FA 306 (original).qxp_Mise en page 1 09/11/2019 01:44 Page66

DÉDUCTIBILITÉ FISCALE DES INTÉRÊTS DE PRÊTS INTRAGROUPE : ÉTAT DES LIEUX ET BONNES PRATIQUES

par Bruno Knadjian, Avocat associé, Sylvain Piémont, Avocat, Herbert Smith Freehills LLP
Jacques-Henri Hacquin, Associé, Christophe Lam, Manager, NG Finance

Dans un environnement de taux bas, les entreprises n'hésitent plus à emprunter pour financer leur développement et leurs opérations exceptionnelles. Se sont ainsi considérablement développés l'endettement bancaire mais également l'endettement entre sociétés d'un même groupe. Ces opérations entre sociétés liées ont été ciblées par l'administration fiscale comme un outil d'optimisation fiscale efficace permettant aux sociétés emprunteuses de réduire leur résultat imposable. On observe ainsi depuis plusieurs années une tendance à la multiplication des contrôles et tentatives de redressement en la matière de la part de l'administration fiscale.

La loi encadre la déductibilité fiscale des intérêts versés au titre de prêts intragroupe par plusieurs dispositifs limitatifs, en ce compris un plafonnement du taux d'intérêt praticable lorsque des « liens de dépendance » existent entre les entreprises prêteuse et emprunteuse[1]. Ces intérêts ne sont en effet déductibles que dans la limite d'un taux sans risque[2] (de l'ordre de 1,36 % au second trimestre 2019), sauf pour l'emprunteuse à prouver qu'elle aurait obtenu un taux équivalent auprès « d'établissements ou d'organismes financiers indépendants dans des conditions analogues »[3]. De l'aveu du législateur, cette règle s'inspire des travaux de l'OCDE en matière de prix de transfert et conditionne ainsi la déductibilité des intérêts à la démonstration que la rémunération du prêt intragroupe est conforme au principe de pleine concurrence[4].

Lors de contrôles fiscaux, l'administration a fréquemment invoqué ce texte pour remettre en cause la déductibilité d'intérêts versés à des entités liées, au motif que l'entreprise ne rapportait pas la preuve que le taux d'intérêt pratiqué correspondait au taux qu'elle aurait pu obtenir d'une banque ou de tout établissement financier indépendant dans des conditions analogues. Ces redressements ont en-

[1] C'est-à-dire lorsque l'une détient directement ou indirectement la majorité du capital de l'autre ou y exerce en fait le pouvoir de décision, ou lorsque l'une et l'autre sont placées sous le contrôle d'une même tierce entreprise (art. 39, 12 du code général des impôts).
[2] Moyenne annuelle des taux effectifs moyens pratiqués par les établissements de crédit et les sociétés de financement pour des prêts à taux variable aux entreprise, d'une durée initiale supérieure à deux ans (art. 39, 1, 3° du code général des impôts).
[3] Art. 212, I, a du code général des impôts.
[4] Voir le rapport de M. Carrez (AN, rapp. n° 2568, 12 oct. 2005, t. III, vol. 1).

FA 306 (original).qxp_Mise en page 1 09/11/2019 01:44 Page67

suite débouché sur de très nombreux contentieux portés devant les juges administratifs, lesquels ont rendu des décisions souvent divergentes qui ont privé les entreprises de repères fiables pour sécuriser le traitement fiscal des emprunts qu'elles réalisent au sein de leur groupe.

En 2019, le Conseil d'Etat s'est prononcé par deux fois sur ce dispositif en apportant plusieurs réponses à des questions qui n'avaient pas été tranchées jusqu'alors (1.). A la lumière de ces décisions, certaines bonnes pratiques s'imposent pour se constituer la preuve du caractère de pleine concurrence du taux d'intérêt pratiqué au titre de prêts intragroupe (2.).

1. JUSTIFIER SON TAUX DE MARCHÉ : UNE JURISPRUDENCE INDÉCISE

Plusieurs années durant, les décisions rendues par les juges du fond se sont succédées sans qu'un consensus se dégage sur les modalités de preuve d'un taux de marché. En 2019, toutefois, deux décisions du Conseil d'Etat ont clarifié certains termes du débat.

1.1 La recherche de modes de preuve recevables

Confrontées à l'obligation de justifier le taux pratiqué au titre de prêts intragroupe, de nombreuses entreprises se sont interrogées sur les moyens de preuve admissibles pour ce faire.

L'administration fiscale indique à cet égard dans ses commentaires publiés que la preuve du taux que l'entreprise aurait pu obtenir d'un établissement ou d'un organisme financier indépendant peut être fournie au moyen d'une offre de prêt ferme contemporaine de la date à laquelle l'emprunt intragroupe a été contracté[5]. L'instruction cite ce moyen de preuve à titre d'exemple, laissant entendre que la preuve pourrait être rapportée par d'autres moyens. Néanmoins, dans la pratique, certains services vérificateurs ont pris le parti d'ériger la production d'une offre de prêt d'un établissement financier en unique mode de preuve admissible.

Cette preuve idéale est toutefois extrêmement difficile à produire pour les entreprises puisque le processus d'attribution d'une offre de prêt est long et coûteux pour les banques. Celles-ci sont dès lors réticentes à émettre de telles offres lorsqu'elles sont destinées à ne servir que de simple référentiel, sans répondre à un réel besoin de financement des entreprises.

Certaines juridictions ont malgré tout semblé exiger que les entreprises fournissent une offre ferme de prêt afin d'établir de manière certaine le taux dont celles-ci auraient bénéficié auprès d'un établissement de crédit ou d'un organisme indépendant[6]. Une approche aussi sévère paraît toutefois ajouter à la loi en faisant peser sur les entreprises une charge probatoire plus lourde que celle exigée par le législateur.

A défaut d'offres fermes de prêt, certaines entreprises ont entendu se prévaloir d'attestations (ou « *quotes* ») fournies par des établissements de crédit. Ces avis écrits reprenant les principales caractéristiques du financement et indiquant le taux (ou la fourchette de taux) qui aurait, le cas échéant, pu être proposé s'avèrent d'une faible valeur probante. Les juges ont en effet toujours refusé le recours à de telles attestations, soit parce qu'elles avaient été rédigées a posteriori, réduisant ainsi l'incertitude qui avait pu exister au moment de la mise en place du financement[7], soit parce que l'entreprise n'apportait pas la preuve de la compétence des banques émettrices des attestations dans le domaine d'activité financé[8].

De façon plus convaincante, certaines sociétés ont essayé de justifier le taux d'intérêt d'avances intragroupe par référence au coût de financement que l'entité liée ayant accordé l'avance supporte elle-même. Selon cette approche, l'avance intragroupe n'est donc que le relais du financement souscrit par une autre entité du même groupe (le plus souvent parce qu'elle bénéficie de meilleures conditions de financement). Dès lors que ce financement a bien été souscrit en amont auprès d'une banque ou d'un tiers indépendant, le caractère normal du taux appliqué au prêt miroir devrait ainsi résulter de l'application d'une simple marge d'intermédiation au coût du prêt initial (méthode dite « *cost plus* »). Néanmoins, cette méthodologie n'a pas convaincu la cour administrative d'appel de Bordeaux dans une affaire *Siblu* au motif que les conditions d'emprunt imposées par les banques aux entités prêteuses du groupe ne préjugeaient pas de celles qui se seraient appliquées à la société emprunteuse si elle s'était directement adressée à un financeur tiers[9]. A cet égard, le Conseil d'Etat a rappelé dans un arrêt *General Electric France* que l'appartenance d'une société à un groupe ne saurait, à elle seule, avoir un impact sur son profil de risque en laissant présumer, par exemple, un cautionnement de la société mère[10]. Il en va

[5] Instruction publiée au BOFiP (BOI-IS-BASE-35-20-20190731, n° 80).
[6] Notamment, TA Paris, 30 janvier 2018, n° 1707553/1-2, SAS Studialis : RJF 11/18 n° 1076.
[7] CAA Paris, 4 novembre 2014, n° 14PA00814, Sté Immobilière du 20 Rue Monsieur ; RJF 10/15 n° 762.
[8] TA Paris, 30 janvier 2018, n° 1707553/1-2, SAS Studialis : op. cit.
[9] CAA Bordeaux, 4 avril 2017, n° 15BX01177, SNC Siblu.
[10] CE 19 juin 2017, n° 392543 à 392545, General Electric France : RJF 10/17 n° 908.

FA 306 (original).qxp_Mise en page 1 09/11/2019 01:44 Page68

différemment lorsqu'un cautionnement a bel et bien été donné par une entité liée ou lorsque la société emprunteuse a la qualité de société en nom collectif dont les associés sont tenus personnellement et solidairement des dettes sociales[11].

Un dernier moyen de se constituer la preuve d'un taux de marché consiste à faire réaliser une étude (ou « *benchmark* ») combinant plusieurs méthodes de comparaison avec des référentiels internes et externes au groupe afin de déterminer le plus précisément possible un taux de pleine concurrence (sur le modèle des études réalisées en matière de prix de transfert). Cette approche s'est répandue comme la méthode la plus fiable pour documenter le caractère normal d'un taux d'intérêt. Cependant, pour être recevable, la réalisation du benchmark doit répondre à une méthodologie rigoureuse et s'appuyer sur des sources fiables.

Aussi, de nombreux tribunaux administratifs ont jugé que de telles études n'étaient pas suffisamment probantes, faute pour celles-ci de détailler leur méthodologie[12], de citer suffisamment leurs sources[13], ou encore de se référer à des comparables suffisamment proches des caractéristiques du prêt intragroupe[14]. En 2017, le tribunal administratif de Montreuil avait admis le caractère probant de plusieurs études justifiant le caractère normal d'un taux d'intérêt par la décomposition de celui-ci en plusieurs composantes examinées tour-à-tour[15]. Cette décision a toutefois été récemment annulée par la cour administrative d'appel de Versailles au motif que les études ne précisaient pas suffisamment leurs sources et que le recours à un logiciel de rating automatique ne permettait pas la prise en compte de tous les facteurs du risque de crédit (au contraire d'une évaluation réalisée par une agence de notation ou un audit financier indépendant)[16].

1.2 Des clarifications récentes apportées par le Conseil d'Etat

En mars et juillet 2019, le Conseil d'Etat a pris position à deux reprises sur la question de la justification d'un taux de marché. Il a ainsi dissipé certains doutes qui persistaient jusqu'alors en raison de la jurisprudence quelque peu erratique des juges du fond.

A la suite d'un pourvoi dans l'affaire *Siblu* précitée, le Conseil d'Etat a examiné l'argumentaire d'une société qui avait appliqué à des prêts intragroupe le même taux que celui auquel les sociétés prêteuses se finançaient elles-mêmes auprès d'une banque indépendante[17]. Ce faisant, elle se référait à la méthode du coût de financement en présumant un caractère transitif au taux obtenu de la banque pour la rémunération des prêts miroirs consentis aux entités du groupe.

Conformément au principe dégagé dans leur jurisprudence *General Electric France*, les hauts magistrats ont refusé de postuler que les conditions de financement obtenues par le groupe étaient nécessairement transposables à l'une des sociétés le composant. En effet, pour l'appréciation du taux de marché pertinent, il n'y a lieu de prendre en compte que les caractéristiques du prêt intragroupe et de l'entité emprunteuse, sans avoir égard aux conditions de financement des autres sociétés du groupe. Par conséquent, à supposer que le financement bancaire et le prêt miroir intragroupe présentaient les mêmes caractéristiques, il appartenait à la société emprunteuse de démontrer que son profil financier n'était pas plus favorable que celui des sociétés prêteuses pour être en mesure d'appliquer au prêt intragroupe le même taux d'intérêt que celui exigé par la banque.

La seconde affaire[18] concernait, quant à elle, le recours à une étude de comparables pour documenter la normalité d'un taux d'intérêt servi à une entité liée. Dans cette espèce, une société avait fait réaliser une étude économique à la suite d'un contrôle fiscal afin de justifier *a posteriori* que le taux d'intérêt appliqué correspondait bien à un taux de marché. Cette étude prétendait notamment reconstituer ce taux de marché en se référant à des taux pratiqués par des entités tierces à raison d'emprunts obligataires. Une telle approche avait déjà été critiquée par la cour administrative d'appel de Paris dans l'affaire *WB Ambassador* au motif que les marchés obligataires ne pouvaient pas être assimilés à « un établissement ou organisme financier indépendant » au sens de l'article 212, I du code général des impôts[19].

A l'occasion d'une demande d'avis émanant du tribunal administratif de Versailles, le Conseil d'Etat a tout d'abord

[11] CAA Versailles, 25 juin 2019, n° 17VE02163, Sté BSA : RJF 11/19 n° 1014. Voir les conclusions du rapporteur public N. Chayvialle.
[12] TA Paris, 7 juillet 2017, n° 1607683/2-2, Sté WB Ambassador.
[13] TA Paris, 30 janvier 2018, n° 1707553/1-2, SAS Studialis : RJF 11/18 n° 1076.
[14] TA Paris, 7 juin 2018, n° 1613999/2-3, Sté Paule Ka Holding.
[15] TA Montreuil, 30 mars 2017, n° 1506904, Sté BSA : RJF 8-9/17 n° 780.
[16] CAA Versailles, 25 juin 2019, n° 17VE02163, Sté BSA, op. cit.
[17] CE 18 mars 2019, n° 411189, Sté Siblu : RJF 6/19 n° 513.
[18] Avis CE 10 juillet 2019, n° 429426, SAS Wheelabrator Group : RJF 10/19 n° 877.
[19] CAA Paris 31 décembre 2018, n° 17PA03018, SAS WB Ambassador : RJF 6/19 n° 514.

FA 306 (original).qxp_Mise en page 1 09/11/2019 01:44 Page69

rappelé le principe selon lequel le régime de la preuve pesant sur l'entreprise emprunteuse est libre. Cette preuve du taux de marché peut donc être rapportée par tous moyens et à tout moment. Par conséquent, les éléments fournis à l'administration pour ce faire n'ont pas besoin d'être établis avant la conclusion du prêt litigieux. Ainsi, la circonstance que l'emprunteuse avait fait réaliser un benchmark postérieurement aux opérations de contrôle, ce afin de justifier ex post le taux d'intérêt pratiqué, n'est pas critiquable.

Ensuite, eu égard au principe de liberté de la preuve, le Conseil d'Etat approuve la référence aux emprunts obligataires dans la mesure où ceux-ci revêtent les caractéristiques d'un prêt émanant d'un professionnel sans lien de dépendance avec la société concernée. Il est cependant nécessaire que lesdits emprunts obligataires émanent d'entreprises se trouvant « dans des conditions économiques comparables » (ce qui devrait *a fortiori* être le cas d'obligations que l'entreprise aurait elle-même émises) et que ceux-ci « constituent une alternative réaliste à un prêt intragroupe », c'est-à-dire que l'entreprise justifie qu'elle aurait pu émettre des obligations au lieu de contracter un prêt, le cas échéant.

Il convient enfin de noter que le Conseil d'Etat fait référence au « rendement » des emprunts obligataires et non à leur taux facial. En effet, les modalités de financement sur les marchés obligataires ne sauraient être regardées comme exactement comparables à celles d'un prêt bancaire (notamment en raison de possibles décalages dans la périodicité des paiements d'intérêts, ou d'éventuelles primes d'émission ou de remboursement). Il y a donc lieu de prendre en compte l'ensemble des flux actualisés générés par un emprunt obligataire pour pouvoir en comparer le rendement avec celui d'un prêt intragroupe.

2. LES BONNES PRATIQUES À METTRE EN ŒUVRE POUR JUSTIFIER DU TAUX DE MARCHÉ

Ces dernières décisions du Conseil d'Etat ont donné aux entreprises davantage de sécurité juridique dans la justification de la rémunération des prêts intragroupe. Elle laisse cependant subsister certaines incertitudes.

2.1 Réaliser un benchmark robuste par un expert indépendant

Le recours à des études économiques s'impose aujourd'hui comme un moyen de preuve privilégié pour justifier les taux d'intérêts pratiqués au sein des groupes, et ce d'autant plus que la référence aux taux de financement sur les marchés obligataires a été validé par le Conseil d'Etat.

Les méthodes utilisées doivent tenir compte de la conjoncture des financements contemporains à l'émission sur les marchés ainsi que des caractéristiques propres à la société émettrice.

Le taux d'une dette subordonnée peut-être détaillé en quatre composantes : le taux sans risque, le risque de crédit, le risque de subordination et le risque de liquidité. Le risque total supporté par un prêteur obligataire est, par essence, plus important que celui d'une institution financière dans le cadre d'un financement bancaire classique. En effet, le prêteur obligataire ne dispose pas des multiples garanties dont bénéficient les banques. Le taux requis selon le type de financement repose ainsi sur une notion fondamentale de la théorie financière : le couple rentabilité-risque. La rentabilité exigée par un prêteur augmente à mesure que le risque de défaut de la contrepartie emprunteuse progresse. Il ne s'agit ni plus ni moins que de la rémunération du risque porté par le prêteur.

L'approche macro-économique : l'identification de l'univers de financement

Lors de l'analyse de la normalité du taux d'intérêt, il convient d'identifier l'univers complet de financement en réunissant des émissions comparables cotées et non cotées. Ces émissions doivent être contemporaines aux titres analysés afin de refléter des conditions de marché similaires.

Il existe une large variété de critères inhérents aux titres qui vont nécessiter des ajustements sur les taux utilisés en fonction de leur notation, de leur date d'émission de leur valeur nominale, de leur maturité, et de leur mode de remboursement. L'analyse doit par ailleurs considérer d'autres ajustements, qu'il s'agisse de titres dont les modalités de paiement sont en espèce ou capitalisés, assorties d'options, ou bien encore subordonnées au paiement d'autres titres.

Les émissions comparables sont ainsi constituées d'obligations cotées « investment grade » et « high-yield » dont les taux d'intérêts sont la plupart du temps inférieurs aux émissions effectuées dans le cadre d'opérations LBO. Les taux mis en avant par les dettes privées revêtent des taux plus importants que les dettes cotées du fait de leur illiquidité et des risques supportés plus importants en fonction de la nature des opérations à financer.

Après ajustement, ces taux permettent d'obtenir un panorama des financements comparables, soit une borne inférieure et supérieure des taux d'intérêts pouvant être appliqués à une émission donnée. Cette analyse doit ensuite être complétée par une approche spécifique et micro-économique.

FA 306 (original).qxp_Mise en page 1 09/11/2019 01:44 Page70

L'approche micro-économique : la détermination des critères de risque propres à l'entreprise et aux rangs de subordination

Une approche micro-économique complémentaire est nécessaire afin de tenir compte de l'ensemble des risques portés par le prêteur de la tranche de dette subordonnée, non seulement au regard de l'activité de l'entreprise émettrice mais également en tenant compte des autres typologies de dette. Il est essentiel de relever les particularités attachées à la structure de financement.

L'analyse de la structure de financement doit être conduite au travers de l'analyse du passif de la société. Celle-ci intègre l'examen approfondi de toutes les caractéristiques liées aux différentes catégories d'éléments de passif, incluant la dette et les capitaux propres. Cela va permettre de comparer l'ensemble des retours attendus par chaque catégorie du passif avec le coût du capital global au moment de l'émission. Dans cette perspective, le risque de l'actif économique doit égaler le risque de l'ensemble de ses financements.

Enfin, la pierre angulaire de l'analyse repose sur l'évolution de l'actif de la société et du risque de défaut inhérent, à la fois de la société dans sa globalité mais également pour chaque tranche de dette. Il s'agit d'une analyse de la structure opérationnelle au travers de la spécificité de son activité, de son actif, mais également de ses marges et des ratios de risque financiers. Ces analyses doivent être mises en perspectives par rapport au secteur. L'analyse de la probabilité de défaut et de la distance au défaut peuvent ainsi être extériorisées. L'étude des probabilités de défaut fait appel à la théorie des options, telle que celle-ci est appliquée par les agences de notation au moyen de méthodes de *scoring*.

2.2 Anticiper les attentes des services vérificateurs

La confirmation par le Conseil d'Etat de la liberté de la preuve en matière de taux d'intérêt intragroupe devrait donner de nouveaux arguments aux entreprises dans leurs échanges avec l'administration fiscale à l'occasion de contrôles. En effet, cette dernière ne devrait plus pouvoir exiger la production d'une offre ferme de prêt bancaire comme elle avait encore tendance à le faire jusqu'à récemment.

Il convient toutefois de veiller à ce que les benchmarks soient réalisés par des évaluateurs indépendants selon une méthodologie rigoureuse et soigneusement documentés. En effet, l'arrêt BSA rendu récemment confirme que les juges se montrent très exigeants sur la qualité de la démonstration à produire.

Comme en matière de prix de transfert, il est en effet à craindre que le débat se déplace sur le terrain de la recevabilité des comparables choisis. L'administration aura en effet beau jeu de souligner que ces derniers ne présentent pas exactement les mêmes caractéristiques que le prêt intragroupe considéré (en arguant par exemple que le montant, la date d'émission, la maturité ou encore le secteur d'activité ne sont pas tout à fait conformes). Il appartiendra donc *in fine* au juge de déterminer le seuil en-deçà duquel les caractéristiques des comparables peuvent être considérées comme suffisamment probantes.

Certaines avancées peuvent néanmoins être attendues de la part de l'administration fiscale. L'AFEP a en effet indiqué avoir été consultée par celle-ci sur un projet de fiches visant à illustrer les modalités de preuve susceptibles d'être admises dans le cadre de la démonstration de la conformité au marché des rémunérations de prêts intragroupe. Cette initiative vise à illustrer à partir d'exemples pratiques la manière dont cette preuve peut être apportée et à en exposer les bonnes pratiques. Une telle démarche est bienvenue et devrait aboutir à une publication des fiches avant la fin de l'année 2019. A ce stade, il demeure toutefois incertain que le contenu des fiches soit opposable à l'administration fiscale dans le cadre de litiges.