

Les swaps et la TVA
Thierry Pons,
Avocat, associé
Lefèvre, Pelletier & Associés

L'administration a précisé dans une instruction du 9 août 2004⁽¹⁾ les conditions dans lesquelles les opérations de swaps doivent être prises en compte dans le calcul du prorata de TVA des établissements de crédit et des entreprises d'investissements. Outre qu'elle vient utilement clarifier le régime de ces opérations, cette instruction aborde implicitement plusieurs sujets importants en matière de TVA financière.

1. Le rappel des enjeux

Les entreprises, qui, dans le cadre de leurs activités, réalisent des opérations dont une partie seulement ouvre droit à déduction, sont amenées à ne récupérer qu'une partie de la TVA d'amont en appliquant soit la méthode du prorata de chiffre d'affaires (Article 212, annexe II au Code général des impôts), soit la méthode de l'affectation (Article 219, annexe II au CGI). L'administration rappelle d'ailleurs à l'occasion de cette instruction, sa position selon laquelle la TVA ayant grevé l'achat d'une immobilisation n'est récupérable qu'à hauteur du prorata, mais il faut rappeler que ce point de vue est ouvert à discussion et que la jurisprudence semble, au contraire, indiquer que la règle de l'affectation devrait pouvoir s'appliquer⁽²⁾.

Le prorata de chiffre d'affaires doit, conformément à l'article 212 précité, être calculé sur la base du chiffre d'affaires annuel brut⁽³⁾. Des interrogations subsistaient sur la façon dont les swaps, qui sont exonérés de TVA, doivent être pris en compte au dénominateur du prorata, ainsi que sur les modalités de calcul du numérateur du prorata, lorsque les swaps sont conclus avec des contreparties situées hors de l'Union Européenne⁽⁴⁾.

L'instruction du 9 Août clarifie la position de l'administration sur les swaps de taux et les swaps de devises, sur lesquels les pratiques de place pouvaient être très différentes. Les swaps de change sont exclus du champ de l'instruction, qui renvoie à cet égard aux principes de détermination du résultat de change⁽⁵⁾. L'administration confirme néanmoins la possibilité de prendre en compte les profits réalisés sur ces swaps de change avec des contreparties hors Union Européenne au numérateur du prorata et de déterminer ce chiffre d'affaires forfaitairement, conformément à l'instruction 3L 2 92 du 8 septembre 1992 (qui autorise notamment les entreprises à retenir 32% de leur résultat net de change scriptural au numérateur).

⁽¹⁾ Instr. 9- 8 - 2004, 3L204

⁽²⁾ CE Plén. Socofrein 21 Fev 1979, n 8070, a contrario

⁽³⁾ Sur l'impossibilité de compenser les produits et les charges d'intérêts, voir notamment CE 16 Sept 1998, n 177005, CRCAM de la Cote d'Or.

⁽⁴⁾ Les opérations réalisées avec les personnes domiciliées hors de l'Union Européenne ouvrent droit à déduction comme si elles étaient soumises à TVA : Art 271 V b du CGI.

⁽⁵⁾ Il faut rappeler sur ce point que l'article 256 IV 2 du CGI indique expressément qu'en matière de change, comme d'ailleurs en matière d'opérations sur titres, le chiffre d'affaires est constitué par les profits et autres rémunérations.

2. Les méthodes de prise en compte des swaps

Trois méthodes étaient envisageables et l'administration a accepté de permettre aux entreprises de choisir parmi deux d'entre elles, qui reposent sur un traitement « en net » des swaps.

La méthode implicitement exclue par l'administration est celle dite du « brut de brut », qui aurait consisté à décomposer les flux échangés, au sein d'un même swap, en deux flux distincts de produit et de charge, en retenant au prorata le flux brut de produit. Cette méthode, qui aurait abouti à augmenter très sensiblement l'effet des swaps dans le calcul du prorata, aurait le plus souvent été défavorable aux entreprises, sauf lorsque ces opérations étaient réalisées hors de l'Union Européenne. L'exclusion de cette méthode semblait s'imposer, dès lors que le swap s'analyse juridiquement comme une seule et même opération et que la décomposition des flux aurait semblé pour le moins artificielle. Il en va différemment si les flux résultent de deux instruments financiers juridiquement distincts, auquel cas la position actuelle de l'administration consisterait à interdire toute compensation entre profit et perte sur chaque instrument (sauf pour les opérations sur des marchés sur lesquels une compensation a été autorisée, voir ci-dessous).

Il est intéressant de noter que l'instruction assimile les soultes reçues ou versées à des flux, qui doivent être pris en compte au moment de leur versement. Elle précise également que les deux méthodes retenues s'appliquent aux swaps asynchrones, pour lesquels les flux reçus et payés sont décalés dans le temps. L'administration confirme ainsi la nécessité de calculer le prorata sur les flux bruts encaissés, et non sur les flux figurant au compte de résultat, comme peuvent le faire certaines entreprises qui souhaiteraient calculer leur prorata sur la base de leur compte de résultat, souvent pour des raisons pratiques de calcul. La méthode ainsi retenue par l'administration nécessite de retraiter les éléments du compte de résultat, en excluant les produits non encaissés et en rajoutant certains encaissements (qui figurent au bilan), notamment les soultes sur swaps. Cette approche est cohérente avec la position constante de l'administration, même si elle présente l'inconvénient d'écarter le prorata de TVA de ce qui constitue la « valeur ajoutée » de l'entreprise, mais nous n'entrons pas ici dans ce débat⁽⁵⁾.

2.1. Première méthode : le « brut de nets »

Cette première méthode repose sur la prise en compte de « *la somme des flux financiers nets positifs dégagés au titre de chaque contrat de swaps au cours de l'année civile* ». Elle aboutit donc à ne prendre en compte que les profits nets sur les swaps gagnants (en balance de trésorerie) au titre d'un exercice. Les pertes sur swaps sont implicitement considérées comme des charges et sont donc exclues du calcul du prorata. La somme des encaissements nets positifs sur swaps (de devises et de taux) au titre d'un exercice, constitue le chiffre d'affaires à prendre en compte.

Parmi ces swaps positifs, ceux qui ont été conclus avec des contreparties hors Union Européenne ouvrent droit à déduction de la TVA et peuvent être pris en compte au

⁽⁵⁾ sur des réflexions relatives à ce que devrait être le prorata voir CJCE 14 juillet 1998 Aff 172/96 FNBC, ou plus récemment CJCE 29 Avr 2004, aff. C77/01, EDM.

numérateur du prorata. Le critère territorial retenu est bien celui de la résidence de la contrepartie et non la devise dans laquelle est conclue le contrat.

2.2. Deuxième méthode : le « net de net »

Cette méthode consiste à prendre en compte « *le résultat net positif dégagé sur l'ensemble des contrats de swaps* ». En pratique, cette méthode aboutit à calculer un résultat net de l'ensemble des flux financiers reçus et payés, au cours de l'année, sur les swaps (y compris les soultes).

Lorsque le résultat global net annuel dégage une perte nette, celle-ci n'est pas prise en compte dans le calcul du prorata. L'instruction ne prévoit pas de possibilité de report de la perte nette sur les profits réalisés les années suivantes, ce qui s'écarte de la solution prévue par d'autres instructions pour les opérations sur certains marchés financiers⁽⁶⁾.

Le chiffre d'affaires net réalisé avec des contreparties hors Union Européenne est déterminé selon les mêmes modalités (net de net), afin d'être porté au numérateur du prorata.

2.3. Des questions en suspens

L'instruction n'autorise pas de compensation avec d'autres instruments financiers OTC, tels que FRA, options.. Pour ces instruments, on peut penser que certains des principes retenus par cette instruction devraient être transposables, notamment en ce qui concerne la question des soultes et la définition des opérations à porter au numérateur.

On peut regretter que seules les entreprises financières aient été intégrées dans le champ de l'instruction, alors que ces questions peuvent concerner aujourd'hui les grands groupes non bancaires, dont les services de trésorerie sont amenés à réaliser de telles opérations et qui doivent choisir entre l'une ou l'autre de ces méthodes, sans néanmoins pouvoir être confortés par l'instruction. Sur ce point, nous nous contenterons de mentionner ici que des arguments techniques existent pour les deux méthodes retenues par l'instruction.

La dernière question reste celle que devront se poser les entreprises du secteur financier visées par l'instruction, qui devront déterminer quelle méthode elles souhaitent adopter, au plus tard pour la détermination en 2007 du prorata 2006⁽⁷⁾. Ce choix devra s'opérer en fonction de leur statut au regard de l'option à la TVA, mais également de l'importance relative des opérations de swaps et des flux « cash » positifs avec des contreparties situées hors de l'Union Européenne. A vos calculettes !

⁽⁶⁾ Instruction 3L3 89 sur les titres , Inst 3L6 1987 sur MATIF, note du 6 juillet 1992 sur MONEP

⁽⁷⁾ L'instruction précise par ailleurs qu'elle s'applique aux litiges en cours.