

ATELIER PRIX DE TRANSFERT

13-16 février 2017

Brazzaville - Congo

**Proposition de corrigé du cas pratique n° 4
«Groupe R »**

1. Que pensez-vous des modalités de détermination des taux d'intérêts des prêts souscrits par la société RFH? L'approche dite « *stand alone* », c'est à dire sans la prise en compte de l'appartenance de la société RFH au groupe R, vous semble-t-elle satisfaisante ? Votre réponse devra être justifiée, notamment au regard de l'analyse des données financières de la société RFH et de l'objet de la restructuration ?

Au cas d'espèce, l'approche « *stand alone* » retenue par la société RFH pour déterminer sa note de crédit n'est pas pertinente pour les deux des prêts.

→ Malgré les apparences, la note de crédit retenue par la société RFH n'est pas celle d'une agence de notation

Toute la démonstration de la société RFH repose exclusivement sur les notes de crédit résultant de l'étude réalisée par un cabinet spécialisé qui ne peut être qualifié ni d'agence de notation ni d'établissement de crédit.

Ces notations ont été obtenues sur la base d'une approche « *stand alone* », c'est-à-dire sans tenir compte de l'appartenance de la filiale RFH au groupe R.

Or, il a lieu de bien **distinguer** :

– **D'une part, une notation (« *credit rating* ») sollicitée par une entreprise auprès de l'une des trois principales agences¹ afin de lever des fonds.** Elle exprime une opinion² sur le risque de non remboursement d'une entreprise émettrice de titres de dette et **doit répondre à certains critères (objectivité, indépendance, transparence, information du public, niveau de ressource suffisant, crédibilité).**

– **D'autre part, une notation calculée sur demande de la société RFH par un cabinet spécialisé à des fins fiscales** à partir d'un outil informatique développé par un service commercial dépendant de l'une des agences de notation et reprenant en théorie leurs méthodes. **Elle ne nécessite aucune analyse approfondie de la situation de l'emprunteur et ne répond pas aux critères requis précédemment.**

La note de crédit avancée par la société RFH pour justifier du taux d'intérêt pratiqué relève de la deuxième catégorie.

Contrairement à ce type de notation réalisé à des fins fiscales, il convient de souligner que **les notations données par les agences :**

- **reposent aussi bien sur des critères qualitatifs** (management, environnement...) **que quantitatifs** (données comptables, ratios financiers ...),

- sont basées sur les **comptes consolidés et non simplement sociaux,**

- peuvent prendre en compte **le soutien attendu de la part de l'actionnaire,** même dans le cas où il n'existe aucune obligation légale de prévenir un défaut.

On peut considérer que les notations de RFH doivent refléter un niveau de risque cohérent au sein du groupe, comme l'aurait fait un établissement financier indépendant.

¹Contre rétribution même s'il peut exister parfois des notations « non sollicitées » à l'initiative des agences.

²Le rating ne donne en revanche aucune indication sur la probabilité de défaut d'un émetteur, ni sur la perte potentielle en cas de défaut.

Le groupe est noté BBB+, soit en catégorie investissement, qualité moyenne. La filiale RFH est notée selon les années, BB- et B, soit respectivement en catégorie spéculatif et hautement spéculatif. Or, l'écart de notation, qui ne peut être justifié par l'étude présentée, entraîne une augmentation très importante du taux d'intérêt servi.

→ L'approche retenue pour établir une notation doit donc tenir compte du niveau de proximité de la filiale par rapport au groupe auquel elle appartient

Pour évaluer le degré de proximité d'une filiale par rapport au groupe qui bénéficie d'une notation explicite de la part d'une agence, il est possible d'utiliser plusieurs critères :

- combien d'entités sont cotées au sein du groupe ? RB, la société mère, est la seule entité cotée du groupe R;
- combien d'entités ont fait l'objet d'un « rating » au sein du groupe ? Seul le groupe R a fait *a priori* l'objet d'un « credit rating » de la part des agences de notation à l'exception de toutes les autres entités du groupe;
- la société RFH a-t-elle produit une communication financière distincte de celle du groupe à destination des investisseurs ? Il n'est pas porté à votre connaissance de communication financière de RFH distincte de celle du groupe R auquel elle appartient. Cette communication relève directement de la stratégie de ce groupe ;
- la société RFH dispose-t-elle d'une liberté, accordée par le groupe, en matière de refinancement direct auprès du marché (obligataire ou bancaire) ou de placement ? Vous n'avez pas relevé d'opérations de marché ayant permis à la filiale de se financer directement auprès de tiers au groupe. Les excédents de trésorerie dégagés par RFH sont nécessairement placés dans le cadre d'un cash pooling mis en place par la société mère RB, centrale de trésorerie. Le degré de liberté accordé par le groupe à sa filiale est donc très faible, voire nul ;
- la société RFH est détenue à 100% par une société du groupe ;
- l'activité de la société RFH est au centre de la stratégie du groupe ;
- la société RFH utilise le nom du groupe dans sa dénomination sociale ce qui ne laisse aucun doute sur son appartenance au groupe R.

Par ailleurs, si RFH a obtenu les prêts auprès du groupe R, c'est pour financer l'acquisition des sociétés RF1 et RL, qui sont également des entités membres du groupe R.

Il s'agit donc d'un reclassement interne de titres dont RFH supporte les coûts. Il est donc tout à fait pertinent d'avoir dans ce cas précis une approche groupe puisque c'est l'entité RFH qui lui rend service.

Aussi, il ne fait aucun doute que la décision prise par un établissement de crédit indépendant de consentir des prêts à la filiale d'un groupe étranger qui représentent un engagement total de 330 M €, aurait été motivée, certes par la capacité de la filiale à rembourser sa dette, mais aussi eu égard à l'existence d'actifs propres susceptibles d'être mis en garantie et à son appartenance à un groupe plus important et donc en mesure de soutenir sa filiale en cas de difficultés.

En revanche, la notation donnée par l'agence Standard & Poor's à la société mère du groupe R était de BBB+ de façon constante entre 2005 et 2014, soit la période couvrant les deux emprunts. Elle correspond à la catégorie investisseur «qualité moyenne inférieure». Or, cet écart de notation entre la société mère (notation groupe) et la société RFH qui est très élevé (B contre BBB +) n'est pas justifié par une différence de situation financière.

En effet, la société RFH affiche un chiffre d'affaires de 35 M€ et dégage un résultat opérationnel de 17,5 M€, soit une rentabilité opérationnelle de 50% en 2013.

Selon le Rapport annuel du groupe pour 2013, le marché de l'État F représente 400 M€ de chiffre d'affaires et 45 M€ de résultat opérationnel (soit une rentabilité opérationnelle de 11,25%), comparés à un total groupe de respectivement 1 500 M€ et 105 M€ (soit une rentabilité opérationnelle de 7%).

RFH et ses filiales présentes dans l'État F ont donc une rentabilité opérationnelle supérieure à celle du groupe et sont donc dans une situation bien meilleure pour assurer le remboursement de ces emprunts. Ainsi, RFH et ses filiales contribuent le plus activement aux revenus du groupe R, tant en chiffre d'affaires qu'en résultat opérationnel (26,6 % des revenus totaux du groupe et 42,8% du résultat opérationnel du groupe). Ces chiffres sont stables depuis 2011.

2. Proposeriez-vous une approche différente et le cas échéant, laquelle ?

On peut raisonnablement estimer qu'il convenait de prendre en compte l'appartenance de RFH au groupe R pour apprécier le taux que l'entreprise aurait pu obtenir auprès d'un établissement financier indépendant dans des conditions analogues.

Compte tenu du degré de proximité avéré de la société emprunteuse par rapport au groupe auquel elle appartient, la notation de RFH reconstituée à des fins fiscales devrait être très proche de la notation de RB qui ressort à « BBB+ », entre 2005 et 2014, soit la catégorie investisseur, « qualité moyenne inférieure ».

En effet, l'établissement financier tient compte d'une garantie implicite et de la notation de l'entité notée du groupe pour déterminer le risque de contrepartie de la société vérifiée.

Dans un groupe, les actifs des autres sociétés du groupe sont susceptibles de venir en garantie. Cette garantie implicite vient réduire considérablement le risque de défaut de la société emprunteuse, puisque la maison mère interviendrait en cas de difficulté de ses filiales. Au cas présent, la maison mère RB étant notée, il est aisé d'apprécier la capacité de cette dernière.

Vous pouvez considérer que la société RFH aurait dû :

- dans un premier temps, appliquer la note de crédit de la société mère ;
- dans un second temps, tenir compte d'une rémunération spécifique en contrepartie de la garantie implicite apportée par la société mère.

La notion de garantie implicite est donc un élément essentiel dans la détermination du risque de contrepartie.

Vous pouvez estimer que le taux d'intérêt applicable doit aussi tenir compte de cette garantie implicite.

Pour chiffrer la garantie implicite, vous pouvez vous appuyer sur des décisions de jurisprudence qui l'estiment entre 0,30% et à 0,50%.

3. Selon vous, qu'implique pour la société RFH le changement de législation intervenu en 2014 en ce qui concerne les prêts souscrits ?

3.1 Article prix de transfert et article A :

Qu'il s'agisse du dispositif juridique prix de transfert ou de celui de l'article A, nous venons de voir que les modalités de détermination du taux de rémunération des prêts ne sont pas satisfaisantes. Les taux appliqués ne garantissent pas une rémunération de pleine concurrence pour le prêt n°1. Ils satisfont encore moins aux conditions posées par l'article A pour le prêt n°2, qui instaurent, à la charge de l'entreprise, un renversement de la charge de la preuve.

1) Rappel du dispositif de l'article A

Selon l'article A, la déductibilité des intérêts servis par des sociétés passibles de l'impôt sur les sociétés à des entreprises liées, directement ou indirectement, est limitée pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2014 :

- au taux prévu légalement, qui correspond à la moyenne annuelle des taux effectifs moyens pratiqués par les établissements de crédit, pour des prêts à taux variables aux entreprises d'une durée de plus de deux ans,

- ou, s'il est supérieur, au taux que l'entreprise pourrait obtenir auprès d'un établissement financier indépendant dans des conditions analogues. Une instruction administrative précise que pour justifier le taux auprès d'un établissement financier, la société pourra produire une offre de prêt contemporaine.

L'article A est donc un dispositif autonome dont la vocation n'est pas d'organiser les prix de transfert dans le domaine financier.

Dans son approche, la société RFH semble donner à la notion de « taux de marché » l'acception retenue dans le cadre de l'article sur les prix de transfert qui instaure une présomption de transfert de bénéfices en cas d'avantages consentis entre entreprises liées.

Dans ce cas, la société RFH doit effectivement procéder à une comparaison des taux pratiqués en intra groupe avec les taux pratiqués à l'égard d'entreprises similaires dépourvues de lien de dépendance.

Mais l'analyse que la société doit produire pour le second prêt n'est pas fondée sur l'article des prix de transfert.

Au cas présent, vous devez estimer que le terme « taux de marché » est plus strict et doit être similaire à celui qu'une entreprise aurait pu obtenir auprès d'un établissement financier indépendant dans des conditions analogues.

Néanmoins, force est de constater qu'il existe bien deux approches possibles en matière de notation donnée à des fins fiscales : la « *single entity approach* » qui consiste à attribuer une notation comme si l'entité opérait seule (« *stand alone basis* ») et la « *member of the group approach* » qui considère que la notation doit tenir compte de l'affiliation de l'entité au groupe.

La société RFH doit également reconnaître que de plus en plus de pays prennent en compte l'effet de Halo (c'est-à-dire le soutien implicite de la société mère) en matière de prix de transfert. On assiste d'ailleurs à un alignement progressif des Etats sur l'approche canadienne suite à l'arrêt *General Electric Capital Canada Inc. v. The Queen* rendu par la Cour d'appel fédérale canadienne en 2011³. Il en est ainsi notamment de l'Angleterre.

Bien que prise dans le cadre de la disposition relative aux prix de transfert, la jurisprudence précitée a précisément admis cet effet halo.

2) L'article A limite le niveau des intérêts déductibles à un taux plafond reflétant déjà des conditions de taux élevées

Il convient de rappeler que le taux plafond fixé par l'article A trouve sa source dans le dispositif mis en place pour éviter aux particuliers emprunteurs de supporter des taux excessifs (le taux d'usure).

Pour les entreprises, la Banque Centrale de l'État F fixe chaque trimestre à partir du taux d'usure, un autre taux : le « Taux Moyen Pratiqué » (TMP). Il s'agit de la moyenne des taux effectifs concernant les prêts à taux variables aux entreprises durant au moins deux ans.

Ce taux est calculé sur la base d'une enquête trimestrielle auprès des banques et organismes prêteurs par la Banque de Centrale de l'État F. Celle-ci calcule, une fois les données collectées, le taux moyen pratiqué durant la période.

Il s'agit donc de taux relevés sur de nouveaux prêts accordés par leur partenaire bancaire à de très petites entreprises (TPE) voire à de petites et moyennes entreprises (PME). Ces dernières ne disposant pas de surface financière importante, le rapport risque/rendement voudrait que les taux moyens

³Le tribunal a consulté la doctrine sur la signification de l'expression «sans lien de dépendance» pour conclure qu'elle renvoie à «la manière dont des parties indépendantes négociant l'une avec l'autre sur le marché se comporteraient en vue d'obtenir le prix le plus élevé ou des conditions les plus favorables [...]» aux fins d'acquérir ou de vendre les biens ou services (par. 196). **Dans ce contexte, on ne peut ignorer le soutien implicite de la société mère.**

pratiqués durant la période se situent déjà à un niveau assez élevé, sauf à considérer que les banques ne refacturent pas la totalité de leur coûts à ces clients.

Le taux plafond est donc déjà censé refléter le taux qu'une entreprise comme RFH aurait pu obtenir auprès d'un établissement financier indépendant dans des conditions analogues, sous réserve de situations très particulières (emprunt dans une devise autre que l'euro, durée du prêt particulièrement longue...).

Comme indiqué précédemment, le dispositif de l'article A ne parle pas de « taux de marché » mais bien de « taux que l'entreprise pourrait obtenir auprès d'un établissement financier indépendant dans des conditions analogues ».

Dans la mesure où la société RFH a déduit des intérêts à un taux supérieur au taux défini par l'article A, il lui appartient de démontrer qu'elle se situe justement dans une de ces situations atypiques ou à tout le moins que le taux d'intérêt ainsi retenu correspond à une correcte évaluation de son risque financier.

C'est donc à la société RFH qu'incombe la charge d'apporter la preuve que ce taux correspond au taux obtenu auprès d'organismes financiers dans des conditions analogues.

Lors d'un contrôle fiscal, l'administration se contente alors d'apprécier si la preuve a bien été apportée.

3) La société RFH ne démontre pas qu'un taux encore plus élevé que celui fixé par l'article A lui aurait été demandé par un établissement indépendant dans des conditions analogues

L'entreprise doit préalablement s'assurer que le taux, auquel elle accepterait de rémunérer les avances qui lui sont faites par des entreprises liées correspond au plus à celui que lui aurait proposé un établissement ou organisme financier indépendant dans le cadre d'une offre de prêt.

A cet égard, la société RFH n'a produit aucune offre ferme de prêt de la part d'un établissement ou organisme financier indépendant permettant d'établir de façon indiscutable le niveau de taux d'intérêt requis pour une telle opération.

Il convient toutefois d'admettre que tous les moyens de preuve sont admis.

3.2 Article anti-abus A.1

A compter du 1^{er} janvier 2015, la société RFH devra intégrer le nouveau dispositif anti-abus mis en place par l'État F étant précisé que l'État L impose faiblement les produits financiers pour les entreprises établies sur son territoire.

L'article A.1 conditionne la déduction des intérêts à une imposition minimale de ceux-ci chez l'entreprise créancière. Pour effectuer cette comparaison, il convient de déterminer le taux effectif d'imposition sur ces intérêts en tenant compte des dispositions de la législation de l'État de l'entreprise créancière afférente à ces sommes (mesure d'abattement par exemple).

Au cas d'espèce, les intérêts versés pour le prêt n°2 encourent le risque de ne pas être déductibles, et ce même si les conditions de détermination du taux étaient conformes aux dispositions de l'article A et a fortiori à ceux de l'article sur les prix de transfert.

C'est un dispositif qui permet de lutter contre les asymétries fiscales d'opérations financières, en dehors de toute logique prix de transfert.