

Impôt sur les sociétés

420 Justification du taux d'intérêt servi aux entreprises liées : le rejet des comparables issus du marché obligataire

À PROPOS DE TA PARIS, 7 JUIN 2018, N° 1613999/2-3, STÉ PAULE KA HOLDING



Nicolas VERGNET,

fiscaliste, Mayer Brown,
doctorant en droit fiscal, université Paris 2 Panthéon-Assas



Julia VIDEAU,

fiscaliste, Mayer Brown

1 – C'est avec un sentiment toujours plus aigu de perplexité que nous découvrons les diverses décisions que rendent au fil des mois les juridictions administratives à propos des moyens de justification des taux d'intérêt pratiqués sur les prêts d'actionnaires. On peine en effet à déceler une cohérence globale dans ces jurisprudences, qui serait pourtant bienvenue dans un contexte où la sécurité juridique est mise à mal par une lecture des services fiscaux si stricte de l'article 212, I, a du CGI qu'elle aboutit parfois à des résultats défiant le bon sens économique. Rappelons qu'aux termes de cet article, les intérêts afférents aux emprunts contractés par les entreprises sont déductibles dans une limite de

taux qui peut être soit celle prévue à l'article 39, 1, 3° du CGI, soit celle correspondant au taux qui aurait pu être proposé par des établissements ou des organismes financiers indépendants. Dans ce dernier cas, les entreprises peuvent justifier par tous moyens que le taux afférent aux intérêts qu'elles versent à des entreprises liées correspond à un taux de marché. La dialectique de la preuve imposée par cette disposition est pourtant loin de faire l'objet d'une compréhension homogène de la part du fisc et des contribuables. Les jugements rendus jusqu'ici n'offrent que des indications partielles, pour ne pas dire déroutantes, quant à la démarche qu'il conviendrait de suivre pour se conformer aux prescriptions du législateur.

2 – Le jugement *Paule Ka Holding* rendu par le tribunal administratif de Paris le 7 juin 2018 vient renforcer ce sentiment de confusion qui règne (à juste titre) dans l'esprit des contribuables ayant à justifier des taux d'intérêt servis à des entreprises liées. Il paraît confirmer le principe de liberté laissée au contribuable afin de justifier des taux pratiqués sur ses prêts d'actionnaires (1), avant d'adopter une lecture particulièrement restrictive de l'article 212, I, a du CGI en exigeant la comparaison avec les seules opérations réalisées avec des « établissements de crédit » pour justifier du taux de ses prêts d'actionnaires (2).

1. La possibilité de se prévaloir d'une étude pour justifier du taux pratiqué sur les prêts d'actionnaires

3 – L'une des principales interrogations que soulève l'application de l'article 212, I, a du CGI porte sur la possibilité pour les contribuables de justifier des taux d'intérêt pratiqués sur leurs prêts d'actionnaires en l'absence d'offre de prêt émise par une banque et qui soit contemporaine à leur conclusion (offre que l'Administration tend à exiger de façon systématique lors des contrôles). Alors que le tribunal administratif de Montreuil avait jugé par un arrêt *BSA* rendu le 30 mars 2017 que le fisc « n'est pas fondé à exiger de la société [...] la production d'une offre de prêt contemporaine des opérations, la pertinence des taux d'intérêt pratiqués pouvant être démontrée par des études » (*TA Montreuil, 1^{re} ch., 30 mars 2017, n° 1506904, Sté BSA, pt 4*), le tribunal administratif de Paris semble adopter quant à lui une position divergente. Une décision *WB Ambassador* rendue en juillet 2017 (*TA Paris, 7 juill. 2017, n° 1607683, WB Ambassador*) pouvait laisser penser que les juges parisiens avaient pris le parti d'adopter un raisonnement similaire à celui du tribunal administratif de Montreuil quelques mois plus tôt. En dépit d'un rejet de la pertinence de la méthodologie suivie par la société pour justifier du taux des intérêts servis à sa société mère, les magistrats ne contestaient en effet pas le principe du recours à une étude d'expert en l'absence d'offre de prêt. Dans un arrêt *Studialis* du 18 janvier 2018, ces derniers ont toutefois semblé revenir sur leur position en considérant que le contribuable n'apportait « aucun élément établissant de manière certaine le taux dont [il] aurait bénéficié [...] auprès d'un établissement de crédit, ou organisme indépendant, tel que, notamment, une offre de prêt effective et contemporaine des opérations, prenant en compte ses caractéristiques propres » (*TA Paris, 18 janv. 2018, n° 1717553/1-2, Sté Studialis*). L'utilisation de l'adverbe « notamment » pouvait laisser penser qu'il ne s'agissait pas de faire de la production d'une offre de prêt contemporaine des opérations une condition *sine qua non* de la charge probatoire du contribuable. La circonstance que de nombreux éléments avaient été mis en avant par la société pour justifier du taux des intérêts versés à sa société mère (et notamment un rapport d'expert indépendant) entretenait cependant une grande perplexité quant aux informations exigées du contribuable pour emporter la conviction des services fiscaux.

4 – Le jugement *Paule Ka Holding* dissipe sensiblement ces doutes. Les juges parisiens semblent s'être ralliés à l'idée selon laquelle l'administration fiscale n'est pas fondée à forger sa conviction sur la seule production d'une offre de prêt contemporaine des opérations en litige. La société soutenait en effet « que le service ne pouvait pas exiger une offre de prêt datée de mise à disposition des avances [sic], sans ajouter une condition au I de l'article 212 [sic] du [CGI] et qu'il aurait dû examiner les transactions comparables qu'elle a présentées ainsi que l'étude diligentée par [un expert indépendant] » (*pt 9*). Le tribunal administratif a jugé qu'en l'espèce « le service n'a pas exigé une offre de prêt mais a indiqué qu'une telle offre constituait un exemple permettant d'établir la

normalité du taux d'intérêt qu'elle a effectivement supporté par rapport aux prêts qui auraient pu être obtenus dans des conditions analogues auprès d'établissements ou d'organismes financiers indépendants » (*pt 10*). Sans que cela ne soit affirmé clairement, on peut raisonnablement conjecturer qu'il est possible pour les contribuables d'avoir recours à des études pour justifier du taux des intérêts qu'ils servent à des entreprises liées. Le rôle de l'Administration dans la dialectique de la preuve est ainsi cantonné à la démonstration du manque de solidité de ces études. C'est d'ailleurs sur ce point que l'arrêt *Paule Ka Holding* semble adopter une lecture particulièrement restrictive de l'article 212, I, a du CGI.

2. Le refus de considérer le marché obligataire comme un comparable externe fiable

5 – Le jugement commenté est particulièrement intéressant en ce qu'il semble proscrire toute possibilité pour un emprunteur de se prévaloir des taux pratiqués sur le marché obligataire pour établir celui des intérêts qu'il sert à des entreprises liées. Les juges parisiens admettent, en accord avec les travaux de l'OCDE (auxquels le législateur a fait explicitement référence lors de la rédaction de l'article 212, I, a du CGI), que la comparaison peut notamment résulter d'une analyse fondée sur des « comparables externes ». Ils précisent toutefois qu'en l'espèce la référence à des emprunts obligataires « ne fournit pas d'indication sur le taux que la société *Paule Ka Holding* aurait pu obtenir d'un établissement de crédit ». Il s'ensuit que seuls les prêts consentis par des « établissements de crédit » devraient pouvoir être utilisés en guise de comparables externes. Cette position reprend le raisonnement (étonnamment peu développé) suivi par le rapporteur public dans ses conclusions, selon lequel l'article 212, I, a du CGI « impose [...] une comparaison avec un emprunt bancaire ». La référence aux seuls taux que la société aurait pu obtenir auprès d'« établissements de crédit » surprend en ce qu'elle va au-delà de ce qu'exige la lettre même du CGI, qui vise le taux que la société aurait pu obtenir auprès de l'ensemble des « établissements ou organismes financiers », mais également de l'intention du législateur qui précisait expressément que « le principe est de fixer le taux d'intérêt intersociétés en fonction du taux comparable pratiqué dans le cadre d'opérations de prêt sur le marché libre » (*AN, Comm. fin., rapp. n° 2568, 12 oct. 2005, p. 460*).

6 – Surtout, les travaux préparatoires de la loi de finances pour 2006 dont est issue la rédaction actuelle de l'article 212, I, a du CGI indiquent que celle-ci fait « référence au principe de pleine concurrence explicité par les travaux de l'OCDE pour la détermination des prix de transfert » (*AN, comm. fin., rapp. n° 2568, 12 oct. 2005, p. 460*). La position adoptée par le juge dans l'arrêt *Paule Ka Holding* semble ainsi d'autant plus regrettable que l'OCDE considère indifféremment les emprunts bancaires et obligataires comme des « alternatives réalistes à un prêt intragroupe » (*OCDE, actions BEPS 8 et 10, Transactions financières, projet pour commentaires, 3 juill., 7 sept. 2018, p. 14, § 18*). Et pour cause : il paraît difficile d'arguer que la nature d'une opération de mise à disposition d'une somme d'argent serait susceptible de varier selon la qualité du prêteur (qu'il s'agisse d'un établissement de crédit ou de tout autre organisme ou établissement financier). À cet égard, on remarquera avec intérêt que la notion même d'« établissement financier » n'est plus définie par le droit interne français, sinon par renvoi direct au droit de l'Union européenne pour lequel ce terme s'entend de toute entreprise « dont l'activité principale consiste à prendre des participations ou à exercer une ou plusieurs activités visées aux points 2 à 12 et au point 15 de la liste figurant à l'annexe I de la directive n° 2013/36/UE ». Le point 7(e) de cette liste vise quant à lui expressément les « transactions, pour le compte propre ou pour le compte des clients [...]

sur des valeurs mobilières ». Par déduction, les emprunts obligataires semblent parfaitement admis parmi les prêts que peuvent consentir des établissements financiers indépendants. Le vecteur juridique à travers lequel est pratiquée l'opération ne devrait pas avoir d'influence sur la pertinence des comparables externes utilisés. Par ailleurs, le marché obligataire se substitue généralement au marché bancaire lorsque ce dernier joue insuffisamment son rôle

dans le financement de l'économie. On peut donc raisonnablement conjecturer qu'un emprunteur s'acquitterait des obligations probatoires mises à sa charge lorsqu'il a recours à des emprunts obligataires pour déterminer le taux des intérêts qu'il sert à des entreprises liées. On ne peut qu'espérer que les juges d'appel apprécieront avec plus de mesure la dialectique de la preuve exigée par l'article 212, I, a du CGI.

Annexe

TA Paris, 7 juin 2018, n° 1613999/2-3, Sté Paule Ka Holding

1. Considérant qu'à l'issue de la vérification de comptabilité dont elle a fait l'objet, la société Paule Ka holding a été assujettie à des cotisations supplémentaires d'impôt sur les sociétés au titre des exercices clos en 2012 et 2013, à raison du refus de déductibilité d'une charge exceptionnelle et de la remise en cause partielle de la déduction des intérêts nés des obligations souscrites par les associés en faisant application des limitations prévues au 3° du 1 de l'article 39 du code général des impôts et à l'article 212 du même code ; que la requérante conteste ces impositions ainsi que les pénalités pour manquement délibéré correspondant à la comptabilisation de la charge exceptionnelle ;

Sur le bien-fondé des impositions :

[...]

En ce qui concerne les intérêts versés en rémunération des obligations convertibles souscrites par l'actionnaire :

S'agissant de l'application de la loi fiscale :

7. Considérant qu'aux termes de l'article 39 du code général des impôts, dans sa rédaction applicable aux années d'imposition en litige : « 1. *Le bénéfice net est établi sous déduction de toutes charges, celles-ci comprenant (...) notamment : / (...) 3° Les intérêts servis aux associés à raison des sommes qu'ils laissent ou mettent à la disposition de la société, en sus de leur part du capital, quelle que soit la forme de la société, dans la limite de ceux calculés à un taux égal à la moyenne annuelle des taux effectifs moyens pratiqués par les établissements de crédit pour des prêts à taux variable aux entreprises, d'une durée initiale supérieure à deux ans* » ; qu'aux termes du I de l'article 212 du même code dans sa rédaction alors en vigueur : « I. *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 dans la limite de ceux calculés d'après le taux prévu au premier alinéa du 3° du 1 de l'article 39 ou, s'ils sont supérieurs, d'après le taux que cette entreprise emprunteuse aurait pu obtenir d'établissements ou d'organismes financiers indépendants dans des conditions analogues* » ; que, pour l'application de ces dispositions, les sommes que les associés laissent ou mettent à la disposition de la société s'entendent notamment du montant nominal d'obligations émises au profit de ces derniers ; qu'en cas de litige, pour l'application du I de l'article 212 du code général des impôts, il appartient à une entreprise ayant déduit des intérêts versés à une entreprise liée et dont le taux est supérieur à la limite prévue par ce texte de prouver qu'elle aurait pu obtenir le même taux d'établissements ou d'organismes financiers indépendants ; qu'enfin, en vertu du 12 de l'article 39 dudit code, des liens de dépendance sont réputés exister entre deux entreprises lorsque l'une détient directement ou par personne interposée la majorité du capital social de l'autre ;

8. Considérant qu'il résulte de l'instruction que la société Paule Ka holding a été constituée dans le cadre d'une opération d'achat à effet levier ou « *leverage by out* » mise en place pour financer l'acquisition et la croissance de la société Paule Ka ; qu'elle a acquis le 28 juillet 2011, l'intégralité du capital social du groupe, pour un montant de 42 millions d'euros ; qu'elle a financé cette acquisition, à hauteur de 17 millions d'euros par des capitaux propres, et à hauteur

de 25,7 millions d'euros, par trois emprunts convertibles en actions (OCA) à échéance de dix ans, au taux capitalisé versé in fine de 8 %, dont les souscripteurs sont tous des associés de la société Paule Ka holding et l'un, la société Black Tie Luxco holding, actionnaire à 70,7 %, entretient des liens de dépendance avec la société Paule Ka holding ; que la société Paule Ka holding a comptabilisé en charge les intérêts d'emprunts obligataires pour des montants de 2 083 490 euros et 2 574 298 euros au titre des exercices clos en 2012 et 2013 respectivement ; que le service a remis en cause le montant de ces déductions pour les intérêts versés pour les obligations souscrites par la société Black Tie Luxco en appliquant le taux d'intérêt légal prévu par le 3° du 1 de l'article 39 du code général des impôts, à savoir 3,64 % et 3,10 % au titre desdits exercices ; que, par conséquent, elle a réintégré dans les résultats de la société le montant correspondant à la différence entre le taux de 8 % appliqué par la société et le taux d'intérêt légal, soit la somme de 1 148 310,49 euros, ramenée à 1 092 601 euros par l'interlocuteur départemental pour tenir compte du taux légal trimestriel et dans la limite du quantum des rappels déjà opérés, au titre de l'exercice clos en 2012 et de 908 667,76 euros, la société ayant d'elle-même réintégré la somme de 808 408 euros comme intérêts excédentaires, au titre de l'exercice clos en 2013 ;

9. Considérant que la société Paule Ka holding soutient que le service ne pouvait pas exiger une offre de prêt datée de mise à disposition des avances, sans ajouter une condition au I de l'article 212 du code général des impôts et qu'il aurait dû examiner les transactions comparables qu'elle a présentées ainsi que l'étude diligentée par le cabinet Dauge et Associés ;

10. Considérant que, contrairement à ce que soutient la requérante, le service n'a pas exigé une offre de prêt mais a indiqué qu'une telle offre constituait un exemple permettant d'établir la normalité du taux d'intérêt qu'elle a effectivement supporté par rapport aux prêts qui auraient pu être obtenus dans des conditions analogues auprès d'établissements ou d'organismes financiers indépendants ; qu'en outre, la lettre même de l'article 212 du code général des impôts précité implique une comparaison avec les taux obtenus auprès d'établissements ou d'organismes financiers indépendants et non avec des taux pratiqués par des sociétés tierces pour des emprunts obligataires dans des situations similaires ; que, par conséquent, la situation des sociétés présentées à titre de comparaison, dont les domaines d'activité diffèrent de celui de la requérante, ne fournit pas d'indication sur le taux que la société Paule Ka holding aurait pu obtenir d'un établissement de crédit ; qu'enfin, le rapport du cabinet Dauge et Associés réalisé en 2015, soit postérieurement aux années en litige, tend à démontrer que le taux des rémunérations des OCA de la société Paule Ka holding se situe dans la fourchette des taux de marché pour des emprunts de même nature mais ne donne pas non plus d'indication sur le taux qu'elle aurait pu obtenir d'un établissement de crédit ;

S'agissant de l'interprétation administrative de la loi fiscale :

11. Considérant que la requérante ne saurait se prévaloir, sur le fondement de l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales, de l'instruction référencée BOI-IS-BASE-35-20-10-20140415 n° 100,

publiée le 15 avril 2014 au Bulletin officiel des finances publiques – impôts, qui ne fait pas de la loi fiscale une interprétation différente de ce qui précède ;

[...]

14. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la requête de la société Paule Ka holding doit être rejetée ;