

TVA et fonds d'investissement - Mise en œuvre des décisions de la Cour de Justice des Communautés européennes au Luxembourg.

Frédéric Raepers
 Manager
 Indirect Tax
Laurence Lhôte
 Senior Manager
 Indirect Tax

KPMG Luxembourg

Jusque très récemment, l'industrie des fonds d'investissement luxembourgeoise n'était pas réellement concernée par la taxe sur la valeur ajoutée. En effet, le Luxembourg appliquait une exonération relativement large en matière de gestion de fonds d'investissement et ceux-ci étaient considérés comme non assujettis. Ce statut ne générait de facto aucune obligation déclarative dans le chef de ces véhicules.

Les arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes (ci-après « CJCE »), dans les affaires BBL et Abbey National, ont bouleversé quelque peu les pratiques antérieurement établies et ont contraint l'administration de l'Enregistrement et des Domaines (ci-après « l'administration ») à émettre une circulaire afin de préciser leur portée sur les pratiques jusqu'alors appliquées.

Nous analysons dans un premier temps les deux arrêts de la CJCE pour ensuite revenir sur la circulaire émise le 29 décembre 2006 par l'administration et ses implications pratiques pour les acteurs du secteur.

1. Les arrêts BBL et Abbey National

1.1. Arrêt BBL¹

A. Les faits

Pour rappel, en date du 21 octobre 2004, la CJCE avait été amenée à se prononcer sur le statut d'assujetti d'une SICAV (société d'investissement à capital variable).

A l'origine de cet arrêt, la Banque Bruxelles Lambert SA (i.e. BBL), établie en Belgique, avait presté des services d'assistance, d'information et de conseil à des SICAV luxembourgeoises pour lesquels la taxe sur la valeur ajoutée n'avait pas été acquittée. La banque considérait en effet que le lieu de la prestation des services était localisé au Luxembourg et ce, bien que les SICAV n'y étaient pas considérées comme assujetties à la TVA. Il convient de souligner dans le contexte de l'époque, qu'il existait des différences

d'interprétations quant au statut d'assujetti d'une SICAV entre les Etats membres et plus particulièrement entre les deux pays concernés.

Le Luxembourg considérait les SICAV comme non assujetties, les assimilant à des sociétés holdings en matière de TVA. La Belgique quant à elle les considérait comme des assujettis TVA² et donc de facto leur permettait en théorie de bénéficier du principe d'auto-liquidation de la taxe (c'est-à-dire taxation dans le pays du preneur selon ses propres règles TVA) lorsque les prestations étaient de nature intellectuelle ou financière et rendues par des prestataires établis dans un pays différent de celui du preneur. Cette interprétation belge avait été nuancée ultérieurement³ par une exclusion spécifique des SICAV luxembourgeoises du statut d'assujetti (et donc du transfert du lieu de la prestation au Luxembourg) dans la mesure où le Grand Duché ne leur reconnaissait pas cette qualité.

¹ Arrêt C-8/03 de la CJCE.

² Question parlementaire n° 614 du Représentant De Clippele datée du 22.06.1993.

³ Question parlementaire n° 650 de M. de Clippele datée du 15.05.2000.

• Fiscalité

Lors d'un contrôle, l'administration fiscale belge avait imposé à la banque un recouvrement de la TVA pour les périodes allant de 1993 à 1997 en invoquant que les SICAV n'étaient pas assujetties à la TVA au Luxembourg. La banque aurait par conséquent dû percevoir la TVA belge, les services fournis ne pouvant alors bénéficier d'une exonération en vertu de la loi TVA belge.

La BBL avait alors introduit un recours contre cette décision et l'affaire avait été portée devant le Tribunal de première instance de Bruxelles. Ce dernier avait alors décidé de surseoir à sa décision et de poser deux questions préjudicielles à la CJCE, la première relative à la qualité d'assujetti des SICAV, la deuxième relative au champ d'application de l'exonération des services de gestion de fonds d'investissement

B. Décision de la CJCE

En vertu l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 85/611, les opérations des SICAV consistent dans le placement collectif en valeurs mobilières des capitaux recueillis auprès du public. En effet, avec les capitaux que les souscripteurs déposent en achetant des parts, les SICAV constituent et gèrent, pour le compte de ceux-ci et contre rémunération, des portefeuilles composés de valeurs mobilières.

Par conséquent, la CJCE a considéré qu'une telle activité excède le cadre de la simple acquisition et de la simple vente de titres effectuée par une société holding et vise à produire des recettes ayant un caractère de permanence. Elle constitue par conséquent une activité économique au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la sixième directive.

Les SICAV ont donc la qualité d'assujetti au sens de l'article 9 de la Directive 2006/112/CE du Conseil.

La Cour a également précisé que le lieu des prestations de services rendues à des SICAV établies dans un Etat membre autre que celui du prestataire est situé à l'endroit où est établi le siège de l'activité économique de la SICAV.

Dans la mesure où la CJCE avait répondu positivement à la première question, elle n'était pas tenue de se prononcer sur la deuxième question. Il a donc fallu l'arrêt Abbey National pour obtenir des précisions quant à la notion de gestion relative aux fonds d'investissement

1.2. Arrêt Abbey National⁴: portée de l'exemption de TVA applicable les services de gestion de fonds

Le 4 mai 2006, la CJCE livrait sa décision dans l'affaire C-169/04 (Abbey National plc et Inscap Investment Ltd). Cette affaire concernait la portée de l'exemption de TVA applicable aux services de gestion de fonds communs de placement comme définis par les Etats membres.

Cet arrêt était attendu avec impatience par le monde des fonds d'investissement. En effet, les réponses apportées aux questions posées à la CJCE étaient de nature à forcer certains Etats membres à modifier leur pratique liée à l'application de l'exonération, et plus particulièrement en ce qui concerne l'étendue du champ d'application.

Afin de mieux comprendre la portée de la circulaire émise par l'administration suite à cet arrêt, il est nécessaire d'en rappeler les faits, les questions posées à la CJCE ainsi que le jugement rendu.

A. Les faits

Dans cette affaire, Abbey National Unit Trust Managers Ltd et Scottish Mutual Investments Managers Ltd, tous deux membres du groupement TVA Abbey National, étaient les gestionnaires, respectivement, de quinze et onze fonds communs de placement.

Les dépositaires (« trustees ») de ces fonds facturaient une redevance générale pour leur fonction avec application de la TVA.

Inscap Investments Ltd et Inscap Investment Fund sont également membres du groupe TVA Abbey National. A la fin des années 2000, Inscap Investment Ltd, désigné comme gérant (« Authorized Corporate Director ») d'Inscap Investment Fund, a conclu un accord relatif à la comptabilité d'Inscap Investment Fund avec la Bank of New York. En vertu de cet accord, cette dernière s'est engagée à fournir une série de services délégués par Inscap Investment Ltd, en particulier les services suivants :

- le calcul du montant des revenus et du prix des parts ou actions du fonds, les évaluations d'actifs, la comptabilité, la préparation de déclarations pour la distribution des revenus, la fourniture

4 Arrêt C-169/04 de la CJCE.

d'informations et de documentations pour les comptes périodiques et pour les déclarations fiscales, statistiques et de TVA ainsi que la préparation des prévisions de revenus ;

- le traitement des données, les opérations de rapprochement sur le fonds, le calcul et l'enregistrement des charges et dépenses, l'enregistrement des événements de la société, la diffusion des prix journaliers des compartiments à la presse, la production des déclarations fiscales et de TVA ainsi que des déclarations à la Banque d'Angleterre, le calcul du taux de distribution et du rendement et les réponses aux questions d'Inscape Investment Ltd et/ou du dépositaire.

La Bank of New York a facturé ces prestations à Inscape Investment Ltd avec application de la TVA.

Abbey National contesta la facturation de la TVA par la Bank of New York à Inscape Investment Ltd sur les prestations d'administration et de comptabilité qu'elle a effectuées en tant qu'administrateur de fonds ainsi que l'application de la TVA par les dépositaires. Abbey National fit valoir que ces prestations devaient être exonérées car constituant de la gestion de fonds communs de placement.

Jugeant la portée de l'exonération insuffisamment claire, la juridiction de renvoi décida de poser à la CJCE les questions suivantes :

- les Etats membres sont-ils compétents pour déterminer les activités comprises dans la « gestion » des fonds communs de placement ainsi que pour définir les fonds communs de placement qui sont susceptibles de bénéficier de l'exonération ?
- l'exemption est-elle applicable aux prestations facturées par une banque dépositaire, un trustee ou un gestionnaire tiers dans le cadre de la gestion administrative des fonds ?

B. Décision de la CJCE

A la première question, la CJCE, suivant l'avis de l'avocat général Kokott jugea que la notion de « gestion » de fonds communs de placement visée à l'article 13B (d) (6) de la sixième directive constituait une notion autonome du droit communautaire dont les Etats membres ne pouvaient modifier le contenu.

Cet article 13B (d) (6) confère uniquement aux Etats membres le soin de définir la notion de « fonds communs de placement », couverts par l'exemption.

A la seconde question, la CJCE jugea que :

- contrairement à l'avis de l'avocat général, les prestations correspondant aux fonctions de dépositaire n'étaient pas exonérées. La CJCE a considéré que ces fonctions ne tombaient pas sous la « gestion » d'organismes de placement collectifs, mais constituaient plutôt des prestations de contrôle et de surveillance des activités des organismes de placement collectifs, le but étant de s'assurer que les organismes de placement collectifs sont gérés conformément à la loi ;
- conformément à l'avis de l'avocat général, la CJCE a jugé que les services rendus par un gestionnaire tiers dans le cadre de la gestion administrative des fonds constituent de la gestion de fonds communs de placement s'ils forment un tout distinct et sont spécifiques et essentiels à la gestion de fonds communs de placement.

En résumé, sont donc exonérés de TVA non seulement les services de gestion de portefeuille, mais également les services de gestion administrative et comptable et ce même s'ils sont sous-traités dans la mesure où ils forment un ensemble distinct, apprécié de manière globale et qu'ils soient spécifiques et essentiels à la gestion de fonds d'investissement. L'arrêt se réfère à la notion de gestion telle que reprise à l'annexe II de la directive 85/611 (c'est-à-dire la gestion de portefeuille ainsi que les services listés sous administration). Il exclut du bénéfice de l'exonération les fonctions de dépositaire des organismes de placement collectif telles que indiquées aux articles 7 § 1 et 3 et 14 § 1 et 3 de cette même directive dans la mesure où ces fonctions relèvent non pas de la gestion de fonds d'investissement mais bien du contrôle et de la surveillance de l'activité de ceux-ci.

Cet arrêt confirma en certains points la pratique administrative appliquée par l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines luxembourgeoise. Néanmoins, le traitement TVA applicable aux prestations de dépositaire, jusqu'alors exonérées, allait devoir être revu.

2. Mise en œuvre de ces arrêts au Luxembourg

Suite à ces deux arrêts, l'administration a mené des discussions avec les principaux acteurs du secteur des fonds d'investissement luxembourgeois. Le fruit de ces discussions en vue de la mise en œuvre des arrêts

• Fiscalité

au Luxembourg a été concrétisé par la circulaire n° 723 dont nous développons les aspects principaux ainsi que les conséquences pratiques.

La circulaire traduit les conclusions rendues dans l'affaire BBL, en reconnaissant le statut d'assujetti à tous les organismes visés par l'article 44 § 1 d) de la loi TVA luxembourgeoise (ci-après "LTVA"). Ceci concerne donc non seulement les organismes de placement collectifs soumis au contrôle de la commission de surveillance du secteur financier (i.e. la CSSF) mais également les Sicar, les sociétés de titrisation ainsi que les fonds de pension luxembourgeois. Les organismes de placement collectif à compartiments multiples sont cependant à considérer comme un seul et même assujetti. L'approche antérieure appliquée aux fonds communs de placement, est maintenue. Ceux-ci continuent à être assimilés à des non-assujettis. Leur société de gestion quant à elle bénéficiera de la qualité d'assujetti.

De plus, la circulaire indique que ces différents véhicules qui relèvent de l'article 44 § 1 d) LTVA réalisent eux-mêmes un chiffre d'affaires exonéré en vertu de ce même article, à savoir qu'ils sont considérés comme prestant eux-mêmes des services de gestion de fonds d'investissement.

L'arrêt Abbey National confirme également le concept de « services finis » appliqué par l'administration dans le cadre de la sous-traitance d'une partie des tâches du gestionnaire du fonds. Les services rendus par un tiers au gestionnaire du véhicule d'investissement sont donc exonérés de TVA lorsqu'ils forment un ensemble distinct, apprécié de manière globale et qu'ils sont spécifiques et essentiels à la gestion de fonds d'investissement.

En ce qui concerne l'activité de banque dépositaire, l'administration précise que cette activité reprend une fonction beaucoup plus large que celle liée à la mission de surveillance et de contrôle, comme notamment l'achat et la vente de titres. Seuls ces services de surveillance et de contrôle ne bénéficient plus de l'exonération, les autres services de banque dépositaire restant exonérés de TVA.

Ces prestations de surveillance seront soumises au taux de TVA de 12 % à partir du 1^{er} avril 2007. Elles généreront un droit à déduction dans le chef des prestataires de ce service.

La circulaire ne donne pas de direction précise quant à la détermination de la base taxable de ces presta-

tions. En effet, il devrait appartenir à chaque assujetti de déterminer, au cas par cas, sur base d'éléments objectifs, une base d'imposition pour les services de surveillance qu'il preste. Cette base d'imposition pourrait donc être différente selon notamment le type d'organismes de placement collectif.

La circulaire étant applicable à partir du 1^{er} avril 2007, les différentes parties concernées ont donc le temps nécessaire pour réfléchir à cette base taxable et réunir les moyens leur permettant de supporter leur approche.

Il est enfin important de noter que l'administration a veillé à éviter des coûts additionnels aux acteurs financiers dans la mesure où une adaptation des contrats ne sera pas requise si ceux-ci sont compatibles avec les règles reprises dans cette circulaire.

En ce qui concerne les autres services liés à la gestion des fonds d'investissement, l'approche de l'administration reste inchangée.

3. Conséquences pratiques

La circulaire a précisé le statut des véhicules d'investissement visés par l'article 44 § 1 d) LTVA. Il est cependant important de rappeler que ceux-ci sont des assujettis effectuant des prestations exonérées de TVA. Ils sont donc déchargés de l'obligation de s'immatriculer et donc de leurs obligations déclaratives sauf s'ils reçoivent des services non exonérés provenant de l'étranger.

Ces services sont de nature intellectuelle et /ou financière et sont repris à l'article 17 § 2 e) LTVA. C'est le cas notamment de services d'avocats ou de conseillers fiscaux établis en dehors Luxembourg. Il en va de même si les fonds d'investissement effectuent des acquisitions intracommunautaires de biens ou des importations de biens.

Il existe une autre possibilité où l'immatriculation serait requise. Lorsque des services liés à la gestion d'organismes de placement collectif bénéficiant d'une exonération au Luxembourg sont sous-traités dans l'Union Européenne et que la législation en vigueur dans le pays du prestataire conditionne la non-application de la TVA à l'obtention du numéro d'identification à la TVA du preneur, l'immatriculation du fonds au Luxembourg sera alors nécessaire afin d'éviter que la TVA du pays du prestataire ne soit facturée.

Il est donc important d'analyser chaque situation avant d'immatriculer un fonds d'investissement (ou assimilé) et se poser les questions suivantes :

- est-ce que le véhicule d'investissement reçoit des opérations dont le lieu de prestation est situé au Luxembourg et y sont-elles soumises à la TVA?
- est-ce que le pays du sous-traitant européen requiert un numéro d'identification pour exonérer la prestation de la TVA locale?

Si la réponse à une de ces deux questions est positive, l'immatriculation devrait alors être effectuée.

L'autre aspect important de cette circulaire concerne la détermination de la base taxable pour les services de supervision. Le délai octroyé par l'administration devrait à priori permettre à chacun de prendre les dispositions nécessaires pour pouvoir la déterminer.

4. Conclusion

Dans l'attente d'autres modifications pouvant éventuellement survenir d'affaires⁵ portées devant la CJCE, l'approche pragmatique de l'administration devrait permettre de maintenir la compétitivité de la place financière luxembourgeoise vis-à-vis de ses concurrents principaux, notamment l'Irlande et le Royaume-Uni. La circulaire a permis de clarifier le statut des véhicules d'investissement repris à l'article 44 § 1 d) LTVA au regard de la TVA et de délimiter leurs obligations déclaratives.

Bien que la portée de l'exemption applicable à la gestion de fonds d'investissement, ait été réduite, seuls les services de surveillance effectués par la banque dépositaire ne seront plus couverts par l'exonération, les autres services effectués par la banque dépositaire ainsi que la prestation de gestion sous-traitée par le gestionnaire pouvant toujours en bénéficier.

5 Voir affaires JP Morgan Fleming Investment Trust (C-363/05) et Ludwig (C-453/05) de la CJCE.