

Édition provisoire

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

MME JULIANE KOKOTT

présentées le 14 mai 2020 (1)

Affaire C-42/19

Sonaecom SGPS SA

contre

Autoridade Tributária e Aduaneira

[demande de décision préjudicielle présentée par le Supremo Tribunal Administrativo (Cour administrative suprême, Portugal)]

« Renvoi préjudiciel – Système commun de taxe sur la valeur ajoutée – Directive 77/388/CEE – Notion d'assujetti – Société holding – Holding mixte – Déduction de la taxe payée en amont – Dépenses engagées pour des prestations de conseil et l'émission d'obligations d'entreprise aux fins de l'acquisition d'une autre société – Modification des opérations en aval prévues »

I. Introduction

1. La Cour s'est déjà prononcée à maintes reprises sur le droit des sociétés holding à déduire la taxe payée en amont (2). Ce droit soulève cependant en pratique encore des problèmes. Cela est notamment le cas lorsqu'une société holding ne fait que gérer quelques participations dans des sociétés, mais qu'elle fournit des prestations de services soumises à la TVA à d'autres sociétés qu'elle détient (« société holding mixte »).
2. En l'espèce, la société Sonaecom SGPS, S.A. (ci-après « Sonaecom ») souhaitait acquérir des parts sociales dans une entreprise et lui fournir ensuite des prestations de services soumises à la TVA. Pour préparer la transaction, elle a eu recours à des prestations de conseil et à des services pour l'émission d'obligations d'entreprise. Sonaecom a fait valoir une déduction correspondante de la taxe payée en amont. L'administration fiscale portugaise a cependant refusé cette déduction, notamment au motif que Sonaecom n'a pas pu réaliser les investissements et qu'elle a, à la place, mis à la disposition de la société mère du groupe le capital obtenu à cette fin, sous la forme d'un prêt exonéré de la TVA.
3. En l'espèce, la Cour devra clarifier notamment les incidences résultant du passage de l'activité prévue à l'activité effective sur la déduction de la taxe payée en amont.

II. Le cadre juridique

A. Le droit de l'Union

4. Les dispositions du droit de l'Union applicables dans le cadre du présent renvoi préjudiciel sont les dispositions de la directive 77/388/CEE (ci-après la « sixième directive ») (3), qui a entretemps été abrogée par la directive 2006/112/CE (ci-après la « directive TVA ») (4). Les dispositions pertinentes en l'espèce des deux directives concordent, en substance, au regard de leur contenu.

5. Conformément à l'article 2, premier alinéa, point 1, de la sixième directive [désormais article 2, paragraphe 1, sous a) à c), de la directive TVA], les livraisons de biens et les prestations de services, effectuées à titre onéreux à l'intérieur du pays par un assujetti agissant en tant que tel, sont soumises à la taxe sur la valeur ajoutée.

6. L'article 4, paragraphe 1, de la sixième directive (désormais article 9, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive TVA) définit la notion d'assujetti :

« Est considéré comme assujetti quiconque accomplit, d'une façon indépendante et quel qu'en soit le lieu, une des activités économiques mentionnées au paragraphe 2, quels que soient les buts ou les résultats de cette activité. »

7. L'article 13 B, sous d), point 1, de la sixième directive [désormais article 135, paragraphe 1, sous b, de la directive TVA] prévoit des exonérations de TVA à l'intérieur du pays :

« Sans préjudice d'autres dispositions communautaires, les États membres exonèrent, dans les conditions qu'ils fixent en vue d'assurer l'application correcte et simple des exonérations prévues ci-dessous et de prévenir toute fraude, évasion et abus éventuels :

d) les opérations suivantes :

1. l'octroi et la négociation de crédits ainsi que la gestion de crédits effectuée par celui qui les a octroyés ».

8. L'article 17, paragraphes 1 et 2, sous a), de la sixième directive [désormais article 167 et article 168, sous a), de la directive TVA] régit la naissance et l'étendue du droit à déduction :

« 1. Le droit à déduction prend naissance au moment où la taxe déductible devient exigible.

2. Dans la mesure où les biens et les services sont utilisés pour les besoins de ses opérations taxées, l'assujetti est autorisé à déduire de la taxe dont il est redevable :

a) la taxe sur la valeur ajoutée due ou acquittée pour les biens qui lui sont ou lui seront livrés et pour les services qui lui sont ou lui seront rendus par un autre assujetti ».

B. Le droit portugais

9. L'article 9, paragraphe 28, sous a), des Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado (code portugais de la TVA) disposait lors de la période pertinente :

« Sont exonérées de la taxe :

(28) [l]es opérations suivantes :

a) l'octroi et la négociation de crédits sous quelque forme que ce soit, y compris les opérations d'escompte et de réescompte, ainsi que leur gestion par celui qui les a octroyés. »

III. Les faits et la procédure au principal

10. Sonaecom est une société holding qui acquiert, détient et gère des participations dans des sociétés et perçoit les revenus qui en découlent. En outre, elle gère des entreprises qui exercent des activités sur les marchés des télécommunications, des médias, des logiciels et de l'intégration de systèmes et elle coordonne ces activités de manière stratégique. Sonaecom soutient qu'elle a reçu des contreparties adéquates pour les prestations de services de gestion et de coordination stratégique qui, selon elle, sont intégralement soumises à la TVA.

11. En 2005, Sonaecom souhaitait investir dans le nouveau segment d'activité « Triple Play » qui associe divertissement audiovisuel, téléphonie et Internet. À cette fin, Sonaecom a, d'une part, eu recours à des prestations de conseil auprès de deux entreprises qui ont réalisé des études de marché concernant l'éventuelle acquisition par Sonaecom de parts sociales dans l'opérateur de télécommunications Cabovisão. Un montant de 212 627,56 euros de TVA était dû au titre de ces prestations.

12. D'autre part, Sonaecom a versé une commission soumise à la TVA à une banque d'investissement pour l'organisation, le montage et la garantie de l'émission par souscription privée d'obligations dénommée « Obligations Sonaecom SGPS 2005 » pour un montant de 150 000 000 euros. Un montant de 769 500,00 euros de TVA était dû à ce titre. Selon ses indications, Sonaecom prévoyait d'utiliser le capital ainsi obtenu pour acquérir des parts sociales de Cabovisão, puis de fournir à cette société des prestations de services soumises à la TVA dans le domaine de l'assistance technique et de la gestion.

13. Toutefois, l'acquisition des parts sociales dans Cabovisão n'a pas eu lieu. Sonaecom a alors mis à la disposition de la société mère du groupe, Sonae SGPS S.A., sous la forme d'un prêt, le capital obtenu par l'émission des obligations.

14. Pour l'année 2005, Sonaecom a procédé à la déduction de la taxe payée en amont au titre des prestations de conseil (dans la déclaration de décembre 2005) et de la commission (dans la déclaration de juin 2005) pour un montant total de 982 127,56 euros.

15. À la suite d'un contrôle, l'Autoridade Tributária e Adunaeira (autorité fiscale et douanière, Portugal) a corrigé la taxe en 2008 et a réclamé les taxes déclarées plus les intérêts compensatoires s'élevant à 106 548,20 euros, soit un montant total de 1 088 675,77 euros. Elle a motivé cette décision en indiquant que, d'une part, l'acquisition de participations était exclue du champ d'application de la TVA et que, d'autre part, l'octroi de crédits était exonéré en vertu de l'article 13 B, sous d), point 1, de la sixième directive.

16. Le Tribunal Administrativo e Fiscal de Porto (tribunal administratif et fiscal de Porto, Portugal) a rejeté le recours formé en octobre 2008 contre ces créances fiscales en 2016. Il a jugé que la TVA acquittée au titre des prestations de conseil n'était pas déductible, car l'acquisition visée par ces prestations et la gestion de participations dans des sociétés ne sont pas des activités économiques. Selon le tribunal, la TVA acquittée au titre de la commission pour l'émission d'obligations n'est pas déductible, car le capital a été intégralement transféré à la société mère du groupe et Sonaecom n'a pas démontré que ce capital a bénéficié aux sociétés dans lesquelles elle détient des participations ni qu'il a été utilisé dans le cadre d'une opération en aval ouvrant droit à déduction.

17. Sonaecom a fait appel de ce jugement. Elle soutient que les acquisitions en question font, en raison de leur nature, à tout le moins partie des coûts qu'elle doit consacrer pour pouvoir fournir de manière adéquate les prestations de services qu'elle fournit normalement aux sociétés dans lesquelles elle détient des participations. Elle affirme intervenir de manière régulière et pertinente dans la gestion de ces sociétés, notamment en coopérant à la définition de leur stratégie et en fournissant des prestations de services à titre onéreux, et elle indique devoir donc souvent acquérir auprès de ces sociétés des livraisons et prestations de diverse nature.

IV. Demande de décision préjudicielle et procédure devant la Cour

18. Par ordonnance du 5 décembre 2018, parvenue à la Cour le 24 janvier 2019, le Supremo Tribunal Administrativo (Cour administrative suprême, Portugal) a posé à la Cour, conformément à l'article 267 TFUE, les questions préjudicielles suivantes :

1) La déduction de la TVA acquittée par la requérante, Sonaecom SGPS, sur des services de conseil liés à une étude de marché en vue de l'acquisition de participations, acquisition qui ne s'est pas concrétisée, est-elle conforme aux règles de déductibilité de la TVA énoncées dans la sixième directive TVA, en particulier aux articles 4, paragraphes 1 et 2, et 17, paragraphes 1, 2 et 5 ?

2) La déduction de la TVA acquittée par la requérante, Sonaecom SGPS, sur le paiement à BCP d'une commission pour l'organisation et le montage d'un emprunt obligataire, prétendument contracté dans le but d'intégrer la structure de financement des sociétés affiliées de la requérante et qui, ces investissements ne s'étant pas concrétisés, a finalement été entièrement utilisé par Sonaecom SGPS (la société mère du groupe), est-elle conforme aux règles de déductibilité de la TVA énoncées dans la sixième directive TVA, en particulier à l'article 4, paragraphes 1 et 2, et à l'article 17, paragraphes 1, 2 et 5 ?

19. Sonaecom, la République du Portugal et la Commission européenne ont présenté des observations écrites sur la demande de décision préjudicielle ainsi que des observations orales au cours de l'audience qui s'est tenue le 12 février 2020.

V. Analyse juridique

A. Sur la déduction de la taxe payée en amont au titre des coûts supportés pour les prestations de services de conseil (première question préjudicielle)

20. Par sa première question préjudicielle, la juridiction de renvoi demande si la déduction opérée par Sonaecom est conforme à la sixième directive. Elle demande donc, en définitive, si la déduction de la taxe payée en amont déclarée par Sonaecom est conforme au droit de l'Union. Il ressort néanmoins de la demande de décision préjudicielle que la juridiction de renvoi demande en réalité si les articles 17 et 4 de la sixième directive doivent être interprétés en ce sens qu'une société holding placée dans un cas de figure tel que celui de Sonaecom a le droit de déduire la taxe payée en amont au titre de certaines prestations de services.

21. Par ailleurs, la juridiction de renvoi ne prend pas en considération le fait que la simple prise de participations dans des entreprises par une société holding ne constitue pas, selon la jurisprudence constante de la Cour, une activité économique au sens du droit de la TVA (5). Il n'en va autrement que lorsqu'une société holding intervient dans la gestion de la société acquise (6). La juridiction de renvoi n'a cependant pas constaté que Sonaecom prévoyait de fournir à Cabovisão, dans laquelle elle avait l'intention d'acquérir des participations, des prestations de services soumises à la TVA.

22. Sonaecom a néanmoins soutenu qu'elle avait l'intention de fournir à Cabovisão des prestations de services soumises à la TVA après l'acquisition des participations. La juridiction de renvoi pourra déterminer à la suite de la présente procédure s'il existe des indices objectifs établissant cette intention.

23. La première question préjudicielle doit donc être reformulée comme visant à savoir si une société holding mixte a le droit de déduire en vertu des articles 17 et 4 de la sixième directive la taxe payée en amont au titre de prestations de conseil liées à des études de marché aux fins de l'acquisition de participations dans des sociétés. Cette question se pose notamment parce que la société holding avait l'intention de fournir à la société devant être acquise des prestations de services soumises à la TVA, mais que, en l'absence d'acquisition, cela n'a pas lieu.

24. La réponse à cette question peut être déduite de la jurisprudence de la Cour. Outre la question de savoir si les sociétés holding mixtes peuvent être des assujettis (sous 1), la Cour a récemment confirmé à nouveau dans l'affaire Ryanair (7), notamment, la déductibilité des coûts supportés dans le cadre de la préparation d'activités que l'assujetti n'exerce pas par la suite (sous 2). À cet égard, la Cour s'est aussi prononcée sur le lien direct et immédiat entre les opérations en amont et les opérations en aval (sous 3). La disproportion existant en général dans ces cas de figure entre le montant de la déduction de la taxe payée en amont et le montant de taxe qui aurait été due par une société holding au titre des prestations de services de gestion qu'elle avait prévu de fournir est sans incidence (sous 4).

1. *Sur la société holding mixte en tant qu'assujetti*

25. Conformément à l'article 17, paragraphe 2, de la sixième directive, seul un assujetti au sens de l'article 4 a le droit de déduire la taxe payée en amont. La Cour s'est prononcée à maintes reprises sur la question de savoir si et dans quelle mesure une société holding est un assujetti.

26. En ce qui concerne notamment le droit à déduction d'une société holding, la Cour a jugé que celle-ci n'a pas la qualité d'assujetti au sens de l'article 4 de la sixième directive (désormais article 9 de la directive TVA) et qu'elle ne bénéficie donc pas du droit à déduction de la taxe payée en amont en vertu de l'article 17 de la sixième directive (désormais articles 167 et 168 de la directive TVA), lorsqu'elle a pour unique objet de prendre des participations dans d'autres entreprises sans s'immiscer directement ou indirectement dans la gestion de ces sociétés, sous réserve des droits que ladite société holding détient en sa qualité d'actionnaire ou d'associé (8) (« société holding financière »).

27. La simple acquisition et la simple détention de parts sociales ne doivent pas être considérées comme des activités économiques, au sens de la directive TVA, conférant à leur auteur la qualité d'assujetti. En effet, la simple prise de participations financières dans d'autres entreprises ne constitue pas une exploitation d'un bien visant à produire des recettes ayant un caractère de permanence, dès lors que la perception d'un éventuel dividende, fruit de cette participation, résulte de la simple propriété du bien (9).

28. Il en va cependant différemment des « sociétés holding de direction » ou « sociétés holding de participation ». Celles-ci sont, comme la Cour l'a jugé dans le cadre d'une jurisprudence constante, des assujettis lorsque la société holding intervient directement ou indirectement dans la gestion de la société dans laquelle elle a pris une participation. Cela vaut pour autant que, dans le cadre de cette immixtion, la société holding effectue des opérations soumises à la TVA (10). Parmi les exemples non exhaustifs (11), l'on peut citer, selon une jurisprudence constante, la fourniture de services administratifs, comptables, financiers, commerciaux, informatiques et techniques par la société holding à ses filiales (12).

29. Il en va de même lorsque la société holding exerce d'autres activités économiques, telles que notamment la location de biens immeubles à des tiers ou à ses filiales (13). Le prolongement direct, permanent et nécessaire d'une activité déjà taxable, exercée par une société holding relève, lui aussi, du champ d'application de la TVA (14).

30. Cela vaut également pour une société holding mixte. Une société holding mixte est une société qui, outre son activité de holding non économique qui consiste à détenir des participations dans d'autres sociétés et n'est pas soumise à la TVA, exerce également une activité économique (15). Selon la jurisprudence, une société holding mixte qui détient non seulement des participations dans des sociétés, mais qui fournit également à certaines de ces sociétés des prestations de services à titre onéreux, soumises à la TVA, est elle aussi, à cet égard, un assujetti (16) qui bénéficie d'un droit, toutefois uniquement proportionnel, à déduction de la taxe payée en amont.

31. Sonaecom, qui avait l'intention de fournir à la société dont elle souhaitait acquérir des parts sociales, à titre onéreux, des prestations de services techniques et de gestion, est une telle société holding mixte et donc, à cet égard, en principe, un assujetti au sens de l'article 4 de la sixième directive (désormais article 9 de la directive TVA).

2. *Sur la déduction de la taxe payée en amont au titre des activités économiques envisagées*

32. Le droit de déduction de la taxe payée en amont dont bénéficie Sonaecom au titre des prestations de conseil est né en principe indépendamment du fait qu'elle n'a, en définitive, pas acquis de participations dans Cabovisão.

33. Selon la jurisprudence de la Cour, il existe en effet, même pour les investissements infructueux, un droit de déduire la taxe payée en amont. Concernant les coûts supportés dans le cadre de la préparation d'une activité commerciale, l'on peut également faire valoir la déduction de la taxe payée en amont lorsque le lancement de l'activité commerciale échoue et que les opérations soumises à la TVA envisagées ne sont pas réalisées (17). Cela découle de la neutralité du système de la TVA. Conformément à ce principe, l'exonération de toute charge éventuelle de TVA doit porter déjà sur les activités préparatoires d'une entreprise.

34. La Cour a ainsi jugé dans l'affaire Ryanair qu'une société qui prévoit d'acquérir des parts sociales d'une autre société et accomplit des actes préparatoires dans l'intention de s'immiscer dans la gestion de cette dernière en lui fournissant des prestations de services de gestion soumises à la TVA doit être considérée comme un assujetti au sens de la sixième directive (18).

35. En l'espèce, il doit en aller, en principe, de même pour Sonaecom, qui avait l'intention de fournir à la société devant être acquise, Cabovisão, des prestations de services soumises à la TVA.

3. *Sur le lien direct et immédiat entre les prestations de conseil et les prestations de services prévues*

36. La seule question qui se pose donc encore est celle du lien direct et immédiat entre les coûts supportés relativement à l'acquisition prévue de parts sociales pour les prestations de conseil et les prestations de services que Sonaecom avait l'intention de fournir à Cabovisão.

37. Selon la jurisprudence constante de la Cour, les dépenses sont directement et immédiatement liées à certaines opérations en aval lorsqu'elles font partie des éléments constitutifs du prix de ces opérations (19). En outre, une entreprise peut faire valoir la déduction de la taxe payée en amont au titre des frais généraux qui font partie des éléments constitutifs du prix de tous ses produits (20).

38. Par conséquent, une société qui envisage d'acquérir la totalité des parts sociales d'une autre société pour fournir à cette dernière des prestations de gestion commerciale soumises à la TVA peut déduire la totalité de la TVA acquittée en amont au titre des dépenses engagées pour des prestations de services de conseil auxquelles elle a eu recours dans le cadre d'une offre publique d'achat officielle (21).

39. Cette analyse est transposable aux sociétés holding mixtes. Cela vaut en tout état de cause pour autant qu'une société holding supporte des coûts en lien avec l'acquisition de participations dans des filiales auxquelles elle fournit ou souhaite fournir des prestations de services soumises à la TVA. La société holding mixte exerce, à cet égard, une activité économique (22) et a le droit de déduire la taxe payée en amont.

40. En l'espèce, Sonaecom a eu recours à des prestations de conseil aux fins d'acquérir des parts sociales dans Cabovisão et de fournir ensuite à cette société des prestations de services soumises à la TVA. Ces dépenses sont directement et immédiatement liées aux prestations de services prévues, soumises à la TVA. Sonaecom a, à cet égard, en principe le droit de déduire intégralement la taxe payée en amont.

4. *Sur l'étendue de la déduction de la taxe payée en amont*

41. Même si la juridiction de renvoi n'a pas indiqué quelle ampleur auraient eu les prestations de services prévues, soumises à la TVA, il convient de partir du principe que la TVA due au titre de ces activités aurait été sensiblement inférieure à la déduction de la taxe payée en amont opérée.

42. En l'espèce, un droit de déduire la taxe payée en amont est né pour un montant d'environ 210 000 euros – auxquels s'ajoutent encore environ 770 000 euros afférents à l'organisation de l'émission de l'emprunt obligataire. Cette disproportion entre l'étendue de la déduction de la taxe payée en amont et la taxe proprement due est inhérente à la plupart des cas de sociétés holding. Elle jette a priori un certain trouble et soulève la question de savoir s'il ne convient pas de limiter l'étendue de la déduction de la taxe payée en amont dans ces cas de figure.

43. À y regarder de plus près, ce trouble se dissipe cependant. D'une part, cette disproportion n'apparaît que dans le cadre d'une approche ponctuelle qui ne tient pas compte du fait que les prestations de services soumises à la TVA sont fournies sur plusieurs années. D'autre part, le droit de la TVA ne prévoit aucun lien obligatoire entre le montant de la déduction de la taxe payée en amont et le montant de la taxe due (23).

44. Il n'y a pas lieu de procéder non plus à une réduction forfaitaire de la déduction de la taxe

payée en amont au titre d'une activité non taxable d'une société holding lorsque les coûts des prestations en amont peuvent être directement liés à certaines prestations en aval soumises à la TVA. L'arrêt *Larentia + Minerva et Marenave Schiffahrt* (24) ne saurait non plus être invoqué au soutien d'une réduction proportionnelle. Dans cet arrêt, une déduction proportionnelle de la taxe payée en amont a, certes, été envisagée. Celle-ci n'aurait toutefois été applicable que si les coûts afférents à la taxe payée en amont avaient dû être affectés également à d'autres filiales à la gestion soumise à la TVA desquelles la société holding ne participait pas. Cela n'est pas le cas en l'espèce.

45. En outre, une telle disproportion découle en définitive de la jurisprudence de la Cour selon laquelle les sociétés holding n'ont le droit de déduire la taxe payée en amont que si elles fournissent des prestations de services à titre onéreux aux sociétés dans lesquelles elles détiennent des participations (voir points 26 et suivants des présentes conclusions). Si l'on avait accordé aux sociétés holding dominantes – qui agissent sur le plan économique par l'intermédiaire des participations qu'elles détiennent – en principe le droit de déduire la taxe payée en amont au titre des coûts qu'elles supportent dans le cadre de leur activité en tant que société holding, ces sociétés ne seraient pas obligées de recourir à des constructions en apparence artificielles de prestations de services soumises à la TVA (25) pour éviter une charge définitive de TVA au sein du groupe.

46. Au contraire, le principe de la neutralité de la forme juridique – que la Cour souligne elle aussi dans le cadre du droit de la TVA (26) – plaide en faveur de la déduction intégrale de la taxe payée en amont par une société holding dominante. Le fait que la détention d'une action ne fait pas d'un actionnaire un assujetti exerçant une activité économique (voir point 27 des présentes conclusions) est tout à fait exact. Toutefois, la question de savoir si un actionnaire détenant un contrôle à 100 % n'exerce pas par l'intermédiaire de « sa » société contrôlée une activité économique dans la même mesure qu'un entrepreneur individuel et qu'il doit donc, comme ce dernier, bénéficier d'une exonération de la TVA au titre de cette activité est une autre question à laquelle la Cour n'a jamais expressément répondu par la négative.

47. Le principe de la neutralité de la forme juridique plaide en ce sens que, dans les deux cas, les coûts supportés pour la gestion de l'entreprise doivent être exonérés de la TVA lorsque l'entreprise effectue elle-même des opérations ouvrant droit à la déduction de la taxe payée en amont : l'entrepreneur individuel exerce directement une activité économique, l'actionnaire détenant le contrôle indirectement – par l'intermédiaire de la société contrôlée. Aucun des deux (l'entrepreneur individuel ou l'actionnaire détenant le contrôle) ne devrait donc être obligé de conclure des contrats de prestations de services à titre onéreux avec « son » entreprise pour être considéré comme un assujetti.

5. Conclusion

48. Par conséquent, une société holding mixte telle que Sonaecom a le droit de déduire intégralement, en vertu des articles 17 et 4 de la sixième directive, la TVA acquittée au titre de l'acquisition de participations dans une société à laquelle elle avait l'intention de fournir des prestations de services soumises à la TVA. Il appartient à la juridiction de renvoi d'établir ce dernier aspect. Le droit de déduire la taxe payée en amont naît également lorsque cette acquisition n'est finalement pas réalisée et il s'applique indépendamment du montant de TVA qui aurait été dû au titre des prestations de services prévues.

B. Sur la déduction de la taxe payée en amont au titre des frais d'émission d'obligations (deuxième question préjudicielle)

49. La deuxième question préjudicielle doit, elle également, être reformulée (27). La juridiction

de renvoi demande en substance si une société holding mixte a le droit, en vertu des articles 17 et 4 de la sixième directive, de déduire la taxe payée en amont au titre des frais d'organisation et de montage d'un emprunt obligataire émis aux fins de l'acquisition de parts sociales dans une entreprise à laquelle la société holding avait l'intention de fournir des prestations de services à titre onéreux. La juridiction de renvoi demande notamment quelles sont les conséquences si l'acquisition des parts sociales de l'entreprise n'a pas eu lieu et que la société holding a, à la place, mis le capital obtenu à la disposition de la société mère du groupe, en exonération de TVA, sous la forme d'un prêt.

50. À cette fin, il convient d'examiner si l'utilisation déterminante aux fins de la déduction par Sonaecom de la taxe payée en amont est l'utilisation prévue, soumise à la TVA, ou l'utilisation effective, exonérée de la TVA, du capital obtenu (sous 1). La question soulevée par Sonaecom sera ensuite abordée, à savoir si l'« utilisation » du capital ayant malgré tout eu lieu ultérieurement au cours d'une autre période de taxation au profit des sociétés opérationnelles a une quelconque incidence (sous 2).

1. *Sur la détermination de la déduction de la taxe payée en amont en fonction de l'utilisation effective*

51. L'étendue du droit à déduction de la taxe payée en amont est réglementée à l'article 17, paragraphe 2, sous a), de la sixième directive (désormais article 168 de la directive TVA). Conformément à cette disposition, l'assujetti est autorisé à déduire la taxe payée en amont pour autant que les biens et les services sont utilisés pour les besoins de ses opérations taxées.

52. En l'espèce, Sonaecom avait prévu d'utiliser le capital obtenu par l'émission des obligations pour l'acquisition de parts sociales dans Cabovisão. Les frais d'émission des obligations sont donc directement et immédiatement liés à l'acquisition des parts sociales. Le fait que les opérations prévues n'ont pas eu lieu est – comme cela a déjà été mentionné dans les présentes conclusions (28) – sans incidence.

53. Si l'assujetti exerce cependant effectivement, au cours de la même période de taxation, des activités exonérées au lieu de l'activité soumise à la TVA initialement prévue, la question se pose de savoir si cela n'a pas une incidence sur le droit à déduction de la taxe payée en amont qui est déjà né. Il s'agit, en définitive, d'une question portant sur la relation entre l'activité prévue et l'activité effectivement exercée en ce qui concerne la déduction de la taxe payée en amont. À mon avis, l'utilisation effective doit être déterminante lorsque l'on peut rattacher une opération en amont à une certaine opération effective en aval.

54. Cela découle tout d'abord déjà de l'article 17, paragraphe 2, de la sixième directive (désormais article 168 de la directive TVA). Conformément à cette disposition, l'assujetti ne peut déduire la taxe payée en amont que pour autant que les biens et les services sont *utilisés* pour les besoins de ses opérations taxées. Le droit de déduire la taxe payée en amont se fonde donc sur une approche transactionnelle qui repose de manière déterminante sur l'utilisation effective.

55. En outre, s'agissant de la répartition de la taxe en amont en cas de biens à usage mixte, la Cour a jugé que les États membres peuvent prévoir d'autres méthodes de calcul que la clé de répartition selon le chiffre d'affaires prévue par la sixième directive ou la directive TVA si la méthode choisie garantit un résultat plus précis (29). La répartition selon l'utilisation effective est la méthode la plus précise pour déterminer la déduction de la taxe payée en amont d'une manière conforme à la réalité et elle prévaut donc sur la simple approche fondée sur l'utilisation envisagée – et ainsi encore incertaine – par l'assujetti. En outre, il ressort des dispositions relatives à la régularisation de la déduction de la taxe payée en amont (article 20 de la sixième directive ou désormais articles 184 et 185 de la directive TVA) que la déduction initiale de la taxe payée en

amont doit être, en définitive, adaptée aussi précisément que possible à l'utilisation effective afin d'éviter des « avantages injustifiés » ou « un préjudice injustifié » (voir article 20, paragraphe 6, de la sixième directive ou article 192 de la directive TVA).

56. Enfin, l'appréciation de l'article 17 de la sixième directive (désormais articles 168 et 169 de la directive TVA) et le principe de neutralité plaident en faveur d'une approche fondée principalement sur l'utilisation effective, lorsqu'elle existe. Conformément à l'article 17, paragraphes 2 et 3, de la sixième directive ou aux articles 168 et 169 de la directive TVA, l'assujetti doit être exonéré, par la déduction de la taxe payée en amont, uniquement de la TVA présentant (en règle générale (30)) un lien avec des opérations en aval soumises à la TVA. Il n'y a cependant, en principe, aucun droit à déduction de la taxe payée en amont lorsqu'il existe un lien direct et immédiat avec une activité exonérée (31).

57. En l'espèce, Sonaecom a accordé un prêt à la société mère du groupe. L'octroi de crédits est, conformément à l'article 13 B, sous d), point 1, de la sixième directive, exonéré de la TVA. Une déduction de la taxe payée en amont au sens de l'article 17 de la sixième directive (désormais articles 167 et suivants de la directive TVA) est donc exclue.

58. Le principe de la neutralité fiscale s'oppose en outre à ce que des opérateurs économiques qui effectuent des opérations, en réalité, similaires soient traités différemment dans le cadre de la perception de la TVA (32), afin d'éviter des distorsions de concurrence. Toutefois, si les deux assujettis n'effectuent en définitive au cours de la même période de taxation que des opérations exonérées de la TVA, ils n'ont tous les deux aucun droit à déduction de la taxe payée en amont. Un droit à déduction de la taxe payée en amont qui serait fondé uniquement sur une intention antérieure d'une entreprise de réaliser des opérations soumises à la TVA lui conférerait un avantage concurrentiel. Outre la problématique liée à un contrôle suffisant de cette intention, une telle solution serait également contraire à l'approche retenue par la Cour selon laquelle l'on doit se fonder dans le cadre de l'appréciation du caractère taxable d'une opération sur la nature objective de cette opération et non sur des intentions subjectives (33).

59. Les arrêts Sveda et Iberdrola (34) ne s'opposent pas à une primauté de l'utilisation effective sur l'utilisation prévue. Ces arrêts permettent la déduction de la taxe payée en amont de manière très large, alors que les coûts concernés étaient étroitement liés à des prestations à titre gratuit au profit de l'infrastructure communale (parcours récréatif réalisé à des fins de promotion du tourisme ou remise en état d'une station de pompage pour le raccordement d'immeubles à construire).

60. Dans ces cas de figure, la Cour ne s'est en effet pas prononcée sur la primauté de l'utilisation effective, exonérée de la TVA, sur l'utilisation prévue, soumise à la TVA : les décisions concernaient uniquement le lien entre les opérations en amont et l'activité économique globale de l'assujetti qui n'aurait pas été possible sans la prestation à titre gratuit (35). L'on n'est cependant pas en présence, en l'espèce, d'un tel cas de figure.

61. Par conséquent, l'utilisation effective au cours de la période de taxation, pendant laquelle le droit à déduction de la taxe payée en amont est né, prime sur l'intention initiale.

62. En l'espèce, il est établi que Sonaecom n'a pas utilisé le capital obtenu par l'émission des obligations pour l'acquisition initialement prévue. Au contraire, Sonaecom a mis ce capital au cours de l'année pertinente, à savoir l'année 2005, à la disposition de la société mère du groupe, en exonération de TVA, sous la forme d'un prêt. Cet aspect est également souligné par le Portugal.

63. Pour autant que Sonaecom soutient que les coûts supportés pour l'émission de ses obligations sont déductibles en tant que frais généraux de l'entreprise, l'on ne saurait partager cette analyse. Sonaecom affirme à cet égard que l'émission des obligations visait à poursuivre les

activités économiques du groupe. Elle soutient avoir uniquement « placé » le capital obtenu par l'émission des obligations auprès de la société mère du groupe. Elle indique avoir ultérieurement recouvré ce capital pour pouvoir acquérir des parts sociales dans d'autres entreprises.

64. Toutefois, les frais généraux de l'assujetti ne peuvent être pris en considération que lorsqu'il n'existe aucun lien direct et immédiat entre une opération en amont donnée et les opérations en aval ouvrant droit à déduction (36). C'est uniquement si une opération en amont ne pouvait être rattachée à aucune opération en aval qu'il conviendrait de rechercher à titre subsidiaire s'il existe un lien entre l'opération en amont et l'activité économique globale d'une entreprise (37). En l'espèce, il existe toutefois un lien direct et immédiat avec l'octroi d'un prêt exonéré de la TVA n'ouvrant pas droit à la déduction de la taxe payée en amont.

65. En définitive, la mise à disposition effective, exonérée de la TVA, du capital obtenu, appartenant à une société holding mixte, à la société mère du groupe exclut la déduction, en vertu de l'article 17 de la sixième directive (désormais articles 168 et 169 de la directive TVA), de la taxe payée en amont au titre des coûts supportés dans le cadre de la levée du capital. Le lien direct avec ce prêt effectivement accordé, exonéré de la TVA, prime sur l'intention initiale de fournir à une filiale, devant être acquise grâce à ce capital, des prestations de services soumises à la TVA.

2. *Sur l'utilisation effective ultérieure du capital*

66. Sonaecom soutient avoir uniquement « placé » le capital auprès de la société mère du groupe et l'avoir ensuite utilisé au cours d'une période ultérieure de taxation, conformément à l'intention initiale, pour acquérir des participations dans des sociétés. Si Sonaecom avait effectivement utilisé ultérieurement le capital obtenu pour des prestations soumises à la TVA, une régularisation de la déduction de la taxe payée en amont en vertu de l'article 20 de la sixième directive (désormais articles 184 et suivants de la directive TVA) aurait éventuellement été envisageable.

67. Toutefois, cela ne modifie, d'une part, en rien la déduction de la taxe payée en amont au cours de la période de taxation pertinente en l'espèce. D'éventuelles incidences seraient susceptibles de survenir uniquement au cours de la période de taxation relative à l'utilisation modifiée.

68. D'autre part, l'article 20 de la sixième directive (désormais articles 184 et suivants de la directive TVA) prévoit que la déduction initiale de la taxe payée en amont n'est régularisée qu'à certaines conditions. Cela est notamment le cas lorsque la déduction de la taxe payée en amont est inférieure à celle que l'assujetti était en droit d'opérer. L'objectif est, eu égard au principe de la neutralité, de permettre à l'assujetti de déduire l'intégralité de la taxe payée en amont au titre d'actifs utilisables à long terme (38). La sixième directive et la directive TVA utilisent à cet égard la notion de « bien d'investissement ».

69. Des doutes existent cependant sur le point de savoir si les prestations de services relatives à l'émission d'un emprunt obligataire doivent être considérées comme des biens d'investissement au sens de l'article 20, paragraphe 2, de la sixième directive (désormais article 187 de la directive TVA). Selon la jurisprudence de la Cour, ces derniers sont des biens qui, utilisés aux fins d'une activité économique, se distinguent par leur caractère durable et leur valeur, lesquels impliquent que les coûts d'acquisition ne sont pas normalement comptabilisés comme dépenses courantes, mais sont amortis au cours de plusieurs exercices (39). Il convient de distinguer ces biens des prestations immédiatement consommées pour lesquelles il n'est pas possible de régulariser dans le temps la déduction de la taxe payée en amont. Cela est généralement le cas des prestations de services.

70. Sonaecom a cependant eu recours à des prestations de services aux fins de l'émission d'obligations. Ces prestations de services ont été intégralement consommées par l'obtention du capital, de sorte que l'utilisation modifiée du capital obtenu au cours des années suivantes n'a pas d'incidence sur la déduction de la taxe payée en amont au titre de ces prestations de services.

VI. Conclusion

71. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre aux questions préjudicielles de la manière suivante :

1. Les articles 17 et 4 de la directive 77/388/CEE doivent être interprétés en ce sens qu'une « société holding mixte » telle que Sonaecom a le droit de déduire dans son intégralité la taxe payée en amont au titre des frais d'acquisition de participations dans une société à laquelle elle avait l'intention de fournir des prestations de services soumises à la TVA. Il appartient à la juridiction de renvoi d'établir ce dernier aspect. Le droit de déduire la taxe payée en amont naît également lorsque cette acquisition n'est finalement pas réalisée et il s'applique indépendamment du montant de TVA qui aurait été dû au titre des prestations de services prévues.

2. La mise à disposition effective, exonérée de la TVA, du capital obtenu, appartenant à une société holding mixte, à la société mère du groupe exclut la déduction de la taxe payée en amont. Le lien direct avec cette prestation de service effectivement fournie, exonérée de la TVA, prime sur l'intention initiale de fournir à une filiale devant être acquise grâce à ce capital des prestations de services soumises à la TVA.

1 Langue originale : l'allemand.

2 Voir seulement arrêts du 8 novembre 2018, C&D Foods Acquisition (C-502/17, EU:C:2018:888), du 17 octobre 2018, Ryanair (C-249/17, EU:C:2018:834), du 5 juillet 2018, Marle Participations (C-320/17, EU:C:2018:537), du 16 juillet 2015, Larentia + Minerva et Marenave Schiffahrt (C-108/14 et C-109/14, EU:C:2015:496), du 13 mars 2008, Securenta (C-437/06, EU:C:2008:166), et du 6 septembre 2012, Portugal Telecom (C-496/11, EU:C:2012:557).

3 Sixième directive du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires – Système commun de taxe sur la valeur ajoutée : assiette uniforme (77/388/CEE) (JO 1977, L 145, p 1), telle que modifiée par la directive 2004/66/CE du Conseil du 26 avril 2004 (JO 2004, L 168, p 35).

4 Directive du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée (JO 2006, L 347, p 1), telle que modifiée par la directive (UE) 2019/475 du Conseil du 18 février 2019 (JO 2019, L 83, p 42).

5 Arrêts du 8 novembre 2018, C&D Foods Acquisition (C-502/17, EU:C:2018:888, point 30), du 17 octobre 2018, Ryanair (C-249/17, EU:C:2018:834, point 16), et du 5 juillet 2018, Marle Participations (C-320/17, EU:C:2018:537, point 28).

6 Arrêts du 8 novembre 2018, C&D Foods Acquisition (C-502/17, EU:C:2018:888, point 32), du 17 octobre 2018, Ryanair (C-249/17, EU:C:2018:834, point 17), et du 5 juillet 2018, Marle Participations (C-320/17, EU:C:2018:537, point 29).

7 Arrêt du 17 octobre 2018 (C-249/17, EU:C:2018:834) et mes conclusions dans cette affaire (EU:C:2018:301).

8 Arrêts du 5 juillet 2018, Marle Participations (C-320/17, EU:C:2018:537, point 27) et du 16

juillet 2015, Larentia + Minerva et Marenave Schiffahrt (C?108/14 et C?109/14, EU:C:2015:496, point 18).

9 Arrêts du 5 juillet 2018, Marle Participations (C?320/17, EU:C:2018:537, point 28) et du 16 juillet 2015, Larentia + Minerva et Marenave Schiffahrt (C?108/14 et C?109/14, EU:C:2015:496, point 19).

10 Arrêts du 8 novembre 2018, C&D Foods Acquisition (C?502/17, EU:C:2018:888, point 32), du 17 octobre 2018, Ryanair (C?249/17, EU:C:2018:834, point 17), du 5 juillet 2018, Marle Participations (C?320/17, EU:C:2018:537, point 29), et du 16 juillet 2015, Larentia + Minerva et Marenave Schiffahrt (C?108/14 et C?109/14, EU:C:2015:496, point 20).

11 Comme l'indique explicitement l'arrêt du 5 juillet 2018, Marle Participations (C?320/17, EU:C:2018:537, point 31).

12 Arrêts du 8 novembre 2018, C&D Foods Acquisition (C?502/17, EU:C:2018:888, point 32), du 5 juillet 2018, Marle Participations (C?320/17, EU:C:2018:537, points 30 et 31), et du 16 juillet 2015, Larentia + Minerva et Marenave Schiffahrt (C?108/14 et C?109/14, EU:C:2015:496, point 21).

13 Voir, s'agissant de ce dernier cas de figure, arrêt du 5 juillet 2018, Marle Participations (C?320/17, EU:C:2018:537, point 32). Il existe cependant des doutes sur le point de savoir si la location d'un immeuble peut et doit vraiment être considérée comme une « immixtion d'une holding dans la gestion de sa filiale ».

14 Arrêts du 8 novembre 2018, C&D Foods Acquisition (C?502/17, EU:C:2018:888, point 33), du 29 octobre 2009, SKF (C?29/08, EU:C:2009:665, point 31), et du 29 avril 2004, EDM (C?77/01, EU:C:2004:243, point 70).

15 Mes conclusions dans l'affaire Ryanair (C?249/17, EU:C:2018:301, point 31 et note en bas de page 21), conclusions de l'avocat général Léger dans l'affaire EDM (C?77/01, EU:C:2002:4832002 :483, point 2 et note en bas de page 3) et conclusions de l'avocat général Stix-Hackl dans l'affaire Cibo Participations (C?16/00, EU:C:2001:131, point 16).

16 Arrêts du 13 mars 2008, Securenta (C?437/06, EU:C:2008:166, point 31), du 29 avril 2004, EDM (C?77/01, EU:C:2004:243, point 80), et du 27 septembre 2001, Cibo Participations (C?16/00, EU:C:2001:495, point 22).

17 Arrêts du 17 octobre 2018, Ryanair (C?249/17, EU:C:2018:834, point 18), du 22 octobre 2015, Sveda (C?126/14, EU:C:2015:712, point 20), du 14 mars 2013, Ablessio (C?527/11, EU:C:2013:168, point 25), du 29 février 1996, INZO (C?110/94, EU:C:1996:67, point 17), et du 14 février 1985, Rompelman/Minister van Financiën (268/83, EU:C:1985:74, points 23 et 24), ainsi que mes conclusions dans l'affaire Ryanair (C?249/17, EU:C:2018:301, points 16 et 26).

18 Arrêt du 17 octobre 2018, Ryanair (C?249/17, EU:C:2018:834, point 19 et dispositif).

19 Arrêts du 3 juillet 2019, The Chancellor, Masters and Scholars of the University of Cambridge (C?316/18, EU:C:2019:559, point 25), du 17 octobre 2018, Ryanair (C?249/17, EU:C:2018:834, point 26), du 14 septembre 2017, Iberdrola Inmobiliaria Real Estate Investments (C?132/16, EU:C:2017:683, point 28), et du 16 juillet 2015, Larentia + Minerva et Marenave Schiffahrt (C?108/14 et C?109/14, EU:C:2015:496, point 23).

20 Arrêts du 3 juillet 2019, The Chancellor, Masters and Scholars of the University of Cambridge (C?316/18, EU:C:2019:559, point 26), du 17 octobre 2018, Ryanair (C?249/17,

EU:C:2018:834, point 27), du 14 septembre 2017, Iberdrola Inmobiliaria Real Estate Investments (C?132/16, EU:C:2017:683, point 29), et du 16 juillet 2015, Larentia + Minerva et Marenave Schiffahrt (C?108/14 et C?109/14, EU:C:2015:496, point 24).

21 Arrêt du 17 octobre 2018, Ryanair (C?249/17, EU:C:2018:834, point 32 et dispositif).

22 Arrêts du 5 juillet 2018, Marle Participations (C?320/17, EU:C:2018:537, point 36), du 16 juillet 2015, Larentia + Minerva et Marenave Schiffahrt (C?108/14 et C?109/14, EU:C:2015:496, point 25), et du 13 mars 2008, Securenta (C?437/06, EU:C:2008:166, point 28).

23 Voir arrêts du 17 octobre 2018, Ryanair (C?249/17, EU:C:2018:834, point 23), du 22 octobre 2015, Sveda (C?126/14, EU:C:2015:712, point 17), du 14 mars 2013, Ablessio (C?527/11, EU:C:2013:168, point 23), et du 14 février 1985, Rompelman (268/83, EU:C:1985:74, point 19) : le système commun de taxe sur la valeur ajoutée garantit la 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 Arrêt du 16 juillet 2015 (C?108/14 et C?109/14, EU:C:2015:496, point 29).

25 J'ai déjà soulevé ce problème dans mes conclusions dans l'affaire Ryanair (C?249/17, EU:C:2018:301, point 28).

26 Voir seulement s'agissant des exonérations de taxe : arrêts du 28 juin 2007, JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust et The Association of Investment Trust Companies (C?363/05, EU:C:2007:391, point 26), du 4 mai 2006, Abbey National (C?169/04, EU:C:2006:289, point 53), du 3 avril 2003, Hoffmann (C?144/00, EU:C:2003:192, point 24), du 10 septembre 2002, Kügler (C?141/00, EU:C:2002:473, point 30), et du 7 septembre 1999, Gregg (C?216/97, EU:C:1999:390, point 20).

27 Voir points 20 et suivants des présentes conclusions.

28 Points 32 et suivants des présentes conclusions.

29 Arrêts du 9 juin 2016, Wolfgang et Dr. Wilfried Rey Grundstücksgemeinschaft (C?332/14, EU:C:2016:417, point 33), et du 8 novembre 2012, BLC Baumarkt (C?511/10, EU:C:2012:689, points 23 et suivants ainsi que dispositif), sur la clé de répartition selon la superficie conformément à la réglementation allemande relative à la taxe sur le chiffre d'affaires.

30 L'article 169 de la directive TVA prévoit quelques exceptions.

31 Arrêts du 14 septembre 2017, Iberdrola Inmobiliaria Real Estate Investments (C?132/16, EU:C:2017:683, point 30), du 29 octobre 2009, SKF (C?29/08, EU:C:2009:665, point 59), et du 13 mars 2008, Securenta (C?437/06, EU:C:2008:166, point 30), ainsi que mes conclusions dans l'affaire C&D Foods Acquisition (C?502/17, EU:C:2018:676, point 37).

32 Arrêts du 3 avril 2003, Hoffmann (C?144/00, EU:C:2003:192, point 24), du 10 septembre 2002, Kügler (C?141/00, EU:C:2002:473, point 30), et du 7 septembre 1999, Gregg (C?216/97, EU:C:1999:390, point 20).

33 Arrêts du 27 septembre 2007, Teleos u. a. (C?409/04, EU:C:2007:548, point 39), du 6 juillet 2006, Kittel et Recolta Recycling (C?439/04 et C?440/04, EU:C:2006:446, point 42), du 12 janvier 2006, Optigen e.a. (C?354/03, C?355/03 et C?484/03, EU:C:2006:16, point 44), et du 6 avril 1995, BLP Group (C?4/94, EU:C:1995:107, point 24).

34 Arrêts du 14 septembre 2017, Iberdrola Inmobiliaria Real Estate Investments (C-132/16, EU:C:2017:683, points 33 et 34) et du 22 octobre 2015, Sveda (C-126/14, EU:C:2015:712, point 22).

35 Arrêts du 14 septembre 2017, Iberdrola Inmobiliaria Real Estate Investments (C-132/16, EU:C:2017:683, point 29) et du 22 octobre 2015, Sveda (C-126/14, EU:C:2015:712, point 28), ainsi que mes conclusions dans l'affaire C&D Foods Acquisition (C-502/17, EU:C:2018:676, point 49).

36 Point 37 de ces conclusions et mes conclusions dans l'affaire Iberdrola Inmobiliaria Real Estate Investments (C-132/16, EU:C:2017:283, point 35).

37 Mes conclusions dans les affaires C&D Foods Acquisition (C-502/17, EU:C:2018:676, point 51) et Iberdrola Inmobiliaria Real Estate Investments (C-132/16, EU:C:2017:283, points 36 et 37).

38 Arrêt du 25 juillet 2018, Gmina Ryjewo (C-140/17, EU:C:2018:595, point 55) et mes conclusions dans cette affaire (C-140/17, EU:C:2018:273, point 40).

39 Arrêt du 16 février 2012, Eon Aset Menidjmont (C-118/11, EU:C:2012:97, point 35 et jurisprudence citée).