

Le Conseil d'État valide le recours à des comparables tirés du marché obligataire pour justifier le taux d'intérêt payé à des entreprises liées. Mais...

Le Conseil d'État, réuni en chambres réunies (Avis CE, 10 juillet 2019, n° 429426), a rendu un avis favorable à la question de savoir si les entreprises françaises sont en droit de recourir à des comparables issus du marché obligataire pour justifier le niveau du taux d'intérêt versé à des entreprises liées (articles 39, 1°-3 et 212 I, a) du code général des impôts).

Pour rappel, le groupe Wheelabrator avait acquis le groupe Disa en septembre 2008 et avait réglé une partie du prix grâce à un prêt accordé par un pool bancaire. Dans les opérations post deal, la société française Wheelabrator SAS avait repris les titres de la filiale Disa AG au moyen d'un prêt rémunéré au taux de 7,41%, supérieur au taux prévu à l'article 39, 1°-3 du code général des impôts de 6,21% (en 2008). Le fisc avait remis en cause la déduction des intérêts excédant ce taux administratif. Pour sa défense devant le Tribunal administratif de Versailles, la société Wheelabrator SAS avait produit une étude réalisée selon une méthodologie S&P montrant que le taux payé à sa société mère était 1/ conforme aux taux pratiqués pour des sociétés ayant la même note de crédit (B+) et 2/ comparable aux taux pratiqués à l'époque pour des emprunts obligataires de même durée par des entreprises ayant un profil de risque comparable ou un risque de défaut sensiblement inférieur (données Bloomberg). De son côté, l'administration fiscale soutenait que des comparables tirés du marché obligataire n'étaient pas pertinents.

Plusieurs contentieux ont été portés à la connaissance des tribunaux administratifs ces dernières années, à la suite d'une attaque un peu systématique de l'administration sur ce terrain. La plupart des groupes, pour se défendre, ont fait réaliser des études de taux montrant que celui pratiqué dans leurs opérations internes était comparable à ceux pratiqués sur le marché obligataire, à défaut de pouvoir produire une offre bancaire en bonne et due forme, particulièrement difficile, voire impossible à obtenir.

Devant l'engorgement potentiel des tribunaux et eu égard à la question de droit nouvelle posée dans ce dossier,

qui présente une difficulté sérieuse d'interprétation, le Tribunal administratif de Versailles a choisi de porter l'affaire pour avis devant le Conseil d'État.

La réponse du Conseil d'État sur ce point est claire et confirme qu'une entreprise placée dans une situation comparable, a la "*faculté d'apporter la preuve par tout moyen*" que le taux qu'elle supporte est identique à celui qu'elle aurait pu obtenir d'un établissement ou d'un organisme financier indépendant dans des conditions analogues. Pour évaluer ce taux, ajoute le Conseil d'État, l'entreprise "*peut tenir compte du rendement d'emprunts obligataires émanant d'entreprises se trouvant dans des conditions économiques comparables...*"

Cette position, en apparence favorable, est cependant brouillée par une précision ajoutée en fin de phrase, qui semble conditionner le recours aux seuls emprunts obligataires qui "*constituent une alternative réaliste à un prêt intra-groupe.*" Diable ! Ce bout de phrase va faire couler de l'encre. Alternative juridique ? Économique ? De marché ? Cette précision est à rapprocher du paragraphe précédent qui avait pris soin de souligner que le taux consenti par un établissement de crédit "*ne saurait, eu égard à la différence de nature entre un emprunt auprès d'un établissement ou organisme financier et un financement par émission obligataire, être celui que cette entreprise aurait elle-même été susceptible de servir à des souscripteurs si elle avait fait le choix pour se financer, de procéder à l'émission d'obligations plutôt que de souscrire un prêt.*" Que de contradictions apparentes !

À ne pas en douter, cela devrait inciter les entreprises qui mènent des études (y compris a posteriori comme l'y autorise la jurisprudence) pour justifier que le taux pratiqué sur un prêt d'actionnaire peut bénéficier de l'exception de marché posée à l'article 212 I a) du code général des impôts, à entrer avec précision et méthode dans le détail des éléments tirés du marché obligataire qui prouvent, point par point, qu'ils correspondent à une alternative réaliste eu égard à leur situation propre.

Cet avis contraignant est à rapprocher d'un récent arrêt de la Cour administrative de Versailles (même ressort que dans l'affaire Wheelabrator) qui s'est montrée particulièrement restrictive dans le recours à des comparables tirés du marché obligataire (CAA de Versailles, n° 17VE02163, BSA SA).

Sans s'y opposer formellement, la Cour juge qu'une entreprise qui a recours à des comparables externes dans une telle hypothèse, doit non seulement pouvoir justifier la source des données utilisées mais également montrer en quoi ces données sont pertinentes à la situation particulière de l'entreprise, avec un niveau de détail et de justification assez poussé. Dans l'affaire jugée par la Cour, l'entreprise française avait produit une courbe de taux, des éléments permettant de justifier une prime d'annulation de 50bp et une notation favorable concernant sa marge de crédit. Autant d'éléments rejetés par la Cour comme n'établissant pas, au cas particulier, que le taux pratiqué correspondait au taux qu'elle aurait pu obtenir d'un organisme financier indépendant.

Une voie de sortie, comme le suggère la Cour administrative de Versailles, est sans doute à chercher dans le droit communautaire (y compris dans le système européen de règlement des différends fiscaux entre les états membres qui est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2019 : Directive 2017/1852 du 10 octobre 2017 – Article 130 de la loi de Finances pour 2019 – Décret n° 2019-616 du 21 juin 2019) et les conventions fiscales internationales.

À suivre...

Votre interlocuteur :

Philippe de Guyenro

Avocat Associé

T: +33 1 5353 4595

M: +33 6 0918 4026

E: pdeguyenro@rmt.fr