

TVA: un immeuble n'est pas un établissement stable : pourquoi est-ce une bonne nouvelle ?

Dans son arrêt «Titanium» du 3 juin 2021⁽¹⁾ la Cour de Justice de l'Union européenne a décidé qu'un assujetti qui possède et exploite un immeuble dans un Etat membre de l'Union européenne, alors qu'il est établi dans un autre pays, ne dispose pas d'un établissement stable dans cet Etat membre à défaut d'y disposer de son propre personnel. Cette décision confirme la pratique actuelle au Luxembourg mais contredit la position prise par certaines administrations étrangères. Elle peut donc être considérée comme positive pour les personnes concernées, nombreuses au Luxembourg, qui ne seront pas tenues de revisiter leur situation TVA et ne risqueront pas d'être soumises à des complications administratives supplémentaires. Afin d'apprécier pourquoi elle est positive, il est intéressant d'examiner quelles auraient été les conséquences de la décision inverse.

Par Cédric TUSSLOT, Partner et Michel LAMBION, Managing Director, Deloitte Tax & Consulting

La décision concerne une société établie à Jersey qui possède un immeuble en Autriche et qu'elle donne en location. Pour cela, elle est assistée par un gérant local qui s'occupe de la gestion journalière alors qu'elle prend les décisions «stratégiques» comme conclure et dénoncer les baux, en fixer les conditions, décider des investissements à effectuer sur les immeubles et leur financement, etc. La société de Jersey ne dispose pas en Autriche d'une base fixe d'affaires comme un bureau, ni de personnel propre. De plus, la société locale de gestion de l'immeuble exerce son activité dans ses propres installations et non dans l'immeuble de la société de Jersey. Il s'agit d'une situation fréquente au Luxembourg où de nombreuses sociétés luxembourgeoises détiennent des immeubles à l'étranger. En sens inverse, il existe aussi un certain nombre de sociétés étrangères possédant des immeubles au Luxembourg.

D'un point de vue TVA, les opérations immobilières ou se rattachant à des immeubles sont réputées localisées dans le pays de l'immeuble. La construction, la vente, la location, les travaux d'entretien et de réparation, etc. sont donc soumis aux règles TVA du pays de situation de l'immeuble.

En conséquence, lorsqu'une société, ou toute autre personne⁽²⁾, possède et exploite en vue de collecter des revenus de manière régulière un immeuble dans un pays autre que celui où elle est établie, elle doit examiner quelles y sont les règles TVA applicables. Ces règles peuvent impliquer qu'elle doive y demander un numéro de TVA et y déposer des déclarations TVA, notamment pour verser à l'Etat la TVA locale due sur les loyers. Néanmoins, certains pays de l'Union européenne, conformément à l'article 194 de la Directive TVA européenne, prévoient que la TVA est due directement par le locataire en vertu d'une règle dite de «report de paiement» ou d'«autoliquidation» dispensant l'assujetti étranger d'obligations TVA localement. Ce système peut aussi être appliqué pour les autres services se rattachant à l'immeuble sous les conditions et limites déterminées par chaque Etat membre. Rappelons que le Luxembourg n'utilise pas cette faculté accordée par la Directive aux Etats membres.

Une des conditions d'application de ce système est notamment que le propriétaire étranger ne dispose pas



d'un établissement stable dans le pays de l'immeuble. Un tel établissement stable peut, sur la base de la jurisprudence de la Cour⁽³⁾, se définir comme la «réunion de moyens humains et techniques permettant d'opérer de manière autonome l'activité économique». Il est généralement admis que la simple détention et exploitation d'un immeuble, dans les conditions décrites ci-dessus, ne constitue pas, en principe, un établissement stable.

Mais, les autorités TVA autrichiennes ont considéré que les Etats membres avaient toute latitude pour définir les conditions d'application de l'article 194, qui, rappelons-le, les autorisent à prévoir des mesures de report de paiement de la taxe, y compris en considérant qu'un immeuble pouvait constituer un établissement stable. La société a contesté cette approche et a donc porté l'affaire devant le Tribunal fédéral des finances qui a demandé à la Cour de confirmer si la simple propriété et l'exploitation d'un immeuble dans un Etat membre où le propriétaire est établi et ne dispose pas de personnel propre affecté à son exploitation constitue ou non un établissement stable pour la TVA.

Compte tenu de la jurisprudence constante de la cour sur un tel sujet, il avait pu sembler étonnant que le tribunal autrichien ait jugé nécessaire de poser la question et également que la Cour ait jugé nécessaire d'y répondre.

Le simple fait qu'elle l'ait fait pouvait laisser planer quelques doutes sur la nature de la décision qu'elle allait rendre. Ou bien était-ce également pour réaffirmer la position de droit dans ce domaine, notamment vis-à-vis de certaines administrations d'Etats membres appliquant une position similaire à celle de l'Autriche ?

Les observateurs attentifs du fonctionnement de la Cour avaient également noté que pour cette affaire, le juge européen avait décidé de ne pas utiliser l'étape intermédiaire des conclusions de l'Avocat Général, indiquant de ce fait qu'elle ne considérait pas la problématique de droit comme trop complexe et les rassurant donc probablement sur la possibilité d'un éventuel revirement de jurisprudence.

C'est donc logiquement que la Cour a confirmé qu'un immeuble donné en location ne constitue pas un établissement stable lorsque le propriétaire étranger ne dispose pas dans l'Etat membre de l'immeuble de son propre personnel. Pour cela, elle se base, en particulier, d'une part, sur sa propre jurisprudence⁽⁴⁾, et, d'autre part, sur l'article 11 du Règlement européen 282/2011⁽⁵⁾, qui tous deux requièrent une réunion de moyens humains et techniques pour caractériser un établissement stable.

Même si la décision de la Cour ne peut être considérée comme une surprise, elle constitue une nouvelle positive pour les assujettis concernés, surtout si nous considérons quelles auraient été les conséquences de la décision inverse.

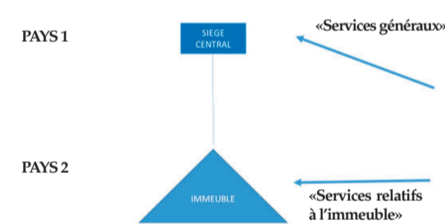
La première des conséquences est que les Etats membres qui ont mis en place dans leur droit national des mesures de report de paiement ou d'autoliquidation telles que décrites ci-dessus pour les opérations se rattachant à un immeuble auraient dû les réexaminer et éventuellement les supprimer dans la mesure où elles seraient devenues mécaniquement quasiment sans objet.

Les propriétaires d'immeubles dans ces pays auraient quant à eux dû s'adapter à l'évolution de ces législations ce qui auraient pu impliquer leur immatriculation à la TVA dans les pays concernés, un changement dans leur procédure de facturation et / ou la mise en place des moyens nécessaires, en interne ou via des prestataires de services tiers, pour se conformer à ces nouvelles obligations. Or, des obligations administratives supplémentaires sont rarement considérées comme une bonne nouvelle !

La seconde de ces conséquences concerne tous les assujettis à la TVA propriétaires d'immeubles à l'étranger.

Comme mentionné ci-dessus, les opérations relatives aux immeubles sont, en principe, soumises à la TVA du lieu de l'immeuble. Néanmoins, les propriétaires d'immeubles acquièrent aussi des services autres que ceux directement liés à l'immeuble, et que nous qualifierons ici de «services généraux». De tels services qui ne sont pas rattachés à l'immeuble, sont localisés pour les besoins de la TVA à l'endroit où le preneur assujetti du service est établi, en vertu de la règle générale de localisation des prestations de services. La TVA est alors due là où le preneur est établi et non dans l'Etat membre de l'immeuble ou du prestataire.

L'immeuble n'est pas un établissement stable pour la TVA



La distinction entre «services relatifs à l'immeuble» et «services généraux» n'est pas toujours aisée, nonobstant les précisions apportées par le règlement précité. Certains services sont clairement «immobiliers» comme la location ou l'entretien de l'immeuble, mais dans certains cas, la distinction est plus subtile. Ainsi, pour les services juridiques, il convient de distinguer entre ceux relatifs au transfert du titre de propriété ou de droits de propriété ou de jouissance de l'immeuble, considérés comme des services «immobiliers» et les autres services juridiques considérés comme des services «généraux».

Ainsi, dans la pratique, il n'est pas toujours évident de déterminer si un service peut être considéré comme se rattachant à un immeuble.

Outre les problématiques qu'une telle incertitude entraîne, comme des différences potentielles dans l'application du taux de TVA ou des règles de dé-

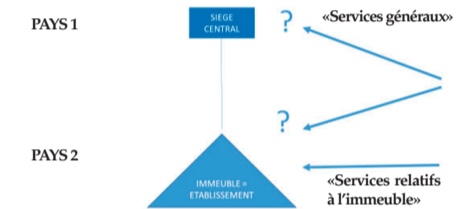
duction de la TVA entre le pays de l'immeuble et celui d'établissement du propriétaire par exemple, cela entraîne également des risques de double ou de non-imposition, de discussions avec les administrations et de redressements éventuels.

Ces difficultés auraient été exacerbées si la Cour avait décidé qu'un immeuble, exploité dans les conditions mentionnées ci-dessus, constitue un établissement stable, comme le savent bien les assujettis exploitant un immeuble dans les quelques pays de l'Union appliquant jusqu'à présent une telle position.

En effet, après confirmation du caractère «général» du service, il aurait été nécessaire de déterminer s'il est «consommé» par l'établissement principal de l'assujetti («siège central»), dans le cas d'espèce à Jersey, ou au lieu de l'établissement stable («succursale» ou «branche»), dans le cas d'espèce, en Autriche.

Même si la Cour a, dans son arrêt Dong-Yang⁽⁶⁾, rappelé la prééminence du siège principal sur l'établissement stable, considéré comme «secondaire» et fourni des éléments permettant l'attribution des services à l'un ou à l'autre, dans la pratique, ajouter un niveau supplémentaire de complexité à une situation qui l'est déjà suffisamment est rarement une bonne chose notamment pour les administrations qui risquent de voir se dégrader le niveau de conformité des assujettis avec leurs obligations.

Si l'immeuble avait été considéré comme constituant un établissement stable pour la TVA



Au-delà même du «simple» cas des immeubles mis en location, une décision différente de la Cour aurait vraisemblablement pu avoir des conséquences pour des sociétés qui réalisent une activité non immobilière par nature, mais qui nécessitent cependant la détention ou l'utilisation d'immeubles ou de quasi immeubles situés à l'étranger, comme des d'entrepôts, des serveurs, des éoliennes etc.

En conclusion, cette décision, tout en n'étant pas une surprise, n'en reste pas moins bienvenue et constitue une confirmation utile et positive sur un sujet plus complexe et important qu'il peut n'y paraître de prime abord, et permettra d'assurer une harmonisation des interprétations au sein de l'Union.

Elle est également, une invitation pour les assujettis à revoir ou valider leur situation TVA au regard de règles reconfirmées par la plus haute juridiction de l'Union européenne et particulièrement ceux qui disposaient d'immeubles en Autriche ou dans d'autres Etats membres adoptant des interprétations similaires.

1) C-931/19 du 3 juin 2021.

2) La TVA est basée sur les opérations économiques plus que sur le statut légal des personnes les réalisant. En conséquence, tout propriétaire d'un immeuble à l'étranger et qui le donne en location est concerné par cette question qu'il soit une société, une personne physique, une association, un pouvoir public, etc. Néanmoins, le cas le plus fréquent devrait être celui des sociétés.

3) Berkholz, 168/84, 20 février 1987 ; DFDS, C-260/95, 17 juillet 1997; ARO Lease, C-190/95, 28 juin 2007; Planzer Luxembourg, C-73/06, 28 juin 2006, Welmore, C-605/12, 16 octobre 2014.

4) Aro Lease, déjà cité, point 19.

5) RÈGLEMENT D'EXÉCUTION (UE) N° 282/2011 DU CONSEIL du 15 mars 2011 portant mesures d'exécution de la directive 2006/112/CE relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée

6) C-547/18, 7 mai 2020.

The impact of SFDR and its relevance for SDG objectives

SFDR regulation entered in force in March 2021, supporting fund selectors with a precise classification of ESG strategies, in order to identify the purely sustainable investments and to avoid greenwashing.

Over the past few years, there has been a sharp increase in the number of funds claiming to apply ESG analysis. The entry into force in March 2021 of the SFDR ("Sustainable Finance Disclosure Regulation") has identified clear guidelines to be applied for asset managers, both in terms of taxonomy and classification, in order also to avoid the risk for fund selectors of selecting unsustainable strategies and incurring greenwashing episodes.

Numerous funds that previously claimed to follow ESG criteria are actually classifying themselves as

"Article 6" (i.e. mainstream funds with no explicit sustainability scope), and others have been required to change the fund's name itself and to remove all references to 'sustainability' from it.

On the other hand, the number of funds that declare themselves as Article 9 is still relatively small.

In recent times we are witnessing a strong promotion of strategies in line with Articles 8 and 9, while the strategies of Article 6 seem to have so far strongly discouraged distribution and marketing.

Within SFDR framework, some of the crucial steps to concretely implement a positive screening approach have been reaffirmed and reinforced, such as the disclosure pillars of explicitly publicizing the screening criteria in the prospectuses and within the marketing literature, and the release of sustainability reporting.

In this context, the SDGs represent a reference framework for reporting on investment strategies from an ESG point of view.

As a reminder, the United Nations launched in 2015 the 17 SDGs that were adopted by 193 countries. The SDGs outline a set of objectives to be achieved by 2030 that aim to end poverty, hunger and inequality, while tackling climate change, improving health and education and spurring economic growth.

The SDGs are playing a positive role for the Responsible Investment industry as a whole, as they contribute to raising awareness over sustainability issues, and help establishing a common language among businesses and responsible investors.

In this context, FARAD Investment Management has developed an internal proprietary ESG scoring system

applied to direct holdings and fund managers ("GreenEthica Sustainable Scoring System"). It is based on the ESG analysis adopted within their investment processes, as well as its relevance for the final decision on investments, with a specific positive screening based upon ESG integration on investments, which are aligned to the 17 SDGs. This service provides a reliable and objective way for investors to see how mutual funds, ETFs, equities and / or bonds are meeting environmental, social, and corporate governance challenges. Moreover, GreenEthica Sustainable Scoring System provides to the investor also the measurable figures of how much its investment is contributing to the sustainable transition and to the achievement of the 2030 Agenda for Sustainable Investments of the United Nations.

Gianluca D'ALESSIO
Senior Portfolio Manager
FARAD Investment Management S.A.