

La récupération de la TVA sur les frais de cession de titres ou d'immeubles non soumise à la TVA: une faculté désormais admise mais encadrée

VAT recovery of costs incurred attributed to transfers of securities or real property which are not subject to VAT: a possibility now recognised but within a supervisory framework.

Introduction

Le Conseil d'Etat a rendu deux décisions de principe en date du 23 décembre 2010, **admettant la détaxation de la TVA grevant des frais engagés pour ou dans le cadre d'une cession de titres non assujettie à la TVA**, et précisent les conditions de détaxation de ces frais selon leur nature (CE 23 décembre 2010 n° 307698, Sté Pfizer Holding France, et n° 3241, min c/o SA Michel Thierry).

L'administration fiscale applique ces principes dans son instruction du 29 décembre 2010 (3 A-9-10) relative aux opérations sur immeubles, et précise également les conditions de **déduction de la TVA lorsque la cession de l'immeuble n'est pas soumise à la TVA**.

Si un droit à déduction de TVA, jusqu'ici incertain ou contesté, est ainsi établi dans le cadre d'une cession de titres ou d'immeuble non taxée, il faut être attentif aux conditions d'exercice de ce droit à déduction. L'administration fiscale peut en effet remettre ce droit en cause. Il appartient au contribuable de fournir des pièces justificatives au soutien de son droit à déduction.

The French *Conseil d'Etat* rendered two landmark decisions on 23 December 2010, **accepting the recovery of French VAT on the costs incurred for or in connection with the transfer of securities which are not subject to VAT**, and it specified the conditions for tax recovery of these costs depending on the nature of the costs incurred (CE 23 December 2010 n° 307698, Sté Pfizer Holding France and n° 3241, min c/o Michel Thierry).

The French tax authorities apply these principles in their tax guidelines dated 29 December 2010 (3 A-9-10) on real estate property transactions, and also set out the conditions for the right to **deduct VAT when a transfer of a property is not subject to VAT**.

If a person's right to the VAT deduction was uncertain or being challenged prior to these decisions, it is now recognized with respect to the non-taxed transfer of securities or real estate property, however one should be aware of the conditions for exercising that right because it is already stated it is open to the French tax authorities to challenge the deduction and the burden is on the taxpayer to provide satisfactory evidence of its VAT deduction right.

Key Issues

Rappel des principes des droits à déduction de TVA / Reminder of the principles linked to the right to deduction of VAT

Application aux cessions de titres non soumises à la TVA / Application to transfers of securities not subject to VAT

Application aux cessions d'immeubles non soumises à la TVA / Application to transfers of real estate properties not subject to VAT

If you would like to know more about the subjects covered in this publication or our services, please contact:

[Eric Davoudet](#) +33 1 44 05 52 72

[Aurélia de Viry](#) +33 1 44 05 51 43

To email one of the above, please use firstname.lastname@cliffordchance.com

Clifford Chance, 9 Place Vendôme, CS 50018, 75038 Paris Cedex 01, France
www.cliffordchance.com

La récupération de la TVA sur les frais de cession de titres ou d'immeubles non soumise à la TVA: une faculté désormais admise mais encadrée

1. Une déduction de TVA qui suit les principes dégagés par la CJCE

Les règles de déduction de la TVA grevant les dépenses engagées dans le cadre de la cession de titres de participation par un holding mixte, ont fait l'objet d'une jurisprudence continue de la CJCE. L'arrêt **AB SKF** (CJCE 29 octobre 2009 C-29/08), qui s'inscrit dans le prolongement d'une jurisprudence constante depuis quinze ans, n'établit pas de nouvelles règles de déduction, mais a ouvert un droit à déduction, par le biais de la théorie des frais généraux, à un holding mixte qui cède les titres de sa filiale. L'arrêt AB SKF a été la référence retenue par le Conseil d'Etat et l'administration fiscale dans l'évolution en droit interne décrite dans cette étude.

Aux termes des principes communautaires constants ainsi dégagés, **le droit à déduction de la TVA s'apprécie suivant les étapes suivantes:**

(i) En premier lieu, il convient de rechercher si la dépense a un **lien direct et immédiat** avec une opération d'aval (selon le principe anciennement connu de « **l'affectation exclusive** »). Ce lien est établi lorsque la dépense considérée fait partie des éléments constitutifs du prix de l'opération.

Dans le cas où un lien direct est établi avec la cession de titres, aucun droit à déduction n'existe (car cette cession n'est pas soumise à TVA).

(ii) En l'absence d'un tel lien direct et immédiat, la cour recherche s'il existe un **lien direct et immédiat avec l'ensemble de l'activité économique de la société**. C'est la théorie des « **frais généraux** ». Dans ce cas, la déduction est ouverte suivant les droits à déduction des frais généraux (ancien « prorata de déduction »).

2. Application aux cessions de titres non soumises à la TVA

Dans un arrêt SIVA du 10 Juin 2010, le Conseil d'Etat a déjà repris les principes communautaires notamment énoncés dans l'arrêt AB SKF, et a jugé que les frais de courtage engagés dans le cadre de la cession de valeurs mobilières de placement ouvraient droit à déduction de TVA au titre des frais généraux. Cependant, le Conseil d'Etat a lié cette qualification de frais généraux au fait que la cession avait permis à la société d'obtenir un financement, à défaut d'autres sources de financement, pour le maintien de son activité économique. Ce faisant, il faisait de cette affaire une solution particulière.

En revanche, le Conseil d'Etat a souhaité conférer le caractère de **décisions de principes** aux deux arrêts du 23 décembre 2010 (Sté Pfizer holding France n°307698, et min. c/ SA Michel Thierry, n°324181), et apporter des précisions sur l'appréciation des dépenses entretenant un lien direct ou non avec une cession de titres de participation (affectation exclusive de la dépense à une opération), ou entretenant un lien direct avec l'ensemble de l'activité économique (théorie des frais généraux). Dans ce contexte, il distingue les dépenses en vue de préparer la cession, de celles inhérentes à la cession.

1. A VAT deduction right which follows the general principles of deduction established by the ECJ

The rules on VAT deduction affecting the costs incurred in connection with the transfer of equity shares (*titres de participation*) by a mixed activity holding entity, have been regularly considered in ECJ case law. The **AB SKF decision** (ECJ 29 October 2009 C-2908) which follows a consistent set of decisions over the past 15 years, did not create a new deduction rule but gave right to the deduction through the general cost theory, to a mixed activity holding entity which transferred the equity shares of a subsidiary. AB SKF was the case chosen by the French *Conseil d'Etat* and the French tax authorities for the evolution of French law described in this briefing note.

Pursuant to well established community principles, **the right to deduct VAT is assessed in accordance with the following steps:**

(i) First, it should be determined whether the cost has a **direct and immediate link** with an output transaction (according to the principle formerly known as "**direct attribution**"). This link is established when the given cost is part of the constitutive components of the price of the transaction. In the event that the direct link is established with the transfer of securities, there is no right to deduction (as the transfer is not subject to VAT).

(ii) In the absence of such direct and immediate link, the Court determines whether there is a **direct and immediate link with the whole of the company's commercial activity**. This is known as the "**general costs**" theory. In this case, the right to the deduction is open following the deduction right of the general costs (former "VAT prorata ratio").

2. Application to transfers of securities not subject to VAT

In a SIVA decision of 10 June 2010, the French *Conseil d'Etat* already used the same community principles as those set out in the AB SKF decision, and decided that the brokerage costs incurred in connection with the transfer of participating shares gave right to a VAT deduction right pursuant to the general costs principle. However, the French *Conseil d'Etat* linked this qualification of general costs to the fact that the transfer gave the company access to financing, if there is no other source of financing, in order to keep its commercial activity. In doing so, the *Conseil d'Etat* considered this case to be a specific answer to a specific fact pattern.

However, the French *Conseil d'Etat* decided to qualify both decisions of 23 December 2010 (Sté Pfizer holding France n°307698, and min. c/ SA Michel Thierry, n°324181) as landmark decisions and gave specifications on the assessment of expenses having a direct link or not with the transfer of shares (exclusive "allocation" of the expense to a transaction), or having a direct link to the whole of the commercial activity (general costs theory). In this respect, it distinguished expenses for the preparation of the transfer, from those relating to the transfer itself.

Client briefing

La récupération de la TVA sur les frais de cession de titres ou d'immeubles non soumise à la TVA: une faculté désormais admise mais encadrée

2.1. Les "dépenses en vue de préparer la cession" sont présumées constituer des frais généraux; la TVA est présumée déductible

Ces dépenses correspondraient à des études préparatoires et des conseils (étude d'opportunité, *vendor due-diligence*, conseil dans le cadre d'une évaluation d'actif ou structuration d'une éventuelle vente).

Si la vente n'est pas réalisée, le caractère de frais généraux est acquis. Si la vente est réalisée, la présomption de qualité de frais généraux est soumise à une éventuelle remise en cause de cette déduction de la TVA si l'administration fiscale peut démontrer que "*la cession (i) avait un caractère patrimonial dès lors que le produit de cette cession a été distribué ou (ii) qu'en l'absence d'éléments contraires produits par la société, ces dépenses ont été incorporées dans le prix de cession des titres*".

Dans la pratique, ces dépenses préparatoires étaient généralement déjà assimilées à des frais généraux ouvrant droit à déduction. Par cette décision, le Conseil d'Etat introduit une condition nouvelle d'exercice du droit à déduction puisqu'il faut s'assurer qu'il ne puisse être démontré que ces frais sont répercutés dans le prix de cession.

Le Conseil d'Etat ajoute également une condition nouvelle de non-distribution du produit de la vente qui déqualifierait la déduction au titre des frais généraux. A la lumière de cette décision et de la décision SIVA, le Conseil d'Etat retiendrait comme pouvant constituer des frais généraux les dépenses même engagées pour la cession de titres de placement, dès lors que le produit reste réinvesti pour financer l'activité économique de l'assujetti. En revanche, lorsqu'il s'agit de titres d'une filiale au profit de laquelle le holding a réalisé des services taxables, la distribution du produit de la vente et son non réinvestissement lui ferait perdre le droit à déduction. **L'affectation du produit de la vente deviendrait ainsi un critère de qualification.** Cette condition nous semble excéder le cadre des principes communautaires. Il conviendra toutefois d'y être attentifs.

2.2 Les dépenses inhérentes à la cession elle-même sont présumées avoir un lien direct et immédiat avec la cession et ainsi ne pas ouvrir droit à déduction

Il y a donc inversement dans ce cas une présomption de non déduction, et il incombe au contribuable d'apporter la preuve que le prix de cession ne comprend pas ces frais, pour exercer un droit à déduction.

Le Conseil d'Etat propose comme mode de preuve la comptabilité analytique. Cette preuve ne sera pas si évidente en pratique. La démonstration de non répercussion dans le prix pourra être plus aisée, par exemple en matière de **titres cotés** ou de prix d'acquisition établi sur la base d'un bilan prévisionnel. Il conviendra selon nous de multiplier les éléments de preuve pour démontrer le droit à déduction. En toute occurrence, **une disposition dans l'acte de vente décrivant le mode de détermination du prix** et excluant expressément les dépenses du vendeur de ce prix sera recommandée.

2.1 The expenses for the preparation of the transfer benefit from presumption that they are general costs; VAT is presumed to be deductible.

The expenses would correspond to preliminary studies and advice (e.g. feasibility studies, vendor due diligence, advice on the assessment of an asset or structuring of a potential sale). If the sale does not proceed, the qualification as a general cost is secured. If the sale proceeds, the presumption that the expenses are general costs is subject to a potential challenge by the French tax authorities if they can demonstrate "*that the transfer (i) had a proprietary character from the moment when the sale proceeds have been distributed or (ii) in the absence of contrary evidence provided by the company, these expenses were integrated in the price for the transfer of shares*".

Historically, these preliminary expenses were usually already considered to be general costs giving right to a deduction. Following the decisions, the French *Conseil d'Etat* has introduced a new condition for the right to deduct that evidence be available that these costs are not passed on in the transfer price.

Also, the *Conseil d'Etat* has included a new condition according to which the distribution of the sale proceeds would disqualify the deduction right under the general costs rule. In light of this decision and the SIVA, the French *Conseil d'Etat* considers to be general costs even if they were incurred for the transfer of participating shares, provided the proceeds are kept for reinvestment to finance the taxpayer's commercial activity. However, when it concerns the shares of an affiliate, which benefited from taxable services supplied by the holding entity, the distribution of the sale proceeds and the absence of reinvestment would lead to the loss of the deduction right. The allocation of the sales proceeds would thus become a distinguishing factor and we consider this condition to go beyond the community principles. Attention should be paid to this point in the future.

2.2 The expenses relating to the transfer itself are presumed to have a direct and immediate link with the transfer and thus would not give right to deduction.

In this case, there is no deduction right and the taxpayer bears the burden of proving the contrary, by showing that the transfer price does not include these costs to exercise a deduction right.

The *Conseil d'Etat* suggests analytical accounting as a means of proof. Proving such element is not passed in the price will not be that easy in practice. Proof might be easier to obtain for example, with respect to **listed securities** or a purchase price established on the basis of a projected balance-sheet. We believe that multiple forms of evidence should be provided to demonstrate the right to deduction. In any case, we recommend including **a provision in the sale contract describing the method used to determine the price** and excluding expressly from the price the expenses incurred by the seller.

La récupération de la TVA sur les frais de cession de titres ou d'immeubles non soumise à la TVA: une faculté désormais admise mais encadrée

Rappelons que certaines dépenses inhérentes à la cession sont par nature exonérées de TVA et ne soulèveront pas cette problématique, telles que celles du courtier qui s'entremet dans la cession des titres et en négocie les termes pour le compte du vendeur. Ces prestations constituent en effet des opérations "sur titres" par nature exonérées de TVA (article 261-C-1-e du code général des impôts).

3. Application à une cession d'immeuble non soumise à la TVA

Si une décision du tribunal administratif de Paris avait admis la déduction de la TVA au titre des frais d'agent dans la cadre de la cession d'un immeuble non assujettie à la TVA dès 2008, l'administration fiscale s'était empressée d'exclure ce droit dans une instruction commentant ce jugement (Instruction 7/04/09, BOI 8A-1-09).

Toutefois, l'arrêt AB SKF de la CJCE a conduit l'administration fiscale à modifier sa position pour la rendre conforme au droit communautaire.

Ainsi, dans son **instruction du 29 décembre 2010** (3-A-9-10) commentant l'ensemble de la réforme des règles de TVA appliquées aux opérations immobilières, l'administration fiscale précise le droit à déduction de TVA du cédant lorsque la cession de l'immeuble n'est pas soumise à la TVA et entérine expressément la décision AB SKF en commentant le droit à déduction des dépenses engagées dans le cadre de cette cession (l'administration cite cette décision expressément en note de base de page).

On retrouve dans cette instruction les mêmes principes selon lesquels :

- 3.1 **La TVA grevant les dépenses dont le coût est incorporé dans le prix de cession (frais « directement attachés » à la livraison de l'immeuble) n'est pas déductible si la cession de l'immeuble n'est pas soumise à la TVA**, parce qu'elle a un caractère patrimonial ou qu'elle est exonérée de TVA (sans option). Les "charges augmentatives du prix" identifiées comme telles dans l'acte notarié de cession, seraient ainsi soumises à cette règle.
- 3.2 **En revanche, la TVA peut être déductible à raison des frais généraux** en l'absence d'un lien direct et immédiat de la dépense avec la cession, si le redevable est en mesure d'établir « *que dans les circonstances propres à cette cession et à son activité, tenant par exemple à la rigidité du marché ou à la diversité et la fréquence des mutations qu'il réalise, les frais de cession sont normalement intégrés dans les charges courantes* ». L'administration ajoute que la comptabilité analytique allant dans ce sens sera un élément significatif d'appréciation.

Compte tenu de cette exigence de preuve d'absence de lien direct liée aux circonstances propres à la cession, **l'administration fiscale introduit en pratique une présomption de non déduction des frais inhérents à la cession, et il incombe au contribuable d'apporter la preuve inverse en démontrant que le prix de cession ne comprend pas ces frais.**

It should be noted that certain expenses in connection with the transfer are automatically exempted from VAT and will not be affected by this issue, such as costs linked to a broker mediating in the transfer and negotiating the terms of a sale of securities for the benefit of the seller. These services are indeed transactions "on securities" automatically exempt from VAT (article 261-C-1 of the *Code general des impôts*).

3. Application to the transfer of real estate property not subject to VAT

Even though a decision of the *tribunal administratif* of Paris recognised the rights to deduct VAT pursuant to the agent costs in connection with the transfer of real estate property exempt from VAT in 2008, the tax authorities hastily excluded this right in an *instruction* commenting on this judgement (tax guidelines 7/04/09, 8A-1-09).

However, the decision AB SKF of the ECJ has led the tax authorities to change such position to bring it into line with community law.

Hence, in their **instruction dated 29 December 2010** (3-A-9-10) commenting the reform of all the rules on VAT as applied to real estate transactions, the tax authorities give guidance concerning the seller's right to deduct VAT when the transfer of a property is not subject to VAT and then expressly acknowledge the AB SKF decision by commenting on the right to deduct expenses incurred in connection with such a transfer (the authorities refer expressly to this decision in a footnote).

In this *instruction*, we find the same principles according to which:

- 3.1 **VAT incurred in respect of the expenses which is a component of the cost of the sale price (costs "directly attributable" to the delivery of the real estate property) is not deductible if the transfer of the real estate property is not subject to VAT**, because it has an proprietary character or because it is exempt from VAT (without option). The expenses recharged to the purchaser (*charges augmentatives du prix*) identified as such in the sale deed, would follow this rule.
- 3.2 **However, the VAT may be deductible as general costs** in the absence of a direct and immediate link between the expense and the transfer, if the taxpayer is able to show that "*under the circumstances specific to the given transfer and its activity, resulting from market rigidity or the diversity and frequency of the changes it makes, the costs of transfer are usually integrated in the general expenses*". Authorities add that the use of analytical accounting supporting this point will be a significant assessment criterion.

In consideration of this requirement to prove the absence of direct link resulting from the specific circumstances of the transaction, **in practice the tax authorities have introduced a presumption of non-deductibility of transfer costs inherent to the transfer, with the taxpayer bearing the burden of proving the contrary by showing that the price of the transfer does not include these costs.**

Client briefing

La récupération de la TVA sur les frais de cession de titres ou d'immeubles non soumise à la TVA: une faculté désormais admise mais encadrée

Il ne nous apparaît pas évident que la comptabilité analytique démontre la non inclusion des frais de cession dans le prix de cession. A l'appui de cette comptabilité, il nous semble qu'un descriptif précis du mode de fixation du prix devrait étayer cette preuve. Ainsi un prix offert par l'acquéreur, ou une expertise en vue de la vente, qui détermine un prix établi sur une surface de l'immeuble et en fonction de sa rentabilité locative, devraient être des éléments de preuve que le prix ne répercute pas les dépenses engagées par le vendeur en vue de la cession. Il reste **recommandé d'ajouter également une mention expresse, dans l'acte de vente ou les échanges précontractuels, excluant expressément du prix toute répercussion des frais de cession du vendeur.**

On relèvera que ces commentaires administratifs n'ont pas introduit la même distinction entre les dépenses inhérentes à la cession et celles engagées en vue de préparer la cession. Pour ces dernières, dans le silence des commentaires, la présomption de leur caractère de frais généraux resterait en pratique acquise.

Nous relèverons qu'en matière de cession d'immeubles, une grande majorité des transferts d'immeubles à usage professionnel accompagnés de leurs baux, sont placées de plein droit dans le régime suspensif prévu par l'article 257 bis du code général des impôts. Ce régime suspensif rendant par principe difficile l'établissement d'un lien direct avec une opération taxée ou non, les frais de cession devraient selon nous dans cette situation constituer des frais généraux..

We do not believe that it is clear that the use of an analytical accounting method is enough to prove the exclusion of the costs of transfer in the transfer price. To supplement this accounting evidence, it appears that a specific description of the method used to set the price should demonstrate this negative. Hence, a price offer by the purchaser or a expert opinion for the preparation of the sale, which determine a price established on the basis of the area of the property and depending on the rental rate of return of the property should be some evidence that the price does not pass on the expenses incurred by the seller in preparation of the transfer. **We recommend to include a specific statement, in the sale contract or pre-contractual documents, which excludes expressly from the price the seller's costs of transfer.**

We note that these comments made by the authorities have not introduced the same distinction between the expenses inherent to the transfer and those incurred in preparation of the transfer. In the absence of any comments, the presumption of the latter's general costs character would remain in practice established.

We note that with respect to the transfer of real estate property, the majority of transfers occur with the transmission of lease agreements, under the suspension VAT regime set out in article 257 bis of the *Code general des impôts*. The suspension regime making it difficult to identify a direct and immediate link with the transfer, the transfer costs should thus from our view in that case correspond to general costs.
