

Crise économique et sécurisation fiscale des politiques de financement intragroupe



Laurent Borey est l'associé dirigeant du département structuration et fiscalité de Mayer Brown à Paris et est également l'un des responsables mondiaux de cette activité au sein de Mayer Brown.



Alexandre Guillemonat est associé de la SELARL A7tax et intervient principalement sur des sujets de fiscalité financière mais aussi d'évaluation et de stratégie fiscales.



Christopher Lalloz est associé du département structuration et fiscalité de Mayer Brown à Paris et est également en charge de l'activité contentieux fiscal du cabinet.

Les difficultés économiques nées de la crise sanitaire invitent à porter une attention particulière sur les politiques de financement des groupes. Il est en effet probable que ces dernières se trouvent impactées par les évolutions de nombreux facteurs dont elles dépendent tels que les taux d'emprunt bancaires, les besoins en trésorerie ou encore les dégradations des notes de crédit des groupes et/ou de certaines de leurs filiales.

L'enjeu est d'autant plus sensible qu'il s'inscrit dans un contexte où la sévérité de certains services vérificateurs à l'égard des questions de déductibilité des intérêts intragroupes s'est accrue, engendrant une jurisprudence nourrie. La mise en place d'une documentation rigoureuse afin de sécuriser les choix de financement intragroupe a pris une importance désormais bien comprise : le plafond de déductibilité des intérêts versés à une entité liée dépend en effet directement du taux que l'emprunteur aurait obtenu dans des conditions analogues auprès d'un tiers (le taux «de pleine concurrence»), et il ne fait plus de doute que cette référence peut être obtenue par tout moyen, généralement à partir d'études financières même postérieures à la conclusion des prêts concernés.

Bien que désormais acquise, cette liberté probatoire a été encadrée par le juge, soucieux de garantir la pertinence des comparaisons effectuées. Il va sans dire que la sécurisation des politiques de financement intragroupe est de plus en plus tributaire de la qualité des études produites par les contribuables et par les experts qu'ils mandatent pour les justifier. Cet encadrement concerne essentiellement deux enjeux, qui sont celui de l'influence de l'appartenance à un groupe pour la détermination du taux de pleine concurrence et celui du type d'éléments pouvant être retenus par le contribuable pour identifier ce taux.

Les enjeux liés à l'appartenance à un groupe

L'appartenance à un groupe de sociétés est de nature à influencer le taux qu'un emprunteur pourrait obtenir sur le marché libre, puisque ce taux peut dépendre de l'existence d'un soutien de la part des autres membres pour honorer ses obligations ou plus largement

des pratiques du groupe en matière de financement. Pourtant, le Conseil d'Etat a acté, dès une décision de mars 2019 (arrêt SNC Sibleu), qu'il était nécessaire d'apprécier le taux auquel l'entreprise emprunteuse aurait pu se financer auprès de tiers à partir de ses caractéristiques propres, c'est-à-dire abstraction faite de celles du groupe auquel elle appartient.

Cette position particulièrement surprenante emporte plusieurs conséquences. Elle implique par exemple que le taux d'un prêt contracté sur le marché libre pour l'ensemble du groupe ne soit d'aucun secours pour apprécier le taux qu'une société de ce groupe aurait elle-même obtenu auprès d'un tiers. Elle remet également en cause la possibilité de déduire des intérêts intragroupes versés dans le cadre de prêts en cascade, dont le taux est fixé en additionnant aux coûts supportés par l'emprunteur initial une marge d'intermédiaire. Dans le même esprit, la cour administrative d'appel de Paris a jugé en mars 2020 (arrêt Apex Tool) que la note de crédit à partir de laquelle des comparables externes pouvaient être identifiés sur le marché libre devait partir de la situation intrinsèque de l'emprunteuse et ne pouvait donc pas reposer sur les états financiers agrégés du sous-groupe auquel elle appartenait.

Ce souci du juge de cantonner l'analyse à un cadre hypothétique dans lequel l'emprunteur agirait en autarcie entre pourtant en contradiction avec les préconisations de l'OCDE. Le constat est d'autant plus important à souligner que la rédaction des dispositions fixant les règles de déductibilité des prêts entre entreprises liées fait référence, selon le législateur, «au principe de pleine concurrence explicité par les travaux de l'OCDE pour la détermination des prix de transfert» et que le Conseil d'Etat lui-même se réfère aux «conditions de pleine concurrence» depuis son avis Wheelabrator de juillet 2019. Si l'on peut concéder que jusqu'à une date récente, aucun document définitif n'avait été émis par l'OCDE sur la question de la tarification des prêts intragroupe, c'est désormais chose faite puisqu'un rapport spécifique aux transactions financières intragroupes est disponible à l'ensemble des acteurs concernés. Que dit alors ce rapport ?

S'agissant des prêts en cascade, il arrive que l'emprunteur final ne dispose pas de comparables sur le marché libre, notamment lorsque ses actifs ont été apportés en nantissement d'un prêt contracté en amont pour le groupe (il s'agit d'ailleurs là justement du problème rencontré par la SNC Siblu dans l'arrêt précité). Dans cette situation, l'OCDE indique qu'une approche par les coûts de financement peut être utilisée comme méthode de substitution. L'organisation ajoute d'ailleurs qu'une telle approche peut être appliquée aux transactions «pour calculer le prix d'un prêt souscrit auprès d'une partie non liée par un premier emprunteur, puis transféré, par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs entreprises associées, au travers d'une série de prêts, à l'emprunteur final». Le juge français considère toutefois que cette méthodologie ne permet pas d'évaluer le taux que l'emprunteur final aurait obtenu auprès d'un prêteur indépendant : une évolution de cette position serait donc souhaitable.

S'agissant de l'influence du groupe sur la notation de crédit, l'OCDE précise que «l'effet de l'appartenance à un groupe doit être pris en compte aux fins d'évaluer les conditions auxquelles une entreprise multinationale aurait obtenu un emprunt auprès d'un prêteur indépendant», notamment parce que «l'existence d'un soutien implicite du groupe peut avoir un effet sur la notation de crédit de l'emprunteur». Les principes de l'organisation en matière de prix de transfert précisent d'ailleurs que pour apprécier le taux de pleine concurrence applicable à une société dont la notation de crédit stand-alone serait dégradée si on la prenait isolément, mais qui du fait de son appartenance à un groupe présentant un meilleur profil de crédit pourrait obtenir de prêteurs indépendants des taux normalement applicables à des emprunteurs présentant une note de crédit solide, il convient précisément de se fonder sur cette dernière note.

Plus largement d'ailleurs, si le rapport de février 2020 ne prescrit pas l'utilisation systématique de la notation de crédit du groupe pour évaluer la transaction contrôlée, il ne le proscrit pas non plus et met même en avant son utilité dans certains cas. On s'étonnera alors de l'idée qui ressort en filigrane de la décision Apex Tool ou encore d'un jugement du tribunal administratif de Paris de décembre 2019 (Willink), selon laquelle le secteur d'activité et/ou le caractère représentatif du marché considéré des émetteurs d'obligations comparables retenus aurait une influence sur la pertinence de la comparaison alors que, précisément, la notation de crédit devrait intégrer cette variable.

Les enjeux liés au choix des comparables

L'autre terrain sur lequel s'est progressivement dessiné le cadre d'analyse probatoire en matière de taux des prêts intragroupes concerne les éléments pouvant être mobilisés pour approcher le taux de marché. L'administration – suivie, dans un premier temps, par les juridictions du fond – avait d'abord refusé tout recours aux comparables issus du marché obligataire, condamnant les contri-

buables à une preuve impossible, faute de données publiquement disponibles s'agissant des autres modes de financement. Les choses ont évolué dans le bon sens avec l'avis contentieux Wheelabrator rendu par le Conseil d'Etat en juillet 2019 qui a admis un tel recours tout en l'enserrant dans des conditions dont l'inspiration semble intimement provenir des principes de l'OCDE : les comparables choisis doivent être émis par une entreprise se trouvant dans des conditions économiques comparables et constituer une alternative réaliste à un prêt intragroupe.

Ces deux conditions ont pu être appliquées pour la première fois par le tribunal administratif de Versailles (jugement Wheelabrator) qui a jugé en décembre 2019 que le taux d'intérêt d'un prêt intragroupe était conforme au taux de pleine concurrence dès lors qu'il était étayé par une étude assise sur le rendement d'emprunts obligataires de la base de données Bloomberg émis durant la même période, dans la même devise et sur une durée similaire par des entreprises du secteur industriel dont le profil de risque était comparable à celui de l'emprunteur redressé.

S'agissant plus particulièrement de la condition selon laquelle l'émission obligataire devrait constituer une alternative réaliste à un prêt intragroupe, les juges versaillais ont considéré que dans

La sécurisation des politiques de financement intragroupe est de plus en plus tributaire de la qualité des études produites par les contribuables.

le contexte de crise financière dans lequel le prêt avait été conclu, aucune banque n'aurait accepté de consentir un prêt à une société dont le risque de crédit était aussi élevé sans appliquer une importante prime de risque. Entre les lignes, on comprend que des critères circonstanciels tels que la difficulté à obtenir des financements à des conditions favorables auprès de banques peuvent être pris en compte. Il est également probable qu'une attention particulière puisse être portée sur des éléments tels que la taille des émetteurs ou le montant du financement recherché, puisque c'est en partie de ces derniers que dépend la propension à couvrir les frais inhérents aux émissions.

Cette position confirme également l'erreur commise par certains services vérificateurs qui, à la suite de l'avis du Conseil d'Etat, se sont empressés d'exiger du contribuable qu'il démontre que chaque émission obligataire choisie comme comparable externe constituait, pour son émetteur, une telle alternative réaliste. Elle est en outre cohérente avec la lecture du rapport de l'OCDE qui distingue les «prêts intragroupes contrôlés» et les «solutions alternatives retenues», témoignant de la nécessité que le comparable constitue une alternative à la transaction contrôlée et non à d'autres transactions hypothétiques conclues par les émetteurs du panel retenu.

Ces évolutions témoignent de l'attention croissante portée par l'ensemble des acteurs concernés sur la nécessité de mettre en place une documentation complète des flux financiers intragroupes. La crise économique actuelle et l'augmentation de l'endettement intragroupe qu'elle risque de générer invitent à ne pas négliger ces sujets en anticipant d'éventuelles discussions lors desquelles la disposition d'éléments de preuve solides sera essentielle, notamment au regard de l'importance des montants en jeu. ■