

FUSIONS & ACQUISITIONS

La première revue des rapprochements d'entreprises

DEPUIS 1987

DOSSIER : CAPITAL-INVESTISSEMENT

©Fred Lefeuvre



INTERNATIONAL
PRIVATE EQUITY
MARKET

IPEM

2019
22, 23, 24
JANUARY

PALAIS DES FESTIVALS - CANNES - FRANCE



N°300 NOVEMBRE-DÉCEMBRE 2018

CONTENTIEUX FISCAL DU FINANCEMENT INTRAGROUPE : LE « TAUX DE MARCHÉ », OU LA PREUVE IMPOSSIBLE ?



*par Mathieu Selva-Roudon,
Counsel, LPA-CGR avocats*



Les magistrats parisiens alimentent la confusion sur les modalités concrètes de démonstration par les contribuables que le taux auquel ils se financent auprès d'entités liées est conforme au taux de marché. Pour le plus grand bonheur de l'Administration ?...

Une société soumise à l'impôt sur les sociétés (« IS ») peut-elle encore se financer au taux de marché auprès de prêteurs de son groupe ? ou doit-elle se contenter de déduire les intérêts au seul taux légal proposé par l'article 39,1,3° du CGI ?

De nombreux prêts d'actionnaires sont concernés par cette problématique de limitation de la déduction des charges financières, très en vue des brigades de vérification. Un retour aux fondamentaux s'impose pour appréhender ce délicat sujet et tracer une ligne de défense efficace.

1. LA LOI

L'article 212, I du CGI dispose :

« Les intérêts afférents aux sommes laissées ou mises à disposition d'une entreprise par une entreprise liée, directement ou indirectement, au sens du 12 de l'article 39, sont déductibles :

a) Dans la limite de ceux calculés d'après le taux prévu au premier alinéa du 3° du 1 du même article 39 ou, s'ils sont supérieurs, d'après le taux que cette entreprise emprun-

teuse aurait pu obtenir d'établissements ou d'organismes financiers indépendants dans des conditions analogues ;

b) (...) »

Il en résulte qu'une entité à l'IS peut déduire les intérêts qu'elle verse à une entité prêteuse liée soit (i) au taux légal prévu à l'article 39,1,3° du CGI, soit (ii) au taux de marché, c'est-à-dire celui qui aurait pu lui être proposé par des établissements ou organismes financiers indépendants pour un financement comparable.

2. LA PRATIQUE DES SERVICES DE VÉRIFICATION

En pratique, lorsque le financement intragroupe est construit sur la base du taux de marché, les services vérificateurs ont une tendance « marquée » à exiger des emprunteurs qu'ils présentent, lors du contrôle de la déductibilité fiscale des intérêts, une offre de prêt émise par une banque et qui soit contemporaine au financement contrôlé.

Une telle offre constitue donc, à ce jour, le « Graal » permettant (en principe..) de couper court à toute remise en question par l'Administration, du taux de marché pratiqué par le contribuable.

Cette pratique des brigades de vérification prend racine dans les commentaires administratifs publiés au BOFIP¹.

Pourtant, à bien le lire, le BOFIP ne propose l'offre de prêt contemporaine qu'à titre d'exemple :

« S'agissant d'un emprunt, la preuve sera considérée comme apportée si l'entreprise justifie, par exemple, d'une offre de prêt à la date à laquelle cet emprunt a été contracté. »²

Laissant ainsi, en théorie, le champ libre à tout autre justificatif pertinent de ce que le taux pratiqué correspond à celui proposé par le marché pour des financements analogues.

3. LA JURISPRUDENCE

Des contentieux sont nés de cette pratique des services de vérification, donnant l'opportunité au juge fiscal de clarifier la position à adopter.

Malheureusement, les décisions rendues sur ce sujet depuis 2017 ne lassent pas de dérouter :

- *TA de Montreuil, 1er ch., 30 mars 2017, n°1506904 « Sté BSA »* : le tribunal a jugé que la démonstration de la pertinence du taux d'intérêt pratiqué ne se limite pas à la production d'une offre de prêt contemporaine des opéra-

tions. Elle peut être démontrée par des « études » (implicitement, par tout autre moyen pertinent)

- *CAA Bordeaux, 5e chambre, 4 avril 2017, n°15BX0117, « SNC Siblu »* : la Cour annule la décision du TA qui s'était prononcée favorablement au contribuable au regard des éléments apportés, en dépit de l'absence d'offre de prêt contemporaine.

Des extraits d'articles de revues financières, et un accord global de financement conclu avec un groupe bancaire mettant au jour l'impossibilité pour la société de se financer auprès d'un établissement indépendant (compte tenu de la séniorité du financement et des garanties déjà concédées) ne suffisent pas à établir la justesse du taux pratiqué.

La référence aux « *taux habituels du marché* » est intéressante en ce qu'elle souligne la pertinence des comparables externes.

- *TA Paris 7 juillet 2017, n°1607683 « Sté WB Ambassador »* : le tribunal admet implicitement que l'offre de prêt contemporaine ne constitue pas la preuve absolue de la justesse du taux, et analyse les autres éléments justificatifs versés aux débats par le contribuable.

La solution est toutefois défavorable au contribuable, les justificatifs proposés ayant été considérés comme non pertinents par le juge (en l'espèce, une étude de prix de transfert basée sur trois approches distinctes : un comparable interne ajusté, un taux moyen tiré d'une base de données, et un échantillon de comparables externes).

- *TA Paris 18 janvier 2018, n°1717553/1-2 « Sté Studialis »* : la décision du tribunal est peu lisible semblant ôter, en pratique, toute possibilité de justification du taux autrement qu'en présentant une « *offre de prêt effective et contemporaine des opérations, prenant en compte ses caractéristiques propres* ».

Le contribuable proposait de nombreux autres justificatifs :

1. Une offre de prêt émise au cours de l'année en litige par une banque et correspondant aux caractéristiques des obligations émises par la requérante ;
2. Une attestation confirmant qu'une banque avait été sollicitée par la requérante à chaque émission obligataire litigieuse, et qu'elle n'aurait pas prêté à des conditions plus avantageuses ;
3. Une étude financière réalisée par un cabinet d'audit international précisant que le profil de risque de la re-

¹ considérés par l'immense majorité des vérificateurs comme l'alpha et l'omega de la règle fiscale.

² BOI-IS-BASE-35-20-10 n° 110 du 15 avril 2014

quérente s'était dégradé, ce qui excluait selon l'étude une baisse du taux applicable aux obligations ;

4. Une étude d'une banque internationale sur les taux pratiqués sur les marchés européens pour des financements juniors semblables aux obligations émises par la requérante.

- *TA Paris, 7 juin 2018, n°1613999/2-3 «Sté Paule Ka Holding»* : l'offre de prêt contemporaine n'est pas la preuve exclusive de la justesse du taux. Toutefois, le marché obligataire ne constitue pas un comparable externe pertinent. Décision également peu lisible.

De là, s'il semble admis que les contribuables ne devraient pas être tenus de disposer d'une offre de prêt contemporaine pour justifier la justesse du taux, la question se pose des moyens autres qui pourraient en pratique être admis du juge fiscal, tant sur ce point il semble laisser les contribuables au milieu du guet.

4. QUELLE(S) SOLUTION(S) POUR JUSTIFIER LE TAUX PRATIQUÉ?

Compte tenu de cette jurisprudence peu lisible, il convient selon nous de remettre le sujet à niveau, d'abord en s'appuyant sur le texte de loi lui-même.

■ Attribuer sa juste place au taux de marché

Car à la seule lecture de l'article 212, I, a du CGI, le taux légal ressort comme un *minimum minimorum* à la déduction fiscale. Le taux de marché doit lui être privilégié chaque fois que le financement intragroupe prévoit un taux supérieur au taux légal. Par l'insert « *ou, s'ils sont supérieurs* », la conjonction de coordination « *ou* » délimite naturellement et mécaniquement le champ du taux légal de celui du taux de marché.

En d'autres termes, le texte lui-même place le taux de marché au cœur du dispositif fiscal : il en fait le taux de référence, donc le taux à privilégier, en cas de prêt intragroupe dès lors (et chaque fois) que le montant des intérêts est supérieur à celui calculé d'après le taux légal.

Une telle lecture nous semble du reste parfaitement confirmée par les travaux parlementaires, lesquels présentent le taux légal comme un « *taux plancher* », permettant de « *laisser la possibilité aux sociétés emprunteuses de se prévaloir des conditions de marché des prêts pour justifier le taux d'intérêt servi.* » (Rapp. AN n°2568, t. III, 12 oct.2005 p 458 à 461).

■ Redonner leur sens aux données de marché

Ces mêmes travaux font en outre directement référence au principe de pleine concurrence tel qu'explicité par les travaux de l'OCDE en matière de prix de transfert.

Il convient donc de rechercher et, pensons-nous, documenter par tout moyen, des comparables pertinents, lesquels peuvent être soit internes à l'entité, soit externes :

« *Une transaction comparable sur le marché libre est une transaction entre deux parties indépendantes qui est comparable à la transaction contrôlée examinée. Il peut s'agir d'une transaction comparable entre une partie à la transaction contrôlée et une partie indépendante (« comparable interne ») ou entre deux entreprises indépendantes dont aucune n'est impliquée dans la transaction contrôlée (« comparable externe »)* » (Principe OCDE applicables en matière de prix de transfert, Chapitre III, p.172 OCDE 2017)

Il n'y a donc pas lieu de privilégier un moyen de preuve plutôt qu'un autre, et les références aux conditions de marché, c'est-à-dire à l'environnement s'imposant aux acteurs économiques³, sont parfaitement pertinentes pour appuyer le taux pratiqué par les contribuables.

■ Rééquilibrer les forces en présence

De là, deux conséquences :

1. Le taux de marché est le **taux de référence** qui doit servir de boussole, tant au contribuable qu'aux services de vérification, et doit donc être recherché comme le taux à privilégier d'un point de vue fiscal ;
2. Corrélativement, l'administration ne peut pas se contenter d'exiger l'offre de prêt contemporaine, ni rejeter tout autre élément de preuve apporté au prétexte qu'il serait, soit trop « général », soit « théorique » comme non directement sous-tendu par la situation propre du contribuable.

Ou dit autrement, l'article 212, I, a n'a pas pour objet « d'écraser » le taux de financement intragroupe vers le bas (pour le ramener au taux légal, comme tentent de le faire les brigades de vérification), mais au contraire de l'élever vers le taux de marché.

Cette verticalité ascendante est seule à même de refléter l'objectif recherché et affiché du législateur de permettre une déductibilité fiscale des intérêts de la même manière que si l'emprunt avait été souscrit sur le marché libre ; une déduction cohérente avec ce que propose le marché, plutôt

³ Ce qui correspond aux transactions réalisées entre « *deux entreprises indépendantes dont aucune n'est impliquée* » dans le financement analysé

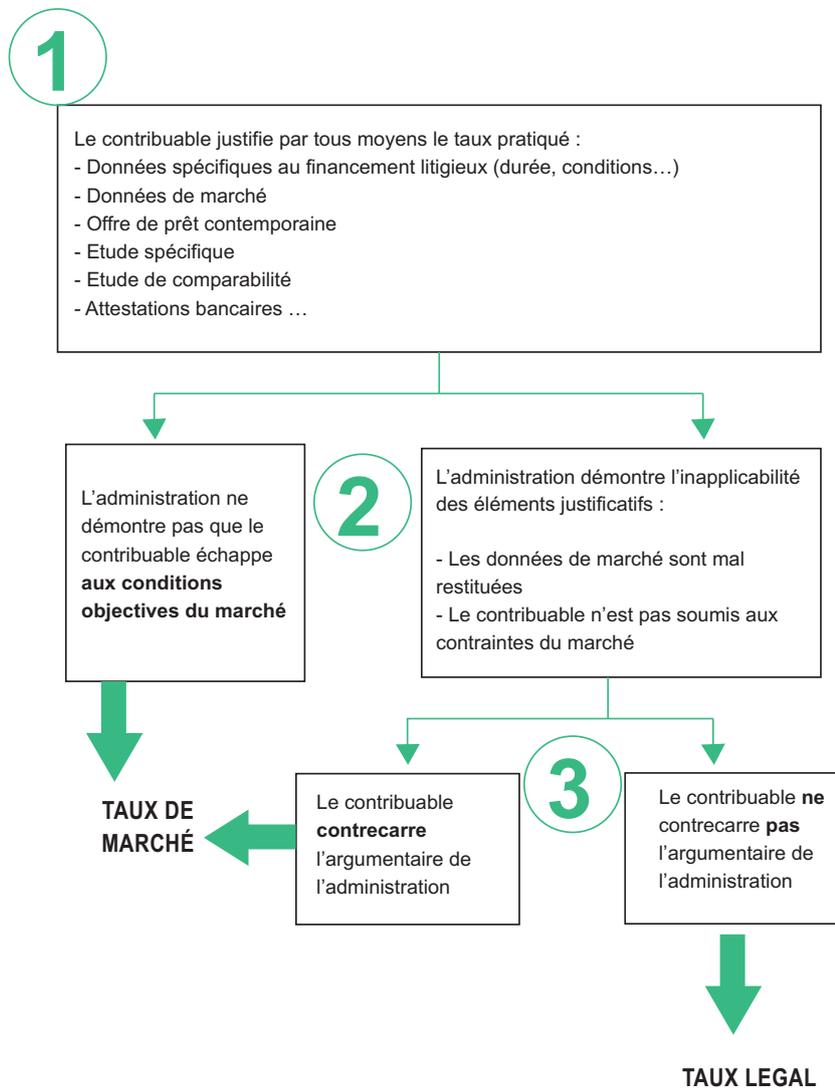
qu'abstraite et théorique si le taux légal venait à prédominer.

■ **Partager le fardeau de la preuve**

Une telle lecture du texte a un impact majeur sur le fardeau de la preuve : du fait même que le principe retenu par l'article 212-I du CGI s'entend de l'application du taux de marché par préférence au taux légal, le fardeau de la preuve se trouve nécessairement partagé entre le contribuable et l'Administration : tout doit être mis en œuvre pour que les intérêts puissent être déduits au taux de marché.

La charge de la preuve ne peut être le refuge dans lequel se terre l'Administration pour couper court à toute discussion sur le taux de marché, et ne peut non plus servir de prétexte à la négation pure et simple des réalités objectives de marché qui s'imposent aux acteurs économiques.

Le cercle vertueux de l'administration de la preuve exige, dans le sillage de la ligne directrice posée par le Conseil d'Etat⁴, que les éléments versés aux débats soient contradictoirement débattus. S'agissant du dispositif « 212, I CGI », le rythme ternaire suivant illustre notre propos (cf. schéma ci-dessous) :



C'est selon nous la seule dialectique de la preuve acceptable et conforme tant à la lettre qu'à l'esprit de l'article 212, I, a du CGI.

⁴ CE 21 mai 2007, n°284719, min. c/ Sté Sylvain Joyeux