

Consultation Taux d'intérêt des emprunts auprès d'entreprises liées – 9 fiches pratiques

Réponse de France Invest

Propos liminaires – commentaires généraux

S'agissant de l'analyse des comparables, il est important que l'analyse des caractéristiques des prêts se fasse sur des critères objectifs, à savoir les dispositions contractuelles du prêt intra-groupe.

Or, vous semblez à plusieurs reprises dans les fiches, vous réserver la possibilité d'ignorer les dispositions contractuelles du prêt intra-groupe étudié, et en particulier de considérer que ce prêt serait assorti de garanties alors que les parties ont exclu ces garanties. Une telle position aurait, notamment, pour conséquence de violer le principe de non-immixtion de l'administration fiscale dans la gestion des entreprises et d'ouvrir la porte à toutes sortes d'interprétations.

Dès lors, nous vous proposons de supprimer :

- i. la fiche n°6 (voir nos commentaires détaillés sur cette fiche ci-dessous) ;
- ii. le paragraphe 6 de la page 2 de la nouvelle fiche n°4 (cf. « À cet égard, il est précisé que l'analyse des seules dispositions contractuelles du prêt intra-groupe n'est pas toujours suffisante ; il convient de rechercher les dispositions qui auraient été retenues si les fonds avaient été mis à disposition par un établissement ou un organisme financier indépendant. »); et
- iii. le paragraphe 8 de la page 2 de la nouvelle fiche n°5 (cf. « À cet égard, il est précisé que l'analyse des seules dispositions contractuelles du prêt intra-groupe n'est pas toujours suffisante ; il convient de rechercher les dispositions qui auraient été retenues si les fonds avaient été mis à disposition par un établissement ou un organisme financier indépendant. »).

Fiche n°1 – Dialectique de la preuve

Cette fiche appelle un commentaire particulier de notre part. Ainsi, nous vous proposons de compléter, dans la partie « Principe » en page 2, l'avant-dernier alinéa (éléments en rouge ajoutés) :

« En revanche, si l'entreprise entend déduire des intérêts à hauteur d'un taux supérieur à celui défini à l'article 39-1-3° du CGI, il lui appartient de démontrer que le taux appliqué correspond au plus au taux qu'elle aurait pu obtenir d'établissements ou d'organismes financiers indépendants dans des conditions analogues.

L'entreprise doit être considérée comme ayant apporté la démonstration qui lui incombe

- i. *lorsqu'elle produit une analyse dans laquelle il est démontré que :*
 - *les références employées sont représentatives de niveaux de risques nécessairement inférieurs ou égaux à ceux de la transaction intra-groupe (exemple: référence à des*

transactions comparables entre tiers portant sur des emprunts non subordonnés, dans le cas d'une transaction intragroupe portant sur un emprunt subordonné) ; ou

- *le taux d'intérêt reflété par ces références est nécessairement supérieur ou égal au taux d'intérêt qu'elle aurait pu obtenir d'établissements ou d'organismes financiers indépendants dans des conditions analogues à la transaction intragroupe (exemple: références à des prêts entre tiers d'une durée moins longue que le prêt intragroupe, mais analogues dans leurs autres caractéristiques à la transaction intragroupe).*

ii. Et, l'entreprise entend déduire les intérêts à un taux qui n'est supérieur à celui reflété par ces références. »

Comme le souligne la fiche, l'enjeu est de démontrer que le taux appliqué correspond au plus au taux que l'entreprise aurait pu obtenir d'établissements ou d'organismes financiers indépendants dans des conditions analogues, et non pas que le taux appliqué est strictement égal au taux qu'elle aurait pu obtenir d'établissements ou d'organismes financiers indépendants dans des conditions analogues. **Ainsi, l'enjeu de la comparabilité des transactions entre tiers auxquelles l'entreprise entend faire référence n'est pas celui d'une comparabilité parfaite en tout point.** S'il subsiste des différences, mais que ces différences correspondent toutes à des conditions plus favorables pour le prêteur (dans les transactions entre tiers prise en référence pour justifier le taux du prêt intragroupe) que celles du prêt intragroupe, il en découle que ces références ne peuvent que sous-évaluer peu ou prou le taux que l'entreprise aurait pu obtenir d'établissements ou d'organismes financiers indépendants dans des conditions analogues en tout point à celles du prêt intragroupe, et donc que le taux appliqué au prêt intragroupe, s'il est conforme aux références employées, est nécessairement inférieur ou égal à celui que l'entreprise aurait pu obtenir d'établissements ou d'organismes financiers indépendants dans des conditions analogues.

Enfin, nous vous proposons, dans la partie « Situation examinée », de préciser sous forme d'une note de bas de page la notion de « secteur » pour indiquer que la définition de secteur doit être cohérente avec celle utilisée par les agences de notation.

Fiche n°2 - Modalités de preuve

Nous notons avec satisfaction la prise en compte de certains des commentaires que nous vous avons adressé précédemment à savoir sur le changement de risque de défaut en risque de crédit et sur l'introduction d'une définition des comparables.

Nous vous proposons de compléter en page 2 le deuxième paragraphe comme suit (éléments en rouge ajoutés par nos soins) :

« L'avis d'une banque tierce, par exemple présenté sous la forme d'une attestation, qui ne correspond pas à une transaction effective, n'a pas un caractère suffisamment probant pour l'examen de comparabilité requis par l'application de l'article 212-I-a du CGI, *sauf si cet avis fait partie d'un faisceau d'indices venant confirmer les conclusions d'autres analyses* ».

Fiche n°3 - Comparabilité – publications méthodologiques d'agences de notation et risque de crédit

A la fin de la partie « Application au cas particulier », en page 3 au dernier paragraphe avant la section « Précisions » avant le dernier paragraphe, nous vous proposons l'ajout d'une phrase rédigée comme suit (éléments en rouge ajoutés par nos soins) : « *Au cas particulier, la démarche de la société*

A peut être recevable si elle complète son analyse et fournit les justifications nécessaires à l'administration. Pour autant, les justifications demandées au contribuable ne devraient pas avoir pour effet d'exiger du contribuable de faire noter ses transactions intragroupe par des agences, ni d'accomplir un travail d'analyse aussi approfondi que celui d'une agence, alors que ce contribuable n'est pas lui-même une agence de notation et ne peut se fonder que sur des éléments publiquement disponibles. »

Selon nous, s'il est compréhensible que l'Administration attende un travail rigoureux du contribuable, il serait exorbitant que celui-ci entraîne pour lui une charge aussi élevée que s'il devait faire noter chacune de ses transactions intragroupe par une agence de notation (à supposer même qu'une agence accepte de noter une transaction dans un contexte autre que l'appel public à l'épargne), ni une charge de travail équivalente à celle d'une agence (en ce compris un savoir-faire que nul sauf une agence ne détient) ou reposant sur des éléments précis qui ne sont pas publiquement disponibles.

Fiche n°4 - Comparabilité – cas d'un ajustement améliorant la fiabilité d'un comparable

Comme indiqué dans nos propos liminaires, nous proposons de supprimer le paragraphe 6 de la page 2 de la nouvelle fiche n°4 (cf. « À cet égard, il est précisé que l'analyse des seules dispositions contractuelles du prêt intra-groupe n'est pas toujours suffisante ; il convient de rechercher les dispositions qui auraient été retenues si les fonds avaient été mis à disposition par un établissement ou un organisme financier indépendant. »).

Fiche n°5 - Comparabilité – présence de différences multiples et substantielles

Cette fiche relative à la comparabilité sur le thème de la présence de différences multiples et substantielles soulève la question du cumul des ajustements, chaque ajustement devant être correctement documenté.

Toutefois, en cas de plusieurs ajustements, le fait qu'un ajustement ne soit pas correctement documenté ne devrait pas remettre en cause les autres ajustements correctement documentés.

Dans ces conditions, nous vous renouvelons notre proposition d'ajout d'une phrase en haut de la page 3 après les mots « ne peut être admis. » comme suit :

« Pour les ajustements documentés, le seul fait de cumuler des ajustements qui individuellement sont correctement documentés, ne devrait pas amener à conclure que l'analyse est moins fiable. Il convient d'apprécier la fiabilité de chaque ajustement pris individuellement. En présence de certains ajustements correctement documentés et d'autres incorrectement documentés, les ajustements correctement documentés devraient être acceptés ».

Concernant la note de bas de page n°8, nous attirons votre attention sur le fait que la subordination est traitée dans les principes généraux de l'OCDE en préconisant qu'il est nécessaire de pratiquer une délimitation des transactions, c'est-à-dire que le contrat fait foi sauf si le comportement des parties est différent.

Comme indiqué dans nos propos liminaires, nous proposons de supprimer le paragraphe 8 de la page 2 de la nouvelle fiche n°5 (cf. « À cet égard, il est précisé que l'analyse des seules dispositions contractuelles du prêt intra-groupe n'est pas toujours suffisante ; il convient de rechercher les dispositions qui auraient été retenues si les fonds avaient été mis à disposition par un établissement ou un organisme financier indépendant. »).

Fiche n°6 - Comparabilité – garantie par des actifs de la société emprunteuse

Comme lors de notre réponse apportée en décembre dernier, nous continuons de demander la suppression de cette fiche relative à la comparabilité sur le thème de la garantie apportée par la société emprunteuse qui nous apparaît contestable à plus d'un titre.

D'une part, celle-ci ne traite pas du cas des cautions ni des garanties intra-groupes.

D'autre part, nous rappelons que, sur le marché obligataire, aucune garantie n'est requise de l'émetteur. De plus, il ne saurait être postulé de façon absolue, comme le suggère la fiche, que des sûretés réelles sont systématiquement demandées par les organismes et établissements financiers pour les opérations de prêt.

Enfin, cette fiche contredit les autres fiches. Comme indiqué dans les autres fiches, les caractéristiques d'un prêt sont déterminantes pour la détermination du taux. Or, celle-ci autorise les vérificateurs à reconstruire a posteriori des caractéristiques différentes de celles effectivement retenues en matière de garanties. Ceci nous paraît à la fois infondé et également dangereux car contraire :

- aux principes de l'OCDE (qui n'autorisent la remise en cause des termes d'un contrat que dans le cas où les parties ne le respectent pas),
- au principe de non immixtion de l'administration fiscale dans la gestion des entreprises.

Une telle approche ouvrirait la porte à toutes sortes d'interprétations, sans limite.

Dans ces conditions, nous vous renouvelons notre proposition de suppression de cette fiche.

Fiche n°7 - Comparabilité – contrat de prêt bancaire à emprunteurs multiples

Les modifications apportées à cette fiche n'appellent pas de commentaires de notre part.

Fiche n°8 - Comparabilité – prêts « miroirs »

Nous notons avec satisfaction que la référence à la jurisprudence Siblu a été ajoutée dans la fiche.

Par ailleurs, dans l'exemple de la situation examinée, nous renouvelons notre commentaire s'agissant de l'erreur de rédaction qui s'est glissée au 2ème boulet point du deuxième paragraphe comme suit :

*« et que le remboursement de tout prêt intra-groupe est subordonné au remboursement des prêts bancaires octroyés par X et Y (les remboursements **A2** [au lieu de A3] et A4) ».*

Fiche n°9 - Comparabilité – Marché financier obligataire

Les modifications apportées à cette fiche n'appellent pas de commentaires de notre part.

* * *