

N° 301849  
Société Le Crédit Lyonnais

3<sup>ème</sup>, 8<sup>ème</sup>, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> sous-sections réunies  
Séance du 20 mai 2011  
Lecture du 11 juillet 2011

## Conclusions

Mme Claire LEGRAS, rapporteur public

*(Ce texte est celui qui a été prononcé par Mme Legras en séance publique ; il a toutefois dû subir quelques modifications uniquement destinées à permettre d'identifier sans ambiguïté les références de jurisprudence citées dont les noms étaient effacés pour la mise en ligne.)*

1- Les questions liées au prorata de déduction de TVA des assujettis à cette taxe qui n'en sont redevables que partiellement ne sont pas le moindre des charmes byzantins de cet impôt. Malgré un abord peu avantageux, ces questions, dont le Pr. Cozian s'est plu à souligner la « *rebutante complexité* », sont liées à des enjeux économiques et financiers de grande ampleur, comme l'illustre l'intéressante affaire qui vient d'être appelée et qui vous conduira à vous interroger sur la possibilité, revendiquée par le Crédit lyonnais, de mondialiser le calcul du prorata.

Précisons le cadre juridique du litige.

Dans le système commun de TVA, un opérateur économique est en droit de déduire intégralement la TVA ayant grevé les biens et services acquis pour les besoins de ses activités taxées (en ce sens, **CJCE, 8 février 2007, *Inverstrand*, RJF 4/07 n° 524 ; CJCE, 6 mars 2008, *Nordania Finans et BG Factoring*, RJF 5/08 n° 625**). Le droit à déduction, posé à l'article 17 de la sixième directive et transposé par l'article 271 du code général des impôts, vise à soulager entièrement l'entrepreneur du poids de la TVA due dans le cadre de toutes ses activités économiques ; il est donc la clé de voûte de la neutralité que le système commun de TVA garantit.

Lorsque, comme c'est le cas des établissements de crédit, le contribuable effectue à la fois des activités taxées et des activités exonérées et qu'il acquiert des biens et services indistinctement pour ces deux types d'activités, il ne peut déduire la taxe ayant grevé ces achats que proportionnellement au montant du chiffre d'affaires de ses activités taxables en régime intérieur ou, conformément aux stipulations du c du § 3 de l'article 17 de la 6<sup>ème</sup> directive, exonérées dans les relations commerciales internationales avec des pays tiers. Pour isoler cette taxe déductible, l'article 17 de la 6<sup>ème</sup> directive prévoit le recours à un prorata, défini à son article 19. Selon cet article, le droit à déduction afférent aux dépenses mixtes – et à celles-ci uniquement<sup>1</sup> – est égal au résultat d'une fraction qui comprend, au numérateur, le

---

<sup>1</sup> Votre jurisprudence selon laquelle la règle du prorata vaut lorsque les immobilisations sont effectivement d'utilisation mixte a été corroborée par la CJCE (CE, plénière, 21 février 1979, *SA Socofrein*, RJF 4/79

chiffre d'affaires des opérations taxées et, au dénominateur, ce chiffre d'affaires ajouté à celui des opérations exonérées, le chiffre d'affaires afférent à certaines opérations immobilières ou financières n'étant pas pris en compte lorsqu'elles sont accessoires. La directive permet aussi aux Etats d'écarter le mécanisme du prorata au profit d'une règle d'affectation des dépenses qui consiste, après une analyse fine de celles-ci, à les mettre en relation, directement ou, au besoin, via des clés de répartition permettant une estimation raisonnable de l'utilisation des biens et services acquis, avec le chiffre d'affaires auquel elles ont concouru. La France a toutefois opté pour le prorata, dont le régime figure à l'article 212 de l'annexe II au CGI. Précisons enfin que, depuis l'arrêt **Satam de la CJCE du 22 juin 1993, à la RJF 7/93 n° 986**, il ne doit être tenu compte au dénominateur que des recettes situées dans le champ d'application *rationae materiae* de la TVA.

La refonte à droit quasi-constant de la 6<sup>ème</sup> directive, qui a conduit à l'adoption de la directive 2006/112/CE du 28 novembre 2006, et la reprise intégrale de la rédaction des articles du CGI relatifs au droit à déduction de la TVA par le décret du 16 avril 2007<sup>2</sup> ne modifient pas fondamentalement la donne s'agissant des dépenses qui sont effectivement d'utilisation mixte<sup>2</sup>. L'ancien prorata est certes remplacé par un « coefficient de taxation », défini au III de l'article 206 de l'annexe II au CGI, qui intervient dans le calcul du coefficient de déduction des assujettis. Mais pour le cas de figure qui nous occupe, ces changements s'avèrent sans incidence : si la sectorisation est obligatoire, lorsqu'elle est possible, pour déterminer le périmètre des opérations taxables et celui des opérations exonérées, les opérations mixtes se voyant obligatoirement appliquer un coefficient de taxation, le droit à déduction demeure entièrement déterminé par ce dernier coefficient lorsque la possibilité de constituer des secteurs distincts est exclue au regard des critères rigides figurant désormais à l'article 209 de l'annexe II<sup>3</sup>. Nous y reviendrons. La question qui vous est soumise n'est donc en rien devenue caduque et les entreprises, qu'il s'agisse du prorata ou du coefficient de taxation, sont soumises à une règle compliquée dont le coût de gestion est à l'évidence important.

Le régime de taxation à la TVA des activités bancaires est l'un des plus complexes : certaines de ces activités sont hors champ de la TVA et, parmi les activités qui sont dans le champ de la taxe, certaines sont imposables et d'autres exonérées, sachant que pour ces dernières, il existe un droit d'option à la TVA<sup>4</sup>. Le principal problème juridique et économique en matière de TVA sur les services financiers est ainsi la déduction de la taxe grevant leurs coûts. Il suffit ici de retenir que les activités du Crédit lyonnais ne sont que partiellement passibles de la TVA et qu'il ne peut donc déduire que partiellement la taxe qui a grevé ses dépenses.

---

n° 213 ; CE, 26 juillet 1985, SA Devoiselle, RJF 11/85 n° 1434 ; CE, 18 juin 1990, SREE, RJF 8-9/90 n° 1004 ; CJCE, 6 avril 1995, BLP Group plc, RJF 6/95 n° 804 ; CJCE 8 juin 2000, Midland Bank plc, RJF 9-10/00 n° 1187 ; CJCE 22 février 2001, Abbey National plc, RJF 6/01 n° 894). Le décret du 16 avril 2007 signe le ralliement de l'administration à cette jurisprudence.

<sup>2</sup> Ce texte consacre la primauté du principe d'affectation pour la détermination des droits à déduction qui sont attachés à des dépenses non mixtes, c'est-à-dire affectées exclusivement à des opérations taxables ou à des opérations ouvrant droit à déduction. Cf Gilles Bachelier et Thomas Andrieu, « La refonte des modalités de déduction de la TVA », BF 11/07.

<sup>3</sup> Voir sur ce point Odile Courjon et Jean-Claude Bouchard, « Le droit à déduction de la TVA ou comment une refonte à droit quasi-constant a fait émerger le principe de l'affectation », Dr. fisc. N° 6 7 février 2008, c. 144.

<sup>4</sup> Ce régime d'option pour la TVA est prévu à l'article 260 B du CGI ; il était définitif dans les années d'imposition en litige et fonctionne aujourd'hui par périodes de cinq ans.

2

---

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Enfin, il faut rappeler que la TVA est liée à la taxe sur les salaires, qui est acquittée par les organismes qui ne sont pas soumis à la TVA ou qui ne le sont que partiellement, la taxe étant dans ce dernier cas calculée, ainsi que le prévoit le 1 de l'article 231 du CGI, à hauteur du chiffre d'affaires non assujetti à la TVA, par application d'un rapport d'assujettissement couramment appelé « contre-prorata », quoique cette désignation soit impropre depuis que la Cour de Luxembourg a exclu les recettes situées hors du champ d'application de la TVA du calcul du prorata, la situation étant demeurée inchangée en matière de taxe sur les salaires. Ainsi, un prorata plus important permet à la fois de déduire plus largement la TVA d'amont et de limiter l'imposition à la taxe sur les salaires.

Venons-en au litige. 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 1<sup>er</sup> janvier 1988 au 31 décembre 1989, pour un montant total d'environ 32,5MF.

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 1<sup>er</sup> janvier 1988 et le 31 décembre 1990, pour des montants respectifs d'environ 308 et 151 MF. 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 l'étranger.

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.

Le Crédit lyonnais a alors saisi le tribunal administratif de Paris de demandes tendant soit à la décharge des rappels de TVA et de taxe sur les salaires issus du contrôle, soit à la restitution de la TVA et de la taxe sur les salaires qu'il estimait avoir versées à tort du 1<sup>er</sup> janvier 1988 au 31 décembre 1990. Il a également formé en cours d'instance une demande tendant à la compensation entre les impositions en litige – sur le périmètre desquelles nous reviendrons – et la surtaxation à la TVA et à la taxe sur les salaires qu'il estime avoir subie en omettant de prendre en compte le chiffre d'affaires réalisé à l'étranger par ses succursales, ce qui a conduit à une perte de droit à déduction de sa TVA d'amont et à une surimposition à la taxe sur les salaires. Par un jugement du 5 octobre 2004, le tribunal a rejeté les demandes de la société.

La cour administrative d'appel de Paris a confirmé ce jugement par un arrêt du 8 décembre 2006. Elle a tout d'abord statué sur la demande de décharge des rappels issus de la

vérification de comptabilité en écartant le moyen du Crédit Lyonnais tiré de la méconnaissance de l'article L. 176 du livre des procédures fiscales relatif au délai de reprise de l'administration. Elle a ensuite relevé que dans le dernier état de ses écritures, la société ne contestait plus le non-assujettissement à la TVA des intérêts versés au siège par les succursales établies à l'étranger. Enfin, elle a abordé la question de la prise en compte du chiffre d'affaire mondial du Crédit Lyonnais dans son prorata, en deux temps. Elle s'est tout d'abord prononcée sur la demande de restitution et a jugé que la réclamation du 31 décembre 1996 était tardive et donc irrecevable. Elle a ensuite examiné l'argumentation de la société sur le prorata mondial au titre de la demande de compensation et l'a écartée sans se prononcer sur la recevabilité de cette demande, qui n'était pas contestée, ni sur sa portée, qui mérite d'être précisée.

Le Crédit Lyonnais se pourvoit régulièrement en cassation contre cet arrêt.

**2-** Il soulève trois séries de moyens.

**2-1-** Le Crédit lyonnais conteste, tout d'abord, sous l'angle de l'erreur de droit et de l'insuffisance de motivation, le fait que la cour ait jugé que les redressements qui lui ont été notifiés le 27 décembre 1991 et qui se rapportent à la TVA qu'il avait déduite en 1988 au titre de l'année 1987 n'étaient pas prescrits.

La société a rectifié sur des déclarations afférentes à l'année 1988 le montant de TVA déductible au titre de l'année 1987, à la suite du calcul définitif du prorata de déduction, conformément à l'article 214 de l'annexe II au CGI. Cela l'a conduite à pratiquer une déduction supplémentaire de TVA le 25 avril 1988.

Rappelons le mécanisme de calcul du prorata provisoire et du prorata définitif alors applicable. Lorsqu'il est impossible au redevable de se référer utilement aux recettes de l'année précédente, l'article 214 de l'annexe II prévoit que le prorata « *est déterminé provisoirement en fonction des recettes réalisées l'année précédente ou des recettes prévisionnelles de l'année en cours. Le montant des taxes déductibles est définitivement arrêté avant le 25 avril de l'année suivante* ». Lorsque le prorata définitif est connu, soit le redevable peut opérer une déduction complémentaire, soit il doit reverser une partie de la taxe qu'il a déduite sur la base du prorata provisoire.

Au cas présent, il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le redressement opéré par l'administration porte exclusivement sur le montant supplémentaire de taxe déduit le 25 avril 1988. Les notifications de redressements ne figurent pas au dossier, mais ce point est nettement indiqué dans l'arrêt de la cour. Devant vous, le ministre fait valoir, sans être contredit, que le vérificateur a estimé que la déduction complémentaire opérée à cette date n'était pas fondée et que le prorata définitif de l'année 1987 était de 23% et non de 24%, comme le pensait la société, ce qui aurait dû l'amener à reverser un complément de TVA déductible. Suite à cette modification du prorata définitif de l'année 1987, un rappel a été notifié à la société, qui correspond à l'excédent de régularisation pratiqué par elle au début de l'année 1988. Devant vous, le Crédit lyonnais laisse entendre plutôt qu'il n'affirme que l'administration n'aurait pas appliqué son droit de reprise à la seule quote-part de la TVA régularisée en 1988 au titre de 1987, mais sur la totalité de ses droits à déduction exercés en 1987 ; mais l'arrêt n'est pas critiqué pour dénaturation et, au vu des

pièces du dossier de la cour, nous pensons que le rappel n'a porté que sur la déduction supplémentaire de TVA opérée par la société le 25 avril 1988.

En appel, la société soutenait que l'administration ne pouvait remettre en cause par une notification de redressements du 27 décembre 1991 la rectification de son prorata de déduction opérée en 1988 sans méconnaître les dispositions de l'article L. 176 du LPF selon lesquelles, en matière de TVA, lorsque l'exercice comptable correspond à l'année civile, le délai de reprise expire en principe le 31 décembre de la troisième année suivant celle au cours de laquelle la taxe est devenue exigible. Pour écarter ce moyen, la cour a relevé que « *si la société requérante fait observer que le redressement, notifié en décembre 1991, porte, au mépris des dispositions de l'article L. 176 du LPF, sur une taxe dont le fait générateur se situe, pour une partie au moins, en période prescrite, et que la notification ne pouvait concerner que la taxe déductible dont le fait générateur se situait durant la période entre le 1<sup>er</sup> janvier 1988 et le 25 avril 1988, le point de départ du délai de prescription applicable à une déduction injustifiée de TVA ne se situe pas à la date du fait générateur, mais à celle à laquelle le contribuable s'est prétendu, à tort, titulaire de ce droit à déduction* ».

Cette motivation est suffisante et elle n'est pas entachée d'erreur de droit.

L'article L. 176, en effet, ne se réfère qu'à la date d'exigibilité de la taxe et ne traite pas du fait générateur de la taxe déductible. Or les textes et la jurisprudence distinguent nettement les deux situations et prévoient que tout ce qui influe sur le montant de l'imposition au cours d'une période non prescrite peut être vérifié par l'administration.

Selon l'article L. 177 du LPF, les redevables doivent justifier du montant de la taxe déductible ou du crédit de taxe dont ils demandent à bénéficier, par la présentation de documents même établis antérieurement à l'ouverture de la période soumise au droit de reprise de l'administration. Et l'administration a le droit de vérifier et de rectifier le reliquat de taxes déductibles ou crédit de TVA, bien qu'il ait son origine dans une période couverte par la prescription. Ce principe se comprend aisément : le report d'une somme erronée au titre d'un crédit de TVA né au cours de la période prescrite entraîne, en effet, l'irrégularité de la première déclaration mensuelle vérifiée dans les délais normaux de prescription.

Vous avez ainsi jugé que l'administration est en droit de reconstituer le chiffre d'affaires d'un contribuable pendant une période prescrite pour montrer qu'un crédit de taxe dont il a fait état à l'ouverture de la période non prescrite n'est pas justifié (**CE, 30 juin 1982, F..., n° 26341, RJF 10/82 n° 927**). Elle peut contrôler toutes les opérations ayant concouru à la formation de ce crédit et de reprendre dans la limite du dernier solde de taxe déductible apparu au premier jour de la période non prescrite, les droits qui se retrouvent dans le montant des taxes dues au cours de la période non prescrite (**CE, 14 mars 1984, société civile du domaine des Bertrands, RJF 5/84 n° 639 ; CE, 24 juin 1985 n° 21521, RJF 8-9/85 n° 1168 ; CE, 7 décembre 1988, SA Entreprise dauphinoise d'études et de réalisation, RJF 2/88 n° 158**). Cette jurisprudence ne laisse, vous le voyez, aucune chance au moyen du pourvoi.

**2-2-** Il est ensuite soutenu que la cour a méconnu les dispositions des articles R. 196-1 et R. 196-3 du LPF en jugeant qu'était tardive la demande de restitution du 31

décembre 1996, portant sur la TVA et de la taxe sur les salaires spontanément acquittées entre le 1<sup>er</sup> janvier 1988 et le 31 décembre 1990.

L'article R. 196-1 du LPF prévoit que « *pour être recevables, les réclamations relatives aux impôts autres que les impôts directs locaux et les taxes annexes à ces impôts, doivent être présentées à l'administration au plus tard le 31 décembre de la deuxième année suivant celle, selon le cas : / a) De la mise en recouvrement du rôle ou de la notification d'un avis de mise en recouvrement ; / b) Du versement de l'impôt contesté lorsque cet impôt n'a pas donné lieu à l'établissement d'un rôle ou à la notification d'un avis de mise en recouvrement (...)* ». Quant à l'article R. 196-3 du même livre, il ouvre, en cas de redressement, un délai supplémentaire de réclamation au contribuable d'une durée égale au délai de répétition de l'administration. Dans ce délai, le contribuable peut contester tant l'imposition supplémentaire correspondant au redressement que l'imposition primitive à laquelle il avait été assujéti (**CE, 9 juillet 1980, n° 13629 et 15531, RJF 10/80 n° 790**).

Ce sont bien ces articles relatifs aux délais généraux de réclamation qui trouvent à s'appliquer au cas présent. Ce n'est pas douteux s'agissant de la taxe sur les salaires. Et s'agissant de la TVA, il en va de même puisque la demande formée par la société en 1996 tend non au remboursement d'un crédit de TVA né de l'impossibilité d'imputer l'intégralité de ses droits à déduction sur la taxe brute, mais à la restitution par le Trésor d'un trop-versé de TVA lié aux modalités d'après elle erronées selon lesquelles elle avait calculé son prorata de déduction. Cette demande de restitution, qui constitue une réclamation, n'est pas soumise aux conditions et délais particuliers fixés par les articles 242-0 A et suivants de l'annexe II au CGI relatifs aux remboursements de crédits de taxe non imputables. Voyez, sur cette question, vos décisions du **5 avril 1993, SCI Résidence de la Falaise** et **SCI Le Germinal, à la RJF 5/93 n° 645 et 646**, et du **9 juillet 2010, SNC d'Arbois, qui sera mentionnée aux tables**.

La question posée par le pourvoi est celle de la computation des délais de réclamation. La cour a jugé que la réclamation du 31 décembre 1996 était tardive tant en application de l'article R. 196-1 que de l'article R. 196-3 du LPF s'agissant, d'une part, de taxes versées en 1990 et 1991 et, d'autre part, de taxes relatives aux années 1988 et 1989 ayant fait l'objet de rappels notifiés en décembre 1991 et 1992. Elle n'a ce faisant commis aucune erreur de droit.

En effet, le point de départ du délai spécial de réclamation prévu à l'article R. 196-3 est, en cas de reprise, la notification du redressement (**CE, 9 juillet 1980, n° 13629 et 15531, RJF 10/80 n° 790**). Si cette position a été un temps abandonnée, pour faire partir le délai de la mise en recouvrement des impositions, vous y êtes revenus par une décision de **plénière du 28 novembre 1986, n° 47147, à la RJF 2/87 n° 236**, confirmée depuis – voyez par exemple votre décision précitée **SCI Le Germinal** ou une décision du **6 décembre 2006, R..., n° 271935, à la RJF 3/07 n° 341**.

La société semble en être restée à l'état antérieur de votre jurisprudence, puisqu'elle indique que les rappels en litige ont été mis en recouvrement en 1994, ouvrant un délai de réclamation de deux ans expirant le 31 décembre 1996 pour solliciter leur décharge et l'imputation sur les montants ainsi mis en recouvrement – et dans la limite de ces montants – des cotisations initialement versées à tort.

Son moyen n'est pas fondé. Pour les rappels issus du contrôle, le délai de réclamation était effectivement de deux ans après la mise en recouvrement, en vertu du a de l'article R. 196-1. Mais pour la demande de restitution des taxes spontanément acquittées, d'autres dispositions s'appliquent. Pour l'exercice 1990, au titre duquel la société n'a fait l'objet d'aucun rappel, ce sont celles du b) de l'article R. 196-1, soit un délai expirant au plus tard le 31 décembre de la deuxième année suivant celle du versement de l'impôt contesté. Ce versement a été effectué en 1990 et 1991 et le délai de réclamation courait donc jusqu'au 31 décembre 1993. Pour les exercices 1988 et 1989, la société s'est vu assigner des rappels et elle bénéficie alors du délai spécial de réclamation ouvert par l'article R. 196-3. Ces rappels lui ont été notifiés en 1991 pour l'exercice 1988 et en 1992 pour l'exercice 1989. La société disposait, pour présenter ses propres réclamations, d'un délai dont l'expiration coïncide avec celle du délai de répétition restant ouvert à l'administration elle-même, qui est fixé par l'article L. 176 du LPF pour les taxes sur le chiffre d'affaires et par son article L. 169 A pour la taxe sur les salaires, et qui expirait donc, dans les deux cas, à la fin de la troisième année suivant celle de la notification du redressement, soit le 31 décembre 1994 pour l'année 1988 et le 31 décembre 1995 pour l'année 1989. La cour n'a donc pas commis d'erreur de droit en jugeant que la réclamation du 31 décembre 1996 était tardive.

**2-3-** Si vous nous avez suivie, il vous restera à examiner la question la plus délicate et intéressante de ce dossier, liée à l'invocation du principe communautaire de neutralité de la TVA.

**2-3-1-** Une question préalable mérite toutefois votre attention, celle de la portée de la demande de compensation dans le cadre de laquelle ce moyen est soulevé.

Devant les premiers juges, la société avait demandé dans des termes précis, sur le fondement de l'article L. 205 du LPF, la compensation entre la taxe sur les salaires et la TVA qu'elle avait spontanément acquittées entre le 1<sup>er</sup> janvier 1988 et le 31 décembre 1990, à tort selon elle, faute d'avoir mondialisé le calcul de son prorata de déduction, et les rappels qui lui avaient été assignés pour ces mêmes taxes au titre de la période du 1<sup>er</sup> janvier 1988 au 31 décembre 1989. Le tribunal n'avait pas fait droit à la fin de non-recevoir opposée par le ministre à la réclamation du 31 décembre 1996 et avait examiné au fond le moyen de la société sans évoquer cette demande de compensation. Celle-ci a été réitérée en appel par le Crédit Lyonnais, mais dans des termes assez peu satisfaisants puisque était évoquée la compensation entre la taxe sur les salaires et l'impôt sur les sociétés acquitté à la suite de la vérification de comptabilité. Il s'agit vraisemblablement d'une erreur de plume qui peut s'expliquer par le fait que les redressements en matière de taxe sur les salaires sont consignés dans des formulaires à en-tête « Impôt sur les sociétés ».

La recevabilité de cette demande n'était pas contestée devant la cour et celle-ci, étonnamment, s'est bornée à faire écho aux écritures de la société pour évoquer dans son arrêt une demande de compensation entre la taxe sur les salaires acquittée et l'impôt sur les sociétés consécutif à la vérification ! Or, sous réserve des règles particulières spécialement prévues par la loi, les surtaxes et insuffisances appelées à être compensées doivent bien sûr se rapporter au même impôt, droit ou taxe. Vous n'en déduirez toutefois rien, le moyen tiré de ce qu'aucune compensation n'est légalement possible entre deux impositions distinctes n'étant pas d'ordre public dès lors qu'il ne porte pas sur le champ d'application de la loi, ainsi que le juge une décision du **11 décembre 2009, L..., n° 300733, à la RJF 3/09 n° 195.**

Indiquons encore que la demande du Crédit lyonnais se rattache bien à la compensation et ne peut être regardée comme une demande de substitution de base légale ou comme l'invocation d'un nouveau moyen destiné à appuyer les conclusions aux fins de décharge des rappels consécutifs au contrôle fiscal. En effet, la société ne demande pas au juge de confirmer ou d'infirmer par un nouveau moyen ou sur un fondement juridique différent la décision d'imposition initiale qu'elle conteste ; elle lui demande d'y substituer une décision nouvelle par la prise en compte d'une matière imposable différente dont elle soutient qu'elle a fait l'objet d'une surtaxation erronée. Symétriquement et à titre de cas d'école, si l'administration avait rappelé à tort la TVA déduite par application d'un prorata mondialisé, elle aurait pu demander la compensation avec l'omission de rappeler la TVA illégalement déduite par la société du fait de la prise en compte dans ce ratio des intérêts des prêts consentis par le siège à ses succursales.

Le ministre ne conteste d'ailleurs pas du tout ce point. Devant vous, il entreprend seulement, pour la première fois, de critiquer la recevabilité de la demande de compensation formée par le Crédit lyonnais. C'est trop tard et, en tout état de cause, son argumentation n'est pas solide. Il soutient, d'une part, que, s'agissant de la TVA, la compensation entre créances et dettes fiscales ne peut être effectuée que dans les conditions et limites fixées par l'ancien article 224 de l'annexe II au CGI. Ce n'est pas exact, parce qu'ainsi que nous l'avons vu, la société a formé non une demande de remboursement ou d'imputation de crédit de TVA, mais une demande de restitution d'un trop-versé au Trésor et que la compensation peut jouer au bénéfice du contribuable qui la demande sans formalité particulière et même si le délai de réclamation est expiré. D'autre part, le ministre soutient qu'aucune compensation n'est possible s'agissant de la taxe sur les salaires du fait du caractère tardif de la réclamation du 31 décembre 1996.

Toutefois, cette circonstance est selon nous sans incidence aucune sur la recevabilité de la demande de compensation. En revanche, elle limite sa portée et nous pensons que cette question relève de votre office et que vous ne pouvez l'éviter alors même qu'elle n'a pas été débattue devant les juges du fond.

Le droit de compensation ne peut être exercé que dans la limite de l'imposition contestée. Cette règle essentielle résulte des termes mêmes de l'article L. 203 du LPF, mais elle s'applique aussi bien pour la compensation effectuée ou demandée par l'administration que pour celle demandée par le contribuable, ainsi que le juge une décision du **15 décembre 1986, Société Garage de Penthievre, à la RJF 2/87 n° 248**. La société soutient que dès lors que son pourvoi est dirigé contre un arrêt qui ne statue pas seulement sur la demande de décharge des rappels issus de la vérification de sa comptabilité, mais aussi sur le rejet de sa demande de restitution, sa demande de compensation a vocation à jouer tant pour ces rappels que pour les taxes qu'elle estime avoir spontanément acquittées à tort, alors même que, concernant ces dernières, sa réclamation serait tardive.

Mais vous voyez que cette position équivaut à un véritable détournement de la procédure de compensation. Certes, la compensation permet au requérant de contester l'impôt mis à sa charge en s'affranchissant des règles qui enserrrent la réclamation, mais elle ne peut être soulevée devant le juge que dans le cadre d'une demande contentieuse recevable. A défaut, il suffirait de déférer au juge de l'impôt la décision de rejet d'une réclamation manifestement tardive pour soulever, au gré d'une demande de compensation, les moyens qui n'ont pu l'être à



l'encontre des impositions faisant l'objet de cette réclamation du fait de sa tardiveté. La compensation n'est pas une pure alternative à la procédure contentieuse et pré-contentieuse. Nous vous invitons donc à indiquer clairement que la portée de la demande de compensation formée par la société devant les juges du fond est limitée aux rappels de TVA et de taxe sur les salaires qui lui ont été assignés à l'issue de la vérification de comptabilité.

**2-3-2-** Ainsi et dans ces limites, l'invocation d'une méconnaissance du principe de neutralité dont fait les frais une société qui calcule son prorata de déduction en ne tenant compte que des recettes réalisées dans le pays dans lequel elle est établie garde une portée. Nous allons enfin pouvoir l'examiner, en trois temps.

A- Pour commencer, nous essaierons de comprendre ce que souhaite exactement la société.

La société a choisi de placer son argumentation, par ailleurs riche et intéressante, sur un plan exclusivement théorique, ce qui ne facilite pas la compréhension de la portée exacte de sa revendication. Nous allons nous efforcer de la préciser.

Le Crédit lyonnais souhaite en fait calculer deux proratas de déduction plutôt qu'un seul : le premier pour les dépenses exposées en France exclusivement pour son siège français et le second pour les dépenses communes qu'il y effectue au profit tant de son siège que de ses succursales situées à l'étranger<sup>5</sup>. Il faut bien préciser que les dépenses qu'il vise ne sont pas les frais de siège au sens où on les entend mais, plus largement, les dépenses pour lesquelles le siège joue le rôle de centralisateur des coûts facturés par des prestataires tiers, par exemples des dépenses informatiques ou juridiques ou le coût de prestations de conseil et qu'il s'agit bien sûr de dépenses mixtes, concourant à des opérations exonérées et à des opérations ouvrant droit à déduction.

La société ne dit pas si et comment elle est en mesure de déceler au sein de ces dépenses communes celles qui ne concourent qu'aux activités de son siège français et celles qui sont engagées pour ses succursales. Mais elle soutient que, pour garantir que ces dépenses communes ouvrent droit à déduction en proportion de leur utilisation pour les opérations taxées, ses recettes, qu'elles soient perçues par le siège ou par ses succursales à l'étranger, doivent être prises en compte dans le calcul d'un prorata particulier qui détermine, les concernant, un pourcentage de déduction. Elle fait valoir qu'à défaut de procéder de la sorte, elle subit une déperdition de droit à déduction, mais n'illustre pas au travers d'exemples concrets les distorsions qui résultent d'un calcul purement national du prorata.

Trois remarques peuvent être faites à ce stade.

En premier lieu, pour constater que l'argumentation de la banque a évolué depuis sa réclamation du 31 décembre 1996 et qu'elle ne demande plus que l'application d'un prorata mondial de portée limitée, s'appliquant aux seules dépenses communes, et non celle d'un « grand » prorata mondial unique comprenant la totalité du chiffre d'affaire du siège et

---

<sup>5</sup> La banque ne dit rien d'éventuelles dépenses taxées exposées en France pour les seuls besoins d'une succursale à l'étranger. Voyez, pour un cas de cette nature, CAA Versailles 5 février 2009, *Sté Hynix Semi Conductor UK*, RJF 7/09 n° 635.

des succursales et valant de manière générale pour la fixation de son pourcentage de déduction. Elle indique ainsi devant vous que la mondialisation du prorata n'a pas vocation à concerner les dépenses qui n'entretiennent un lien qu'avec les recettes réalisées par le siège, mais uniquement les dépenses qui ont, partiellement ou totalement, concouru à la réalisation de recettes par ses succursales. La portée de sa revendication s'en trouve donc limitée, ce qui peut adresser un message rassurant quant à ses conséquences pour le fisc.

Mais cette partition repose sur une application qui ne va pas de soi, en tout cas dans le paysage français, de la règle des secteurs distincts, qu'un assujetti doit constituer, en vertu de l'article 213 de l'annexe II au CGI<sup>6</sup>, lorsqu'il a des segments d'activité qui ne sont pas soumis à des dispositions identiques au regard de la TVA. La constitution de secteurs d'activité distincts présente un intérêt s'agissant du calcul des droits à déduction d'un assujetti lorsqu'il utilise certains biens et services pour plusieurs secteurs d'activités, mais non pour l'ensemble d'entre eux. Dans ce cas, en effet, le prorata de déduction lié à ces biens et services est déterminé au vu du chiffre d'affaires de ces quelques secteurs et non au vu de celui de l'ensemble des secteurs. Il permet donc une mise en relation plus fine des dépenses et des recettes et atténue les inconvénients liés au caractère forfaitaire du prorata général de déduction prévu à l'article 212 de l'annexe II.

La société estime qu'il faut considérer que les opérations que réalise son siège français constituent un premier secteur d'activité, distinct de celui qui regroupe les opérations de ses succursales à l'étranger, d'où les deux proratas.

Les succursales établies dans un autre Etat membre de l'Union ont à l'évidence le caractère d'établissements stables en matière de TVA au sens de l'article 9 §1 de la 6<sup>ème</sup> directive. A ce titre, elles calculent, pour les dépenses mixtes qu'elles exposent dans le pays dans lequel elles sont établies, un prorata qui ne tient compte aujourd'hui que de leurs propres recettes. L'établissement stable est en effet caractérisé par la disposition personnelle et permanente d'une installation comportant les moyens humains et techniques nécessaires à la prestation du service (CJCE, 4 juillet 1985, *Berkholz*, Rec. p. 2251 ; CE 31 janvier 1997, *ministre c/ H... et G...*, n° 17064, RJF 3/97 n° 217, concl. G. Bachelier BDCF 2/97 p. 37 ; CJCE 17 juillet 1997, *ARO Lease BV*, RJF 10/97 n° 999). Pour autant, il ne constitue pas un secteur distinct, cette notion étant matérielle et non géographique.

Vous avez en effet toujours considéré, de même que la doctrine, qu'un assujetti ne peut constituer des secteurs distincts, qui font l'objet de comptes eux-mêmes distincts pour l'application du droit à déduction, que s'il exerce plusieurs activités de nature économique différente et que ces activités utilisent des moyens d'exploitation différents. Votre jurisprudence est constante en ce sens depuis une décision de **Section du 4 janvier 1974, Société General Food France, Dupont p. 63**, et une décision de **plénière du 7 mars 1979, N...**, RJF 4/79 n° 212. Or la société ne soutient nullement que ses succursales à l'étranger se livreraient à une activité matériellement différente de celle de son siège. Elle prend en quelque sorte les choses à l'envers, puisque c'est pour les besoins du calcul de son prorata de déduction qu'elle préconise de scinder son activité en secteurs ; mais c'est parce qu'une société a des activités de nature différente qu'elle peut déclarer des secteurs distincts.

---

<sup>6</sup> Dont les dispositions sont aujourd'hui reprises au 2e alinéa de l'article 209, I de la même annexe.

Par ailleurs, la défense de la mondialisation du prorata à laquelle se livre la société, dont nous vous dirons tout de suite qu'elle nous paraît solide, nous paraît donner plus de crédit à la thèse d'un prorata mondial général qu'à celle du « petit » prorata mondial.

En deuxième lieu, nous relevons que l'intérêt du calcul mondialisé du prorata qu'elle revendique doit s'apprécier sous deux angles. La prise en compte des recettes des succursales établies dans d'autres Etats de l'Union européenne n'est favorable au siège que si elles réalisent plus de recettes taxées que lui. En revanche, présente un intérêt systématique l'intégration dans le prorata de déduction du siège des recettes réalisées par les succursales établies hors de l'Union européenne du fait de leurs opérations vis-à-vis de tiers, que la société revendique sur le fondement des dispositions de l'article 271, V, b du CGI. Celles-ci sont prises pour transposer l'article 17 § 3 de la 6<sup>ème</sup> directive, qui prévoit que certaines opérations, exonérées de TVA, ouvrent pourtant droit à déduction et vise notamment les services bancaires et financiers rendus à des personnes domiciliées ou établies en dehors de la Communauté européenne. Les recettes de ces mêmes succursales qui auraient été taxables en régime intérieur sont elles prises en compte du fait du a de l'article 17, §3. Dès lors que l'on peut supposer que le prorata des succursales européennes n'est pas fondamentalement différent de celui du siège français, le surcroît de droit à déduction permis par le prorata mondial est essentiellement lié à la prise en compte des intérêts et commissions versés par les clients aux succursales situées hors de l'espace communautaire qui peuvent être mis en rapport avec des dépenses exposées par le siège.

Les éléments que la société a fait figurer dans sa demande de restitution du 31 décembre 1996 nous paraissent l'illustrer clairement. La société propose, sans les étayer de manière précise, des chiffres pour démontrer la disproportion entre le prorata de déduction qu'elle a appliqué et le prorata mondial auquel elle aspire. En 1988, les taux respectifs seraient de 24 et de 30% avec un chiffre d'affaires de 8,6MdsF des succursales hors de l'Union européenne et de 9,9 MdsF des succursales au sein de l'UE. A partir de 1996, le chiffre d'affaires des succursales hors UE devenant nettement plus important que celui des établissements situés en son sein, le prorata mondial dépasse le taux de 50% tandis que le prorata « national » reste stable, d'après les données mentionnées par le Crédit lyonnais dans une affaire analogue portant sur des années ultérieures encore à l'instruction.

Il nous semble toutefois vraisemblable que, dans les faits, les banques s'efforcent déjà de rattacher à un établissement situé dans l'UE les opérations réalisées en dehors de l'espace communautaire ouvrant droit à déduction, afin de profiter des dispositions relatives aux services bancaires et financiers prestés hors du territoire communautaire, quitte pour elles à rétrocéder ensuite le bénéfice correspondant aux succursales des pays concernés par le mécanisme des prix de transfert, pour les besoins du calcul de l'impôt sur les sociétés.

En troisième lieu, nous rappelons que l'effet favorable d'une amélioration du prorata de déduction sur l'assujettissement de la société à la taxe sur les salaires est quant à lui mécanique et certain.

B- Il convient, dans un deuxième temps, de préciser comment cette revendication d'un prorata mondialisé a surgi.

La 6<sup>ème</sup> directive ne dit nulle part que les opérations internes à une même personne juridique ne sont pas dans le champ d'application de la TVA. Cette question, qui intéresse tout particulièrement les établissements de crédit de dimension internationale qui ont fortement développé leur présence locale à l'étranger et qui le font sous forme de succursale du fait des contraintes prudentielles auxquelles elles sont soumises, a donc naturellement été posée au juge de l'impôt.

Dans une décision du **29 juin 2001, SA Banque Sudameris, à la RJF 10/01 n° 1217, concl. G. Goulard p. 811**, vous avez jugé que les intérêts versés par une succursale à son siège ne pouvaient entrer dans le calcul du prorata de ce dernier. Vous avez considéré que ces intérêts ne constituent pas des sommes versées par un tiers en contrepartie d'un service, puisqu'ils sont acquittés par des succursales dépourvues de la personnalité morale, pour en déduire que cette activité de prêt n'entraîne pas dans le champ de la TVA. Et vous avez jugé inopérante la circonstance que les succursales auraient été, en l'espèce, des établissements stables se comportant de manière autonome et bénéficiant d'une certaine indépendance fiscale, les opérations entre un siège et ses succursales situées, dans cette affaire, en dehors du territoire communautaire, ne pouvant ouvrir droit à déduction en application de l'article 271-V-b du CGI, puisqu'il s'agit de transactions opérées au sein d'une seule et même personne morale. Autrement dit, les intérêts des prêts versés au siège par ses succursales ne sont pas des produits exonérés de TVA, mais des recettes hors champ ne faisant pas partie des opérations ouvrant droit à déduction. Vous avez ensuite confirmé cette solution dans le cadre de prêts entre succursales par une décision du **29 octobre 2001, Sté Banco Do Brasil, à la RJF 3/02 n° 25**.

Il nous semble que, même si votre commissaire du gouvernement ne l'a pas évoquée, la question du prorata mondial était en germe dès votre décision *Sudameris*. En effet, si, pour les besoins de la TVA, ne peuvent être reconnues les opérations de crédit entre siège et succursales, ne peut-on affirmer, en excipant de l'unicité de la personne juridique, qui fonde la solution de cet arrêt et permet au juge d'écarter toute incidence de la localisation territoriale différente du siège et des succursales, que ces dernières sont en quelque sorte transparentes et qu'il faut par conséquent appréhender, au regard des droits à déduction dont dispose le siège, les relations qu'entretiennent les succursales avec les tiers comme des relations directes entre le siège et ces derniers<sup>7</sup> ?

Depuis ces décisions, la Cour de justice des Communautés européennes s'est elle-même prononcée sur la question de savoir si les transactions internes à une société entrent dans le champ d'application de la TVA par un arrêt du **23 mars 2006, FCE Bank plc, à la RJF 6/06 n° 806**, qui apporte du crédit à la thèse du prorata mondial. La Cour est parvenue à la même solution que celle de l'arrêt *Sudameris*, par des motifs en apparence différents, mais dont nous pensons qu'ils ont en fait une portée très largement analogue à ceux que vous avez retenus<sup>8</sup>.

L'avocat général Philippe Léger a clairement résumé la question posée à la Cour par le juge italien en indiquant qu'il s'agissait de déterminer « *si une structure possédant une*

---

<sup>7</sup> Voyez, évoquant cette question, la chronique de cette décision par Me Claire Acard, Banque et Droit, n° 80 nov-déc. 2001.

<sup>8</sup> A la différence du commentateur de cet arrêt à la RJF.

*autonomie suffisante pour rendre possible l'existence d'un rapport juridique donnant lieu à des prestations soumises à la TVA [était] susceptible d'exister à l'intérieur d'un même sujet de droit* ». Le juge communautaire n'a toutefois pas recherché si, d'une manière générale, un établissement stable présente vis-à-vis de son siège cette indépendance. Ayant rappelé qu'une prestation de services n'est effectuée à titre onéreux au sens de l'article 2 § 1 de la 6<sup>ème</sup> directive et n'est dès lors taxable que s'il existe entre le prestataire et le bénéficiaire un rapport juridique au cours duquel des prestations réciproques sont échangées (CJCE, 3 mars 1994, *Tolsma*, RJF 6/94 n° 759), il a jugé que, pour savoir si les prestations entre une société et une de ses succursales entrent dans le champ de la TVA, il y a lieu de vérifier si la succursale accomplit une activité économique indépendante et indiqué que ce critère est notamment rempli si elle supporte elle-même le risque économique découlant de son activité.

La Cour a estimé que tel n'était pas le cas de la succursale italienne de FCE Bank, puisqu'elle ne disposait pas d'un capital de dotation et ne supportait pas les risques économiques liés à l'activité d'établissement de crédit, tels que le défaut de remboursement d'un prêt par un client, qui reposaient intégralement sur le siège. Elle a ajouté que cette considération n'était pas remise en cause par l'article 9, § 1 de la 6<sup>ème</sup> directive, qui prévoit que le lieu d'une prestation de services est réputé se situer à l'endroit où le prestataire a établi le siège de son activité économique ou un établissement stable, car cette disposition vise à déterminer l'assujetti pour ce qui concerne des transactions entre une succursale et des parties tierces et est donc dénuée de pertinence s'agissant des transactions entre une société résidente dans un Etat membre et l'une des ses succursales établie dans un autre Etat membre.

Cet arrêt *FCE Bank* appelle trois remarques.

En premier lieu, il nous semble que, malgré les apparences, la portée de ses motifs est très proche de ceux de l'affaire *Sudaméris*. *Prima facie*, la Cour, il est vrai, ne paraît pas s'être fondée sur l'unité juridique des deux entités pour consacrer le principe du non-assujettissement à la TVA des services qu'elles se rendent, alors que c'est le critère que vous avez retenu en 2001. Mais, sous couvert de s'intéresser plus concrètement à l'autonomie économique dont dispose une succursale à l'égard de son siège, elle en a consacré une approche si exigeante que nous ne voyons guère, en pratique, que cette indépendance puisse être un jour reconnue pour un établissement ayant la nature d'une succursale. Ce critère de l'indépendance économique<sup>9</sup> nous semble largement théorique. Au demeurant, la Cour a aussi, à plusieurs reprises, insisté, sur le fait qu'il fallait voir la banque et sa succursale italienne comme un assujetti unique : « *la succursale d'une société non résidente est dépourvue d'autonomie et, (...), par conséquent, aucun rapport juridique n'existe entre elles. Elles doivent être considérées comme un seul et même assujetti au sens de l'article 4, § 1 de la sixième directive* ». Et plus loin : « *FCE IT [la succursale] n'est qu'un élément de FCE Bank* ».

En deuxième lieu, la rédaction de cet arrêt est assez complexe, ainsi que certains auteurs l'ont souligné<sup>10</sup>, notamment parce que la Cour a consacré la dissymétrie entre les opérations internes et les opérations avec les tiers en indiquant dans les termes les plus clairs

<sup>9</sup> C'était celui que retenait une ancienne doctrine issue de la réponse Lauriol, AN, 21 octobre 1979, p. 8680, n° 17054.

<sup>10</sup> Michel Guichard et William Stemmer « *Prestations intra-entreprises et TVA* », Dr. fisc. N° 11, 15 mars 2007, 273.

qu'une société et ses succursales constituaient un seul assujetti et que la circonstance que ces succursales soient considérées comme des assujettis dans leur relations avec les tiers n'y changeait rien s'agissant à la fois de l'assujettissement et du droit à déduction : « *un établissement stable, qui n'est pas une entité juridique distincte de la société dont il relève, établi dans un autre Etat 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* ». Comme votre décision *Sudaméris*, l'arrêt *FCE Bank* assume donc un statut de la succursale étrangère qui peut paraître habité par une contradiction, puisqu'il reconnaît une personnalité indépendante de cette succursale pour les opérations avec les tiers, mais refuse toute dissociation avec le siège pour les opérations qu'ils se rendent.

En troisième lieu, cet arrêt ne répond à l'évidence pas de manière globale aux interrogations relatives aux rapports entre siège et succursales en matière de TVA, lorsqu'ils sont situés dans des Etats différents. Il révèle rapidement ses limites dans la mesure où il induit nécessairement la question de la mondialisation du prorata. Doit-on prendre ou non en considération l'activité exercée par l'entité juridique dans son ensemble pour déterminer localement le droit à déduction du siège ou de l'établissement ? Indiquons que si le Crédit lyonnais ne s'intéresse qu'au siège, il nous semble que la question du chiffre d'affaires à prendre en compte pour le calcul des droits à déduction se pose aussi bien pour la succursale à l'étranger, dès lors qu'elle peut également jouer un rôle de centralisation pour certaines dépenses qui profitent à d'autres établissements ou, dans la logique du grand prorata mondial, dès lors qu'elle forme avec eux un seul et même assujetti.

Le Crédit lyonnais estime donc que sa revendication est induite par l'arrêt *FCE Bank*, qui met à titre principal l'accent sur le fait que le siège et ses succursales constituent « *un assujetti unique* ». De longue date, la doctrine<sup>11</sup> considère en effet que la détermination des droits à déduction du siège se présente comme une alternative : le siège doit-il retenir les opérations faites avec ses succursales ou bien les opérations réalisées par les succursales avec les tiers ?

En estimant que la question de la territorialité n'est pas la bonne clé d'entrée pour traiter du cas des prestations internes, la Cour n'a-t-elle pas, de fait, ouvert la voie à une lecture des problèmes qu'elles posent en matière de TVA centrée sur l'exigence de neutralité de la taxe ?

C- Venons-en à l'analyse des arguments des parties et aux conclusions que nous en tirons.

La société fonde son argumentation sur le principe de neutralité et vous invite à veiller à la conformité du prorata à la réalité de l'activité de l'entreprise.

Comme la CJCE le rappelle de manière constante, le principe de neutralité est un principe fondamental du système commun de TVA (CJCE, 10 juillet 2008, *Sosnowska*, RJF 11/08 n° 1278), qui traduit, en matière de TVA, le principe général d'égalité de traitement (CJCE, 10 avril 2008, *Marks et Spencer*, RJF 7/08 n° 918 ; CJCE, 29 octobre 2009, *NCC*

---

<sup>11</sup> Cf en particulier Philippe Tournès « *Incidence de la TVA sur le choix entre filiale ou succursale à l'étranger* », BF 5/95 p. 299 ; Claire Acard, préc.

**Conctruction Danmark A/S, RJF 1/10 n° 92).** Ce principe implique que l'assujetti puisse être entièrement soulagé de la TVA d'amont qui a grevé les biens et services acquis pour l'exercice de ses activités taxées.

A cette aune, le mécanisme du prorata a fait l'objet de critiques. Comme l'a souligné Jean-Claude Bouchard<sup>12</sup> : « *la règle du prorata est indéniablement une règle de simplification puisqu'elle évite à l'entreprise d'avoir à déterminer la charge exacte de TVA non récupérable affectée aux recettes n'ouvrant pas droit à déduction, pour se contenter d'une simple approche financière. Mais il est bien certain que cette règle constitue souvent un très pâle reflet de la réalité* ». Le prorata est en effet rustique car il repose sur la présomption selon laquelle les biens et services communs sont utilisés par l'assujetti pour ses activités taxées et ses activités exonérées proportionnellement au chiffre d'affaires de chacune d'elles. Cette approximation peut induire une rémanence importante de TVA d'amont lorsque des recettes exonérées, consommatrices de peu de dépenses grevées de TVA, ont une incidence forte sur le prorata. D'où l'affirmation qu'à la détermination forfaitaire du droit à déduction par la règle du prorata, il aurait fallu préférer, pour les dépenses mixtes, la règle de l'affectation, qui permet de mesurer avec précision la quote-part de TVA réellement consommée pour les diverses opérations. Ces critiques ont d'ailleurs donné lieu, notamment pour les sociétés holding, à des corrections doctrinales.

En filigrane s'impose l'idée que des distorsions existent entre les entreprises financières selon la méthode de détermination de leurs droits à déduction qui a cours dans le pays où elles sont installées : le système d'affectation réelle, qui prévaut en Allemagne et en Europe du Nord, est jugé plus favorable ; et lorsque c'est la méthode du prorata général qui est pratiquée, elle n'a pas les mêmes effets selon le chiffre d'affaire qui peut être retenu.

Au cas présent, ce n'est pas la règle du prorata en tant que telle qui est présentée comme conduisant à des solutions peu respectueuses du principe de neutralité, mais bien le périmètre du chiffre d'affaire pris en compte. Dès lors que, comme la Cour l'a affirmé dans l'arrêt *FCE Bank*, les opérations internes n'ouvrent pas droit à déduction et ne sont pas assujetties à la TVA, une société se trouve en effet dans l'impossibilité de déduire la TVA qui a grevé les biens et services qu'elle a acquis en proportion des recettes taxées auxquelles ces dépenses ont concouru. Lorsque le siège assume d'importantes dépenses profitant à ses succursales, tout se passe comme si il avait réalisé lui-même une partie des opérations conduites par celles-ci. Il est donc logique de s'interroger sur l'opportunité de calculer un prorata mondial au niveau du siège qui inclurait les recettes tirées des opérations réalisées par les succursales. Cette mondialisation du prorata paraît conforme à la logique économique, car le siège engage souvent auprès de tiers des dépenses au profit de ses succursales dont il faudrait pouvoir tenir compte. Elle nous semble aussi de nature à empêcher les comportements d'optimisation qui ont cours aujourd'hui et qui consistent pour une société à choisir de rattacher ses dépenses à un établissement ou à un autre en fonction de leur prorata de TVA.

La déperdition de droits à déduction, bien expliquée par la société, a également, selon nous, des conséquences contestables au regard des principes d'égalité de traitement et de liberté d'établissement. D'une part, une société dont les succursales sont à l'étranger se

---

<sup>12</sup> « *TVA et taxe sur les salaires dans les sociétés holding* », RJF 2/92 p. 113.

trouve au regard de la TVA dans une situation défavorable par rapport à une société dont tous les établissements sont dans le même pays : le chiffre d'affaires que celle-ci prend en compte pour le calcul de son prorata comprend en effet toutes les recettes générées par ses établissements. Refuser le prorata mondial revient à dire que, quand une société a des établissements stables à l'étranger, les dépenses exposées par le siège n'ouvrent pas droit à déduction dans la mesure où elles concourent à la réalisation des opérations de ces succursales, alors que c'est bien le cas lorsque ces mêmes dépenses sont exposées pour des établissements situés dans le pays du siège. Une même banque ayant son siège à Paris aurait donc un traitement fiscal différent quant à ses droits à déduction selon qu'elle installerait une succursale à Lille ou à Bruxelles.

D'autre part, la position arrêtée par la Cour dans la décision *FCE Bank* quant aux transferts financiers entre un siège et ses succursales, cumulée à un refus de mondialisation du prorata, a pour conséquence l'absence de neutralité, en matière de TVA, du choix entre succursale et filiale.

La défense du prorata mondial, que la doctrine présente comme une question sérieuse et non résolue<sup>13</sup>, nous paraît donc se prévaloir d'arguments solides, que le ministre peine à combattre.

Sa défense emprunte quatre axes.

Il soutient, en premier lieu, que la prise en compte du chiffre d'affaires réalisé par les succursales à l'étranger dans le prorata du siège n'est pas prévue par la directive et notamment pas mentionnée à son article 19 qui définit le prorata. Il est certain que la 6<sup>ème</sup> directive ne prévoit pas le prorata mondial. Mais la conception mondialisée du prorata nous paraît trouver de solides appuis dans les textes et dans la jurisprudence de la CJCE.

En effet, le I de l'article 271 du CGI, qui transpose l'article 17 § 2 de la 6<sup>ème</sup> directive relatif à l'étendue du droit à déduction, prévoit très clairement que : « *La TVA qui a grevé les éléments du prix d'une opération imposable est déductible de la TVA applicable à cette opération* ». Et selon le § 5 de l'article 17 de la 6<sup>ème</sup> directive, le prorata « *est déterminé pour l'ensemble des opérations effectuées par l'assujetti conformément à l'article 19* ». Transposant cet article 19, l'article 212 de l'annexe II du CGI, applicable au présent litige, prévoit que le prorata de déduction résulte du rapport entre le montant total annuel du chiffre d'affaires afférent aux opérations ouvrant droit à déduction et celui du chiffre d'affaires afférent aux opérations n'ouvrant pas droit à déduction.

S'agissant des opérations effectuées en dehors de l'Union, elles ouvrent droit à déduction dès lors que tel aurait été le cas si elles avaient été effectuées à l'intérieur du pays, en vertu du a du § 3 de l'article 17 de la directive : on peut songer à des opérations financières rémunérées par des commissions. Et l'article 271-V-b du CGI précise, conformément au c de l'article 17, § 3, qu'ouvrent également droit à déduction les services bancaires et financiers exonérés – notamment les opérations de prêt – lorsqu'ils sont rendus à des personnes établies ou domiciliées en dehors de la Communauté européenne. La thèse du prorata mondial ne

---

<sup>13</sup> Voir notamment Jean-Claude Bouchard et Odile Courjon, « *L'assujettissement partiel à la TVA : holdings, banques, assurance* », EFE éditions, mars 2007.



contrarie donc pas la lettre des textes, qui font procéder le droit à déduction de la réalisation d'une opération donnée, sans que le périmètre de celle-ci soit restreint par la prise en compte d'un critère territorial.

Elle nous paraît aussi confortée par la jurisprudence communautaire, bien que de façon indirecte, la question n'ayant jamais été abordée en tant que telle. D'abord, dès lors que l'arrêt *FCE Bank* juge clairement que le siège et ses succursales sont un seul et même assujetti au sens de l'article 4, §1 de la 6<sup>ème</sup> directive, il faudrait, pour écarter le prorata mondial, considérer que la notion d'assujetti au sens et pour l'application de son article 19 a des contours différents, ce qui ne va pas de soi. Voyez, sur ce point, l'arrêt de la CJCE du 4 décembre 1990, *Van Tiem*, RJF 1991 n° 380, qui précise que la qualité d'assujetti « doit être appréciée exclusivement sur la base des critères énoncés à l'article 4 de la 6<sup>ème</sup> directive ».

Il nous semble, au contraire, que l'interprétation du ministre, qui revient à distinguer, pour la déduction de la TVA grevant les dépenses exposées par le siège, selon qu'elles concourent à la réalisation d'opérations dans son Etat d'établissement ou dans un autre Etat, constitue une limitation du droit à déduction qui n'est pas prévue par la directive. Or, ainsi que la CJCE l'a notamment jugé avec force dans deux arrêts *Commission c/ France* du 21 septembre 1988, à la RJF 11/88 n° 1255, et du 6 octobre 2005, à la RJF 12/05 n° 1497<sup>14</sup>, le droit à déduction ne peut être limité que dans les cas expressément prévus par la 6<sup>ème</sup> directive<sup>15</sup> et ne connaît aucune limite qui lui serait en quelque sorte inhérente.

L'arrêt précité *NCC Conctruction Danemark* est dans le même sens : la cour indique que si, à la différence du principe d'égalité de traitement dont il procède, le principe de neutralité n'a pas valeur constitutionnelle, mais législative, son effet ne peut se trouver limité que par d'autres règles édictées par le législateur communautaire<sup>16</sup>.

Dans ces conditions, il faut bien garder à l'esprit que le prorata n'est qu'un outil, une règle de déduction au service de la neutralité. Si un doute existe, l'article 19 doit donc être lu comme incitant à retenir la règle qui garantit au mieux le droit à déduction de l'assujetti. En ce sens, l'analyse retenue par la CJCE dans un arrêt fort commenté du 29 avril 2004, *EDM*, à la RJF 7/04 n° 827<sup>17</sup>, est éclairante : estimant que l'inclusion des produits financiers exonérés dans le calcul du prorata pouvait fausser le calcul de la déduction, alors que ces recettes étaient faiblement consommatrices de dépenses grevées de TVA, la Cour a enjoint au

---

<sup>14</sup> Conclusions Luis Miguel Poiaras P. Maduro BDCF 2005 n° 148.

<sup>15</sup> Ce dernier arrêt estime qu'institue une limitation du droit à déduction non permise par la 6<sup>ème</sup> directive le régime français des subventions d'équipement qui soumettait le droit à déduction de la TVA grevant le bien financé par une subvention à la condition que les amortissements de ce bien soient répercutés dans le prix des opérations effectuées par l'assujetti.

<sup>16</sup> La cour en a déduit qu'il ne pouvait être utilement invoqué par une société qui estimait qu'elle était privée de la possibilité de déduire intégralement les frais du siège du fait de la prise en compte au dénominateur de son prorata de déduction du chiffre d'affaires d'une activité non taxée, dès lors que la rémanence de TVA qu'elle subissait était en l'espèce la conséquence de l'application d'autres dispositions de la 6<sup>ème</sup> directive (celles de son article 28 § 3, b) qui permettent aux Etats d'exonérer les livraisons de bâtiments et de terrains. Faire droit à l'argumentation de la société aurait impliqué un autre problème de neutralité entre les promoteurs immobiliers qui, eût égard au caractère exonéré de leur activité, ne peuvent déduire la TVA grevant leur coûts et les entreprises de construction qui, telle NCC, exercent en marge de leur activité de construction une activité exonérée de vente immobilière dans la même situation que ces promoteurs.

<sup>17</sup> Avec étude Ph. Tournès p. 511, concl. Ph. Léger BDCF 7/04 n° 97.

juge national de considérer comme accessoires les opérations financières, non pas en fonction des recettes générées, qui peuvent être supérieures aux recettes taxables, mais selon la consommation par ces opérations de biens et services grevés de TVA. Comme l'ont souligné Jean-Claude Bouchard et Odile Courjon<sup>18</sup>, cet arrêt met clairement le prorata au service du principe de neutralité : loin d'en faire une règle autonome du droit à déduction, il en subordonne l'application au respect de ce principe.

En deuxième lieu, et c'est son argument principal, le ministre évoque un risque de double déduction. Il affirme que le droit à déduction n'est assis pour un opérateur qu'à raison des recettes encaissées par lui, c'est-à-dire, écrit-il, qui correspondent à des opérations réalisées depuis son Etat d'installation, ce qui n'est évidemment pas toujours exact. Il indique qu'une même recette ne peut être prise en compte pour le calcul du prorata de la succursale et de celui de la mère.

Nous pensons encore qu'il a tort. D'une part, comme l'indique le Crédit Lyonnais, cette ligne de défense révèle une confusion entre la notion de dépense ouvrant droit à déduction et la méthode de calcul de la proportion dans laquelle la dépense est utilisée pour les besoins des activités taxées d'un assujetti. Que les opérations soient imposées dans l'Etat du siège ou ailleurs, le prorata mondial ne permet qu'une amélioration, d'ailleurs éventuelle, de la déduction de TVA obtenue dans un Etat au titre de dépenses qui y sont réalisées. En aucun cas il ne peut avoir pour effet de donner au siège un droit à déduction qui ferait double emploi avec celui dont sa succursale dispose.

D'autre part, le système commun de TVA connaît au moins deux hypothèses dans lesquelles une même recette est prise en compte pour le calcul de deux proratas. La première est celle, que nous avons évoquée, du prorata de déduction applicable aux dépenses communes à plusieurs secteurs d'activité distincts. La seconde est liée à la mise en œuvre par un redevable partiel de son droit remboursement de la TVA grevant des dépenses engagées dans un autre Etat membre que celui où il est établi, dans le cas où il n'y dispose pas d'un établissement stable. Ce sont alors les règles de la 8<sup>ème</sup> et non de la 6<sup>ème</sup> directive qui trouvent à s'appliquer. Dans un arrêt **Monte dei Paschi di Siena du 13 juillet 2000, à la RJF 9-10/00 n° 1188**, la CJCE a considéré que l'assujetti, qui calcule un prorata pour déterminer l'étendue de son droit à déduction quant aux dépenses qu'il expose dans son Etat d'établissement, doit en calculer un second pour déterminer son droit à remboursement de la TVA ayant grevé ses dépenses effectuées dans un autre Etat membre. Ce second prorata est calculé sur la base de toutes ses recettes entrant dans le champ d'application de la TVA, mais il est corrigé si nécessaire par rapport au premier prorata en fonction des règles applicables dans l'Etat membre dans lequel le remboursement est demandé : y sont par exemple prises en compte des recettes qui ouvriraient droit à déduction dans cet Etat mais qui ne sont pas imposées dans l'Etat d'établissement.

En troisième lieu, le ministre semble invoquer, dans la droite ligne de son argument précédent, une méconnaissance des règles de territorialité de la taxe. Cette objection peut paraître délicate, mais elle ne nous convainc finalement guère.

---

<sup>18</sup> « Le prorata et le principe de neutralité » Dr. fisc. N° 48, 30 novembre 2006, 66.

La société part du principe que le champ d'application de la TVA, et donc son mécanisme de déduction, n'est pas défini par rapport à un territoire, mais au regard de la nature professionnelle ou non de l'activité, quel que soit le lieu à partir duquel celle-ci est exercée. Certes, indique-t-elle, les opérations qui entrent dans le champ d'application de la TVA sont ensuite taxables ou non suivant le lieu de leur réalisation. Mais quel que soit ce lieu, elles ouvrent toutes droit à déduction. L'administration soutient quant à elle que les succursales établies dans un autre Etat membre peuvent exercer leur droit à déduction selon la réglementation de leur pays d'installation et qu'il ne peut, en conséquence, être fait masse de leurs recettes avec celles du siège pour calculer le prorata de ce dernier. Mais il nous semble que cette prétendue conséquence ne découle d'aucun lien logique : la prise en compte dans le prorata de l'ensemble des recettes qui sont dans le champ de la TVA, qu'elles aient été réalisées en France et à l'étranger, est parfaitement compatible avec le fait que lorsqu'elle constitue un établissement stable, une succursale est assujettie à la TVA pour ses opérations avec des tiers et y acquitte la TVA sur ses dépenses.

Nous n'avons pas trouvé de décision de la CJCE éclairant précisément cette question. On peut seulement relever qu'un arrêt récent, qui juge qu'un assujetti établi dans un autre Etat membre ou dans un pays tiers, mais possédant un établissement stable en Italie et qui, au cours de la période en cause, a effectué des livraisons de biens ou des prestations de services en Italie, peut faire déduire directement par cet établissement stable la TVA acquittée en amont même lorsque les acquisitions que cette taxe a grevées sont effectuées directement par l'établissement principal, paraît organiser un « bloc fiscal » autour de l'établissement stable (CJUE, 16 juillet 2009, *Commission c/ Italie*, aff. 244/08). Toutefois, il ne fait pas prévaloir un critère de territorialité sur la neutralité de la taxe.

L'on peut certes se demander s'il est conforme aux principes généraux de la TVA que la quotité de taxe récupérable sur les dépenses effectuées en France par le siège soit influencée par les opérations réalisées à l'étranger, le cas échéant en dehors du territoire communautaire, par des établissements stables ; mais on doit aussi constater que les textes fondateurs du système ne contrarient pas clairement cette possibilité, au contraire, et qu'une solution inverse à celle préconisée par le Crédit lyonnais pourrait être rapidement dépassée si les sociétés s'organisaient pour que leurs prêts à des clients situés dans d'autres Etats soient réalisés par leur siège et pour affecter au mieux leurs dépenses grevées de TVA.

Par ailleurs, il peut paraître délicat de faire prévaloir la question de la territorialité sur une lecture du système du prorata guidée par l'exigence de neutralité alors que, dans les affaires *Sudaméris* et *FCE Bank*, l'unicité de l'entité juridique l'a emporté sur le fait que les succursales étaient des établissements fiscalement autonomes et qu'ils étaient installés dans d'autres Etats que le siège.

En réalité, nous pensons qu'alors que la neutralité est un principe fondamental du système commun de TVA, la territorialité n'est qu'un critère permettant de déterminer le lieu d'imposition des opérations taxées. Ce critère peut toutefois revêtir une importance plus grande quand il entre en résonance avec des questions de souveraineté fiscale des Etats, ce qui ne nous paraît pas le cas avec le prorata mondial. En revanche, c'est à cette aune qu'il faut lire la communication de la Commission du 2 juillet 2009 relative aux groupements de

TVA<sup>19</sup> prévus par l'article 11 de la directive de 2006<sup>20</sup>, qui permet aux Etats, à des fins de simplification administrative, de considérer comme un seul assujetti des entités qui, bien que juridiquement indépendantes, sont étroitement liées sur le plan financier, économique et organisationnel : il y est précisé, ce qui est d'ailleurs la lettre du texte, que les groupes TVA ne peuvent comprendre des assujettis situés dans différents Etats dans la mesure où une faculté ouverte aux Etats membres ne peut avoir d'effet au-delà du territoire de celui qui a choisi d'y recourir, sous peine de porter atteinte à la souveraineté fiscale des autres Etats membres. La formation d'un groupe de TVA a en effet des conséquences importantes : les opérations internes n'existent plus du point de vue de la TVA et la TVA non déductible due au titre de ces opérations, lorsqu'elles sont imposables, est donc perdue pour l'Etat.

En quatrième et dernier lieu, le ministre, soulignant à raison que le Crédit lyonnais fait largement l'impasse sur toute explication concrète et ne détaille pas le calcul et l'impact des proratas dont il revendique l'application, évoque les inconvénients pratiques de la règle du prorata mondial. A l'évidence, ce système est compliqué pour l'administration, qui sera dans la plupart des cas bien en peine de contrôler la nature et la réalité des prestations effectuées à l'étranger. Nous allons y revenir, mais à ce stade, on ne peut que rappeler que la Cour a sèchement écarté un argument du même acabit présenté par le gouvernement français dans l'affaire *Monte dei Paschi di Siena* en lui rappelant que la 8<sup>ème</sup> directive lui impose une obligation de remboursement, dès lors que sont remplies les conditions relatives à la déductibilité de la TVA et qu'il lui appartient de rechercher auprès de l'assujetti les renseignements nécessaires pour apprécier le bien-fondé de sa demande.

\*\*\*

Notre sentiment, au terme de cette trop longue discussion, est que la thèse du prorata mondial est solide, qu'elle s'appuie efficacement sur le principe de neutralité et sur la jurisprudence récente de la Cour et qu'elle paraît compatible avec une lecture de bon sens de la 6<sup>ème</sup> directive : si le siège et la succursale ne sont qu'un seul assujetti, la directive énonce clairement que toutes les recettes des opérations taxées et exonérées interviennent dans le calcul du prorata, sans distinguer selon que la dépense qui fait l'objet d'un éventuel droit à déduction est localisée dans un pays ou dans un autre.

La thèse contraire pose en revanche de réels problèmes au regard de l'exigence de neutralité de la TVA, donc de l'égalité de traitement et de la liberté d'établissement. La position défendue par le ministre nous semble au demeurant ouvrir la voie à l'arbitrage fiscal : une société peut aisément loger toutes ses dépenses ouvrant droit à déduction dans une succursale qui a un prorata favorable, le fait que les comptes de cette succursale ne soient pas équilibrés n'ayant aucune importance puisqu'elle n'a pas de comptes sociaux propres et que pour l'impôt sur les sociétés, les règles de prix de transfert restaurent l'équilibre.

La position du Crédit lyonnais qu'il présente comme intermédiaire – un petit prorata mondial calculé pour déterminer les droits à déduction des seules dépenses communes effectuées par le siège – nous paraît quant à elle moins convaincante, car les arguments que

---

<sup>19</sup> COMM (2009) 325 concernant la possibilité de groupement TVA prévue à l'article 11 de la directive 2006/112/CE relative au système commun de TVA.

<sup>20</sup> Qui reprend l'article 4, § 4 de la 6<sup>ème</sup> directive.

nous avons passés en revue conduisent plutôt à retenir un prorata mondial pour toutes les dépenses à la fois du siège et de ses succursales, qui forment un assujetti unique. Cette autre option correspond à la volonté de faire une place à la logique de l'affectation économique au sein du système du prorata ; si elle ne trouve pas les mêmes appuis dans les textes, elle va néanmoins dans le sens d'une neutralité mieux respectée.

L'impact fiscal du grand prorata mondial est difficile à apprécier, mais nous pensons qu'il a l'avantage de reposer sur un principe global simple qui n'ouvre guère la possibilité d'arbitrages fiscaux entre établissements.

La difficulté principale est selon nous d'ordre pratique, à la fois pour la société et pour l'administration fiscale, et elle se cristallise sur la question de savoir quel droit devront appliquer le siège et chacune de ses succursales pour déterminer si une opération ouvre droit à déduction.

Cette difficulté est très sensible si l'on se situe dans la logique de l'arrêt *Monte dei Paschi di Siena*, qui imposerait de retraiter les recettes perçues à l'étranger selon les règles de l'Etat dans lequel le droit à déduction s'exerce. Au plan opérationnel, cette solution nous semble rien moins que cauchemardesque : chaque recette de chaque succursale devra faire l'objet d'un enregistrement propre à tous les pays dans lesquels la société est établie, car elle peut être taxable ou non dans chaque pays.

Toutefois, la règle posée dans l'arrêt *Monte dei Paschi di Siena*, dont la complexité de mise en œuvre a été mainte fois soulignée, nous semble induite par une disposition propre à la 8<sup>ème</sup> directive. Son article 5 prévoit en effet que le droit au remboursement de la TVA est déterminé conformément à l'article 17 de la 6<sup>ème</sup> directive, tel qu'il est appliqué dans l'Etat membre du remboursement. Cette mention commande la solution de cet arrêt, mais on ne trouve pas de contrainte de même portée dans la 6<sup>ème</sup> directive. Le calcul de deux proratas prévu par cet arrêt ne nous paraît donc pas s'imposer en dehors du champ de la 8<sup>ème</sup> directive, c'est-à-dire lorsqu'une société a un établissement stable. On pourrait alors utiliser, pour déterminer si l'opération est taxable, le droit de l'Etat dans lequel la recette est taxée. L'application du prorata mondial s'en trouve considérablement simplifiée, puisque le siège et chacune de ses succursales européennes disposeront du même prorata, ce qui est donc favorable au regard de l'exigence de neutralité et annihile le risque de distorsions à la liberté d'établissement. Bien sûr, la territorialité est préservée puisque chaque Etat fixe, dans les limites permises par le droit communautaire, les règles et le taux d'imposition des différentes opérations.

Pour les succursales situées dans des Etats qui pratiquent le système de l'affectation des dépenses en fonction du chiffre d'affaires auquel elles ont concouru effectivement, l'effet de simplification du grand prorata mondial est bien entendu moindre. La coexistence en Europe de plusieurs systèmes de détermination des droits à déduction ne condamne toutefois pas le prorata mondial. Dans les pays pratiquant ce système et ayant une approche restrictive de l'affectation, devront être prises en compte les recettes des succursales hors UE et les recettes des succursales situées dans les autres Etats-membres qui sont dans le champ de la TVA. Dans les Etats pratiquant l'affectation, la logique qui est celle du prorata mondial conduit à rechercher le cas échéant de manière transfrontalière le chiffre d'affaire qui

peut être mis en relation avec une dépense donnée et, lorsqu'un prorata est calculé pour les dépenses non affectables, à mondialiser son calcul.

Ces incertitudes qui entourent la question des modalités de mise en œuvre d'un prorata mondial achèvent de nous convaincre qu'il y a lieu de la soumettre à titre préjudiciel à la Cour de Luxembourg. En effet, si au plan théorique cette revendication nous paraît relativement bien assise, il n'en demeure pas moins que son acceptation ne peut procéder que d'une interprétation du texte de la 6<sup>ème</sup> directive et des conséquences des arrêts *FCE Bank* et *Monte dei Paschi di Siena*. Enfin sa portée est loin d'être anecdotique.

Outre l'importance de la question, qui touche aux fondamentaux du système commun de TVA, l'existence en Europe de pratiques administratives très différentes plaide aussi en faveur d'une intervention régulatrice de la CJUE. Les informations que nous avons pu recueillir sont loin d'être complètes ; mais elles révèlent que la palette est variée. Certains pays s'opposent au prorata mondial, comme la France et, apparemment l'Allemagne<sup>21</sup>, qui pratique le régime de l'affectation. D'autres l'ont consacré dans la loi : l'Espagne, de manière très claire<sup>22</sup>, et la Belgique, de longue date<sup>23</sup>. D'autres, comme, la Grande-Bretagne<sup>24</sup>, n'ouvriraient cette possibilité au siège que pour les succursales établies hors de l'UE.

Les questions suivantes nous semblent devoir être posées à la cour : les § 2 et 5 de l'article 17 et l'article 19 de la 6<sup>ème</sup> directive peuvent-ils être interprétés en ce sens que, pour le calcul du prorata qu'ils instaurent, le siège d'une société établie dans un Etat membre doit prendre en compte les recettes de ses succursales établies dans un autre Etat membre et, symétriquement, ces succursales doivent-elles elles-mêmes calculer leur prorata à partir du chiffre d'affaire mondial de la société ? La même solution doit-elle être retenue pour les succursales établies en dehors de l'Union européenne, sur le fondement du a) du §3 de l'article 17, ainsi que de son c), s'agissant des opérations bancaires et financières prévues à l'article 13 B sous d) points 1 à 5 qu'elles réalisent au bénéfice de preneurs établis en dehors de la Communauté ? Y a-t-il lieu de limiter cette mondialisation du prorata au calcul des droits à déduction de la TVA ayant grevé les dépenses communes exposées au profit de plusieurs établissements de la même société et, en ce cas, de considérer que les succursales à l'étranger constituent des secteurs distincts d'activité au sens de l'article 17, § 5 de la 6<sup>ème</sup> directive ? En cas de réponse affirmative à l'une de ces questions, la prise en compte des recettes réalisées à l'étranger doit-elle se faire selon les règles applicables dans l'Etat de la succursale ou dans l'Etat du siège ?

Et par ces motifs nous concluons à ce qu'il soit sursis à statuer sur le pourvoi de la société Crédit lyonnais jusqu'à ce que la Cour de justice de l'Union européenne se soit prononcée sur les questions préjudicielles que nous avons définies.

---

<sup>21</sup> En ce sens : Véronique Grundt et Rolfjosef Hamacher, « *Le prorata de déduction de TVA par les organismes financiers en Allemagne* », Dr. fisc. N° 15, 12 avril 2007, 404.

<sup>22</sup> Il résulte des articles 94, §1 et 104, §3 de la Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido que le siège peut déduire les dépenses communes qu'il supporte en prenant en compte dans son prorata les opérations effectuées par ses succursales à l'étranger, mais uniquement lorsque ces dépenses pèsent intégralement sur lui. C'est aussi le sens de la jurisprudence : voir notamment Cour suprême, arrêt n° STS 5358/2010 du 13 octobre 2010.

<sup>23</sup> Cf l'article 13 de l'arrêté royal n° 3 du 10 décembre 1969.

<sup>24</sup> Cf l'article précité de Claire Acard.

## CALCUL DU PRORATA : ILLUSTRATION DES THESES EN PRESENCE

Une banque a 5000M€ de CA : 1250 M€ taxables (par exemple des commissions), 3750M€ non taxable (par exemple les intérêts des prêts) au niveau de son siège en France. Pour ses activités françaises, son prorata de TVA est donc de  $1250/5000=25\%$ . Lorsqu'elle acquitte une facture pour une dépense soumise à TVA, elle paie 19,6% de TVA et n'en récupère que 25%.

Considérons maintenant une succursale, plus petite, qui a un CA de 500M€, réalise moins de prêts et génère plus de commissions, de sorte que son prorata est de 50%. Que se passe-t-il si la succursale est en France, en Belgique ou au Japon ?

### Selon la thèse de l'administration

Le prorata du siège en France est calculé comme suit :

- Si la succursale est en France, ses opérations sont enregistrées dans le prorata du siège, qui devient  $(1250+250)/(5000+500) = 27,27\%$ . Que les dépenses du groupe soient facturées au siège ou à la succursale, la banque ne récupère la TVA qu'à hauteur de 27,27%.
- Si la succursale est en Belgique, le prorata du siège français n'est pas modifié par les recettes de la succursale. La TVA sur les dépenses réalisées en France est récupérée à hauteur de 25% alors que la TVA sur les dépenses réalisées en Belgique est récupérée à hauteur de 50%. La banque a intérêt à faire facturer des dépenses telles que les frais d'avocats en Belgique.
- Si la succursale est au Japon, ses recettes ne sont pas prises en compte pour le calcul du prorata du siège en France. La TVA sur les dépenses réalisées en France est récupérée à hauteur de 25%. Les dépenses au Japon obéissent au régime fiscal local.

### Selon la thèse du « prorata mondial »

Le prorata du siège en France est calculé comme suit :

- Si la succursale est en France, ses opérations sont toujours enregistrées dans le prorata du siège, qui devient  $(1250+250)/(5000+500) = 27,27\%$ . Que les dépenses du groupe soient facturées au siège ou à la succursale, la banque ne récupère la TVA qu'à hauteur de 27,27%.
- Si la succursale est en Belgique, la situation est identique : le prorata du siège français est calculé en intégrant les recettes de la succursale belge. La TVA sur les dépenses réalisées en France est récupérée à hauteur de 27,27%, de même que la TVA sur les dépenses réalisées en Belgique car le prorata appliqué en Belgique serait aussi de 27,27%<sup>25</sup>. Il n'y a pas d'incitation à facturer dans un pays ou un autre et pas de modification de la charge nette que

---

<sup>25</sup> En supposant qu'il n'y a pas de différence significative entre les deux pays quant au champ des opérations taxables.

la rémanence de TVA d'amont selon que la succursale est en France ou dans un autre Etat de l'UE.

- Si la succursale est au Japon, ses recettes sont prises en compte pour le calcul du prorata. La succursale étant hors de l'UE, toutes les recettes viennent s'ajouter au numérateur et au dénominateur. Le prorata est alors de  $(1250+500)/5500 = 30\%$ . La TVA sur les dépenses réalisées en France est récupérée à hauteur de 30%. Les dépenses au Japon obéissent au régime fiscal local.

### **Selon la thèse bis du Crédit lyonnais dite du « petit prorata mondial »**

Le prorata du siège en France est calculé comme suit :

- Si la succursale est en France, ses opérations sont toujours enregistrées dans le prorata du siège, qui devient  $(1250+250)/(5000+500) = 27,27\%$ . Que les dépenses du groupe soient facturées au siège ou à la succursale, la banque ne récupère la TVA qu'à hauteur de 27,27%.

- Si la succursale est en Belgique, la situation est plus complexe puisqu'il faut identifier la part des dépenses du siège qui ont concouru à la réalisation des recettes de la succursale et du siège (les « dépenses communes») et celles qui ont concouru aux dépenses françaises (les « dépenses françaises »). Le prorata « français » appliqué au siège reste de 25%. Le prorata afférant aux dépenses « communes » est calculé en appliquant la règle du prorata mondial, 27,27%. La TVA acquittée en Belgique continue à être déduite sur la base d'un prorata de 50%, sauf s'il s'agit d'une dépense qui concourt également aux recettes réalisées par le siège, auquel s'applique le prorata « mondial » de 27,27%.

- Si la succursale est au Japon, le principe est le même que dans le cas d'une succursale belge : seules les dépenses mixtes, concourant aux recettes françaises et japonaises, sont affectées d'un nouveau prorata qui est ici de 30%, puisque l'intégralité des recettes de la succursale japonaise est intégrée au numérateur et au dénominateur du prorata. Les dépenses au Japon continuent à obéir au régime fiscal local et les dépenses du siège qui ne concourent qu'aux recettes françaises relèvent toujours d'un prorata de 25%.



## LA PROBLEMATIQUE DE LA LOCALISATION DES OPERATIONS

Lorsqu'une banque réalise des opérations importantes et complexes, de nombreuses équipes sont impliquées, dans différents pays, voire différents continents. Dès lors, les recettes et dépenses associées à cette transaction peuvent être enregistrées dans différentes implantations sans qu'il y ait à proprement parler d'abus fiscal. Les frais d'avocat relatifs à une transaction de fusion-acquisition impliquant une société française et une société américaine et des équipes à Paris et à New-York doit-elle être liquidée à Paris ou New-York ? Les exemples ci-dessous montrent l'impact important du choix de cette localisation lorsqu'on s'intéresse au coût que représente, pour la banque, la limitation de son droit à déduction. Les distorsions fiscales sont évidentes.

Reprenons l'exemple d'une banque qui a 5000M€ de CA, 1250M€ taxables (commissions), 3750M€ non taxables (intérêts des prêts) au niveau de son siège en France et un prorata français de 25%. Ses dépenses totales soumises à TVA sont par hypothèse de 1000M€ Elle a également, dans un pays de l'UE, une succursale plus petite, avec un CA de 500M€, un prorata de 50% et des dépenses soumises à TVA de 150M€<sup>26</sup>.

La banque réalise, avec l'aide de sa succursale, et pour un client établi dans le même pays que cette dernière, une opération importante qui génère 50M€ de recettes : 15M€ de commissions (taxables) et 35M€ d'intérêts (non taxables). Pour cette opération, les dépenses totales de la banque (siège et succursale) soumises à TVA s'élèvent à 3M€. Le coût net de l'opération lié à la non récupération complète de la TVA résulte de quatre éléments :

- Sur la part des dépenses de 3M€ qui est facturée au siège, la TVA n'est récupérée qu'à hauteur du prorata français ;
- Sur la part des dépenses de 3M€ qui est facturée dans la succursale, la TVA n'est récupérée qu'à hauteur du prorata de la succursale ;
- Les recettes enregistrées au siège modifient le prorata du siège et donc la récupération de la TVA sur toutes les dépenses du siège soumises à TVA ;
- Les recettes enregistrées dans la succursale modifient le prorata de la succursale et donc la récupération de la TVA sur toutes les dépenses du siège soumises à TVA.

A suivre l'administration, si la succursale est en France, peu importe le lieu de facturation des recettes et dépenses. En revanche, si la succursale est installée dans un autre pays de l'UE, compte tenu de ces quatre effets, le coût net pour la banque lié à la non récupération complète de la TVA varie grandement selon le lieu de facturation des recettes et dépenses.

	Dépenses facturées en France	Dépenses facturées à l'étranger
--	------------------------------	---------------------------------

<sup>26</sup> Pour simplifier, nous supposons que, pour une succursale dans l'UE, le champ d'application de la TVA et son taux sont les mêmes qu'en France.

Commissions et intérêts facturés en France	<p>Le prorata français passe à 25,05%, celui de la succursale est inchangé. Le coût total pour la banque est de :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 441K€ lié à la non récupération d'une partie de la TVA sur les dépenses de l'opération</li> <li>• -97K€ lié à la hausse du prorata en France sur les autres dépenses du siège</li> </ul> <p><u>Coût total : 344K€</u></p>	<p>Le prorata français passe à 25,05%, celui de la succursale est inchangé. Le coût total pour la banque est de :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 294K€ lié à la non récupération d'une partie de la TVA sur les dépenses de l'opération</li> <li>• -97K€ lié à la hausse du prorata en France sur les autres dépenses du siège</li> </ul> <p><u>Coût total : 197K€</u></p>
Commissions facturées en France (TVA), intérêts facturés à l'étranger (exonérés de TVA)	<p>Le prorata français passe à 25,22%, celui de la succursale à 46,7%. Le coût total pour la banque est de :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 440K€ lié à la non récupération d'une partie de la TVA sur les dépenses de l'opération</li> <li>• -440K€ lié à la hausse du prorata en France</li> <li>• 962K€ lié à la baisse du prorata à l'étranger</li> </ul> <p><u>Coût total : 962K€</u></p>	<p>Le prorata français passe à 25,22%, celui de la succursale à 46,7%. Le coût total pour la banque est de :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 313K€ lié à la non récupération d'une partie de la TVA sur les dépenses de l'opération</li> <li>• -440K€ lié à la hausse du prorata en France</li> <li>• 962K€ lié à la baisse du prorata à l'étranger</li> </ul> <p><u>Coût total : 835K€</u></p>
Commissions facturées à l'étranger (TVA), intérêts facturés en France (exonérés de TVA)	<p>Le prorata français passe à 24,83%, celui de la succursale à 51,5%. Le coût total pour la banque est de :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 442K€ lié à la non récupération d'une partie de la TVA sur les dépenses de l'opération</li> <li>• -428K€ lié à la hausse du prorata à l'étranger</li> <li>• -341K€ lié à la baisse du prorata en France</li> </ul> <p><u>Coût total : 354K€</u></p>	<p>Le prorata français passe à 24,83%, celui de la succursale à 51,5%. Le coût total pour la banque est de :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 285K€ lié à la non récupération d'une partie de la TVA sur les dépenses de l'opération</li> <li>• -428K€ lié à la hausse du prorata à l'étranger</li> <li>• 341K€ lié à la baisse du prorata en France</li> </ul> <p><u>Coût total : 198K€</u></p>
Commissions et intérêts facturés à l'étranger	<p>Le prorata français est inchangé, le prorata de la succursale passe à 48,2%. Le coût total pour la banque est de :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 441K€ lié à la non récupération d'une partie de la TVA sur les dépenses de l'opération</li> <li>• 535K€ lié à la baisse du prorata à l'étranger</li> </ul> <p><u>Coût total : 976K€</u></p>	<p>Le prorata français est inchangé, le prorata de la succursale passe à 48,2%. Le coût total pour la banque est de :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 305K€ lié à la non récupération d'une partie de la TVA sur les dépenses de l'opération</li> <li>• 535€ lié à la baisse du prorata à l'étranger</li> </ul> <p><u>Coût total : 839K€</u></p>

On constate de fortes disparités (d'un facteur 1 à 5) entre les différentes situations. L'incitation à l'arbitrage fiscal est donc certaine et le principe de neutralité malmené.

*A contrario*, dans l'hypothèse du « prorata mondial », le lieu de facturation des dépenses et des recettes n'a pas d'influence sur le coût net pour la banque. Ce coût est de 372K€: 427K€ du fait de la rémanence de TVA d'amont sur les dépenses de l'opération et - 55K€ en raison de la hausse du prorata mondial.

Si l'on suppose que la succursale impliquée dans l'opération est située en dehors de l'Union européenne, les disparités demeurent, mais les résultats numériques sont différents, le calcul du prorata étant modifié et le pays extracommunautaire étant hors du champ territorial de la TVA. Le résultat dépend alors de l'existence éventuelle dans ce pays d'un système équivalent de taxe sur le chiffre d'affaires ; l'éventail des possibles est trop large pour pouvoir l'illustrer de manière synthétique.