

Arrêt N°148/16 – II-CIV.

Arrêt civil.

Audience publique du dix août deux mille seize.

Numéro 39533 du registre.

Composition:

Françoise MANGEOT, président de chambre;  
Gilbert HOFFMANN, premier conseiller;  
Valérie HOFFMANN, conseiller,  
Fabio SPEZZACATENA, greffier assumé.

E n t r e :

**La société anonyme SOC.1.) S.A.**, anciennement **SOC.1’.) S.A.**, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d’administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B(...),

appelante aux termes d’un exploit de l’huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg en date du 29 novembre 2012,

comparant par Maître Thierry LESAGE, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

**1.) L’ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG**, ayant son siège à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation, représenté par son Ministre d’Etat,

**2.) L’ADMINISTRATION DE L’ENREGISTREMENT ET DES DOMAINES (AED)**, établie à L-1651 Luxembourg, 1-3, rue Guillaume, représentée par son directeur actuellement en fonctions,

intimés aux fins du susdit exploit CALVO,

comparant par Maître Alain STEICHEN, avocat à la Cour à Luxembourg,

## LA COUR D'APPEL:

La société anonyme **SOC.1'.)** (anciennement la S.A. **SOC.1''.**), dénommée ci-après « **SOC.1'.)** ») a pour objet principal la gestion collective de portefeuilles de fonds d'investissement.

Suivant une convention du mois de mai 2007, un « *investment management agreement* » a été conclu entre une SICAV irlandaise, **SOC.2.)** (the Company), dénommée ci-après « **SOC.2.)** », et la société anonyme **SOC.1''.)** (the Investment Manager). Selon l'article 2.1 de cet accord, « *the Company hereby delegates to the Investment Manager full investment discretion to manage the Assets in accordance with the Instructions* ». L'article 16.2 disposait que « *The Investment Manager may delegate some or all of its investment management rights, duties and powers under this Agreement...to an investment manager affiliated with the Investment Manager....* ».

Le 27 avril 2009, un « *investment management delegation agreement* » a été signé entre le Investment Manager **SOC.1'.)** (anciennement la S.A. **SOC.1''.**) et une société étrangère établie aux USA, à savoir **SOC.3.)** (Delegate Investment Manager), par lequel la gestion des avoirs d' **SOC.2.)** a été intégralement sous-traitée à cette dernière. En effet et selon l'article 2.1 de cette convention, « *the Investment Manager hereby delegates to the Delegate Investment Manager full investment discretion to manage the Assets in accordance with the Instructions* ».

Dans les relations régies par la convention du 27 avril 2009, **SOC.3.)** (dénommée ci-après « **SOC.3.)** ») fournissait et facturait des services à **SOC.1'.)**. Parallèlement et en exécution de l'accord de mai 2007, **SOC.1'.)** faisait bénéficier **SOC.2.)** de ces mêmes services et les lui facturait.

Il n'est pas contesté que déjà en 2007, **SOC.3.)** fournissait à **SOC.1'.)** des prestations telles que celles envisagées par l'accord du 27 avril 2009.

En 2007, **SOC.3.)** a fourni et facturé à **SOC.1'.)** des prestations en relation avec la gestion d'**SOC.2.)** pour un total de 975.979,60 euros hors TVA. La TVA correspondante payée par **SOC.1'.)** s'élevait à 127.301,69 euros. Dans la déclaration rectificative de TVA de l'année 2007, **SOC.1'.)** a déduit le montant de 127.301,69 euros du chef de TVA en amont.

L'administration de l'Enregistrement et des Domaines (ci-après « l'AED ») ne partageait pas cette approche et a, dans un bulletin de taxation d'office du 17 août 2009 (notifié le 2 septembre 2009), englobé le montant de 127.301,69 euros dans le poste de la taxe en amont non-déductible. Une réclamation du 20 octobre 2009 contre ce bulletin a été rejetée par une décision du directeur de l'AED du 24 mars 2010. Cette décision fait l'objet du recours dont le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a été saisi.

En effet, par exploit d'huissier de justice du 10 mai 2010, **SOC.1'.)** a assigné l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG ainsi que l'AED à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg afin de voir réformer les décisions prises

en rapport avec l'imposition du chiffre d'affaires de l'exercice 2007. **SOC.1'.)** réclamait également une indemnité de procédure de 5.000 euros.

### Le jugement entrepris

Dans un jugement du 21 mars 2012, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a dit la demande non fondée, a dit que le bulletin de taxation d'office notifié le 2 septembre 2009 et la décision du directeur de l'AED du 24 mars 2010 restent maintenus. Il a également débouté toutes les parties de leurs demandes basées sur l'article 240 du NCPC.

Pour statuer ainsi, le tribunal a examiné 1) le régime applicable aux prestations fournies par **SOC.3.)** - il s'agissait de déterminer si dans le cadre de l'article 44.1.d de la loi du 12 février 1979 sur la TVA, les prestations fournies par **SOC.3.)** étaient sujettes à taxation (**SOC.1'.)** prétendait qu'elles ne l'étaient pas) - et 2) si en application de l'article 49.2.b de la loi du 12 février 1979, **SOC.1'.)** était en droit de déduire la TVA sur les services lui étant rendus par **SOC.3.)** :

#### 1) le régime applicable aux prestations fournies par **SOC.3.)**

1a) Au niveau de la localisation des prestations fournies par **SOC.3.)** et de la détermination du débiteur de la taxe réduite, le tribunal a considéré que :

- tant dans la déclaration rectificative de TVA déposée par **SOC.1'.)** que dans le bulletin de taxation d'office émis par l'AED, les services rendus par **SOC.3.)** sont qualifiés de prestations que le preneur de services redevable de la taxe doit déclarer en application de l'article 26.1. b,c et d de la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la TVA,

- selon l'article 26.1.c et l'article 17.2.e 5ème tiret, dans leur teneur en 2007, « *le lieu des prestations de service suivantes effectuées à des preneurs établis en dehors de la Communauté ou à des assujettis établis dans la Communauté mais en dehors du pays du prestataire, est réputé se situer à l'endroit où le preneur a établi le siège de son activité économique ou un établissement stable pour lequel la prestation de services a été effectuée ou, à défaut, le lieu de son domicile ou de sa résidence habituelle :*

- .....

- *les opérations bancaires, financières, d'assurance et de réassurance, à l'exception de la location de coffres-forts* »,

- en cette matière, le fait que le prestataire du service soit établi en dehors de l'Union Européenne est sans incidence,

- en l'espèce, le preneur, c'est-à-dire **SOC.1'.)**, étant établi au Luxembourg, les prestations fournies par **SOC.3.)** sont réputées exécutées au Luxembourg, et pour autant que celles-ci soient sujettes à taxation, celle-ci doit se faire dans le chef de **SOC.1'.)**.

1b) Quant au caractère imposable des prestations fournies par **SOC.3.)**, les premiers juges ont retenu que :

- l'article 44.1.d de la loi du 12 février 1979 se lit comme suit :

« Article 44

1. Sont exonérés de la taxe sur la valeur ajoutée dans les limites et sous les conditions à déterminer par règlement grand-ducal :

...

d) la gestion d'OPC, y compris de SICAR, et de fonds de pension soumis à la surveillance de la CSSF ou du Commissariat aux assurances ainsi que d'organismes de titrisation situés au Luxembourg ;

... ».

- le principe de cette exonération a été consacré par l'article 130 de la loi du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif qui a modifié l'article 44.1.d de la loi du 12 février 1979 pour lui donner, à l'époque, la teneur suivante :

« d) la gestion d'OPC et de fonds de pension soumis à la surveillance de la CSSF ou du Commissariat aux Assurances ».

Cette réglementation s'inspire de l'article 13.B.d.6 de la directive 77 / 388 / CEE du Conseil du 17 mai 1977, qui prévoit que :

« sans préjudice d'autres dispositions communautaires, les Etats membres exonèrent, dans les conditions qu'ils fixent en vue d'assurer l'application correcte et simple des exonérations prévues ci-dessous et de prévenir toute fraude, évasion et abus éventuels :

....

d) les opérations suivantes :

....

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

... ».

- dans un arrêt du 4 mai 2006 (affaire C-169 / 04 A.), la CJUE a retenu au point 43 que la notion de « gestion » de fonds communs de placement constitue une notion autonome du droit communautaire dont les Etats membres ne peuvent modifier le contenu, que la directive 77 / 388 / CEE ne comporte pas de définition de l'activité de « gestion » de fonds communs de placement (point 58), et qu'entrent dans le champ d'application de l'article 13 B.d.6 de la sixième directive (la directive 77 / 388 / CEE), outre les fonctions de gestion de portefeuille, celles d'administration des organismes de placement collectif eux-mêmes, telles que celles indiquées à l'annexe II de la directive 85 / 611 telle que modifiée, sous la rubrique « Administration », qui sont des fonctions spécifiques aux organismes de placement collectif (point 64),

- dans l'assignation introductive d'instance, **SOC.1'**) se donne la qualification d'OPCVM, qui est reconnue par les défendeurs,

- la définition de l'OPCVM qui figure dans la loi du 20 décembre 2002 est conforme à celle que l'article 2 de la directive 77 / 388 / CEE donne des OPCVM,

- **SOC.3.)**, qui a pour mission de gérer le portefeuille de valeurs mobilières détenu par **SOC.2.)**, se livre à des activités de gestion d'un fonds commun de placement au sens de la directive 77 / 388 / CEE et, dans le contexte de la législation luxembourgeoise, à des activités de gestion d'un OPC et plus précisément d'un OPCVM,

- dans sa teneur de 2002, l'article 44.1.d de la loi de 1979 ne prévoit l'exonération de la taxe sur la valeur ajoutée que pour la gestion des OPC soumis à la surveillance de la CSSF,

- il était dans l'intention du législateur de ne pas faire jouer la faveur fiscale en rapport avec des activités de gestion des OPC établis à l'étranger. Or, **SOC.2.)** est implantée en Irlande.

- les prestations que fournit **SOC.3.)** en rapport avec **SOC.2.)** ne sont pas couvertes par l'article 44.1.d de la loi de 1979 et ne sont pas susceptibles d'être exonérées sur base de ce texte.

## 2) les prestations fournies par **SOC.1'.)**

2 a) l'application de l'article 49.2.b) de la loi modifiée du 12 février 1979

**SOC.1'.)** estimait pouvoir bénéficier de l'article 49.2.b) de la loi du 12 février 1979 et opérer la déduction de la taxe à régler sur les opérations effectuées par **SOC.3.)** au motif que les prestations que **SOC.1'.)** fournit à **SOC.2.)**, à supposer qu'elles soient exécutées au Luxembourg, ne seraient pas exonérées de la TVA parce que le preneur des services (**SOC.2.)** n'est pas soumis à la surveillance de la CSSF.

- L'article 49.1 de la loi de 1979 énonce deux hypothèses qui empêchent la déductibilité de la TVA en amont. En effet, l'article 49.1 dispose :

*« N'est pas déductible la taxe sur la valeur ajoutée ayant grevé les biens et les services qui sont utilisés pour effectuer des livraisons de biens et des prestations de services exonérées (1ère hypothèse) ou ne rentrant pas dans le champ d'application de la taxe (2ème hypothèse).*

*.... ».*

Le jugement retient qu'en présence de la gestion d'un OPCVM non soumis à la surveillance de la CSSF, les prestations fournies par **SOC.1'.)** pour le compte d'**SOC.2.)** ne sont pas exonérées et la première hypothèse envisagée par l'article 49.1 ne s'applique pas.

Concernant la seconde hypothèse (non déductibilité de la TVA réglée en rapport avec des services qui ne rentrent pas dans le champ d'application de la taxe), les prestations que **SOC.1'.)** fournit à **SOC.2.)** sont, en vertu de l'article 17.2.e 5ème tiret de la loi du 12 février 1979, réputées localisées en Irlande, pays où le preneur (**SOC.2.)** est établi. Ces prestations ne sont pas soumises à la TVA

luxembourgeoise, de sorte que le 2ème cas de figure de l'article 49.1 est donné. Par conséquent, **SOC.1'.)** n'est en principe pas en droit de déduire la TVA dont elle est redevable sur les services qui lui ont été rendus par **SOC.3.)**.

- Exception au principe de la non-déductibilité

L'article 49.2 et 49.2.b de la loi sur la TVA disposent que « *Par dérogation aux dispositions du paragraphe 1<sup>er</sup>, l'assujetti est cependant autorisé à opérer la déduction, lorsque les biens et services sont utilisés pour les besoins :*

...

*b) de ses opérations, qui sont effectuées à l'étranger et qui ouvriraient droit à déduction, si elles étaient effectuées à l'intérieur du pays ;*

.... ».

Pour apprécier si **SOC.1'.)** peut bénéficier de ce texte, le tribunal a examiné dans quelle mesure les prestations que **SOC.1'.)** fournit à **SOC.2.)** lui permettraient d'opérer la déduction de la TVA si ces prestations étaient effectuées non pas en Irlande, mais au Luxembourg. Pour que de tels services puissent être considérés comme localisés au Luxembourg, il faudrait, selon l'article 17.2.e 5ème tiret de la loi de 1979, que le preneur soit lui-même établi au Luxembourg. Dans une telle hypothèse, une déduction de la TVA en amont ne serait concevable que si les prestations fournies ne sont pas exonérées de la TVA dès le départ. Ainsi, il faudrait qu'il ne s'agisse pas d'opérations de gestion d'OPC au sens de l'article 44.1 de la loi de 1979, c'est-à-dire concernant un OPC soumis à la surveillance du secteur financier.

Ceci nécessite de savoir si un OPC, en l'espèce plus particulièrement un OPCVM peut être établi au Luxembourg sans être soumis à la surveillance de la CSSF. Or, une lecture combinée des articles 2 et 93 de la loi du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif fait apparaître qu'un OPCVM établi au Luxembourg est obligatoirement soumis à la surveillance de la CSSF.

Les opérations de gestion d'un tel OPC étant, en vertu de l'article 44.1.d) de la loi du 12 février 1979 exonérées de la TVA, **SOC.1'.)** ne pourrait, même si ses prestations au profit d'**SOC.2.)** étaient réalisées au Luxembourg, pas déduire la taxe en amont grevant les services fournis par **SOC.3.)**.

**SOC.1'.)** est mal fondée à se prévaloir de l'article 49.2.b) de la loi du 12 février 1979.

2b) l'application de l'article 44.1.c 9ème tiret de la loi modifiée du 12 février 1979

**SOC.1'.)** soutenait que les services fournis faisaient partie des opérations de gestion visées à l'article 44.1.c 9ème tiret de la loi de 1979, qui ne sont pas exonérées non plus.

Ce texte dispose :

« Article 44

1. Sont exonérés de la taxe sur la valeur ajoutée dans les limites et sous les conditions à déterminer par règlement grand-ducal :

...

c) les prestations de services et les livraisons de biens suivantes :

...

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

... ».

Le tribunal a considéré que les prestations de service que **SOC.1'.)** fournit pour le compte d'**SOC.2.)** sont à ranger dans la catégorie des opérations de gestion d'OPC, qui relèvent de l'article 44.1.d) de la loi de 1979, et que l'article 44.1.c 9ème tiret n'est pas applicable

2c) le principe de neutralité fiscale

**SOC.1'.)** soutenait que le principe de neutralité fiscale devait prévaloir en matière de TVA.

Le tribunal constate que **SOC.1'.)** ne soutient pas que les dispositions de la législation luxembourgeoise régissant le cas d'espèce étaient contraires à la réglementation européenne applicable en la matière.

Il rappelle que le principe de neutralité fiscale sur lequel repose le système commun de TVA instauré par la 6ème directive s'oppose à ce que des opérateurs économiques qui effectuent les mêmes opérations (et qui se trouvent donc en concurrence les unes avec les autres) soient traités différemment en matière de perception de TVA.

Un assujetti bénéficiant d'une exonération et n'ayant, par conséquent, pas droit à la déduction de la taxe payée en amont à l'intérieur d'un Etat membre, ne saurait pas non plus avoir ce droit lorsque l'opération concernée revêt un caractère intracommunautaire.

Le principe de neutralité fiscale ne serait pas respecté si des opérations ouvraient droit à déduction lorsqu'elles revêtent un caractère intracommunautaire, alors qu'elles ne donnent pas lieu à déduction lorsqu'elles sont accomplies à l'intérieur d'un Etat membre.

Le tribunal conclut que **SOC.1'.)** lui demande précisément de consacrer pareille discrimination en lui permettant de déduire la TVA en amont déclarée en rapport avec des opérations de gestion d'un OPC qu'elle réalise en Irlande, cette même TVA n'étant pas déductible dans l'éventualité où ces prestations sont fournies au Luxembourg.

C'est à tort que **SOC.1'.)** (la société anonyme **SOC.1'.)**, plus anciennement S.A. **SOC.1''.**)), se prévaut d'une violation du principe de neutralité fiscale.

### 3) Conclusion

Le tribunal en a conclu que le bulletin de taxation d'office notifié le 2 septembre 2009 et la décision du directeur de l'AED du 24 mars 2010 sont à maintenir.

#### L'appel

Par exploit d'huissier de justice du 29 novembre 2012, la société anonyme **SOC.1.**), anciennement **SOC.1'.**), c'est-à-dire la société anonyme **SOC.1'.**), a régulièrement relevé appel du jugement susmentionné du 21 mars 2012, qui n'a pas fait l'objet d'une signification.

#### La position de l'appelante

Elle conclut à la réformation du jugement et à l'admission de sa demande.

- Le moyen principal : droit à déduction de la TVA en amont fondé sur l'article 49.2.b de la loi sur la TVA

**SOC.1'.**) reconnaît que son activité de gestionnaire financier de fonds, réalisée en l'espèce auprès d'une SICAV irlandaise, tombe sous le champ d'application de la directive 77 / 388 / CEE et qu'en application de l'article 17.2.e de la loi sur la TVA, ces services sont réputés être exécutés en Irlande (elle reconnaît également que les services de gestion qu'elle sous-traite à **SOC.3.**) suivent la même règle de localisation et sont localisés au Luxembourg).

**SOC.1'.**) estime que puisque les services de gestion qu'elle preste à **SOC.2.)** sont réputés localisés à l'étranger, ils ouvrent un droit à récupération de la TVA au Luxembourg, en vertu de l'article 49.2.b de la loi sur la TVA (dont les termes sont détaillés ci-dessus). En effet, si de tels services avaient été exécutés au Luxembourg, ils n'auraient pas pu bénéficier de l'exonération prévue par l'article 44.1.d de la loi sur la TVA, puisqu'une SICAV irlandaise n'est pas soumise à la surveillance de la CSSF (il serait faux d'admettre que cet OPC aurait automatiquement été soumis à la surveillance de la CSSF par application des articles 2 et 93 de la loi du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif), et ils auraient été pleinement imposables.

Dans ce contexte, l'appelante considère que l'article 44.1.d de la loi sur la TVA (qui dispose que « *1. Sont exonérés de la taxe sur la valeur ajoutée dans les limites et sous les conditions à déterminer par règlement grand-ducal :.....d) la gestion d'OPC, y compris de SICAR, et de fonds de pension soumis à la surveillance de la CSSF ou du Commissariat aux assurances ainsi que d'organismes de titrisation situés au Luxembourg* ») serait à comprendre comme ne visant pas les autorités réglementaires étrangères, mais seulement la CSSF. L'article 44.1.d de la loi sur la TVA serait d'interprétation stricte.

Les prestations fournies par **SOC.1'.**) à **SOC.2.)** devraient ouvrir droit à déduction de l'intégralité de la TVA en amont greffant les services de gestions sous-traités par **SOC.1'.**) à **SOC.3.)**. L'article 49.1 de la loi sur la TVA, qui traite de la non-déductibilité de la TVA en amont, ne s'appliquerait pas en l'espèce.

**SOC.1'.)** fait grief au tribunal d'avoir considéré que l'article 44.1.d de la loi sur la TVA ne s'applique pas aux services de gestion sous-traités parce que l'exonération prévue par l'article 44.1.d vise uniquement les OPC soumis à la surveillance de la CSSF, et d'avoir, dans un second temps, refusé la déduction de la taxe en amont au motif que cette TVA aurait été supportée pour effectuer des prestations de service qui ne rentrent pas dans le champ d'application de la taxe, comme prévu par l'article 49.1 de la loi sur la TVA.

Le tribunal aurait d'abord dû se pencher sur le régime de taxation et de déduction attaché à la prestation principale et ensuite appliquer un régime similaire au service sous-traité.

Si l'activité de gestion financière de **SOC.1'.)** en rapport avec **SOC.2.)** devait être considérée comme étant exonérée au titre de l'article 44.1.d de la loi sur la TVA, les services de sous-traitance à **SOC.3.)** devraient bénéficier de la même exonération en tant que services rendus au bénéfice direct et final **SOC.2.)**. La prestation de sous-traitance devrait recevoir un traitement symétrique par rapport à la prestation principale.

**SOC.1'.)** reproche par ailleurs au tribunal d'avoir adopté une solution qui viole le principe de neutralité. En effet, cette solution la placerait dans une situation fiscale désavantageuse par rapport à d'autres assujettis réalisant des activités similaires mais pour le compte de fonds d'investissement de droit luxembourgeois. Le régime de TVA applicable à des gestionnaires en charge de la gestion de fonds luxembourgeois et délégrant tout ou partie de leurs services de gestion à des gestionnaires tiers serait plus favorable que celui réservé à des gestionnaires d'OPC étrangers délégrant également tout ou partie de leurs services de gestion à des gestionnaires tiers.

**SOC.1'.)** critique également le jugement (qui fonde son refus de déduction de la taxe en amont par le libellé de l'article 49.1 de la loi sur la TVA, lequel prohibe la déduction de la TVA grevant des biens et services utilisés pour les besoins d'opérations « *sortant du champ d'application de la TVA* ») en ce qu'il aurait commis une erreur d'appréciation de la notion de « *champ d'application de la taxe* ». L'article 49.1 viserait le champ d'application matériel de la TVA (à savoir les opérations étant effectuées par des personnes ou entités n'agissant pas en qualité d'assujettis à la TVA), et non pas le champ d'application territorial, qui serait, lui, traité au seul article 49.2. Or, en l'espèce, les prestations fournies par **SOC.1'.)** seraient des opérations fournies par un assujetti au profit d'un assujetti établi à l'étranger (**SOC.2.)**) et elles rentreraient dans le champ d'application matériel de la taxe.

Le second cas de figure prévu à l'article 49.1 de la loi sur la TVA ne serait pas donné en l'espèce.

- Le moyen subsidiaire

Subsidiairement et dans l'hypothèse où l'article 49.2.b de la loi sur la TVA ne serait pas appliqué, **SOC.1'.)** soutient que les services sous-traités à **SOC.3.)**, réputés localisés au Luxembourg, ne sont pas à soumettre à la TVA luxembourgeoise, ce par

application de l'exonération liée à la gestion de fonds, telle que prévue par l'article 44.1.d de la loi sur la TVA, et en vertu des circulaires de l'AED n° 723 et 723 bis de l'AED et du principe de neutralité fiscale.

L'arrêt de la CJUE du 4 mai 2006 (affaire C-169 / 04 A.) préciserait au point 64 que le libellé de l'article 13.B.d.6 de la directive 77 / 388 / CEE n'exclut pas que la gestion de fonds communs de placement se décompose en divers services distincts, susceptibles de relever alors de la notion de « gestion de fonds communs de placement », au sens de cette disposition, et de bénéficier de l'exonération qu'elle prévoit, même lorsqu'ils sont fournis par un gestionnaire tiers. Toujours selon la CJUE, il s'ensuit que les services de gestion fournis par un gestionnaire tiers relèvent en principe du champ d'application de l'article 13.B.d.6 de la directive 77 / 388 / CEE. Toutefois et pour pouvoir être qualifiées d'opérations exonérées au sens de l'article 13.B.d.6, les services de gestion administrative et comptable des fonds fournis par un gestionnaire tiers doivent former un ensemble distinct, apprécié de façon globale, qui a pour effet de remplir les fonctions spécifiques et essentielles de la gestion d'un fonds commun de placement. (**SOC.1'.**) effectue les mêmes développements pour ce qui concerne l'article 135.1.g de la directive TVA).

En l'espèce, le contrat de sous-traitance conclu avec **SOC.3.)** remplirait cette condition, étant précisé que la gestion discrétionnaire des avoirs d'**SOC.2.)** aurait été intégralement sous-traitée à **SOC.3.)** en vertu d'un contrat de sous-traitance de gestion financière.

Le principe de neutralité prohiberait tout traitement différencié entre les services de gestion prestés pour le compte d'un fonds luxembourgeois et ceux fournis au profit d'un fonds d'investissement situé dans un autre Etat membre. Il ne pourrait non plus y avoir de traitement différencié selon que le gestionnaire décide de prêter lui-même ses services de gestion à un fonds situé dans un autre Etat membre ou de les sous-traiter à un gestionnaire tiers, dans l'hypothèse où ces services remplissent les conditions pour être exonérés de la TVA.

- Plus subsidiairement : question préjudicielle

En dernier ordre de subsidiarité, **SOC.1'.**) demande à la Cour de saisir la CJUE de la question préjudicielle suivante :

« La Directive TVA s'oppose-t-elle à une législation nationale qui, d'un côté, limite la portée de l'exonération de TVA, au titre de services de gestion de fonds communs de placement de l'article 135 paragraphe 1,g) de la Directive TVA 2006/112 telle qu'amendée, aux seuls organismes de placement collectifs placés sous la supervision des autorités de contrôle locales, et qui, d'un autre côté, (i) n'accorde pas le bénéfice de l'exonération de TVA aux services de gestion sous-traités par le gestionnaire à des tiers (alors que ces services forment un ensemble distinct, apprécié de manière globale et sont spécifiques et essentiels pour la gestion d'un organisme de placement collectif étranger) et ii) ne reconnaît aucun droit à déduction de la TVA supportée en amont sur les services de gestion sous-traités par ledit gestionnaire d'un organisme de placement collectif étranger » ?

**SOC.1'.)** réclame enfin la condamnation des intimés au paiement d'une indemnité de procédure de 10.000 euros pour l'instance d'appel

### La position des intimés

Ils concluent à la confirmation du jugement et réclament la condamnation de l'appelante au paiement d'une indemnité de procédure de 3.000 euros.

Ils exposent qu'**SOC.2.)** est un fonds irlandais agréé par l'autorité réglementant les marchés financiers irlandais et que les services prestés par **SOC.1'.)** pour **SOC.2.)** sont des services de gestion de fonds.

En ce qui concerne la déduction de la TVA en amont, les intimés estiment que comme les services prestés par **SOC.1'.)** à **SOC.2.)** n'entrent pas dans le champ d'application de la TVA au Luxembourg, aucun droit à déduction ne peut exister a priori pour ladite TVA. Cependant et dans le cadre de l'exception prévue à l'article 49.2.b, la question se posant est celle de savoir si les services prestés par **SOC.1'.)** à **SOC.2.)** auraient donné droit à déduction s'ils avaient été rendus à l'intérieur du pays, auquel cas il faudrait que les services en question, dans l'hypothèse de leur localisation au Luxembourg, soient imposables et non pas exonérés (il faudrait donc qu'il ne s'agisse pas d'opérations de gestion d'OPC soumis à la surveillance de la CSSF).

Or, **SOC.2.)** serait une entité étant, de par sa forme, obligatoirement soumise à la surveillance de son autorité locale. **SOC.2.)** serait un OPCVM (c'est-à-dire un UCITS – Undertakings for Collective Investment in Transferable Securities) autorisé conformément à la directive UCITS. Lorsqu'un organisme a obtenu cet agrément dans son pays d'origine, cet agrément serait reconnu dans tous les Etats membres de l'Union Européenne.

Pour déterminer quelle serait la situation si l'opération avait été effectuée à l'intérieur du pays, il conviendrait de considérer l'hypothèse selon laquelle les services auraient été rendus par **SOC.1'.)** à une SICAV située à Luxembourg, qui aurait nécessairement été agréée conformément à la directive UCITS, et donc soumise à la surveillance de l'autorité locale, la CSSF, au sens de l'article 44.1.d de la loi sur la TVA. Ces services étant exonérés de TVA au Luxembourg, la TVA en amont ne serait pas déductible. Dans un souci de respect de la neutralité de la TVA, il devrait en être de même des services prestés en l'occurrence à la SICAV irlandaise **SOC.2.)**.

Concernant le moyen d'appel subsidiaire, l'appelante serait mal fondée à avancer que les critères, tels que définis par l'arrêt de la CJUE du 4 mai 2006 (affaire C-169 / 04 A.)) sont remplis.

Il incomberait à l'appelante, en vertu de l'article 1315 du code civil, de rapporter la preuve que les services en question sont susceptibles de bénéficier de l'exonération. De plus, l'article 72 de la loi sur la TVA poserait la présomption que tout prestataire qui fournit des services est présumé l'avoir fait dans des conditions qui rendent la taxe exigible.

En l'espèce, l'appelante ne ferait aucune analyse précise des prestations fournies par **SOC.3.)**. Les services prévus au contrat de gestion de fonds conclu entre **SOC.2.)** et **SOC.1'.)** correspondraient de manière identique aux services prévus au contrat de sous-traitance conclu entre **SOC.1'.)** et **SOC.3.)**. **SOC.1'.)** n'aurait pas gardé une partie des services de gestion auprès d'elle-même. Aucune distinction ne pourrait être faite entre les services originaux et les services sous-traités, aucun élément ne différencierait. Il ne serait dès lors pas démontré que les services prestés par **SOC.3.)** constituent un ensemble distinct, apprécié de façon globale, et présentent le caractère spécifique et essentiel du service exonéré concerné, au sens de l'arrêt A.). Certains des services prestés ne pourraient, par définition, pas présenter un caractère spécifique et essentiel d'un service de gestion de fonds. Ce serait par exemple le cas des formalités auprès des autorités fiscales prévues à l'article 3.1.h du contrat de sous-traitance, qui devraient être soumises à TVA.

L'appelante ne pourrait donc se prévaloir de l'arrêt C-169/04 A.) et l'exonération applicable à la sous-traitance des services de gestion de fonds ne serait pas applicable.

Par ailleurs, toute taxe facturée serait due. La TVA luxembourgeoise aurait été mentionnée sur les factures adressées par **SOC.3.)** à **SOC.1'.)** et elle serait obligatoirement due.

Enfin, les intimés réclament le paiement d'une indemnité de procédure de 3.000 euros.

#### La réplique de l'appelante

La solution défendue par les intimés reviendrait à prôner une inégalité de traitement entre une SICAV luxembourgeoise, qui pourrait faire bénéficier les services de gestion sous-traités d'une exonération de TVA alors qu'un tel régime serait tout simplement exclu pour une SICAV irlandaise.

Concernant le moyen subsidiaire, ce serait précisément parce que la délégation de services porte sur l'intégralité des services de gestion prestés par **SOC.1'.)** au profit d'**SOC.2.)** qu'il faudrait appliquer l'exonération aux services de gestion sous-traités. Quant à la description des services délégués à **SOC.3.)**, les services de gestion fournis par **SOC.1'.)** (c'est-à-dire le service principal) auraient reçu la qualification de services de gestion de fonds au sens de l'article 44.1.d de la loi sur la TVA et il en serait de même des services -identiques- ayant été sous-traités à **SOC.3.)**.

Concernant l'argument des intimés selon lequel la TVA aurait été mentionnée sur les factures adressées par **SOC.3.)** à **SOC.1'.)** de sorte qu'elle serait obligatoirement due, cette règle serait destinée à protéger les intérêts du Trésor lorsqu'un assujetti émet une facture indiquant la TVA. En l'occurrence, les intimés oublieraient que ces factures ne sont pas émises par **SOC.1'.)** mais par le prestataire **SOC.3.)**, qui serait redevable de la TVA à l'encontre de l'administration. **SOC.1'.)**, destinataire des factures, ne pourrait pas être considérée comme tenue au paiement d'une TVA mentionnée sur une facture émise par son prestataire.

#### L'appréciation du litige

En premier lieu, l'appelante invoque un droit à déduction de la TVA en amont de 127.301,69 euros fondé sur l'article 49.2.b de la loi sur la TVA.

La Cour relève que dans la mesure où les intimés argumentent que la TVA en amont de 127.301,69 euros a été facturée par **SOC.3.)** et est donc due, et que l'appelante réplique que cette TVA est due par l'émetteur de la facture **SOC.3.)** à l'AED, les parties sont implicitement d'accord à reconnaître que **SOC.1'.)** s'est acquittée de ladite taxe en amont, dont elle sollicite la déduction.

La déductibilité de la TVA en amont suppose également qu'elle ait été payée en lien avec une prestation de services qui est soumise à taxe. Ceci amène à l'examen de l'article 49.1 et 49.2.b de la loi modifiée du 12 février 1979 sur la TVA.

A. L'article 49.1 de la loi de 1979 énonce deux hypothèses qui empêchent la déductibilité de la TVA en amont. Il dispose :

*« N'est pas déductible la taxe sur la valeur ajoutée ayant grevé les biens et les services qui sont utilisés pour effectuer des livraisons de biens et des prestations de services exonérées (1ère hypothèse) ou ne rentrant pas dans le champ d'application de la taxe (2ème hypothèse).*

*.... ».*

1) 1ère hypothèse : non-déductibilité de la TVA réglée en rapport avec des services utilisés pour effectuer des prestations de services exonérées

C'est à juste titre et pour des motifs que la Cour adopte que le tribunal s'est fondé sur :

- l'article 44.1.d de la loi sur la TVA en vigueur en 2007 (qui dispose que « 1. Sont exonérés de la taxe sur la valeur ajoutée dans les limites et sous les conditions à déterminer par règlement grand-ducal : ... d) la gestion d'OPC et de fonds de pension soumis à la surveillance de la CSSF ou du Commissariat aux Assurances »),

- la circonstance que d'après les travaux parlementaires, il était dans l'intention du législateur de ne pas faire jouer la faveur fiscale de l'article 44.1.d à l'égard d'activités de gestion d'OPC établis à l'étranger,

- l'article 17.2.e 5ème tiret de la loi sur la TVA dans sa teneur en 2007 (selon lequel « le lieu des prestations de service suivantes effectuées à des preneurs établis en dehors de la Communauté ou à des assujettis établis dans la Communauté mais en dehors du pays du prestataire, est réputé se situer à l'endroit où le preneur a établi le siège de son activité économique ou un établissement stable pour lequel la prestation de services a été effectuée ou, à défaut, le lieu de son domicile ou de sa résidence habituelle »),

- le fait que le preneur de services **SOC.2.)** est un OPCVM établi en Irlande et n'est pas soumis à la surveillance de la CSSF, et qu'en conséquence, la gestion d'un OPC non soumis à la surveillance de la CSSF ne bénéficie pas de l'exonération de TVA prévue à l'article 44.1.d de la loi sur la TVA,

pour en déduire que les prestations de gestion fournies par **SOC.1'.)** pour le compte d'**SOC.2.)** ne sont pas exonérées de la taxe sur la valeur ajoutée et que par conséquent, la première hypothèse envisagée par l'article 49.1 n'est pas établie en l'espèce.

2) Deuxième hypothèse : non-déductibilité de la TVA réglée en rapport avec des services utilisés pour effectuer des prestations de services ne rentrant pas dans le champ d'application de la taxe

Le jugement déféré est à confirmer en ce qu'il retient qu'en vertu de l'article 17.2.e 5ème tiret de la loi du 12 février 1979, les prestations fournies par **SOC.1'.)** à **SOC.2.)** sont réputées localisées en Irlande, pays où le preneur **SOC.2.)** est établi ; que ces prestations ne sont pas soumises à la TVA luxembourgeoise ; que par conséquent, le deuxième cas de figure visé à l'article 49.1 est donné et que **SOC.1'.)** n'est en principe pas en droit de déduire la TVA dont elle est redevable sur les services rendus par **SOC.3.)**.

B. Cependant, l'article 49.2.b prévoit une dérogation.

Il dispose que « *Par dérogation aux dispositions du paragraphe 1<sup>er</sup>, l'assujetti est cependant autorisé à opérer la déduction, lorsque les biens et services sont utilisés pour les besoins :*

...

*b) de ses opérations, qui sont effectuées à l'étranger et qui ouvriraient droit à déduction, si elles étaient effectuées à l'intérieur du pays ;*

.... ».

Les opérations à examiner sont les prestations fournies par **SOC.1'.)** à **SOC.2.)**, qui sont réputées localisées en Irlande.

Le mécanisme de l'article 49.2.b consiste à transposer par fiction les opérations incriminées (effectuées à l'étranger) à l'intérieur du pays et à examiner si dans une telle hypothèse, elles ouvriraient droit à déduction. Cette disposition ne contient aucune indication quant aux OPC visés : OPC soumis à la surveillance de la CSSF ou OPC soumis à la surveillance d'autorités d'autres Etats membres.

Cette disposition localise en soi, par fiction, les opérations de gestion incriminées au Luxembourg et il n'est nul besoin de faire application de la règle de localisation de l'article 17.2.e 5ème tiret de la loi sur la TVA, c'est-à-dire de déduire qu'il faudrait que le preneur de services soit lui-même établi au Luxembourg pour que les services puissent être considérés comme étant localisés au Luxembourg. Une démarche contraire reviendrait à ajouter une condition qui n'est pas prévue dans le texte de l'article 49.2.b.

La fiction instituée amène à examiner le régime de prestations de gestion d'un OPCVM établi en Irlande (donc non soumis à la surveillance de la CSSF) effectuées au Luxembourg.

Or, et en application de l'article 44.1.d. de la loi sur la TVA, dans sa teneur en 2007, de telles opérations ne seraient pas exonérées de la TVA et ouvriraient, partant, un droit à déduction.

Par conséquent, **SOC.1'.**) est en droit de se prévaloir de l'exception prévue à l'article 49.2.b de la loi modifiée du 12 février 1979 et de déduire la TVA en amont de 127.301,69 euros dans le cadre de la déclaration de TVA de l'année 2007. Il est à préciser que le montant de 127.301,69 euros n'est pas contesté.

Il s'ensuit que l'appel est fondé et que le jugement du 21 mars 2012 est à réformer.

Aucune des parties n'a justifié pour les deux instances en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des frais exposés pour la défense de ses droits et n'étant pas compris dans les dépens. Dès lors, c'est à bon droit que le tribunal les a déboutées de leurs demandes respectives en paiement d'une indemnité de procédure, et les demandes afférentes sont également à rejeter pour l'instance d'appel.

### **Par ces motifs,**

la Cour d'appel, deuxième chambre, siégeant en matière de TVA, statuant contradictoirement et sur le rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit l'appel,

le dit fondé,

réformant,

dit que c'est à tort que dans le bulletin de taxation d'office portant la date du 17 août 2009 et ayant été notifié le 2 septembre 2009, l'ADMINISTRATION DE L'ENREGISTREMENT ET DES DOMAINES a englobé le montant de 127.301,69 euros dans le poste de la taxe en amont non-déductible,

dit qu'en application de l'article 49.2.b de la loi du 12 février 1979, dans sa teneur en vigueur en 2007, la société anonyme **SOC.1'.**) S.A. (actuellement la société anonyme **SOC.1.**) est en droit de déduire pour l'année 2007 la TVA en amont de 127.301,69 euros grevant les prestations lui ayant été fournies par **SOC.3.**),

déboute toutes les parties de leurs demandes en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG et l'ADMINISTRATION DE L'ENREGISTREMENT ET DES DOMAINES aux frais et dépens de l'instance d'appel, avec distraction au profit de la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, sur ses affirmations de droit.

En raison de l'impossibilité du président de chambre de signer, la présente minute est signée en vertu des articles 247 du nouveau code de procédure civile et 82, alinéa deux, de la loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire par le conseiller le plus ancien en rang ayant concouru à l'audience.

La lecture de cet arrêt a été faite à l'audience publique indiquée ci-dessus par Valérie HOFFMANN, conseiller, déléguée à cette fin, en présence du greffier assumé Fabio SPEZZACATENA.