

BANQUE D'INVESTISSEMENT ET BANQUE DE MARCHÉ

Fiscalité

L'imposition des intérêts dans les opérations de crédits syndiqués

L'article 131 quater du CGI permet d'exonérer de retenue à la source les produits des emprunts contractés hors de France par des personnes morales françaises. L'application de ces dispositions pose néanmoins problème dans le cas d'un syndicat bancaire international et peut pénaliser les banques françaises qui risquent d'être exclues des opérations de prêts syndiqués internationales.

L'ARTICLE 125 A DU CODE Général des impôts (CGI) prévoit l'application d'un prélèvement (c'est-à-dire d'une retenue à la source) sur les intérêts dus par un débiteur domicilié ou établi en France lorsqu'ils sont encaissés par une personne non résidente ou lorsqu'ils sont payés hors de France¹. Ce prélèvement est d'application très générale puisqu'il vise « les intérêts [...] et produits de toute nature [...] de titres de créances, dépôts et comptes courants ». Il vise donc notamment les intérêts dus par un emprunteur français (société française ou établissement français d'une société étrangère) à une banque ou un syndicat de banques. Chacun sait que ce prélèvement, s'il était applicable, serait insupportable car il reviendrait à taxer un flux d'intérêts représentant du chiffre d'affaires (et non un bénéfice)².

LE RECOURS AUX CONVENTIONS FISCALES N'EST GUÈRE SATISFAISANT

Depuis la loi de finances pour 2004, le taux de ce prélèvement est fixé à 16 %, mais il est susceptible d'être réduit en application des dispositions d'une convention fiscale internationale. À cet égard,

on mentionnera simplement que certaines conventions conclues avec des États qui sont pourtant des partenaires importants de la France (Italie, Belgique, Luxembourg) maintiennent la possibilité pour la France d'appliquer une retenue à la source aux intérêts qu'un emprunteur établi en France paye à des résidents de ces États ; en outre, on rappellera que même en présence d'une convention prévoyant la suppression de toute retenue à la source sur les intérêts (cas par exemple des conventions conclues avec le Royaume-Uni, l'Allemagne, les États-Unis, ...), cette exonération reste subordonnée à la production chaque année, par le prêteur, d'un imprimé dûment visé par les administrations fiscales concernées aux fins de montrer qu'il est bien autorisé à se prévaloir des dispositions conventionnelles qu'il invoque. Cette procédure, qui requiert en pratique un traitement manuel des formulaires, est toujours regardée avec méfiance par les banques qui, à juste titre, peuvent craindre qu'une erreur ou un retard – toujours possible – dans le traitement de ces imprimés ne mette à leur charge une retenue à la source. Aussi les banques insisteront-elles généralement pour s'assurer que

dans toute opération de crédit, elles bénéficieront d'une exonération de retenue à la source de façon mécanique et sans avoir à accomplir quelconques formalités.

UNE EXONÉRATION DE PRINCIPE, MAIS QUI LAISSE DEMEURER DES INCERTITUDES

La loi sur l'épargne du 17 juin 1987 avait modifié l'article 131 quater du CGI en exonérant du prélèvement les produits des emprunts contractés hors de France par des personnes morales françaises et autorisés par la réglementation des changes alors en vigueur (celle-ci ayant depuis été complètement libéralisée, cette dernière condition ne présente plus d'intérêt pratique). Des instructions administratives³ ont par la suite été publiées aux fins d'éclairer cette notion « d'emprunts contractés hors de France », précisant qu'un emprunt est réputé remplir cette condition dès lors que le prêteur initial a son domicile fiscal ou son siège social hors de France^{4,5}. La pratique des opérations de montage de prêts syndiqués a montré que ces instructions avaient néanmoins laissé de nombreuses zones d'ombres, mises par la suite en exergue par des prises de position de l'administration fiscale qui, bien



**PATRICE
COUTURIER**
Avocat à la Cour
Allen & Overy
LLP, Paris

que non officiellement publiées, ont naturellement conduit les parties (prêteurs, arrangeurs, agents) et leurs conseils à imposer des contraintes qui ont eu pour effet de compliquer par certains aspects les opérations de syndication.

LE CAS DES SYNDICATS « MIXTES »

Ainsi, saisie à l'occasion d'une opération particulière, l'administration avait indiqué dès 1996 que les dispositions de l'article 131 *quater* ne sauraient en principe s'appliquer à un crédit syndiqué consenti par un ensemble de banques françaises et étrangères, au motif que les premières agissant depuis un établissement français, c'était l'ensemble du prêt qui devait être considéré comme non éligible au bénéfice des dispositions de l'article 131 *quater*. Cette position était juridiquement contestable en ce sens que dans un prêt syndiqué, les prêteurs n'étant, sauf exception, pas solidairement responsables de leurs obligations, on doit considérer distinctement les obligations de l'emprunteur à l'égard de chaque prêteur. En outre, cette position ne pouvait que pénaliser les banques françaises qui risquaient alors de se trouver exclues des grandes opérations de prêts syndiqués consentis à des emprunteurs français (sauf à accepter d'y participer par le biais de leurs succursales étrangères), au

qu'aujourd'hui on doit pouvoir considérer que la présence dans un syndicat international de prêteurs agissant depuis la France n'affecte pas la situation des autres membres du syndicat au regard de la possibilité pour ces derniers de se prévaloir des dispositions de l'article 131 *quater*.

LE CAS DES PRÊTS CONSENTIS PAR LES ÉTABLISSEMENTS FRANÇAIS

L'administration, consciente que l'application d'une retenue à la source à des intérêts payés sur un prêt bancaire rendrait ces financements économiquement non viables, ne s'est attelée à supprimer par le biais de l'article 131 *quater* qu'une seule des causes du prélèvement, en l'occurrence le paiement d'intérêts à un prêteur non résident ou établi hors de France. En revanche, l'administration a maintenu le principe selon lequel le prélèvement restait applicable dès lors que les intérêts étaient payés hors de France (c'est-à-dire sur un compte bancaire tenu à l'étranger, indépendamment du lieu d'établissement du prêteur). Il en résulte qu'un établissement de crédit qui ne pourrait bénéficier au titre d'une opération de l'exonération prévue par l'article 131 *quater* (par exemple parce qu'il agirait depuis son siège ou une succursale situés en France) pourrait être sou-

ger à un agent du prêteur n'est pas visé par celle-ci, même si cet agent n'est investi que d'une simple mission administrative (répartir les intérêts reçus de l'emprunteur entre les différents membres du syndicat). L'administration a déjà eu l'occasion de rappeler (et de façon suffisamment nette pour que l'on n'y voie pas là une simple mesure de style) lors de l'émission de lettres de confort adressées dans le cadre d'opérations particulières, que le simple paiement d'intérêts hors de France justifiait – selon elle – l'application du prélèvement. Il s'agit là d'une solution qui semble d'autant plus inéquitable qu'elle ne vise que les prêteurs agissant depuis un établissement situé en France, c'est-à-dire ceux-là même qui seront soumis en France à l'impôt sur les sociétés à raison du profit réalisé, et sans avoir droit à un quelconque crédit d'impôt pour cette retenue à la source. On peut ainsi légitimement s'interroger sur la raison qui pousse l'administration à vouloir tirer toutes les conséquences d'une disposition destinée à lutter contre les risques d'évasion fiscale, même dans les situations où l'on peut raisonnablement affirmer que ces risques sont inexistantes.

La solution viendra peut-être d'un récent jugement du tribunal administratif de Paris⁷ qui, saisi

d'une affaire dans laquelle un contribuable français avait perçu des intérêts sur un portefeuille d'obligations françaises et s'était vu appliquer le prélèvement au motif que ces obligations étaient déposées auprès de la banque Euroclear à Bruxelles, a considéré qu'une disposition

(comme celle tirée de l'article 125 A) visant à dissuader un résident d'un État membre de l'Union européenne de recevoir des paiements sur le territoire d'autres États membres serait contraire au principe visant la libre circulation des capitaux, tel qu'il

“ Les prises de position de l'administration fiscale, bien que non officiellement publiées, ont conduit les parties (prêteurs, arrangeurs, agents) et leurs conseils à imposer des contraintes qui ont eu pour effet de compliquer par certains aspects les opérations de syndication. ”

motif que leur présence aurait eu une incidence négative sur la situation fiscale des prêteurs étrangers. L'administration a toutefois par la suite abandonné cette position et, à notre connaissance, elle n'a pas semblé souhaiter y revenir au cours de ces dernières années, de sorte

mis à cette retenue à la source si les intérêts lui sont payés à l'étranger, ce qui sera souvent le cas lorsque l'agent du crédit sera une banque étrangère. Si la documentation administrative prévoit une tolérance⁶ dans certaines situations, le cas où les intérêts seraient payés à l'étran-

résulte de l'article 56 du traité des Communautés européennes. Il reste à savoir si cette décision sera par la suite confirmée étant entendu qu'à notre connaissance, l'administration n'a pas fait appel de ce jugement.

QUELQUES AUTRES DIFFICULTÉS NON RÉSOLUES

Les textes précisant la portée de l'article 131 *quater* du CGI sont à l'origine d'autres difficultés, ou à tout le moins d'autres interrogations que l'on est susceptible de rencontrer aujourd'hui.

Ainsi, les textes précisent que bénéficient de l'article 131 *quater* les intérêts payés à raison d'un prêt pour lequel le « prêteur initial » est établi ou domicilié hors de France, ce qui laisse à penser que tout prêteur qui viendrait à succéder au prêteur initial devrait pouvoir continuer à bénéficier de l'exonération dès lors que ce dernier pouvait en bénéficier à l'origine (principe de *grandfathering*), sous réserve bien entendu d'apporter la preuve de cette qualité originelle. Ce principe, posé par l'instruction administrative précitée du 5 juin 1989, peut sembler clair, mais il laisse en fait demeurer une incertitude dans le cas de contrats de crédit pour lesquels la syndication s'effectuerait par voie de novation, ce qui est souvent le cas des contrats soumis au droit anglais. Ce concept ayant été emprunté par le droit anglais au droit romain, il est donc fort proche de la novation que nous connaissons en droit civil. Aussi est-il légitime de se demander si, en cas de cession par voie de novation par le prêteur initial de tout ou partie de sa créance à d'autres prêteurs, l'on ne serait pas en présence d'un nouveau contrat du fait d'une novation réalisée par changement de créancier, ce qui aurait pour corollaire de faire du cessionnaire un « nouveau prêteur initial », qui ne pourrait alors bénéficier du régime de l'article 131 *quater* que s'il remplit lui-même toutes les conditions requises pour cela, et ce, même si le prêteur initial auquel il s'est sub-

stitué pouvait en bénéficier. À notre connaissance, cette question n'a jamais fait l'objet de contentieux ni de discussions de principe avec l'administration, mais en l'état actuel du droit, elle reste posée.

Enfin, la récente décision du Conseil d'État⁸ sur l'affaire Meridia SARL est à l'origine d'une nouvelle source d'interrogations sur le sujet puisque la Haute Assemblée a considéré que la notion « d'emprunts contractés hors de France » nécessitait pour être remplie, que l'emprunteur ait reçu les fonds de l'étranger⁹. Cette condition n'était pas au nombre de celles que l'administration avait jusqu'alors citées dans ses instructions. Compte tenu de la généralité des termes employés dans l'arrêt, cette jurisprudence, rendue dans une affaire de comptes courants d'associés, pourrait trouver à s'appliquer dans un contexte plus large englobant certaines opérations de crédit comme des opérations de refinancement et plus généralement, des opérations qui n'entraînent pas une nouvelle mise à disposition de fonds à l'emprunteur.

EN GUISE DE CONCLUSION

En juin 1987, la modification apportée à l'article 131 *quater* avait été perçue comme procédant d'un mouvement de libéralisation dont ne pouvaient que se féliciter les banques et autres intervenants sur le marché de l'argent. Pourtant, dès cette époque, les imprécisions de rédaction du texte et des instructions qui s'ensuivirent furent soulignées¹⁰. Aujourd'hui, il nous semble que tous les intervenants retireraient un avantage certain à voir cet ensemble de dispositions réécrit afin de clarifier toutes les zones d'ombres que la jurisprudence et les prises de position officielles de l'administration ont révélées ces dernières années et qui font peser sur les opérations financières internationales une forme d'incertitude toujours préjudiciable à la sécurité des transactions. Actuellement, le seul moyen d'obtenir cette sécurité est de saisir la Direction générale

des Impôts préalablement à l'opération, au risque de saturer ses services déjà encombrés, et qui ne sont donc pas toujours en mesure de répondre dans les délais imposés par le calendrier des opérations. On s'aperçoit d'ailleurs que chaque fois que la Direction générale des Impôts est approchée pour une opération particulière, elle se montre finalement assez pragmatique et ne se livre pas à un effort excessif de sollicitation des textes pour mettre une imposition là où manifestement le législateur avait souhaité une exonération. Une refonte des textes n'aurait donc pour effet que de fixer officiellement la règle du jeu de façon à la rendre opposable à tous. Le Budget de l'État n'en souffrirait pas, dans la mesure où aujourd'hui ces opérations s'effectuent de toute façon sans retenue à la source. Il ne s'agirait donc pas de modifier les textes en vue de créer de nouveaux cas d'exonération mais simplement d'apporter un peu de flexibilité afin de ne pas compliquer inutilement la situation des banques (et en particulier celle des banques françaises) lorsqu'elles agissent depuis la France dans le cadre d'opérations qui nécessitent le transit de flux d'intérêts par l'étranger. ■

1 Les questions concernant le prélèvement applicable aux intérêts payés sur certaines créances négociables (obligations, TCN, et plus généralement tous instruments de dette émis en application d'un droit étranger tels que les *euros commercial paper*) ou à raison de certains prêts consentis au sein de sociétés d'un même groupe ne seront pas examinés ici.

2 Cf. commentaire du modèle de convention fiscale OCDE (novembre 1997), article 11 paragraphe 13.

3 Voir notamment BOI 5-I-2-89 du 5 juin 1989.

4 En fait, il convient de considérer que ne remplissent cette condition que les prêteurs qui agissent depuis un établissement situé hors de France, quel que soit par ailleurs le pays où se trouve leur siège social (France ou étranger).

5 Il faut en outre que le prêt ait fait l'objet d'un contrat écrit préalable à la mise à disposition des fonds, ce qui en pratique ne pose pas de difficultés s'agissant d'opérations faites avec des tiers.

6 Documentation administrative 5 I 1224 § 50 et s., 1^{er} décembre 1997.

7 TA Paris n° 9712841/1 du 6 janvier 2004.

8 CE 3 novembre 2003, n° 244437.

9 Note Claire Acard, Banque & Droit n° 93, page 69 et s.

10 Note Jean-Pierre Le Gall, La Semaine Juridique 4.1988 n° 15107 et 30.1989 n° 15557.