

Doctrine

LE DROIT À DÉDUCTION DE LA TVA PAR LES SOCIÉTÉS HOLDINGS ACTIVES : L'ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION DU 17 MARS 2022

THIBAUT BOULANGÉ (PARTNER)
ET SILVIN LEIBENGUT (PRINCIPAL)

ATOZ TAX ADVISORS

Tant son importance est majeure et son application dans la pratique parfois complexe, la détermination de la portée du droit à déduction des sociétés holding dites « actives »¹ a fait – et fait toujours – l'objet d'une jurisprudence abondante de la Cour de justice de l'Union européenne (« CJUE »). Au Luxembourg, cette complexité induit fréquemment des divergences de vues entre les assujettis et l'Administration de l'Enregistrement, des Domaines et de la TVA (« AEDT » ou l'« Administration »).

Au cours des dernières années, plusieurs décisions ont été rendues par les juridictions nationales luxembourgeoises en la matière. La présente contribution n'a pas pour vocation d'analyser de manière exhaustive l'intégralité de celles-ci mais de se concentrer sur un arrêt de la Cour de cassation qui devrait tant éclairer les sociétés holdings actives dans la manière de déterminer la portée de leur droit à déduction que guider l'AEDT dans le cadre de la revue des positions prises par celles-ci.

L'arrêt rendu par la Cour de cassation du 17 mars 2022² revêt une importance particulière. Premièrement, il est à souligner que les décisions en matière de TVA rendues par la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire sont rares. Par ailleurs et plus fondamentalement, cet arrêt statue sur un point de droit à la source de fréquentes interprétations divergentes entre les assujettis et l'AEDT. Après avoir précisé les faits de la cause, les décisions rendues par le Tribunal d'arrondissement, la Cour d'appel et la Cour de cassation seront abordées³.

I. FAITS ET CAUSE DU LITIGE

La société à responsabilité limitée G (ci-après « G ») fait partie d'un groupe immobilier international qui comprend des sociétés :

- immobilières propriétaires d'immeubles et en charge de l'exploitation de ceux-ci ;
- d'investissement qui détiennent des participations dans des sociétés immobilières ou des fonds d'investissements ;
- en charge de la gestion des immeubles et des investissements immobiliers (conseil et gestion d'actifs) ;
- de services « administratifs » au sens large (comptabilité, audit, conseil, logistique, etc.).

Établie au Luxembourg, G est une société holding dite « active » au sens de la TVA dans la mesure où :

- elle preste des services de gestion et administratifs aux sociétés d'investissements et immobilières. Ces services sont taxables au sens de la TVA et ouvrent un droit à déduction de la TVA en amont ;
- elle octroie des prêts rémunérés par des intérêts. Cette activité est exonérée de TVA et n'ouvre pas de droit à déduction de la TVA en amont lorsque les emprunteurs sont établis en Europe ;
- elle détient des participations dans des sociétés immobilières et des fonds d'investissements. Cette activité ne relève pas du champ d'application de la TVA.

1. Le présent article n'a pas vocation à couvrir la distinction entre le statut TVA et le droit à déduction des sociétés holdings dites « actives » et « passives » ou « pures ». Il est rappelé que les sociétés holdings dites « passives » sont celles dont l'activité est limitée à la simple détention passive de participations dans leurs filiales. Ces sociétés ne disposent pas du statut d'assujetti à la TVA et ne sont pas autorisées à déduire la TVA en amont supportée sur leurs coûts. Il est renvoyé notamment à T. BOULANGÉ et S. LEIBENGUT, « Les sociétés holdings et la TVA : statut et évolutions au Luxembourg », in

Droit fiscal luxembourgeois, Livre jubilaire de l'International Fiscal Association Luxembourg, Bertrange, Legitech, 2018.

2. Cass. Luxembourg, 17 mars 2022, n° 43/2022, CAS-2021-00028 (LexNow Reference / ID 20220405018).

3. La présente contribution portera uniquement sur la problématique du droit à déduction. Bien qu'intéressants pour la pratique, les développements en matière de prix de transfert et d'abus de droit ne seront pas abordés.

Afin de prester les services de gestion qu'elle rend notamment aux sociétés de son groupe, G a recours à la sous-traitance auprès d'une autre entité du groupe auquel elle appartient. La S.A.S. X, société française, supporte des coûts de diverses natures qu'elle facture de manière consolidée à G sur la base d'un système de coût de revient majoré de 10 % (ou « *cost-plus* »). G, quant à elle, (re)facture aux sociétés d'investissement et immobilières des services de gestion dont le montant est fonction de la valeur des actifs immobiliers sous-jacents.

Durant les années 2004 et 2005, les montants facturés par la société française à G ont été supérieurs aux montants facturés par G aux sociétés d'investissement et immobilières. En effet, les services facturés à G par la S.A.S. X durant ces deux années s'élevaient à 6 014 964,02 euros et à 4 274 587,60 euros alors que le chiffre d'affaires généré par G pour les services de gestion aux sociétés d'investissement et immobilières s'élevait pour ces mêmes périodes à respectivement 940 847,25 euros et 3 823 962,68 euros.

Constatant une disproportion importante entre les charges supportées par G et son chiffre d'affaires ouvrant droit à déduction, l'AEDT a émis des bulletins de taxation limitant la portée du droit à déduction de G. L'Administration considérait en effet que la disproportion entre le montant des charges supportées par G et ses revenus ouvrant droit à déduction était de nature à démontrer l'absence partielle d'un lien direct et immédiat entre la TVA en amont et les activités ouvrant un droit à déduction de G. En substance, l'approche retenue par l'AEDT tendait à considérer que les services reçus de la S.A.S. étaient :

- partiellement liés au chiffre d'affaires ouvrant droit à déduction de G, et ce à due concurrence de la valeur des services refacturés aux sociétés d'investissement et immobilières. La TVA en amont déclarée comme due sur les services reçus de la S.A.S. devait donc être considérée comme partiellement déductible dans une proportion similaire aux montants refacturés⁴ ;
- partiellement liés à des activités de détention de participation ou encore à des activités de financement européennes, toutes deux n'ouvrant pas droit à déduction. La TVA en amont sur la partie des charges excédentaires par rapport aux montants des services de gestion ouvrant droit à déduction facturés par G devait donc être considérée comme non déductible.

Cette pratique administrative, qualifiée de « ratio 1 :1 », est parfois utilisée par l'AEDT afin de limiter la portée du droit à déduction des sociétés holdings. Une telle approche présuppose que la TVA en amont sur les charges qui excèdent le chiffre d'affaires ouvrant droit à déduction soit rattachable uniquement à des activités de détention de participations ou à des activités de financement qui n'autoriseraient aucun droit à déduction.

Considérant qu'un lien direct et immédiat existe bel et bien entre les coûts facturés par la S.A.S. X et ses revenus ouvrant droit à déduction, la société G a porté le litige devant le Tribunal d'arrondissement.

II. PREMIER ACTE : LES TROIS JUGEMENTS DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT

Par son premier jugement⁵, le Tribunal d'arrondissement se prononça sur la méthode à retenir afin de déterminer la portée du droit à déduction de G. Selon ce dernier, il aurait dû disposer d'un droit à déduction intégrale de la TVA déclarée comme due sur les services reçus de la S.A.S. X dans la mesure où ces charges présentaient un lien direct et immédiat avec les services de gestion ouvrant droit à déduction prestés par G aux sociétés d'investissement et immobilières.

L'AEDT, quant à elle, remettait en cause l'existence d'un tel lien entre l'intégralité des services rendus par la S.A.S. X à G et ceux que G refacture. Cette absence partielle de lien résulterait de la différence entre les montants facturés à G et refacturés par G. Par ailleurs, les services rendus par la S.A.S. X à G seraient « individualisés » alors qu'ils sont refacturés « en bloc » par G aux sociétés du groupe. Selon l'AEDT, « s'il existait réellement un lien direct et immédiat entre les services reçus et les services refacturés, ces services ne seraient pas refacturés en bloc mais de manière plus individualisée selon les besoins et les demandes de chacune des sociétés du groupe ». Une telle exigence d'une refacturation individualisée conditionnerait l'exercice du droit à déduction à la démonstration de l'incorporation du coût de chaque service acquis dans le prix d'un service de gestion spécifiquement individualisé en aval. Selon G, une telle interprétation serait incorrecte et il « suffirait de démontrer que le coût exposé en amont se trouve en lien direct et immédiat avec une activité économique en aval et que le coût supporté soit intégré dans le prix de revient, et non pas dans le prix de vente ».

4. À titre d'exemple, si G refacturait 60 % des coûts initialement facturés par la S.A.S., il serait en droit de déduire 60 % de la TVA en amont supportée sur les factures reçues de la S.A.S. De manière corrélative, G ne serait pas autorisé à déduire les 40 % de la TVA en amont restants.

5. Trib. arr. Luxembourg, 1^{er} juin 2016, n° 151697 du rôle, jugement civil n° 163/2016 (LexNow Reference / ID L25DAEA97).

Le Tribunal se rangea à la position de G en considérant que la démonstration individualisée d'un lien précis entre chaque service reçu et chaque service rendu n'était pas requise afin de reconnaître un droit à déduction. Pour le Tribunal, il faut – et il suffit – de démontrer que les services reçus sont « intégrés dans le prix des prestations fournies en aval » lorsque ces dernières relèvent du champ d'application de la TVA et ouvrent un droit à déduction.

Pour ce faire, et selon le Tribunal, il importe donc d'examiner *in concreto* la nature des services effectivement reçus de la S.A.S. X et d'analyser le lien entre ceux-ci et les activités réalisées par G. S'il peut être démontré que les services reçus sont affectés à la réalisation d'opérations ouvrant droit à déduction, la TVA supportée par G devrait être déductible sans limitation. La vérification de la nature et de l'affectation des coûts sont donc des éléments clefs pour la démonstration précise du lien.

Le Tribunal constate l'existence d'un lien direct et immédiat entre les prestations acquises en amont qui ont été refacturées en aval. L'AEDT ne contestait pas l'existence d'un tel lien dans la mesure où elle avait accepté le droit à déduction à concurrence des montants refacturés en application du ratio 1:1. Le point d'achoppement entre les parties portait sur l'existence d'un lien direct et immédiat entre les montants payés pour les services reçus de la S.A.S X qui excédaient les montants refacturés aux sociétés immobilières et d'investissement.

Selon l'Administration, la TVA sur la partie excédentaire des charges ne pourrait être déduite en application de l'affectation directe faute de refacturation. Cet excédent de TVA en amont ne serait pas non plus déductible sur la base des frais généraux qui, selon l'AEDT, « présuppose que le coût des prestations en amont est incorporé respectivement dans le prix des opérations particulières en aval ou dans le prix des biens ou des services fournis par l'assujetti dans le cadre de ses activités économiques »⁶. L'AEDT déduisait des revenus limités de G que cette dernière n'incorporait pas ces coûts excédentaires dans le prix des services fournis aux sociétés immobilières et d'investissement.

Selon le Tribunal, l'absence d'incorporation des coûts « n'est pas non plus de nature à écarter l'existence d'un lien entre » les services reçus et rendus. L'existence d'un lien entre les services reçus et rendus doit être démontrée « sans, il est

vrai, que cette preuve doive établir l'incorporation d'un coût concret dans une opération concrète ».

Constatant que la différence des modalités de facturation⁷ explique le différentiel entre les charges supportées et les revenus perçus, le Tribunal souligne cependant que G reste en défaut d'apporter la preuve de l'existence de ce lien direct et immédiat sur la base d'un argumentaire détaillé. Faisant droit à la demande de G, le Tribunal désigna un expert afin d'analyser la nature des services rendus par la S.A.S. X à G et de déterminer si ces services se rapportent à son activité de gestion ou à son activité de détention de participations.

Les conclusions de l'expert furent déposées le 30 mars 2017 et un **deuxième jugement**⁸ fut rendu en date du 13 juin 2018. Le rapport avalisait l'existence d'un lien direct et immédiat entre l'intégralité des services rendus par la S.A.S. X et « l'activité économique "Services aux clients" de G, comprenant les services aux investisseurs, l'assistance aux filiales et les études de projets nouveaux »⁹. Dans son raisonnement, le Tribunal prend soin de souligner que l'examen du droit à déduction doit porter sur « le contenu des prestations acquises et fournies (est-ce que les unes correspondent aux autres ?) et non pas sur la correspondance financière entre les dépenses en amont et les rentrées en aval »¹⁰.

Sur le fondement du rapport rendu par l'expert, le Tribunal reconnaît un droit à déduction intégral dans le chef de G, sous réserve du calcul d'un prorata¹¹. L'ordonnance de clôture fut révoquée afin de permettre aux parties de conclure sur la question du prorata de déduction qui, selon le Tribunal, n'avait pas été utilement instruite par les parties. La portée du droit à déduction de G fit ainsi l'objet d'un **troisième jugement**¹² dans lequel le raisonnement du Tribunal se décompose en deux phases.

Le Tribunal constate dans un premier temps que la TVA d'amont supportée par G est uniquement affectée à son activité de gestion. Par conséquent et en cas d'affectation réelle, les revenus d'intérêts et les dividendes perçus en sus des refacturations ne doivent avoir aucun impact négatif sur le droit à déduction¹³.

Il n'en demeurerait pas moins nécessaire de vérifier, dans un deuxième temps, que les services acquis de la S.A.S. X

6. CJUE, arrêt *AB SKF*, 29 octobre 2009, C-29/08, EU:C:2009:665, point 60 (LexNow Reference / ID 12208).

7. Pour rappel, la S.A.S. X facture ses services à G sur la base d'une méthode « cost-plus » alors que G facture ses services aux sociétés immobilières et d'investissement sur la base de la valeur des actifs immobiliers sous-jacents.

8. Trib. arr. Luxembourg, 13 juin 2018, n° 151697 du rôle, jugement civil n° 2018TALCH01/00207 (LexNow Reference / ID L2D669376).

9. Trib. arr. Luxembourg, 13 juin 2018, précité, p. 5 qui se réfère aux pages 39 (1^{er} alinéa), 41 (3^e alinéa) et 41 (dernier alinéa) du rapport de l'expert.

10. *Ibidem*.

11. Par son deuxième jugement, le Tribunal d'arrondissement semble requérir le calcul d'un prorata général sur la base de l'article 50 de la loi TVA.

12. Trib. arr. Luxembourg, 15 mai 2019, n° 151697 du rôle, jugement civil n° 2019TALCH01/00161 (LexNow Reference / ID L275B5942).

13. Trib. arr. Luxembourg, 15 mai 2019, précité, p. 7.

étaient intégralement en lien avec l'activité de gestion de G générant un chiffre d'affaires ouvrant droit à déduction. À cet égard, G admit « ne pas être en droit de porter en déduction la TVA affectant les études de projets et les travaux de suivi et de surveillance »¹⁴ en lien avec certaines sociétés du groupe auxquelles G ne refacturait pas de coûts¹⁵. Au regard des différentes catégories de personnel et à leurs taux horaires, G proposa d'appliquer un prorata spécial en vue de limiter son droit à déduction à concurrence de 94 % pour l'année 2004 et de 91 % pour l'année 2005.

Le Tribunal avalise cette position et reconnaît le droit à déduction de G à concurrence de 94 % et de 91 % de la TVA déclarée, respectivement pour chaque année, comme due sur les services reçus de la S.A.S. X.

III. DEUXIÈME ACTE : L'ARRÊT DE LA COUR D'APPEL

L'AEDT releva appel en date du 23 juillet 2019 contre les trois jugements du Tribunal d'arrondissement. L'Administration maintenait sa position quant à l'absence de lien direct et immédiat. Elle considérait par ailleurs que la TVA ne saurait être déductible par le biais de la théorie des frais généraux dans la mesure où le coût des services reçus devrait impérativement être incorporé dans le prix facturé pour les services de gestion. La disproportion entre les charges et le chiffre d'affaires ouvrant droit à déduction démontrerait la non-incorporation des coûts au chiffre d'affaires de G et, partant, justifierait la limitation de son droit à déduction en proportion des seuls frais refacturés.

Par son arrêt¹⁶, la Cour d'appel confirme les jugements du Tribunal d'arrondissement. Tout comme le Tribunal, la Cour constate que les coûts facturés par la S.A.S. X étaient bien en lien avec l'activité de gestion réalisée par G. La Cour rappela que l'AEDT avait en effet admis un droit à déduction dans le chef de G à due concurrence des montants refacturés aux sociétés du groupe. De cette acceptation du droit à déduction en application du ratio 1:1, l'AEDT avait déjà, selon la Cour, constaté l'existence d'un tel lien.

La Cour fait également siennes les conclusions du Tribunal quant à la notion d'« incorporation » des coûts. Ceux-ci « ne doivent dès lors pas forcément se retrouver dans le prix de vente mis en compte pour les services, comme le soutient l'AEDT, mais il suffit que ces coûts fassent partie du prix de revient desdits services en ce que les dépenses exposées font partie du prix des éléments

constitutifs du prix des opérations en aval ouvrant droit à déduction ». La seule approche « mathématique » fondée sur la disproportion entre les charges et les produits n'est donc pas pertinente, selon la Cour, afin de limiter la portée du droit à déduction.

Il importe également de souligner que la Cour d'appel rappela la jurisprudence *Marle Participations*¹⁷ de la CJUE sur la base de laquelle le droit à déduction d'un assujetti ne peut être subordonné au résultat de son activité économique. L'exercice d'une activité déficitaire ne doit donc pas *de facto* justifier une limitation du droit à déduction.

IV. TROISIÈME ACTE : L'ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION

Non contente de l'arrêt rendu par la Cour d'appel, l'AEDT s'est pourvue en cassation au motif, notamment, d'un défaut de base légale. Selon l'Administration, la Cour d'appel n'aurait pas vérifié que le coût des services reçus par G avait été intégralement incorporé dans le prix des services de gestion facturés par G. Cette « intégration intégrale » des coûts dans le prix des services de gestion facturés constituerait une condition préalable et indispensable à la reconnaissance du droit à déduction.

Par son arrêt du 17 mars 2022, la Cour de cassation confirme à son tour qu'une incorporation « mathématique » des coûts supportés dans les revenus ouvrant droit à déduction facturés n'est pas une condition requise afin de reconnaître l'existence du droit à déduction.

« En confirmant, par adoption, la motivation du tribunal qui, après avoir écarté les contestations de la demanderesse en cassation et entériné les conclusions de l'expert judiciaire qui avait constaté, sur base des pièces lui versées, **l'existence d'un lien direct et immédiat** entre les coûts supportés en amont par la société X) et les revenus générés en aval par celle-ci dans le cadre de sa propre activité économique tombant dans le champ d'application de la taxe sur la valeur ajoutée, **les juges d'appel ont, par une motivation exempte d'insuffisance, pu retenir que la société X) était en droit, nonobstant le différentiel important entre les frais encourus en amont et les revenus perçus en aval, de porter en déduction l'intégralité de la TVA acquittée sur les prestations acquises de la société A) SAS, sous réserve du calcul d'un prorata de déduction sur les revenus perçus en aval** »¹⁸.

14. *Ibidem*.

15. En application de la jurisprudence de la CJUE : arrêts *Beteiligungsgesellschaft Larentia + Minerva mbH & Co. KG c. Finanzamt Nordenham et Finanzamt Hamburg-Mitte c. Marene Schiffahrts AG*, 16 juillet 2015, affaires jointes C-108/14 et C-109/14, EU:C:2015:496 (LexNow Reference / ID 23427).

16. CA, arrêt n° 9/21 – VII – CIV, CAL-2019-01038 (LexNow Reference / ID L25374872).

17. CJUE, arrêt *Marle Participations SARL c. Ministre de l'Économie et des Finances*, 5 juillet 2018, affaire C-320/17, EU:C:2018:537 (LexNow Reference / ID 27489).

18. Cass. Luxembourg, n° 43/2022, précité, p. 5.

De manière subsidiaire, l'AEDT avait demandé à la Cour de cassation d'adresser une question préjudicielle à la CJUE dans l'hypothèse où l'exigence d'incorporation serait sujette à de possibles interprétations divergentes. Une telle question aurait eu pour objet de déterminer si l'incorporation « stricte » ou « mathématique » des coûts dans les revenus ouvrant droit à déduction était une condition nécessaire à l'existence du droit à déduction et les modes de preuve à retenir. La Cour de cassation précisa à cet égard qu'il n'y avait pas lieu de saisir la CJUE eu égard à la position prise pour les deux premiers moyens. La Cour de cassation semble donc considérer que l'incorporation « mathématique » des charges dans les revenus ouvrant droit à déduction ne conditionne pas l'exercice du droit à déduction. Dans le cas contraire, elle n'aurait pas suivi la Cour d'appel qui avait reconnu le droit à déduction de G « nonobstant le différentiel important entre les frais encourus et amont et les revenus perçus en aval » et aurait, probablement, saisi la CJUE.

Après trois jugements du Tribunal d'arrondissement et un arrêt de la Cour d'appel, la Cour de cassation vient confirmer la primauté du critère du lien direct et immédiat afin de reconnaître l'existence du droit à déduction et tempère une lecture stricte selon laquelle l'intégration « mathématique » du coût des services reçus dans le prix des prestations taxables facturées serait une condition *sine qua non* à l'exercice du droit à déduction.

V. UN ARRÊT DE PRINCIPE OU UNE « DÉCISION DE PURE ESPÈCE » ?

Par sa jurisprudence, la CJUE¹⁹ rappelle régulièrement les fondamentaux en matière d'exercice du droit à déduction pour les sociétés holdings actives. Ce droit doit être reconnu si la TVA en amont est relative à des coûts en lien direct et immédiat²⁰ avec des opérations en aval ouvrant droit à déduction et, lorsqu'un tel lien fait défaut, si les dépenses constituent des frais généraux²¹ liés à l'ensemble de l'activité économique de l'assujetti.

La CJUE souligne également fréquemment que l'existence d'un lien direct et immédiat ainsi que la qualification de frais en frais généraux « présuppose que le coût des prestations en amont est incorporé respectivement dans le prix des opérations particulières en aval ou dans le prix des biens ou des services fournis par l'assujetti dans le cadre de ses activités économiques »²². Cette formulation,

coutumière de la CJUE, pourrait partiellement expliquer – mais pas justifier à notre sens – l'interprétation stricte, ou encore « mathématique », retenue par l'AEDT comme fondement à la limitation du droit à déduction par le recours au ratio 1:1. Un chiffre d'affaires ouvrant droit à déduction inférieur aux charges taxables attesterait de la non-incorporation des coûts et, partant, justifierait la limitation de la déduction. Une telle lecture est cependant hautement discutable, et ce pour de nombreuses raisons.

Sur le plan des principes, faire dépendre le droit à déduction du résultat de l'activité économique est contraire à la notion même d'« assujetti » entendue selon l'article 9 de la directive TVA²³ comme « quiconque exerce, d'une façon indépendante et quel qu'en soit le lieu, une activité économique, quels que soient les buts **ou les résultats de cette activité** ». La CJUE rappelle très fréquemment que le régime de déduction instauré par la directive TVA « vise à soulager entièrement l'entrepreneur du poids de la TVA due ou acquittée dans le cadre de toutes ses activités économiques » et que le régime TVA garantit « la parfaite neutralité quant à la charge fiscale de toutes les activités économiques, **quels que soient les buts ou les résultats de celles-ci**, à condition que lesdites activités soient, en principe, elles-mêmes soumises à la TVA »²⁴. Dans la récente affaire *Marle Participations*, la CJUE a, à nouveau, reconnu qu'il « convient de garantir le droit à déduction de la TVA, **sans le subordonner à un critère portant, notamment, sur le résultat de l'activité économique de l'assujetti** [...] ». Limiter le droit à déduction sur la base du seul constat que le chiffre d'affaires ouvrant droit à déduction serait inférieur aux charges taxables est donc en parfaite opposition avec le texte de la directive TVA et la jurisprudence de la CJUE, l'importance des revenus ne devant avoir aucun impact sur le droit à déduction.

Sur le plan temporel, le recours au ratio 1:1 s'accommode mal de la réalité du monde de l'entreprise. Le recours à cette méthode est généralement appliqué sur une période couvrant l'année civile, période identique à celle couverte par les déclarations de TVA annuelles récapitulatives. Il est cependant fréquent qu'une société supporte des coûts qui ont pour vocation de générer des revenus non pas l'année où ils sont encourus mais durant les années ultérieures. La méthode du ratio 1:1 trouve également ici une limite en ce qu'elle se concentre sur l'année fiscale et tend à refuser un droit à déduction aux coûts supportés afin de générer des revenus sur un ou plusieurs exercices ultérieurs.

19. CJUE, arrêt *AB SKF*, précité.

20. Voy. notamment : CJUE, arrêt *Cibo Participations*, C-16/00, EU:C:2001:495, point 31 ; CJUE, arrêt *Portugal Telecom*, C-496/11, EU:C:2012:557, point 36 (LexNow Reference / ID 2332).

21. Voy. notamment : CJUE, arrêt *Cibo Participations*, 27 septembre 2001, C-16/00, EU:C:2001:495, point 33 ; CJUE, arrêt *Portugal Telecom*, 6 septembre 2012, C-496/11, EU:C:2012:557, point 37 (LexNow Reference / ID 18117).

22. CJUE, arrêt *AB SKF*, précité.

23. Directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée, *OJ L 347*, 11 décembre 2006, p. 1-118.

24. Voy. notamment : CJUE, arrêt *Rompelman*, 14 février 1985, C-268/83, EU:C:1985:74, p. 655, point 19 ; CJUE, arrêt *Ghent Coal Terminal*, 15 janvier 1998, C-37/95, EU:C:1998:1, point 15 ; CJUE, arrêt *Abbey National*, 22 février 2001, C-408/98, EU:C:2001:110, p. I-1361, point 24.

La Cour de cassation, en validant la position de la Cour d'appel qui avait elle-même avalisé la position du Tribunal d'arrondissement, exclut l'interprétation stricte selon laquelle une incorporation « mathématique » des charges dans les revenus taxables conditionnerait l'exercice du droit à déduction. Cet arrêt sonne donc le glas de la méthode du ratio 1:1 au bénéfice de la seule analyse *in concreto* du lien direct et immédiat.

Par ailleurs, la notion de « prix de revient » développée par la Cour d'appel vient, à notre sens, utilement préciser la portée à donner à la notion d'incorporation telle qu'elle résulte de la formulation usuelle de la jurisprudence européenne. Comme le précise la Cour de cassation, c'est à juste titre que la Cour d'appel a jugé sur la base des arrêts de la CJUE que les coûts « ne doivent dès lors pas forcément se retrouver dans le prix de vente mis en compte pour les services, comme le soutient l'AEDT, mais il suffit que ces coûts fassent partie du prix de revient desdits services en ce que les dépenses exposées font partie du prix des éléments constitutifs du prix des opérations en aval ouvrant droit à déduction »²⁵. La notion de « prix de vente » se focalise sur le montant facturé et a une portée « mathématique » alors que la notion de « prix de revient » se concentre sur les divers coûts supportés afin de prêter un service ou de réaliser une activité. La notion de « prix de revient » consacre par conséquent le critère fondamental qu'est celui du « lien direct et immédiat » pour reconnaître l'existence du droit à déduction. Cette position de la Cour de cassation nous semble conforme au texte de la directive TVA et à la jurisprudence de la CJUE. Ces derniers, en ce qu'ils ne font pas dépendre le droit à déduction au résultat de l'activité économique, s'accommodent mal de l'incorporation « mathématique » des coûts supportés au « prix de vente » mais se réconcilie avec celle du « prix de revient ».

Pour certains, la portée de cet arrêt de la Cour de cassation semble très limitée au point de le qualifier de « décision de pure espèce et non pas d'un arrêt de principe »²⁶. La particularité de cette affaire résulterait de l'intervention de l'expert et en ce que la question de l'incorporation n'aurait jamais été « au centre des débats judiciaires ».

Le rôle d'un expert est certes novateur et son œil externe au contentieux a sans nul doute contribué à analyser la nature des services reçus et à déterminer dans quelle mesure ceux-ci étaient rattachables à l'activité de gestion ouvrant droit à déduction de G. Pourtant, dans cette

affaire, l'expert n'a fait office que de révélateur afin d'entériner des faits. Cette nécessité d'expertise rappelle qu'une documentation contractuelle claire, précise et détaillée permet souvent d'apporter, dans la pratique, des éléments concrets et éclairants aux fins de l'analyse du lien direct et immédiat. Une description précise des services, les considérants aux contrats, la description des méthodes de rémunération ainsi que les factures sont autant d'informations pertinentes qui contribuent dans la pratique à la démonstration du lien. Les études en matière de prix de transferts peuvent également être utilement utilisées afin d'expliquer les activités, fonctions et flux de services dans le cadre de services intra-groupes. Le rôle de l'expert est certes important mais le travail de ce dernier a principalement consisté à analyser la documentation contractuelle et voir comment et en quoi celle-ci était reflétée dans la réalité des services rendus.

Si la question de l'incorporation des coûts n'a peut-être pas été la notion centrale autour de laquelle les débats judiciaires se sont tenus, il nous semblerait incorrect de considérer qu'elle en aurait été écartée. Les différentes juridictions semblent en effet toutes avoir pris position sur cette question de l'incorporation et s'être prononcées en faveur d'une lecture non « mathématique » de celle-ci. Le Tribunal d'arrondissement a en effet confirmé que la vérification du droit à déduction devait porter sur la nature des services reçus et rendus et « non pas sur la correspondance financière entre les dépenses en amont et les rentrées en aval »²⁷. La Cour d'appel a quant à elle fait sienne la position du Tribunal d'arrondissement et abordé la notion de l'incorporation au l'aune du prix de revient et non du prix de vente. La Cour de cassation, en confirmant la décision de la Cour d'appel et en refusant de poser les questions préjudicielles portant spécifiquement sur la notion d'incorporation, semble par ailleurs considérer que la question n'est pas sujette à des interprétations divergentes...

CONCLUSIONS

À notre sens, l'arrêt rendu par la Cour de cassation devrait être considéré comme un arrêt de principe et devrait avoir vocation à s'appliquer aux sociétés holdings actives qui sont en mesure de démontrer un lien direct et immédiat entre leurs coûts et leurs revenus ouvrant droit à déduction, fussent-ils limités.

25. Cass. Luxembourg, n° 43/2022, e., p. 13 ; voy. également CA, 13 janvier 2021, précité, p. 9.

26. Voy. en ce sens l'intéressant article de G. BARBABIANCA, « État des lieux jurisprudentiel du droit à déduction de la TVA en amont », *Cahiers de fiscalité luxembourgeoise et européenne*, 2022/2, p. 78.

27. *Ibidem*.

Il semble cependant fort probable que la portée de cet arrêt et le critère de l'incorporation fassent encore couler beaucoup d'encre dans les mois et les années à venir. Outre les divers contentieux pendants devant l'AEDT et les juridictions luxembourgeoises, la CJUE devra notamment prendre position dans l'affaire italienne *Feudi di San Gregorio Aziende Agricole SpA*²⁸. Dans cette affaire, la CJUE doit trancher la question de savoir si, sur la base d'une réglementation nationale relative aux sociétés écrans, une société peut être privée de la qualité

d'assujetti et du droit à déduction de la TVA lorsqu'elle « effectue des opérations actives soumises à la TVA dans une mesure considérée incompatible – parce qu'excessivement faible – avec le rendement » escompté sur la base des actifs dont elle dispose, et ce, sur une période de trois années. Il est donc plus que probable que la question de la rentabilité d'une activité et son impact sur le droit à déduction d'un assujetti fassent à nouveau l'objet de développements dans un futur proche. Patience et longueur de temps...

28. Demande de décision préjudicielle présentée par la Corte suprema di casazione (Italie) le 25 mai 2022 – *Feudi di San Gregorio Aziende Agricole SpA/ Agenzia delle Entrate*, C-341/22.