

N° 426091

SAS Financière Lord Byron, venant aux droits de la SNC LIPS

9^{ème} et 10^{ème} chambres réunies

Séance du 13 novembre 2020

Lecture du 27 novembre 2020

CONCLUSIONS

Mme Céline Guibé, rapporteur public

Le droit à déduction de la TVA ayant grevé l'achat, par un marchand de biens, d'un immeuble ancien loué dans l'attente de sa revente peut-il être exercé dès son acquisition ou seulement au moment de la cession ultérieure de l'immeuble ? Telle est la question posée par le présent pourvoi.

Comme vous le savez, la loi de finances rectificative pour 2010¹ a modifié en profondeur le régime de la TVA immobilière, afin de le mettre en conformité avec le droit de l'Union européenne². Les livraisons d'immeubles achevés depuis plus de 5 ans sont, depuis le 11 mars 2010, exonérées de TVA en application du 2° du 5 de l'article 260 du code général des impôts. Le cédant assujetti peut toutefois, en vertu du 5° bis de l'article 260 de ce code, exercer une option conduisant à soumettre l'opération à la TVA, ce qui, corrélativement, lui ouvre droit à la déduction de la TVA d'amont³. Les modalités d'exercice de cette option sont définies par l'article 201 quater de l'annexe II au code général des impôts, qui prévoit qu'il doit en être fait mention dans l'acte constatant la mutation, c'est-à-dire au moment de la vente du bien.

Dans ce cadre, la taxe ayant grevé les frais engagés en vue de la vente d'un immeuble ancien ne peut être déduite que si, et lorsque, l'assujetti exerce effectivement l'option, c'est-à-dire au moment de sa cession. Avant cette date en effet, ces frais peuvent uniquement être rattachés à une opération en aval exonérée de plein droit de la TVA et le droit à déduction demeure virtuel, ainsi que le relevait très justement V. Villette dans une récente chronique à la RJF⁴. Il

¹ Loi n° 2020-237 du 9 mars 2010.

² Avant cette réforme, la cession d'un immeuble achevé depuis plus de 5 ans était placée hors du champ de la TVA. Elle était néanmoins soumise à la TVA sur la marge lorsqu'elle était effectuée par un marchand de biens en vertu des articles 257-6° et 268 du code général des impôts.

³ Le principe de l'exonération des livraisons d'immeubles anciens est prévu par le paragraphe 1 sous j) de l'article 135 de la directive 2006/112/CE du 26 novembre 2006 et la faculté pour les Etats-membres d'accorder à leurs assujettis le droit d'opter pour la taxation par le paragraphe 1 sous b) de son article 137.

⁴ V. Villette, Jurisprudences récentes en matière de TVA : détour par le cabinet de curiosités, chron. RJF 7/19.

en est ainsi, notamment, de la taxe ayant, le cas échéant, grevé le prix d'achat de l'immeuble. Les choses se compliquent toutefois lorsque l'immeuble est utilisé par l'assujetti pour les besoins d'une autre activité taxable dans l'attente de sa revente. Il n'est pas rare en effet que les marchands de biens acquièrent des immeubles faisant l'objet d'un bail ouvrant droit à l'exercice de l'option pour la TVA sur les loyers en application du 2° de l'article 260 du code général des impôts et poursuivent la location jusqu'à leur revente, en optant eux-mêmes pour la TVA.

Ce cas de figure suscite des désaccords récurrents entre marchands de biens et administration fiscale, les premiers considérant que cette utilisation intercalaire leur ouvre le droit de déduire immédiatement la taxe ayant grevé le prix d'achat de l'immeuble, alors que la seconde estime que cette dernière doit être imputée sur la TVA collectée sur le prix de revente, à la condition que l'option soit exercée. L'enjeu de trésorerie n'est pas mince pour les intéressés. Compte tenu du cycle rapide de rotation de ces biens, la plupart de ces désaccords se dénouent toutefois avant l'engagement d'une procédure contentieuse, la vente de l'immeuble permettant aux opérateurs d'imputer la TVA d'amont sur la TVA collectée à cette occasion, rendant sans objet la demande de remboursement de crédit de TVA présentée au moment de l'achat⁵.

La présente affaire vous donne l'occasion de trancher la querelle, s'agissant de rappels prononcés à l'issue d'un contrôle. La SNC Lips exerçait une activité de marchands de biens, incluant la location d'immeubles nus à usage de bureaux ou à usage industriel et commercial. Ayant acquis en janvier 2014 vingt-quatre immeubles, achevés depuis plus de 5 ans et loués, dont elle a poursuivi la location dans l'attente de leur revente, elle a imputé la TVA acquittée sur ces achats, d'un montant de 5.383.612 euros, sur la TVA collectée sur les loyers perçus dans la déclaration souscrite au titre du mois de janvier 2014. A la suite d'une vérification de comptabilité, l'administration fiscale a remis en cause cette déduction et procédé à un rappel de taxe de 4.877.690 euros, après avoir tenu compte des ventes d'immeubles intervenues dans l'intervalle, effectivement soumises à la TVA. La SNC Lips, aux droits de laquelle est venue le SAS Financière Lord Byron, a contesté sans succès ce rappel devant le tribunal administratif de Paris. La cour administrative d'appel de Paris a confirmé cette solution, par un arrêt dont elle vous demande l'annulation.

La cour a d'abord rappelé la jurisprudence bien connue, énoncée notamment dans l'arrêt de la CJUE du 29 octobre 2009, *AB-SKF* (C-29/08, RJF 1/10, n° 90), selon laquelle le droit à déduction existe dans le cas où l'opération en amont soumise à la TVA se trouve en lien direct et immédiat avec une ou plusieurs opérations en aval ouvrant droit à déduction, condition qui permet d'assurer le respect du principe de neutralité de la TVA. Relevant que la société Lips avait acquis les immeubles dans l'intention de les revendre et porté dans sa comptabilité ces biens en stocks, la cour a estimé que la société avait entendu lier directement et immédiatement ces achats à des opérations de revente d'un immeuble de plus de cinq ans,

⁵ C'est la configuration rencontrée dans l'affaire CE, 15 février 2019, n° 413770, Société financière Lord Byron, aux tables, RJF 5/19 n° 435, qui se prononce uniquement sur l'application d'intérêts moratoires.

exonérées de la TVA sauf exercice de l'option prévue par le 5° bis de l'article 260 du code général des impôts. Elle en a déduit que la taxe ayant grevé le coût de ces acquisitions n'était pas déductible avant la date d'exercice de l'option, alors même que les immeubles avaient été utilisés dès leur acquisition à des opérations de location soumises à la TVA, l'achat ne pouvant être considéré comme intervenu en lien direct et immédiat avec l'activité de location.

La société soulève d'abord, à l'appui de son pourvoi, un moyen de dénaturation qui n'est pas fondé. En effet, il est constant qu'elle avait acheté les immeubles en litige dans l'intention de les revendre, conformément à son objet social, et la cour n'a, par ailleurs, pas omis de prendre en compte l'affectation des immeubles à une activité de location immédiatement après leur achat et dans l'attente de leur revente.

C'est sous l'angle de l'erreur de droit que la critique de la société est la plus intéressante, à laquelle se rattache son argumentation au soutien d'un moyen d'insuffisance de motivation. Selon elle, lorsque les immeubles sont acquis loués par un marchand de biens, il existe un lien direct et immédiat avec l'activité de location poursuivie par celui-ci. Dans cette hypothèse, il ne serait pas possible de soutenir que l'opération d'achat-revente devrait primer sur l'opération de location, le but ultime poursuivi par l'acquéreur, à savoir la revente, étant sans incidence sur l'appréciation du droit à déduction.

Cette critique rejoint celle d'un commentateur, qui, dans une étude à la RJF au titre révélateur - « la neutralité, ce n'est pas plus tard »⁶ - reproche à la cour de Paris d'avoir repris à son compte la « théorie barbare » de l'exclusivité développée par l'administration selon laquelle le lien résultant de l'intention spéculative du marchand de biens devrait exclure la prise en considération de toute autre utilisation concurrente ou parallèle de l'immeuble en cause.

Il vous faut donc vous pencher une nouvelle fois sur la mise en œuvre du critère du « lien direct et immédiat » issu de la jurisprudence européenne, dont l'application pratique soulève régulièrement quelques difficultés.

Sollicitée par la High Court of Justice d'Angleterre et du Pays de Galles afin d'apporter des précisions sur la nature de ce lien, la Cour de Luxembourg a estimé qu'il ne serait pas réaliste d'en développer une formulation plus précise, compte tenu de la diversité des transactions commerciales et professionnelles. Il appartient, en principe, aux juridictions nationales d'appliquer concrètement le critère du lien direct et immédiat aux faits de chaque affaire dont elles sont saisies (8 juin 2000, Midland Bank plc, C-98/98, pt 25). Il nous paraît donc exclu de saisir la CJUE d'une question préjudicielle comme vous le suggère la requérante.

Précisons, à titre préalable, que si, en l'absence d'un lien direct et immédiat avec une ou plusieurs opérations d'aval, le droit à déduction peut également être admis si les dépenses en cause font partie des frais généraux liés à l'ensemble de l'activité économique de l'assujetti,

⁶ Marc Wolf, La neutralité, ce n'est pas « plus tard » : retour sur la déduction de la TVA d'achat des immeubles anciens, BF 1/20.

l'achat d'un immeuble par un professionnel de l'immobilier ne saurait, à l'évidence, être assimilée à une telle catégorie de dépenses dans la mesure où elle peut être rattachée à une ou plusieurs activités déterminées, telles que la location ou la revente.

Se pose alors la question de savoir si l'achat d'immeubles par un professionnel peut être rattaché à l'aval à la fois à des opérations de location et à des opérations de revente. Sur ce point, nous nous séparons nettement de la thèse du pourvoi. En effet, un immeuble ne peut être utilisé parallèlement comme un bien d'investissement qui a vocation à demeurer plusieurs années à l'actif de l'entreprise afin de produire des revenus locatifs et comme une marchandise, destinée à être consommée par l'entreprise à l'occasion d'une opération de vente ponctuelle. Si ces deux utilisations peuvent se succéder dans le temps, elles ne peuvent être réalisées concurremment. Nous ne sommes donc pas dans le cas d'un bien à usage mixte visé par l'article 173 de la directive TVA du 28 novembre 2006, auquel pourrait, le cas échéant, être appliqué un prorata de déduction.

Il convient par suite, comme l'a fait la cour, de choisir entre la location et la revente et de relier une seule de ces opérations d'aval à l'achat de l'immeuble.

Ce choix doit être effectué en prenant en compte la répercussion du coût de l'acquisition dans le prix de l'une ou l'autre de ces opérations d'aval. La CJUE a en effet précisé que l'existence d'un lien direct présuppose que les dépenses effectuées pour acquérir des biens ou des services en amont fassent partie des éléments constitutifs du prix des opérations taxées en aval ouvrant droit à déduction (v. notamment, les arrêts précités et, récemment, l'arrêt du 18 octobre 2018, Volkswagen Financier Services Ltd, C-153/17, pt 41). Comme le relève à juste titre la requérante, le prix d'achat de l'immeuble est incorporé dans le prix des loyers dans la mesure où la valeur vénale d'un immeuble est fixée, sur le marché immobilier, en fonction des rendements locatifs anticipés. Mais ceci est tout aussi vrai s'agissant du prix de revente de l'immeuble. Il importe donc de déterminer si l'achat a été effectué en anticipant une période de location suffisamment longue pour pouvoir répercuter une part significative du coût d'acquisition ou, si au contraire, une telle répercussion n'était qu'accessoire, le coût d'achat ayant essentiellement vocation à être couvert par le prix de la revente.

S'agissant, en l'espèce, d'acquisitions réalisées par un marchand de biens, assorties de l'engagement d'une revente dans un délai de 5 ans dans le but d'obtenir l'exonération des droits de mutation instituée par l'article 1115 du code général des impôts, et comptabilisées en stocks, nous parvenons, sans hésitation, à la même conclusion que les juges d'appel. Si la requérante fait valoir qu'elle n'est pas décisive, la comptabilisation en stock n'en constitue pas moins un indice pertinent pour apprécier l'intention de l'assujetti quant à l'utilisation future d'un bien à la date de son acquisition, laquelle fonde la naissance de son droit à déduction.

Vous avez déjà eu l'occasion de juger que la mise en location d'un immeuble destiné à la revente n'était pas de nature à influencer sur le régime de TVA applicable sous l'empire du régime antérieur à la réforme de la loi de finances rectificative de 2010. Etait en cause une opération de construction-vente par un promoteur immobilier, soumise à la TVA à la

condition que la vente intervienne dans un délai de 5 ans⁷. Dans votre décision *SCI Pasteur* du 9 octobre 1992, vous avez énoncé que la TVA ayant grevé les travaux de construction était déductible tant que l'immeuble demeurait, pendant le délai de cinq ans, destiné à la vente et que la circonstance que, pendant ce délai, l'immeuble ait été mis en location - exonérée de TVA en l'espèce - ne constituait pas un fait générateur de la régularisation (n° 82144 RJF 12/92 n° 1646). Si le régime de la TVA immobilière a été entièrement refondu en 2010, ce raisonnement n'en est pas pour autant obsolète. La solution repose en effet sur l'idée que l'opération non taxable de location ne rompt pas le lien direct et immédiat entre l'opération de construction en amont et l'opération planifiée de revente en aval, à moins, comme le relèvent les observations sur cette décision à la RJF, que l'on puisse considérer que cette location est effectuée dans des conditions telles qu'elles établissent la sortie de l'immeuble du stock du promoteur.

Certes, dans le cas d'espèce, les immeubles étaient déjà loués lors de leur acquisition et la société avait, dès avant la conclusion de la vente, opté pour assujettir les loyers à la TVA en application du 2° de l'article 260 du code général des impôts, manifestant ainsi son intention de poursuivre cette activité. Mais l'activité de location nous semble seulement constituer un élément d'une suite d'opérations ayant pour objet l'achat de l'immeuble suivi de sa revente. Il est bien évident qu'un nombre significatif du parc des immeubles disponibles sur le marché de l'immobilier de bureaux est vendu occupé et non vide. Il est logique que le marchand de biens acquéreur ne bouleverse pas l'économie des baux en cours dans la perspective de la revente rapide de l'immeuble. Dans un esprit analogue, la CJUE a considéré, s'agissant de l'acquisition par un assujetti de bâtiments destinés, dès l'origine, à être démolis en vue de réaliser un lotissement, que l'opération de démolition ne rompait pas le lien direct existant entre l'achat de l'immeuble et les activités économiques réalisées par la suite par l'assujetti, analysant le tout comme une suite d'opérations liées entre elles ayant pour objet l'accomplissement d'opérations taxables (CJUE, 29 novembre 2012, SC Gran Via Moinești SRL, C-257/11, pt 35).

La solution que nous proposons n'exclut pas, si l'assujetti venait à conserver plus durablement l'immeuble à son actif, de considérer que l'affectation initiale du bien à une opération de revente, en principe, exonérée, a été modifiée et que l'immeuble est désormais utilisé pour les besoins d'une activité imposable de location, ouvrant droit à une régularisation. C'est selon nous, uniquement dans l'hypothèse d'un tel changement que s'appliquent les dispositions du 2 du IV de l'article 207 de l'annexe II au code général des impôts, invoquées par le pourvoi, qui prévoient que lorsqu'un bien en stock vient à être utilisé à des opérations ouvrant droit à déduction, la taxe initiale peut être déduite à proportion du coefficient de déduction résultant de ce changement. Par ailleurs, l'assimilation d'immeubles en stock à des actifs immobilisés, prévue par le 3 du même IV lorsque le bien est utilisé pendant plus d'un an pour les besoins d'une activité taxable au 31 décembre de la deuxième année suivant son achèvement s'applique, selon ses termes mêmes, uniquement aux constructeurs et non aux marchands de biens.

⁷ Article 257-7° ancien du code général des impôts.

Pour finir, soulignons que le litige naît du décalage, inhabituel, entre la date d'acquisition du bien utilisé pour une opération taxable et la faculté pour l'assujetti d'exercer le droit à déduction⁸, décalage résultant des modalités d'exercice de l'option pour l'assujettissement des livraisons d'immeubles anciens prévues par l'article 201 quater de l'annexe II au code général des impôts. La difficulté pourrait, le cas échéant, être levée en avançant la possibilité d'exercer l'option au moment de l'acquisition de l'immeuble, à charge pour le professionnel de reverser la taxe indument déduite si la revente n'est, *in fine*, pas soumise à la TVA. Cela étant, les conditions actuelles d'exercice de l'option nous semblent conformes à la jurisprudence de la CJUE, qui accorde aux Etats-membres une large marge d'appréciation pour l'exercice du droit d'option désormais prévu par l'article 137 de la directive TVA, ceux-ci étant libre d'apprécier l'opportunité d'instaurer une telle faculté et d'en restreindre la portée, pourvu qu'ils respectent les principes généraux de la directive, notamment le principe de neutralité fiscale et l'exigence de l'application correcte, simple et uniforme des exonérations prévues (v., notamment, les arrêts du 9 septembre 2004, VOK Sarl, C-269/03, pt 21 et du 12 janvier 2006 Turn- und Sportunion Waldburg contre Finanzlandesdirektion für Oberösterreich, C-246/04, points 28 et 29)⁹.

Nous vous proposons d'écarter le moyen du pourvoi dans ses différents volets et de confirmer l'arrêt de la cour.

PCMNC au rejet du pourvoi.

⁸ En principe, conformément à l'article 271 du code général des impôts, le droit à déduction prend naissance au moment où la taxe déductible devient exigible chez le redevable, c'est-à-dire au moment de l'achat du bien.

⁹ V. aussi, pour une application en droit interne, CE, 13 janvier 2006, n° 253404, SCI Les Alizés, RJF n°366 et les conclusions éclairantes de S. Verclytte dans cette affaire.