt de la CJCE, 22 juin 1993, Satam, aff. C-333/91, Recueil I-3513. Voir également FBE, Adapting european VAT legislation to the requirements and challenges of the global financial industry in the 21st Century - Propo-

sals of the European Banking Federation, Bruxelles 17 mai 2004.

<sup>43</sup> Article 28(3) de la sixième directive et annexes E, F, G. Il est à noter que la Commission européenne exige parfois des États membres, l'extension des dispositions transitoires en se basant sur le principe de non discrimination, principe qui n'est toutefois pas applicable aux exceptions temporaires.

<sup>44</sup> Article 261 C-1° du Code général des impôts.

<sup>45</sup> Article 260 C du Code général des impôts.

<sup>46</sup> Avec l'Allemagne, la Belgique et l'Autriche, mais suivant des modalités et des champs d'application très différents.

<sup>47</sup> Article 260 B du Code général des impôts.

<sup>48</sup> Loi n° 2004-1485 du 30 décembre 2004 - Article 85.

choix supplémentaire en fonction des clients assujettis ou non, comme c'est le cas en Allemagne (bien que l'expérience pratique révèle que ce soit difficilement applicable).

Si une affectation par client peut s'avérer délicate à effectuer, il n'en demeure pas moins que les règles actuelles de déduction et de calcul du prorata en cas de réalisation d'opérations exonérées (non optables), imposables de plein droit et «optables» doivent être reconsidérées.

**3.2.2.1.2 Restrictions à la possibilité d'établir des secteurs distincts.** Il y a préalablement lieu de rappeler la primauté de la règle de l'affectation susceptible de s'appliquer aux établissements bancaires et financiers comme à toute autre entreprise. Cette règle consiste à distinguer les opérations hors du champ d'application de la TVA de celles qui sont situées dans le champ, puis à procéder à une affectation des dépenses en fonction de leur utilisation totale ou partielle pour chacune de ces deux catégories d'opérations.

La particularité de la doctrine française concernant les banques et les établissements financiers, résulte de l'application de la règle du prorata prévue à l'article 212 de l'annexe II au Code général des impôts, en matière de droits à déduction des dépenses mixtes (utilisées à la fois pour des opérations taxables et exonérées).

Or, l'article 213 de l'annexe II au code précité prévoit que toute entreprise exerçant des activités qui ne sont pas soumises à des dispositions identiques au regard de la TVA, peut constituer des secteurs distincts.

L'Administration fiscale française refuse la création de secteurs distincts d'activité dans les établissements bancaires et financiers (exception faite pour les opérations de crédit-bail selon la lettre du SLF en date du 7 novembre 1989), et précise qu'il n'y a pas pluralité d'activité «*lorsqu'une entreprise exerce à titre exclusif une activité bancaire en utilisant des moyens en personnel et matériel non affectés, quand bien même cette activité comprendrait à la fois des opérations financières imposables (de plein droit ou par option) et non imposables*»<sup>49</sup>.

Ainsi que le souligne Philippe Tournès, l'application du prorata est nuancée par la théorie des secteurs d'activité<sup>50</sup>. La constitution d'un secteur d'activité suppose nécessairement la poursuite d'une pluralité d'activités économiques différentes. La doctrine refuse la sectorisation en présence d'activités non différentes mais complémentaires. L'Administration française se fonde à ce titre sur un arrêt du Conseil d'État<sup>51</sup>. Selon la jurisprudence, une banque qui, outre son activité financière exonérée, a une activité taxable à la TVA de location de matériels informatiques et de terminaux de points de vente, ne peut pour l'exercice de ses droits à déduction constituer deux secteurs distincts. Ces deux secteurs d'activité sont complémentaires et ne sauraient faire l'objet d'une dissociation dès lors que les opérations de location sont destinées à améliorer la qualité des services bancaires et financiers fournis aux clients de la banque dans le cadre de son activité bancaire et financière. Alors qu'elles font l'objet de

comptabilités séparées, elles constituent une seule et même activité au sens de l'article 212 de l'annexe II au CGI<sup>52</sup>.

Dès lors, les difficultés liées à une méthodologie de calcul du prorata de TVA des banques apparaissent de manière accrue en cas de compensations des pertes et profits.

**3.2.2.1.3 Opérations de change manuel.** Au regard des modalités de calcul du prorata des droits à déduction de la TVA pratiquées par les établissements bancaires et financiers (notamment les Caisses régionales de Crédit agricole mutuel), la question s'est plus particulièrement posée dans le cadre des opérations de change manuel.

Ce type d'opérations consiste en une conversion immédiate de monnaie, qui entraîne une rémunération de la banque par le client.

Dès lors qu'à l'époque des faits concernés (avant l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 1991), ces opérations pouvaient être assujetties sur option à la TVA, il y avait lieu de déterminer si le prorata devait être calculé en intégrant au numérateur et au dénominateur du rapport, le montant total des opérations ou la seule rémunération.

Différents litiges ont opposé l'Administration à certaines Caisses de Crédit agricole mutuel, consécutivement à la distinction effectuée par l'instruction 3 L-1-79 du 31 janvier 1979 entre les opérations de change manuel (livraisons de biens meubles corporels), et celles de change scriptural (prestations de services) – du point de vue de la territorialité et du fait générateur.

Ces établissements bancaires considéraient donc que le chiffre d'affaires imposable devait être constitué non par les rémunérations ou les profits retirés des opérations de change manuel, mais par le montant beaucoup plus considérable de la transaction de change elle-même (c'est-à-dire le prix total des devises échangées). Il en résultait que le chiffre à porter au numérateur et au dénominateur de la fraction du prorata était, non celui de la rémunération ou du profit, mais celui de la transaction. L'inscription du chiffre d'affaires, au numérateur, des transactions de change manuel, parfois plusieurs centaines de fois supérieur à la rémunération de la banque ; et par le jeu de l'option, au dénominateur de la fraction du prorata, aboutissait à des résultats stupéfiants et le droit à déduction pouvait facilement passer de 1 à 12 %<sup>53</sup>. L'option pour la taxation des opérations de change combinée avec la prise en compte de la transaction brute permettait d'accroître substantiellement le chiffre d'affaires au numérateur et au dénominateur du prorata général, et par conséquent le prorata de déduction<sup>54</sup>.

Les opérations de change manuel, même si elles peuvent être analysées comme un contrat d'achat et de vente de devises, consistent avant tout en un échange d'instruments de paiement. Dès lors, elles sont considérées comme des prestations de services, au sens de la loi précitée qui reconnaît à toutes les opérations de change, la nature de prestations de services.

Le Conseil d'État a estimé, en conséquence, que les

49 Doc. Adm. 3-D-1622 § 3.

50 Philippe Tournès, *Plaidoyer en faveur de la règle des secteurs d'activité distincts*, RJF 2/00 p. 99.

51 CE 7 mars 1979, n° 7544, Noyer, RJF 4/79, n° 130.

52 CAA Paris, 2<sup>e</sup> Ch. A, 10 juillet 2002, rec. n° 98-3135, Banque

Bruxelles Lambert, Droit fiscal 2003, Comm. 579.

53 Conclusions du Commissaire du gouvernement Olivier Fouquet précédant l'avis du Conseil d'État du 26 février 1993, n° 143039, Section, Caisse régionale de Crédit agricole mutuel de Savoie, RJF 4/93 p. 282.

opérations de change manuel devaient être regardées comme des prestations de services de l'établissement bancaire, dont la rémunération est constituée par le profit de change réalisé et la commission perçue<sup>55</sup>.

D'autres décisions ont conduit à s'interroger sur les conséquences tirées au contentieux de cet avis, qui a été avalisé<sup>56</sup>.

**3.2.2.1.4 Opérations de crédit.** L'impossibilité d'opérer une compensation globale a été abordée en 1994 par deux arrêts de la cour administrative d'appel de Nantes<sup>57</sup> à propos des intérêts perçus par une Caisse régionale de Crédit agricole mutuel en contrepartie des prêts qu'elle accordait à ses clients. La Caisse régionale avançait l'argument selon lequel elle avait l'obligation statutaire de faire refinancer ses prêts auprès de la Caisse nationale de Crédit agricole ; et par conséquent, qu'elle ne pouvait inscrire au dénominateur que le montant net des intérêts perçus de ses clients après déduction des intérêts versés à la Caisse nationale. La Cour a rejeté cette interprétation pour les motifs suivants :

- les prestations de refinancement sont distinctes des opérations de prêts ;
- l'intérêt reçu pour les prêts est le prix réclamé aux clients en raison des prestations qui leur sont fournies ;
- la définition du chiffre d'affaires s'applique aussi bien aux opérations imposables qu'aux opérations exonérées.

Par suite, le Conseil d'État<sup>58</sup> a confirmé un arrêt de la cour administrative d'appel de Nancy qui reprenait la solution adoptée par les deux arrêts de la CAA de Nantes, en estimant effectivement que les avances consenties par la Caisse nationale de Crédit agricole (CNCA) aux Caisses régionales de Crédit agricole mutuel (CRCAM), et les prêts accordés par les caisses régionales à leurs clients, sont deux prestations totalement distinctes, et en tant que telles, rémunérées distinctement. Le Commissaire du gouvernement François Loloum a rappelé que le système de la TVA n'admet pas la taxation sur la marge.

En 2001, la CAA de Marseille est revenue sur ce point, mais elle s'est bornée à préciser que «*s'agissant des opérations de crédit effectuées par les établissements bancaires, la contrepartie de la prestation est constituée par toutes les sommes, et notamment par les intérêts que les emprunteurs versent à l'établissement, sans qu'il y ait lieu d'en déduire les frais que celui-ci a pu devoir exposer pour se procurer les fonds prêtés... Il y a lieu de prendre en compte dans le dénominateur du rapport défini par l'article 212 de l'annexe II au Code général des impôts, le montant des intérêts effectivement versés par les emprunteurs, sans qu'en soient déduites les charges financières supportées au titre des avances qui constituaient la source du financement de certains de ces prêts*»<sup>59</sup>.

54 L'interaction du droit d'option sur les opérations financières et le chiffre d'affaires à retenir pour le prorata de déduction est un problème typiquement français. Seule la France a introduit un droit d'option général sur un grand nombre de services financiers. La Belgique a limité le droit d'option aux opérations de paiement et d'encaissement ; et l'Allemagne a introduit un droit d'option assez large mais dont l'application est à ce point complexe qu'il n'est que peu utilisé en pratique. Pour plus de détails : voir James Dixon, *Option to Tax Financial Services*, International VAT Monitor July-August 1991 p. 2 and September 1991 p. 2.

55 CE, Section 26 février 1993, avis n° 143039, Caisse régionale agri-

**3.2.2.1.5 Opérations de swaps.** L'instruction du 9 août 2004, 3 L-2-04 clarifie désormais les modalités de prise en compte des opérations de swaps de taux d'intérêt et de devises (à l'exclusion des swaps de change, voire d'autres instruments financiers), réalisées par les seuls établissements de crédit et les seules entreprises d'investissement pour le calcul du prorata de déduction prévu par l'article 212 de l'annexe II au Code général des impôts.

Pour les swaps de change (assimilés aux opérations de change exonérées de TVA sans possibilité d'option), le profit de change dégagé doit être porté au seul dénominateur du prorata.

Dès lors, les entreprises françaises devront, avant le 1<sup>er</sup> janvier 2006, procéder à la détermination de leur chiffre d'affaires annuel afférent aux opérations concernées conformément à deux méthodes alternatives :

- la première méthode est fondée sur la prise en compte de la somme des flux financiers nets positifs dégagés au titre de chaque contrat au cours de l'année. Les pertes sur swaps sont donc, en ce cas, exclues du calcul du prorata ;

- la deuxième méthode est fondée sur la prise en compte du résultat net positif dégagé sur l'ensemble des contrats, et donc du résultat net de l'ensemble des flux financiers reçus et payés (y compris soultes), sans possibilité de prendre en compte un résultat qui dégagerait une perte nette.

Il y a lieu d'observer que les deux méthodes proposées, qui sont fondées sur la prise en compte des flux financiers nets positifs, n'autorisent pas comme en matière d'opérations réalisées sur le Matif (3 L-6-87) ou le Monep (note du 6 juillet 1992), le report sur l'année suivante du solde des flux nets négatifs.

**3.2.2.1.6 Particularité française de la taxe sur les salaires.** La taxe sur les salaires est due par les employeurs domiciliés ou établis en France, qui ne sont pas assujettis à la TVA sur 90 % au moins de leur chiffre d'affaires.

L'exonération des services financiers a donc pour corollaire l'assujettissement à la taxe sur les salaires.

L'assiette de la taxe sur les salaires est constituée par une fraction des salaires versés, inversement proportionnelle au pourcentage d'assujettissement des activités à la TVA (si l'employeur est assujetti à la TVA pour 20 % de ses activités, l'assiette de la taxe sur les salaires sera constituée de 80 % des salaires versés).

Ce rapport d'assujettissement à la taxe sur les salaires est calculé en tenant compte :

- au numérateur, du chiffre d'affaires qui n'a pas été passible de la TVA (total des recettes n'ouvrant pas droit à déduction de la TVA, y compris les recettes hors champ d'application de la TVA) ;

cole mutuel de Savoie, Droit fiscal 1993 n° 17-18 p. 845.

56 CE 17 juin 1994, n° 124793, n° 128617, n° 128296 et n° 128618, 8<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.-s., CRCAM du Nord, CRCAM du Lot et CRCAM de Charente-Maritime, RJF 8-9/94 n° 903 et n° 904.

57 CAA Nantes 4 mai 1994, n° 92-380 et 92-381, Caisse régionale du Crédit agricole mutuel du Cher et de l'Indre et Loire, RJF 7/94 n° 788 p. 461.

58 CE 16 septembre 1998, n° 177005, 9<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> s.-s., CRCAM de la Côte-d'Or, RJF 11/98 n° 1286.

59 CAA Marseille, 3<sup>e</sup> chambre, 28 mai 2001, Caisse régionale de Crédit agricole mutuel d'Alpes Provence.

- au dénominateur, du chiffre d'affaires total (sommes figurant au numérateur et recettes ouvrant droit à déduction de la TVA).

Dès lors, les conséquences économiques cumulatives (TVA non déductible et taxe sur les salaires) ne font qu'accroître le manque de compétitivité des entreprises françaises du secteur financier.

Enfin, il convient de s'interroger sur la question de savoir si la taxe sur les salaires dont l'assujettissement est consécutif à l'exonération de TVA, est conforme au droit communautaire.

### 3.2.2.2 Allemagne

Tout comme la Belgique avant 1995, l'Allemagne pratique le régime de la marge brute<sup>60</sup>. À l'heure actuelle, il n'existe sur ce point qu'un projet de règlement qui date de 2001<sup>61</sup>, mais qui n'a jamais été formellement adopté<sup>62</sup> même s'il a été communiqué aux différentes associations professionnelles et qu'il est appliqué par un certain nombre d'institutions financières.

### 3.2.2.3 Royaume-Uni

Le Royaume-Uni a utilisé toutes les options que la sixième directive offre, pour déterminer le droit à déduction par des assujettis n'ayant pas un droit entier à déduction.

Il existe une méthode standard pour déduire la TVA<sup>63</sup> ainsi que la possibilité de négocier un accord sur des méthodes spéciales dans les cas appropriés<sup>64</sup>.

La méthode d'affectation réelle est celle qui est le plus couramment utilisée<sup>65</sup>, pour autant qu'elle aboutisse à «*a fair and reasonable result*». Les entreprises peuvent se référer au nombre d'opérations taxables, aux centres de profit ou encore faire une distinction par catégorie de revenus. Les méthodes déterminant la TVA déductible sur la base du nombre d'opérations peuvent être utilisées. Les méthodes spéciales ne doivent pas être nécessairement précises en ce sens qu'elles n'exigent pas une analyse des coûts soumis à la TVA.

En accord avec l'administration, une clé de répartition honnête peut être atteinte de manière pragmatique en utilisant l'information existante. Il est même possible de procéder rétrospectivement au calcul de la TVA déductible.

Quelle que soit la méthode utilisée, l'administration anglaise vérifie que :

- l'on ne puisse déduire plus de TVA que si l'on effectuait des opérations taxables ;
- la méthode de déduction soit facilement contrôlable.

60 Ernst Witzani, *Ein neuer Bankenschlüssel ? Vorsteueraufteilung bei Kreditinstituten*, Umsatzsteuer Rundschau 6/2003 p. 274.

61 Bundesministerium der Finanzen, Berlin 2 mai 2001 ref. IV B 7 - S 7306 - 4/01.

62 Voir sur la position allemande Mathias Geurts/Rolfjosef Hamacher/Sabine Weber *Die Umsatzsteuer im Bank und Finanzgeschäft*, bankverlag Köln, p. 184.

63 Value Added Tax Regulations 1995 (SI 1995/2518 reg. 101).

64 Selon Kevin McCormick, les négociations sur les méthodes spéciales sont complexes et coûteuses. Elles ont donné lieu à de nombreux litiges devant les tribunaux : voir supra, Rapport du Royaume-Uni au Congrès de l'IFA à Sidney Cahiers de droit fiscal international, Vol

### 3.2.2.4 Belgique

**3.2.2.4.1 Pratique administrative entre 1971 et 1995.** Dès l'introduction de la TVA en Belgique en 1971, l'Association belge des banques et l'Administration belge de la TVA avaient admis sans équivoque la mention au dénominateur de la différence entre les intérêts et les commissions (exclusivement celles perçues à raison d'une opération de crédit) perçus et les intérêts et les commissions (du chef d'une opération d'emprunt, par exemple la commission pour le réescompte auprès d'un autre établissement financier) bonifiés. C'est, en effet, cette différence qui, comme l'avait admis l'administration, représente la rémunération brute de l'intermédiaire<sup>66</sup>. En ce qui concerne le montant représentatif des opérations de crédit, on déduisait des intérêts et des commissions perçus à raison du crédit donné (rubrique 1 du crédit du compte de profits et pertes), tous les intérêts et commissions payés en raison du crédit reçu (rubrique 1 du débit des comptes de profits et pertes), qu'il s'agisse, dans ce dernier cas, des dépôts d'espèces, de bons de caisse, d'emprunts ou encore du coût de la mobilisation, comme par exemple, le réescompte<sup>67</sup>. L'Administration belge confirmait que, en ce qui concerne les opérations de crédit non visées à l'article 45 §1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup> CTVA<sup>68</sup>, le montant à prendre en considération est représenté par la différence entre les intérêts et frais perçus du chef de ces opérations et les intérêts bonifiés correspondant au coût de l'argent que l'intermédiaire financier doit emprunter en vue d'accorder ces crédits. Si la différence est négative, elle ne peut être soustraite des autres postes du dénominateur<sup>69</sup>.

**3.2.2.4.2 Position de la Commission européenne.** Dans son rapport rédigé après consultation des administrations nationales et des entreprises, Gérard Hutchings observait en 1973 que, concernant le calcul du prorata : «*Dans le domaine du crédit comme dans beaucoup d'autres, le banquier n'est, au fond, le plus souvent qu'un intermédiaire qui prête des fonds déposés ou prêtés par d'autres, particuliers ou professionnels. À ce titre, le montant de ses "affaires" devrait être sa rémunération brute, c'est-à-dire la différence entre intérêts et commissions perçus et intérêts et commissions versés, et non pas le montant total des intérêts et commissions encaissés. C'est la solution adoptée en Belgique, où c'est bien cette différence qui doit figurer dans le dénominateur du prorata. Dans les autres pays, les possibilités de calculs forfaitaires pour les déductions ou l'abandon de toute utilisation du prorata ont réduit l'attrait d'une telle solution et il ne semble pas que la question ait été soulevée, ni même que le fait de considérer a*

LXXXVIIIb, 2003 p. 758.

65 Peter Landon, VAT & The city, CCH, 2002 p. 121.

66 Jean Pardon et Marcel Vander Elst, La Taxe sur la valeur ajoutée et les banques, Association belge des banques p. 69.

67 Lettre du 12 février 1971 de l'Association belge de banques au service juridique de ses membres.

68 L'article 45 §1<sup>er</sup> 4<sup>o</sup>, CTVA (mettant en œuvre l'article 17(3)(c) de la sixième directive) vise les opérations avec des preneurs établis hors de la CEE.

69 Décision n° ET 45.995 du 26 juin 1982 de l'Administration centrale de la TVA.

priori le total des intérêts et des commissions perçus comme le chiffre d'affaires à retenir ait été contesté. Il serait néanmoins utile d'adopter à cet égard une attitude commune»<sup>70</sup>.

Le Comité TVA lors de sa treizième réunion des 15 et 16 décembre 1981 « s'est exprimé à la quasi-unanimité pour la prise en compte au dénominateur du prorata du montant brut des intérêts »<sup>71</sup>.

On peut raisonnablement penser que pour l'immense majorité des délégations des administrations nationales présentes aux réunions du Comité TVA, le problème était plutôt théorique dans la mesure où le prorata général de déduction n'est pas la seule méthode pour déduire la TVA. Il existe plusieurs autres méthodes qui sont nettement plus favorables aux entreprises financières. Les États qui n'appliquaient pas le prorata, n'avaient sans doute aucun avantage à défendre la notion de marge brute, d'autant que la notion d'intérêt brut était favorable aux entreprises qui octroient des crédits à des entreprises établies hors de la CEE (et la prise en compte de l'intérêt brut pouvait, le cas échéant, accroître le montant de la TVA déductible).

Les administrations nationales se réunissent dans un comité, qui est organisé par l'article 29 de la sixième directive TVA et qui est présidé par la Commission européenne, au cours duquel sont prises des « orientations unanimes » ou « quasi unanimes ». C'est dans de telles conditions qu'ont été dégagées plusieurs interprétations de la sixième directive TVA. Depuis janvier 2004, la Commission européenne peut proposer au Conseil de leur donner force obligatoire<sup>72</sup>.

On peut lire dans le premier rapport de la Commission au Conseil<sup>73</sup> que : « C'est à propos du secteur bancaire et financier qu'ont été soulevées un certain nombre de difficultés relatives au régime des déductions de la "taxe d'amont" ».

*Étant donné que la plus grande partie des opérations réalisées dans ce secteur sont couvertes par les exonérations de l'art. 13-B-d, les possibilités de déduction de la "taxe d'amont" sont nécessairement limitées par l'application du principe général selon lequel la "taxe d'amont" n'est déductible que dans la mesure où les biens et les services sont utilisés pour les besoins d'opérations effectivement soumises à la taxation (art. 17 § 2).*

*On doit cependant constater que dans plusieurs États membres, il s'est instauré certaines pratiques administratives fondées sur une interprétation qui s'écarte plus ou moins de la lettre, sinon de l'esprit de la directive et en particulier des dispositions de l'article 19 relatives au calcul du prorata de déduction.*

70 Gérard Hutchings, *Les opérations financières et bancaires et la taxe sur la valeur ajoutée*, Commission européenne, Collection Études Série Concurrence - Rapprochement des législations n° 22, Bruxelles 1973 p. 44.

71 Commission des Communautés européennes Comité de la TVA orientations 13<sup>e</sup> réunion 15 et 16 décembre 1981, XV/37/82 FR FINAL, Bruxelles décembre 1981 - document communiqué en vertu de l'article 5 dernier alinéa du Règlement n° 1049/2001.

72 Directive 2004/7/CE du Conseil du 20 janvier 2004 modifiant la directive 77/388/CEE relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée en ce qui concerne la procédure d'adoption de mesures dérogatoires ainsi que l'attribution de compétences d'exécution JOCE n° L 027 du 30/01/2004 p. 44 et 45.

73 Premier rapport de la Commission au Conseil sur le fonctionnement du système commun de la taxe sur la valeur ajoutée présenté

*Ces pratiques tendent à substituer, au dénominateur de la fraction exprimant le prorata de déduction, la notion de "marge brute" à celle de "chiffre d'affaires", ce qui entraîne une augmentation des droits à déduction pour les entreprises concernées.*

*Lors des travaux du Comité de la TVA cette question s'est posée relativement aux opérations de crédit, aux opérations de change et aux opérations sur titres. Au stade actuel des discussions, il n'a pas encore été possible d'obtenir une orientation unanime, mais seulement une tendance quasi unanime pour écarter la notion de "marge brute" en ce qui concerne les intérêts.*

*Par contre, la notion de "marge brute" bénéficie d'une certaine faveur en ce qui concerne les opérations sur titres et les opérations de change. En ce qui concerne les opérations sur titres, la quasi-unanimité s'est déclarée pour la prise en compte de la seule marge brute, même lorsque la banque agit en son nom propre. Une majorité s'est dégagée dans le même sens en ce qui concerne les opérations de change.*

*L'esquisse d'une solution globale à ce problème délicat est donc en train de se dessiner, permettant d'améliorer la neutralité des conditions de concurrence fiscale dans le secteur bancaire ».*

Bien que la Commission européenne ne reconnaisse officiellement aucune valeur juridique aux orientations du Comité TVA, elle allait pourtant faire sienne cette orientation « quasi-unanime ».

**3.2.2.4.3 Mise en demeure adressée par la Commission européenne à la Belgique.** Le 13 août 1993, la Commission européenne adressait une lettre de mise en demeure à la Belgique<sup>74</sup> en se référant à l'orientation du Comité TVA lors de sa treizième réunion des 15 et 16 décembre 1981.

Sans mettre en cause la pertinence des affirmations tardives de la Commission européenne, l'Administration belge avait alors annoncé que les banques et les institutions financières devaient dorénavant pour le calcul de la déduction des taxes en amont appliquer un prorata général « conformément aux dispositions de la sixième directive » et, en particulier, mentionner au dénominateur de la fraction qui détermine le prorata général, le montant brut des intérêts perçus à titre de chiffre d'affaires en matière d'opérations de crédit. L'Administration belge exposait à cette occasion des méthodes extrêmement complexes pour appliquer les méthodes d'affectation réelle<sup>75</sup>. Cette même Administration belge n'allait pas hésiter à réclamer aux institutions financières belges les sommes qui avaient pourtant été déduites avec son approbation<sup>76</sup>.

conformément à l'article 34 de la sixième directive TVA, COM (83) 426 final, Bruxelles, 14 septembre 1983 p. 56, document cité par Dominique Berlin, *Droit fiscal communautaire*, PUF 1988 p.283 et 284 et Marika E. van Hilten, *Bancaire en financiële prestaties in de Europese BTW*, Kluwer 1992.

74 Références SG(93)D/13751, 92/2234 - communiquée sur la base du règlement n° 1049/2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission. Ce document est également cité dans la circulaire n° 10 dd. 26.07.1995, *Revue de la TVA* n° 115 p. 707.

75 Circulaire n° 10 dd. 26.07.1995, o.c.

76 Dans un jugement du 12 octobre 2001, 33<sup>e</sup> chambre, aff. AR 99/564/A et 00/4555/A, le Rechtbank van eerste aanleg te Brussel a annulé une contrainte délivrée par l'Administration dans de telles conditions, mais simplement en se fondant sur le principe de bonne adminis-

### 3.2.2.5 Danemark

Le Danemark interdisait jusqu'à récemment la déduction sur la base de l'affectation réelle. En revanche, il existait un système permettant de déduire la TVA d'amont à concurrence de 25 % de la TVA due à la sortie. Si la TVA sur chiffre d'affaires taxable était pour une période donnée de 100, (25) de TVA en amont pouvait être déduite<sup>77</sup>. Toutefois, ce régime a été modifié en vue d'autoriser le régime de la marge brute comme en Belgique avant 1995 ou en Allemagne<sup>78</sup>.

### 3.2.2.6 Autres États membres de la Communauté européenne.

Au Luxembourg, le prorata est la méthode la plus utilisée et ce sont les intérêts bruts qui sont compris au dénominateur. En Irlande, la méthode d'affectation réelle est celle qui est le plus couramment employée ; alors qu'en Espagne, seule cette méthode semble autorisée<sup>79</sup>. En Italie, l'Association des banques préconise les intérêts bruts. C'est également le cas au Portugal. Aux Pays-Bas, ce sont les intérêts bruts qui sont retenus et non la marge brute<sup>80</sup>. En Suède et en Autriche, il n'existe aucune position officielle, même si l'on observe une tendance à appliquer la marge brute (système allemand), et que d'autres méthodes sont largement utilisées. Les nouveaux États membres tels que la Pologne, la Hongrie, la République Tchèque ou la Slovaquie mentionnent les intérêts bruts.

À l'intérieur d'un territoire ne disposant pas de législation fiscale homogène, comme c'est le cas de l'Union européenne, la situation est aggravée en raison du traitement TVA des relations intragroupe et du droit à déduction qui varient considérablement d'un État à l'autre. Dans son rapport sur les services financiers en Europe, George Michie ne mentionne pas moins de 14 suggestions d'amélioration dont la plupart révèlent de graves distorsions de concurrence<sup>81</sup> mettant en péril la compétitivité du secteur financier européen sur les marchés globaux<sup>82</sup>.

## 4 La Cour de justice des Communautés européennes et la marge brute

La Cour de justice n'a pas interprété l'article 19 de la sixième directive (prorata) concernant le cas spécifique du montant à retenir pour les opérations de crédit. Elle a toutefois interprété l'article 11 de la sixième directive (base

tration et sans trancher le litige sur le fond.

77 Benny Hjortkaer Hansen et Lars Loftager Jorgensen, Rapport Danois au Congrès de l'IFA à Sidney Cahiers de droit fiscal international, Vol LXXXVIIIb, 2003 p. 297.

78 Meddelelse SKM 2004.464.TSS, 24 novembre 2004, Retningslinier for beregning af pengeinstitutters delvise fradragprocent efter momsloven.

79 *Indirect tax treatment of financial services and instruments* - Report of the OECD, 22 October 1998 prepared by KPMG. Toutefois, il semble que lorsque le prorata est appliqué, le chiffre d'affaires à retenir est l'intérêt brut.

80 Marika E. van Hilten, *Bancaire en financière prestaties in de Europese BTW*, Kluwer 1992 p. 298.

81 George Michie, *VAT on Financial services in the EU*, Cahiers de droit fiscal international, Vol LXXXVIIIb, 2003 p.73 à 83.

d'imposition) concernant les opérations de change manuel. Et il est possible de dégager des règles d'interprétation utiles d'un certain nombre d'arrêts de la Cour de justice.

### 4.1 Principes généraux de la TVA : primauté des principes de neutralité et de rationalité économiques

Comme la Cour de justice l'a rappelé dans l'affaire Fischer<sup>83</sup>, les exonérations prévues à l'article 13(B) doivent être appliquées dans le respect du principe de la neutralité fiscale inhérent au système commun de TVA<sup>84</sup>. Cette exigence s'impose également lorsque les États membres font usage de la faculté de déterminer les conditions et les limites de l'exonération.

Dans leur contribution sur la fiscalité des produits dérivés, Claire Acard et Delphine Nougayrède rappellent que «*mécanisme fondateur de cet impôt, ce principe (de neutralité) sous-tend l'existence même de la règle du prorata. Le pourcentage de déduction constitue en effet une modalité indirecte et forfaitaire d'affectation permettant de relier les charges de TVA d'amont aux opérations réalisées par l'entreprise en aval*» (...) «*En ce qui concerne plus particulièrement les opérations financières à terme, il convient également de respecter ce principe de proportionnalité, à savoir que les charges d'amont générées par ces opérations sont, dans une certaine mesure, proportionnelles aux flux financiers positifs qu'elles sont susceptibles de générer. Or s'agissant de transactions financières à terme, le chiffre d'affaires est, pour l'opérateur, formé à la marge, c'est-à-dire par les différentiels de flux, par quelques points de base appliqués à des montants notionnels, par les spreads de taux et écarts de cours. Inclure des versements bruts au dénominateur du prorata relèverait donc d'une méconnaissance fondamentale de la rationalité économique de ces opérations*»<sup>85</sup>.

Par conséquent, toute solution devrait tenir compte du principe de rationalité économique.

### 4.2 Contrepartie réellement perçue

Dans son arrêt Glawe<sup>86</sup>, la Cour de justice a éclairci l'application de la TVA sur les prestations des exploitants de machines à sous, opérations qui, par le jeu des options, ne sont soumises à la TVA qu'en Allemagne et exonérées dans les autres États membres. Dans cette affaire, le gouvernement allemand se fondait sur une orientation du Comité de la TVA en estimant que, lorsque le joueur

82 Fédération bancaire de l'Union européenne (FBE), *Adapting European VAT legislation to the requirements and challenges of the global financial industry in the 21st century - Proposals of the European Banking Fédération*, Bruxelles 17 mai 2004 - Enclosure 1 to letter n° 313 et FBE Position paper on VAT, 6 juin 2003; voir également Piet Battiau, *Views from the European Banking Industry*, Fiscalis Seminar on VAT, Dublin 2-3 December 2004 et Margareta Leijonhufvud, *Nordea Bank as an EU-Company and VAT*, Fiscalis Seminar o.c.

83 CJCE, 11 juin 1998, Fischer / Finanzamt Donaueschingen, aff. C-283/95, Recueil p. I-3369.

84 CJCE, 25 juin 1997, Commission/Italie, aff. C-45/95, Recueil p. I-3605, point 15.

85 Claire Acard et Delphine Nougayrède, *Fiscalité des produits dérivés*, EFE 1996 p. 494.

86 CJCE, 5 mai 1994, Glawe, aff. C-38/93, Recueil p. I-1679.

introduit sa mise dans une machine à sous, il se sépare de son argent et celui-ci devient la propriété de l'exploitant de la machine, même si ce dernier est obligé de laisser en réserve une part du montant introduit tant que la machine reste en service. L'avocat général Jacobs observait toutefois qu'il s'agit là d'une thèse incompatible tant avec la réalité commerciale de l'opération qu'avec les objectifs et les principes fondamentaux de la directive. Selon la première directive, la TVA est exigible en fonction du chiffre d'affaires effectif qu'un commerçant retire de ses fournitures de biens et services. Le Royaume-Uni notait que le chiffre d'affaires de l'exploitant est constitué pratiquement par «*les montants qu'il est en mesure de retirer de la machine et non par le total des montants introduits par les joueurs*». S'il en était autrement, on en arriverait à ce surprenant résultat que l'exploitant de la machine rembourserait la plus grande partie de son chiffre d'affaires à sa clientèle.

La Cour a estimé que dans le cas des machines à sous qui, en vertu d'obligations impérativement prescrites par la loi allemande sur ce type de jeu, sont conçues de manière à ce qu'en moyenne, 60 % au moins des mises engagées par les joueurs leur soient distribuées à titre de gains, la contrepartie réellement reçue par l'exploitant pour la mise à disposition des machines n'est constituée que par la proportion des mises dont celui-ci peut effectivement disposer pour son compte. La Cour rappelle que selon sa jurisprudence constante, la base d'imposition est constituée par la contrepartie réellement reçue pour le service effectué<sup>87</sup>.

On a pu se demander si la solution adoptée par la Cour n'était pas spécifique aux machines à sous en Allemagne. Toutefois, la Cour a cité cette décision à de nombreuses reprises depuis lors<sup>88</sup>. En outre, il est possible d'établir un parallèle entre l'obligation légale de redistribution des gains pour les machines à sous et les ratios interdisant aux banques de prêter plus qu'un certain pourcentage des dépôts. Par analogie avec l'interprétation de la Cour de justice dans l'arrêt Glawe, il est permis d'affirmer que dans le cas des intérêts reçus de l'emprunteur, il ne fait aucun doute que l'intermédiaire ne peut pas disposer de l'intégralité de cette somme puisqu'il doit rémunérer les dépôts.

#### 4.3 Opérations de change : marge brute

Dans son arrêt *First National Bank of Chicago*<sup>89</sup>, la Cour de justice considère que l'article 11(A)(1)(a) de la sixième directive doit être interprété en ce sens que, pour les opérations de change dans lesquelles aucun frais ni aucune commission ne sont calculés en ce qui concerne certaines opérations spécifiques, la base d'imposition est constituée par le résultat brut des opérations du prestataire de services au cours d'une période donnée.

La Cour motive son interprétation comme suit :

- les devises remises à un opérateur par son cocon-

tractant au cours d'une opération de change ne sauraient être considérées comme étant la rémunération du service d'échange des devises en d'autres devises ni en constituer dès lors la contrepartie. L'argent ne disparaît pas ;

- déterminer la contrepartie revient donc à déterminer le montant perçu par la banque pour les opérations de change, c'est-à-dire la rémunération des opérations de change dont elle peut effectivement disposer pour son propre compte<sup>90</sup> ;

- la marge représentant la différence entre le cours de la proposition d'achat et celui de la proposition de vente n'est que le prix hypothétique que la banque encaisserait si elle concluait, au même instant et à des conditions similaires, pour les mêmes montants et les mêmes devises, deux opérations correspondantes d'achat et de vente ;

- il ne s'agit toutefois que de considérations théoriques, la banque effectuant un grand nombre d'opérations portant sur des montants divers et impliquant des devises variées dont les cours fluctuent continuellement au fil du temps. Un opérateur ne peut normalement pas prévoir, lors de la conclusion d'une transaction isolée, à quel moment et à quel cours il pourra ultérieurement passer une ou plusieurs transactions permettant d'éliminer ou de fixer, à un montant certain, le risque de changement du cours auquel il est exposé à la suite de la première transaction ;

- ainsi, il y a lieu de considérer que la contrepartie, c'est-à-dire le montant dont la banque peut effectivement disposer pour son propre compte, est constituée par le résultat brut de ses opérations au cours d'une période donnée.

L'argumentation qui vaut pour les opérations de change devrait également pouvoir s'appliquer au crédit.

La Cour se réfère également aux arrêts *Muys & De Winter BV* et *Argos* qui sont abordés ci-après.

#### 4.4 La base d'imposition est la contrepartie et seulement la contrepartie

La base d'imposition à la TVA est constituée par la contrepartie d'un service ou d'un bien, et non par toute somme d'argent reçue à l'occasion d'une telle opération. Ceci ressort également de l'affaire *Muys en De Winter BV*<sup>91</sup> où la Cour a estimé que lorsque le fournisseur d'un bien accepte que l'acheteur, moyennant le paiement d'intérêts, surseoit au paiement du prix jusqu'à la livraison, la valeur totale du bien doit être considérée comme comprenant ces intérêts, même si le contrat les distingue du prix. A contrario, le paiement des intérêts dus en raison de retard dans la livraison ne doit pas être compris dans la base d'imposition.

Par analogie avec l'affaire *Muys en De Winter BV*, on peut estimer que dans une opération financière, ceci correspond à la possibilité de scinder la contrepartie demandée à l'emprunteur comme paiement de plusieurs opérations, y compris les services fournis au déposant.

<sup>87</sup> CJCE, 27 mars 1990, *Boots Company*, aff. C-126/88, Recueil p. I-1235, point 19 ; CJCE, 23 novembre 1988, *Naturally Yours Cosmetics*, aff. 230/87, Recueil p. 6365, point 16.

<sup>88</sup> Voir notamment aff. C-172/96, *First National Chicago Bank* ci-après et aff. C-288/94, *Argos*.

<sup>89</sup> CJCE, 14 juillet 1998, *First National Bank of Chicago*, aff. C-172/96,

Recueil p. I-4387.

<sup>90</sup> Voir, en ce sens CJCE, 5 mai 1994, *Glawe*, aff. C-38/93, Recueil p. I-1679, point 9.

<sup>91</sup> CJCE, 27 octobre 1993, *Muys en de Winter*, aff. C-281/91, Recueil p. I-5405.

#### 4.5 Le prix ne doit pas nécessairement être connu avec précision par l'acquéreur

Dans l'affaire Argos<sup>92</sup>, le paiement des marchandises achetées pouvait se faire au moyen de bons (vouchers) émis et vendus par Argos dans le cadre de son programme de promotion. Chaque bon se présentait sous la forme d'un billet imprimé d'une valeur nominale de 1, 5, 10, 20 ou 25 UKL. Selon les conditions d'utilisation des bons, ces derniers pouvaient être utilisés pour le paiement total ou partiel des produits ou services mis en vente dans les salons d'exposition Argos, au prix indiqué, mais ne pouvaient faire l'objet d'un remboursement. Tout client achetant dans l'un des magasins d'Argos pouvait présenter un bon en paiement total ou partiel du prix du bien jusqu'à concurrence de la valeur nominale du bon. Si cette valeur était supérieure à celle de l'achat, l'excédent n'était pas remboursé en espèces. En cas de vol, les bons pouvaient être annulés et remplacés. À la suite de son utilisation dans un magasin d'Argos, le bon était annulé et détruit.

La Cour a estimé que s'il est vrai que l'acheteur des articles Argos ne connaît pas cette contre-valeur réelle en argent du bon qu'il utilise, il convient de relever que ceci n'est pas pertinent. En effet, il importe en l'occurrence de connaître la contre-valeur réelle en argent que perçoit Argos lorsqu'elle accepte des bons en paiement de ses articles, dès lors que c'est uniquement cette contre-valeur réelle qui doit constituer la base de l'imposition.

Cette interprétation ne peut pas être écartée du fait que, lors de chaque transaction, le détail de ce qu'Argos perçoit en contrepartie pour la livraison d'un de ses articles n'est pas connu avec précision. Il y a lieu de souligner à cet égard que la charge de la preuve incombe au fournisseur. En l'espèce, Argos a fait valoir sans être contredite que grâce au numéro de série inscrit sur chaque bon, il est possible, lorsque celui-ci est présenté dans un magasin, d'identifier son acquéreur initial et de déterminer la ristourne dont il a éventuellement bénéficié. Ainsi, il n'est pas difficile de vérifier quelle partie des recettes globales d'Argos est représentée par les bons reçus, déduction faite de l'ensemble des ristournes accordées (voir en ce sens, arrêt Glawe précité).

Par analogie avec l'interprétation de la Cour de justice dans l'affaire Argos, il n'est pas anormal que le déposant ignore l'importance de la contrepartie qu'il supporte réellement pour le service qu'il reçoit de l'intermédiaire financier.

## 5 La marge brute dans la sixième directive TVA

Le principe selon lequel tout ce qui est reçu du client fait partie de la base d'imposition à la TVA fait l'objet d'exceptions dans le texte même de l'article 11 de la sixième directive, comme par exemple les frais d'emballage dans la mesure où ceux-ci sont retournés<sup>93</sup>.

Pour les agences de voyages, la base d'imposition est constituée par la marge, c'est-à-dire la différence entre le montant total à payer par le voyageur, hors TVA, et le coût effectif supporté par l'agence de voyages pour les livraisons et prestations de services d'autres assujettis dans la mesure où ces opérations profitent directement au voyageur<sup>94</sup>.

Ne sont pas compris dans la base d'imposition, les montants reçus par un assujetti de la part de son acheteur ou de son preneur, en remboursement des frais exposés au nom et pour le compte de ces derniers et qui sont portés dans sa comptabilité dans des comptes de passage<sup>95</sup>.

Par ailleurs, en ce qui concerne le mandat, il ne fait aucun doute que la base d'imposition doit être constituée exclusivement par la rémunération du mandataire et non par la totalité des sommes ou des biens transférés. Il est significatif qu'il a fallu prévoir deux dispositions particulières à l'article 5(4)(c) et à l'article 6(4) pour que les opérations, en vertu d'un contrat de commission, soient considérées comme des opérations taxables pour les prestations d'intermédiation et le transfert du bien et du service en son nom propre.

## 6 Tentatives de réforme et expériences hors d'Europe

### 6.1 Proposition (retirée) de dix-neuvième directive : marge brute pour les opérations de change

Dans l'exposé des motifs d'une proposition de dix-neuvième directive<sup>96</sup>, la Commission européenne note que *«des divergences d'interprétation relatives à l'application de la notion de «chiffre d'affaires» se sont manifestées en ce qui concerne les opérations de change et les opérations sur titres dont le montant doit être pris en compte au dénominateur de la fraction exprimant le prorata de déduction, conformément à l'article 19 de la sixième directive. L'opinion qui prévaut toutefois dans la plupart des États membres consiste à ne retenir que la marge brute afférente à ces opérations ; le recours à cette notion permet d'éviter que le prorata de déduction des établissements bancaires et financiers soit réduit en raison inverse de la hausse des cotations sur le marché financier»*.

La Commission suggérait d'ajouter à l'article 19(1) deuxième tiret de la sixième directive, les phrases suivantes :

*«En ce qui concerne les cessions de devises et de titres qui sont exonérées en application de l'article 13(B)(d)(4) et (5), le montant à prendre en considération au dénominateur est diminué de leur valeur d'acquisition ; ce montant doit comprendre, le cas échéant la commission et les frais réclamés à l'acheteur. Lorsque l'assujetti ne peut déterminer la valeur d'acquisition, il peut y substituer la valeur des acquisitions de devises ou de titres effectuées au cours de la même période dès lors qu'il s'agit de devises ou de titres identiques à ceux qui ont été vendus»*.

92 CJCE, 24 octobre 1996, Argos, aff. C-288/94, Recueil p. I-5311.

93 Article 11(C)(3) de la sixième directive TVA.

94 Article 26(2) de la sixième directive TVA.

95 Article 11(B)(3)(c) de la sixième directive TVA.

96 Proposition d'une dix-neuvième directive du Conseil en matière

d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires modifiant la directive 77/388/CEE système commun de taxe sur la valeur ajoutée, COM(84) 648 final, Bruxelles, le 22 novembre 1984. Cette proposition a été retirée par la Commission européenne le 24 novembre 1993.

## 6.2 Le Rapport Poddar : une tentative de réforme avortée

La Commission européenne était consciente des difficultés causées par les divergences de définitions des services financiers, les exonérations, les diverses formes d'options et de déductions, les «groupes TVA» et les coûts administratifs prohibitifs qui pénalisaient les institutions financières européennes et au-delà, la compétitivité même des entreprises européennes.

Partant de la théorie selon laquelle la base de taxation de la TVA serait impossible à déterminer pour l'application de la TVA<sup>97</sup> sur les services financiers, la méthode du *cash flow* a fait l'objet, notamment au cours des années 1990, d'études économiques à l'initiative de la Commission européenne<sup>98</sup>.

L'idée de base était de taxer tous les flux de trésorerie liés aux opérations financières (notamment les opérations de dépôts et de prêts), comme s'il s'agissait d'achats et de ventes de biens et services.

Cette méthode présentait toutefois des inconvénients majeurs. Le premier était certainement le coût très élevé d'adaptation des systèmes informatiques. Le second était de créer des difficultés de trésorerie pour les entreprises non financières emprunteuses : en effet, pour disposer d'un prêt de 100, il aurait fallu, pour un taux de TVA de 20 %, emprunter 120 (valeur TTC du prêt) afin de payer la TVA correspondante.

Le problème de l'effet en trésorerie de la méthode du *cash flow* pouvait ainsi être résolu, mais au prix d'une très grande complexité du mécanisme. En particulier, le report dans le temps des versements (ou crédits) de TVA supposait une actualisation des montants concernés, ainsi que la définition d'un taux et d'une périodicité d'actualisation. La tenue des *tax calculation accounts* pouvait au total se révéler d'une grande technicité. Enfin, un grand nombre de problèmes spécifiques (traitement des créances douteuses, des opérations portant sur des fonds propres, des cessions d'actifs sur un marché secondaire, etc.) auraient dû être résolus.

Aussi, ne faut-il pas s'étonner de la réaction très ferme du secteur professionnel concernant le Rapport Poddar<sup>99</sup>. La Commission européenne qui n'a pas proposé officiellement cette méthode, admet dans sa communication du 7 juin 2000 qu'il n'est pas certain qu'elle soit «souhaitable ou réalisable».

## 6.3 Les systèmes australien et néo-zélandais

L'Australie a introduit en 2000 une taxe «Goods and Services Tax» (GST) proche de la TVA européenne, et a

97 On notera toutefois que cette difficulté de cerner la base taxable à la TVA n'est pas propre aux services financiers : voir Braun Karel M., *Aftrek van voorbelasting in de BTW*, Kluwer-Deventer, 2002 p. 13 et suivants (thèse de doctorat à l'Université de Leyden).

98 Commission européenne (non daté), *The TCA system: a detailed description*.

99 EBF position paper on the presentation by Ernst & Young consultants of the cash flow method with tax calculation account, Fédération bancaire de l'Union européenne, 13 avril 2000 ; concernant un accueil similaire au Canada voir Jonathan Spencer et W. Jack Millar, Rapport canadien au Congrès de l'IFA à Sidney, Cahiers de droit fiscal international, Vol LXXXVIIIb, 2003 p. 234.

100 A new Tax System (Goods and Services Tax) Act 1999, Regulation 70-2 ; Peter Mc Mahon, Cahiers de droit fiscal international, Vol LXXXVIIIb, 2003 p. 136. Toutefois, ce régime semble faire l'objet de sérieuses

prévu un crédit de taxe de 75 % sur certaines acquisitions par les intermédiaires financiers<sup>100</sup>. Ce système, défendu par Athena Kaliva, est celui qui était applicable au Danemark. Il existe déjà en Europe sous forme de régime commun forfaitaire des producteurs agricoles<sup>101</sup>.

En 1985, la Nouvelle-Zélande a introduit une GST inspirée de la TVA européenne. Comme en Europe, les services des intermédiaires financiers étaient exonérés de TVA<sup>102</sup>. Les méthodes pour calculer le montant de TVA étaient pour le moins imprécises puisqu'elles dépendaient parfois du temps et des efforts nécessaires pour les activités taxables et exonérées<sup>103</sup>. Le Gouvernement néo-zélandais s'est rendu compte des dommages que pouvaient causer les exonérations de cette taxe dans le secteur financier. À partir de 2005, la Nouvelle-Zélande a introduit, dans un souci de pragmatisme, un système d'option pour un taux zéro de TVA (avec droit à déduction) pour les services financiers fournis à des assujettis, les crédits à des non assujettis continuant à être exonérés<sup>104</sup>. Ce système de suspension de la TVA correspond au système mis en œuvre en Europe pour certaines activités telles que les travaux immobiliers<sup>105</sup> ou les livraisons de biens intracommunautaires. Contrairement aux exonérations, ce taux zéro respecte la neutralité de la TVA dans la mesure où il permet le transfert intégral de la TVA supportée en amont par les intermédiaires financiers vers les assujettis qui peuvent la déduire. En Europe, le système d'option pour la taxation, encouragé par le Parlement européen<sup>106</sup>, existe déjà en France, Belgique, Allemagne et Autriche. Il se rapproche des suggestions de Maurice Lauré qui avait défendu une taxation avec un taux de 2 à 3 %<sup>107</sup>. Et il semble actuellement être recommandé par les experts du Fonds monétaire international<sup>108</sup>.

## 7 Pour ou contre la marge brute ?

À notre connaissance, la seule argumentation avancée contre la marge brute en matière de crédit a été faite par la cour administrative d'appel de Nantes<sup>109</sup> antérieurement à l'arrêt Glawe de la Cour de justice des Communautés européennes. Aussi, dans l'attente d'un débat plus général, plusieurs arguments peuvent être envisagés.

**1<sup>er</sup> argument. La définition du chiffre d'affaires s'applique aussi bien aux opérations imposables qu'aux opérations exonérées.**

Aucune des nombreuses nuances apportées par l'article 11 de la sixième directive concernant la base d'imposition à la TVA, ni la structure de la sixième direc-

critiques en raison de sa complexité.

101 Article 25 de la sixième directive.

102 GST & Financial services - A government discussion document (Nouvelle-Zélande) 2002 p.16.

103 16 NZTC 11111 (High Court Wellington1994) cité par Alan Schenk et Oliver Oldman, *Value Added Tax : a Comparative Approach In Theory and Practice*, Transnational Publishers p. 361.

104 Taxation Act 2003.

105 Georges Egret, *La TVA*, PUF, 3<sup>e</sup> édition 1989 p. 39.

106 Rapport Patterson, *Option of a Definitive VAT system*, European Parliament, Economic affairs Series E-5 p. 86.

107 Maurice Lauré, *Science fiscale*, PUF 1993 p. 273.

108 Voir également en ce sens H. Huizinga, *A European VAT on financial services ?*, *Economic Policy* 2002, vol. 17, n° 35 pp. 498-534.

109 CAA Nantes 1<sup>re</sup> Chambre 4 mai 1994, Caisse régionale de Crédit

tive ne permettraient de conforter la thèse selon laquelle il existerait une méthode de détermination différente de la base d'imposition pour les opérations taxables et pour les opérations exonérées en régime intérieur<sup>110</sup>. Cette thèse impliquerait la scission à des fins fiscales de la notion d'opération économique qui porte sur toute fourniture de biens et services en échange d'une rémunération sous quelque forme que ce soit<sup>111</sup>. En raison du caractère simple de la notion d'opération économique, son éventuelle scission serait difficilement envisageable sur le plan des concepts. En outre, une telle évolution serait susceptible de déstabiliser le système de la TVA et d'avoir des conséquences imprévisibles.

### **2° argument. L'intérêt reçu pour les prêts est exclusivement le prix réclamé aux clients en raison des prestations qui leur sont fournies.**

Si la base d'imposition est définie de manière très large, elle n'en est pas moins limitée à la contrepartie de la livraison d'un bien ou d'un service. Elle ne saurait résulter de tout ce qui est échangé, comme a pu le suggérer la Commission européenne dans les affaires Glawe et First National Chicago Bank. Il ressort clairement de l'arrêt Glawe que la contrepartie est le montant dont le prestataire est libre de disposer après l'opération. Or, les opérations de crédit sont soumises à des contraintes économiques et juridiques telles, que l'on ne peut pas affirmer que l'intermédiaire financier puisse librement disposer de l'intégralité des intérêts qu'il reçoit des emprunteurs.

Limitier la base d'imposition à la contrepartie peut paraître contradictoire avec le principe selon lequel la base d'imposition comprend tous les coûts supportés en amont, et donc les intérêts payés au déposant. Toutefois, inclure les intérêts et le capital revient à nier une caractéristique essentielle du crédit : il s'agit d'une opération d'intermédiation entre différentes parties. L'intérêt réclamé à l'emprunteur comprend la rémunération des services (transfert dans le temps, risque, gestion) rendus à la fois aux emprunteurs et aux déposants, le capital devant tôt ou tard revenir aux déposants.

On ne peut donc sur ce point souscrire à la théorie selon laquelle l'intérêt reçu pour les prêts consiste uniquement dans le prix réclamé aux emprunteurs en raison des prestations qui leur sont fournies.

### **3° argument. Les prestations de refinancement ou de dépôt sont distinctes des opérations de prêt.**

L'argument selon lequel les prestations de dépôt sont distinctes des opérations de prêt est semble-t-il l'argument qui avait motivé l'orientation «quasi unanime» du comité de la TVA en 1981.

Olivier Fouquet note, sous l'avis du Conseil d'État du 26 février 1993, qu'« *en matière financière, il n'y a pas lieu, pour l'application de la TVA, de dissocier artificielle-*

*ment des opérations dont l'une est la contrepartie de l'autre, même si juridiquement elles sont dissociées* »<sup>112</sup>. Ce point ressort de la nature juridique et économique des intermédiaires en crédit telle qu'elle est consacrée par le droit communautaire et la doctrine.

On pourrait également se poser la question de savoir ce qui se passerait si un intermédiaire financier ne collectait plus de dépôts et n'avait plus que le droit d'accorder des crédits ? De telles institutions existent, mais il s'agit d'institutions telles que les Banques centrales ou le Fonds monétaire international.

On ne peut donc souscrire à la thèse de la cour administrative d'appel de Nantes selon laquelle les prestations de refinancement sont distinctes des opérations de prêts.

### **4° argument. La neutralité de la taxe.**

Selon certains auteurs<sup>113</sup>, la véritable recette financière est égale à la différence positive entre les intérêts versés et reçus. Le prorata serait sérieusement obéré par la prise en compte de fausses recettes ne correspondant pas à la véritable valeur ajoutée de l'entreprise.

Le gouvernement néo-zélandais reconnaît que la marge des intermédiaires financiers soumise à la TVA devrait être la marge brute et non les intérêts bruts. Cependant, à moins que la marge ne soit correctement mesurée transaction par transaction, comme requis dans un système de «*credit-invoice*», il est possible que la taxe soit appliquée aux intérêts purs et que ceci ne reflète pas le montant qui devrait être effectivement taxable<sup>114</sup>. La prise en compte des intérêts bruts fausse donc la déduction de la TVA en amont.

Mais le meilleur argument relatif à la neutralité de la taxe se trouve dans le texte même de la sixième directive : la méthode du prorata n'est qu'une méthode subsidiaire, du moins en principe ; et la plupart des États membres ainsi que des entreprises, ont la possibilité de donner la priorité à l'une des méthodes d'affectation réelle.

### **5° argument. Le budget des États.**

L'argument budgétaire est systématiquement soulevé par les administrations fiscales, et il est parfois utilisé pour mettre fin à toute discussion sur une réforme de la situation actuelle. Sans remettre en cause la compétence technique de ces administrations dans une matière dont elles ont la responsabilité, peut-être serait-il utile de procéder à une analyse plus économique des règles TVA dans le secteur financier.

### **6° argument. La position commune des États membres de l'Union européenne.**

Comme la Commission européenne le rappelle régulièrement, les orientations du Comité TVA n'ont

agricole mutuel n° 92.380 et 92.381 : RJF 7/94 n° 788.

<sup>110</sup> CAA Nantes 4 mai 1994, n° 92.380 et 92.381 : RJF 7/94 n° 788 p. 461 ; et ceci est conforme à la pratique en Belgique Question n° 383 du député de Clippele du 20 janvier 1993, Q et R - Chambre SO 1992-1993 n° 58 p. 5308 suivi par la jurisprudence Trib. Liège, 20 septembre 2004, 19<sup>e</sup> chambre, RG n° 03/1329/A.

<sup>111</sup> Pour un développement de cette notion : voir Christian Amand, *When Is A Link Direct ?* International VAT Monitor 1996 p. 2.

<sup>112</sup> Cité par S. Constantieux, *Calcul du prorata de déduction en cas de prêt adossé à un emprunt* BGFE 46/94, juillet 1994 p. 7.

<sup>113</sup> Philippe Tournès, *Prorata TVA des établissements bancaires et financiers : cas particulier des prêts adossés à un emprunt*, BF 10/94, p. 526 ; Liam Ebrill, Michael Keen, Jean-Paul Bodin et Victoria Summers, *The Modern VAT*, IMF 2001, p. 95.

<sup>114</sup> GST & Financial services - A government discussion document (Nouvelle-Zélande) 2002 p. 16.

aucune valeur juridique contraignante, la Cour de justice des Communautés européennes étant la seule institution compétente pour fournir l'interprétation juridique *erga omnes* des dispositions de la sixième directive TVA, la mise en œuvre relevant de la compétence des États membres.

À ce titre, on peut s'interroger sur la pratique de la Commission européenne consistant à adresser des mises en demeure aux États sur la base d'orientations du Comité TVA, non motivées et au mépris de la règle fondamentale de l'unanimité en matière de modification de la fiscalité européenne. L'introduction du nouvel article 29 bis de la sixième directive constitue l'aveu de l'irrégularité de cette pratique tout en soulevant des problèmes beaucoup plus graves encore de contrôle démocratique des institutions, à savoir le risque de modification de directives européennes sans consultation du Parlement européen, ni du Comité économique et social.

#### **7<sup>e</sup> argument. Toutes les opérations financières doivent être traitées de la même manière.**

En matière d'opérations de change, le Conseil d'État français a estimé que la recette est constituée non par le prix à payer par le client, mais par le profit brut réalisé à l'occasion de ladite opération<sup>115</sup>. Cette interprétation confirmait la doctrine administrative selon laquelle la base d'imposition est constituée par le montant des courtages, commissions, remises et autres profits réalisés même dans le cas où l'opération s'analyse en un achat-revente (D. Adm. 3 L 351 n° 1 et 2 datée du 1<sup>er</sup> mai 1990). Or, la recette d'une opération doit s'analyser au moment où elle est terminée.

Sur quelle base pourrait-on traiter différemment les opérations de change, de crédit ou les swaps ?

#### **8<sup>e</sup> argument. La marge brute est défavorable aux entreprises exportatrices de capitaux.**

Il est certain que les banques accordant des crédits en dehors de l'Union européenne préfèrent à la marge

brute recourir aux intérêts bruts. Ces derniers augmentent le chiffre d'affaires au numérateur et au dénominateur, et par conséquent le droit à déduction. En effet, sur la base de l'article 17(3)(c) de la sixième directive, les services financiers fournis à des preneurs établis hors de la Communauté européenne donnent droit à déduction.

Mais ce qui est bon pour certaines entreprises l'est-il nécessairement pour d'autres qui sont structurées différemment ou qui servent un autre type de clientèle ?

## **8 Conclusion**

Les services de crédit sont caractérisés par des arbitrages de risque, de temps, de consommation et de gestion de liquidités entre ménages et entreprises. Une analyse économique et juridique permet de conclure que la prise en compte de la marge brute au lieu des intérêts bruts pour le calcul du prorata de déduction de TVA grevant les frais des intermédiaires financiers n'est pas en contradiction avec les principes de la TVA européenne, ni avec la jurisprudence de la Cour de justice, ni avec d'autres dispositions de la sixième directive TVA.

Un examen de la législation d'un certain nombre d'États membres de la Communauté européenne fait apparaître que ceux-ci laissent une grande latitude à leurs intermédiaires financiers pour adopter des méthodes de déduction de la TVA moins défavorables que le prorata général de déduction. Il conviendrait sans doute de vérifier la compatibilité de cette situation avec les objectifs actuels de la politique économique au niveau européen.

Le système actuel où prédominent les exonérations de TVA aboutit à réclamer plus d'impôts aux intermédiaires financiers qu'aux entreprises dont les activités sont entièrement soumises à la TVA. Cette surtaxation se propage dans toute l'économie sous forme d'un accroissement du coût du crédit. Cette situation constitue une entrave au financement des entreprises innovantes et des petites et moyennes entreprises, ce qui nuit à la compétitivité de l'économie européenne en général. ■

<sup>115</sup> CE 26 février 1993, avis n° 143039, Caisse régionale agricole mutuel de Savoie, Droit fiscal 1993 comm. 924.