

5.3.1

La preuve du taux de marché des financements intragroupe : les prix de transfert en reflet ?

CE, 18 mars 2019, n° 411189, SNC Siblu, concl. M.-G. Merloz

Une société holding britannique, devenu société-mère dans le cadre d'une opération de LBO, se finance auprès d'une banque et consent des avances aux sociétés membres du groupe. L'administration fiscale réintègre partiellement, par application du I de l'article 212 du CGI, les intérêts ainsi acquittés auprès de sa mère par la société requérante, filiale de ce groupe. Le Conseil d'État juge, conformément aux conclusions du rapporteur public, que la société ne prouve pas que le taux pratiqué par sa mère est inférieur ou égal au taux qu'elle aurait pu obtenir auprès d'établissements financiers indépendants dans des conditions analogues en faisant valoir, d'une part, que le taux litigieux correspondait au

taux prévu dans le contrat de financement du groupe auprès de la banque, qui est indépendante du groupe, et d'autre part que, l'ensemble de ses actifs ayant été apporté en garantie dans le cadre du contrat de financement du groupe, elle n'aurait pu obtenir de prêt d'aucun établissement financier indépendant.

Alors que cette décision contribue à fixer un cadre sur les modes de preuve admissibles, une analyse, audacieuse peut-être, tend à rapprocher les dispositions de la preuve contraire des règles applicables aux prix de transfert. Si cette convergence se confirme, les principes OCDE pourraient alors apporter un nouvel éclairage sur certains sujets non encore tranchés.

Décision

CE, 9e et 10e ch., 18 mars 2019, n° 411189, SNC Siblu

Pdt : M. Stahl - **Rapp. :** M. de Sainte Lorette - **Rapp. public :** Mme Merloz - **Av. :** Cabinet Briard

Fichage : Mentionné dans les tables du recueil Lebon

Vu la procédure suivante :

La SNC Siblu a demandé au tribunal administratif de Bordeaux d'augmenter son déficit reportable au titre de l'année 2007 d'un montant de 634 274 euros. Par un jugement n° 1302599 du 13 novembre 2014, le tribunal administratif a fait droit à sa demande.

Par un arrêt n° 15BX01177 du 4 avril 2017, la cour administrative d'appel de Bordeaux, sur appel du ministre de l'économie et des finances, a annulé ce jugement et rejeté la demande présentée par la société Siblu devant le tribunal administratif de Bordeaux.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un nouveau mémoire, enregistrés les 6 juin 2017, 6 septembre 2017 et 19 décembre 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, la société Siblu demande au Conseil d'État :

- 1°) d'annuler cet arrêt ;
- 2°) réglant l'affaire au fond, de rejeter l'appel du ministre ;
- 3°) de mettre à la charge de l'État la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code général des impôts et le livre des procédures fiscales ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Matias de Sainte Lorette, maître des requêtes en service extraordinaire,

- les conclusions de Mme Marie-Gabrielle Merloz, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, au cabinet Briard, avocat de la société Siblu ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond qu'au titre de l'exercice clos en 2007, la SNC Siblu a déduit en charges les intérêts qu'elle a acquittés en contrepartie d'avances qui lui ont été consenties par deux autres sociétés appartenant au même groupe, la société Siblu Holding Ltd et la société Siblu Finance Ltd. A la suite d'une vérification de comptabilité, l'administration a remis en cause le caractère déductible d'une fraction de ces intérêts, qu'elle a réintégrée dans les résultats de cet exercice 2007, pour un montant de 634 274 euros venant en diminution du déficit reportable au titre de l'impôt sur les sociétés. La SNC Siblu se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 4 avril 2017 par lequel la cour administrative d'appel de Bordeaux a fait droit à l'appel du ministre de l'économie et des finances contre le jugement du 13 novembre 2014 du tribunal administratif de Bordeaux faisant droit à la demande de la société de rehausser à due concurrence son déficit reportable de l'exercice 2007.

Sur la régularité de l'arrêt attaqué :

2. Aux termes de l'article R. 411-1 du code de justice administrative : « *La juridiction est saisie par requête. La requête (...) contient l'exposé des faits et moyens, ainsi que l'énoncé des conclusions soumises au juge. / L'auteur d'une requête ne contenant l'exposé d'aucun moyen ne peut la régulariser par le dépôt d'un mémoire exposant un ou plusieurs moyens que jusqu'à l'expiration du délai de recours* ». Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que l'administration a présenté devant la cour administrative d'appel de Bordeaux une requête d'appel qui ne consistait pas en la seule reproduction de son mémoire de première instance mais énonçait les raisons qui lui paraissaient devoir fonder l'annulation du jugement du tribunal administratif et répondait aux conditions fixées par l'article R. 411-1, sans qu'y fasse obstacle la circonstance que le moyen de dénaturation qui y était soulevé relève de l'office du juge de cassation. Par suite, en écartant la fin de non-recevoir présentée par la SNC Siblu, la cour, qui ne s'est pas méprise sur la portée des écritures qui lui étaient soumises, n'a pas commis d'erreur de droit.

Sur le bien-fondé de l'arrêt attaqué :

3. Aux termes de l'article 39 du code général des impôts : « *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 (...) ». Aux termes du I de l'article 212 du même code dans sa rédaction applicable aux impositions en litige : « *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 (...)* ».

4. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond qu'afin de racheter leur entreprise à son actionnaire dans le cadre d'une opération de rachat par effet de levier ou « LBO », les cadres du groupe britannique Siblu ont créé la société Siblu Holding Ltd qui a obtenu, en 2004, un financement auprès du groupe bancaire Barclays, lequel a été renégocié le 15 décembre 2006. Dans ce cadre, les sociétés du groupe Siblu ont, d'une part, signé avec le groupe Barclays un contrat de financement et, d'autre part, conclu entre elles un accord (« *Intra-Group Funding Agreement* ») définissant les conditions dans lesquelles des avances pourraient être obtenues par les filiales, notamment la SNC Siblu, auprès de la société Holding Siblu Ltd et de la société Siblu Finance Ltd, chargées de porter les dettes contractées auprès de la banque Barclays.

5. Pour établir que le taux moyen de 8,2803 % auquel elle avait rémunéré les différentes avances qui lui avaient été consenties dans les conditions énoncées au point 4 ci-dessus, et qui était supérieur au taux prévu au premier alinéa du 3° du 1 de l'article 39 du code général des impôts, n'était en revanche pas supérieur à celui qu'elle aurait obtenu d'un établissement financier indépendant, la SNC Siblu soutenait, en premier lieu, que compte tenu de ce que l'ensemble de ses actifs avaient été apportés en nantissement, à titre de garantie, dans le cadre du contrat de financement du groupe auprès de la banque Barclays et de ce que, par l'effet du même contrat, celle-ci bénéficiait auprès d'elle d'une situation de créancier privilégié, elle n'aurait pu obtenir de prêt d'aucun établissement financier indépendant. En écartant cet argument, la cour n'a ni entaché son arrêt de dénaturation ni commis d'erreur de droit dès lors que les dispositions de l'article 212 du code général des impôts prévoient que les intérêts afférents aux sommes mises à disposition par une entreprise liée ne sont déduits que dans la limite des intérêts calculés d'après le taux prévu au premier alinéa du 3° de l'article 39 du même code, sauf pour l'entreprise emprunteuse à prouver qu'elle se serait endettée au même taux auprès d'un établissement financier indépendant et que cette preuve ne peut être regardée comme apportée dans l'hypothèse où un tel emprunt n'aurait pas été possible.

6. La cour a pu, en deuxième lieu, estimer, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, qu'étaient dépourvus

de valeur probante les extraits de revues financières invoqués devant elle par la société requérante, lesquels présentaient des moyennes de taux pratiqués pour des opérations de LBO et étaient sans lien avec la situation propre de la société emprunteuse.

7. Pour établir que le taux moyen auquel elle avait rémunéré les différentes avances qui lui avaient été consenties, et qui était supérieur au taux prévu au premier alinéa du 3° du 1 de l'article 39 du code général des impôts, n'était en revanche pas supérieur à celui qu'elle aurait obtenu d'un établissement financier indépendant, la SNC Siblu faisait également valoir, en troisième lieu, qu'il correspondait exactement à l'application des taux prévus, pour les divers besoins de financement qu'elle a couverts par ces avances, dans le contrat de financement du groupe auprès de la banque Barclays, qui est indépendante de ce groupe. En jugeant que, ce faisant, la société requérante n'apportait pas la preuve qui lui incombait, la cour a porté sur les faits de l'espèce une appréciation souveraine exempte de dénaturation et n'a pas méconnu la portée des articles 39 et 212 du code général des impôts, dès lors que, pour l'application de ces dispositions, le taux d'intérêt auquel l'entreprise emprunteuse aurait pu s'endetter auprès d'organismes financiers indépendants doit être apprécié au regard, d'une part, des caractéristiques des prêts et, d'autre part, des caractéristiques propres de cette entreprise et non de celles du groupe de sociétés auquel elle appartient.

8. Aux termes, en dernier lieu, du second alinéa de l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales : « Lorsque le redevable a appliqué un texte fiscal selon l'interprétation que l'administration avait fait connaître par ses instructions ou circulaires publiées et qu'elle n'avait pas rapportée à la date des opérations en cause, elle ne peut poursuivre aucun rehaussement en soutenant une interprétation différente. Sont également opposables à l'administration, dans les mêmes conditions, les instructions ou circulaires publiées relatives au recouvrement de l'impôt et aux pénalités fiscales ». Aux termes du paragraphe 28 de l'instruction administrative 4

H 8-07 du 31 décembre 2007 : « Conformément au I de l'article 212, l'entreprise qui souhaite appliquer le mécanisme de preuve contraire doit être en mesure de justifier que le taux servi au titre des avances accordées par une entreprise liée n'est pas excessif par rapport à celui qu'elle aurait pu obtenir d'établissements ou d'organismes financiers indépendants dans des conditions analogues (...). L'appréciation du caractère analogue s'effectue en tenant compte du taux que l'entreprise bénéficiaire des sommes aurait obtenu en se finançant de façon autonome auprès d'établissements de crédit, compte tenu : / - des caractéristiques des avances, telles que le montant mis à sa disposition, le délai de mise à disposition des avances, l'éventuel risque de change supporté par le prêteur ; / - de la situation propre à l'entreprise emprunteuse, telle que son risque de crédit, la notation dont auraient pu bénéficier certains instruments financiers lors de leur émission récente par l'emprunteur (...) ».

9. En jugeant que les dispositions de l'instruction administrative 4 H 8-07 du 31 décembre 2007, qui précisaient la nécessité de tenir compte de la situation propre de la société emprunteuse, ne contenaient aucune interprétation de la loi fiscale dont la requérante aurait pu se prévaloir au soutien de ses prétentions, la cour n'a pas méconnu les dispositions de l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales.

10. Il résulte de tout ce qui précède que la société Siblu n'est pas fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de l'État, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante.

D E C I D E :

Article 1er : Le pourvoi de la société Siblu est rejeté.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à la SNC Siblu et au ministre de l'action et des comptes publics.

Conclusions

Marie-Gabrielle MERLOZ,
Rapporteur public

1. La **déductibilité des charges financières**, qui est au cœur de ce litige, est une question sensible. Elle constitue en effet un important outil d'optimisation fiscale pour les entreprises, alors que votre jurisprudence, au nom du principe de non-immixtion dans la gestion des entreprises, se refuse de juger de l'opportunité de leurs décisions de gestion, notamment de leurs choix financiers (CE, 20 déc. 1963, n° 52308 : Dupont 1964 p. 175 ; constamment réaffirmé, par exemple à l'occasion de l'abandon de la théorie du risque

manifestement excessif : CE, 13 juill. 2016, n° 375801, SA Monte Paschi Banque : RJF 11/16 n° 937). La possibilité de déduire les intérêts d'emprunts pouvant inciter une entreprise à privilégier l'endettement par rapport aux fonds propres, l'administration fiscale tente, de son côté, de débusquer toute tentative d'endettement artificiel afin d'éviter une érosion injustifiée, voir une évasion, de la base d'imposition.

Comme le confirment sans ambiguïté les travaux préparatoires à l'article 113 de la loi n° 2005-1719 du 30 décembre 2005 de finances pour 2006, dont sont issues les dispositions du I de l'article 212 du code général des impôts¹, applicables aux exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2007, c'est précisément dans un objectif de prévention et de sanction

1 Sénat, rapport de Ph. Marini n° 99, Vol. 1 (art. 70).

des contournements du dispositif de lutte contre la sous-capitalisation que le législateur est intervenu pour le moderniser. À cet effet, il a notamment redéfini la limite posée à la déductibilité des intérêts d'emprunts.

Les modifications introduites ont un double objet. D'une part, le champ d'application de ce dispositif est élargi : il englobe tous les emprunts contractés auprès des sociétés liées à l'emprunteuse, directement ou indirectement, et non plus seulement ceux qui l'ont été auprès des associés. D'autre part, le taux maximal de déductibilité des intérêts est davantage encadré en posant une limite alternative avec un taux « plancher » et un taux « plafond ». La société emprunteuse peut déduire les intérêts versés, comme c'était le cas auparavant, en faisant application du taux, publié par l'administration, prévu au premier alinéa du 3° du 1 de l'article 39, c'est-à-dire, dans sa rédaction alors applicable, le 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. Si les intérêts versés sont supérieurs à ce taux - c'est la nouveauté introduite, leur déduction reste possible mais elle est plafonnée « **d'après le taux que cette entreprise emprunteuse aurait pu obtenir d'établissements ou d'organismes financiers indépendants dans des conditions analogues** ».

Il ressort des travaux préparatoires que cette logique comparative fait référence au principe de « pleine concurrence » prévu dans les travaux de l'OCDE pour la détermination des prix de transfert. Il faut donc que la société emprunteuse se prévale, pour apporter la preuve qui lui incombe, de conditions d'emprunt comparables à celles qui seraient pratiquées sur le marché, ces dernières devant être appréciées au regard de l'indépendance de l'établissement prêteur et de la similitude des conditions d'octroi du prêt.

Nous observons que cette rédaction fait également écho à votre jurisprudence sur le caractère normal ou anormal de la rémunération des avances de fonds consenties par une entreprise à une autre (CE, 7 oct. 1988, n° 50256 : RJF 12/88 n° 1296. - s'agissant d'entreprises liées : CE, 19 juin 2017, n° 392543 à 392545, Min. c/ Stés General Electric France et General Electric Capital : Lebon T. ; RJF 10/17 n° 908, concl. M-A. de Barmon).

Précisons, pour compléter ce tableau général, et bien que cette modification ne soit pas applicable au litige, que l'article 22 de la loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014 subordonne désormais la déductibilité des intérêts d'emprunt au respect d'une seconde condition, tenant à l'assujettissement de la société percevant les intérêts, à raison de ces intérêts, à un impôt sur les bénéfices dont le montant correspond au moins à 25 % de l'impôt sur les sociétés (actuel b du I de l'article 212 du code général des impôts).

2. Ces nouvelles règles ont eu une incidence particulièrement notable dans les montages en leverage buyout (LBO ou acquisition d'une société par effet de levier). Quelques précisions sur cette technique d'acquisition s'imposent pour bien cerner l'enjeu du litige. Il s'agit d'une opération

par laquelle une société holding, créée à cet effet, procède à l'acquisition d'une société dite cible avec un investissement minimal en capital et en recourant à l'endettement dans la limite des capacités de remboursement de la société cible. L'effet de levier recherché peut en outre être favorisé en plaçant la société holding d'acquisition et les sociétés membres du groupe sous le régime de l'intégration fiscale. Dans un tel montage, le traitement fiscal de la dette d'acquisition, portée par le holding, est particulièrement important pour l'équilibre financier des opérations.

Le schéma d'endettement est sophistiqué. On distingue en principe une dette « senior », qui doit son nom au fait qu'elle doit être remboursée en premier, et une dette « mezzanine », intermédiaire dans la structure financière entre les fonds propres et la dette « senior ». La dette « senior », qui constitue la source principale du financement, est une dette bancaire composée de plusieurs tranches correspondant à des niveaux de risque différents. La dette « mezzanine », subordonnée au remboursement de la précédente, permet de maximiser l'effet de levier en dépassant celui autorisé par la dette « senior », les banques n'acceptant pas d'aller au-delà d'un certain risque, sans pour autant augmenter les fonds propres. Les titres de la société cible constituent les principaux actifs apportés en garantie du remboursement de l'emprunt².

3. Venons-en, à présent, aux faits de l'espèce. La société requérante, la société en nom collectif (SNC) Siblu, fait partie du groupe éponyme qui intervient dans le secteur d'activités des loisirs. Elle détient des participations dans les sociétés d'exploitation de ce groupe établies en France et a pour associés deux sociétés de droit britannique, Siblu France Ltd et Siblu UK Ltd, elles-mêmes membres du groupe dont la société, également de droit britannique, Siblu Holding Ltd est la société mère. Cette dernière, créée à la fin de l'année 2004 dans le cadre d'une opération de LBO, porte une partie de l'endettement contracté pour réaliser l'acquisition du groupe par ses cadres dirigeants, l'autre partie étant portée par une sous-filiale, la société Siblu Finance Ltd. Les conditions de cet endettement ont été fixées à cette époque puis renégociées deux ans plus tard par deux contrats du 15 décembre 2006, soit juste avant l'entrée en vigueur des nouvelles règles de déductibilité des intérêts d'emprunt entre sociétés liées prévues au I de l'article 212 du code général des impôts. Le premier de ces contrats lie l'ensemble des sociétés du groupe et la banque Barclays. C'est un contrat de financement propre aux schémas de LBO, selon les modalités complexes que nous avons brièvement résumées. **Le second contrat**, qui est directement à l'origine du litige, définit les conditions dans lesquelles les sociétés du groupe peuvent obtenir des avances auprès de la société mère et de sa sous-filiale financière porteuses de la dette d'acquisition, ainsi qu'un emprunt direct auprès de la banque Barclays dans le cadre d'un droit de tirage.

² V. not. JCL. Sociétés Formulaire, Fasc. Q-40 Acquérir une société par effet de levier : le LBO. - Mémento FL Transmission d'entreprise 2018-2019, n° 63002 et s.

Au cours de l'exercice 2007, la société requérante a bénéficié d'avances consenties par ces deux sociétés en exécution de cet accord de financement. Elle a déduit les intérêts d'emprunt versés en contrepartie, au taux annuel de 8,2803 %, excédant le taux « plancher » fixé par le 3° du 1 de l'article 39 du code général des impôts, qui s'élevait alors à 5,41 %. À l'issue d'une vérification de comptabilité de la SNC Siblu, l'administration a estimé, sur le fondement du I de l'article 212 du code général des impôts dans sa rédaction alors applicable, que ce taux était supérieur au taux qu'elle aurait pu obtenir d'établissements ou d'organismes financiers indépendants dans des conditions analogues. Elle a alors réintégré la différence entre le montant des intérêts initialement déduits et celui résultant, non de l'application du taux « plancher » de 5,41 %, mais du taux plus favorable de 6,61 %, correspondant au taux moyen de rémunération des lignes de crédit consenties par la Banque Barclays en exécution du même accord. Cette rectification a conduit à la réduction du déficit reportable de la SNC Siblu. Après le rejet de sa réclamation, cette dernière a porté le litige devant le juge de l'impôt. Par un jugement du 13 novembre 2014 (TA Bordeaux, 13 nov. 2014 : RJF 7/15 n° 564 ; Dr. fisc. 2015, n° 14, comm. 240), le tribunal administratif de Bordeaux a estimé qu'elle devait être regardée comme établissant que le taux servi n'était pas excessif. Sur appel du ministre de l'économie et des finances, la cour administrative d'appel de Bordeaux a cependant inversé la solution par un arrêt du 4 avril 2017, contre lequel la SNC Siblu se pourvoit régulièrement en cassation.

4. Le premier moyen ne vous retiendra pas. La cour n'a pas entaché son arrêt de dénaturation, ni commis d'erreur de droit en écartant la fin de non-recevoir opposée à la requête du ministre sur le fondement de l'article R. 411-1 du code de justice administrative. S'il est exact que le moyen de dénaturation que le ministre invoquait relève de l'office du juge de cassation, la requête n'en contenait pas moins l'exposé d'un moyen qui visait clairement à remettre en cause l'appréciation portée par les premiers juges quant à la preuve apportée du caractère non excessif du taux d'intérêt servi et qu'il suffisait de requalifier.

5. C'est le second moyen qui a justifié l'inscription de cette affaire à votre rôle. La cour a-t-elle dénaturé les faits et méconnu les dispositions des articles 39 et 212 du code général des impôts et de l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales en jugeant que l'administration avait pu, à bon droit, regarder le taux de 8,2803 % comme excessif ?

C'est la première fois que vous avez à préciser les conditions de mise en œuvre du I de l'article 212 du code général des impôts, dans sa rédaction issue de l'article 113 de la loi de finances pour 2006, et plus précisément la démarche à suivre pour justifier des taux d'intérêt pratiqués lorsqu'ils sont supérieurs au taux « plancher ». Seules certaines juridictions du fond ont déjà eu à connaître de ce mécanisme dit de la preuve contraire. La preuve mise à la charge des entreprises se révèle délicate à apporter, spécifiquement dans le

cadre d'une opération de LBO (voyez, par exemple, pour une application négative : CAA Paris, 4 nov. 2014, n° 14PA00814, SAS Société immobilière du 20 rue Monsieur : RJF 10/15 n° 762, concl. P. Ouardes ; BDCF 10/15 n° 115. - TA Paris, 30 janv. 2018, n° 1707553, SAS Studialis : RJF 11/18 n° 1076 ; pour une application positive : TA Montreuil, 30 mars 2017, n° 1506904, Sté BSA : RJF 08-09/17 n° 780, concl. S. Humbert). Ces solutions, majoritairement restrictives, ont suscité quelques commentaires critiques de la doctrine³.

5.1. Cette affaire ne vous permettra guère de préciser les données comparatives qui peuvent être retenues.

Vous pourriez tout au plus préciser, mais cela nous semble aller de soi et la doctrine administrative va d'ailleurs en ce sens⁴, que la preuve est libre en la matière. Si le juge peut faire preuve de souplesse quant à la nature des éléments produits, il nous semble en revanche difficile de s'abstraire d'une certaine rigueur dans l'exigence du contenu de ces éléments : ils doivent être suffisamment précis et adaptés à la situation propre de la société concernée. Cette exigence nous semble inhérente au mécanisme dérogatoire et « anti-abus » décidé par le législateur. Au cas d'espèce, si la société requérante se prévalait des extraits d'un article financier et d'un ouvrage sur la structure des financements en LBO, la cour ne les a pas jugés irrecevables mais insuffisants, à eux-seuls, pour établir que le taux appliqué correspondait aux taux habituels du marché. Ce raisonnement n'est entaché d'aucune erreur de droit. Et cette appréciation est exempte de dénaturation, dès lors que les brefs extraits cités dans les mémoires de première instance ne font état que de taux moyens pratiqués à cette époque, sans lien avec la situation propre de la SNC Siblu.

5.2. Les deux autres arguments invoqués sont plus intéressants et vous conduiront à préciser la nature de la preuve pouvant être rapportée dans le cadre d'une opération de LBO.

La société requérante se prévaut de ce que le taux d'intérêt qui lui a été appliqué est, par « effet miroir », le reflet exact de celui dont sa société mère et la sous-filiale financière ont bénéficié pour les emprunts bancaires contractés pour financer l'acquisition de la société cible dans le cadre de l'opération de LBO. Elle en déduit que le taux refacturé peut être regardé comme un taux de marché. Elle ajoute que les conditions d'emprunts sont similaires puisque la SNC, en tant que sous-holding, a procédé à la même opération de financement en acquérant les titres des sociétés françaises du groupe que l'opération effectuée par la société Siblu Holding Ltd en acquérant les titres de sociétés britanniques.

Dans le prolongement de cette argumentation, elle soutient qu'elle n'aurait jamais pu obtenir d'un établissement

³ Justification du taux d'intérêt de pleine concurrence. Comment sortir de l'impasse ? - Dr. fisc. 2018, n° 48, comm. 483. - Justification du taux d'intérêt servi aux entreprises liées : le rejet des comparables issus du marché obligataire : Dr. fisc. 2018, n° 39, act. 420 à propos de TA Paris, 7 juin 2018, n° 1613999/2-3, Sté Paule Ka Holding.

⁴ BOI 4 H-8-07, 31 déc. 2007, § 29. - BOI-IS-BASE-35-20-10, 15 avr. 2014, § 110.

indépendant un taux plus favorable que celui qui lui a été appliqué, dès lors que sa situation de sous-holding française serait moins favorable que celle des deux sociétés britanniques emprunteuses au regard des actifs détenus et susceptibles d'être donnés en garantie. Elle estime même qu'il lui aurait été impossible d'obtenir un prêt auprès d'une banque du fait des termes du contrat de financement de type LBO liant l'ensemble des sociétés du groupe.

Nous ne sommes cependant pas convaincue par ces deux arguments. En effet, le taux accordé aux deux sociétés porteuses de la dette d'acquisition par la banque Barclays a été fixé au regard de la situation de ces deux sociétés et du groupe, compte tenu des risques encourus dans le cadre de l'opération de LBO. Il est loin d'être évident que la SNC Siblu se trouve dans une situation comparable. Comme le précise la doctrine administrative⁵, le taux appliqué doit refléter la prise en compte non seulement des caractéristiques du prêt mais aussi du profil financier de la société emprunteuse. Si, comme le soutient la requérante, elle dispose de moins de garantie à apporter que sa société mère, cela n'épuise pas l'appréciation du risque de crédit. Entre également en ligne de compte, par exemple, sa propre situation financière. La société requérante n'a développé aucune argumentation sur ce terrain.

Cette démarche est conforme à votre jurisprudence qui refuse, en matière d'acte anormal de gestion, de retenir l'intérêt de groupe. Dans votre décision déjà mentionnée du 19 juin 2017, *Min. c/ Sté General Electric Capital*, vous avez ainsi jugé que si l'administration peut présumer que le cautionnement, par une société mère, des dettes de sa filiale a pour effet de modifier le risque de solvabilité du bénéficiaire de la caution, elle ne peut en revanche présumer que l'appartenance à un groupe de sociétés puisse avoir, à elle seule, un tel effet, quand bien même les acteurs de marché seraient renseignés sur le risque de solvabilité de la société tête de groupe en raison de la stabilité des notes, convergentes et régulièrement actualisées, qui lui sont attribuées par les différentes agences de notation. Le taux de marché doit donc être déterminé principalement au regard de la situation propre de l'emprunteur et non de son appartenance à un groupe.

Les dispositions du I de l'article 212 du code général des impôts ne commandent pas de raisonner autrement, bien au contraire. La logique qui préside à ce mécanisme « anti-abus » invite à raisonner comme si la société ne faisait pas partie d'un groupe. La solution est sans doute rigoureuse et la preuve délicate à apporter si, comme le soutient la société requérante, aucun organisme financier indépendant n'accepterait de lui accorder un prêt compte tenu des obligations auxquelles elle est soumise dans le cadre du schéma de LBO (en raison notamment du nantissement de ses actifs, de la

hiérarchisation du remboursement des emprunts et du conditionnement des avances en faveur des sociétés du groupe à la dette « senior » et à la dette « mezzanine »). Nous croyons volontiers que la nature très particulière d'un tel montage ne cadre guère avec l'exigence fixée au I de l'article 212 de recherche du taux d'intérêt qui aurait été appliqué par un établissement financier indépendant pour un emprunt avec des conditions similaires et pour un profil de risque comparable et des financements d'acquisition similaires. Mais si tel est bien le cas, ce n'est pas parce que la preuve qui pèse sur la société est impossible mais plutôt parce qu'il n'existe pas de référence de marché.

Il nous semble, dans ces conditions, que la société requérante ne peut être regardée comme apportant la preuve qui lui incombe du caractère non excessif du taux d'intérêt pratiqué. Suivre son raisonnement autoriserait, à nos yeux, un contournement des dispositions de l'article 212 du code général des impôts : le déplafonnement du taux d'intérêt serait systématique, sans que l'on ait à exiger de justifications de sa part, du fait des conditions particulières de l'accord de financement conclu dans le cadre d'une opération de LBO. Sauf à ce que le législateur intervienne, ce qui semble peu vraisemblable compte tenu du durcissement déjà évoqué du dispositif, la solution est sans doute plus à rechercher dans la structuration des opérations de LBO. Nous ne sommes pas spécialiste en ce domaine mais la fixation du taux d'intérêt de prêts intra-groupe par « effet-miroir » n'est certainement pas la seule modalité envisageable pour garantir l'équilibre financier du montage.

Nous vous proposons dès lors de confirmer l'arrêt attaqué, la cour n'ayant ni dénaturé les faits qui lui étaient soumis, ni méconnu les articles 39 et 212 du code général des impôts en jugeant que la SNC Siblu n'apportait pas la preuve qui lui incombe en se prévalant de « l'effet miroir » et des obligations qui pesaient sur elle du fait de l'opération de LBO.

6. Si la société requérante invoque enfin une dénaturation et une erreur de droit au regard de l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales, elle ne développe aucune argumentation propre à ces dispositions. En tout état de cause, l'instruction, référencée 4 H-8-07, du 31 décembre 2007 ne contient pas d'interprétation formelle de la loi fiscale contraire à cette dernière. La cour a dès lors pu, à bon droit, écarter pour ce motif l'invocation de cette doctrine sur le fondement de l'article L. 80 A.

Par ces motifs, nous concluons au rejet du pourvoi, y compris les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

M.-G. MERLOZ ■

5 BOI 4 H-8-07, préc., § 28. - BOI-IS-BASE-35-20-10, préc., § 100.

Commentaire



Marien SERRAILLE,
Manager, PwC Société d'Avocats
Chargé d'enseignement à l'Université
Jean Moulin – Lyon 3

Introduction

1. Si l'on doit à Thalès certains souvenirs lointains de mathématiques, nous lui devons également une phrase pleine de sagesse : « *le temps met tout en lumière* ». En matière de financements intragroupe, cette phrase prend tout son sens, tant l'obscurité a semblé s'imposer des années durant.

À l'origine, les dispositions du a du I de l'article 212 du CGI, adoptées par la loi de finances pour 2006⁶, portaient pourtant d'un principe simple. Une société emprunteuse est autorisée à déduire les intérêts servis à des entreprises liées, françaises comme étrangères, dans la limite de ceux calculés au taux prévu à l'article 39, 1, 3° du CGI. Par exception, la loi offre la possibilité de déduire un montant plus important d'intérêts si la société peut démontrer que le taux d'intérêt de marché dont elle aurait bénéficié auprès d'un tiers est supérieur. Dans ce dernier cas, elle peut déduire les intérêts calculés sur la base de ce taux de marché.

Loin de cette simplicité apparente, l'application du mécanisme de la « preuve contraire » soulève de véritables difficultés pratiques et n'a eu de cesse d'agiter les sphères fiscales. En l'absence d'un cadre légal précis, apporter la preuve du taux de marché revient à jouer à un jeu dont les règles sont à géométrie variable et duquel le contribuable n'est pas certain de sortir gagnant.

2. Pour plus de clarté, l'administration fiscale a indiqué, dans sa doctrine⁷, que le taux de marché doit être déterminé sur la base des caractéristiques des avances accordées et de la situation propre de la société emprunteuse. Le BOFiP invite le contribuable à justifier le taux d'intérêt pratiqué sans imposer de modes de preuve en particulier. Il prévoit ainsi que « *la preuve sera considérée comme apportée si l'entreprise justifie, par exemple, d'une offre de prêt à la date à laquelle cet emprunt a été contracté* »⁸. En précisant que la production d'une offre de prêt contemporaine est un « exemple » de preuve valable du taux de marché, la doctrine administrative laisse la possibilité aux contribuables d'apporter la preuve par tous moyens.

Ce constat ne faisait pas de doute pour le rapporteur public dans l'affaire *SNC Siblu*, ni pour de nombreux services vérificateurs. Néanmoins, s'il s'agit d'une évidence pour le plus grand nombre, sans doute cette évidence est-elle trop aveuglante

pour certains. En effet, quelques services vérificateurs, relativement isolés, ont considéré, et considèrent encore parfois, que la preuve du taux de marché ne peut être apportée que par la production d'une offre de prêt contemporaine⁹.

3. Saisies de ce sujet, les juridictions du fond n'ont pas su dégager une voie unique et harmonieuse. Dans certaines affaires, notamment l'affaire *SAS Studialis*¹⁰, le juge a rejeté les différents éléments de preuve apportés et a semblé consacrer l'offre de prêt contemporaine comme mode de preuve permettant d'établir de façon certaine le taux de marché que la société aurait pu obtenir.

À l'inverse, certains jugements et arrêts, à l'instar des affaires *BSA*¹¹, *Société Immobilière du 20 rue Monsieur*¹² et encore plus récemment *WB Ambassador*¹³, ont plus clairement admis le principe de la liberté de la preuve, même si certaines de ces jurisprudences ont fait preuve d'une particulière sévérité sur la pertinence et la valeur probatoire des éléments apportés par les contribuables.

Dans un contexte jurisprudentiel dont la stabilité n'est pas encore totalement acquise, l'affaire *SNC Siblu* a été l'occasion pour le Conseil d'État de se prononcer pour la première fois sur la preuve du taux de marché au sens de l'article 212, I du CGI.

Riche d'enseignements, la décision *SNC Siblu* fixe un cadre sur les modes de preuves admissibles (I) dont les contours pourrait rapprocher les dispositions de la preuve contraire aux règles applicables aux prix de transfert (II). Si cette convergence se confirme, les principes OCDE pourraient alors devenir un phare au milieu de la nuit, permettant un nouvel éclairage sur certains sujets non encore tranchés (III).

I. L'administration de la preuve précisée : une justification par tous moyens de son taux de marché

4. La décision commentée a donné la possibilité au Conseil d'État de poser de façon claire les principes essentiels devant guider la preuve du taux de marché par les contribuables (A). Ce faisant, implicitement, le Conseil d'État semble reconnaître le principe de la liberté de la preuve pouvant être apportée par l'emprunteur (B).

6 L. n° 2005-1719, 30 déc. 2005 de finances pour 2006, art. 113.

7 BOI 4 H-8-07, 31 déc. 2007. - BOI-IS-BASE-35-20-10, 29 mars 2013.

8 BOI-IS-BASE-35-20-10, 29 mars 2013, § 110.

9 En ce sens Panorama des redressements fiscaux 2015, PwC Société d'Avocats : FR51/15. - Panorama des redressements fiscaux 2018, PwC Société d'Avocats.

10 TA Paris, 30 janv. 2018, n° 1707553/1-2, SAS Studialis.

11 TA Montreuil, 30 mars 2017, n° 1506904, Sté BSA.

12 CAA Paris, 4 nov. 2014, n° 14PA00814, SAS Sté Immobilière du 20 Rue Monsieur.

13 CAA Paris, 31 déc. 2018, n° 17PA03018, WB Ambassador.

A. La nécessaire analyse des caractéristiques propres de la société emprunteuse

5. Dans cette affaire, le Conseil d'État s'est prononcé sur un financement intragroupe assez classique mis en place dans le cadre d'un LBO. La dette bancaire nécessaire à l'acquisition était portée par deux sociétés britanniques Siblu Holding Ltd et Siblu Finance Ltd.

Dans le cadre de la structuration du LBO, ces deux sociétés ont financé le véhicule de rachat, la SNC Siblu, par des prêts « miroirs » intragroupe. S'agissant de prêts « miroirs », ces avances ont été consenties à la SNC Siblu aux mêmes conditions que le financement bancaire accordé par un établissement bancaire aux sociétés britanniques. Ces avances intragroupe ont été rémunérées sur la période litigieuse à un taux moyen de 8,2803%.

À la suite d'une vérification de comptabilité de la SNC Siblu, l'administration fiscale a considéré que le taux d'intérêt servi était excessif et non justifié. Après avoir été rejetée par le Tribunal administratif de Bordeaux¹⁴, la position de l'administration a été accueillie par la Cour administrative d'appel de Bordeaux dans un arrêt du 4 avril 2017¹⁵.

6. Au soutien de son pourvoi, la société faisait valoir que la preuve du taux de marché avait été apportée sur la base des coûts de financement de ses prêteurs. À ce titre, la société arguait que, d'une part, s'agissant de prêts « miroirs », ses charges financières correspondaient exactement au coût du financement bancaire que les deux sociétés liées prêteuses supportaient et que, d'autre part, la situation de ces deux sociétés liées était meilleure que celle de la SNC Siblu. Dans ces conditions, la société requérante en déduisait qu'elle n'aurait pas pu bénéficier d'un taux d'intérêt plus favorable sur le marché bancaire que celui obtenu par les sociétés liées pour un financement similaire.

Ensuite, la SNC Siblu justifiait la déductibilité de son taux d'intérêt en s'appuyant sur des extraits de revues financières qui présentaient des moyennes des taux pratiqués pour des opérations de LBO cohérentes avec le taux moyen servi de 8,2803%.

Enfin, la requérante arguait que, compte-tenu de sa situation issue de la structuration du LBO, il lui aurait été impossible d'obtenir un financement auprès d'un organisme financier indépendant compte-tenu des termes du contrat de financement de l'opération de LBO liant l'ensemble du groupe.

7. Dans sa décision, le Conseil d'État n'accueille aucun de ces arguments. Après avoir rappelé qu'il incombe à la société emprunteuse d'apporter la preuve du taux de marché conformément à la dialectique de la preuve imposée par l'article 212, I du CGI, la juridiction pose le principe suivant lequel ce dernier doit être déterminé au regard, d'une part, des caractéristiques des prêts intragroupe concernés et, d'autre part,

des caractéristiques propres à l'entreprise emprunteuse et non de celles du groupe de sociétés auquel elle appartient. Dès lors, la détermination d'une analyse du taux de marché à l'aune de la situation d'autres entités membres du même groupe ne saurait être admise. Le rapporteur public indique, à cet égard, que la logique qui préside le mécanisme de la preuve contraire induit de raisonner comme si la société était indépendante et donc sur la base de sa situation propre.

8. Au cas d'espèce, les éléments justificatifs apportés par la SNC Siblu à l'appui de ses prétentions ne visent pas à justifier du taux d'intérêt qu'elle aurait pu obtenir sur le marché compte tenu de sa situation propre.

L'argument s'appuyant sur les revues n'appelle pas de remarques particulières. Au regard de la règle posée par le Conseil d'État, dès lors qu'il s'agit de données générales sans lien avec la situation propre de la société emprunteuse, ni avec les conditions particulières de prêt, de telles revues ne sont pas à même de justifier que le taux pratiqué correspond au taux que la société aurait pu obtenir sur le marché.

Les deux autres arguments avancés par la requérante méritent en revanche que l'on s'y attarde un peu plus.

1° L'impossibilité d'obtention de prêt sur le marché bancaire n'est pas une preuve du taux de marché

9. « *À l'impossible nul n'est tenu* ». Cet adage bien connu des juristes n'aura pas reçu d'écho dans cette affaire. Alors que le contribuable soutenait qu'il lui aurait été impossible d'obtenir un prêt eu égard à sa situation liée au LBO, le rapporteur public a rappelé que la preuve demandée n'était pas impossible à apporter.

Toute entreprise a la possibilité, seule ou accompagnée d'un expert, de faire une recherche de comparables. L'impossibilité rencontrée par la requérante n'était donc pas liée à la faisabilité de la recherche mais plutôt à l'absence de résultat de la recherche : il n'existe pas de comparables pour des situations analogues. Ainsi, le rapporteur opère une dissociabilité entre la faisabilité et les conclusions d'une analyse.

Faisant une application rigoureuse du principe d'interprétation stricte des dispositions fiscales dérogatoires, le Conseil d'État a considéré que dans la mesure où la société emprunteuse doit démontrer en quoi le taux servi est un taux de marché dont elle aurait pu bénéficier, l'allégation suivant laquelle la société n'aurait pas obtenu un prêt ne permet pas de satisfaire à la charge de la preuve qui lui incombe. En l'absence de comparables sur le marché et de résultats concluants, la société doit se résigner à limiter sa déduction au taux de référence prévu à l'article 39, 1, 3° du CGI.

2° La démonstration par les coûts de financement des prêteurs : une analyse inopérante

10. Cet argument tiré du coût de la ressource (ou « approche par les coûts de financement ») n'est pas nouveau.

Dans le cadre d'une conférence organisée en 2015 à laquelle participait un représentant de la DVNI, l'approche par les coûts de financement et la logique économique soutenant

14 TA Bordeaux, 13 nov. 2014, n° 1302599, SNC Siblu

15 CAA Bordeaux, 4 avr. 2017, n° 15BX01177, SNC Siblu

cette approche ont été reconnues de manière unanime¹⁶.

Néanmoins, dans la décision *SNC Siblu*, le Conseil d'État lui a préféré une approche plus littérale de l'article 212, I, a du CGI et conforme à la doctrine administrative actuelle.

11. Nous l'avons évoqué précédemment, le texte impose aux sociétés emprunteuses de produire la preuve que le taux pratiqué correspond à celui qu'elles auraient obtenu sur le marché compte tenu de leur situation propre. Or, la méthode avancée par la société requérante revient à appliquer un taux d'intérêt déterminé par un établissement financier pour un prêt aux caractéristiques identiques mais sur la base de la situation financière et économique de la société pivot – Siblu Holding Ltd et Siblu Finance Ltd au cas présent – et non de la société emprunteuse – SNC Siblu –.

À la suite de ce constat, le Conseil d'État fait alors application du principe qu'il a rappelé et en conclut que la preuve exigée n'est pas apportée dans la mesure où le taux n'a pas été apprécié au regard des caractéristiques propres de l'emprunteur mais de celles d'entités du groupe.

En somme, il importe peu de soutenir que le financement obtenu par « prêt miroir » bénéficie de conditions plus favorables qu'un financement bancaire, dès lors que la société emprunteuse ne démontre pas le taux de marché qu'elle aurait obtenu. La dialectique de la preuve de l'article 212, I du CGI est implacable, le contribuable doit justifier de son taux de marché apprécié sur la base de sa situation propre. À défaut, l'administration fiscale reste alors en droit de rejeter la déductibilité des intérêts correspondant à la fraction du taux d'intérêt excédant le taux de référence de l'article 39, 1, 3° du CGI.

B. La reconnaissance implicite de la liberté de la preuve

12. Par la démarche suivie et les réponses apportées aux moyens du requérant, le Conseil d'État livre un enseignement sur les modes de preuve admissibles pour justifier du taux de marché. Alors que le rapporteur public exprime clairement que la preuve peut être apportée par tous moyens, cela n'est pas affirmé de manière explicite dans la décision *SNC Siblu*.

Néanmoins, la lecture attentive de la décision ne laisse guère de doute sur la position des juges du Palais-Royal comme le suggère un éminent auteur¹⁷. Le Conseil d'État ne vient pas reprocher à la requérante le défaut de production d'une offre de prêt contemporaine, qui reviendrait, au bout du compte, à exiger une preuve à la frontière de l'impossible pour beaucoup de contribuables¹⁸. Au contraire, le Conseil d'État reconnaît, implicitement mais nécessairement, la diversité des modes

de preuve dont se prévaut la requérante. Le raisonnement du Conseil d'État ne revient pas à rejeter les prétentions en raison de la nature des preuves apportées mais uniquement en raison de l'absence de pertinence desdites preuves eu égard au principe d'analyse individualisée de la situation de l'emprunteur.

13. Si l'on vend la peau de l'ours, c'est bien, qu'en amont, celui-ci a été tué, sauf à aller à l'encontre du bon sens populaire. Dans le même esprit, dès lors que le juge prend soin de rappeler les qualités de la preuve attendue et de constater que le contenu n'est pas suffisamment pertinent, c'est bien, qu'en amont, il admet que la société emprunteuse est en droit de justifier le taux de marché avec les différents types de preuve produits.

Bien entendu, une affirmation explicite, à l'instar de la décision *WB Ambassador*, aurait été sans doute préférable. Néanmoins, avec le temps, l'on constate que **l'admission par les juridictions fiscales de la liberté de la preuve, notamment la production d'études, se généralise**.

14. Les discussions tendent dorénavant à se porter sur un sujet voisin, celui du contenu des éléments de preuve et de leur caractère probant. En la matière, il incombe au Conseil d'État, en qualité de juge de cassation, de ne réaliser qu'un contrôle distancié, sauf dénaturation ou traitement au fond du litige, laissant ainsi au juge du fond une grande liberté d'appréciation des éléments qui lui sont présentés. Gageons que les juges sauront faire preuve de pragmatisme et de bons sens dans le cadre de leur office, évitant ainsi de créer une nouvelle zone d'insécurité et d'instabilité fiscale, sur un sujet crucial pour les groupes investissant en France.

II. Vers une harmonisation de l'analyse de la déductibilité des intérêts ?

15. Les précisions apportées par la décision *SNC Siblu* sur la preuve du taux de marché s'inscrivent dans le prolongement de sa jurisprudence antérieure *General Electric France* en matière d'acte anormal de gestion (A). Mais au-delà de ce courant jurisprudentiel, les critères dégagés par la décision commentée tendent à retenir une approche méthodologique en lien avec les principes applicables aux prix de transfert (B).

A. La décision *SNC Siblu* dans la continuité de la jurisprudence *General Electric France*

16. Dans une décision *General Electric France*¹⁹, le Conseil d'État a rappelé qu'en matière d'acte anormal de gestion, l'appréciation du taux d'intérêt auquel l'emprunteur aurait pu

16 En ce sens Panorama des redressements fiscaux 2015, PwC Société d'Avocats : FR 51/15, p. 3, inf. 1.

17 L. Olléon, Article 212 du CGI : Le Conseil d'Etat se penche sur la question du taux de marché, <https://www.orrick.com/Insights/2019/03/Article-212-du-CGI-Le-Conseil-DEtat-se-Penche-Sur-La-Question-du-Taux-de-Marche>.

18 F. Rontani et R. Coin, Les modalités du financement : dialectique de la preuve, taux de rémunération : Dr. fisc. 2018, n° 39, 401.

19 CE, 19 juin 2017, n° 392543, n° 392544 et n° 392545, min. c/ Sté General Electric France

prétendre auprès d'un établissement financier indépendant doit être réalisée sur la base des seules caractéristiques de la société emprunteuse. À ce titre, le Conseil d'État a refusé de considérer que la simple appartenance de la société emprunteuse à un groupe autorise l'administration fiscale à présumer que cette société bénéficierait d'une garantie implicite – traduisant un potentiel soutien du groupe pour le remboursement du prêt en cas de défaillance – et à justifier corrélativement un abaissement du taux d'intérêt normal. Cette décision, favorable au contribuable, consacre ainsi le fait que la situation de la société emprunteuse doit être appréciée en principe à son seul niveau.

17. Dans la jurisprudence *SNC Siblu*, le même principe préside à la solution rendue par le Conseil d'État. Alors même que cette dernière est défavorable au contribuable, cette fois-ci, en raison du caractère dérogoire du mécanisme de la preuve contraire et de la dialectique de la preuve particulière, la jurisprudence *SNC Siblu* s'inscrit dans l'exact prolongement de la décision *General Electric France* : l'analyse du taux de marché implique impérativement une analyse de la situation propre de la société emprunteuse²⁰.

18. Des commentateurs avisés ont souligné que la décision *General Electric France* retenait une position conforme aux principes OCDE en matière de prix de transfert²¹. Cette dernière décision présente de nombreuses similarités avec l'arrêt *Stryker Spine* de 2012 relatif à l'article 57 du CGI. Cette proximité entre les décisions n'a rien d'étonnant. Dans un contexte de prêts intragroupe à l'international, il est courant que les problématiques d'acte anormal de gestion se croisent voire se confondent avec celles des prix de transfert, chaque dispositif cherchant à déterminer un niveau de rémunération approprié du prêt. La décision *SNC Siblu*, en prolongeant la jurisprudence *General Electric* et en exigeant une analyse des dispositions aux bornes de l'emprunteur, nous semble entretenir, à son tour, cette proximité avec les principes applicables aux prix de transfert.

B. La décision *SNC Siblu*, les principes applicables aux prix de transfert en filigrane

19. La décision commentée, si elle permet de réaffirmer une interprétation littérale de l'article 212, I du CGI nous semble présenter une proximité, délibérée ou non, du mécanisme de la preuve contraire avec l'intention du législateur lors de son adoption.

En effet, dans le cadre des travaux parlementaires, le rapport de la Commission des finances de l'Assemblée nationale mentionnait que l'analyse « du taux que cette entreprise emprunteuse aurait pu obtenir d'établissements ou d'organismes financiers indépendants dans des conditions analogues [...], reposant sur une

logique comparative, fait référence au principe de pleine concurrence prévu dans les travaux de l'OCDE pour la détermination des prix de transfert »²².

20. Le rapport de la Commission des finances du Sénat indiquait pour sa part que « cette formulation fait référence au principe de pleine concurrence explicité par les travaux de l'OCDE pour la détermination des prix de transfert. [...] S'agissant des emprunts, 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 (ce qui est visé par l'expression « établissements ou [...] organismes financiers indépendants) qui satisfont à ces critères de comparabilité (c'est la justification de la mention des « conditions analogues »), les opérations de pleine concurrence n'étant pas toujours tout à fait comparables »²³.

Le mécanisme de la preuve contraire a ainsi été conçu afin que ce dispositif, applicable aux situations internes comme internationales, partage le même ADN que les prix de transfert concernant la recherche du taux de marché et la méthodologie à mettre en œuvre.

21. Si la décision *SNC Siblu* ne fait pas référence explicitement aux recommandations de l'OCDE, le rapporteur public précise qu'en application des règles sur les prix de transfert, « il faut [...] que la société emprunteuse se prévale, pour apporter la preuve qui lui incombe, de conditions d'emprunt comparables à celles qui seraient pratiquées sur le marché, ces dernières devant être appréciées au regard de l'indépendance de l'établissement prêteur et de la similarité des conditions d'octroi du prêt ». Force est de constater que si le Conseil d'État n'a pas repris ce passage au mot près, il en a repris son entière substance en affirmant que l'analyse comparative doit se faire sur la base des « caractéristiques propres de cette entreprise [emprunteuse] » et « des caractéristiques propres des prêts ».

Cette méthodologie, fondée sur l'analyse de la situation de l'emprunteur, se rapproche notamment de la méthode « CUP » – méthode du prix comparable sur le marché libre – très usitée en prix de transfert pour les transactions financières compte-tenu de l'ampleur du marché de crédit et de la grande accessibilité des données sur les transactions permettant de s'assurer de la comparabilité des situations.

22. Ainsi, la teneur de la décision *SNC Siblu*, éclairée par les conclusions du rapporteur public, nous semble pouvoir accréditer la thèse, aux allures audacieuses certes, selon laquelle la méthodologie de démonstration du taux d'intérêt de marché n'est que le miroir des principes applicables aux prix de transfert pour la détermination du taux d'intérêt de pleine concurrence. Une telle solution serait la bienvenue notamment en ce qu'elle permettrait d'améliorer et simplifier la vision des groupes, notamment étrangers, sur la teneur de l'analyse du taux de marché à produire.

20 CAA Bordeaux, 2 sept. 2014, n° 12BX01182, min. c./Sté Stryker Spine.

21 R. Coin et F. Rontani, Les modalités du financement : dialectique de la preuve, taux de rémunération, préc.

22 AN, Comm. fin., rapport n° 2568, t. III, M. Gilles Carrez.

23 Sénat, Comm. fin., rapport n° 99, t. III, M. Philippe Marini.

III. Quels enseignements pour demain ?

23. La présente affaire n'a guère laissé le loisir au Conseil d'État de s'étendre sur les caractéristiques des données comparatives utilisables par les sociétés emprunteuses. Néanmoins, l'idée selon laquelle la démonstration de la preuve contraire s'empreint des principes méthodologiques de l'OCDE applicables aux prix de transfert, permettrait notamment d'ouvrir des réflexions nouvelles sur des sujets relatifs à l'article 212, I du CGI et non encore définitivement tranchés.

Il nous semble en effet qu'une approche empruntée aux prix de transfert permettrait notamment de contribuer au détournement des effets de l'appartenance à un groupe pour la détermination du taux d'intérêt de marché (A), mais devrait également permettre une approche nouvelle sur une saga récente mais très tumultueuse : l'utilisation d'emprunts obligataires comme comparables (B). Enfin, l'approche retenue par le Conseil d'État, s'il s'agit d'un miroir de la méthodologie des prix de transfert, ne nous semble pas valider un rejet pur et simple de la méthode de détermination du taux de marché par les coûts de financement mais s'inscrit dans la nuance (C).

A. L'appartenance à un groupe : quel impact sur la situation financière propre ?

24. Le rapport pour commentaire de juin 2018 sur les actions BEPS 8-10 sur les transactions financières indique qu'en matière de transactions financières, la méthode « CUP » consiste à établir un taux d'intérêt de pleine concurrence par comparaison à des transactions réelles « concernant d'autres emprunteurs présentant la même notation de crédit et des prêts suffisamment similaires compte-tenu de leurs conditions générales et d'autres facteurs de comparabilité »²⁴. En matière de prix de transfert, la notation de crédit de la société emprunteuse constitue un point de référence essentiel pour déterminer le niveau de solvabilité de la société emprunteuse, et au-delà de la détermination, permettre une comparaison de la société avec d'autres emprunteurs.

La notation de crédit est un indicateur de solvabilité d'une entité qui détermine le *spread* du taux d'intérêt – la prime de risque – rémunérant le risque de défaillance. Ainsi, plus le risque de défaillance est important compte-tenu de la solvabilité et de la situation de la société emprunteuse, plus le *spread* est important. À l'inverse, la société disposant d'une solvabilité remarquable recevra une bonne notation, lui assurant un *spread* et *de facto* un taux d'intérêt plus faible.

Ces notations sont déterminées en deux temps. En premier lieu, une analyse des caractéristiques propres de la société emprunteuse – secteur d'activité, ratios financiers, etc. – est réalisée et permet de fixer une première notation, c'est la notation « intrinsèque ».

24 OCDE, Actions BEPS 8-10, Transactions financières, projet pour commentaires, 3 juill./7 sept. 2018, § 84 (FI 1-2019, n° 4, § 11).

25. Le rapporteur public sous la décision *General Electric France* expliquait avec une grande clarté que « cette notation intrinsèque est ensuite pondérée par la probabilité que la société bénéficie d'une aide extérieure en cas de difficulté à honorer ses engagements pour aboutir à la note finale »²⁵.

Dans le cadre de groupes, l'aide extérieure est en général celle des autres sociétés du groupe. La sûreté accordée à un prêteur – la garantie explicite – permet de relever la notation de la société emprunteuse voire de l'aligner sur celle de la société qui consent la garantie.

26. Le sujet est plus complexe pour la garantie implicite. La garantie implicite correspond aux retombées positives liées à l'appartenance à un groupe. La garantie implicite vise à prendre en compte la probabilité que des membres d'un même groupe puissent apporter leur soutien à la société emprunteuse défaillante. La garantie implicite est en général prise en compte pour obtenir la notation finale. Toutefois, la seule appartenance à un groupe n'est pas suffisante pour identifier une garantie implicite²⁶. La garantie implicite n'existe que si l'hypothèse d'un soutien du groupe est étayée par des considérations tangibles et notamment une analyse du statut de la société emprunteuse au sein du groupe. Ainsi, la probabilité du soutien varie suivant la taille de la société emprunteuse, ses liens commerciaux et financiers avec les autres entités du groupe ou encore suivant son importance stratégique au sein du groupe.

27. Comme nous l'avons indiqué précédemment, le sujet n'est pas totalement inconnu de la jurisprudence française. En matière de prix de transfert, en phase avec les principes de l'OCDE, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a refusé de présumer que l'appartenance à un groupe suffit à caractériser une garantie implicite²⁷. Dans la décision *General Electric France* précitée relative à l'acte anormal de gestion, le Conseil d'État a retenu la même solution. La notation de la société emprunteuse doit ainsi être la notation intrinsèque de cette dernière, ajustée en présence de garantie implicite caractérisée par des éléments concrets et circonstanciés.

28. Les similitudes des approches entre les prix de transfert et les deux décisions précitées du juge de l'impôt laissent à penser que la même solution devrait être reprise pour l'article 212, I, a du CGI. Si pour l'heure le Conseil d'État n'a pas eu à connaître de cette question concernant la preuve contraire, cette solution a néanmoins déjà été admise par le juge de l'impôt dans l'arrêt *WB Ambassador*²⁸. Il ne reste qu'à la confirmer...

25 M.-A. Nicolazo de Barmon, concl. ss CE, 19 juin 2017, n° 392543, n° 392544 et n° 392545, min. c/ Sté General Electric France.

26 OCDE, Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales, Paris, 2017, §1.158.

27 CAA Bordeaux, 2 sept. 2014, n° 12BX01182, min. c/ Sté Stryker Spine, préc.

28 CAA Paris, 31 déc. 2018, n° 17PA03018, WB Ambassador, préc.

B. Le marché obligataire, un comparable fiable ?

29. Parmi les derniers feuillets à la mode en matière de financements intragroupe, la question des comparables obligataires est un sujet brûlant. Il est assez fréquent que des études produites par les sociétés emprunteuses comprennent des emprunts obligataires parmi les comparables retenus.

30. Dans une affaire *Paule Ka Holding*, le tribunal administratif de Paris, se fondant sur une lecture restrictive de la notion « d'établissements ou d'organismes financiers indépendants », a considéré qu'une société emprunteuse ne peut utiliser comme comparables fiables que les opérations réalisées avec des établissements bancaires²⁹. À ce titre, le tribunal a jugé non probante l'étude de comparables incluant des emprunts obligataires.

Six mois plus tard, dans l'arrêt *WB Ambassador*, la Cour administrative d'appel de Paris reprend la même position, qui n'a pas manqué de susciter de vives critiques de la part de la doctrine³⁰.

31. Or, il nous semble que **les principes de l'OCDE applicables aux prix de transfert nous livrent sur le sujet un éclairage intéressant**. En 2005, Philippe Marini, dans son rapport pour la Commission des finances du Sénat, indiquait explicitement que l'expression « établissements ou organismes financiers indépendants » vise à permettre la comparaison de financements intragroupe aux prêts sur le marché libre tel que retenu par l'OCDE. Or, l'OCDE reconnaît la possibilité de déterminer qu'un taux d'intérêt est de pleine concurrence sur la base non seulement des prêts bancaires mais également sur la base de transactions alternatives réalistes présentant des caractéristiques économiques comparables. À ce titre, l'OCDE vise en particulier les emprunts obligataires³¹. Dès lors, dans la mesure où l'OCDE reconnaît les emprunts obligataires comme des comparables fiables, le rapprochement méthodologique entre les prix de transfert et la preuve contraire, s'il est suivi par le juge de l'impôt, devrait conduire à admettre, sur le principe *a minima*, l'utilisation d'emprunts obligataires comme comparables pour la démonstration de la preuve contraire.

32. Compte tenu des tumultes que ce sujet génère, la réponse du Conseil d'État sur le sujet est vivement attendue. Mais si ce feuillet tient en haleine les principaux acteurs, l'épilogue est proche. Le 4 avril dernier, le tribunal administratif de Versailles³² a transmis sur le sujet une demande d'avis du Conseil d'État, qui doit se prononcer dans les 3 mois.

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

30 L. Borey, Ch. Laloz, et N. Vergnet, Intérêts versés à des entreprises liées : la saga continue (pour le meilleur et pour le pire), note ss CAA Paris, 31 déc. 2018, n° 17PA03018, *WB Ambassador*, concl. A. Mielnik-Meddah : Dr. fisc. 2019, n° 8, comm. 165.

31 OCDE, Actions BEPS 8-10, Transactions financières, projet pour commentaires, 3 juill./7 sept. 2018, préc., § 85 et 86.

32 TA Versailles, 4 avr. 2019, n° 1607393 et n° 1806803, SAS Wheelabrator Group.

C. L'approche des coûts de financement définitivement rejetée ?

33. La décision *SNC Siblu*, en rejetant l'argument tiré des coûts du financement bancaire supportés des sociétés prêteuses, peut paraître sévère à cet égard. Il nous semble néanmoins que ce constat mériterait d'être relativisé. **Le rejet de la méthode pourrait être regardé comme une solution d'espèce liée à la méthodologie suivie par la requérante – qui est à l'heure actuelle loin d'être isolée dans les montages de LBO – et non comme une position de principe.**

34. Le Conseil d'État a indiqué que la Cour administrative d'appel de Bordeaux était fondée à rejeter l'argument de la SNC Siblu dès lors que cette approche n'est pas à même de justifier que le taux servi correspond à celui qu'elle aurait obtenu sur le marché financier compte-tenu de sa situation propre. Si le Conseil d'État suit la position du juge d'appel, il est intéressant de noter que le considérant de la Cour précise que les éléments apportés « n'établissent pas, à eux seuls, que le taux de 8,2803% [...] correspond aux taux habituels du marché ». La préposition « à eux seuls » laisse entendre que la juridiction n'écarte pas par principe la détermination du taux de marché par les coûts de financement – ce qui se conforme au principe de liberté de la preuve –, mais en rejette simplement le caractère probant dans le cas où la situation de l'emprunteur du comparable n'est pas analogue à celle de la requérante.

35. Si le juge emprunte, tout comme le législateur, le chemin de l'harmonisation des méthodes d'analyse du taux de marché et du taux de pleine concurrence, ce constat a du sens. Le rapport de l'OCDE sur les transactions financières ne limite pas la démonstration d'un taux d'intérêt conforme au principe de pleine concurrence sur la base de la seule méthode *CUP*. Le rapport préconise également l'application de la méthode par les coûts de financement³³. Il appartient alors au contribuable, conformément aux principes propres au prix de transfert, de retenir la méthode de détermination du prix de pleine de concurrence la plus appropriée ou d'en coupler deux afin d'en recouper les résultats.

36. Dans le cadre des développements, la pertinence de la méthode dépend ensuite de la qualité de l'étude du taux. L'OCDE rappelle que le taux doit être déterminé à partir des coûts de financement bancaire supportés par le prêteur, majoré du montant approprié au regard des acteurs du marché des prêts, des frais de service du prêt, d'un *spread* ajusté au regard de la notation de la société emprunteuse et des caractéristiques du prêt et enfin d'une marge bénéficiaire.

37. Lors de l'adoption de l'article 212, I, a du CGI, le rapporteur de la Commission des finances de l'Assemblée nationale avait brièvement évoqué cette méthode de justification du

33 OCDE, Actions BEPS 8-10, Transactions financières, projet pour commentaires, 3 juill./7 sept. 2018, §85 & §86 : préc.

taux de marché. Après avoir posé l'intention de retenir la méthodologie des prix de transfert, il notait qu'en la matière, une réponse ministérielle mentionnait que « *pour définir le taux de pleine concurrence, certains éléments de comparaison peuvent être utilisés, notamment [...] le taux payé par l'entreprise créancière pour les sommes personnellement empruntées* »³⁴, reste encore à ce que celui-ci soit un comparable pertinent.

38. Mis en perspective avec la position retenue dans la décision *SNC Siblu*, il ressort des éléments factuels que la requérante considérait que l'application du taux d'intérêt servi aux sociétés *Siblu Finances Ltd* et *Siblu Holding Ltd* était celui obtenu par ces dernières auprès d'un établissement bancaire, sans évoquer d'ajustement du *spread* compte-tenu de la situation propre de la *SNC Siblu*, ni rémunération du service de prêt rendu. La méthodologie avancée au cas d'espèce n'était donc pas fondée sur la notation de la société emprunteuse et ne pouvait pas être admise par le Conseil d'État au regard du principe énoncé par ce dernier dans sa décision.

³⁴ RM n° 7386 : JOAN 31 déc. 1960, p. 4758.

En revanche, la démonstration du taux de marché par une analyse fondée sur les coûts de financement conforme aux précisions de l'OCDE, incluant notamment un ajustement du taux eu égard à la situation propre de l'emprunteur, nous semble être parfaitement envisageable et en ligne avec la décision *SNC Siblu*, dès lors que le taux de marché reste déterminé en fonction d'une analyse des caractéristiques du prêt et de la situation propre de la société.

39. Si ces différents points attendent des réponses, le Conseil d'État aura sans doute l'occasion de se prononcer à l'avenir sur une possible convergence de la preuve contraire avec les principes applicables aux prix de transfert. « Le temps met tout en lumière » ! Si cette approche présente des atouts et notamment l'harmonisation de l'analyse de la déduction des intérêts dans un contexte national et international, nous pouvons souhaiter que le Conseil d'État s'engage dans cette approche économique, cohérente avec son approche juridique.

M. SERAILLE ■