

Louvain School of Management

La TVA sur les opérations bancaires et financières

Etat des lieux et recommandations

Auteur : Ir. Etienne CASIER
Promoteur(s) : Professeure Marie LAMENSCH
Année académique 2018-2019
Master en Sciences de gestion, spécialisation fiscalité et expertise
comptable [FEHC2M]

Résumé

La TVA sur les opérations bancaires et financières est d'une rare complexité. Dans notre mémoire, nous nous sommes tout d'abord penchés sur les difficultés émanant de l'interprétation stricte des exemptions. Nous avons ensuite analysé différentes stratégies mises en place par des acteurs du secteur bancaire et financier pour contourner la non-déduction de la TVA en amont. La plupart de ces stratégies ont été battues en brèche par les jugements de la Cour de Justice de l'Union Européenne. Il semblerait que le récent jugement de cette dernière empêchant le secteur bancaire et financier de recourir à l'exemption pour les groupements autonomes (voir la section 3.6 de ce mémoire) ait agi comme un déclencheur.

La Commission Européenne va très prochainement commissionner une étude¹ afin d'analyser les réformes nécessaires. Il y a urgence notamment en raison de l'insécurité juridique dans laquelle baigne la TVA sur les opérations bancaires et financières. Les conclusions et les recommandations de notre mémoire tombent donc à pic. Elles sont sans appel : il faut supprimer les exemptions.

¹ Voir notamment GROUP ON THE FUTURE OF VAT, GFV N°087, Update on the state of play of financial and insurance services and their VAT treatment, 15 mars 2019, taxud.c.1(2019)1974932 – EN

Remerciements

Je dédie ce mémoire à ma très chère maman partie le 10 mai 2019 trois semaines après mon papa.

Je remercie madame Lamensch de m'avoir proposé le sujet de ce mémoire, sujet qui a mobilisé toute ma curiosité et ma soif d'apprendre et de comprendre.

Table des matières

1	Introduction générale	8
2	De l'interprétation stricte des exonérations : le cas de la gestion des fonds communs de placement	10
2.1	Les dispositions dans la directive TVA	11
2.2	Les dispositions dans le Code Belge de la TVA	11
2.3	L'interprétation stricte des exonérations	12
2.4	La gestion des fonds communs de placement	13
2.4.1	Arrêts et Jurisprudence de la CJUE.....	13
2.4.1.1	Les organismes de placement collectif sont-ils des assujettis ?	13
2.4.1.2	Les objectifs poursuivis par l'exemption.....	15
2.4.1.3	Périmètre de la gestion	16
2.4.1.4	Sous-traitance	19
2.4.1.5	Les fonds communs de placement tels qu'ils sont définis par les États membres ²²	
2.4.2	L'article 44 §3 11 du Code TVA à la lumière de la jurisprudence récente de la CJUE	29
3	Stratégies d'optimisation en matière de droit à déduction.....	32
3.1	Notions préliminaires : établissement stable, siège, succursale, opérations entre siège et succursale.....	33
3.2	Optimisation du prorata	36
3.2.1	La chronologie de l'affaire Crédit Lyonnais	36
3.2.2	De l'enjeu du « prorata mondial ».....	38
3.2.3	La décision de la CJUE	40
3.2.4	Conclusions sur l'arrêt Crédit Lyonnais.....	42
3.3	Interposition d'une succursale	43
3.3.1	La chronologie de l'affaire Morgan Stanley	43
3.3.2	L'enjeu de l'interposition d'une succursale	44
3.3.3	La décision de la CJUE	44
3.3.3.1	Dépenses de la succursale exclusivement affectées à des opérations du siège	45
3.3.3.2	Frais généraux.....	47
3.3.3.3	Synthèse.....	48
3.3.4	Conclusions sur l'affaire Morgan Stanley.....	52

3.4	Recours aux règles spécifiques de localisation - VAT off-shore looping	52
3.4.1	L'affaire Hastings.....	53
3.4.2	Changement législatif subséquent.....	55
3.5	Recours à l'inclusion d'une succursale dans un groupement TVA.....	56
3.5.1	Groupement TVA et territorialité.....	56
3.5.2	L'unité TVA en Belgique.....	58
3.5.3	Le groupement TVA au Royaume-Uni.....	61
3.5.4	L'affaire Skandia America	61
3.5.5	Analyse du jugement intervenu dans l'affaire Skandia.....	65
3.5.6	Unité TVA - Répercussions de l'affaire Skandia America sur la législation belge 68	
3.5.7	Groupement TVA - Changements de législation récents au Royaume-Uni	68
3.6	Recours au Groupement Autonome	70
3.6.1	Dispositions dans la Directive TVA et dans le Code de la TVA	70
3.6.2	Arrêts récents de la CJUE	72
3.6.3	Conséquences en droit belge	73
3.6.4	Conséquences pour le secteur bancaire et financier.....	74
3.7	Opérations réalisées par et au travers de plateformes informatiques	74
4	Conclusions générales et recommandations	78
4.1	Conclusion générale : les dispositions actuelles ne sont plus viables	78
4.1.1	Perte d'efficience et position concurrentielle défavorable.....	79
4.1.2	Périmètre des exemptions.....	80
4.1.3	Décalage vis-à-vis de la réalité des opérations bancaires et financières	80
4.1.4	Difficultés liées à la déduction et au prorata	81
4.1.5	Mise en péril de la neutralité TVA.....	81
4.1.6	Utilisation de plateformes informatiques	82
4.1.7	Insécurité juridique.....	82
4.1.8	Capacité de l'autorité à contrôler	83
4.2	Recommandations	83
4.2.1	Recommandation principale : la suppression des exemptions	83
4.2.2	Recommandations connexes	84
5	Bibliographie.....	86

Liste des tableaux

Tableau 1 Test de comparabilité pour les fonds communs de placement	26
---	----

Liste des graphiques et/ou illustrations

Figure 1 Modèle d'organisation d'un fonds commun de placement	20
Figure 2 Modèle d'organisation d'un fonds commun de placement autogéré	21
Figure 3 Test de comparaison Fonds Commun de Placement	24
Figure 4 Affaire Morgan Stanley Interposition d'une succursale.....	44
Figure 5 Méthodologie d'affectation et de calcul des proratas pour le cas Morgan Stanley ...	50
Figure 6 Cas Morgan Stanley cas combiné	51
Figure 7 Les circonstances de l'affaire Skandia	62

Liste des annexes

6	Annexe I : le périmètre des opérations bancaires et financières du point de vue de la TVA	89
6.1	La loi du 3 juillet 1969	90
6.1.1	Justification de l'exemption pour les opérations de bourse et opérations financières	92
6.1.2	Les neuf prestations constituant les prestations bancaires et financières	93
6.1.3	Titres au porteur	99
6.1.4	Location de coffres-forts	99
6.1.5	Cession de valeur ou de monnaie	99
6.1.6	L'article 44 dans sa version initiale et les opérations y exonérées.....	100
6.1.7	Opérations bancaires et financières restant dans le champ d'application de la T.V.A	101
6.2	La loi du 27 décembre 1977	101
6.3	Loi du 2 juillet 1981 (pour mémoire)	108
6.4	La loi du 20 juillet 1990	109
6.5	La loi du 28 décembre 1992	110
6.5.1	Nouvelle définition des services	111
6.5.2	Restructuration des exonérations	111
6.6	Lois du 12 décembre 1996, du 27 décembre 2006, du 12 mai 2014 et du 3 août 2016	113
7	Annexe II : éléments clefs des directives européennes et de la législation belge en matière de Fonds Communs de Placement	115
7.1	Organisme de placements collectifs	115
7.1.1	Les Organismes de Placement Collectifs (Directive 2009/65/CE)	115
7.1.2	Les Organismes de Placement Collectifs Alternatifs (directive 2011/61/EU).	118
7.1.3	CONTROLE.....	123
7.1.4	Les sociétés immobilières réglementées	123
7.1.5	Les institutions de retraite professionnelle	124
7.1.6	Les organismes de placement collectif en créances	126

1 Introduction générale

Ingénieur civil de formation, j'ai exercé durant vingt ans plusieurs fonctions au sein d'Euroclear, principalement en relation avec les technologies de l'information. Euroclear est le plus grand système de règlement/livraison de titres au monde, pour les opérations domestiques et internationales sur obligations et actions. Une perpétuelle soif d'apprendre m'a récemment ramené sur les bancs de l'université. Le droit, la fiscalité et la finance me passionnent. Le Master [120] en sciences de gestion, spécialisation fiscalité et expertise comptable (horaire décalé), s'est donc naturellement imposé.

Lorsque madame Lamensch m'a proposé un mémoire ayant pour sujet la TVA sur les opérations bancaires et financières, je me suis dit que cela serait vraiment très intéressant. J'ai donc accepté de relever le défi avec enthousiasme et détermination. Je me suis plongé durant dix mois dans les méandres de la TVA sur les opérations bancaires et financières.

L'objectif de ce mémoire est de se prononcer sur les deux questions suivantes :

- 1) la TVA sur les opérations bancaires et financières telle qu'elle est prévue par la directive TVA dans sa forme actuelle est-elle encore viable ?
- 2) si celle-ci s'avère être impraticable, quelles réformes faut-il y apporter ?

Je possède déjà une connaissance approfondie de la TVA acquise grâce au cours «TVA et douanes» qui fait partie de la finalité spécialisée du master 120 en sciences de gestion, spécialisation et expertise comptable (horaire décalé) proposé par l'Université Catholique de Louvain. Néanmoins ce cours n'aborde pas en détails la TVA sur les opérations bancaires et financières. Avant de me prononcer sur ces deux questions, j'ai donc d'abord pris connaissance du domaine. Pour ce faire j'ai consulté la législation belge ainsi que les exposés des motifs en relation avec les lois successives qui ont façonné la TVA sur les opérations bancaires et financières. Comme la législation belge en matière de TVA est la transposition de la directive européenne en matière de TVA, cet examen de la législation belge a été fait de concert avec celui de la directive TVA. L'annexe I de ce mémoire reprend chronologiquement les éléments clefs des dispositions législatives qui ont conduit, en droit belge, à la TVA sur les opérations bancaires et financières dans sa version actuelle. La lecture du livre « La TVA sur les opérations bancaires et financières »² m'a ensuite permis d'approfondir mes connaissances, principalement sur le périmètre des exemptions en lien avec ces opérations, et de prendre

² La TVA sur les opérations bancaires et financières, KPMG et FEBELFIN, éditions Anthemis, 17 janvier 2017

conscience de l'abondante jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne (**ci-après « CJUE »**) en la matière.

Afin de me prononcer sur question de la viabilité, j'ai analysé les problématiques liées à l'interprétation stricte des exemptions au chapitre 2 de ce mémoire et celles liées à la déduction au chapitre 3 de ce mémoire. Pour les assujettis réalisant des opérations bancaires et financières, le droit à déduction de la TVA en amont est en effet limité du fait que la plupart des opérations en aval sont exemptées. Le chapitre 4 reprend les conclusions et les recommandations.

Il est bien évidemment impossible dans le cadre de ce mémoire d'analyser ces problématiques de manière exhaustive. Néanmoins les analyses que j'ai effectuées me semblent suffisantes pour répondre aux deux questions.

Les principales sources utilisées dans le cadre de ce mémoire sont reprises en tête de chaque chapitre. Les références sont citées de manière exhaustive en notes de bas de page de chacune de nos analyses. J'ai veillé à rester en prise avec l'actualité concernant la TVA sur les opérations bancaires et financières. J'ai donc effectué une veille sur les arrêts de la CJUE, sur un certain nombre d'affaires en cours au Royaume-Uni et sur les sujets traités par le Comité de la TVA. Des informations concernant le Comité de la TVA sont disponibles à la section 2.4.1.5.

2 De l'interprétation stricte des exonérations : le cas de la gestion des fonds communs de placement

Les problématiques liées à l'interprétation des exemptions constituent la première partie de notre analyse concernant la viabilité de la TVA, dans ses dispositions législatives actuelles, sur les opérations bancaires et financières.

*« Depuis plus de quarante ans, les textes de base de la TVA sur les services financiers sont restés extrêmement succincts. Avec des principes tenant en quelques lignes, l'ensemble de la matière est supposé être réglé ».*³ Il est néanmoins important que le périmètre d'application des exonérations soit clairement défini. En effet de la définition de ce périmètre découlera non seulement la taxation ou l'exemption de l'opération bancaire ou financière mais aussi, en corollaire, la possibilité ou l'impossibilité de déduire la TVA supportée en amont.

« Le traitement TVA des opérations bancaires et financières est principalement guidé par les critères développés par la Cour de justice de l'Union européenne dans sa jurisprudence. En Belgique, force est de constater que les commentaires administratifs en la matière ne sont pas nombreux, même si, il est vrai, l'année 2015 s'est avérée particulièrement riche en publications administratives. Les clarifications sont bienvenues, même si elles ne placent pas les opérateurs dans une situation favorable, notamment vis-à-vis des intermédiaires financiers issus d'autres Etats européens.

*Par ailleurs, les assujettis belges ne peuvent pas compter sur une jurisprudence nationale abondante en la matière, ce qui rend presque obligatoire la résolution de chaque cas à la seule lumière de la Cour de justice de l'Union européenne »*⁴.

Dans le cadre de ce mémoire, nous avons choisi de décortiquer l'exemption relative à la gestion des Fonds Communs de Placement, illustrative de la complexité de l'interprétation des exemptions dans le domaine des opérations bancaires et financières. Un intérêt supplémentaire réside dans l'actualité liée à cette exemption. Les modifications les plus récentes de l'article 44, §3 du Code de la TVA qui concerne l'exemption de la gestion des fonds sont en effet à mettre en relation avec cette problématique.

Les principales sources utilisées dans ce chapitre sont : les directives et règlements en matière de TVA, les directives et règlements en matière de gestion de Fonds, les arrêts de la CJUE et

³ La TVA sur les opérations bancaires et financières, Anthémis, page 9

⁴ La TVA sur les opérations bancaires et financières, Anthémis, page 12

les conclusions préliminaires, les lois belges en matière de gestion de fonds et les exposés des motifs relatifs à ces lois, les analyses effectuées par le Comité de la TVA (Value Added Tax Committee en anglais). L'exhaustivité des références utilisées lors de nos analyses est reprise dans les notes de bas de page.

Les éléments clefs des directives européennes et de la législation belge en matière de Fonds Communs de Placement sont repris à l'annexe II de ce mémoire. Ces éléments sont nécessaires à la bonne compréhension de ce chapitre.

2.1 Les dispositions dans la directive TVA

CHAPITRE 3

Exonérations en faveur d'autres activités

Article 135

1. Les États membres exonèrent les opérations suivantes:

.....

g) la gestion de fonds communs de placement tels qu'ils sont définis par les États membres;

2.2 Les dispositions dans le Code Belge de la TVA

Nous rappelons ces dispositions, déjà exposées au chapitre 6.6

Article 44

....

§ 3. Sont encore exemptés de la taxe :

.....

11° la gestion :

a) des organismes de placement collectif visés par la loi du 3 août 2012 relative aux organismes de placement collectif qui répondent aux conditions de la directive 2009/65/CE et aux organismes de placement en créances;

b) des organismes de placement collectif visés par la loi du 19 avril 2014 relative aux organismes de placement collectif alternatifs et à leurs gestionnaires;

c) des sociétés immobilières réglementées publiques ou institutionnelles visées à l'article 2, 1°, 2° et 3°, de la loi du 12 mai 2014 relative aux sociétés immobilières réglementées;

d) des organismes de financement de pensions visés à l'article 8 de la loi du 27 octobre 2006 relative au contrôle des institutions de retraite professionnelle;

2.3 L'interprétation stricte des exonérations

Le document 51 2760/001⁵ présente le principe de stricte interprétation des exonérations développées par la CJUE. Les commentaires visaient la nécessité de modifier l'article 44, §3, 11° tel que prévu par la loi du 12 décembre 1996. Ce 11° était rédigé comme suit :

« 11° les opérations effectuées par les organismes de placement collectif visés par le livre III de la loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers de même que les opérations effectuées au profit de ces organismes par les personnes qui sont impliquées dans leur activité, nonobstant ce qui est prévu au 7° »

« Il apparaît à l'analyse de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) qu'une telle référence au 7° du paragraphe 3, de même d'ailleurs qu'une référence à d'autres dispositions portant l'exonération d'opérations relevant des activités bancaires, financières, d'assurance ou de réassurance, n'est pas souhaitable au regard du principe de stricte application des exonérations développé par la CJCE »⁶

« Il en résulte que la définition du champ d'application d'une exonération ne peut être dépendante

⁵ Chambre des représentants de Belgique, 21 novembre 2006, projet de loi portant des dispositions diverses (I), partie I, sommaire

⁶ Chambre document 51 2760/001 page 209

- *Ni de la définition donnée par le droit civil d'un Etat Membre....*
- *Ni de la définition qui serait donnée aux termes à analyser par d'autres directives européennes(....Lorsque la CJCE fait référence à la définition donnée par une autre directive, encore précise-t-elle que cette définition doit s'apprécier « en fonction du contenu des activités en cause et au regard de la question de savoir si ces activités forment un ensemble distinct et apprécié de façon globale, et sont spécifiques et essentiels pour l'activité exonérée »).*
- *Ni même de la définition apportée pour le même terme dans d'autres dispositions de l'article 13 de la Sixième Directive TVA.... »⁷*

2.4 La gestion des fonds communs de placement

Dans ce chapitre nous présentons les dispositions dans la directive TVA et dans la loi belge. Nous procédons ensuite à l'analyse de la jurisprudence de la CJUE. Cette dernière est faite en deux temps : tout d'abord l'analyse de la « gestion » et ensuite l'analyse de « fonds communs de placement tels qu'ils sont définis par les Etats membres ». Après avoir procédé à l'analyse de la jurisprudence, nous commentons les dispositions prévues dans le Code de la TVA belge.

2.4.1 Arrêts et Jurisprudence de la CJUE

2.4.1.1 Les organismes de placement collectif sont-ils des assujettis ?

Avant d'examiner l'essence de l'exemption, il nous faut d'abord répondre à la question préliminaire suivante : les organismes de placement collectif sont-ils des assujettis ?

Comme nous l'avons vu au chapitre 7.1.1, un OPC peut revêtir la forme statutaire ou la forme contractuelle. Un OPC qui revêt la forme contractuelle n'est pas un assujetti. Les services fournis par une société à ces OPC seront donc localisés au lieu du fournisseur de services (règle B2C).

⁷ Chambre document 51 2760/001 page 210

En ce qui concerne les OPC sous la forme statutaire, la question de l'assujettissement a été soumise à la CJUE en 2004. La réponse à cette question est importante puisqu'elle permet de classer la fourniture de services à un organisme de placement collectif soit comme une fourniture de services entre entreprises (règle B2B), soit comme une fourniture de services entre une entreprise et un non-assujetti (règle B2C). Ce classement a une conséquence sur la règle de localisation. Si la règle B2B s'applique l'opération sera localisée au lieu du preneur de service et donc au lieu d'établissement de l'OPC. Si la règle B2C s'applique l'opération sera localisée au lieu du fournisseur de service.

La question fut posée à la CJUE dans le cadre de l'affaire C-8/03 Banque Bruxelles Lambert SA (BBL) du 21 octobre 2004. La CJUE a estimé qu'une SICAV était un assujetti. *« ...Or, il résulte de l'article 1er, paragraphe 2, de la directive 85/611, que les opérations des SICAV consistent dans le placement collectif en valeurs mobilières des capitaux recueillis auprès du public. En effet, avec les capitaux que les souscripteurs déposent en achetant des parts, les SICAV constituent et gèrent, pour le compte de ceux-ci et contre rémunération, des portefeuilles composés de valeurs mobilières. Une telle activité, qui excède le cadre de la simple acquisition et de la simple vente de titres et qui vise à produire des recettes ayant un caractère de permanence, constitue une activité économique au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la sixième directive. Il s'ensuit que les SICAV ont la qualité d'assujetti au sens de l'article 4 de la sixième directive... »*⁸.

Le fait que la SICAV soit autogérée ou qu'elle ne le soit pas n'a pas d'influence sur la question de l'assujettissement⁹.

Dans cette affaire la cour a également dit pour droit *« Les sociétés d'investissement à capital variable (SICAV) dont l'objet exclusif est le placement collectif en valeurs mobilières des capitaux recueillis auprès du public conformément à la directive 85/611/CEE du Conseil, du 20 décembre 1985, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), ont la qualité d'assujetti au sens de l'article 4 de la sixième directive 77/388/CEE du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires – Système commun de taxe sur la valeur ajoutée: assiette uniforme, de sorte que le lieu des prestations de services visées à l'article 9,*

⁸ CJUE, jugement du 21 octobre 2004, Banque Bruxelles Lambert SA (BBL), C-8/03, paragraphes 42 à 44

⁹ CJUE, conclusions de l'avocat général, Banque Bruxelles Lambert SA (BBL), C-8/03, paragraphes 14 et 15

paragraphe 2, sous e), de cette même directive, qui sont rendues à de telles SICAV établies dans un autre État membre que celui du prestataire, est l'endroit où ces SICAV ont établi le siège de leur activité économique ». La règle B2B est donc d'application pour la fourniture de services à un OPC statutaire.

2.4.1.2 Les objectifs poursuivis par l'exemption

« l'objectif de l'exonération des opérations liées à la gestion de fonds communs de placement prévue à l'article 13, B, sous d), point 6, de la sixième directive est, notamment, de faciliter aux petits investisseurs le placement dans des titres au moyen d'organismes de placement. Le point 6 de cette disposition vise à assurer que le système commun de TVA soit fiscalement neutre quant au choix entre le placement direct en titres et celui qui intervient par l'intermédiaire d'organismes de placement collectif. Il s'ensuit que les opérations visées par cette exonération sont celles qui sont spécifiques à l'activité des organismes de placement collectif»¹⁰

L'avocat général avait précisé dans ses conclusions préalables au jugement : « 68. *L'objectif de l'exonération des opérations liées à la gestion de fonds d'investissement est, entre autres, de faciliter aux petits investisseurs le placement de capital dans les fonds d'investissement (33). Afin que cet objectif soit atteint, les frais de gestion du fonds d'investissement devraient être exonérés d'impôt. S'il n'y avait pas exonération, les détenteurs de parts dans les fonds d'investissement seraient fiscalement grevés plus lourdement que les investisseurs qui placent leur argent directement en actions ou autres valeurs mobilières et qui ne recourent à aucun service de gestion de fonds* »¹¹.

L'objectif de l'exemption TVA est donc d'éviter la distorsion de concurrence entre les investisseurs qui optent pour le placement direct, exempté à la TVA, et ceux qui optent pour un placement par l'intermédiaire d'organismes de placement collectif.

La Cour de Justice a également précisé que l'exemption vise aussi bien les fonds communs de placement dépourvus de la personnalité juridique et que ceux possédant la personnalité juridique « 53 *À titre liminaire il convient de constater que l'article 13, B, sous d), point 6,*

¹⁰ CJUE, jugement du 4 mai 2006, Abbey National, C-169/04, paragraphe 62

¹¹ CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M^{me} JULIANE Kokott présentées le 8 septembre 2005, Abbey National, Affaire C-169/04, point 62

de la sixième directive vise les fonds communs de placement quelle que soit leur forme juridique. Entrent donc dans le champ d'application de cette disposition tant les organismes de placement collectif revêtant la forme contractuelle, ou de trust, que ceux revêtant la forme statutaire. »¹²

2.4.1.3 Périmètre de la gestion

La Cour de Justice a repris dans l'arrêt « Fiscale Eenheid »¹³ les principaux éléments sous-tendant la notion de gestion de fonds communs de placement. La plupart de ces éléments sont repris de jugements antérieurs.

Au point 70 la cour répète que cette notion n'est pas définie par le législateur de l'Union.

Au point 71 la cour précise que les opérations visées par l'exonération de la gestion des fonds communs de placement sont celles qui sont spécifiques à l'activité des organismes de placement collectif. S'agissant, en particulier, des services de gestion fournis par un gestionnaire tiers, elle a jugé que ces opérations doivent former un ensemble distinct, apprécié de façon globale et constituer des éléments spécifiques et essentiels pour la gestion de fonds communs de placement.

La directive 2001/107/CE a précisé en son article premier la notion de société de gestion :
« 'société de gestion': toute société dont l'activité habituelle est la gestion d'OPCVM prenant la forme de fonds communs de placement et/ou de sociétés d'investissement (gestion collective de portefeuille d'OPCVM); y compris les fonctions mentionnées à l'annexe II. »

« "ANNEXE II

Fonctions incluses dans l'activité de gestion collective de portefeuille

- *Gestion de portefeuille*

- *Administration:*

a) services juridiques et de gestion comptable du fonds;

b) demandes de renseignement des clients;

¹² CJUE, jugement du 4 mai 2006, Abbey National, C-169/04, paragraphe 53

¹³ CJUE, jugement du 9 décembre 2015, Fiscale Eenheid, C-595/13

c) évaluation du portefeuille et détermination de la valeur des parts (y compris les aspects fiscaux);

d) contrôle du respect des dispositions réglementaires;

e) tenue du registre des porteurs de parts;

f) répartition des revenus;

g) émissions et rachats de parts;

h) dénouement des contrats (y compris envoi des certificats);

i) enregistrement et conservation des opérations.

- Commercialisation" »

Le point 72 de l'arrêt Fiscale Eenheid prévoit qu'outre les fonctions de gestion de portefeuille, constituent des fonctions spécifiques aux organismes de placement collectif les fonctions d'administration des organismes de placement collectif eux-mêmes telles que celles indiquées à l'annexe II de la directive OPCVM, sous la rubrique « Administration ».

La CJUE a ainsi jugé que non seulement la gestion d'investissements impliquant le choix et la cession des actifs qui font l'objet de cette gestion, mais aussi les tâches d'administration et de comptabilité, en particulier des prestations telles que le calcul du montant des revenus et du prix des parts ou des actions du fonds, les évaluations d'actifs, la comptabilité, la préparation de déclarations pour la distribution des revenus, la fourniture d'informations et de documentations pour les comptes périodiques et pour les déclarations fiscales, statistiques et de TVA ainsi que la préparation des prévisions de revenus, relèvent de la notion de «gestion» d'un fonds commun de placement, au sens de l'article 13, B, sous d), point 6, de la sixième directive (point 73 de ce même arrêt).

La CJUE a établi le 7 mars 2013 que les prestations de conseil en placement de valeurs mobilières fournies par un tiers à une société de placement de capitaux, gestionnaire d'un fonds commun de placement relèvent de la notion de «gestion de fonds commun de placement» et peuvent donc être exonérées. *« L'article 13, B, sous d), point 6, de la sixième directive 77/388/CEE du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires – Système commun de taxe sur la valeur ajoutée: assiette uniforme, doit être interprété en ce sens que les prestations de conseil en placement de valeurs mobilières fournies par un tiers à une société de placement de capitaux,*

gestionnaire d'un fonds commun de placement relèvent de la notion de «gestion de fonds commun de placement» aux fins de l'exonération prévue à ladite disposition, quand bien même le tiers n'aurait pas agi en exécution d'un mandat, au sens de l'article 5 octies de la directive 85/611/CEE du Conseil, du 20 décembre 1985, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), telle que modifiée par la directive 2001/107/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 janvier 2002 »¹⁴.

La CJUE a également jugé que les fonctions de dépositaire des organismes de placement collectif ainsi que les simples prestations matérielles ou techniques, telles que la mise à disposition d'un système informatique, ne sont pas couvertes par l'article 13, B, sous d), point 6, de la sixième directive¹⁵.

En ce qui concerne les fonctions de dépositaire des organismes de placement collectif, la CJUE a précisé que ces fonctions ne relèvent pas de la gestion des organismes de placement collectif, mais du contrôle et de la surveillance de l'activité de ceux-ci, le but recherché étant d'assurer que la gestion des organismes de placement collectif soit effectuée conformément à la loi¹⁶. Ces missions de contrôle et de surveillance sont détaillées aux articles 7 et 14 de la directive du 20 décembre 1985 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) (85 / 611 / CEE). Ces articles précisent au préalable que « *la garde des actifs du fonds commun de placement ou d'une société d'investissement doit être confiée à un dépositaire* ». Dans les conclusions préalables au jugement Abbey National, l'avocat-général a quelque peu élaboré sur la notion de dépositaire de fonds commun de placement (dans la partie 3 intitulée « sur la qualification de l'activité de dépositaire »). L'avocat-général a expliqué au point 85 de ses conclusions « *Le dépositaire représente – ainsi que l'exprime la Commission – à côté du fonds et de son gérant, le troisième pilier du cadre juridique posé par la directive 85/611 pour les fonds d'investissement. Ses fonctions consistent pour l'essentiel à prendre en garde le capital du fonds d'investissement et à contrôler la société de gestion. Il doit, à cette occasion, agir exclusivement dans l'intérêt des participants et il est responsable à leur égard pour toute violation de ses obligations. Ladite directive a quasiment introduit ici pour la protection des investisseurs un principe dit « quatre-yeux »* ». L'avocat-général a encore précisé

¹⁴ CJUE, C-275/11, arrêt GfBK, 7 mars 2013

¹⁵ CJUE, C-595/15, arrêt Fiscale Eenheid, 9 décembre 2015, point 74

¹⁶ CJUE, C-169/04, arrêt Abbey National, 4 mai 2006, point 65

au point 94 de ses conclusions que « *L'activité n'est pas restreinte à la garde des valeurs mobilières au sens technique, activité qui est également assurée par les banques de dépôt. Les simples fonctions de banque de dépôt sont, en vertu de l'article 13, B, sous d), point 5, de la sixième directive, soumises à la TVA. Si la fonction du dépositaire était pour l'essentiel identique à celle d'une banque dépositaire et si l'on intégrait néanmoins les prestations correspondantes dans l'exonération au titre du point 6 de ladite disposition, cela conduirait à privilégier le placement d'argent dans les fonds d'investissement par rapport au placement dans d'autres valeurs mobilières.* ».

La commission facturée par le dépositaire dans le cadre de ses prestations relevant de la directive 85/611/CEE ne peut être considérée comme une opération de gestion d'organisme de placement collectif. Elle est donc soumise de plein droit à la TVA.

2.4.1.4 Sous-traitance

Le modèle d'organisation type d'un fonds commun de placement dépourvu de la personnalité juridique ou d'un fonds commun de placement doté de la personnalité juridique sera comme ci-dessous :

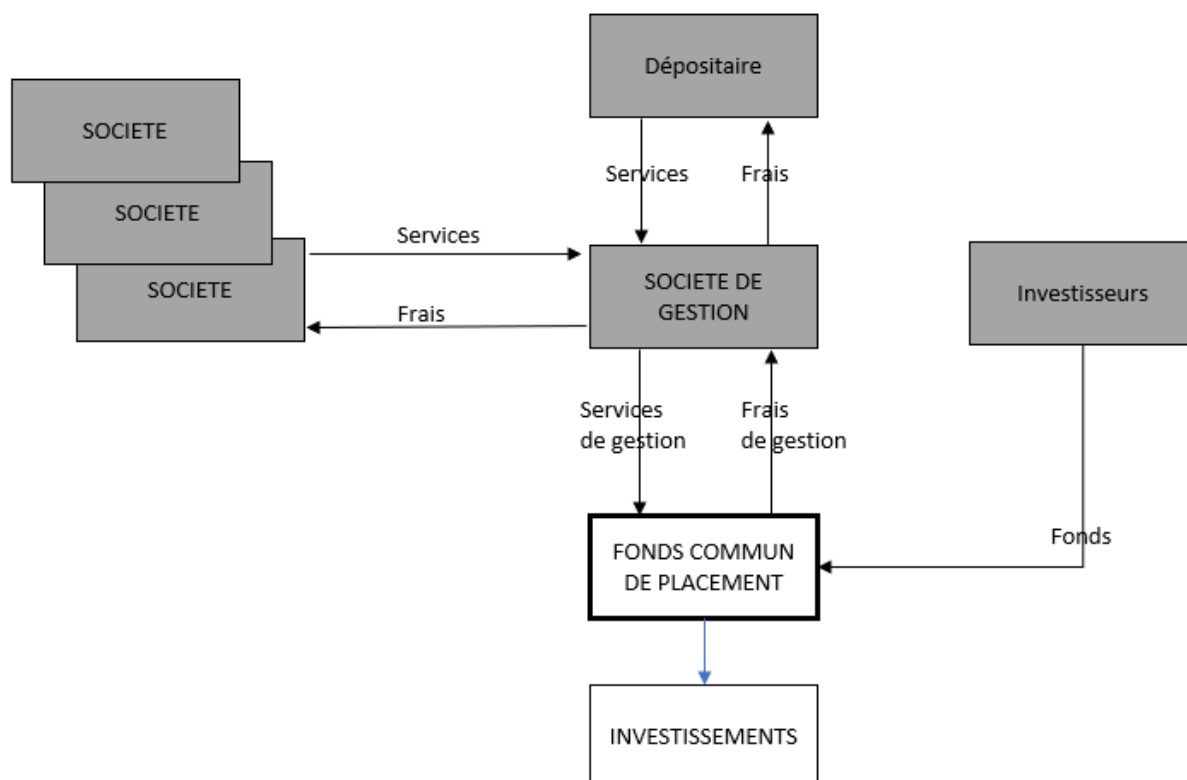


Figure 1 Modèle d'organisation d'un fonds commun de placement

La société de gestion peut sous-traiter divers services à diverses sociétés. Ces services peuvent être soit des services exonérés prévus à l'Annexe II de la directive 2001/107/CE, soit des prestations de conseil en placement de valeurs mobilières, soit d'autres services (services ICT, conseils juridiques, conseils fiscaux etc.). Ces autres services ne bénéficient pas, en principe, de l'exonération de la TVA. Sauf s'ils sont spécifiques et essentiels à la gestion d'un Fonds Commun de Placement et s'ils forment un tout distinct, ces autres services ne sont pas exonérés de TVA.

Le modèle d'organisation type d'un fonds commun de placement auto-géré sera comme ci-dessous :

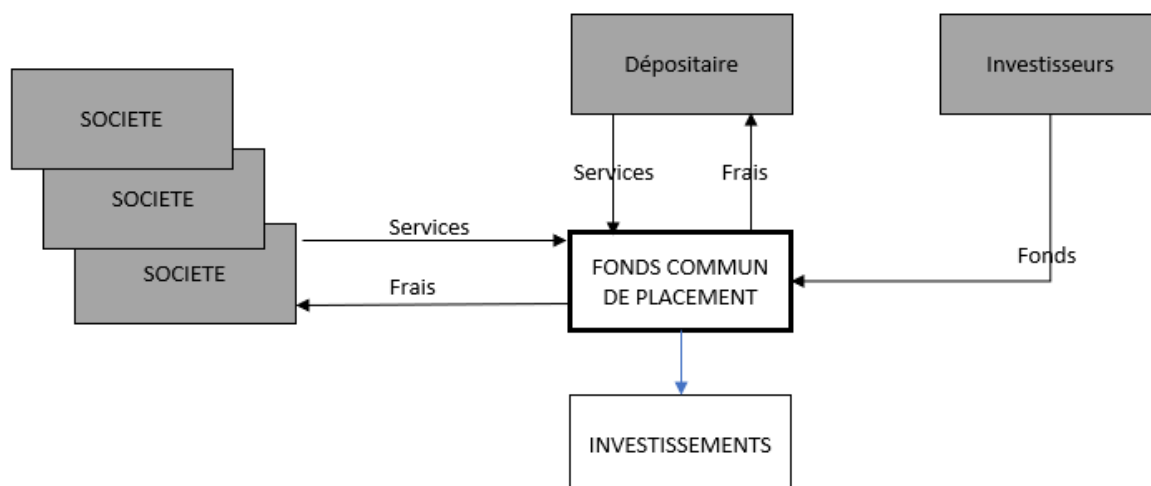


Figure 2 Modèle d'organisation d'un fonds commun de placement autogéré

La sous-traitance de service ne fait pas obstacle à l'exemption pourvu que les conditions édictées ci-dessous soient respectées. La Cour de Justice a fourni la guidance suivante dans l'arrêt Abbey National.

«... 67 Ensuite, le libellé de l'article 13, B, sous d), point 6, de la sixième directive n'exclut pas, en principe, que la gestion de fonds communs de placement se décompose en divers services distincts susceptibles de relever alors de la notion de «gestion de fonds communs de placement», au sens de cette disposition, et de bénéficier de l'exonération qu'elle prévoit, même lorsqu'ils sont fournis par un gestionnaire tiers...

68 Dans ces conditions, il résulte du principe de neutralité fiscale que les opérateurs doivent pouvoir choisir le modèle d'organisation qui, du point de vue strictement économique, leur convient le mieux, sans courir le risque de voir leurs opérations exclues de l'exonération prévue à l'article 13, B, sous d), point 6, de la sixième directive.

69 Il s'ensuit que les services de gestion fournis par un gestionnaire tiers relèvent, en principe, du champ d'application de l'article 13, B, sous d), point 6, de la sixième directive.

70 Toutefois, pour être qualifiés d'opérations exonérées au sens de l'article 13, B, sous d), point 6, de la sixième directive, les services de gestion administrative et comptable des fonds fournis par un gestionnaire tiers doivent former un ensemble distinct, apprécié de façon globale, qui a pour effet de remplir les fonctions spécifiques et essentielles d'un service décrit à ce même point 6...

71 *Les services fournis doivent donc concerner les éléments spécifiques et essentiels de la gestion de fonds communs de placement. Les simples prestations matérielle ou technique, telles que la mise à la disposition d'un système informatique, ne sont pas couvertes par l'article 13, B, sous d), point 6, de la sixième directive.... ».*

Les opérateurs peuvent donc choisir le modèle d'organisation qui, d'un point de vue économique, leur convient le mieux. Il faut que les services de gestion forment un ensemble distinct et aient les caractéristiques d'un service au sens de la directive TVA.

2.4.1.5 Les fonds communs de placement tels qu'ils sont définis par les États membres

« Tels qu'ils sont définis par les Etats membres » ne veut pas dire que les Etats membres ont toute latitude pour déterminer quels fonds peuvent être inclus dans l'exemption de gestion.

L'arrêt Fiscale Eenheid fournit les précisions suivantes :

« ...31 Or, l'article 13, B, sous d), point 6, de la sixième directive renvoie aux États membres le pouvoir de définir la notion de «fonds communs de placement» (voir arrêts *Wheels Common Investment Fund Trustees e.a.*, C-424/11, EU:C:2013:144, point 16, ainsi que *ATP PensionService*, C-464/12, EU:C:2014:139, point 40).

32 *Ce pouvoir de définition ainsi attribué aux États membres trouve cependant sa limite dans l'interdiction de porter atteinte aux termes mêmes de l'exonération utilisés par le législateur de l'Union. Un État membre ne saurait notamment, sans nier les termes mêmes de «fonds communs de placement», sélectionner parmi les fonds communs de placement ceux qui bénéficient de l'exonération et ceux qui n'en bénéficient pas. Ladite disposition ne lui accorde donc que le pouvoir de définir, dans son droit interne, les fonds qui correspondent à la notion de «fonds communs de placement» (voir, en ce sens, arrêts *JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust et The Association of Investment Trust Companies*, C-363/05, EU:C:2007:391, points 41 à 43; *Wheels Common Investment Fund Trustees e.a.*, C-424/11, EU:C:2013:144, point 17, ainsi que *ATP PensionService*, C-464/12, EU:C:2014:139, point 41).*

33 *Le pouvoir de définition de la notion de «fonds communs de placement», reconnu aux États membres, doit également respecter les objectifs poursuivis par la sixième directive ainsi que le principe de neutralité fiscale inhérent au système commun de la TVA (voir, en ce sens, arrêts *JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust et The Association of Investment Trust Companies*, C-363/05,*

EU:C:2007:391, points 22 et 43; Wheels Common Investment Fund Trustees e.a., C-424/11, EU:C:2013:144, point 18, ainsi que ATP PensionService, C-464/12, EU:C:2014:139, point 42).

34 *À cet égard, il convient d'observer que l'objectif de l'exonération des opérations liées à la gestion de fonds communs de placement est, notamment, de faciliter aux investisseurs le placement dans des titres au moyen d'organismes de placement, en excluant les coûts de la TVA et, ainsi, en assurant la neutralité du système commun de la TVA quant au choix entre le placement direct en titres et celui qui intervient par l'intermédiaire d'organismes de placement collectif (voir arrêts JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust et The Association of Investment Trust Companies, C-363/05, EU:C:2007:391, point 45; Wheels Common Investment Fund Trustees e.a., C-424/11, EU:C:2013:144, point 19, ainsi que ATP PensionService, C-464/12, EU:C:2014:139, point 43).*

35 *Il y a donc lieu de déterminer, aux fins de l'application de la sixième directive, si des sociétés qui présentent des caractéristiques telles que celles présentées par les sociétés en cause au principal, qui ont été constituées par plusieurs investisseurs dans le seul but d'investir le patrimoine qu'ils ont constitué dans des biens immobiliers, peuvent être considérées comme un «fonds commun de placement», au sens de l'article 13, B, sous d), point 6, de cette directive... »*

Pour que la gestion d'un fonds commun de placement puisse être exonérée, il faut donc que l'objectif de l'exonération des opérations liées à la gestion de ce fonds commun de placement soit, notamment, de faciliter aux investisseurs le placement dans des titres au moyen d'organismes de placement, en excluant les coûts de la TVA et, ainsi, en assurant la neutralité du système commun de la TVA quant au choix entre le placement direct en titres et celui qui intervient par l'intermédiaire d'organismes de placement collectif.

La CJUE poursuit en rappelant que les fonds qui constituent des organismes de placement collectif en valeurs mobilières au sens de la directive OPCVM constituent des fonds communs de placement¹⁷.

Mais qu'en est-il des fonds qui ne constituent pas des organismes de placement collectif au sens de la directive OPCVM ? La cour explique que « *En outre, doivent également être considérés comme des fonds communs de placement des fonds qui, sans constituer des organismes de placement collectif au sens de la directive OPCVM, présentent des caractéristiques identiques à ces derniers et effectuent donc les mêmes opérations ou, à tout le moins, présentent des traits comparables au point de se situer dans un rapport de concurrence avec eux (voir, en ce sens, arrêts Abbey National, C-169/04, EU:C:2006:289, points 53 à 56; JP Morgan Fleming*

¹⁷ Arrêt fiscale eenheid point 36

Claverhouse Investment Trust et The Association of Investment Trust Companies, C-363/05, EU:C:2007:391, points 48 à 51; Wheels Common Investment Fund Trustees e.a., C-424/11, EU:C:2013:144, point 24, ainsi que ATP PensionService, C-464/12, EU:C:2014:139, point 47). »¹⁸

Pour déterminer si la gestion d'un fonds qui ne constitue pas un organisme de placement collectif en valeurs mobilières au sens de la directive OPCVM rentre dans le champ de l'article 13,B, sous d), point 6, il faudrait donc effectuer le test de comparaison¹⁹ schématisé ci-dessous

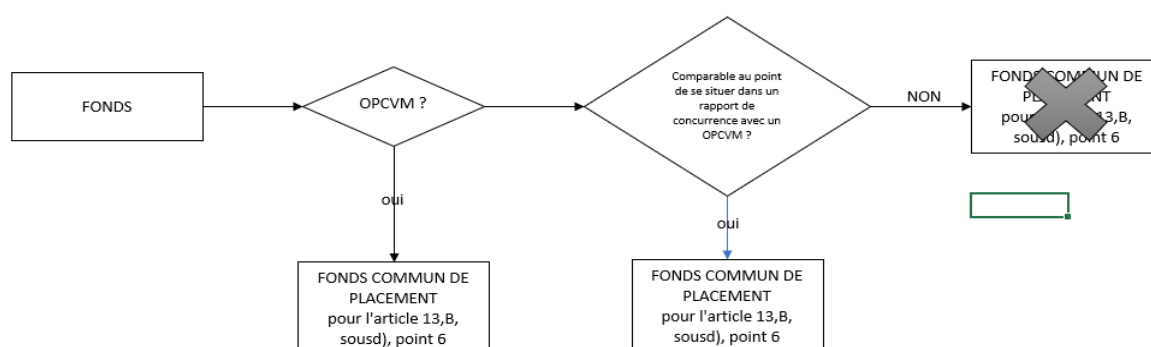


Figure 3 Test de comparaison Fonds Commun de Placement

Une lecture des arrêts récents de la CJUE indique que le test de comparabilité devrait porter sur les éléments suivants :

1	Capitaux recueillis auprès du public	<i>«...il s'agit d'organismes dont l'objet exclusif est le placement collectif, en valeurs mobilières et/ou dans certains autres actifs financiers liquides, des capitaux recueillis auprès du public.. »²⁰</i>
2	Répartition des risques	<i>« ...dont le fonctionnement est soumis au principe de la répartition des risques... »²¹</i>

¹⁸ Arrêt Fiscale Eenhed point 37

¹⁹ Traduction libre de la figure 3 à la page 22 du document taxud.c.1(2017)6168695 – working paper n°936 VAT committee - Question

²⁰ CJUE, C-44/11, arrêt Deutsche Bank, 19 juillet 2012, point 32

²¹ CJUE, C-44/11, arrêt Deutsche Bank, 19 juillet 2012, point 32

3	Risque supporté par les investisseurs	« ...le rendement du placement qu'elles ont ainsi effectué dépend des résultats des investissements opérés par les gestionnaires du fonds au cours de la période durant laquelle elles détiennent ces droits de participation et que les participants ont droit aux bénéfices ou supportent le risque lié à la gestion du fonds... » ²²
4	Surveillance spécifique au niveau national	« ... À cet égard, il importe, à titre liminaire, de relever que, comme Mme l'avocat général l'a indiqué aux points 22 à 29 de ses conclusions, l'exonération visée à l'article 13, B, sous d), point 6, de la sixième directive s'applique aux organismes de placement faisant l'objet d'une surveillance spécifique au niveau national... » ²³
5	Mêmes conditions de compétition que pour les OPCVM	« ... La Cour a ainsi jugé que doivent être considérés comme des fonds communs de placement exonérés au sens de cette disposition, d'une part, les placements relevant de la directive OPCVM et soumis, dans ce cadre, à une surveillance étatique spécifique et, d'autre part, les fonds qui, sans constituer des organismes de placement collectif au sens de cette directive, présentent des caractéristiques identiques à ces derniers et effectuent donc les mêmes opérations ou, à tout le moins, présentent des traits comparables au point de se situer dans un rapport de concurrence avec eux... » ²⁴
6	Même cercle d'investisseurs que pour les OPCVM	« ... Or, ainsi que l'a relevé Mme l'avocat général au point 27 de ses conclusions, seuls des placements soumis à une surveillance étatique spécifique peuvent être soumis aux mêmes conditions de concurrence et s'adresser à un même cercle d'investisseurs . Ces autres types de fonds de placement peuvent donc, en principe, bénéficier de l'exonération prévue à l'article

²² Arrêt Fiscale Eenheid point 52

²³ Arrêt Fiscale Eenheid point 40

²⁴ Arrêt Fiscale Eenheid point 47

		<i>13, B, sous d), point 6, de la sixième directive si les États membres prévoient également à leur égard une surveillance étatique spécifique... »²⁵</i>
--	--	--

Tableau 1 Test de comparabilité pour les fonds communs de placement

Si un fonds n'est pas dans le champ de la directive OPCVM, il peut être soit dans le champ de la directive AIFM, soit dans le champ de la directive IRP. Il se peut également qu'il ne tombe dans le champ d'aucune de ces trois directives. C'est le cas par exemple des SIRs²⁶.

Dans l'affaire « Fiscale Eenheid », la CJUE a eu à se prononcer sur la gestion d'un fonds qui est dans le champ de la directive AIFM²⁷. La cour a effectué le test de comparabilité décrit ci-dessus et a dit pour droit « *L'article 13, B, sous d), point 6, de la sixième directive 77/388/CEE du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires — Système commun de taxe sur la valeur ajoutée: assiette uniforme, telle que modifiée par la directive 91/680/CEE du Conseil, du 16 décembre 1991, doit être interprété en ce sens que des sociétés de placement telles que les sociétés en cause au principal, dans lesquelles du capital est rassemblé par plusieurs investisseurs qui supportent le risque qui est lié à la gestion des actifs rassemblés dans celles-ci en vue de l'achat, de la possession, de la gestion et de la vente de biens immobiliers afin d'en dégager un profit, lequel sera distribué à l'ensemble des porteurs de parts sous la forme d'un dividende, ces derniers tirant également un avantage en raison de l'accroissement de valeur de leur participation, peuvent être considérées comme des «fonds communs de placement», au sens de cette disposition, à condition que l'État membre concerné ait soumis ces sociétés à une surveillance étatique spécifique. » .*

La cour a également dit pour droit que « *L'article 13, B, sous d), point 6, de la sixième directive 77/388 doit être interprété en ce sens que la notion de «gestion» qui figure à cette disposition ne vise pas l'exploitation effective des biens immobiliers d'un fonds commun de placement. »*

²⁵ Arrêt Fiscale Eenheid point 48

²⁶ Voir le chapitre 7.1.4 du présent mémoire

²⁷ En effet il s'agit d'un fonds qui investit dans des valeurs immobilières

Sur la question plus générale de la gestion des Fonds Alternatifs dans le champ de la directive AIFM, le comité de la TVA²⁸ a émis l'avis suivant²⁹ sur la question :

« En ce qui concerne les fonds d'investissement alternatifs (ci-après les « FIA »), qui constituent une vaste catégorie comprenant des fonds tels que les fonds spéculatifs, les fonds de capital-investissement, les fonds de capital-risque européens (« EuVECA »), les fonds d'entrepreneuriat social européens (« EuSEF »), les fonds européens d'investissement à long terme (« ELTIF ») et tout autre fonds non assimilable à un OPCVM au sens de la directive OPCVM, le comité de la TVA convient à la grande majorité qu'un FIA est considéré comme un fonds commun de placement seulement s'il remplit toutes les conditions énoncées au point 4³⁰. La question de savoir si les FIA sont considérés comme des fonds communs de placement doit être traitée au cas par cas.

Plus particulièrement, le comité de la TVA estime à la grande majorité que lorsqu'un FIA peut être considéré comme ne ciblant pas le même cercle d'investisseurs qu'un OPCVM en raison des caractéristiques de son portefeuille d'investissements ou des conditions auxquelles les investisseurs peuvent participer à ce fonds, celui-ci n'est pas qualifié de fonds commun de placement »³¹.

Il s'agit donc d'effectuer une analyse au cas par cas. Un premier tri peut cependant être rapidement effectué en considérant le cercle d'investisseurs visés. La gestion de fonds visant les investisseurs institutionnels ou privés devraient donc être écartée de l'exemption prévue à l'article 13, B, sous d), point 6.

En ce qui concerne les fonds de pension qui sont dans le champ de la directive IRP, la CJUE a pris deux arrêtés dans les affaires C-424/11 - Wheels Common Investment Fund Trustees 7 mars 2013 et C-464/12 - ATP PensionService 13 mars 2014.

²⁸ « ..Le comité de la TVA a été institué par l'article 398 de la directive TVA afin de favoriser l'application uniforme des dispositions de la directive TVA. Compte tenu du fait qu'il s'agit d'un comité purement consultatif auquel aucun pouvoir législatif n'a été conféré, le comité TVA n'est pas habilité à adopter des décisions juridiquement contraignantes. Il peut toutefois fournir des lignes directrices en ce qui concerne l'application de la directive.. », extrait de https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/vat/vat-committee_fr.

²⁹ « ..Le comité de la TVA examine également les questions concernant l'application des dispositions de l'Union européenne en matière de TVA soulevées par la Commission ou par un État membre. Au terme de l'examen en question, le comité de la TVA peut convenir d'orientations sur des questions spécifiques. Veuillez noter que les lignes directrices fournies par le comité de la TVA ne représentent que l'avis d'un comité consultatif. Elles ne constituent pas une interprétation officielle du droit de l'Union européenne et n'ont pas nécessairement été approuvées par la Commission. Elles ne lient de façon absolue ni la Commission européenne ni les États... », extrait de https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/vat/vat-committee_fr.

³⁰ Celles-ci reprises dans le tableau à 6 lignes ci-dessus

³¹ Page 232 du document LIGNES DIRECTRICES DECOULANT DE LA 109^{ième} REUNION du 1 décembre 2017 DOCUMENT B – taxud.c.1(2018)3869725-949

Dans l'affaire ATP PensionService, la cour a dit pour droit « *L'article 13, B, sous d), point 6, de la sixième directive 77/388/CEE du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires – Système commun de taxe sur la valeur ajoutée: assiette uniforme, doit être interprété en ce sens que peuvent relever de cette disposition des caisses de retraite, telles que celles en cause au principal, lorsqu'elles sont financées par les bénéficiaires des pensions versées, que l'épargne est investie selon le principe de répartition des risques et que ce sont les affiliés qui supportent le risque des investissements. Il importe peu à cet égard que les cotisations soient versées par l'employeur, que leur montant résulte de conventions collectives entre les organisations patronales et syndicales, que les modalités financières de restitution de l'épargne soient diversifiées, que les contributions soient déductibles au titre des règles applicables aux impôts sur le revenu ou qu'il soit possible d'y adjoindre un élément accessoire d'assurance* ».

Dans l'affaire Wheels Common Investment Fund Trustees, la cour a dit pour droit « *L'article 13, B, sous d), point 6, de la sixième directive 77/388/CEE du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires – Système commun de taxe sur la valeur ajoutée: assiette uniforme, et l'article 135, paragraphe 1, sous g), de la directive 2006/112/CE du Conseil, du 28 novembre 2006, relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée, doivent être interprétés en ce sens qu'un fonds d'investissement regroupant les actifs d'un régime de pensions de retraite ne relève pas de la notion de «fonds communs de placement», au sens de ces dispositions, dont la gestion est susceptible d'être exonérée de la taxe sur la valeur ajoutée à la lumière de l'objectif de ces directives et du principe de neutralité fiscale, dès lors que les affiliés ne supportent pas le risque de la gestion dudit fonds et que les cotisations que l'employeur verse au régime de pensions de retraite constituent un moyen pour lui de s'acquitter de ses obligations légales vis-à-vis de ses employés.* »

La CJUE a donc décidé que les services de gestion prestés par Wheels en faveur des fonds de pension concernés sont soumis à la TVA. Pour relever de la notion de fonds communs de placement, il est en effet nécessaire que les investisseurs du fonds supportent un risque lié à l'investissement. Tel n'était pas le cas au sein des fonds de pension gérés par Wheels. Les fonds en cause mettaient en œuvre un régime de retraite à prestations prédéfinies, puisque les prestations de retraite perçues par les employés étaient fonction de leur salaire, ainsi que de leur

ancienneté. La CJUE a jugé qu'un fonds d'investissement dans lequel les actifs d'un tel régime de pension ont été placés ne peut pas être considéré comme un fonds commun de placement. Un tel fonds n'est, en effet, pas ouvert au public, mais constitue un avantage lié à la relation de travail entre l'employeur et ses employés. Un tel fonds n'est dès lors pas comparable aux fonds communs de placement ouverts au public et dont les investisseurs supportent un certain risque par rapport à leur investissement.

Par contre dans le cas de ATP PensionService, la CJUE a décidé que les services de gestion fournis par ATP PensionService aux fonds de pension concernés pouvaient bénéficier de l'exemption. En effet les fonds concernés relèvent bien de la notion de fonds commun de placement. En particulier l'épargne est investie selon le principe de répartition des risques et ce sont les affiliés qui supportent le risque des investissements.

2.4.2 L'article 44 §3 11 du Code TVA à la lumière de la jurisprudence récente de la CJUE

Comme nous l'avons expliqué à la section 6.6, cet article est le résultat de quatre modifications successives, la dernière ayant été apportée par l'article 18 de la loi-programme (II) du 3 août 2016 :

« Art. 18. Dans l'article 44, § 3, du Code de la taxe sur la valeur ajoutée, le 11°, remplacé par la loi du 12 mai 2014, est remplacé par ce qui suit :

"11° la gestion :

a) des organismes de placement collectif visés par la loi du 3 août 2012 relative aux organismes de placement collectif qui répondent aux conditions de la directive 2009/65/CE et aux organismes de placement en créances;

b) des organismes de placement collectif visés par la loi du 19 avril 2014 relative aux organismes de placement collectif alternatifs et à leurs gestionnaires;

c) des sociétés immobilières réglementées publiques ou institutionnelles visées à l'article 2, 1°, 2° et 3°, de la loi du 12 mai 2014 relative aux sociétés immobilières réglementées;

d) des organismes de financement de pensions visés à l'article 8 de la loi du 27 octobre 2006 relative au contrôle des institutions de retraite professionnelle; »

A la suite de l'avant-dernière apportée par la loi du 12 mai 2014³², l'article 44 §3 11 était libellé comme suit :

« 11° la gestion des organismes de placement collectif visés par la loi du 3 août 2012 relative à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement, des sociétés immobilières réglementées publiques ou institutionnelles visées à l'article 2, 1°, 2° et 3° de la loi du 12 mai 2014 relative aux sociétés immobilières réglementées, et des organismes de financement de pensions visés à l'article 8 de la loi du 27 octobre 2006 relative au contrôle des institutions de retraite professionnelle »;

La loi du 19 avril 2014 relative aux OPCA a modifié l'article 3 de la loi du 3 août 2012 relative à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement à laquelle il était fait référence dans l'article 44, §3, 11° suite à la loi du 12 mai 2014. Le champ d'application de la loi du 3 août 2012 a en effet été restreint aux seuls OPC conformes à la directive OPCVM et aux organismes de placement en créances.

L'exposé des motifs de la loi du 3 août 2016 précise : *« La loi du 19 avril 2014 précitée vise en outre les organismes de placement collectif qui ne répondent pas aux conditions de la directive 2009/65/CE précitée (OPCA) et qui, auparavant, étaient visés par la loi du 3 août 2012.*

En raison de ces modifications des lois auxquelles l'article 44, § 3, 11°, du Code fait référence, ces organismes de placement collectif ne sont donc actuellement plus visés par cet article de sorte que leur gestion n'est pas exemptée de la TVA.

Dans le but de maintenir la portée initiale de l'exemption, l'article 6 du projet adapte en ce sens l'article 44, § 3, 11°, du Code afin de tenir compte de la modification de la loi du 3 août 2012 et de viser également la gestion des organismes de placement collectif visés par la loi du 19 avril 2014 »³³.

Ce même exposé des motifs précise encore à la page 15 : *« L'article 18 du projet adapte le texte de l'article 44, § 3, 11°, du Code de la TVA pour que les opérations de gestion du fonds d'investissement immobilier spécialisé, des sicafi et des sociétés immobilières réglementées publiques ou institutionnelles soient soumises au même régime pour l'application de cette taxe »*

³² Loi relative aux sociétés immobilières réglementées

³³ DOC 54 1941/001, 28 juin 2016, PROJET de loi-programme (II), page 16

L'examen de la jurisprudence de la CJUE et en particulier le test de comparabilité décrit à la section 2.4.1.5 nous amène à penser que le législateur belge a opté pour une application très large de l'exonération prévue à l'article 135, paragraphe 1^{er}, point g), de la directive 2006/112/CE sans doute dans le but de créer un environnement fiscal propice à l'attraction de Fonds Communs de Placement en Belgique.

En ce qui concerne les SIRs, comme nous l'avons expliqué à la section 7.1.4, le législateur a veillé à ce que les SIRs ne tombent pas dans le champ de la directive AIF. L'exposé des motifs expose quatre éléments qui distinguent une SIR d'un AIF. Notamment la SIR n'investit pas conformément à une politique d'investissement définie dans l'intérêt de ses investisseurs : *« ...(iii) Elle lève des capitaux pour les affecter à ses finalités d'entreprise en général, en fonction des besoins nés de sa stratégie d'entreprise à long terme, et non pour les investir conformément à une politique d'investissement définie dans l'intérêt de ses investisseurs ou pour investir dans des projets d'investissement spécifiques en mettant en commun un risque générant un pooled return »*.³⁴

L'élargissement de l'exemption aux OPCA nous interpelle également. En effet la plupart de ces OPCA (FIIS, Pricaf etc.) ne recueillent pas leurs capitaux auprès du public et ne visent pas le même cercle d'investisseurs que les OPCVM.

³⁴ DOC 53 3497/001, page 11

3 Stratégies d'optimisation en matière de droit à déduction

Les problématiques liées à l'étendue de la déduction constituent la deuxième partie de notre analyse concernant la viabilité de la TVA sur les opérations bancaires et financières dans ses dispositions législatives actuelles.

La plupart des assujettis réalisant à la sortie des opérations bancaires et financières sont des assujettis mixtes. Dans ce cas, ils ne peuvent déduire qu'une partie de la TVA en amont.

Nous allons dans ce chapitre nous pencher sur une série de questions qui ont été tranchées par la CJUE. Bien que le contenu des arrêtés en relation avec ces questions ne mentionne pas explicitement une volonté d'optimisation fiscale, l'auteur de ce mémoire estime que ces affaires sont révélatrices de stratégie d'optimisation quant à la non-déduction de la TVA en amont. Ces stratégies visent soit à augmenter la déduction, soit à supprimer la TVA grevant les biens et services acquis en amont.

Nous examinerons successivement les stratégies suivantes :

- 1) Optimisation du prorata
- 2) Interposition d'une succursale
- 3) Recours aux règles spécifiques de localisation - VAT offshore looping
- 4) Recours à l'inclusion d'une succursale dans un groupement TVA
- 5) Recours au groupement autonome
- 6) Opérations réalisées par et au travers de plateformes informatiques

Les trois premières stratégies relèvent de la stratégie visant à augmenter la déduction, les autres stratégies relèvent de la stratégie visant à supprimer la TVA en amont.

Les principales sources utilisées dans ce chapitre sont : les directives et règlements en matière de TVA, les arrêts de la CJUE et les conclusions préliminaires, les lois belges en matière de TVA et les exposés des motifs relatifs à ces lois, les analyses effectuées par le Comité de la TVA (Value Added Tax Committee en anglais), des jugements prononcés au Royaume-Uni. L'exhaustivité des références utilisées lors de nos analyses est reprise dans les notes de bas de page.

3.1 Notions préliminaires : établissement stable, siège, succursale, opérations entre siège et succursale

Dans l'arrêt FCE Bank³⁵ la CJUE a dit pour droit :

« Les articles 2, paragraphe 1, et 9, paragraphe 1, de la sixième directive 77/388/CEE du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires – Système commun de taxe sur la valeur ajoutée: assiette uniforme, doivent être interprétés en ce sens qu'un établissement stable, qui n'est pas une entité juridique distincte de la société dont il relève, établi dans un autre État membre et auquel la société fournit des prestations de services, ne doit pas être considéré comme un assujetti en raison des coûts qui lui sont imputés au titre desdites prestations. »

L'arrêt FCE Bank s'appuyait sur la sixième directive.

La directive 2006/112 qui a procédé à la refonte de la sixième directive à compter du 1^{er} janvier 2007 utilise la notion d'établissement stable dans plusieurs articles. L'article 11 du règlement d'exécution (UE) No 282/2011 du conseil du 15 mars 2011 portant mesures d'exécution de la directive 2006/112/CE relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée (refonte) énonce :

« 1. Pour l'application de l'article 44³⁶ de la directive 2006/112/CE, l'«établissement stable» désigne tout établissement, autre que le siège de l'activité économique visé à l'article 10 du présent règlement, qui se caractérise par un degré suffisant de permanence et une structure appropriée, en termes de moyens humains et techniques, lui permettant de recevoir et d'utiliser les services qui sont fournis pour les besoins propres de cet établissement.

2. Pour l'application des articles suivants, l'«établissement stable» désigne tout établissement, autre que le siège de l'activité économique visé à l'article 10 du présent règlement, qui se caractérise par un degré suffisant de permanence et une structure appropriée, en termes de moyens humains et techniques, lui permettant de fournir les services dont il assure la prestation:

a) article 45³⁷ de la directive 2006/112/CE;

³⁵ CJUE, C-210/04, arrêt FCE Bank, 23 mars 2006

³⁶ Lieu des prestations de services, règle générale B2B

³⁷ Lieu des prestations de services, règle générale B2C

b) à partir du 1^{er} janvier 2013, article 56, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la directive 2006/112/CE;

c) jusqu'au 31 décembre 2014, article 58 de la directive 2006/112/CE;

d) article 192 bis³⁸ de la directive 2006/112/CE.

3. *Le fait de disposer d'un numéro d'identification TVA n'est pas en soi suffisant pour considérer qu'un assujetti a un établissement stable ».*

Le considérant 14 du règlement d'exécution précise la raison pour laquelle l'établissement stable doit être défini au sens de la TVA : *« Afin d'assurer l'application uniforme des règles relatives au lieu des opérations imposables, il convient de préciser certains concepts tels que le siège de l'activité économique, l'établissement stable, le domicile ou la résidence habituelle. Tout en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice, le recours à des critères aussi clairs et objectifs que possible devrait faciliter la mise en pratique de ces concepts. »*

Les notions d'établissement stable au sens de la TVA et au sens de la convention OCDE³⁹ ne sont donc pas similaires. Un établissement stable au sens de la TVA n'est pas nécessairement un établissement stable au sens de la convention OCDE et vice versa.

Dans l'arrêt Morgan Stanley⁴⁰, la CJUE a précisé au point 35 :

« S'agissant d'une société dont le siège est établi dans un État membre et dont la succursale est immatriculée dans un autre État membre, il ressort de la jurisprudence de la Cour que le siège et la succursale constituent un seul et même assujetti à la TVA, à moins qu'il ne soit établi que la succursale exerce une activité économique indépendante, ce qui serait notamment le cas si elle supportait le risque économique découlant de son activité (voir, en ce sens, arrêt du 7 août 2018, TGE Gas Engineering, C-16/17, EU:C:2018:647, point 41 et jurisprudence citée) »

Le siège et une succursale forment donc un même assujetti à moins qu'il ne soit établi que la succursale exerce une activité économique indépendante. Les prestations de services rendues entre un siège et sa/ses succursale(s) sont donc en principe hors du champ d'application de la

³⁸ Les opérations pour lesquelles l'acquéreur/le preneur doit être le redevable de la taxe sont énumérées aux articles 195 à 198 et à l'article 200 de la directive TVA. Ci-après, on entend par « entreprise non établie » une entreprise qui n'est pas établie dans le pays de l'UE dans lequel la taxe est due. À cet égard, même si une entreprise a un établissement stable dans un certain pays de l'UE, elle n'est pas considérée comme établie dans ce pays si cet établissement stable n'intervient pas dans une livraison de biens ou une prestation de services imposable effectuée par l'entreprise dans ce pays de l'UE (article 192 bis de la directive TVA).

³⁹ Voir l'article 5 du MODÈLE DE CONVENTION FISCALE CONCERNANT LE REVENU ET LA FORTUNE TEXTE DES ARTICLES [au 22 juillet 2010], OCDE

⁴⁰ CJUE, C-165/17, arrêt Morgan Stanley, 24 janvier 2019, point 35

TVA sauf lorsque la succursale peut être regardée comme accomplissant une activité économique indépendante de son siège. Ce serait le cas si, par exemple, la succursale supportait le risque économique découlant de son activité. Il s'agit en tout cas d'une question de fait.

Nous verrons au chapitre 3.5 qu'il faut néanmoins tempérer cette affirmation lorsque la succursale fait partie d'un groupement TVA.

La notion de succursale s'applique à tous les secteurs économiques. La convention OCDE cite la succursale en précisant que « *l'expression « établissement stable » comprend notamment...b) une succursale* ».

En ce qui concerne plus spécifiquement les établissements de crédit, la directive 2006/48/CE du parlement européen et du conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (refonte) définit l'établissement de crédit et la succursale comme suit :

Article 4

Au sens de la présente directive, on entend par:

1) «établissement de crédit»:

a) 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, ou

b) un établissement de monnaie électronique au sens de la directive 2000/46/CE (13).

.....

3) «succursale»: un siège d'exploitation qui constitue une partie dépourvue de personnalité juridique d'un établissement de crédit et qui effectue directement, en tout ou en partie, les opérations inhérentes à l'activité d'établissement de crédit;

La succursale d'un établissement de crédit est donc dépourvue de personnalité juridique.

Dans le cadre de leur politique de développement économique, les groupes privilégient de plus en plus le recours à la « succursalisation » au détriment de la filialisation : ce phénomène étant dû notamment à une volonté de réduction des coûts et de centralisation de la gestion⁴¹.

3.2 Optimisation du prorata

3.2.1 La chronologie de l'affaire Crédit Lyonnais

Dans ce chapitre nous examinerons en détail l'affaire Crédit Lyonnais. Les conclusions⁴² du rapporteur public⁴³ du Conseil d'Etat français fournissent un éclairage très intéressant sur la genèse et les développements de cette affaire.

Le Crédit Lyonnais a fait l'objet d'une vérification de comptabilité, à l'issue de laquelle l'administration fiscale a remis en cause le calcul de son prorata de déduction de TVA, estimant que la banque avait à tort fait figurer au numérateur et au dénominateur de ce rapport, ainsi qu'au dénominateur du rapport déterminant l'assujettissement à la taxe sur les salaires, les intérêts tirés de prêts consentis par son siège à ses succursales établies à l'étranger. La rectification du prorata a conduit l'administration à assigner à la société des rappels de TVA et des suppléments d'imposition à la taxe sur les salaires au titre de la période du 1er janvier 1988 au 31 décembre 1989, pour un montant total d'environ 32,5 millions de francs français. La société a tout d'abord contesté ces rappels par deux réclamations du 20 juillet 1994 qui ont été rejetées.

Elle a ensuite choisi un autre terrain d'attaque et sollicité, par une demande du 31 décembre 1996, la restitution partielle de la TVA et de la taxe sur les salaires qu'elle avait spontanément acquittées entre le 1er janvier 1988 et le 31 décembre 1990, pour des montants respectifs d'environ 308 et 151 millions de francs français. La société a en effet indiqué qu'elle estimait avoir omis à tort de prendre en compte dans son prorata les recettes de ses succursales à

⁴¹ Voir notamment l'article « les aspects TVA de la relation siège-succursale » paru dans le numéro d'octobre 2014 de la revue « options finance »

⁴² N°301849, Société Le Crédit Lyonnais, 3ème, 8ème, 9ème et 10ème sous-sections réunies Séance du 20 mai 2011 Lecture du 11 juillet 2011 Conclusions Mme Claire LEGRAS, rapporteur public

⁴³ Voir notamment <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Quel-est-le-role-du-rapporteur-public> et aussi <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Se-procurer-les-actes-du-Conseil-d-Etat#2> (partie comment se procurer les conclusions d'un rapporteur public)

l'étranger. Le Crédit Lyonnais a saisi la justice administrative française, en soutenant que si le montant des intérêts facturés par le siège aux succursales ne pouvait être pris en compte au motif qu'il relèverait avec ses succursales étrangères, d'une seule et même entité⁴⁴, alors les recettes des opérations que ces dernières réalisent avec des tiers devraient être regardées comme étant les siennes et être prises en compte pour le calcul du prorata de déduction qui lui était appliqué (" prorata mondial ").

Le revirement est net : alors que le litige sous-jacent aux premières réclamations pose la question de savoir si les succursales peuvent être considérées comme ayant la qualité d'assujetti à la TVA dans leurs relations avec le siège, la demande de restitution est fondée sur l'affirmation que les succursales et le siège constituent un seul et même assujetti et qu'il y a donc lieu, pour déterminer le prorata de déduction de la TVA, de prendre en compte les intérêts versés aux succursales étrangères par leurs clients. Son recours ainsi que l'appel ayant été rejetés, Le Crédit Lyonnais s'est pourvu devant le Conseil d'État français.

Le Conseil d'Etat a décidé d'interroger la Cour de justice sur l'interprétation de la sixième directive TVA [Directive 77/388/CEE du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires – Système commun de taxe sur la valeur ajoutée : assiette uniforme (JO L 145, p. 1)]. Il s'agit de savoir si une société dont le siège est établi dans un État membre et qui dispose de succursales situées à l'étranger doit, au moment de s'acquitter de ses obligations fiscales à l'égard de l'État membre du siège – dans la mesure où elle réalise tant des opérations ouvrant droit à déduction que des opérations n'y ouvrant pas droit –, prendre en compte ou non, pour calculer son prorata de déduction de TVA, son chiffre d'affaires total, c'est-à-dire intégrer tant celui du siège que celui de ses différentes succursales.

La CJUE a rendu son arrêt le 12 septembre 2013 (voir chapitre 3.3.3). L'affaire avait trait à des opérations du 1^{er} janvier 1988 au 31 décembre 1989. Vingt-cinq années se sont donc écoulées entre la genèse de l'affaire et la décision de la CJUE.

⁴⁴ Enseignement tiré probablement de l'arrêt FCE Bank

3.2.2 De l'enjeu du « prorata mondial »

Le siège du Crédit Lyonnais joue le rôle de centralisateur de coûts facturés par des prestataires tiers, par exemple des dépenses informatiques ou juridiques ou le coût de prestations de conseil. Il s'agit de dépenses en amont concourant à des opérations en aval exonérées et à des opérations en aval ouvrant droit à déduction. Et donc plus le prorata est élevé plus le siège peut récupérer de TVA payée en amont. Le « prorata mondial » permettrait donc, dans certains cas, d'augmenter la déduction des dépenses en amont. Cette augmentation n'est pas anodine puisque les dépenses en amont consenties par le siège sont des dépenses de grande ampleur.

Illustrons ceci par un exemple. Supposons que le siège d'un établissement de crédit français ait engagé en amont des dépenses grevées de TVA en tant que centralisateur de coûts. Supposons que ces dépenses aient contribué en aval :

- 1) à des opérations réalisées par le siège, taxées pour un montant de 5000 et exonérées pour un montant de 5000
- 2) à des opérations réalisées par ses succursales au sein de l'UE, taxées pour un montant de 5000 et exonérées pour un montant de 5000
- 3) à des opérations réalisées par ses succursales hors de l'UE pour un montant de 20000

L'article 19, paragraphes 1 et 2, de la sixième directive dispose:

«1. Le prorata de déduction, prévu par l'article 17 paragraphe 5 premier alinéa, résulte d'une fraction comportant:

- au numérateur, le montant total, déterminé par année, du chiffre d'affaires, [TVA] exclue, afférent aux opérations ouvrant droit à déduction conformément à l'article 17 paragraphes 2 et 3,*
- au dénominateur, le montant total, déterminé par année, du chiffre d'affaires, [TVA] exclue, afférent aux opérations figurant au numérateur ainsi qu'aux opérations qui n'ouvrent pas droit à déduction. Les États membres ont la faculté d'inclure également dans le dénominateur le montant des subventions autres que celles visées à l'article 11 sous A paragraphe 1 sous a).*

Le prorata est déterminé sur une base annuelle, fixé en pourcentage et arrondi à un chiffre qui ne dépasse pas l'unité supérieure ».

Si l'on ne tient compte que des opérations réalisées par le siège le prorata s'élève à 50%.

Si l'on ajoute les opérations réalisées par ses succursales au sein de l'UE le prorata reste à 50% en supposant qu'il n'y ait pas de différence significative entre le pays du siège et les autres pays de l'UE quant au champ des opérations taxables. En effet l'article 17, paragraphe 3, a) de la sixième directive prévoit :

« 3. Les États membres accordent également à tout assujetti la déduction ou le remboursement de la [TVA] visée au paragraphe 2 dans la mesure où les biens et les services sont utilisés pour les besoins:

a) de ses opérations relevant des activités économiques visées à l'article 4 paragraphe 2, effectuées à l'étranger, qui ouvriraient droit à déduction si ces opérations étaient effectuées à l'intérieur du pays;.... »

Regardons désormais ce qui se passe si nous souhaitons prendre en compte les opérations réalisées en dehors de l'UE.

L'article 17, paragraphe 3, c) de la sixième directive prévoit.

« 3. Les États membres accordent également à tout assujetti la déduction ou le remboursement de la [TVA] visée au paragraphe 2 dans la mesure où les biens et les services sont utilisés pour les besoins:

....

c) de ses opérations exonérées conformément à l'article 13 sous B sous a) et sous d) points 1 à 5, lorsque le preneur est établi en dehors de la Communauté ou lorsque ces opérations sont directement liées à des biens qui sont destinés à être exportés vers un pays en dehors de la Communauté. »

Donc si ces opérations sont exclusivement des opérations prévues à l'article 13 sous B) sous d) points 1 à 5 (comme par exemple des intérêts de prêt consentis par ces succursales), le prorata devient $((5000+5000+20000)/(10000+10000+20000))$ soit 60%. Si maintenant le montant n'était pas 20000 mais 100000 le prorata serait 92%.

Le « prorata mondial » donnerait donc, dans certains cas, la possibilité au siège d'augmenter la déduction de la TVA en amont.

3.2.3 La décision de la CJUE

Dans l'arrêt *Crédit Lyonnais*⁴⁵, la CJUE a dit pour droit :

« 1) Les articles 17, paragraphes 2 et 5, ainsi que 19, paragraphe 1, de la sixième directive 77/388/CEE du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires – Système commun de taxe sur la valeur ajoutée: assiette uniforme, doivent être interprétés en ce sens que, pour la détermination du prorata de déduction de la TVA qui lui est applicable, une société, dont le siège est situé dans un État membre, ne peut pas prendre en compte le chiffre d'affaires réalisé par ses succursales établies dans d'autres États membres.

2) Les articles 17, paragraphe 3, sous a) et c), ainsi que 19, paragraphe 1, de la sixième directive 77/388 doivent être interprétés en ce sens que, pour la détermination du prorata de déduction de la taxe sur la valeur ajoutée qui lui est applicable, une société, dont le siège est situé dans un État membre, ne peut pas prendre en compte le chiffre d'affaires réalisé par ses succursales établies dans des États tiers.

3) L'article 17, paragraphe 5, troisième alinéa, de la sixième directive 77/388 doit être interprété en ce sens qu'il ne permet pas à un État membre de retenir une règle de calcul du prorata de déduction par secteur d'activité d'une société assujettie autorisant celle-ci à prendre en compte le chiffre d'affaires réalisé par une succursale établie dans un autre État membre ou dans un État tiers. »

Et donc pour la détermination du prorata de déduction de la TVA qui lui est applicable, une société, dont le siège est situé dans un État membre, ne peut pas prendre en compte le chiffre d'affaires réalisé par ses succursales établies dans d'autres états que cet Etat membre.

Mais attention, comme la CJUE l'a rappelé aux points 51 et 52 de l'arrêt *Morgan Stanley* (arrêté que nous analysons au chapitre 3.3 de ce mémoire), la CJUE, dans l'arrêt *Crédit Lyonnais*, « 51 À cet égard, il convient toutefois de relever que, ainsi qu'il ressort notamment du point 19 dudit

⁴⁵ CJUE, C-388/11, arrêt *Crédit Lyonnais*, 12 septembre 2013

arrêt, la Cour était interrogée dans cette affaire sur la possibilité de prendre en compte le chiffre d'affaires total de ces succursales, compris comme l'ensemble de leurs recettes. Ainsi, la Cour a notamment souligné, au point 38 de l'arrêt du 12 septembre 2013, Le Crédit Lyonnais (C-388/11, EU:C:2013:541), que le fait de tenir compte du chiffre d'affaires réalisé par tous les établissements stables dont l'assujetti dispose dans d'autres États membres, aux fins de déterminer le prorata de déduction du siège, aurait pour conséquence de faire augmenter, pour toutes les acquisitions que ledit assujetti a effectuées dans l'État membre dans lequel se trouve son siège, la part de la TVA que ledit siège peut déduire, alors même qu'une partie de ces acquisitions n'ont aucun lien avec les activités des établissements stables établis en dehors de cet État. Ainsi, la valeur du prorata de déduction applicable serait faussée.(NDLR voir l'exemple cité au chapitre 0 précédent)

52 *Il en découle que, dans ledit arrêt, la Cour a exclu la prise en compte, dans le calcul du prorata de déduction du siège d'un assujetti, du chiffre d'affaires des succursales situées dans d'autres États membres, au motif qu'au moins une partie de ce chiffre d'affaires ne présentait aucun lien avec les acquisitions effectuées en amont par ce siège. Par conséquent, la Cour n'a pas entendu exclure, dans la détermination de l'étendue du droit à déduction d'un établissement stable d'un assujetti situé dans un État membre, la prise en compte des opérations réalisées par un établissement stable du même assujetti, situé dans un autre État membre, qui présentent un lien direct et immédiat avec des dépenses supportées par le premier de ces établissements stables ».*

En d'autres mots il est tout à fait possible de prendre en compte dans le prorata de déduction du siège la partie du chiffre d'affaires des succursales qui présente un lien direct et immédiat avec les acquisitions effectuées en amont par le siège. Encore faut-il encore être capable de circonscrire cette affectation et ce, succursale par succursale.

Si ce n'est pas le cas, il n'est pas possible de prendre en compte dans le prorata du siège l'entièreté du chiffre d'affaires des succursales quand des acquisitions effectuées par les succursales y contribuent. Il faut alors appliquer les règles fournies dans l'arrêt Crédit Lyonnais.

3.2.4 Conclusions sur l'arrêt Crédit Lyonnais

Les commentaires suivants disponibles dans la revue de Droit Fiscal expliquent bien pourquoi la généralisation du prorata mondial est impossible. En effet cela demanderait non seulement à un Etat de prendre en compte des recettes qui échappent à sa sphère de compétence mais aussi et surtout cela fausserait le principe de neutralité.

«...Pour résumer, généraliser le prorata mondial, ce serait imposer à un État de prendre en compte des recettes qui échappent à sa sphère de compétence. Surtout, cela fausserait le principe de neutralité.

À ce stade, et pour bien comprendre la portée de cet arrêt, il faut garder en tête le caractère forfaitaire du prorata de déduction et de son objectif.

Cette règle vise à déterminer le montant de TVA à déduire, non pas en fonction de l'utilisation effective des dépenses, mais en fonction de l'ensemble des recettes de l'entreprise.

S'agissant d'une règle relativement imprécise, il ne peut s'agir que d'un dispositif « par défaut », à mettre en œuvre lorsque l'on est incapable d'affecter ses dépenses à des activités ou des recettes particulières, comme l'exigerait le principe de neutralité de la TVA. Le domaine d'application naturel du prorata devrait donc se cantonner aux frais généraux, et non s'étendre aux dépenses affectables aux activités opérationnelles (V. J.-C. Bouchard et O. Courjon, Le prorata et le principe de neutralité : Dr. fisc. 2006, n° 48, 66).

Malgré cela, la plupart des États membres font de cette règle le pilier central du calcul des droits à déduction. De nombreuses entreprises se tournent également vers lui faute de disposer d'une organisation comptable ou informatique permettant de faire un lien entre les dépenses et les recettes que ces dépenses contribuent à générer. Cost centers et profit centers ne sont pas aussi bien connectés qu'on pourrait le penser.

Permettre d'appliquer le prorata sur une assiette aussi large, à l'ensemble des dépenses du siège, sans lien évident avec l'aide apportée par le siège aux succursales, aurait abouti à ouvrir la boîte de Pandore : difficultés de contrôle, facultés d'optimisations trop importantes. La Cour renvoie donc au seul chiffre d'affaires réalisé par le siège... »⁴⁶.

⁴⁶ Revue de Droit fiscal n°16, 16 avril 2015, comm.273 TVA. Après le Crédit Lyonnais, Morgan Stanley : faut-il fermer toutes les succursales françaises ? Commentaires par Ivan Féron avocat directeur PwC Société d'Avocats, page 16

3.3 Interposition d'une succursale

3.3.1 La chronologie de l'affaire Morgan Stanley

La banque Morgan Stanley dont le siège se situe à Londres possède une succursale en France. Cette succursale, en tant qu'établissement stable, est assujettie à la TVA en France. La succursale avait opté⁴⁷ pour l'assujettissement à la TVA de ces opérations bancaires et financières. Cette succursale fournissait d'une part des services au siège situé au Royaume-Uni, en contrepartie desquels elle recevait des virements et d'autre part des opérations bancaires et financières pour des clients locaux. La succursale avait déduit l'intégralité de la TVA ayant frappé les dépenses afférentes à ces deux catégories de prestation puisque toutes les opérations réalisées en France étaient des opérations taxées.

La succursale a fait l'objet de deux vérifications de comptabilité, sur des périodes allant du 1^{er} décembre 2002 au décembre 2005 ainsi que du 1^{er} décembre 2005 au 30 avril 2009 par l'administration fiscale française. L'administration fiscale française a estimé que la TVA ayant grevé l'acquisition des biens et des services utilisés exclusivement pour les opérations internes réalisées exclusivement avec le siège au Royaume-Uni ne pouvait ouvrir droit à déduction, dès lors que ces opérations étaient situées hors du champ d'application de la TVA. Il s'en est suivi un contentieux entre Morgan Stanley et l'administration fiscale française qui a fait l'objet de décisions par le tribunal administratif de Montreuil. Morgan Stanley a interjeté appel devant la cour administrative d'appel de Versailles. Saisi d'un pourvoi en appel le Conseil d'Etat français a posé une série de questions à la CJUE.

La CJUE a rendu son arrêt le 24 janvier 2019 (voir chapitre 3.3.3). L'affaire avait trait à des opérations du 1^{er} décembre 2002 au 30 avril 2009. Dix-sept années se sont donc écoulées entre la genèse de l'affaire et la décision de la CJUE.

⁴⁷ Comme expliqué au chapitre 6.2 Les États membres peuvent accorder à leurs assujettis le droit d'opter pour la taxation de certaines opérations

3.3.2 L'enjeu de l'interposition d'une succursale

Supposons que la succursale agisse comme centralisatrice de coûts facturés par des prestataires tiers et fournisse ensuite des services au siège. L'interposition de la succursale permettrait alors de contourner la non-déduction qui aurait été d'application si les services avaient été fournis directement au siège (puisque le siège réalise en majorité des opérations non taxées). La France offre aux assujettis des options très vastes quant à l'éventuelle taxation des opérations bancaires et financières. Il était donc possible de faire en sorte que toutes les opérations bancaires et financières réalisées par la succursale française soient taxées. Et donc comme toutes les opérations à la sortie de la succursale sont taxées, il semblait envisageable de déduire l'entièreté de la TVA acquittée en amont par la succursale, y compris pour la fourniture des services au siège.

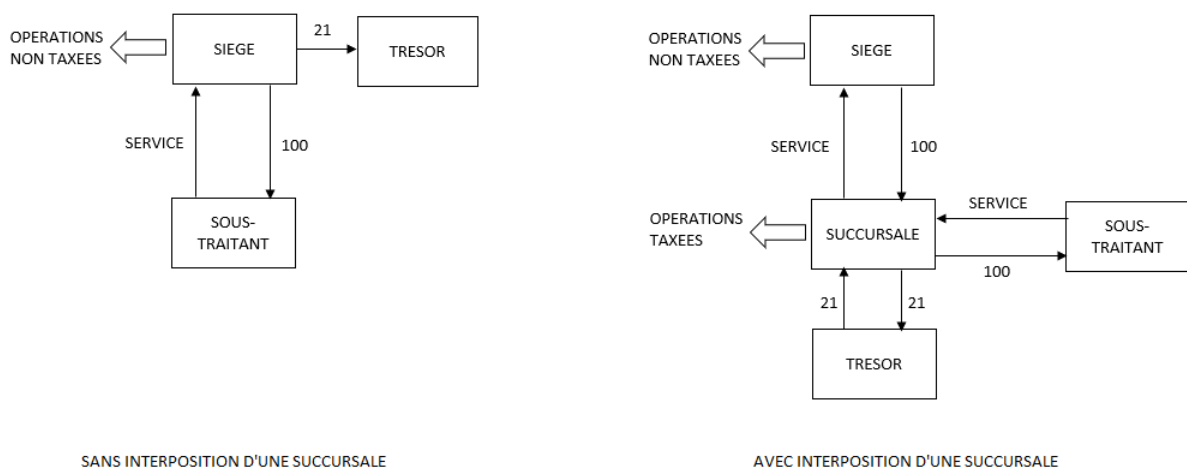


Figure 4 Affaire Morgan Stanley Interposition d'une succursale

L'arrêt de la CJUE a battu cette stratégie en brèche.

3.3.3 La décision de la CJUE

L'arrêt Morgan Stanley⁴⁸ a clarifié la méthodologie à suivre pour établir le droit à déduction sur les dépenses d'un établissement stable d'un assujetti situé dans un État membre (une

⁴⁸ CJUE, C-165/17, arrêt Morgan Stanley, 24 janvier 2019

succursale située en France) en prenant en compte les opérations réalisées par un établissement stable du même assujetti, situé dans un autre État membre (le siège situé au Royaume-Uni).

3.3.3.1 Dépenses de la succursale exclusivement affectées à des opérations du siège

Dans un premier temps, la Cour analyse le droit de la succursale à déduire la TVA sur ses dépenses qui sont affectées à des opérations réalisées par le siège. Dans le cas présent ces opérations consistent à la fois en des opérations soumises à la TVA et à des opérations exonérées de cette taxe réalisées par le siège de cette succursale dans un autre Etat membre que celui de la succursale, à savoir le Royaume-Uni.

Il s'ensuit de l'application combinée des article 17, paragraphe 2, sous a) et article 17, paragraphe 3, sous a) de la sixième directive que le droit à déduction de la TVA sur les dépenses de la succursale « *existe donc à la double condition d'une part, que les opérations d'un assujetti effectuées dans un Etat membre (NDLR Le Royaume-Uni) autre que l'Etat (NDLR la France) dans lequel la TVA est due ou acquittée pour les biens et les services utilisés pour la réalisation de celles-ci soient taxées dans le premier de ces Etats membres (NDLR Le Royaume-Uni) et, d'autre part, que ces opérations le soient également si elles étaient effectuées dans le second desdits Etats (NDLR La France)* »⁴⁹. Suite au droit à option sur les opérations bancaires et financières il se peut qu'une opération taxée dans l'Etat du siège soit exonérée dans l'Etat de la succursale, d'où l'importance de vérifier que l'opération taxée dans l'Etat du siège l'est également dans l'Etat de la succursale.

La Cour précise ensuite que la succursale et le siège forment un assujetti unique. En effet rien dans le dossier dont dispose la Cour ne laisse supposer que la succursale française agit de façon indépendante du siège situé au Royaume-Uni (voir aussi le chapitre 3.1). La Cour précise que ce point devra être confirmé par la juridiction de renvoi⁵⁰.

« Il s'ensuit qu'une succursale immatriculée dans un État membre est en droit de déduire, dans cet État, la TVA grevant les biens et les services acquis qui présentent un lien direct et immédiat avec la réalisation des opérations taxées, y compris celles de son siège établi dans un autre État membre, avec lequel cette succursale forme un seul assujetti, à condition que ces dernières

⁴⁹ Arrêt Morgan Stanley point 32

⁵⁰ Arrêt Morgan Stanley point 36

*opérations ouvrent également droit à déduction si elles ont été effectuées dans l'État d'immatriculation de ladite succursale. »*⁵¹

S'agissant des biens et des services utilisés par un assujetti pour effectuer à la fois des opérations ouvrant droit à déduction et des opérations n'ouvrant pas à déduction (dépenses mixtes), la déduction n'est admise que pour la partie de la TVA qui est proportionnelle au montant des opérations ouvrant droit à déduction. Pour ce faire il faut calculer un prorata conformément aux articles 174 et 175 de la directive 2006/112 « pour l'ensemble des opérations effectuées par l'assujetti »⁵². « L'ensemble des opérations effectuées par l'assujetti » doit être compris comme les opérations réalisées par le siège avec lesquelles ces dépenses présentent un lien direct et immédiat. Il ne s'agit donc en aucun cas du prorata qualifié de « prorata de déduction du siège »

*« Dans la mesure où, en sus des dépenses à usage mixte, l'assujetti acquiert des biens et des services qui sont utilisés exclusivement pour des opérations soumises à la TVA, la TVA grevant ces biens et ces services peut être intégralement déduite...A l'inverse la TVA grevant les biens et les services utilisés exclusivement pour les besoins d'éventuelles opérations exonérées de cette taxe n'ouvrent aucun droit à déduction »*⁵³

Illustrons ce qui précède par un exemple. Supposons qu'une succursale ait acquis des biens et services pour un montant de 1000 et que ces dépenses présentent un lien direct et immédiat avec des opérations mixtes du siège d'un montant de 2000 (500 étant taxées dans l'état du siège et aussi taxées dans l'état de la succursale, 1500 étant non taxées dans l'état du siège). Supposons que la même succursale ait en sus acquis des biens et des services pour un montant de 500 et que ces dépenses présentent un lien direct et immédiat avec des opérations exonérées du siège pour un montant de 1000. Supposons enfin que la même succursale ait en sus acquis des biens et des services pour un montant de 750 et que ces dépenses présentent un lien direct et immédiat avec des opérations taxées du siège pour un montant de 1500 (opérations qui seraient également taxées si elles avaient été effectuées par la succursale). Tous ces montants sont hors TVA.

La succursale pourra déduire la TVA encourue sur les dépenses de 750. Quant à la TVA encourue sur les dépenses de 1000, il faut appliquer le prorata tel qu'expliqué plus haut c'est-à-dire 25% (500/(500+1500)).

⁵¹ Arrêt Morgan Stanley point 39

⁵² Arrêt Morgan Stanley point 40

⁵³ Arrêt Morgan Stanley point 45

En ce qui concerne les dépenses de la succursale exclusivement affectées à des opérations du siège, la CJUE a dit pour droit :

« L'article 17, paragraphes 2, 3 et 5, et l'article 19, paragraphe 1, de la sixième directive 77/388/CEE du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires – Système commun de taxe sur la valeur ajoutée : assiette uniforme, ainsi que les articles 168, 169 et 173 à 175 de la directive 2006/112/CE du Conseil, du 28 novembre 2006, relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée, doivent être interprétés en ce sens que, en ce qui concerne les dépenses supportées par une succursale immatriculée dans un État membre, qui sont affectées, exclusivement, à la fois à des opérations soumises à la taxe sur la valeur ajoutée et à des opérations exonérées de cette taxe, réalisées par le siège de cette succursale établi dans un autre État membre, il y a lieu d'appliquer un prorata de déduction résultant d'une fraction dont le dénominateur est formé par le chiffre d'affaires, hors taxe sur la valeur ajoutée, constitué par ces seules opérations et dont le numérateur est formé par les opérations taxées qui ouvriraient également droit à déduction si elles étaient effectuées dans l'État membre d'immatriculation de ladite succursale, y compris lorsque ce droit à déduction résulte de l'exercice d'une option, exercée par cette dernière, consistant à soumettre à la taxe sur la valeur ajoutée les opérations réalisées dans cet État »

3.3.3.2 Frais généraux

La Cour se prononce ensuite sur les frais généraux de la succursale qui concourent à la réalisation à la fois des opérations de cette succursale effectuées dans cet État et des opérations réalisées par le siège de celle-ci établi dans un autre État membre

La cour rappelle que *« Le droit à déduction de la TVA grevant l'acquisition de biens ou de services en amont présuppose que les dépenses effectuées pour acquérir ceux-ci fassent partie des éléments constitutifs du prix des opérations taxées en aval, ouvrant droit à déduction »*⁵⁴

Néanmoins *« un droit à déduction est cependant également admis en faveur de l'assujetti, même en l'absence de lien direct et immédiat entre une opération particulière réalisée en amont et une ou plusieurs opérations effectuées en aval, ouvrant droit à déduction, lorsque les coûts*

⁵⁴ Arrêt Morgan Stanley, point 56

des services en cause font partie des frais généraux de celui-ci et sont, en tant que tels, des éléments constitutifs du prix des biens ou des services qu'il fournit. De tels coûts entretiennent, en effet, un lien direct et immédiat avec l'ensemble de l'activité économique de l'assujetti »⁵⁵

Un droit à déduction sur les frais généraux est donc envisageable. Comme l'activité économique de l'assujetti consiste à la fois en des opérations taxées et des opérations exonérées à la TVA, la cour explique qu'il faut établir un prorata relatif auxdits frais généraux se fondant sur l'ensemble des opérations économiques réalisées par l'assujetti.

En ce qui concerne les frais généraux de la succursale qui concourent à la réalisation à la fois des opérations de cette succursale effectuées dans cet État et des opérations réalisées par le siège de celle-ci établi dans un autre État membre, la Cour a dit pour droit :

« L'article 17, paragraphes 2, 3 et 5, et l'article 19, paragraphe 1, de la sixième directive 77/388 ainsi que les articles 168, 169 et 173 à 175 de la directive 2006/112 doivent être interprétés en ce sens que, afin de déterminer le prorata de déduction applicable aux frais généraux d'une succursale immatriculée dans un État membre, qui concourent à la réalisation à la fois des opérations de cette succursale effectuées dans cet État et des opérations réalisées par le siège de celle-ci établi dans un autre État membre, il convient de tenir compte, au dénominateur de la fraction qui constitue ce prorata de déduction, des opérations réalisées tant par ladite succursale que par ce siège, étant précisé que doivent figurer au numérateur de ladite fraction, outre les opérations taxées effectuées par la même succursale, les seules opérations taxées réalisées par ledit siège, qui ouvriraient également droit à déduction si elles étaient effectuées dans l'État d'immatriculation de la succursale concernée. »

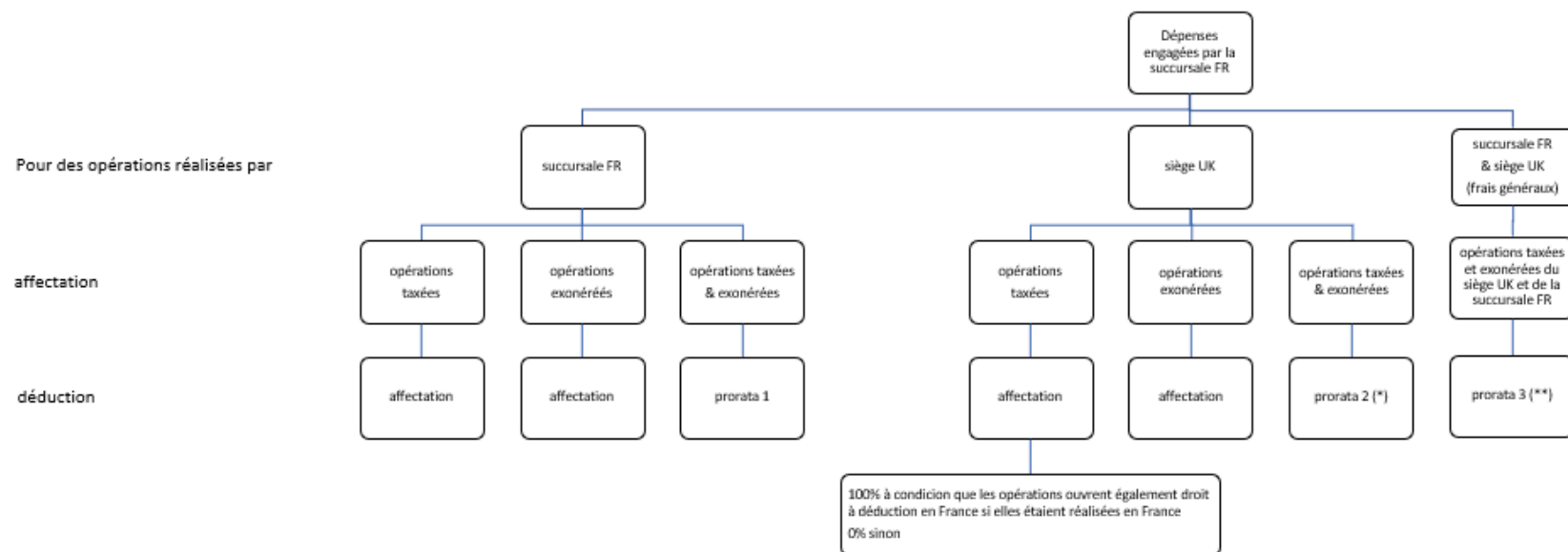
3.3.3.3 Synthèse

Nous avons synthétisé la méthodologie à suivre pour traiter le cas Morgan Stanley sous forme graphique (voir la Figure 5 Méthodologie d'affectation et de calcul des proratas pour le cas Morgan Stanley). Il faut donc, dans la mesure du possible, découper les opérations à l'entrée de la succursale en trois blocs : les opérations en lien direct et immédiat avec les opérations à la sortie de la succursale, les opérations en lien direct et immédiat avec les opérations à la sortie du siège, les opérations dont les coûts rentrent dans les frais généraux de la succursale. Au sein

⁵⁵ Arrêt Morgan Stanley, point 57

des deux premiers blocs il faut encore, dans la mesure du possible, découper les opérations à la sortie en opérations exemptées, opérations taxées et opérations mixtes. Pour le deuxième bloc il faut en outre vérifier que les opérations taxées dans le pays du siège le sont également dans le pays de la succursale.

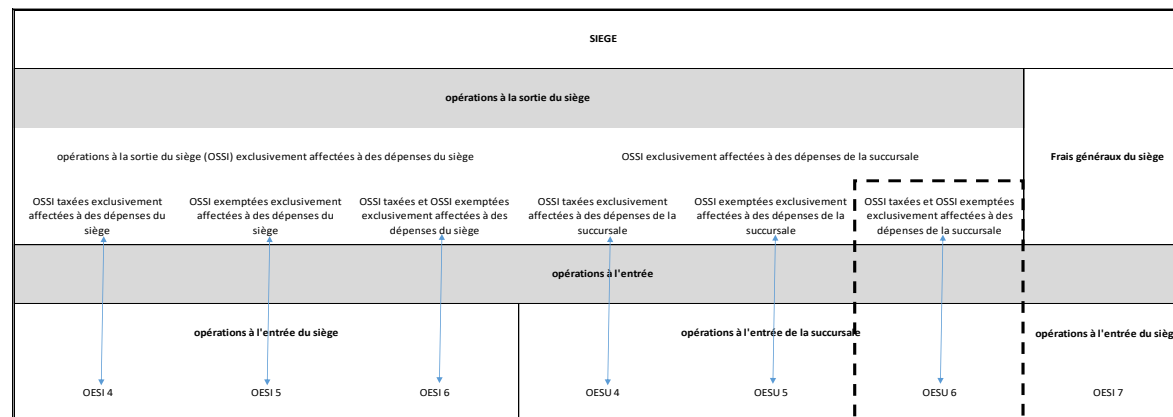
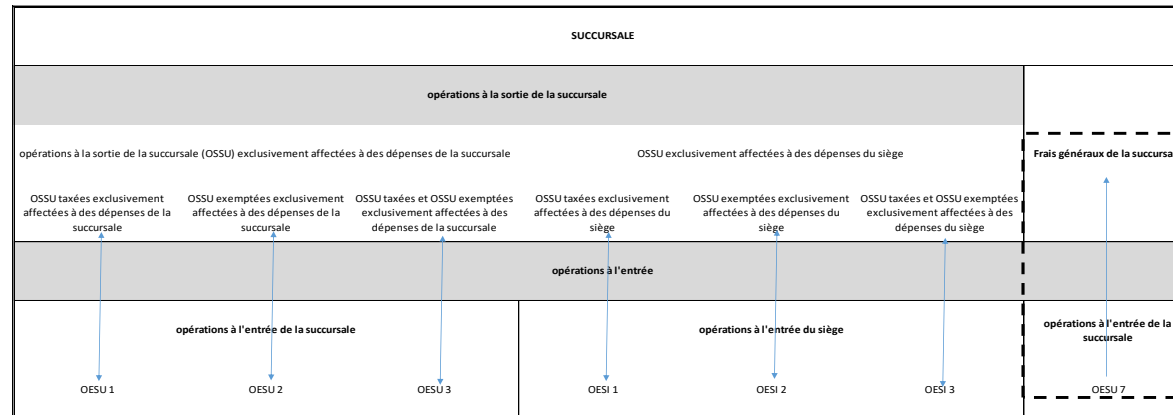
Nous avons également synthétisé sous forme graphique (voir la figure 6) le cas combiné où, outre le cas précédent, des dépenses du siège contribuent à des opérations à la sortie du siège, à des opérations à la sortie de la succursale et aux frais généraux du siège. Dans cette figure OESU est l'abréviation de Opérations à l'Entrée de la Succursale, OESI est l'abréviation de Opérations à l'Entrée du Siège, OSSSI est l'abréviation de Opérations à la Sortie du Siège, OSSU est l'abréviation de Opérations à la Sortie de la SUccursale.



(*) en ce qui concerne les dépenses supportées par une succursale immatriculée dans un État membre, qui sont affectées, exclusivement, à la fois à des opérations soumises à la taxe sur la valeur ajoutée et à des opérations exonérées de cette taxe, réalisées par le siège de cette succursale établi dans un autre État membre, il y a lieu d'appliquer un prorata de déduction résultant d'une fraction dont le dénominateur est formé par le chiffre d'affaires, hors taxe sur la valeur ajoutée, constitué par ces seules opérations et dont le numérateur est formé par les opérations taxées qui ouvriraient également droit à déduction si elles étaient effectuées dans l'État membre d'immatriculation de ladite succursale, y compris lorsque ce droit à déduction résulte de l'exercice d'une option, exercée par cette dernière,

(**) afin de déterminer le prorata de déduction applicable aux frais généraux d'une succursale immatriculée dans un État membre, qui concourent à la réalisation à la fois des opérations de cette succursale effectuées dans cet État et des opérations réalisées par le siège de celle-ci établi dans un autre État membre, il convient de tenir compte, au dénominateur de la fraction qui constitue ce prorata de déduction, des opérations réalisées tant par ladite succursale que par ce siège, étant précisé que doivent figurer au numérateur de ladite fraction, outre les opérations taxées effectuées par la même succursale, les seules opérations taxées réalisées par ledit siège, qui ouvriraient également droit à déduction si elles étaient effectuées dans l'État d'immatriculation de la succursale concernée.

Figure 5 Méthodologie d'affectation et de calcul des proratas pour le cas Morgan Stanley



L'article 17, paragraphes 2, 3 et 5, et l'article 19, paragraphe 1, de la sixième directive 77/388/CEE du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires – Système commun de taxe sur la valeur ajoutée : assiette uniforme, ainsi que les articles 168, 169 et 173 à 175 de la directive 2006/112/CE du Conseil, du 28 novembre 2006, relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée, doivent être interprétés en ce sens que, en ce qui concerne les dépenses supportées par une succursale immatriculée dans un État membre, qui sont affectées, exclusivement, à la fois à des opérations soumises à la taxe sur la valeur ajoutée et à des opérations exonérées de cette taxe, réalisées par le siège de cette succursale établi dans un autre État membre, il y a lieu d'appliquer un prorata de déduction résultant d'une fraction dont le dénominateur est formé par le chiffre d'affaires, hors taxe sur la valeur ajoutée, constitué par ces seules opérations et dont le numérateur est formé par les opérations taxées qui ouvriraient également droit à déduction si elles étaient effectuées dans l'État membre d'immatriculation de ladite succursale, y compris lorsque ce droit à déduction résulte de l'exercice d'une option, exercée par cette dernière, consistant à soumettre à la taxe sur la valeur ajoutée les opérations réalisées dans cet État.

L'article 17, paragraphes 2, 3 et 5, et l'article 19, paragraphe 1, de la sixième directive 77/388 ainsi que les articles 168, 169 et 173 à 175 de la directive 2006/112 doivent être interprétés en ce sens que, afin de déterminer le prorata de déduction applicable aux frais généraux d'une succursale immatriculée dans un État membre, qui concourent à la réalisation à la fois des opérations de cette succursale effectuées dans cet État et des opérations réalisées par le siège de celle-ci établi dans un autre État membre, il convient de tenir compte, au dénominateur de la fraction qui constitue ce prorata de déduction, des opérations réalisées tant par ladite succursale que par ce siège, étant précisé que doivent figurer au numérateur de ladite fraction, outre les opérations taxées effectuées par la même succursale, les seules opérations taxées réalisées par ledit siège, qui ouvriraient également droit à déduction si elles étaient effectuées dans l'État d'immatriculation de la succursale concernée.

Figure 6 Cas Morgan Stanley cas combiné

3.3.4 Conclusions sur l'affaire Morgan Stanley

Nous reprenons les conclusions écrites dans le numéro du 15 février 2019 de la revue « Le Fiscologue »

« *Nœud gordien*

Le raisonnement de la Cour de justice est construit de manière ordonnée, mais son application pratique rend le calcul de la déduction TVA particulièrement complexe. Il exige en effet le calcul de différents proratas, l'identification des dépenses de la succursale et des opérations du siège et la détermination du lien exact entre ces dépenses et les opérations de sortie du siège. Il requiert en outre d'apprécier chaque fois si les opérations taxées du siège ouvrent également droit à déduction conformément à la législation de l'Etat membre de la succursale.

Le calcul de la déduction de la TVA par l'établissement concerné risque donc de devenir un casse-tête, non seulement pour l'assujetti lui-même, mais aussi pour les services de la TVA qui devront en contrôler l'application correcte. L'avocat général s'accommode en tout cas de cette complexité, qui n'est "pas d'une ampleur telle [qu'elle] conduirait à mettre en cause la solution de l'application combinée des règles de prorata de déduction, comme cette solution résulte de l'interprétation" de la directive TVA (conclusion avocat général Mengozzi, n° 87) »

3.4 Recours aux règles spécifiques de localisation - VAT off-shore looping

L'affaire « Hastings » illustre un cas pratique de ce que Her Majesty's Revenue and Customs⁵⁶ (ci-après "HMRC") appelle le « VAT off-shore looping⁵⁷ ». Cette stratégie permet de contourner la non-déduction de la TVA sur les opérations à l'entrée lorsque celles-ci ont un lien direct et immédiat avec des opérations à la sortie tombant sous l'article 135, paragraphe 1 de la directive 2006/112/CE. Ce paragraphe reprend, notamment, comme nous l'avons déjà expliqué, certaines opérations bancaires et financières. Il reprend également les opérations d'assurance. Bien que l'affaire Hastings soit en lien avec les opérations d'assurance, il semble que le « VAT off-shore looping » touche également les opérations financières et s'appuie sur des principes

⁵⁶ <https://www.gov.uk/government/organisations/hm-revenue-customs>

⁵⁷ Voir notamment <https://www.gov.uk/government/publications/draft-legislation-amendment-of-the-vat-input-tax-specified-supplies-order-1999>

similaires. C'est la raison pour laquelle nous faisons une petite incursion dans le domaine de la TVA sur les assurances et que nous évoquons l'affaire Hastings.

3.4.1 L'affaire Hastings

Hastings Insurance Services Ltd (ci-après « **Hastings** ») est une compagnie d'assurance opérant au Royaume-Uni. Advantage Insurance Company Limited (ci-après « **Advantage** ») est une société liée à Hastings basée à Gibraltar qui souscrit des assurances privées et commerciales au Royaume-Uni. Advantage fournit ces produits d'assurance à des clients au Royaume-Uni en agissant par l'intermédiaire de Hastings en tant que courtier ou intermédiaire et en faisant appel aux autres services fournis par Hastings. Plus précisément Hastings fournit les services suivants à Advantage : courtage, assistance à la souscription et traitement des réclamations. Hastings réclame la déduction de la TVA. HMRC la refuse.

L'affaire est portée devant le tribunal⁵⁸.

Hastings réclame la déduction de la TVA grevant des dépenses à l'entrée consenties pour fournir les trois services mentionnés ci-avant à Advantage. Hastings invoque l'article 169 c) de la directive 2006/112/CE⁵⁹.

« Article 169

Outre la déduction visée à l'article 168, l'assujetti a le droit de déduire la TVA y visée dans la mesure où les biens et les services sont utilisés pour les besoins des opérations suivantes:

.....

c) ses opérations exonérées conformément à l'article 135, paragraphe 1, points a) à f), lorsque le preneur est établi en dehors de la Communauté ou lorsque ces opérations sont directement liées à des biens qui sont destinés à être exportés en dehors de la Communauté. »

En effet les trois services tombent sous l'article 135, paragraphe 1, point a) de la directive 2006/112/CE

⁵⁸ Dans ce cas-ci le First-Tier Tribunal (Tax), voir par exemple <https://www.gov.uk/tax-tribunal>

⁵⁹ Il s'agit d'une simplification par l'auteur de ce mémoire. Les parties évoquent bien sûr les dispositions de la législation TVA du Royaume-Uni qui résultent de la transposition des articles de la directive 2006/112/CE que nous citons

« Article 135

1. Les États membres exonèrent les opérations suivantes:

a) les opérations d'assurance et de réassurance, y compris les prestations de services afférentes à ces opérations effectuées par les courtiers et les intermédiaires d'assurance;

.... »

Le rejet de la déduction par HMRC repose sur l'argument que les prestations de service sont localisées au Royaume-Uni. Si les services fournis par Hastings sont localisés au Royaume-Uni alors la règle à l'article 169 c) ne s'applique pas. Et donc, pour HMRC, Hastings ne peut pas bénéficier de la déduction de la TVA sur les opérations à l'entrée.

Dans le cas des services qui nous intéressent la règle de localisation des services est la règle générale B2B énoncée à l'article 44 de la directive 2006/112/CE

« Article 44

Le lieu des prestations de services fournies à un assujetti agissant en tant que tel est l'endroit où l'assujetti a établi le siège de son activité économique. Néanmoins, si ces services sont fournis à un établissement stable de l'assujetti situé en un lieu autre que l'endroit où il a établi le siège de son activité économique, le lieu des prestations de ces services est l'endroit où cet établissement stable est situé. À défaut d'un tel siège ou d'un tel établissement stable, le lieu des prestations de services est l'endroit où l'assujetti qui bénéficie de tels services a son domicile ou sa résidence habituelle. »

Pour démontrer que les services fournis par Hastings sont localisés au Royaume-Uni, HMRC argumente que les services ne sont pas fournis au siège d'Advantage à Gibraltar mais bien à un établissement stable d'Advantage au Royaume-Uni. Cette argumentation a lieu en deux étapes⁶⁰ :

(1) En premier lieu, HMRC fait valoir que les services d'assurance fournis par Advantage à ses clients au Royaume-Uni sont effectués au Royaume-Uni par l'intermédiaire d'un établissement stable d'Advantage comprenant les ressources humaines et techniques de Hastings. Pour HMRC il suffit pour qu'il y ait un établissement stable au Royaume-Uni que, en vertu des dispositions contractuelles, la

⁶⁰ Point 10 du jugement. Pour le jugement consulter Decision Number: TC 06306 du 19 janvier 2018 disponible sur <http://financeandtax.decisions.tribunals.gov.uk//Aspx/default.aspx>

commercialisation et la vente d'assurances et d'activités connexes destinées à la clientèle soient effectuées par Hastings, pour le compte d'Advantage, par l'intermédiaire de personnes et de systèmes d'Hastings au Royaume-Uni, dans des circonstances où la conduite des affaires de l'appelant était soumise à des «approbations» d'Advantage.

(2) En second lieu, il en découle que les prestations de services de Hastings ont été fournies à Advantage à l'endroit de cet établissement stable au Royaume-Uni, en tant qu'établissement où les services fournis par Hastings ont été reçus et utilisés par Hastings pour ses propres besoins afin de lui permettre de faire les fournitures d'assurance.

Le tribunal après une analyse très détaillée (le jugement comprend 132 pages et 613 points) a confirmé que les services étaient bien fournis au siège de Advantage et donc localisés à Gibraltar. En conséquence, la TVA sur les dépenses engagées par Hastings était déductible.

Cette affaire montre le problème auquel une administration fiscale est confrontée lorsque les contribuables exonérés organisent leurs activités de manière à tirer parti des règles particulières d'exonération et de déduction. D'autre part une telle organisation des activités peut constituer, nous semble-t-il, une concurrence déloyale vis-à-vis d'autres sociétés d'assurance qui n'ont pas les moyens de mettre en place de telles structures ou qui ne souhaitent pas recourir à de telles pratiques.

3.4.2 Changement législatif subséquent

La Royaume-Uni a récemment adapté sa législation. Pour que les prestations prévues à l'article prévues à l'article 135, paragraphe 1, point a) de la directive 2006/112/CE puissent être exemptées il faudra que les prestations aient comme preneur d'assurance final un client qui ne se trouve pas au Royaume-Uni. La modification est entrée en vigueur le 1 mars 2019⁶¹.

⁶¹ The Value Added Tax (Input Tax) (Specified Supplies) (Amendment) Order 2018
<http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2018/1328/made>

Une modification similaire pour les services financiers avait été annoncée⁶². Mais à notre connaissance elle n’a pas encore décidée.

3.5 Recours à l’inclusion d’une succursale dans un groupement TVA

Comme nous le verrons dans ce chapitre, l’inclusion d’une succursale dans un groupement TVA pourrait offrir des opportunités de réduire la TVA qui grève les services en amont. Cette réduction pourrait notamment être recherchée par les établissements financiers qui sont des assujettis mixtes jouissant d’un droit à déduction limité.

Nous procédons tout d’abord à un exposé de la problématique de la territorialité en lien avec la mise en place du groupement TVA. Nous exposons ensuite la mise en place du groupement TVA dans la législation belge et dans la législation du Royaume-Uni, en lien avec les aspects de territorialité.

Dans un second temps nous présentons l’arrêt Skandia de la CJUE pris en 2014. Nous examinons ensuite les répercussions de ce jugement sur l’unité TVA en Belgique et les dispositifs législatifs permettant d’y empêcher l’optimisation fiscale. Nous procédons de même pour le groupement TVA au Royaume-Uni et les dispositifs législatifs permettant d’y empêcher l’optimisation fiscale.

3.5.1 Groupement TVA et territorialité

L’article 11 de la directive 2006/112/CE énonce : « *Après consultation du comité consultatif de la taxe sur la valeur ajoutée (ci-après «comité de la TVA»), chaque État membre peut considérer comme un seul assujetti les personnes établies sur le territoire de ce même État membre qui sont indépendantes du point de vue juridique mais qui sont étroitement liées entre elles sur les plans financier, économique et de l'organisation.*

⁶² Securing the tax base: tackling VAT off-shore looping and clarifying the legislative framework for HMRC charging interest on unpaid tax :Written statement - HCWS889
<https://www.parliament.uk/business/publications/written-questions-answers-statements/written-statement/Commons/2018-07-19/HCWS889/>

Un État membre qui fait usage de la faculté prévue au premier alinéa peut prendre toutes mesures utiles pour éviter que l'application de cette disposition rende la fraude ou l'évasion fiscales possibles. »

Une étude de la Commission Européenne de 2006 a montré l'importance de l'Unité TVA pour le secteur financier et le secteur des assurances⁶³. Le groupement TVA est un dispositif optionnel. En date du 22 septembre 2015, 17 états membre prévoyaient le groupement TVA dans leur dispositif législatif. En Belgique il y avait en date du 20 août 2015 2962 unités TVA – nom choisi par la Belgique pour désigner le groupement TVA - regroupant 9421 assujettis, chaque unité TVA comprenant en moyenne 3 assujettis⁶⁴.

Des divergences existent entre les différents dispositifs législatifs nationaux. Nous nous limiterons à exposer les aspects relatifs à la territorialité. Il existe deux approches quant aux « *personnes établies sur le territoire de ce même État membre* ».

- D'une part, certains Etats membres interprètent ce concept de manière large et considèrent que si une succursale (ou un siège) est membre d'un groupement TVA sur leur territoire, alors le siège étranger (ou les succursales étrangères) de cette succursale (de ce siège) fait (font) également partie de ce groupement TVA. Les Etats membres qui suivent cette interprétation large sont, entre autres, le Royaume-Uni et les Pays-Bas.
- D'autre part certains Etats membres interprètent ce concept de manière étroite en précisant qu'une succursale étrangère (ou siège étranger) ne peut être membre du groupement TVA. La Belgique, la Suède et l'Allemagne suivent, par exemple, cette interprétation étroite.

En ce qui concerne la Belgique, le Rapport au Roi de l'Arrêté royal n° 55 du 9 mars 2007 relatif au régime des assujettis formant une unité TVA prévoit en effet « *Les assujettis à la TVA doivent en outre tous être établis en Belgique. Ceci inclut aussi les établissements stables en Belgique d'entreprises étrangères qui sont assujetties à la TVA mais exclut leurs sièges principaux étrangers. De même sont exclus, les établissements étrangers d'entreprises belges.* »

⁶³ "Study to increase the understanding of the economic effects of the VAT exemption for financial and insurance services", 2 November 2006, 22, https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/docs/body/financial_services_study_managementsummary_en.pdf

⁶⁴ Taxud.c.1(2015)4380328 – Working Paper n° 879 VAT Committee – Question page 33

3.5.2 L'unité TVA en Belgique

L'article 4, § 2, du Code de la TVA a transposé la disposition prévue à l'article 11 de la directive 2006/112/CE en droit belge par la loi du 28 décembre 1992 (Moniteur belge du 31 décembre 1992, 1^e édition). Dans sa déclaration du 17 octobre 2006, le gouvernement fédéral a annoncé l'introduction d'un système d'unité TVA en Belgique s'inscrivant dans le cadre de l'article 4, § 2, précité. Conformément à cette dernière disposition, l'introduction de ce système a fait l'objet de l'arrêté royal n° 55, du 9 mars 2007, relatif au régime des assujettis formant une unité TVA (Moniteur belge du 15 mars 2007).

Le fait que l'unité TVA soit considérée comme un seul assujetti pour l'application de la TVA a pour conséquence que les livraisons de biens et les prestations de services réalisées entre les membres d'une unité TVA n'entrent pas dans le champ d'application de la TVA. Par conséquent aucune TVA n'est perçue sur les transactions entre les membres. Seuls des assujettis établis en Belgique peuvent être membres d'une unité TVA belge. Un établissement stable en Belgique (par ex. une succursale) d'un assujetti étranger (le siège principal) peut donc être membre d'une unité TVA belge.

Le Rapport au Roi de l'arrêté royal n°55 justifie l'importance de l'inclusion de l'unité TVA dans le dispositif législatif belge comme suit « *Tous les opérateurs économiques, quels que soient leurs régimes TVA et secteurs d'activités, sont actuellement contraints d'adopter des stratégies permettant de rationaliser les coûts de leur gestion administrative et d'optimiser l'utilisation de leurs moyens financiers.*

Parmi les stratégies couramment développées par les entreprises, l'externalisation et la centralisation de certaines fonctions (notamment celles de support administratif, informatique, back office, call center, etc.) faisant appel à une main d'œuvre importante via, par exemple, la création de " centre d'excellence " ou de centres de services constitue l'une des plus utilisées car elle permet aux groupes d'entreprises d'une part, de réaliser des économies d'échelle importantes sur ces services et d'autre part, de se concentrer pleinement sur leur " core-business ".

Dans ce cadre, il est toutefois apparu que le régime TVA actuel crée, dans tous les secteurs, y compris les secteurs non marchands (écoles, hôpitaux, associations culturelles, etc.), des obstacles importants en générant des charges de TVA additionnelles et/ou en compliquant la

gestion administrative. Ces obstacles font l'objet de réflexions au niveau européen mais il n'est pas possible de déterminer dans quel délai elles aboutiront à un résultat concret.

2. Le système de l'unité TVA qui permet de considérer que des personnes indépendantes du point de vue juridique mais étroitement liées sur les plans financier, économique et de l'organisation ne forment qu'un seul assujetti pour l'application de la TVA constitue une solution efficace, prévue par la législation européenne et reconnue au niveau international à ces obstacles (il était explicitement repris parmi les solutions soumises par la Commission européenne dans le " Consultation Paper on modernising Value Added Tax obligations for financial services and insurances " publié en mars 2006).

En effet, l'unité TVA implique que les opérations effectuées entre les personnes membres ne sont pas soumises à la TVA. Le système permet donc la création de centres d'excellence ou de centres de services sans risquer de créer de charge de TVA non-déductible supplémentaire.

Il permet également de simplifier et rationaliser considérablement les obligations administratives des entreprises en ce sens que l'unité TVA étant un assujetti unique, elle assume en tant que telle, tous les droits et toutes les obligations de ses membres.

Pour cette raison notamment, le régime de l'unité TVA existe déjà dans 13 des 27 Etats membres de l'Union Européenne et est actuellement à l'étude chez certains autres. »

L'unité TVA permet donc, entre autres, la création de centres d'excellence ou de centres de services sans risque de créer de charge de TVA non-déductible supplémentaire. Ceci est particulièrement intéressant pour les assujettis qui pratiquent une majorité d'opérations exemptées à la sortie (secteur financier et secteur des assurances). Ce dispositif est néanmoins limité aux centres d'excellence et aux centres de services situés en Belgique vu les aspects de territorialité de l'unité TVA comme évoqué au chapitre 3.5.1.

« Ces principes, combinés avec le système de l'unité TVA peuvent cependant conduire à l'évasion fiscale. Il en est notamment ainsi lorsqu'une succursale qui est membre d'une unité TVA établie dans un Etat membre reçoit des services fournis par le siège principal établi à l'étranger sans application de la taxe⁶⁵. Dans le cas où la succursale n'utilise pas les services

⁶⁵ NDLR : en effet la succursale et le siège principal à l'étranger forment un assujetti unique. Et la fourniture de services est une opération interne hors champ

reçus mais les refacture à un autre membre de l'unité TVA, aucune TVA ne sera également appliquée »⁶⁶.

Or sur base de l'article 11, deuxième alinéa, de la directive 2006/112/CE, des mesures utiles peuvent être prises pour éviter que l'application d'un régime d'unité TVA rende la fraude ou l'évasion fiscale possible. C'est ainsi qu'un article 19bis, avait été introduit⁶⁷ dans le Code de la TVA pour éviter que l'application de l'unité TVA rende la fraude ou l'évasion fiscale possible, et qu'ainsi l'appartenance à une unité TVA puisse donner lieu à des avantages ou à des économies d'impôts injustifiés en matière de TVA.

Cet article 19bis prévoyait⁶⁸ que *« Est également assimilée à une prestation de services effectuée à titre onéreux, la fourniture de services autres que ceux décrits à l'article 21, § 3⁶⁹, par un assujetti établi en dehors de la Belgique, pour les besoins d'un de ses établissements qui est membre d'une unité T.V.A. au sens de l'article 4, § 2, en Belgique ».*

A titre de tolérance, l'Administration de la TVA belge n'exigeait toutefois le paiement de la taxe que si ces services étaient ensuite refacturés à d'autres membres de l'unité TVA.

L'article 19bis était donc applicable aux prestations qui étaient délivrées à une unité TVA belge, par un établissement étranger via son établissement belge dont il n'est pas juridiquement indépendant, aux seules fins de répercuter ces prestations, par l'intermédiaire de ce dernier, à un autre membre de l'unité sans application de la TVA.

« Exemple : Les services informatiques fournis par une succursale établie à l'étranger à son principal établissement en Belgique, membre d'une unité TVA, pourront être soumis à la taxe sur base de cette disposition dans la mesure où cet établissement n'utilise pas lui-même ces mêmes services mais les répercute vers un ou plusieurs membres de l'unité TVA. Il en est de même si le service est fourni par une société établie à l'étranger à sa succursale située en Belgique, membre d'une unité TVA. »⁷⁰

La pratique qui était visée par l'article 19bis porte parfois le nom de « channeling ».

⁶⁶ DOC 54 1306/001 PROJET DE LOI portant abrogation de l'article 19bis du Code de la taxe sur la valeur ajoutée page 5

⁶⁷ loi-programme du 27 avril 2007 (Moniteur belge du 8 mai 2007, 3e édition)

⁶⁸ Cet article sera abrogé par la loi du 6 DECEMBRE 2015. - Loi portant abrogation de l'article 19bis du Code de la taxe sur la valeur ajoutée

⁶⁹ NDLR c'est-à-dire les services répondant à la règle de localisation générale B2B

⁷⁰ Circulaire n° AFER 42/2007 (E.T.111.702) dd. 09.11.2007, section 5.1

3.5.3 Le groupement TVA au Royaume-Uni

Comme nous l'avons expliqué plus haut, le Royaume-Uni interprète la territorialité du groupement TVA au sens large.

Alors que l'article 43 (2A) de la loi sur la TVA de 1994 a été introduit au Royaume-Uni pour lutter contre les dispositifs d'évitement de la TVA en vertu duquel les établissements étrangers des sociétés du groupement TVA recevraient des services et les fourniraient ensuite aux membres du groupement TVA sans TVA, cet article ne se limite pas aux systèmes d'évasion fiscale de ce type et s'est toujours appliqué à toutes les transactions concernées, quel que soit leur objectif. Donc lorsqu'un groupement TVA acquiert certains services – à savoir les services répondant à la règle générale de localisation B2B - via un établissement étranger d'un membre de la même unité, une charge de TVA (également appelée « reverse charge ») doit, en vertu de l'article 43 (2A), garantir que les services sont correctement taxés au Royaume-Uni⁷¹. La TVA porte sur le montant du « bought in service ». Un « bought in service » est une fourniture de services reçue par l'établissement étranger en question qui constitue un élément de coût de la fourniture du groupe intra-TVA. Toutefois, les coûts représentant soit les «frais généraux» de l'établissement à l'étranger, soit les «ressources propres» de l'établissement à l'étranger ne sont pas considérés comme des achats de services aux fins du calcul du « reverse charge »⁷².

3.5.4 L'affaire Skandia America

La CJUE a rendu le 17 septembre 2014 son jugement dans l'affaire « Skandia America Corp. (USA), filial Sverige contre Skatteverket », **ci-après « l'affaire Skandia »**,

« SAC était, pendant les années 2007 et 2008, la société d'achats de services informatiques du groupe Skandia au niveau mondial et exerçait ses activités en Suède par l'intermédiaire de sa succursale Skandia Sverige. SAC a distribué des services informatiques achetés à l'extérieur à différentes sociétés du groupe Skandia ainsi qu'à Skandia Sverige qui, depuis le 11 juillet 2007, est enregistrée comme membre d'un groupement TVA. Le rôle de Skandia Sverige était de

⁷¹ Voir "Group and divisional registration (VAT Notice 700/2)", <https://www.gov.uk/guidance/group-and-divisional-registration-vat-notice-7002#section7>, section 7.1,

⁷² VAT Notice 700/2: group and divisional registration Updated 8 August 2014, <https://www.gov.uk/government/publications/vat-notice-7002-group-and-divisional-registration/vat-notice-7002-group-and-divisional-registration--2>, section 7.2.1

transformer les services informatiques acquis à l'extérieur pour obtenir le produit fini, appelé production informatique (IT-produktion). Ce produit fini était ensuite fourni à diverses sociétés du groupe Skandia, membres et non membres de ce groupement TVA. Une marge de 5 % était ajoutée lors des fournitures de services tant entre SAC et Skandia Sverige qu'entre cette dernière et d'autres sociétés du groupe Skandia. Entre SAC et Skandia Sverige, une allocation des coûts était effectuée au moyen de factures internes »⁷³.

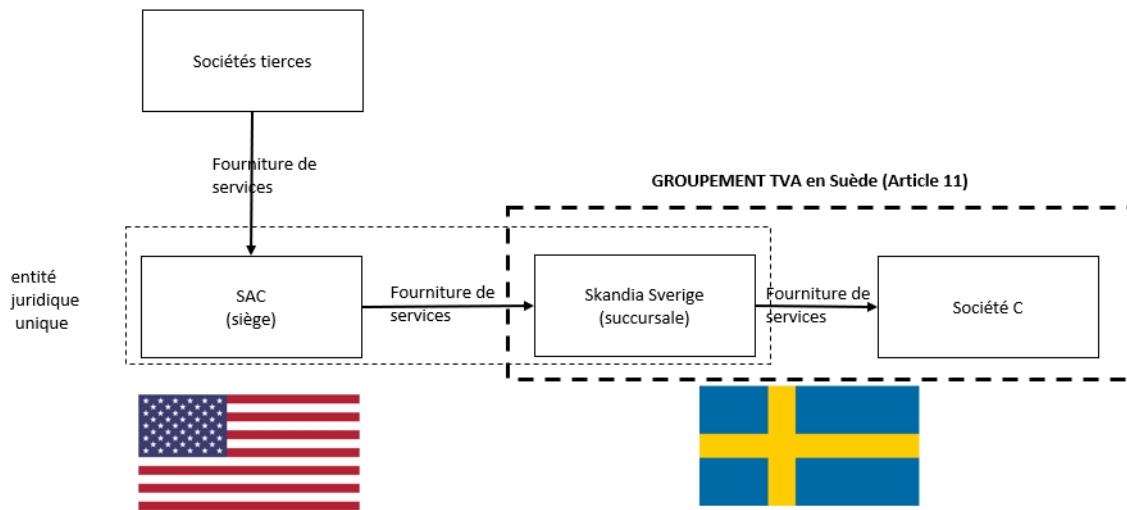


Figure 7 Les circonstances de l'affaire Skandia

Le litige au principal et les questions préjudicielles étaient les suivantes :

« 17 SAC était, pendant les années 2007 et 2008, la société d'achats de services informatiques du groupe Skandia au niveau mondial et exerçait ses activités en Suède par l'intermédiaire de sa succursale Skandia Sverige. SAC a distribué des services informatiques achetés à l'extérieur à différentes sociétés du groupe Skandia ainsi qu'à Skandia Sverige qui, depuis le 11 juillet 2007, est enregistrée comme membre d'un groupement TVA. Le rôle de Skandia Sverige était de transformer les services informatiques acquis à l'extérieur pour obtenir le produit fini, appelé production informatique (IT-produktion). Ce produit fini était ensuite fourni à diverses sociétés du groupe Skandia, membres et non membres de ce groupement TVA. Une marge de 5 % était ajoutée lors des fournitures de services tant entre SAC et Skandia Sverige qu'entre cette dernière et d'autres sociétés du groupe Skandia. Entre SAC et Skandia Sverige, une allocation des coûts était effectuée au moyen de factures internes.

⁷³ CJUE, C-7/13, arrêt Skandia, 17 septembre 2014, point 17

18 Le Skatteverket a décidé de soumettre à la TVA les prestations de services informatiques fournies par SAC à Skandia Sverige pour les exercices 2007 et 2008. Cette autorité fiscale, estimant que ces prestations constituaient des opérations imposables, a considéré SAC comme assujettie à la TVA. Par conséquent, Skandia Sverige a été identifiée comme également assujettie à la TVA et a été soumise au paiement du montant de la taxe afférente auxdites prestations en tant que succursale de SAC en Suède.

19 Skandia Sverige a formé un recours contre ces décisions devant la juridiction de renvoi.

20 Dans ces conditions, le förvaltningsrätten i Stockholm (tribunal administratif de Stockholm) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Lorsque des services achetés à l'extérieur sont fournis par l'établissement principal d'une société situé dans un pays tiers à une succursale de la même société établie dans un certain État membre, et que les fournitures sont assorties d'une allocation à la succursale des coûts des achats externes, lesdites fournitures constituent-elles des opérations imposables si la succursale est membre d'un groupement TVA dans ledit État membre?

2) En cas de réponse affirmative à la première question, l'établissement principal situé dans le pays tiers doit-il être considéré comme un assujetti qui, selon les termes de l'article 196 de la directive TVA, n'est pas établi dans cet État membre, de sorte que c'est le preneur qui doit être taxé sur ces opérations?»

La Cour a dit pour droit :

« 1) Les articles 2, paragraphe 1, 9 et 11 de la directive 2006/112/CE du Conseil, du 28 novembre 2006, relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée, doivent être interprétés en ce sens que les prestations de services fournies par un établissement principal établi dans un pays tiers à sa succursale établie dans un État membre constituent des opérations imposables quand cette dernière est membre d'un groupement de personnes pouvant être considérées comme un seul assujetti à la taxe sur la valeur ajoutée.

2) Les articles 56, 193 et 196 de la directive 2006/112 doivent être interprétés en ce sens que, dans une situation telle que celle de l'affaire au principal, où l'établissement principal d'une société située dans un pays tiers fournit des services à titre onéreux à une succursale de la même société établie dans un État membre et où ladite succursale est membre d'un groupement de personnes pouvant être considérées comme un seul assujetti à la taxe sur la

valeur ajoutée dans cet État membre, ce groupement, en tant que preneur desdits services, devient redevable de la taxe sur la valeur ajoutée exigible »

L'avocat-général avait écrit dans ses conclusions «... À la lumière de ces considérations, je suis d'avis que la décision du Skatteverket admettant la succursale suédoise de Skandia America Corporation en tant que telle dans le groupement TVA de la compagnie d'assurance Försäkringsaktiebolaget Skandia (publ) est entachée d'illégalité au regard de l'article 11 de la directive TVA⁷⁴... ». La CJUE n'a pas suivi les conclusions de l'avocat-général et a dit pour droit que si un établissement principal fournit des services à une succursale qui est membre d'un groupement TVA alors cette fourniture de services est une opération taxable. Par contre, pour rappel, si un établissement principal fournit des services à une succursale qui n'est pas membre d'un groupement TVA alors cette fourniture de services est une opération interne hors champ de la TVA. La CJUE ne s'est donc pas prononcée sur la question de la territorialité du groupement TVA et n'a pas tranché entre la conception étroite et la conception large de cette dernière.

Il est important de comprendre que la Suède avait inclus le groupement TVA dans son dispositif législatif sans prévoir de mesures anti-abus telles que prévue à l'article 11 de la directive. Comme l'explique l'avocat général dans ses conclusions, le dispositif mis en place par Skandia était particulièrement intéressant puisque Skandia est active dans le secteur des assurances. Secteur où tout comme pour le secteur financier la plupart des opérations à la sortie sont exemptées.

« 56. Cependant, même si ce passage concerne la restitution de la TVA soit par déduction, soit par remboursement, et non pas la formation d'un groupement TVA, il n'autorise aucunement qu'une succursale adhère à un groupement TVA indépendamment de l'établissement principal. Il me paraît plutôt supporter la position inverse de celle soutenue par les gouvernements suédois et allemand, à savoir l'inclusion de la société entière dans le groupement TVA du fait que, à cause de son établissement stable dans l'État membre du groupement TVA, la société en cause est une «personne établie sur le territoire de ce même État membre» au sens de l'article 11 de la directive TVA.

57. Enfin, dernier élément et non des moindres, la thèse de Skandia America Corporation selon laquelle la succursale suédoise peut en tant que telle faire partie du groupement TVA

⁷⁴ CJUE ,C-7/13, conclusions, 8 mai 2014, point 60

aurait pour conséquence, en combinaison avec l'application du principe contenu dans son arrêt FCE Bank (EU:C:2006:196), que ni les prestations entre l'établissement principal américain et sa succursale suédoise ni les prestations entre cette succursale et les autres membres du groupement TVA ne seraient imposables.

58. Pareil résultat, particulièrement intéressant dans le secteur des assurances où s'applique l'exemption de la TVA prévue à l'article 135, paragraphe 1, sous a), de la directive TVA et donc l'absence de déduction, ne peut résulter que de l'application de deux règles incompatibles. La succursale ne peut à la fois constituer avec la société dont elle relève un seul agent économique aux fins de la TVA en vertu de l'arrêt FCE Bank (EU:C:2006:196) et en être séparée aux mêmes fins de la TVA en faisant partie seule d'un groupement TVA ».

Le dispositif mis en place par Skandia permettait donc d'éviter une non-déduction de la TVA qui, sans ce dispositif, aurait grevé les opérations à l'entrée. Certains experts expliquent donc que la décision de la CJUE a peut-être été en partie motivée par la préservation des intérêts du Trésor suédois.

3.5.5 Analyse du jugement intervenu dans l'affaire Skandia

Cette section n'a pas la prétention de fournir une analyse exhaustive. Néanmoins les éléments qui y sont repris devraient permettre au lecteur de comprendre qu'il faut faire preuve d'une très grande prudence quant à l'extrapolation du jugement à d'autres situations. Le lecteur intéressé par une analyse approfondie du jugement consultera le document dont la référence est « taxud.c.1(2015)3986774 – Vat Expert Group – VEG N°47 – VAT grouping and judgement in case C-7/13 (Skandia America Corp. (USA)).

Nous reprenons ci-après les principales conclusions et une solution proposée. Le groupe d'experts conclut à la page 23 que la « mise en pratique du cas Skandia soulève des problèmes majeurs et pourrait engendrer des difficultés significatives »⁷⁵. Ces dernières sont regroupées sous trois axes : incidence sur les principes de base de la Directive TVA, périmètre d'application et impact sur la conformité (pages 17 et 18).

⁷⁵ Traduction libre de la phrase « the application of the Skandia case raises important issues and could lead to significant difficulties »

1. Incidence sur les principes de base de la directive TVA

a) Principe de territorialité: une application large de Skandia fait peser le risque que les principes de territorialité et de souveraineté soient révoqués / limités. En effet, selon cette interprétation, les États membres sont tenus de respecter les règles de TVA applicables aux groupements TVA d'autres États membres, même s'ils n'ont pas mis en place de systèmes de groupement TVA eux-mêmes.

b) La question du caractère onéreux des prestations de services : l'article 2 de la directive TVA prévoit :

« 1. Sont soumises à la TVA les opérations suivantes:

.....

a) les prestations de services, effectuées à titre onéreux sur le territoire d'un État membre par un assujetti agissant en tant que tel;

... »

En considérant que les prestations de services internes - entre la succursale et son siège étranger - sont taxables, il devient nécessaire de déterminer la contrepartie / le montant imposable de ces prestations de services. Cela peut engendrer des problèmes importants, car dans le cas des prestations de services internes, il peut ne pas y avoir de lien entre la prestation de services et une règle de répartition des coûts / un caractère onéreux. Le recours aux règles en matière de prix de transfert risque de ne pas apporter une solution satisfaisante car ces dernières sont basées sur des principes différents de ceux de la TVA.

c) Risque de double imposition (indirecte) et de non-imposition involontaire: différentes interprétations de Skandia peuvent créer une double imposition lorsque l'opération est taxée par l'État membre du destinataire (règle générale B2B) mais que la déduction est refusée par l'État membre du fournisseur car ce dernier considère que l'opération est hors champ. L'inverse est également vrai de telle sorte qu'une non-imposition involontaire pourrait avoir lieu. Ce serait le cas par exemple si l'État membre du fournisseur considère l'opération comme étant imposable avec droit à déduction et si l'État membre du destinataire traite l'opération comme exonérée de TVA.

d) Violation du principe de neutralité fiscale: le principe de neutralité consistant à traiter de manière équivalentes des opérations identiques pourrait être enfreint si le traitement des transactions internes siège - succursale était imposable (lorsque la succursale fait partie d'un groupement TVA - Skandia), mais hors champ lorsque la succursale ne fait pas partie d'un groupement TVA.

e) Fournitures générées en interne: l'affaire Skandia concerne la taxation des services achetés à l'extérieur (« bought in supplies »). Cependant, la question se pose de savoir si elle s'applique également aux fournitures générées en interne (« internally generated supplies »), dont la taxation augmenterait le coût de la TVA pour les entreprises et potentiellement rendrait les entreprises européennes moins compétitives que leurs concurrents étrangers. Il est important de souligner que, dans une approche large ou étroite, les coûts de main-d'œuvre internes ne devraient pas être taxés.

2. Périmètre d'application

a) Transactions siège / succursale: la question se pose de savoir si le jugement trouve également à s'appliquer dans les situations suivantes : fournitures de services d'une succursale à son siège et/ou fourniture de services entre succursales. La question se pose également de savoir si la position de la succursale ou du siège (au sein de l'UE ou hors de l'UE) a de l'importance.

b) Fourniture de biens et d'autres services: la décision pourrait avoir une incidence sur d'autres services (par exemple, taxés en vertu d'une règle spéciale sur le lieu de fourniture, telle que l'article 47) ou sur des transactions de biens.

3. Impact sur la conformité

Les problèmes de conformité pratiques potentiels incluraient la nécessité pour un fournisseur / un client de savoir si le client / fournisseur est membre d'un groupement TVA (ce qui influencerait la facturation et le reporting), le type de groupement TVA auquel il appartient, etc. Ainsi, la décision en matière de TVA commencerait à avoir une incidence sur la réalité commerciale, ce qui ne devrait pas être le cas. Le fournisseur / client ne devrait pas avoir besoin de connaître ces informations concernant son client / fournisseur.

Les experts ne sont pas en faveur d'une interprétation large de l'arrêt Skandia (page 24) et estiment que l'interprétation doit être limitée aux faits du litige principal.

Afin d'éviter les situation de non-taxation, les experts recommandent l'introduction de dispositions anti-abus telles que prévues à l'article 11 dans les législations qui prévoient le groupement TVA (page 25) . Les experts citent notamment les mesures prévues par la Belgique (voir la section 3.5.2) et celles prévues par le Royaume-Uni (voir la section 3.5.3). Les experts ajoutent qu'il faudrait une consistance entre les mesures qui seraient prises par les pays prévoyant le groupement TVA dans leur législation.

3.5.6 Unité TVA - Répercussions de l'affaire Skandia America sur la législation belge

Suite à l'arrêt Skandia, la Belgique a aboli⁷⁶ l'article 19bis du code de la TVA. L'exposé des motifs⁷⁷ précise : « ... Dès lors, sont soumises de plein droit à la TVA, les opérations effectuées à titre onéreux (à savoir les prestations de services et les livraisons de biens) entre deux établissements d'une entreprise, à savoir, en l'occurrence, un établissement situé en Belgique et un établissement situé en dehors de la Belgique, quand un ou les deux établissements font partie, dans leur pays, d'une unité TVA, au sens de l'article 11 de la directive 2006/112/CE. Par conséquent, suite à l'arrêt C-7/13 précité, les dispositions de l'article 19bis du Code sont devenues sans objet. Il convient donc d'abroger cet article... »

Vu les précautions à prendre dans l'interprétation du jugement et la recommandation des experts de prévoir des mesures anti-abus, l'auteur de ce mémoire estime que la Belgique aurait sans doute dû faire preuve de prudence et conserver l'article 19bis.

3.5.7 Groupement TVA - Changements de législation récents au Royaume-Uni

We will end the practice of purchasing services through overseas branches to avoid UK VAT". Ces mots prononcés le 29 octobre 2018 par monsieur Philip Hammond, chancelier de

⁷⁶ La loi du 6 décembre 2015 - Loi portant abrogation de l'article 19bis du Code de la taxe sur la valeur ajoutée

⁷⁷ DOC 54 1306/001 PROJET DE LOI portant abrogation de l'article 19bis du Code de la taxe sur la valeur ajoutée

l'Échiquier, lors de son discours sur le budget⁷⁸ visent à mettre fin à la pratique qui consiste à acheter des services au travers d'établissements étrangers afin d'éviter la TVA au Royaume-Uni. Ces pratiques semblent être le fait de sociétés d'assurance et de banques basées au Royaume-Uni.

Comme nous l'avons expliqué à la section 3.5.3, il existe des mesures anti-abus dans la législation du Royaume-Uni mais il semblerait qu'elles soient sujettes à interprétation (exclusion des « overheads » notamment, abus de la notion d'établissement stable, non application en cas de montants négligeables etc.), difficiles à mettre en application et donc d'une efficacité limitée.

Il est évidemment difficile pour l'auteur de ce mémoire de trouver des informations confirmant la réalité de telles pratiques. Barclays Bank PLC fait néanmoins état à la page 52 de ses résultats financiers intermédiaires en date du 30 juin 2018 des informations suivantes : en mars 2018 HMRC a émis des remarques qui ont pour effet de retirer du groupement TVA de Barclays des filiales étrangères qui opèrent au Royaume-Uni. Ces remarques ont un effet rétroactif et, à moins qu'elles ne soient retirées, se chiffreraient en un préjudice d'environ 184 millions de livres sterling. A la demande de Barclays, HMRC effectue des vérifications supplémentaires. Si ce préjudice est confirmé, Barclays peut porter l'affaire devant la chambre fiscale du First Tier Tribunal⁷⁹.

Le Royaume-Uni a en tout cas récemment renforcé ses dispositifs anti-abus⁸⁰. La section 10.4 de la VAT Notice 700/2 clarifie entre autres les notions de siège de l'activité économique (« establishment ») et d'établissement stable (« fixed establishment »). Le lecteur trouvera également à la section 7.6 de la notice VAT 700/2, la procédure à suivre pour calculer le montant taxable. Un exemple est également fourni dans cette section.

Lorsque le groupement TVA comprend plus d'une société qui possède à la fois des sièges/établissements stables au Royaume-Uni et à l'étranger ou une société qui possède des établissements stables dans plusieurs pays, l'ensemble de la chaîne doit être prise en compte.

⁷⁸ <https://www.gov.uk/government/speeches/budget-2018-philip-hammonds-speech>

⁷⁹ Le texte complet en Anglais est : In March 2018 HMRC issued notices that have the effect of removing certain overseas subsidiaries that have operations in the UK from Barclays'UK VAT group, in which group supplies between members are generally free from VAT. The notices have retrospective effect and unless withdrawn by HMRC would correspond to assessments of approximately £184m, inclusive of interest, of which Barclays would expect to attribute an amount of approximately £130m to Barclays Bank UK PLC and £54m to Barclays Bank PLC. At Barclays' request, HMRC is conducting a further review, and if the assessments are not withdrawn Barclays is able to challenge the assessments by initiating proceedings with the First Tier Tribunal (Tax Chamber)

⁸⁰ <https://www.gov.uk/guidance/group-and-divisional-registration-vat-notice-7002#section7>, mise à jour le 19 mars 2019

Par exemple : la société A a son siège à l'étranger et possède des établissements stables au Royaume-Uni et dans 5 autres pays. Ces établissements stables fournissent des services au siège de la société A, tous ces services incluent des « bought-in » services. La société A fournit ensuite via son établissement stable dans un groupement TVA des services à la société B qui fait partie du groupement TVA. En calculant le montant à soumettre à la TVA il faut inclure le coût de toutes les prestations acquises dans tous les établissements stables de la société A situés à l'étranger.

La notice VAT 700/2 telle que mise à jour le 19 mars 2019 inclut également quelques modifications consécutives à l'arrêt Skandia. Le Royaume-Uni estime que cet arrêt n'a pas d'influence sur son dispositif législatif puisque le Royaume-Uni a une interprétation large de la territorialité de l'unité TVA. La conséquence de l'arrêt Skandia est néanmoins qu'un siège étranger ou qu'un établissement stable d'une société qui a également un siège ou un établissement stable au Royaume-Uni forme un assujetti séparé si le siège étranger fait partie d'un groupement TVA dans un état membre qui opère le groupement TVA d'une manière similaire à celle de la Suède (section 8.2).

La notice VAT 700/2 nous semble excessivement complexe. L'auteur de ce mémoire s'interroge sur la capacité de HMRC à contrôler son application.

3.6 Recours au Groupement Autonome

Dans cette section nous procédons dans un premier temps à un bref rappel concernant le groupement autonome. Dans un second temps nous présentons les arrêts récents de la CJUE. Nous concluons en analysant les conséquences de ce jugement sur le secteur bancaire et financier

3.6.1 Dispositions dans la Directive TVA et dans le Code de la TVA

Le Groupement Autonome intervient dans le cadre de l'exonération prévue à l'article 132 f) de la directive 2006/112. Cet article prévoit :

« CHAPITRE 2

Exonérations en faveur de certaines activités d'intérêt général

Article 132

1. Les États membres exonèrent les opérations suivantes:

...

f) les prestations de services effectuées par des groupements autonomes de personnes exerçant une activité exonérée ou pour laquelle elles n'ont pas la qualité d'assujetti, en vue de rendre à leurs membres les services directement nécessaires à l'exercice de cette activité, lorsque ces groupements se bornent à réclamer à leurs membres le remboursement exact de la part leur incombant dans les dépenses engagées en commun, à condition que cette exonération ne soit pas susceptible de provoquer des distorsions de concurrence;

... »

Cet article est transposé à l'article 44, § 2bis, du Code de la TVA. La portée de l'exemption des prestations fournies à leurs membres par des groupements autonomes est détaillée dans la Circulaire AGFisc N° 31/2016 (n° E.T. 127.540) dd. 12.12.2016.

«... Le groupement autonome est constitué par et se compose de personnes physiques ou morales (les membres). Chaque membre exerce de manière habituelle une activité qui est exemptée en vertu de l'article 44 du Code de la TVA ou pour laquelle ce membre n'a pas la qualité d'assujetti à la TVA. Les opérations exemptées ou les opérations pour lesquelles les membres n'ont pas la qualité d'assujetti à la TVA doivent représenter une part prépondérante des activités des membres... L'objectif de l'exemption pour des prestations de services déterminées fournies par un groupement autonome consiste à instituer une exemption de la TVA pour éviter que la personne qui offre certains services soit soumise au paiement de la TVA alors qu'elle a été amenée à collaborer avec d'autres professionnels à travers une structure commune prenant en charge des activités nécessaires à l'accomplissement desdits services (voir Cour de Justice européenne, arrêt Stichting Centraal Begeleidingsorgaan voor de Intercollegiale Toetsing, affaire C-407/07, du 11.12.2008, point 37)....» .

Avant les récents arrêts de la CJUE présentés à la section suivante, rien n'empêchait donc l'utilisation du groupement autonome dans le secteur bancaire et financier puisque ce dernier réalise de manière prépondérante des opérations bancaires et financières exemptées.

Le groupement autonome soulève néanmoins de nombreuses questions pratiques. Ces dernières sont analysées, notamment, dans le document « Scope of the exemption for cost-sharing arrangements: a further analysis (II) »⁸¹. Nous n’analyserons pas en détail ces questions pratiques puisque comme nous ne le verrons plus tard le groupement autonome n’a plus de raison d’être dans le secteur bancaire et financier.

3.6.2 Arrêts récents de la CJUE

Dans son arrêt du 21 septembre 2017 concernant l’affaire « DNB Banka »⁸², la CJUE a dit pour droit « *L’article 132, paragraphe 1, sous f), de la directive 2006/112/CE du Conseil, du 28 novembre 2006, relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée, doit être interprété en ce sens que l’exonération prévue à cette disposition ne vise que les groupements autonomes de personnes dont les membres exercent une activité d’intérêt général mentionnée à l’article 132 de cette directive et que, partant, les services rendus par un groupement, dont les membres exercent une activité économique dans le domaine des services financiers qui ne constitue pas une telle activité d’intérêt général, ne bénéficient pas de cette exonération.* »

Les services rendus par un groupement, dont les membres exercent une activité économique dans le domaine des services financiers ne bénéficient pas de l’exonération prévue à l’article 132, paragraphe 1, sous f) puisque ce domaine ne constitue pas une activité d’intérêt général. La Cour précise néanmoins que l’arrêt ne peut s’appliquer ni aux périodes fiscales qui sont définitivement clôturées, ni aux périodes fiscales qui ne sont pas définitivement clôturées (points 40 et 41 de l’arrêt).

La CJUE a rendu un arrêt similaire pour l’activité économique dans le secteur des assurances.⁸³

⁸¹ Scope of the exemption for cost-sharing arrangements: a further analysis (II), 30 septembre 2015, Value Added Committee, taxud.c.1(2015)4500631 – EN

⁸² CJUE, C-326/15, « DNB Banka » AS contre Valsts ierņēmumu dienests, 21 septembre 2017

⁸³ CJUE, C-605/15, Minister Finansów contre Aviva Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie S.A. w Warszawie, 21 septembre 2017

3.6.3 Conséquences en droit belge

Le 21 septembre 2017 le ministère des finances a publié le communiqué suivant⁸⁴ :

*« GROUPEMENTS AUTONOMES DE PERSONNES DANS LE SECTEUR FINANCIER :
IMPACT DES ARRÊTS DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE SUR LA
RÉGLEMENTATION ACTUELLE*

L'article 44, § 2bis, du Code de la TVA prévoit une exemption de la TVA, dans des conditions précises, pour les prestations de services fournies, à leurs membres, par les groupements autonomes de personnes. Cette exemption est commentée dans la circulaire AGFisc n° 31/2016 (n° E.T. 127.540) du 12 décembre 2016.

Le 21 septembre 2017, la Cour de Justice de l'Union Européenne a décidé que les prestations de services des groupements autonomes de personnes, dont les membres exercent une activité économique dans le domaine des services financiers, ne peuvent pas bénéficier de l'exemption précitée (arrêt C-326/15 - DNB Banka contre le service de taxation letton et arrêt C-605/15 - Ministre des Finances contre Aviva Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie S.A. w Warszawie).

L'Administration générale de la Fiscalité a pris connaissance des arrêts précités et examine actuellement les conséquences possibles de ces arrêts sur la réglementation belge existante, en matière d'exemption de la TVA à l'égard des prestations de services, fournies à leurs membres, par des groupements autonomes de personnes, tel que prévue à l'article 44, § 2bis, du Code de la TVA

Une position officielle suivra ultérieurement. »

A notre connaissance la situation n'a pas évolué depuis cette date.

⁸⁴ <https://finances.belgium.be/fr/Actualites/groupements-autonomes-de-personnes-dans-le-secteur-financier-impact-des-arr%C3%AAts-de-la-cour>

3.6.4 Conséquences pour le secteur bancaire et financier

Le 18 avril 2018, l'European Banking Federation (**ci-après « EBF »**) a adressé une lettre⁸⁵ à la DG TAXUD⁸⁶. L'EBF déplore que les arrêts cités ci-avant à la section 3.6.2 vont engendrer une augmentation significative du coût de la fourniture de services entre entreprises actives dans le secteur financier et dans le secteur des assurances, dès lors que la TVA va désormais grever ces services et que ces entreprises disposent généralement d'un droit limité à la déduction. En conséquence, les banques seront confrontées à l'impossibilité de pouvoir externaliser des fonctions sans friction TVA, ce qui soulève de sérieux problèmes en termes d'agilité organisationnelle ou de mise en place de synergies. Il faut également garder à l'esprit que de nombreuses institutions financières européennes, confiantes en la légalité du régime du Groupement Autonome, ont organisé la fourniture de ces services (y compris le personnel d'externalisation) en utilisant ce régime spécifique. Dans de nombreux cas, la restructuration ne sera ni possible ni réalisable. Ce problème est d'autant plus regrettable que la digitalisation de l'économie exige des entreprises qu'elles adoptent des structures plus agiles.

L'EBF rappelle que l'objectif principal pour une banque, lors de la création d'un Groupement Autonome, est de permettre des économies d'échelle dans un environnement neutre en matière de TVA afin de pouvoir relever les défis d'une économie en constante mutation. A cet égard, la possibilité de mutualiser certaines ressources (à savoir administratives, organisationnelles, etc.) dans un Groupement Autonome, sans être exposé à une TVA supplémentaire est un élément clé pour assurer des conditions de concurrence équitables entre petits et grands acteurs du secteur financier.

Pour l'EBF il est capital de maintenir le régime du Groupement Autonome dans le secteur financier et des assurances. Il est donc indispensable de modifier la directive TVA dans ce sens.

3.7 Opérations réalisées par et au travers de plateformes informatiques

Nous allons exposer dans cette section l'affaire « BlackRock Investment Management(UK) Ltd versus HMRC » (ci-après l'« **affaire Blackrock** »). Cette affaire en cours devant les tribunaux

⁸⁵ https://www.ebf.eu/wp-content/uploads/2018/04/EBF_032026-EBF-letter-on-Call-for-amendment-of-EU-VAT-Directive-re-services-supplied-by-IGP-2.pdf

⁸⁶ Ce service de la Commission est responsable des politiques de l'UE concernant la fiscalité et les douanes.

du Royaume-Uni est révélatrice de la difficulté de circonscrire les exemptions en lien avec les opérations bancaires et financières lorsque ces opérations sont réalisées via des plateformes informatiques. Il est intéressant de noter qu'en raison de la digitalisation galopante des opérations bancaires et financières la plupart des opérations sont déjà réalisées via de telles plateformes.

Blackrock est le membre représentant d'un groupement TVA au Royaume-Uni qui inclut deux autres sociétés actives dans la gestion de fonds de placement. Blackrock et ces deux sociétés sont dénommées ci-après les « **Aladdin Recipients** » Blackrock reçoit des fournitures de service, effectuées par et à travers une plateforme connue sous le nom de Aladdin. Les Aladdin Recipients utilisent ces services pour gérer à la fois des fonds communs de placement qui tombent dans le champ de l'exemption prévue à l'article 135, paragraphe 1, sous g) de la directive 2006/112/CE (**dénommés ci-après « SIFs⁸⁷ »**) et d'autres fonds hors champ de cette exemption (**dénommés ci-après « non-SIFs »**). Les clients des Aladdin Recipients peuvent être regroupés en deux catégories principales : les investisseurs institutionnels et les fonds communs de placement.

Le nœud gordien de l'affaire est de savoir si Blackrock doit auto-liquider la TVA sur la fourniture des services Aladdin, services fournis par Blackrock Financial Management Inc (« BFMI »). BFMI est une société basée aux Etats-Unis qui fait partie du même groupe commercial que Blackrock. BFMI fournit également des également des services Aladdin à d'autres gestionnaires de fonds qui ne font pas partie du Groupement TVA Blackrock.

Les services Aladdin sont fournis par BFMI aux Aladdin Recipients suivant le « Aladdin License and Services Agreement » régi par la loi de l'état de New-York. Selon cet accord, les Aladdin Recipients obtiennent de BFMI une licence pour le logiciel Aladdin ainsi que la capacité d'utiliser les fonctionnalités du logiciel Aladdin, l'hébergement et des services auxiliaires. Il s'agit d'une fourniture Software As A Service (SAAS).

BlackRock avait auto-liquidé TVA sur les services Aladdin. Le 2 mai 2012, BlackRock a demandé un ruling à HMRC pour confirmer que BlackRock ne devait pas auto-liquider la TVA sur la fourniture des services Aladdin. Cette demande s'appuyait sur les arguments suivants :

⁸⁷ Special Investment Funds

- 1) Lorsque les Aladdin Recipients utilise les services Aladdin pour gérer des SIFs, les services Aladdin sont exemptés en vertu de l'article 135, paragraphe 1, sous g) de la directive 2006/112/CE ; et
- 2) Lorsque les Aladdin Recipients utilise les services Aladdin pour gérer des non-SIFs, la TVA que les Aladdin Recipients devraient auto-liquider seraient redevables serait directement en relation avec des fournitures taxables en amont, de telle sorte que la TVA auto-liquidée serait immédiatement récupérée.

Le 24 juillet 2013 BlackRock a introduit une réclamation pour récupérer la TVA comptabilisée durant la période du 1 janvier 2010 au 31 mars 2013. Le 30 août 2013 HRMC a refusé l'exemption et a rejeté la réclamation de BlackRock.

BlackRock a fait appel devant le First-Tier Tribunal TAX CHAMBER (ci-après « FTT »). BlackRock a également introduit un second appel concernant la période du 1 avril 2013 au 30 septembre 2016.

Le FTT a rendu son jugement le 15 août 2017⁸⁸. Le FTT devait trancher 2 questions :

- (a) La question de l'exemption : à savoir si les services Aladdin correspondaient à la gestion telle que prévue par l'article 135, paragraphe 1, sous g)
- (b) La question de la répartition : à supposer que les services Aladdin correspondaient bien à la gestion telle que prévue par l'article 135, paragraphe 1, sous g), ne faudrait-il pas tenir compte du fait que ces services sont utilisés pour gérer des SIFs et des non-SIFs pour réduire le montant à auto-liquider.

A la question de l'exemption le FTT a répondu que les services Aladdin correspondaient bien à la notion de gestion telle que prévue par l'article 135, paragraphe 1, sous g). A la question de la répartition, le FTT a répondu qu'il n'y avait qu'une seule fourniture de services ('Single Supply') et que l'entièreté de la fourniture des services Aladdin devait être taxée (peu importe qu'elle soit utilisée pour gérer des SIFs et des non-SIFs puisque la majorité des fonds gérés étaient des non-SIFs).

BlackRock a fait appel de cette décision devant l'UPPER TRIBUNAL TAX AND CHANCERY CHAMBER, (ci-après « UT »). L'appel porte sur la décision prise concernant la question de la répartition. Après un examen approfondi de la jurisprudence de la CJUE, L'UT

⁸⁸ Pour le jugement consulter Decision Number: TC 06069 du 15 août 2017 disponible sur <http://financeandtax.decisions.tribunals.gov.uk/Aspx/default.aspx>

n'est pas parvenu à trancher la question. Le 20 décembre 2018, L'UT a décidé de surseoir à l'appel et de poser une question préjudicielle à la CJUE (voir les points 97⁸⁹, 98 et 99 du jugement⁹⁰)

BlackRock, Inc. est une société de gestion de placements de premier plan cotée en bourse qui gèrait des actifs pour un montant de 6 628 milliards de dollars au 31 décembre 2017. On peut donc supposer que l'affaire en cours devant les tribunaux du Royaume-Uni concerne des montants substantiels.

⁸⁹ « We therefore conclude that it is arguable that Article 135.1(g), properly construed, permits an apportionment of the consideration for a single supply of management services as between the use of those services for the management of SIFs and non-SIFs respectively, and that in consequence that single supply will effectively be bifurcated into two elements, one exempt and one taxable. It is, however, equally arguable that such an apportionment cannot apply, and that the single supply should be taxed according to its predominant or principal use, whether that is use in the management of SIFs or non-SIFs »

⁹⁰ Disponible sur <https://www.gov.uk/tax-and-chancery-tribunal-decisions/blackrock-investment-management-uk-ltd-v-the-commissioners-for-hm-revenue-and-customs-2018-ukut-0415-tcc>

4 Conclusions générales et recommandations

Dans ce chapitre nous analysons les conséquences négatives des dispositions actuelles en matière de TVA sur les opérations bancaires et financières. Notre conclusion générale est que les dispositions actuelles ne sont plus viables.

Il faut dès lors entamer le plus rapidement possible une réforme de celles-ci, notamment en raison de l'insécurité juridique actuelle. Notre recommandation principale est la suppression des exemptions. Nous présentons ensuite brièvement une série de recommandations connexes.

4.1 Conclusion générale : les dispositions actuelles ne sont plus viables

Notre opinion est que les dispositions actuelles ne sont plus viables.

De manière plus spécifique nous avons catégorisé les problèmes comme suit :

1. Perte d'efficacité et position concurrentielle défavorable
2. Périmètre des exemptions
3. Décalage vis-à-vis de la réalité des opérations bancaires et financières
4. Difficultés liées à la déduction et au prorata
5. Mise en péril de la neutralité TVA
6. Utilisation de plateformes informatiques
7. Insécurité juridique
8. Capacité de l'autorité à contrôler

Ces problèmes sont le reflet des analyses effectuées aux précédents chapitres de ce mémoire

Notre opinion semble rejoindre celui du VAT Expert Group émis en mars 2019⁹¹.

⁹¹ VAT Expert Group, VEG N°82, update on the state of play of financial and insurance services and their VAT treatment disponible sur CIRCABC sous Bibliothèque > 3. VAT EXPERT GROUP (VEG) > 22nd MEETING 01-04-2019

4.1.1 Perte d'efficacité et position concurrentielle défavorable

La plupart des opérations bancaires et financières sont exonérées en vertu de l'article 135, paragraphe 1, b) à g) de la directive TVA. Ces exemptions datent de 1977 et n'ont plus évolué depuis lors. Ces exemptions reflètent la manière dont les Etats Membres traitaient les opérations bancaires et financières avant 1977. La section 6.1.1 qui fait partie de l'annexe I reprend les raisons pour lesquelles le législateur belge a dès la mise en place de la TVA en 1970 exonéré la plupart des opérations bancaires et financières. La section 6.2 reprend quelques éléments de la jurisprudence de la CJUE en lien avec la justification de ces exonérations. Les exonérations furent justifiées par des arguments d'ordre technique (difficulté de déterminer la base d'imposition) et des arguments d'ordre économique (crainte d'une augmentation du coût du crédit pour les particuliers et les organismes publics).

Les assujettis qui réalisent des opérations bancaires et financières exemptées ne peuvent déduire la TVA sur les opérations en amont en relation avec ces opérations exemptées. Cette TVA irrécupérable ou non déductible représente un coût pour ces assujettis, parfois appelé « rémanence TVA ». La TVA irrécupérable par le secteur bancaire au Royaume-Uni est estimée à 4 milliards £ par an⁹². Quant à la France, la rémanence était estimée à 9 milliards € par an⁹³ pour le secteur financier, dont les deux tiers pour le secteur bancaire. Une extrapolation à l'Union Européenne mènerait sans doute à un montant de TVA irrécupérable de plusieurs dizaines de milliards d'euros par an. A notre connaissance la Commission Européenne n'a jamais publié de chiffres officiels concernant cette rémanence TVA sur les opérations bancaires et financières. Cette rémanence a deux effets négatifs au niveau économique. Premièrement en augmentant le coût, entre autres, de l'outsourcing et des biens d'investissements, cette taxation réduit donc les possibilités pour les assujettis de choisir le modèle d'organisation qui, d'un point de vue économique, leur convient le mieux. Ceci a pour effet de réduire l'efficacité du secteur financier. Deuxièmement, elle place le secteur bancaire et financier de l'Union Européenne dans une situation concurrentielle désavantageuse vis-à-vis des pays où il n'y a pas de TVA ou des pays où il y a une TVA mais à un taux moins élevé.

⁹² Total Tax Contribution of the UK Banking Sector, a publication prepared by PwC for the British Bankers Associations, September 2015, page 9

⁹³ Conseil des prélèvements obligatoires, Les prélèvements obligatoires et les entreprises du secteur financier, Synthèse, 2013, page 17

Les assujettis qui réalisent des opérations bancaires et financières ont tenté de diminuer cette rémanence en ayant recours au Groupement TVA ou au Groupement Autonome. Nous avons couvert ces stratégies au chapitre 3 de ce mémoire. Le recours au Groupement TVA dans le but de contourner la non-déduction a été remis en question par l'arrêt Skandia en septembre 2014 (voir la section 3.5 de ce mémoire). Le recours au Groupement TVA n'est plus possible (voir la section 3.6 de ce mémoire) depuis les arrêts de septembre 2017 de la CJUE. Nous avons également évoqué la stratégie du VAT offshore looping. Des adaptations à la législation TVA du Royaume-Uni ont eu lieu (secteur des assurances) ou sont encore prévues (secteur financier) pour empêcher cette stratégie (voir la section 3.4.2 de ce mémoire).

4.1.2 Périmètre des exemptions

L'interprétation des exemptions à l'article 135, paragraphe 1, b) à g) de la directive TVA est complexe. Nous avons analysé le cas de la gestion des Fonds Communs Placements au chapitre 2 de ce mémoire. Nous pourrions encore citer de nombreux autres cas évoqués devant la CJUE. Les exemptions pour les services d'intermédiation soulèvent également de nombreuses questions.

Il y a en outre un risque que les Etats Membres interprètent les exemptions de manière différente ce qui n'est pas sans poser de soucis pour les opérations transfrontalières.

Une étude⁹⁴ de PricewaterhouseCoopers (**ci-après « PwC »**) concernant l'origine des affaires portées devant la CJUE montre que 19% de ces affaires sont en lien avec des problématiques d'exemption. Ces affaires touchent bien évidemment d'autres domaines que les opérations bancaires et financières. Néanmoins elles sont révélatrices de ce que les exemptions entraînent un contentieux juridique important.

4.1.3 Décalage vis-à-vis de la réalité des opérations bancaires et financières

La formulation des exemptions dans la directive TVA n'a plus évolué depuis quarante ans. Durant cette période, les opérations bancaires et financières ont quant à elle subi des évolutions

⁹⁴ Voir la diapositive 49 du cours « VAT Course – LLN – UCL – 27 April 2018 »

conséquentes : informatisation galopante, apparition des fintechs et disparition annoncée des banques traditionnelles, nouveaux instruments financiers comme par exemple les produits dérivés⁹⁵ ou encore des nouvelles pratiques comme le crowdfunding. Les exemptions ne sont plus adaptées aux opérations bancaires et financières telles que pratiquées en 2019.

4.1.4 Difficultés liées à la déduction et au prorata

La plupart des assujettis qui réalisent des opérations bancaires et financières sont des assujettis mixtes qui n'ont qu'un droit limité à déduction. Le raisonnement suivi par la CJUE dans les arrêts *Crédit Lyonnais* (voir 3.2.3) et *Morgan Stanley* (voir 3.3.3) pour établir ce droit à déduction est construit de manière ordonnée. Néanmoins sa mise en pratique rend le calcul de la déduction TVA particulièrement complexe, en particulier lorsqu'elle implique un siège et une ou plusieurs succursales dans d'autres pays que le siège. Le calcul de la déduction de la TVA pour les assujettis mixtes est non seulement un casse-tête pour l'assujetti mais aussi pour les services de la TVA qui doivent en contrôler l'application correcte.

La même étude de PwC concernant l'origine des affaires portées devant la CJUE montre que 18% des affaires sont en lien avec des problématiques de déduction. Ces affaires touchent bien évidemment d'autres domaines que les opérations bancaires et financières. Néanmoins elles sont révélatrices de ce que le droit à déduction entraîne un contentieux juridique important. Et donc plus simples sont les mécanismes de déduction moins il devrait y avoir de contentieux juridiques. Ce qui n'est pas le cas pour les opérations bancaires et financières en raison des exemptions.

4.1.5 Mise en péril de la neutralité TVA

Les différentes mises en œuvre de l'option de taxer⁹⁶ par les états membres, les différentes interprétations des exemptions ainsi que les différentes mises en œuvre du groupement TVA peuvent créer des distorsions de concurrence en permettant des traitements différenciés du droit

⁹⁵ Voir à ce sujet la question parlementaire P-5834/09 du 19 novembre 2009 au Parlement Européen posée par Louis Michel concernant l'exonération de la TVA sur les produits dérivés

⁹⁶ Pour l'option de taxer se référer à la section 6.2

à déduction. La déduction serait plus élevée dans un pays que dans un autre. Ce traitement TVA plus favorable dans un pays pourrait donc inciter des assujettis réalisant des opérations bancaires et financières à privilégier un pays plutôt qu'un autre pour réaliser ces opérations.

4.1.6 Utilisation de plateformes informatiques

Comme nous l'avons illustré la section 3.7, la fourniture de services bancaires et financières via des plateformes informatique peut rendre l'identification des opérations exemptées complexe voire impossible.

4.1.7 Insécurité juridique

Après lecture de ce qui précède, il est clair que les dispositions actuelles ne sont plus viables. De plus une grande insécurité juridique règne. Celle-ci trouve son origine dans différentes problématiques que nous énumérons ci-dessous :

- 1) L'utilisation du groupement autonome pour les activités bancaires et financières est désormais interdite par la CJUE. Par contre les législations nationales n'ont pas encore été adaptées.
- 2) L'interprétation des exemptions est complexe et il y a un risque que les Etats Membres n'aient pas la même interprétation des exemptions.
- 3) Au niveau de la déduction, les législateurs semblent privilégier le prorata au détriment de l'affectation réelle. Alors que cela devrait être le contraire. Voir notamment la section 3.2.4).
- 4) Les dispositions nationales en matière de groupement TVA ne sont pas harmonisées et soulèvent de nombreuses questions notamment au niveau des relations siège-succursale (voir la section 3.5.5).
- 5) Au niveau belge les récentes adaptations législatives au niveau de la gestion des fonds (voir la section 2.4.2) et au niveau de l'Unité TVA (voir la section 3.5.6) ne nous semblent pas apporter la sécurité juridique requise. Au niveau du Royaume-Uni les règles anti-abus au niveau du groupement TVA sont excessivement complexes.

- 6) Il n’y a pas de possibilité de négocier des « rulings » transfrontaliers (en Anglais « cross-border rulings »). Nous développerons quelque peu ce point dans la section couvrant les recommandations.

4.1.8 Capacité de l’autorité à contrôler

Au vu de ce qui précède on peut également se poser la question de la capacité des autorités fiscales à contrôler la juste perception de la TVA sur les opérations bancaires et financières

4.2 Recommandations

4.2.1 Recommandation principale : la suppression des exemptions

Plusieurs solutions – dont notamment supprimer les exemptions uniquement pour les prestations B2B ou rendre le dispositif du groupement TVA obligatoire dans chaque pays et permettre aux groupements TVA de s’étendre sur plusieurs pays - sont proposées par les experts pour pallier les problèmes liés à la TVA sur les opérations bancaires et financières dans sa forme actuelle. Notre opinion est que ces solutions resteront complexes, soulèveront toujours des questions d’interprétation et ne faciliteront pas les mécanismes de déduction.

La suppression des exemptions nous semble être la seule piste réaliste pour résoudre définitivement les problèmes. Cette suppression soulève néanmoins des questions d’ordre technique et des questions d’ordre économique ou politique. L’objectif de ce mémoire n’est pas de répondre à ces questions. Nous nous limiterons donc à évoquer celles-ci. L’approfondissement de ces questions devrait faire l’objet de mémoires ou de recherches ultérieures.

La principale question d’ordre technique est la détermination de la base d’imposition, comme par exemple pour les crédits à la clientèle ou les activités dans le marché interbancaire. La littérature comprend de nombreux articles sur la manière de déterminer la base d’imposition des opérations bancaires et financières. L’article “A new method for applying VAT to financial

services”⁹⁷ expose les différentes méthodes possibles (voir le tableau 6 à la page 174 de cet article). Une méthode originale est présentée dans cet article : la « Mobile-Ratio Method ». Selon les auteurs de cet article, la « Mobile-Ratio Method » est la première méthode permettant de prélever la TVA sur les services financiers, une méthode qui permet de taxer tous les services financiers, y compris ceux fournis par les entreprises qui ne font pas à proprement parler partie du secteur bancaire et financier.

Nous ne doutons pas qu’il soit possible de déterminer une base imposable pour les services bancaires et financiers. Il est intéressant de noter que la matière est de mieux en mieux « cartographiée » suite aux différentes directives européennes (MIFID, AIFM, OPCVM etc.). Les obligations de rapportage qu’elles imposent permettent d’avoir une vue quasi exhaustive de toutes les opérations bancaires et financières. Ces obligations de rapportage et l’informatisation du secteur bancaire et financier permettent, à notre avis, de désormais de lever les obstacles techniques qui avaient mené aux exemptions de la plupart des opérations bancaires et financières lors de la genèse de la TVA.

La principale question d’ordre économique ou politique est le risque d’augmentation du prix des services financiers suite à la soumission à la TVA de ces derniers. Cette question se pose plus particulièrement pour les services B2C. Comme nous l’avons expliqué plus haut, le secteur bancaire et financier supporte actuellement des surcoûts liés à la rémanence TVA. La suppression de cette dernière devrait permettre au secteur bancaire et financier de ne pas augmenter le prix de ses services B2C.

4.2.2 Recommandations connexes

Outre la suppression des exemptions, il nous semble aussi opportun d’évoquer deux recommandations connexes. La première recommandation concerne la mise en place d’opinions administratives anticipées en matière de TVA dans des situations transfrontières (en anglais « VAT Cross Border Rulings (CBRs) »). Ce régime permet aux assujettis d’obtenir des opinions administratives anticipées (« EU VAT Cross border Rulings » ou CBR) sur le régime de la TVA applicable à des transactions transfrontières complexes. Nous pensons notamment aux transactions entre une succursale et son siège, lorsque ces derniers sont situés dans deux

⁹⁷ National Tax Journal, March 2018, 71 (1), 155–182

pays différents, ou encore aux transactions entre une succursale et un autre assujetti faisant partie d'un groupement TVA. Un projet pilote⁹⁸ a été démarré par la Commission Européenne.

Notre deuxième recommandation est de décloisonner la directive TVA et d'y intégrer des notions désormais clairement définies par d'autres directives, notamment celles qui régulent le secteur bancaire et financier et les instruments financiers.

⁹⁸ Voir notamment https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/vat/vat-cross-border-rulings-cbr_fr

5 Bibliographie

Toutes nos références sont reprises en notes de bas de pages. Nous reprenons dans la bibliographie une partie de celles-ci de manière structurée.

Monographies

BOUDGHENE, Y. et DE KEULENEER, E. , *Pratiques et techniques bancaires*, Bruxelles, larcier business, 2^o éd., 2017

DAVREUX, J.-P. et VAN LIERDE, M. , *Le guide pratique de la T.V.A en Belgique : commentaires des textes législatifs arrêtés au 1^{ier} décembre 1970*, Verviers, Gérard, 1970

GAMITO, P. et KIRSCH, S. , *La TVA sur les opérations bancaires et financières*, Limal, Anthémis, 2017

GHYSBRECHT, J. et MAES, J. , *Le code de la taxe sur la valeur ajoutée et ses arrêtés d'exécution commentaire législatif*, Bruxelles, Bruylant, 1971

RIVERA, E. et SOLDAL, A. , *Manuel TVA*, Limal, Anthémis, 3^o éd., 2015

VAN CAUBERGH, P.-O., *La fiscalité des fonds d'investissement en Belgique*, Limal, Anthémis, 2019

Articles

COUPE, L., et DALE, S., « Les aspects TVA des relations siège-succursales », *options finance*, octobre 2014

FERON, Y., « TVA. Après Le Crédit Lyonnais, Morgan Stanley : faut-il fermer toutes les succursales françaises ? », *Droit fiscal*, 2015, n° 16, comm. 273

LOPEZ-LABORDA, J., et PENA, G., « A new method for applying VAT to financial services », *National Tax Journal*, March 2018, 71 (1), 155–182

MASSIN, Y., « Succursale travaillant pour le siège : la déduction TVA devient un casse-tête », *Le fiscologue*, 2019, n° 1599, p.4

WATTIAUX, S., « Immobilier et titrisation », *jurim pratique, revue pratique de l'immobilier* 3/2017

Références « internet »

Jugements de la Cour de Justice de l'Union Européenne

Les jugements référencés ci-dessous sont disponibles sur le site internet de la Cour de Justice de l'Union Européenne https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/fr/

C-8/03	BBL	21 octobre 2004
C-210/04	FCE BANK	23 mars 2006
C-169/04	Abbey National	4 mai 2006
C-44/11	Deutsche Bank	19 juillet 2012
C-275/11	GfBk	7 mars 2013
C-424/11	Wheels Common Investment Fund Trustees e.a.	7 mars 2013
C-388/11	Le Crédit Lyonnais	12 septembre 2013
C-464/12	ATP PensionService	13 mars 2014
C-7/13	Skandia America (USA), filial Sverige	17 septembre 2014
C-595/13	Fiscale Eenheid X	9 décembre 2015
C-326/15	DNB Banka	21 septembre 2017
C-605/15	Aviva	21 septembre 2017
C-165/17	Morgan Stanley & Co International	24 janvier 2019

Publications du Comité de la TVA

Les publications référencées ci-dessous sont disponibles sur le site internet CIRCABC de la Commission Européenne

<https://circabc.europa.eu/faces/jsp/extension/wai/dialog/container.jsp>

taxud.c.1(2015)4389038 – EN	CJEU Case C-7/13 Skandia America: VAT grouping – the point of view of the VAT Expert Group	22 septembre 2015
taxud.c.1(2017)6168695 – EN	Scope of the exemption for the management of special investment funds	9 novembre 2017
taxud.c.1(2019)1974932 – EN	GFV N° 087 Update on the state of play of financial and insurance services and their VAT treatment	15 mars 2019

Jugements des cours et tribunaux du Royaume-Uni

Les jugements référencés ci-dessous sont disponibles sur le site internet

<http://financeandtax.decisions.tribunals.gov.uk/Aspx/default.aspx>

TC06306	Hastings Insurance Services Limited	19 janvier 2018
TC 06069	Blackrock Investment Management (UK) Ltd	15 aout 2017

Enfin BlackRock Investment Management (UK) Ltd v The Commissioners for HM Revenue and Customs: [2018] UKUT 0415 (TCC), 20 décembre 2018 est disponible sur

<https://www.gov.uk/tax-and-chancery-tribunal-decisions/blackrock-investment-management-uk-ltd-v-the-commissioners-for-hm-revenue-and-customs-2018-ukut-0415-tcc>

6 Annexe I : Le périmètre des opérations bancaires et financières du point de vue de la TVA

La TVA a été instaurée en Belgique par la loi du 3 juillet 1969 créant le Code de la taxe sur la valeur ajoutée. Elle est d'application depuis le 1 janvier 1971. Il existait auparavant une « taxe de transmission » qui fonctionnait comme un « impôt en cascade », dont l'application entraînait des distorsions au niveau du commerce national et international. Des taxes similaires existaient dans d'autres pays européens. Ces taxes n'étaient pas conformes au Traité de Rome de 1957. Il fut donc décidé au niveau européen de les supprimer au profit d'un régime commun TVA dont la caractéristique principale est la neutralité fiscale.

« La TVA est une taxe indirecte et unique à la consommation, proportionnelle au prix des biens et des services, et acquittement par paiements fractionnés à chaque stade de la consommation. La TVA est, en principe, neutre et transparente. L'assujetti à la TVA est en effet un collecteur d'impôts qui n'est pas supposé supporter la TVA. A chaque transaction, la TVA due au Trésor se calcule sur le prix de vente du bien ou la contrepartie de la prestation de services en déduisant de celle-ci la TVA ayant grevé tous les biens et services utilisés par l'assujetti dans le cadre de son activité économique. Dès lors, du point de vue de l'assujetti, la TVA n'est pas un élément du prix de revient. Il existe toutefois de nombreuses exceptions au droit à déduction de la TVA supportée en amont. Les paiements fractionnés, à chaque stade du circuit commercial, sont une avance faite à l'Etat sur la somme qui lui revient lors de la consommation finale. A priori, la TVA est une taxe dont le principe est simple en apparence, mais dont l'application concrète peut être extrêmement complexe »⁹⁹

La TVA touche en principe toutes les livraisons de biens corporels et toutes les prestations de services. Ces dernières comprennent, conformément à l'article 18, §1, al.2, 13° du Code de la tva, les prestations bancaires et financières.

Dans cette section nous présentons la notion de « prestations bancaires et financières » et nous reprenons les principales modifications législatives en rapport avec la TVA sur les prestations bancaires et financières. *« Les pays de l'UE mettent en œuvre, dans leur législation nationale, les règles communes fixées dans la directive TVA. L'application concrète et les pratiques*

⁹⁹ Manuel Tva page 13, Emmanuel Rivera Aurélie Soldai, 3ième édition, Anthemis

*administratives de chaque pays de l'UE peuvent donc varier. »*¹⁰⁰. L'examen de l'évolution de la législation belge se fera donc à la lueur des évolutions de la directive TVA.

Nous explicitons également les raisons pour lesquelles la majorité des prestations bancaires et financières furent d'emblée exemptées par le législateur.

6.1 La loi du 3 juillet 1969

*« Au cours de sa session du 11 avril 1967, le Conseil des Communautés européennes a adopté deux directives (v. annexes I et II) qui prescrivent de remplacer les système de taxes sur les affaires en vigueur dans chacun des pays de la C.E.E. par un système commun de taxe sur la valeur ajoutée à mettre en application au plus tard le 1^{er} janvier 1970 »*¹⁰¹. Ces deux directives sont la première directive du conseil du 11 avril 1967 en matière d'harmonisation des législations Etats membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires (67/227/CEE) et la deuxième directive du conseil du 11 avril 1967 en matière d'harmonisation des législations des Etats membre relative aux taxes sur le chiffre d'affaires – Structure et modalités d'application du système commun de taxe sur la valeur ajoutée (67/228/CEE)

La loi belge du 3 juillet 1969 créant le Code de la taxe sur la valeur ajoutée a été publiée au Moniteur Belge du 17 juillet 1969. Son entrée en vigueur a été reportée du 1^{er} janvier 1970 au 1^{er} janvier 1971 par une loi du 19 décembre 1969. Elle a été modifiée par une loi du 26 mars 1971.

Le document 88/1 dont référence plus haut précise en ses pages 8 et 9 *« Les prestations de services doivent, en principe, être frappées de la taxe tout comme les livraisons de biens, car les services ont une part de plus en plus grande dans l'activité économique et ils jouent un rôle important dans la fabrication et la distribution des produits. La taxation des services respecte mieux la neutralité dans la concurrence. Elle permet aussi d'éviter de nombreuses difficultés techniques d'application, telles que le calcul dans les entreprises fournissant à la fois des biens et des services, du prorata des déductions à opérer (v. ci-après le commentaire des articles 45 à 49). Du reste la taxation des services n'a pas pour effet d'augmenter la charge fiscale des produits dans la fabrication ou la distribution desquels ils interviennent, puisque l'assujetti*

¹⁰⁰ Extrait de https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/vat/what-is-vat_fr

¹⁰¹ Page 4 du Projet de loi créant le Code de la taxe sur la valeur ajoutée, document 88/1, chambre des représentants, session extraordinaire 15 octobre 1968

peut imputer sur les taxes dues sur ses ventes, celles qu'il a acquittées pour les services qui lui ont été fournis. Cependant sur le plan communautaire, la taxation ne s'impose que pour les services dont le coût influe sur le prix de revient des marchandises. Ce sont ces services et eux seuls qui en vertu de la deuxième directive (v. l'art. 6,2. et l'annexe B), sont obligatoirement assujettis sur la valeur ajoutée. Quant aux services que les Etats ont la faculté d'imposer ou non, le Gouvernement estime qu'ils doivent être en principe imposés. Des exceptions sont toutefois prévues dans le cas où des raisons particulières le justifient. Le commentaire de l'article 44 donne à ce sujet les explications souhaitables »

L'article 6 de la deuxième directive énonce « est considérée comme « prestations de services » toute opération qui ne constitue pas une livraison d'un bien au sens de l'article 5 »¹⁰². La loi belge s'est écartée de la deuxième directive en limitant par l'article 18 de la loi du 3 juillet 1969 les prestations de service par une énumération limitative de ces dernières aux articles 18 et 19.

En effet on peut lire à la page 25 du document 88/1 « L'article 6.1 de la deuxième directive considère comme prestation de service, toute opération qui ne constitue pas une livraison d'un bien corporel. Il a paru qu'il y avait lieu de donner de la notion de « service » une définition plus stricte et plus claire en énumérant les opérations qui rentrent dans le champ d'application de la taxe sur la valeur ajoutée. Toutes ces opérations doivent pour être imposables en vertu de l'article 18, procéder d'un contrat à titre onéreux »

Le législateur a donc décidé d'énumérer les services qui rentrent dans le champ d'application de la loi. L'article 18 § 1er de la loi du 3 juillet 1969 énumère donc ces services : « Par prestations de services, on entend l'exécution, en vertu d'un contrat à titre onéreux, de toute opération ayant pour objet :

.....

3° Le mandat, à l'exclusion de celui qui est accompli dans l'exercice de leur mission statutaire, par les administrateurs, gérants, commissaires et liquidateurs de sociétés

.....

13° la location de coffres-forts, même si ceux-ci ont le caractère d'immeubles par nature ;

14° les prestations bancaires et financières, à l'exclusion des cessions de valeur ou de monnaie ;

¹⁰² Voir annexe **Erreur ! Source du renvoi introuvable.**

..... »¹⁰³

La deuxième directive offrait la possibilité d'exonérer certaines opérations. L'article 10 prévoit en effet « *Sont exonérées de la taxe sur la valeur ajoutée, dans les conditions déterminées par chaque Etat membre :*

.....

3. Chaque Etat membre peut, sous réserve de la consultation prévue à l'article 16, déterminer les autres exonérations qu'il estime nécessaires »

Néanmoins la directive précise encore « *Les Etats membres s'abstiennent, dans toute la mesure du possible, d'exonérer les prestations énumérées à l'annexe B .* »¹⁰⁴

Rien ne s'opposait donc à ce que la Belgique propose une série d'exemptions pour les opérations de bourse et les opérations financières, puisque celles-ci n'étaient pas reprises à l'annexe B de la deuxième directive. Il est donc prévu à la page 119 du document 88/1 :

« §3 *Sont encore exemptées de la taxe :*

.....

2° les prestations de courtages ou de mandat en matière d'assurance ou d'opérations de bourse ;

3° les opérations financières effectuées par les banques et les établissements de crédit et les prestations des intermédiaires en ces opérations »

6.1.1 Justification de l'exemption pour les opérations de bourse et opérations financières

Les opérations de bourse¹⁰⁵ étaient déjà soumises à la Taxe sur les Opérations de Bourse (TOB). Les dispositions concernant cette taxe étaient reprises aux articles 120 à 143 du Code des Taxes Assimilées au Timbre. Ces dispositions font depuis le 1 janvier 2007 partie du Code des Droits et Taxes Divers (CDTD). La loi du 12 décembre 2006 a remplacé l'intitulé du Code des Taxes

¹⁰³ Nous n'avons repris que les services pertinents dans la cadre de ce mémoire

¹⁰⁴ Ad article 6, paragraphe 2

¹⁰⁵ Nous reviendrons plus longuement sur les opérations de bourse dans le chapitre de ce mémoire consacré à la TOB

assimilées au timbre par celui de « Code des Droits et Taxes Divers » à partir du 1^{er} janvier 2007.

Le document 88/1 précise à la page 42 « *Quant aux opérations de bourse conclues ou exécutées à l'intervention d'agents de change, courtiers ou autres intermédiaires, elles sont soumises à la taxe sur les opérations de bourse établie par les articles 120 à 143 du Code des taxes assimilées au timbre. Il convient de maintenir un régime particulier pour ces opérations et dès lors d'exempter de la taxe sur la valeur ajoutée les prestations de courtage ou de mandat en matière d'opérations de bourse* ». Les opérations de bourse sont soumises au régime particulier de la TOB. Les prestations de courtage ou de mandat en matière d'opérations de bourse sont quant à elles exemptées de TVA.

Les arguments avancés par le législateur en faveur de l'exemption des opérations financières furent d'ordre technique et d'ordre économique. D'ordre technique : « *L'assujettissement à la taxe des opérations financières des banques et des établissements de crédit soulèverait, dans la pratique, d'importantes difficultés techniques du fait de la complexité de ces opérations (escompte, réescompte, etc.)* »¹⁰⁶. D'ordre économique : « *Il se traduirait encore soit par une augmentation du coût du crédit consenti à des clients qui n'ont pas la possibilité de déduire la taxe afférente aux intérêts dont ils sont débiteurs (organismes publics, particuliers), soit par une réduction de l'épargne. Il en résulterait une limitation des moyens d'action des banques et des établissements de crédit dans leur rôle de collecteurs de capitaux et une diminution de leurs possibilités de contribuer efficacement au progrès économique* »¹⁰⁷.

Le législateur justifie en outre l'exemption par le peu d'impacts négatifs qu'elle aurait « *Du reste, en ce qui concerne, les opérations bancaires effectuées pour des assujettis, l'accroissement de valeur provenant de ces opérations sera frappé de l'impôt lors des prestations imposables faites par ces derniers. D'autre part l'effet cumulatif résultant de la non-déduction des taxes sur la valeur ajoutée payées par les banques et les établissements de crédit sera peu important* »¹⁰⁸.

6.1.2 Les neuf prestations constituant les prestations bancaires et financières

¹⁰⁶ Document 88, page 42

¹⁰⁷ Document 88, page 42

¹⁰⁸ Document 88, page 42

La notion de « prestations bancaires et financières » est reprise dans le Projet de loi créant le Code de la taxe sur la valeur ajoutée, sénat de Belgique, session de 1968-1969, document 455, 20 juin 1969. Le rapport fait au nom des commissions réunies des affaires économiques et des finances¹⁰⁹ décrit *« les diverses prestations que les banques et les établissements de crédit effectuent dans le cadre de leur activité professionnelle, en donnant chaque fois le régime fiscale qui leur est fait dans le projet »*.

Ces diverses prestations peuvent être plus précisément décrites comme :

1. La réception de fonds
2. Les opérations de crédit
3. Le placement de valeurs mobilières
4. Les services relatifs aux valeurs mobilières
5. Les opérations de paiement
6. Les services relatifs aux devises
7. Les opérations de conservation et de garde
8. La gestion de fortune
9. Diverses opérations de service

Pour être complet, nous commenterons également la location de coffres-forts, les titres au porteur et les cessions de valeur ou de monnaie.

6.1.2.1 La réception de fonds

« Par réception de fonds, on entend toute opération généralement quelconque par laquelle une banque ou un établissement de crédit reçoit des fonds, afin de les utiliser pour son compte propre.

Cette opération est visée par l'article 18, paragraphe 1^{ier}, 14°. Son exécution constitue donc une prestation de services au sens du projet.

Toutefois cette opération est expressément exonérée de la taxe par l'article 44, paragraphe 3, 2°, du projet. Cet article exempte, en effet, le dépôt et la réception des fonds »

¹⁰⁹ Sénat de Belgique, Session de 1968-1969, document 455, 20 juin 1969, pages 110 à 114

6.1.2.2 Les opérations de crédit

« Par opération de crédit, on entend toute opération généralement quelconque par laquelle une banque, ou un établissement de crédit, procure ou s'engage à procurer directement, ou indirectement, la disposition d'une somme d'argent, en espèces ou en compte, ou encore accorde sa garantie, ou s'engage à accorder sa garantie par quelque procédé juridique que ce soit, ainsi que toute prestation inhérente à cette opération.

Parmi les opérations de crédit, on relève notamment le prêt, l'ouverture de crédit, le cautionnement, le ducroire et l'escompte des effets de commerce.

Les opérations de crédit sont des prestations de services au sens du projet en vertu de l'article 18, paragraphe 1^{ier}, 14°.

Toutefois, ces opérations de crédit sont expressément exonérées de la taxe par l'article 44, paragraphe 3,2°, qui exempte « les opérations de crédit, y compris la cautionnement, le ducroire ainsi que l'escompte et le réescompte d'effets de commerce ». »

La prestation inhérente à une opération de crédit a pour caractéristique d'être indissociable de pareille opération. Des prestations fournies par un tiers à l'opération de crédit ne pourront être considérées comme « inhérentes » à cette opération, sauf s'il se forme avec ce tiers une nouvelle opération de crédit. L'exécution des obligations, incombant au banquier, de vérifier et de transmettre les documents ainsi que de payer le bénéficiaire, constitue une prestation de service exonérée parce qu'indissociable de l'opération de crédit. Il arrive aussi qu'un second banquier soit chargé de notifier au vendeur l'engagement irrévocable du banquier de l'acheteur (c'est-à-dire de vérifier les documents et de payer) : cette prestation de service, fournie par un tiers à l'opération est taxable. Ce second banquier, dans certains cas, ne se contente pas de notifier l'engagement du premier banquier, il le confirme en s'engageant à son tour vis-à-vis du vendeur sur demande du premier banquier. Dans ce dernier cas une nouvelle opération de crédit se forme entre les deux banques et les services accessoires fournis par le deuxième banquier sont exonérés¹¹⁰.

¹¹⁰ LE CODE DE LA TAXE SUR LA VALEUR AJOUTEE ET SES ARRETES D'EXECUTION, Commentaire Législatif, Bruylant Bruxelles 1971, page 103

6.1.2.3 *Le placement de valeurs mobilières*

« Par opération de placement de valeurs mobilières, on entend toute opération par laquelle une banque ou un établissement de crédit, se charge directement ou indirectement, pour compte d'autrui, de placer toute valeur mobilière, qu'il y ait ou non garantie ou souscription d'une convention de prix ferme, ainsi que toute prestation inhérente à cette opération.

Si l'engagement de placement est pris sans engagement de succès, l'opération s'analyse en une prestation de mandataire visée par l'article 18, paragraphe 1^{ier}, 3^o et 14^o. Toutefois cette prestation de services est exonérée de la taxe par l'article 44, paragraphe 3,3^o, qui exempte les prestations de courtage ou de mandat en matière de placement de valeurs mobilières.

Si l'engagement de placement est pris avec prix ferme, il s'agit d'une souscription. Une telle opération échappe au champ d'application de la taxe sur la valeur ajoutée. Le projet ne vise pas les cessions de titres et valeurs mobilières. L'article 18, paragraphe 1^{er}, 14^o, le précise du reste. Dans ce cas une exemption est inutile »

La limitation de cette description à des opérations sur le marché primaire n'empêche pas que les opérations sur le marché secondaire sont également visées.

6.1.2.4 *Les services relatifs aux valeurs mobilières*

« Par opérations ayant pour objet les services relatifs aux valeurs mobilières, on entend toute opération par laquelle une banque ou un établissement de crédit se charge directement ou indirectement, pour compte d'autrui, de tout service relatif à des fonds publics belges ou étrangers, ou à des titres de même nature. Il s'agit notamment du paiement des droits afférents aux titres émis, de l'échange ou du remboursement des titres, du remplacement des feuilles de coupons, etc.

Ces opérations sont visées par l'article 18, paragraphe 1^{ier}, 14, du projet et elles ne sont pas exonérées. Elles rendront donc la taxe exigible lorsqu'elles seront effectuées dans le pays par un assujetti.

On notera que si la banque ou l'établissement de crédit intervient dans une opération relative à des titres et valeurs mobilières, en qualité de vendeur ou d'acheteur, l'opération échappe à

la taxe parce qu'elle est hors du champ d'application de la taxe sur la valeur ajoutée. Il convient également de remarquer que les prestations de courtage ou de mandataire dans les opérations visées par le titre VIII du code des taxes assimilées au timbre sont exonérées par l'article 44, paragraphe 3,3 °, du projet. Les opérations visées par ce titre VIII sont les opérations de bourse et de reports, qui sortent du champ d'application de la taxe sur la valeur ajoutée, pour être soumise à une taxe spéciale. »

Les opérations de vente et d'achat de valeurs mobilières sont « hors champ ». Les prestations de courtage et de mandat relatives à ces opérations sont exonérées sur pied de l'article 44, §3, 3°, du Code.

6.1.2.5 Les opérations de paiement

« Par opérations de paiement, on entend non seulement l'opération par laquelle une banque ou un établissement de crédit se charge pour le compte d'une autre personne d'effectuer un paiement, mais aussi l'opération par laquelle ces organismes encaissent pour le compte d'une autre personne une somme d'argent. On notera que l'encaissement peut porter sur des effets de commerce, sur des coupons et des titres remboursables, sur des reçus, ou sur des factures.

Les opérations de paiement sont visées par l'article 18, paragraphe 1^{ier}, 3° et 14°. Elles rendent donc la taxable exigible lorsqu'elles ont lieu dans le pays et qu'elles sont effectuées par un assujetti »

6.1.2.6 Les services relatifs aux devises

« Par services relatifs aux devises, on entend toute opération par laquelle une banque ou un établissement de crédit se charge directement ou indirectement pour compte d'autrui, de tout service relatif à des monnaies ou à de l'or monétaire.

Lorsque l'opération s'analyse en une cession de monnaies, ou d'or monétaire, elle échappe au champ d'application de la taxe sur la valeur ajoutée.

Lorsque l'opération apparaît comme une prestation de courtier ou de mandataire, elle est visée par l'article 18, paragraphe 1^{ier}, 14°, du projet, mais elle est expressément exonérée de la taxe

par l'article 44, paragraphe 3, 3°, qui exempte les prestations de courtier ou de mandataire en matière de change »

6.1.2.7 Les opérations de conservation et de garde

« Par opérations de conservation ou de garde, on entend toute opération par laquelle une banque ou un établissement de crédit se charge d'assurer la conservation ou la garde de tout bien meuble corporel ou incorporel, à l'exclusion de la monnaie.

Ces opérations sont visées par l'article 18, paragraphe 1^{ier}, 14°. Elles rendent la taxe exigible lorsqu'elles ont lieu dans le pays et qu'elles sont effectuées par un assujetti.

On notera que, si l'opération porte sur des espèces, elle est exonérée (voy. Le numéro 1° de la présente note) »

6.1.2.8 La gestion de fortune

« Par opérations ayant pour objet la gestion de fortunes, on entend toute opération par laquelle une banque ou un établissement de crédit se charge de gérer les avoirs.

Ces opérations sont visées par l'article 18, paragraphe 1^{ier}, 14°. Elles rendent la taxe exigible lorsqu'elles ont lieu dans le pays et qu'elles sont effectuées par un assujetti »

6.1.2.9 Diverses opérations de service

« Par ces mots, on désigne toute opération par laquelle une banque ou un établissement de crédit se livre à des études ou des recherches, dispense des renseignements, des avis, des conseils ou des consultations, en matière commerciale, économique, financière, juridique, fiscale ou d'organisation.

Ces opérations sont visées par l'article 18, paragraphe 1^{ier}, 1°. Elles rendent la taxe exigible lorsqu'elles ont lieu dans le pays et qu'elles sont effectuées par un assujetti »

6.1.3 Titres au porteur

Depuis le 1^{er} janvier 2014, il ne subsiste que deux formes de titres : les titres dématérialisés et les titres nominatifs. Les titres au porteur n'existent plus. Néanmoins le projet de loi précisait que, pour l'application de la taxe sur la valeur ajoutée, les titres au porteur sont considérés comme des biens meubles incorporels échappant, par conséquent, à la taxe (Art. 9 §1^{er} alinéa 2 de la loi du 3 juillet 1969). L'expression « titres au porteur » vise, notamment, les valeurs de bourse au porteur et les timbres ristournes.

6.1.4 Location de coffres-forts

La location de coffres-forts est une prestation citée explicitement dans l'énumération des services et n'est donc pas comprise dans la notion de « prestations bancaires et financières »

6.1.5 Cession de valeur ou de monnaie

Les cessions de valeur¹¹¹ ou de monnaie sont des prestations bancaires et financières mais elles sont hors champ des prestations de service énumérées, en vertu de l'article 18 § 1^{er} 14^o de la loi du 3 juillet 1969.

« Les monnaies et devises ainsi que les valeurs mobilières sont des biens meubles incorporels. Les opérations portant sur de tels biens échappent donc à l'application de la taxe »¹¹². « les opérations relatives aux devises ne sont pas taxables, soit qu'elles se trouvent « hors champ » (livraison de biens incorporels) soit qu'elles soient exonérées par l'article 44, §3, 3^o »¹¹³

¹¹¹ À comprendre comme valeur mobilière ou valeur de bourse, voir aussi 6.1.3

¹¹² LE CODE DE LA TAXE SUR LA VALEUR AJOUTEE ET SES ARRETES D'EXECUTION, Commentaire Législatif, Bruylant Bruxelles 1971, page 102

¹¹³ LE CODE DE LA TAXE SUR LA VALEUR AJOUTEE ET SES ARRETES D'EXECUTION, Commentaire Législatif, Bruylant Bruxelles 1971, page 104

6.1.6 L'article 44 dans sa version initiale et les opérations y exonérées

Suite à un amendement présenté par le Gouvernement et adopté à l'unanimité¹¹⁴, l'article 44 dans sa version initiale et pour les dispositions qui nous intéressent est rédigé comme suit

«

§3. Sont encore exemptés de la taxe :

.....

2° le dépôt et la réception de fonds ; les opérations de crédit, y compris le cautionnement, le ducroire, ainsi que l'escompte et le réescompte d'effet de commerce ;

3° les prestations de courtage ou de mandat dans les matières visées sous 2°, ainsi qu'en matière d'assurance, de change, de placement de valeurs mobilières et d'opérations visées au titre VIII du Code des taxes assimilées au timbre. »

On peut lire dans le rapport que cet amendement avait pour but de préciser la portée des exonérations visées à l'article 44, §3 ,2° et 3° compte tenu de l'extension apportée par l'article 18, §1^{er},14°, à la matière des prestations de service¹¹⁵.

Il s'agit tout d'abord du dépôt ou de la réception de fonds, opération par laquelle un organisme financier reçoit des fonds, remboursables à vue ou à terme, afin de les utiliser pour son propre compte, quels que soient en pratique, la dénomination de l'opération, ses modalités, son mode de rémunération ou l'instrument de cette réception (le compte à vue, le compte à terme ou à préavis ; le carnet ou livret, le bon de caisse, le bon de capitalisation, l'obligation etc.).

Par opération de crédit, il y a lieu d'entendre toute prestation par laquelle une personne accorde, procure ou s'engage à accorder sa garantie à un créancier ou à un débiteur, par quelque procédé juridique que ce soit.

Enfin, l'article 44, §3, 3°, exempte les prestations de courtage ou de mandat dans les matières susvisées, ainsi qu'en matière d'assurance, de change et de placement de valeurs mobilières et d'opérations de bourse prévues sous le titre VIII du Code des taxes assimilées au timbre.

¹¹⁴ Voir page 129 du rapport (document 88/15)

¹¹⁵ Voir la section 6.1

6.1.7 Opérations bancaires et financières restant dans le champ d'application de la T.V.A

On notera que, parmi les opérations bancaires et financières, restent notamment dans le champ d'application de la T.V.A :

- La garde des titres ;
- La location des coffres-forts ;
- Les recouvrements de créances ;
- La gestion des portefeuilles ;
- La fourniture de renseignements commerciaux ;
- L'exécution d'une prestation qui consiste à effectuer ou à recevoir des paiements.

6.2 La loi du 27 décembre 1977

« Les deux premières directives du Conseil des Communautés Européennes du 11 avril 1967 en matière d'harmonisation des législations des Etats membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires, ont imposé aux Etats membres l'obligation de remplacer leurs systèmes de ces taxes par un système communautaire de taxe sur la valeur ajoutée, dont ces directives ont déterminé les objectifs, les caractéristiques, la structure et les modalités d'application. La loi du 3 juillet 1969 créant le Code de la taxe sur la valeur ajoutée a réalisé en Belgique la réforme prévue par ces deux directives. Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1971, conformément à la troisième directive qui, tout comme la quatrième et la cinquième, a eu pour seul but de prolonger le délai prévu par la première directive pour la mise en vigueur du nouveau système.

Le 17 mai 1977, le Conseil des Communautés Européennes a adopté en cette même matière la sixième directive. Le principal objectif de cette directive est l'harmonisation des systèmes nationaux de taxe sur la valeur ajoutée en vue d'aboutir à la création d'une assiette uniforme devant servir de base, à partir du 1^{er} janvier 1978, au calcul d'une partie des ressources propres aux Communautés »¹¹⁶

Dans cette section nous nous concentrerons plus particulièrement sur les modifications en termes d'exonération et de déduction en relation avec le périmètre de notre mémoire.

¹¹⁶ Document 145 (1977-1978) – N°1 – page 1

Quant aux raisons de l'exonération des principales opérations bancaires et financières au sein de la sixième directive, nous pouvons trouver quelques justifications dans des arrêts subséquents de la CJUE. Par exemple nous lisons au point 24 de l'arrêt en date du 16 décembre 2010 dans l'affaire C-455/05 Velvet & Steel Immobilien und Handels GmbH contre Finanzamt Hamburg-Eimsbüttel *« Cette interprétation est d'ailleurs corroborée par la finalité de l'exonération des opérations financières, ainsi que l'explique la Commission des Communautés européennes dans ses observations écrites, à savoir pallier les difficultés liées à la détermination de la base d'imposition ainsi que du montant de la TVA déductible et éviter une augmentation de coût du crédit à la consommation. »*. Ou encore nous lisons au point 21 de l'arrêt en date du 10 mars 2011 dans l'affaire C-540/09 Skandinaviska Enskilda Banken AB Momsgrupp contre Skatteverket *« Enfin, en ce qui concerne les raisons qui ont constitué le fondement de l'adoption des exonérations de la TVA pour les opérations mentionnées audit article 13, B, il ressort de la jurisprudence de la Cour que la finalité de ces exonérations est de pallier les difficultés liées à la détermination de la base d'imposition ainsi que du montant de la TVA déductible et d'éviter une augmentation de coût du crédit à la consommation (arrêt du 19 avril 2007, Velvet & Steel Immobilien, C-455/05, Rec. p. I-3225, point 24) »*. Ces raisons rejoignent donc celles précédemment exposées à la section 6.1.1 du présent mémoire.

Le douzième considérant de la sixième directive prévoit *« qu'il convient d'établir une liste commune d'exonérations en vue d'une perception comparable des ressources propres dans tous les États membres »*.

Les modifications proposées pour l'article 44 du Code répondent à l'obligation de mettre la législation belge en harmonie avec les dispositions de l'article 13 de la sixième directive. Ces dispositions traitent des exonérations n'ouvrant pas droit à déduction des taxes grevant les biens et les services utilisés pour effectuer les opérations exonérées.

« TITRE X EXONÉRATIONS »

Article 13

Exonérations à l'intérieur du pays

A. Exonérations en faveur de certaines activités d'intérêt général

.....

B. Autres exonérations

Sans préjudice d'autres dispositions communautaires, les États membres exonèrent, dans les conditions qu'ils fixent en vue d'assurer l'application correcte et simple des exonérations prévues ci-dessous et de prévenir toute fraude, évasion et abus éventuels: a) les opérations d'assurance et de réassurance, y compris les prestations de services afférentes à ces opérations effectuées par les courtiers et les intermédiaires d'assurance;

b) l'affermage et la location de biens immeubles, à l'exception: 1. des opérations d'hébergement telles qu'elles sont définies dans la législation des États membres qui sont effectuées dans le cadre du secteur hôtelier ou de secteurs ayant une fonction similaire, y compris les locations de camps de vacances ou de terrains aménagés pour camper;

2. des locations d'emplacement pour le stationnement des véhicules;

3. des locations d'outillages et de machines fixés à demeure;

4. des locations de coffres-forts.

Les États membres ont la faculté de prévoir des exclusions supplémentaires au champ d'application de cette exonération;

c) les livraisons de biens qui étaient affectés exclusivement à une activité exonérée en vertu du présent article ou en vertu de l'article 28 paragraphe 3 sous b), si ces biens n'ont pas fait l'objet d'un droit à déduction, ainsi que les livraisons de biens dont l'acquisition ou l'affectation avait fait l'objet de l'exclusion du droit à déduction conformément à l'article 17 paragraphe 6;

d) les opérations suivantes: 1. l'octroi et la négociation de crédits ainsi que la gestion de crédits effectuée par celui qui les a octroyés;

2. la négociation et la prise en charge d'engagements, de cautionnements et d'autres sûretés et garanties ainsi que la gestion de garanties de crédits effectuée par celui qui a octroyé les crédits;

3. les opérations, y compris les négociations, concernant les dépôts de fonds, comptes courants, paiements, virements, créances, chèques et autres effets de commerce, à l'exception du recouvrement de créances;

4. les opérations, y compris la négociation, portant sur les devises, les billets de banque et les monnaies qui sont des moyens de paiement légaux, à l'exception des monnaies et billets de collection ; sont considérés comme de collection les pièces en or, en argent ou en autre

métal, ainsi que les billets, qui ne sont pas normalement utilisés dans leur fonction comme moyen de paiement légal ou qui présentent un intérêt numismatique;

5. les opérations, y compris la négociation mais à l'exception de la garde et de la gestion, portant sur les actions, les parts de sociétés ou d'associations, les obligations et les autres titres, à l'exclusion: - des titres représentatifs de marchandises,

- des droits ou titres visés à l'article 5 paragraphe 3;

6. la gestion de fonds communs de placement tels qu'ils sont définis par les États membres;

e) les livraisons, à leur valeur faciale, de timbres-poste ayant valeur d'affranchissement à l'intérieur du pays, de timbres fiscaux et d'autres valeurs similaires;

f) les paris, loteries et autres jeux de hasard ou d'argent, sous réserve des conditions et limites déterminées par chaque État membre;

g) les livraisons de bâtiments ou d'une fraction de bâtiment et du sol y attenant autres que ceux visés à l'article 4 paragraphe 3 sous a);

h) les livraisons de biens immeubles non bâtis autres que celles des terrains à bâtir visés à l'article 4 paragraphe 3 sous b).

C. Options

Les États membres peuvent accorder à leurs assujettis le droit d'opter pour la taxation: a) de l'affermage et de la location de biens immeubles;

b) des opérations visées sous B sous d), g) et h).

Les États membres peuvent restreindre la portée du droit d'option ; ils déterminent les modalités de son exercice ».

Les opérations qui nous intéressent plus particulièrement sont reprises à l'article 13, B, d). Il est important de noter que les Etats membres peuvent accorder à leurs assujettis, en vertu de l'article 13, C, le droit d'opter pour la taxation des opérations visées sous d) à savoir

1	l'octroi et la négociation de crédits ainsi que la gestion de crédits effectuée par celui qui les a octroyés
---	--

2	la négociation et la prise en charge d'engagements, de cautionnements et d'autres sûretés et garanties ainsi que la gestion de garanties de crédits effectuée par celui qui a octroyé les crédits
3	les opérations, y compris les négociations, concernant les dépôts de fonds, comptes courants, paiements, virements, créances, chèques et autres effets de commerce, à l'exception du recouvrement de créances
4	les opérations, y compris la négociation, portant sur les devises, les billets de banque et les monnaies qui sont des moyens de paiement légaux, à l'exception des monnaies et billets de collection ; sont considérés comme de collection les pièces en or, en argent ou en autre métal, ainsi que les billets, qui ne sont pas normalement utilisés dans leur fonction comme moyen de paiement légal ou qui présentent un intérêt numismatique
5	les opérations, y compris la négociation mais à l'exception de la garde et de la gestion, portant sur les actions, les parts de sociétés ou d'associations, les obligations et les autres titres, à l'exclusion: - des titres représentatifs de marchandises, - des droits ou titres visés à l'article 5 paragraphe 3;
6	la gestion de fonds communs de placement tels qu'ils sont définis par les États membres

En outre l'article 28 §4 de la sixième directive permet durant une période transitoire aux Etats Membres

- a) De continuer à appliquer la taxe aux opérations qui en sont exonérées en vertu de l'article 13 ou 15 et dont la liste est reprise à l'annexe E
- b) De continuer à exonérer les opérations énumérées à l'annexe F dans les conditions existantes dans l'état membre.

En ce qui concerne le a) ci-dessus, après consultation de la liste reprise à l'annexe E, seuls les points 8, 9 et 10 de cette annexe s'avèrent pertinents par rapport au périmètre de notre mémoire. Les services des intermédiaires visés aux points 8¹¹⁷ et 9¹¹⁸ étaient déjà exonérés dans la loi du

¹¹⁷ Opérations visées à l'article 13 sous B sous point 2, dans la mesure où elles ont trait aux services des intermédiaires. Pour rappel ce point 2 reprend la négociation et la prise en charge d'engagements, de cautionnements et d'autres sûretés et garanties ainsi que la gestion de garanties de crédits effectuée par celui qui a octroyé les crédits

¹¹⁸ Opérations visées à l'article 13 sous B sous point 5, dans la mesure où elles ont trait aux services des intermédiaires. Pour ce rappel ce point 5 reprend les opérations, y compris la négociation mais à l'exception de la garde et de la gestion, portant sur les actions, les parts de sociétés ou d'associations, les obligations et les autres titres, à l'exclusion: - des titres représentatifs de marchandises,
- des droits ou titres visés à l'article 5 paragraphe 3;

3 juillet 1969. Il n'y avait donc pas lieu de continuer à appliquer les taxes. La gestion des fonds de placement visée au point 10 pouvait continuer à être taxée. Nous n'avons trouvé aucun commentaire en rapport avec la loi du 3 juillet 1969 concernant la gestion de fonds communs de placement. Néanmoins dans les commentaires en rapport avec la loi du 20 juillet 1990 (voir le chapitre 0) il est écrit « *Dans l'état actuel de la législation T.V.A, il n'existe aucune disposition qui exempte de la taxe la rémunération d'une société de gestion d'un fonds de placement. Par ailleurs, vu la nature des activités de ces sociétés de gestion qui en fait gèrent le patrimoine des investisseurs indivis, les services fournis par les dites sociétés sont visées à l'article 18, §1^{er} du Code de la T.V.A et ont jusqu'à présent été soumis à la taxe* »¹¹⁹. Nous pouvons en déduire que au moment de l'adoption de la loi du 27 décembre 1977 la gestion des fonds de placement était taxée et que la Belgique n'a pas souhaité mettre fin à cette taxation dans le cadre de loi du 27 décembre 1977.

En ce qui concerne le b) ci-dessus, après consultation de la liste reprise à l'annexe F, seuls les points 13, 14 et 15 de cette annexe s'avèrent pertinents par rapport au périmètre de notre mémoire. La gestion de crédits et de garanties de crédits par une personne ou un organisme autre que ceux ayant accordé les crédits (point 13) était déjà taxable (voir la section 6.1.2.2). Il ne pouvait donc être question de prolonger une exonération. Le recouvrement de créances (point 14) était déjà taxable (voir section 6.1.7). Il ne pouvait donc être question de prolonger une exonération. La garde et la gestion d'actions, de parts de sociétés ou d'associations, d'obligations et d'autres titres ou effet de commerce, à l'exclusion des titres représentatifs de marchandises et des droits et titres visés à l'article 5 paragraphe 3 (point 15) étaient déjà taxables (voir section 6.1.7)

Le Gouvernement belge a proposé de réaliser seulement les modifications qui devaient être réalisées obligatoirement pour le 1^{er} janvier 1978 en exécution de la directive¹²⁰. De notre analyse les seules modifications qui devaient être réalisées de manière obligatoire étaient donc celles qui concernaient les paiements. En effet ces derniers étaient taxables (voir section 6.1.7) mais faisaient désormais partie des exonérations. Afin de garantir la continuité du régime de la taxation des paiements, la Belgique a donc accordé à ses assujettis le droit d'opter pour la taxation des paiements.

¹¹⁹ 1218 / 1- 89/90 Chambre des Représentants de Belgique Session Ordinaire 1989-1990 6 juin 1990 projet de loi portant des dispositions économiques et fiscales EXPOSE DES MOTIFS page 6

¹²⁰ Document 145 (1977-1978) – N°1 – page 14

L'avant-projet de loi¹²¹ précise d'ailleurs aux pages 15 et 16 « 10. L'article 13, B, d, de la directive a dans le domaine des opérations bancaires et financières étendu l'exonération aux opérations de paiement et d'encaissement à l'exception du recouvrement de créances. Pour mettre le Code en concordance avec la directive, il convient de prévoir à l'article 44, § 3, 2°bis l'exonération pour ces opérations. Mais l'article 13, C, b, permet aux Etats membres d'accorder à leurs assujettis le droit d'opter pour la taxation de certaines opérations bancaire et financières. Dans l'esprit de ce projet de loi, qui est de maintenir, dans toute la mesure du possible, la situation actuelle, ce 2°bis est complété par une disposition accordant ce droit d'option pour les opérations de paiement et d'encaissement »

L'article 44 se présente désormais comme

«

§3. Sont encore exemptés de la taxe :

.....

2° le dépôt et la réception de fonds ; les opérations de crédit, y compris le cautionnement, le ducroire, ainsi que l'escompte et le réescompte d'effet de commerce ;

2°bis les opérations de paiement et d'encaissement à l'exception du recouvrement de créances ; le prestataire peut opter pour la taxation de ces opérations dans les conditions fixées par le Ministre des finances ou son délégué ;

3° les prestations de courtage ou de mandat dans les matières visées au 2° et 2°bis, en matière d'assurance, à l'exception de l'expertise en dommage, et en matière de change, de placement de valeurs mobilières et d'opérations visées au titre VIII du Code des taxes assimilées au timbre.

4° les livraisons d'or et les importations d'or normalement affecté à des fins de placement à moins que l'acquéreur ou l'importateur soit une banque centrale ou un transformateur ou consommateur d'or»

Le 4° est ajouté à titre purement informatif et afin de bien comprendre les évolutions au sein de l'article 44 §3. Pour mémoire, les développements relatifs à l'ajout du 4° sont fournis dans le chapitre 6.3 relatif à la loi-programme du 2 juillet 1981.

¹²¹ Document 145 (1977-1978) N 1

6.3 Loi du 2 juillet 1981 (pour mémoire)

« Selon la sixième directive du 17 mai 1977 du conseil des C.E. en matière de T.V.A., les livraisons et les importations d'or sont soumises à cette taxe mais les Etats membres ont la faculté, pendant une période transitoire qui normalement expire le 31 décembre 1982, de continuer à exonérer l'or, à l'exception de l'or à usage industriel, lorsque cette exonération existait au 31 décembre 1977 (article 28, §3, sub b, et annexe F, point 26, de cette directive).

C'est sur la base de cette faculté que l'article 23 de loi du 27 décembre 1977 a introduit dans le Code la disposition d'exonération pour l'or, qui fait l'objet de l'article 44, §3, 4°.

Pour le calcul des ressources propres des Communautés européennes provenant de la T.V.A., les opérations portant sur de l'or, doivent néanmoins être considérées comme taxables. Ce calcul au sujet de l'or est extrêmement difficile étant donné qu'il n'existe pas de données précises en ce qui concerne l'or acheté à des fins de placement. Quoiqu'il en soit la compensation financière à laquelle cette exonération donne lieu coûte au Trésor plusieurs dizaines de millions par an.

Par ailleurs, dans la plupart des autres Etats membres où il existe un marché libre de l'or, celui-ci est soumis à la taxe.

Enfin les autres métaux précieux et les diamants ne bénéficient d'aucune exonération.

Dans ces conditions, le Gouvernement propose de supprimer dès maintenant l'exonération, sans attendre 1982 »¹²²

La disposition 4° de l'article 44 §3 a donc été supprimée suite à la loi du 2 juillet 1981. A partir de la loi du 20 juillet 1990, le 4° couvre la gestion des fonds communs de placement.

¹²² 838 (1980-1981) – N 1 Chambre des représentants session 1980-1981 8 mai 1981 projet de loi-programme 1981 pages 17 et 18

6.4 La loi du 20 juillet 1990

La sixième directive du 17 mai 1977 avait introduit une série de dérogations au régime normal du système commun de TVA pendant une période transitoire. Les dérogations d'application dans le contexte des opérations bancaires et financières sont analysées au chapitre 6.2. Elles comprennent notamment une dérogation pour la taxation de la gestion des fonds de placement (point 10 de l'Annexe E de la sixième directive).

La dix-huitième directive (89/465/CEE) du 18 juillet 1989, en raison des considérants qui sont exposés en préambule à cette directive, abroge une série de dérogations. En particulier, l'article premier de la dix-huitième directive en son point 1) supprime la dérogation pour la taxation de la gestion des fonds de placement.

Le §3 de l'article 44 est complété avec une exonération supplémentaire prévue par un 4° rédigé comme suit

« La gestion des fonds communs de placement visés par la loi du 27 mars 1957 relatives aux fonds communs de placement et modifiant le code des droits de timbre et le code des taxes assimilées au timbre »

La rédaction de cette exemption supplémentaire est conforme à l'article 13, B, d), 6 de la sixième directive qui prévoit l'exonération de *« la gestion de fonds communs de placement tels qu'ils sont définis par les Etats membres »*.

« L'incidence budgétaire peut être estimée à une moins-value de 75 millions dont il a été tenu compte lors du contrôle budgétaire »¹²³.

On peut se demander pourquoi la Belgique n'a pas offert à ses assujettis le droit d'opter pour la taxation (voir le chapitre 6.2).

¹²³ Document 1218/ 1-89 /90 93 SESSION ORDINAIRE 1989-1990 6 JUIN 1990 PROJET DE LOI portant des dispositions économiques et fiscales exposé des motifs page 7

6.5 La loi du 28 décembre 1992

« La sixième directive du 17 mai 1977 en matière d'harmonisation des législations des Etats membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires, marqua une nouvelle étape importante en vue de la réalisation du marché intérieur. Elle avait pour principal objectif l'harmonisation des systèmes nationaux de TVA en vue de déterminer une assiette uniforme devant servir de base, à partir du 1er janvier 1978, au calcul d'une partie des ressources propres aux Communautés. L'adaptation du Code de la TVA à la sixième directive fut, compte tenu des brefs délais accordés pour sa réalisation, limitée aux modifications qui devaient être réalisées pour le 1^{er} janvier 1978. Il en résulta une adaptation minimale. »¹²⁴

« La ratification, en 1987, de l'Acte unique européen, nous place à présent devant une nouvelle étape décisive en vue de la réalisation du marché intérieur. Elle tend à la suppression des contrôles fiscaux aux frontières intérieures de la Communauté pour toute opération effectuée entre les Etats membres. A cet effet, le Conseil des Communautés européennes a arrêté :

*''' * Le 16 décembre 1991, la directive 91/680/CEE complétant le système commun de la TVA et modifiant en vue de l'abolition des frontières fiscales, la directive 77/388/CEE (à savoir la sixième directive précitée);*

**Le 27 janvier 1992, le règlement (CEE n°218/92 concernant la coopération administrative dans le domaine des impôts indirects (TVA).*

Ces textes doivent dès lors être intégrés dans la législation belge de la TVA, ce qui, compte tenu des nombreux changements complexes et de la date ultime du 1er janvier 1993, imposée pour leur entrée en vigueur, constitue un sérieux défi. »¹²⁵

Dans ce qui suit nous nous limitons à l'examen de la loi concernant le périmètre des opérations taxées et des opérations exonérées en ce qui concerne les prestations bancaires et financières.

¹²⁴ Document 684/1 – 92/93 SESSION ORDINAIRE 1992-1993 (*) 14 OCTOBRE 1992 PROJET DE LOI modifiant le Code de la taxe sur la valeur ajoutée et le Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe EXPOSE DES MOTIFS page 1

¹²⁵ Idem page 2

6.5.1 Nouvelle définition des services

« A la suite de la définition large des notions d'«assujetti» et de « livraison de biens », la définition de la notion de « prestation de services» peut se limiter à une définition négative, à savoir toutes les opérations qui ne sont pas des livraisons de biens au sens du Code (voir § 1er, alinéa 1er). Il est pourtant souhaitable, compte tenu de la jurisprudence constante ainsi que de la doctrine administrative, de continuer à énumérer les opérations mentionnées à l'article 18, actuel, comme des opérations types qui sont considérées comme des prestations de services. Il va de soi qu'il ne s'agit pas d'une énumération exhaustive. Certaines prestations de services sont formulées quelque peu différemment, surtout pour mieux harmoniser la terminologie fiscale avec les notions élargies d'« assujetti» et de « prestations de services »,ainsi que dans le souci de supprimer les termes qui seraient contraires à ces notions et pourraient constituer des obstacles à la correcte application conforme au sens élargi dans lequel ces notions doivent être comprises. C'est le cas pour les prestations de services énumérées au § 1er, 1°,3°,4°,8° à 11° et 13°. »¹²⁶.

L'article 18 est désormais rédigé comme

« Article 18. - § 1^{er} Est considérée comme prestation de services, toute opération qui ne constitue pas une livraison d'un bien au sens du présent Code. Est notamment considérée comme une prestation de services, l'exécution d'un contrat qui a pour objet:

.....

13° les prestations bancaires et financières;

..... »

6.5.2 Restructuration des exonérations

L'article 44, §3, est structuré de manière totalement différente

« § 3.Sont encore exemptés de la taxe :

.....

¹²⁶ Idem page 20

5°l'octroi et la négociation de crédits ainsi que la gestion de crédits effectuée par celui qui les a octroyés;

6°la négociation et la prise en charge d'engagements, de cautionnements et d'autres sûretés et garanties ainsi que la gestion de garanties de crédits effectuée par celui qui a octroyé les crédits;

7°les opérations, y compris la négociation, concernant les dépôts de fonds, comptes courants, créances, chèques et autres effets de commerce, à l'exception du recouvrement de créances;

8°les opérations de paiement et d'encaissement, y compris la négociation, à l'exception du recouvrement de créances ; le prestataire peut opter pour la taxation de ces opérations dans les conditions fixées par le Ministre des Finances ou son délégué;

9°les opérations, y compris la négociation, portant sur les devises, les billets de banque et les monnaies qui sont des moyens de paiement légaux, à l'exception des monnaies et billets de collection ; sont considérés comme de collection les pièces en or, en argent ou en autre métal, ainsi que les billets, qui ne sont pas normalement utilisés dans leur fonction comme moyen de paiement légal ou qui présentent un intérêt numismatique;

10°les opérations, y compris la négociation mais à l'exception de la garde et la gestion, portant sur les actions, les parts de sociétés ou d'associations, les obligations et les autres titres, à l'exclusion des titres représentatifs de marchandises;

11°les opérations effectuées par les organismes de placement collectif visés par le Livre III de la loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers de même que la rémunération d'administrateur allouée par ces organismes;”

....

Les modifications ne soulèvent pas de commentaires particuliers. Néanmoins en ce qui concerne le 11°, le projet de loi précise « le 11° exempte la gestion de fonds communs de placement (voir 4° du texte actuel) mais le texte est adapté aux dispositions du livre III de la loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers. Il est aussi possible, à l'heure actuelle, de créer des sociétés de gestion à côté de fonds de placement avec les mêmes objectifs (SICAV, SICAF) ». L'exonération prévue au 11° vise non seulement les « traditionnels fonds de placement collectifs » mais aussi les SICAV (société d'investissement à capital variable) et les SICAF (société d'investissement à capital fixe). Le livre III de la loi du 4 décembre 1990 concerne l'ensemble des organismes dont l'objet exclusif

est le placement collectif de capitaux recueillis auprès du public, à l'exception des certificats immobiliers. La création de ces deux nouveaux types juridiques de société d'investissement fait suite à la directive européenne du 20 décembre 1985 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) (85/611/CEE). Cette création « *répond au souci de mettre les institutions financières belges dans une position compétitive dans un marché libéralisé* »¹²⁷

6.6 Lois du 12 décembre 1996, du 27 décembre 2006, du 12 mai 2014 et du 3 août 2016

Il s'agit plus précisément des lois suivantes :

- 1) 12 DECEMBRE 1996. - Loi modifiant la loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers, l'article 2075 du Code civil, l'article 2 du Titre VI, Livre I du Code de commerce, l'article 22 de la loi du 10 juin 1964 sur les appels publics à l'épargne, l'article 44 du Code TVA et l'article 265 du Code des impôts sur les revenus 1992.
- 2) 27 DECEMBRE 2006. - Loi portant des dispositions diverses (I)
- 3) 12 MAI 2014. - Loi relative aux sociétés immobilières réglementées
- 4) 3 AOÛT 2016. - Loi-programme (II)

Ces quatre modifications successives de l'article 44 visent uniquement le §3, 11° de cet article et en ont fait évoluer le contenu suite aux évolutions législatives successives en relation avec la structure et la gestion des fonds. Ces dernières résultent, entre autres, de l'adoption de deux directives dans le domaine, à savoir la directive OPCVM (voir la section 7.1.1 de ce mémoire) et la directive AIFM (voir la section 7.1.2 de ce mémoire).

L'exposé des motifs de la Loi portant des dispositions diverses (I) précise « 2° *les opérations spécifiques aux organismes de placement collectif sont globalisées sous la notion de gestion qui reprend les fonctions de gestion de portefeuille et d'administration des organismes eux-*

¹²⁷ 1156 /1-89/90 Chambre des Représentants de Belgique Session ordinaire 1989-1990 18 avril 1990 projet de loi relatifs aux opérations financières et marchés financiers exposé des motifs page 50

mêmes »¹²⁸. La notion de gestion au sein de l'article 44, §3, 11° englobe donc la gestion de portefeuille et la gestion proprement dite de l'organisme de placement collectif.

L'article 44, §3, 11° est, dans sa version actuelle, rédigé comme suit :

Article 44

....

§ 3. Sont encore exemptés de la taxe :

.....

11° la gestion :

a) des organismes de placement collectif visés par la loi du 3 août 2012 relative aux organismes de placement collectif qui répondent aux conditions de la directive 2009/65/CE et aux organismes de placement en créances;

b) des organismes de placement collectif visés par la loi du 19 avril 2014 relative aux organismes de placement collectif alternatifs et à leurs gestionnaires;

c) des sociétés immobilières réglementées publiques ou institutionnelles visées à l'article 2, 1°, 2° et 3°, de la loi du 12 mai 2014 relative aux sociétés immobilières réglementées;

d) des organismes de financement de pensions visés à l'article 8 de la loi du 27 octobre 2006 relative au contrôle des institutions de retraite professionnelle;

Nous développons les problématiques TVA liées à la gestion des fonds au chapitre 2.4 de ce mémoire. Quelques rappels législatifs font partie de ce chapitre 2.4, notamment à propos de quatre lois actuellement reprises à l'article 44, §3, 11°.

¹²⁸ DOC 51 2760/001 page 209

7 Annexe II : éléments clefs des directives européennes et de la législation belge en matière de Fonds Communs de Placement

7.1 Organismes de placement collectif

L'OCDE définit les organismes de placement collectif en ces termes « *Les organismes de placement collectif (OPC) sont des sociétés d'investissement immatriculées de toute nature, ainsi que des organismes non constitués en sociétés (fonds communs de placement de toute nature) qui investissent dans des actifs financiers (principalement des titres négociables et des certificats de dépôts bancaires) ainsi que dans des biens immobiliers à l'aide des fonds collectés auprès d'investisseurs au moyen de l'émission de parts ou de certificats (autres que des actions ordinaires). Les OPC sont dits « à capital ouvert » lorsque le nombre de parts ou de certificats à l'émission n'est pas limité, ou à « capital fermé » lorsque ce nombre est fixe. Les parts ou certificats peuvent être cotés ou non. L'OPC peut verser des dividendes périodiques, capitalisé son résultat ou conjuguer les deux méthodes, en fonction des conditions énoncées dans son prospectus. Les OPC sont également désignés sous d'autres appellations comme les structures de placement collectif, les instruments d'investissement collectif, les fonds de placement.* »

Trois directives européennes encadrent les organismes de placement collectif :

- La Directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM)
- La directive 2011/61/EU du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n ° 1060/2009 et (UE) n ° 1095/2010
- La directive 2003/41/EC du Parlement européen et du Conseil du 3 juin 2003 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle

7.1.1 Les Organismes de Placement Collectif (Directive 2009/65/CE)

La directive 2009/65/CE prévoit en son article premier :

1. *La présente directive s'applique aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) établis sur le territoire des États membres.*

2. *Aux fins de la présente directive et sous réserve de l'article 3, on entend par OPCVM les organismes:*

- a) dont l'objet exclusif est le placement collectif en valeurs mobilières ou dans d'autres actifs financiers liquides visés à l'article 50, paragraphe 1, des capitaux recueillis auprès du public et dont le fonctionnement est soumis au principe de la répartition des risques; et*
- b) dont les parts sont, à la demande des porteurs, rachetées ou remboursées, directement ou indirectement, à charge des actifs de ces organismes. Est assimilé à de tels rachats ou remboursements le fait pour un OPCVM d'agir afin que la valeur de ses parts en bourse ne s'écarte pas sensiblement de leur valeur d'inventaire nette.*

Les États membres peuvent autoriser les OPCVM à être constitués de plusieurs compartiments d'investissement.

3. *Les organismes visés au paragraphe 2 peuvent revêtir la forme contractuelle (fonds communs de placement gérés par une société de gestion) ou de trust (unit trust) ou la forme statutaire (société d'investissement). »*

Les OPCVM ont pour objet exclusif le placement collectif de capitaux recueillis auprès du public. Ils peuvent donc revêtir la forme contractuelle ou la forme statutaire. La loi belge relative aux organismes de placement collectif qui répondent aux conditions de la Directive 2009/65/CE et aux organismes de placement en créances (ci-après « **loi OPC** ») prévoit en ses articles 6, 11 et 15 :

« Art. 6. Les organismes de placement collectif de droit belge qui répondent aux conditions de la Directive 2009/65/CE relèvent d'une des deux catégories suivantes :

1° les fonds communs de placement à nombre variable de parts; ou

2° les sociétés d'investissement à capital variable. »

« Art. 11. § 1er. Les droits des participants dans un fonds commun de placement sont représentés par des parts (a) nominatives, (b) dématérialisées ou, (c) dans la mesure permise par les dispositions légales applicables, au porteur.

Le respect des dispositions de la présente partie et des arrêtés et règlements pris pour son exécution, relatives à un fonds commun de placement incombe à la société de gestion d'organismes de placement collectif. »

« Art. 15. Une société d'investissement à capital variable, dénommée " sicav ", est constituée sous la forme d'une société anonyme.

Son capital varie, sans modification des statuts, en raison de l'émission de parts nouvelles ou du rachat de ses parts.

Une sicav ne peut exercer d'autres activités que celle prévue à l'article 3, 1° et 2°, a), ni détenir d'autres actifs que ceux nécessaires à la réalisation de son objet statutaire. »

Les OPCVM de droit belge sont donc soit des fonds communs de placement à nombre variable de parts, soit des sociétés d'investissement à capital variable. Ces dernières doivent être obligatoirement des sociétés anonymes.

Les fonds communs de placement doivent être gérés par une société de gestion d'organismes de placement collectif. Cette société de gestion est responsable du respect des dispositions légales et réglementaires applicables au fonds commun de placement.

« En vue de l'exercice des fonctions de gestion visées à l'article 3, 22^{o129} de la loi OPC, la société d'investissement doit disposer d'une structure de gestion qui lui soit propre et qui soit appropriée aux activités qu'elle exerce ou entend exercer... »¹³⁰. « La société d'investissement peut confier à un tiers, par contrat de mandat ou contrat d'entreprise, l'exercice, pour son propre compte, d'une ou de plusieurs des fonctions de gestion, visées à l'article 3, 22°, a), b)

¹²⁹ 22° par " fonctions de gestion d'organismes de placement collectif " :

- a) la gestion du portefeuille d'investissement de l'organisme de placement collectif;
- b) l'administration de l'organisme de placement collectif, à savoir notamment :
 - i) les services de gestion comptable de l'organisme de placement collectif, en ce compris l'établissement et la publication des comptes annuels;
 - ii) les réponses aux demandes de renseignements des participants de l'organisme de placement collectif;
 - iii) l'évaluation du portefeuille et la détermination de la valeur des titres de l'organisme de placement collectif (y compris les aspects fiscaux);
 - iv) le contrôle du respect des dispositions légales et réglementaires applicables à l'organisme de placement collectif;
 - v) la tenue du registre des porteurs de titres nominatifs;
 - vi) la répartition des revenus entre catégories de titres et types de parts de l'organisme de placement collectif;
 - vii) l'émission et le rachat de parts de l'organisme de placement collectif;
 - viii) le dénouement des contrats, en ce compris l'envoi des titres de l'organisme de placement collectif;
 - ix) l'enregistrement des opérations et la conservation des pièces y afférentes;
- c) la commercialisation de titres d'organismes de placement collectif;

¹³⁰ Article 41 §1^{er} de la loi OPC

ou c), moyennant notamment, le respect des conditions fixées ci-dessous....»¹³¹. Les sociétés d'investissement peuvent donc recourir à une société de gestion ou être auto-gérées.

« Un organisme de placement doit disposer d'un et un seul dépositaire »¹³². « Les fonctions de société de gestion d'organismes de placement collectif et de dépositaire ne peuvent être exercées par la même société. L'exercice des fonctions de gestion visées à l'article 3, 22°, b), i), iii), iv) et ix) ne peut pas être confié ou assuré par le dépositaire de la société d'investissement, ni par toute autre entreprise dont les intérêts peuvent être en conflit avec ceux de la société d'investissement ou avec ceux des porteurs de titres »¹³³. « Nul ne peut agir à la fois comme :

1° société de gestion d'organisme de placement collectif et dépositaire;

2° société d'investissement et dépositaire. »¹³⁴

Les fonctions de dépositaire sont exposées aux articles 51/1 et 51/2 de loi OPC. Notons encore que le dépositaire peut déléguer certaines fonctions (voir l'article 52/1 de la loi OPC).

Le fonctionnement d'un OPC statutaire requiert au minimum l'existence d'une société d'investissement et d'un dépositaire. L'existence d'une société de gestion séparée est optionnelle.

Le fonctionnement d'un OPC contractuel requiert au minimum l'existence d'une société de gestion et d'un dépositaire.

Les sociétés de gestion d'organismes de placement collectif peuvent gérer des organismes de placement collectif établis dans d'autres Etats membres (système de passeport européen).

7.1.2 Les Organismes de Placement Collectif Alternatif (directive 2011/61/EU)

La directive 2011/61/EU du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n ° 1060/2009 et (UE) n ° 1095/2010 (ci-après « directive AIFM ») s'applique de manière très large aux gestionnaires d'OPC qui ne répondent

¹³¹ Article 42 §1^{er} de la loi OPC

¹³² Article 50 §1^{er} de la loi OPC

¹³³ Article 33 §3 de la loi OPC

¹³⁴ Article 52 §1^{er} de la loi OPC

pas aux conditions de la directive OPCVM. L'activité visée est la gestion, à titre habituel, de ce type d'OPC. La directive ne réglemente pas les Fonds d'Investissement Alternatifs (ci-après « FIA »).

La directive AIFM définit les FIA en son article 4,1, a comme :

« «FIA», des organismes de placement collectif, y compris leurs compartiments d'investissement, qui:

- i) lèvent des capitaux auprès d'un certain nombre d'investisseurs en vue de les investir, conformément à une politique d'investissement définie, dans l'intérêt de ces investisseurs; et*
- ii) ne sont pas soumis à agrément au titre de l'article 5 de la directive 2009/65/CE; »*

Le considérant 10 de la directive AIFM énonce que *« La présente directive ne réglemente pas les FIA. Il devrait donc être possible de continuer à réglementer et surveiller les FIA au niveau national. Il serait disproportionné de réglementer la structure ou la composition des portefeuilles des FIA gérés par des gestionnaires au niveau de l'Union, et il serait difficile de parvenir à une harmonisation aussi large du fait de la grande diversité des FIA gérés par des gestionnaires. Par conséquent, la présente directive n'empêche pas les États membres d'adopter ou de continuer à appliquer des exigences nationales en ce qui concerne les FIA établis sur leur territoire. Le fait qu'un État membre puisse imposer aux FIA établis sur son territoire des exigences supplémentaires à celles qui s'appliquent dans d'autres États membres ne devrait pas empêcher les gestionnaires agréés conformément à la présente directive dans d'autres États membres d'exercer leur droit de commercialiser auprès d'investisseurs professionnels dans l'Union certains FIA, établis hors de l'État membre qui impose des exigences supplémentaires, qui ne sont dès lors pas soumis à ces exigences supplémentaires ni tenus de les respecter. »*

L'exposé des motifs du projet de loi relatif aux organismes de placement collectif alternatifs et à leurs gestionnaires contient les informations suivantes : *« Les catégories de véhicules d'investissements publics qui sont visées par la directive AIFM sont les sicav en instruments financiers et liquidités, les sicafl et les pricaf publiques »¹³⁵ ; « La directive AIFM s'applique également aux gestionnaires d'OPC qui ne recueillent par leurs moyens financiers auprès du public. De tels gestionnaires ne sont actuellement pas soumis à un régime légal obligatoire. La*

¹³⁵ La chambre, doc 53 3432/001 3433/001 page 12

loi du 3 août 2012 n'oblige en effet les sociétés de gestion d'OPC à se faire agréer auprès de la FSMA que si elles gèrent des OPC publics. Toutefois la loi du 3 août 2012 et ses arrêtés d'exécution mettent en place des régimes facultatifs pour les OPC qui ne recueillent pas leurs moyens financiers auprès du public. Un statut est ainsi organisé en ce qui concerne les OPC institutionnels à nombre variable de parts, les sicafi institutionnelles, les OPC en créances institutionnelles et les pricaf privées. En fonction de la qualité des investisseurs auprès desquels les OPC concernés recueillent leurs moyens financiers, la loi du 3 août 2012 distingue entre les OPC institutionnelles et les OPC privés. A l'exception des sicafi institutionnelles, ces OPC institutionnels et privés ne relèvent pas du contrôle de la FSMA mais sont inscrits auprès du SPF Finances. »¹³⁶ ; « La directive AIFM utilise, pour désigner les OPC, le terme de 'fonds d'investissement alternatif' dans sa version française et de 'alternative beleggingsinstelling' dans sa version néerlandaise. Ce choix terminologique ne paraît pas devoir être repris dans le contexte belge. En droit belge, le terme de « fonds » a en effet un sens bien précis, et désigne spécifiquement un organisme de placement collectif dépourvu de la personnalité juridique. Par ailleurs, la réglementation belge existant fait usage du terme 'instelling voor collectieve belegging » plutôt que celui de « beleggingsinstelling ». Pour cette raison, le projet utilise les termes d'organisme de placement alternatif ou d'OPCA »¹³⁷ ; « Le présent projet s'applique exclusivement aux OPC qui ne répondent pas aux conditions de la directive UCITS¹³⁸ (ci-après OPCA). Les OPC qui répondent aux conditions de la directive UCITS (ci-après les « OPCVM ») et les organismes de placement en créances restent quant à eux soumis à la loi du 3 août 2012. Le Gouvernement a donc fait le choix logistique de soumettre ces deux types d'OPC à deux lois distinctes pour des motifs de simplification et de facilité de lecture. Bien qu'un certain nombre de concepts soient identiques entre la directive AIFM et la directive UCITS, ces deux directives diffèrent tant par le plan de l'approche générale (la directive AIFM vise exclusivement à réglementer l'activité des gestionnaires, tandis que la directive UCITS s'applique également à l'organisme de placement collectif en lui-même) que sur le plan du détail des règles »¹³⁹.

La loi du 19 avril 2014 relative aux organismes de placement collectif alternatifs et à leurs gestionnaires (ci-après « **loi OPCA** ») est structurée comme suit :

¹³⁶ Idem page 12

¹³⁷ Idem page 16

¹³⁸ NDLR The Undertakings for the Collective Investment in Transferable Securities (UCITS), c'est-à-dire l'équivalent en langue anglaise de OPCVM

¹³⁹ La chambre, doc 53 3432/001 3433/001 page 15

- Partie I : dispositions générales
- Partie II : dispositions harmonisées relatives aux gestionnaires d'organismes de placement collectif alternatifs
- Partie III : dispositions non harmonisées relatives aux organismes de placement collectif alternatifs
- Partie IV : dispositions non harmonisées relatives aux sociétés de gestion
- Autres parties

La partie II transpose les dispositions obligatoires de la directive AIFM. Pour rappel la directive AIFM vise les sociétés gestionnaires de FIA.

La partie III de la loi comprend les règles spécifiques applicables (a) aux OPCA de droit belge ou étranger qui offrent leurs parts au public en Belgique (livre 1^{er}) et (b) aux OPCA qui optent pour un des régimes d'OPCA institutionnels ou privés organisés par la loi (livre II). Ces dispositions ne découlent pas de la directive AIFM, mais incluent les éléments du régime légal applicable aux OPCA publics qui ne répondent pas aux conditions de la directive OPCVM ainsi qu'aux OPCA institutionnels et privés. En ce qui concerne les OPCA privés et institutionnels il est important de noter que le régime est optionnel. Néanmoins les OPCA privés et institutionnels qui souhaitent bénéficier des dispositions fiscales sur mesure prévues au CIR/92 devraient en tout cas opter pour les régimes prévus au livre II.

La partie V prévoit des dispositions supplémentaires à celles de la partie II pour les sociétés de gestion d'OPCA public. Ces dispositions ne découlent pas de la directive AIFM.

Notons que les dispositifs suivants ont été récemment mis en place par le législateur en application de la partie III de la loi OPCA.

- Les Fonds d'Investissements Immobiliers Spécialisés en abrégé (« FIIS ») (arrêté royal du 9 novembre 2016). Ces fonds sont réservés aux investisseurs institutionnels. Le rapport au Roi précise que « *Un des objectifs du régime des FIIS est de repositionner Bruxelles en tant que centre financier. En effet, nombre de gestionnaires de fonds d'investissement (belges et étrangers) ont actuellement recours à d'autres places financières, telles que le Luxembourg et les Pays-Bas, afin de créer des fonds d'investissement immobiliers. Dès lors, en offrant un cadre réglementaire flexible dédié aux investissements immobiliers et réservé aux investisseurs institutionnels et professionnels, la Belgique se positionne pour attirer les gestionnaires étrangers de fonds d'investissement immobiliers et également pour offrir aux gestionnaires belges de*

fonds d'investissement immobiliers un véhicule d'investissement performant leur permettant de lever des moyens financiers et de lancer de tels fonds d'investissement en Belgique. »

- Les Fonds Starter Publics et les Pricafs Privés Starter (arrêté royal du 5 mars 2017). Le rapport au Roi précise que « *La création de ces deux nouveaux statuts d'organisme de placement collectif alternatif (en abrégé, 'OPCA') s'inscrit dans le contexte du dispositif introduit par l'article 48 de la loi-programme du 10 août 2015. Cette disposition a introduit un article 145/26 dans le Code des impôts sur les revenus, en vertu duquel une réduction d'impôt peut être accordée, moyennant le respect des conditions fixées par la loi, aux souscripteurs de parts d'un fonds starter public ou d'une pricaf privée starter. Ces OPCA ont pour vocation d'investir dans les actions de jeunes entreprises (start-ups).* »

Notons encore

- L'Arrêté royal du 19 septembre 2017 modifiant l'arrêté royal du 7 décembre 2007¹⁴⁰ relatif aux organismes de placement collectif à nombre variable de parts institutionnels qui ont pour but exclusif le placement collectif dans la catégorie d'investissements autorisés dans l'article 7, premier alinéa, 2° de la loi du 20 juillet 2004. Le rapport au Roi précise que « *L'intention est à cet égard d'appliquer à ces organismes un régime de contrôle identique à celui applicable aux FIIS* »
- La loi du 26 mars 2018 et l'arrêté royal du 08 mai 2018 modifiant l'arrêté royal du 23 mai 2007 relatif à la pricaf privée et l'AR/CIR 92 en matière de renonciation à la perception du précompte mobilier. Le rapport au Roi précise que « *l'objectif est d'adapter le cadre réglementaire et fiscal de la pricaf privée aux domaines dont l'expérience pratique a démontré qu'ils font obstacle à l'utilisation efficace de la pricaf privée comme véhicule pour l'investissement collectif dans des sociétés non cotées et*

¹⁴⁰ L'arrêté royal s'intitule désormais « Arrêté royal relatif aux organismes de placement collectif alternatifs à nombre variable de parts institutionnels qui ont pour but exclusif le placement collectif dans la catégorie d'investissements autorisés dans l'article 183, alinéa 1er, 1°, de la loi du 19 avril 2014 »

dans des sociétés en croissance, ainsi que d'aligner davantage la pricaf privée sur les instruments étrangers comparables ».

La Sicafi, en tant que véhicule d'investissement, n'a pas disparu¹⁴¹. La Sicafi fait toujours partie de la loi OPCA bien que la plupart des Sicafi aient opté pour le régime de la société immobilière réglementée (voir le chapitre 7.1.4 pour ce régime).

7.1.3 Contrôle

La FSMA contrôle les OPC et les sociétés de gestion d'OPC/OPCA. Certains OPCA doivent être inscrits auprès du SPF Finance. Des listes reprenant ces OPC/OPCA sont disponibles sur le site internet de la FSMA¹⁴² et du SPF Finance¹⁴³.

7.1.4 Les sociétés immobilières réglementées

L'exposé des motifs du projet de loi relatif aux sociétés immobilières réglementées contient quant à lui les informations suivantes :

« En raison de leur statut actuel d'OPC, les sicafi immobilières seront nécessairement considérées comme des organismes de placement alternatif dès l'entrée en vigueur de la loi de transposition de la directive AIFM et doit satisfaire au cadre juridique supplémentaire de ces institutions.

Il n'est cependant pas certain que cet encadrement supplémentaire apporte vraiment quelque chose d'intéressant pour ce qui concerne les sicafi immobilières.

Dans les pays limitrophes, les sociétés immobilières ne sont pas nécessairement organisées comme des fonds communs de placement et elles ne seront donc pas nécessairement soumises à la législation de la directive AIFM.. En outre il existe d'autres régimes ayant des

¹⁴¹ Voir Jurim pratique, revue pratique de l'immobilier, Larcier, 3/2017, page 107

¹⁴² "ORGANISMES DE PLACEMENT COLLECTIF (OPC)" et "SOCIÉTÉS DE GESTION D'OPC/OPCA"

¹⁴³ "Fonds d'investissement immobiliers spécialisés", "OPCA institutionnels", "SIC institutionnels" et "Pricafs privées"

caractéristiques spécifiques, et avec un traitement fiscal similaire à celui des fonds communs de placement : en France, c'est le régime de la « société immobilière réglementée », au Royaume-Uni et en Allemagne il s'agit du « Real Estate Investment » (REIT)

Le projet vise à introduire, en Belgique également, un statut spécifique de « société immobilière réglementée » qui soit distinct de celui des sicafi immobilières »¹⁴⁴

« 9. Les sicafi, du fait qu'elles ont, en droit belge, un statut d'organisme de placement collectif, seront de iure qualifiées d'AIF. Elles seront de ce fait soumises (outre la réglementation sicafi) à des obligations qui en alourdiront le fonctionnement et les coûts par rapport aux REITs qui ne sont pas des AIFs

10. Dès lors dans un souci de maintien de la position concurrentielle des sociétés immobilières cotées, compte tenu de leur importance pour l'économie réelle et pour l'épargne publique, il a paru nécessaire de créer pour ces entreprises un nouveau statut juridique, à l'instar de ce qui est prévu dans les législations d'autres Etats européens voisins, celui de la « société immobilière réglementée »¹⁴⁵

Les sociétés immobilières réglementées (ci-après **SIR**) ne tombent pas dans le champ de la directive AIFM. En effet une SIR est une entreprise immobilière qui se distingue au moins en quatre points d'un AIF¹⁴⁶. Le lecteur consultera les pages 9,10 et 11 de l'avant-projet de loi pour plus de détails concernant ces quatre points.

7.1.5 Les institutions de retraite professionnelle

« Les employeurs qui proposent à leur personnel une pension complémentaire sont tenus, en vertu de la loi relative aux pensions complémentaires (LPC), de confier l'exécution de celles-ci à un organisme de pension. Il peut s'agir de deux types d'organismes de pension: les entreprises d'assurance et les institutions de retraite professionnelle (IRP), mieux connues sous le nom de fonds de pension... Une IRP est un organisme sans but lucratif créé par un ou plusieurs employeurs en vue du financement de ses/leurs pensions complémentaires. Les IRP peuvent s'engager à une obligation de résultat ou au contraire se limiter à une obligation de moyen.

¹⁴⁴ Chambre, doc 53 3497/001, page 3

¹⁴⁵ Idem page 11

¹⁴⁶ Fonds d'investissement alternatifs : FIA ou selon l'abréviation en anglais, plus fréquemment utilisée AIF

Dans ce dernier cas, elles s'engagent uniquement à gérer avec prudence les fonds qui leur ont été confiés. À l'heure actuelle, 200 IRP sont actives en Belgique. Elles opèrent toutes dans le cadre d'une obligation de moyen. Cela ne signifie bien sûr pas que le financement des obligations de pension n'est pas réglementé. Les IRP sont soumises à la loi du 27 octobre 2006 relative au contrôle des institutions de retraite professionnelle. En vertu de cette loi, elles sont tenues de réserver des provisions qui doivent représenter une estimation prudente des obligations de pension et couvrir à tout moment ces provisions par des actifs de qualité. Les IRP doivent faire rapport annuellement à la FSMA (Autorité des services et marchés financiers) »¹⁴⁷

La loi du 27 octobre 2006 (ci-après « **loi IRP** ») a transposé en droit belge une série de dispositions prévues dans la directive 2003/41/CE concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle. Toute institution de retraite professionnelle est constituée en personne morale indépendante de l'entreprise d'affiliation. La loi IRP a introduit une nouvelle forme juridique : l'Organisme de Financement de Pension (OFP). L'article 8 de la loi IRP prévoit :

« Art. 8. Toute institution de retraite professionnelle est constituée en personne morale distincte de l'entreprise d'affiliation.

Elle prend la forme d'un Organisme de Financement de Pensions régi par le Chapitre II. »

Les IRP sont des investisseurs à très long terme. La réalisation des actifs qu'elles détiennent ne peut avoir d'autre but que la fourniture de prestations de retraite. Le principe sous-jacent en matière d'investissement de capitaux est clairement le principe de prudence (prudent person rule), principe revenant constamment en filigrane dans la directive¹⁴⁸.

Les prestations que peut fournir en Belgique une IRP doivent être des prestations de retraite au sens de la loi¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Question parlementaire Bulletin n° : B120 - Question et réponse écrite n° : 0083 - Législature : 53

¹⁴⁸ L'institution de retraite professionnelle, Pierre Doyen, éditions Anthémis, page 22

¹⁴⁹ Loi IRP, art 2, al. 1, 2°, et 74 à 76

7.1.6 Les organismes de placement collectif en créances

Afin d'être complet, nous mentionnons encore les organismes de placement collectif en créances. *« L'OPC qui investit dans des créances. Il s'agit toutefois d'un type exceptionnel quasi-inexistant en Belgique. La société d'investissement en créances est abrégée 'SIC' »*¹⁵⁰. Ce type d'OPC n'est réglementé ni par la directive OPCVM, ni par la directive AIFM.

*« Un autre changement important concerne les organismes de placement en créances. L'article 2, paragraphe 3, g) de la directive AIFM exclut les structures de titrisation ad hoc de son champ d'application. Dans la terminologie de la directive AIFM, ce terme désigne les entités dont le seul objet est de réaliser une ou plusieurs opérations de titrisation²⁶. Ce faisant, le législateur européen a donc affirmé que les véhicules de titrisation ne devaient pas être soumis au régime légal applicable aux OPC. Le Gouvernement estime que cette approche doit être suivie en droit belge et qu'il y a lieu, de manière plus générale, de calquer le champ d'application de la loi proposée sur celui de la directive. Une autre approche n'aurait que peu de sens dans un contexte d'harmonisation européenne poussée de la législation relative au secteur financier. Cette position a des conséquences importantes en ce qui concerne le statut des organismes de placement en créances: ce statut, mis en place par la loi du 5 août 1992 afin de créer un instrument permettant d'effectuer des opérations de titrisation en Belgique était en effet jusque maintenant soumis au régime juridique applicable aux OPC. La loi proposée entend modifier ce choix et exclure les organismes de placement en créances du champ d'application de la législation OPC. Conformément à l'approche retenue par le législateur européen, ces organismes ne seront pas soumis au régime découlant de la directive AIFM »*¹⁵¹

¹⁵⁰ Voir <https://www.beama.be/fr/aptitude-financiere/de-icb-fr/definitie-fr/classification-des-opc>

¹⁵¹ DOC 53 3432/001 3433/001, 10 mars 2014, PROJET DE LOI relatif aux organismes de placement collectif alternatifs et à leurs gestionnaires, page 115

