

## FISCALITÉ

# La spécificité fiscale des swaps de taux d'intérêt susceptible d'être remise en question ?



Jean-Jacques  
Cappelaere

Fiscaliste

Par un jugement du 20 juin 2007, le tribunal administratif de Paris a conclu à l'exigibilité du prélèvement "non-résidents" de 16 %, sur les gains réalisés dans le cadre de *swaps* de taux d'intérêt. Mais ce jugement vient d'être contredit par une instruction administrative du 24 janvier 2008.

**P**ar un jugement du 20 juin 2007 publié par la Revue de jurisprudence fiscale n° 1 de janvier 2008 sous le numéro 45, le tribunal administratif de Paris vient de conclure à l'exigibilité du prélèvement "non-résidents" de 16 %, sur les gains réalisés dans le cadre d'accords de *swaps* de taux d'intérêt. Il a considéré que, si de tels gains ne constituent pas par eux-mêmes les

intérêts d'un placement, ils n'en demeurent pas moins calculés par référence à des taux d'intérêt appliqués à un montant notionnel de capital et qu'ils doivent, par suite, être rangés parmi les produits de toute nature des instruments financiers visés aux articles 125 A I et III du CGI, dans leur rédaction de l'époque.

Critiqué par Bruno Gouthière, dans son analyse publiée au feuillet rapide

Francis Lefebvre n° 48/07 du 26 octobre 2007, ce jugement vient d'être contredit par une instruction administrative 5 I-1-08 du 24 janvier 2008, à caractère interprétatif.

Il a paru intéressant de replacer la question posée, à laquelle l'administration vient d'apporter une réponse négative, dans le contexte plus général de la spécificité du traitement des gains sur l'ensemble des instruments financiers à terme tel qu'explicité par l'instruction administrative du 17 janvier 2006 relative au calcul du prorata de déduction de TVA des banques.

### **PARTIE I ■ LE JUGEMENT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE PARIS ET L'ÉCLAIRAGE DE L'ANALYSE PUBLIÉE AU BULLETIN RAPIDE FRANCIS LEFEBVRE, CONSACRÉE PAR UNE INSTRUCTION ADMINISTRATIVE DU 24 JANVIER 2008**

#### **■ Le jugement du tribunal administratif de Paris**

Il s'agissait, en l'espèce, de sommes versées, au cours des années 1997 et 1998 par la SA OCE France Financement à la société néerlandaise OCE Van Der Grinten NV en vertu d'un accord de *swap* de taux d'intérêt.

Le tribunal administratif de Paris a considéré que la référence à des taux d'intérêt appliqués sur un montant notionnel de capital était suffisante pour conférer aux gains retirés des

*swaps* de taux d'intérêt concernés en l'espèce, le caractère de produits visés par les articles 125 A, I et III du CGI alors en vigueur, susceptibles d'être regardés comme étant versés par un débiteur établi en France au profit d'une personne morale n'ayant pas dans ce pays son siège social, et passibles, dès lors, du prélèvement obligatoire prévu par ces dispositions combinées ; il a observé, à cet égard, que la société française ne pouvait, en l'absence de fonds mis à sa disposition par la

société néerlandaise, se prévaloir utilement de l'exonération prévue par les dispositions de l'article 131 quater du CGI.

Il a estimé, par ailleurs, qu'aux termes de l'article 11-4 de la convention franco-néerlandaise du 16 mars 1973, le terme intérêts désigne des revenus de créances de toute nature, ce qui autorisait la retenue à la source conventionnelle, de 10 % en l'occurrence, sur les gains de source française retirés des *swaps*, traités comme des intérêts.

■ **L'analyse publiée par le feuillet rapide Francis Lefebvre du 26 octobre 2007**

Bruno Gouthière souligne à juste titre que, contrairement aux assertions du commissaire du gouvernement ayant eu à connaître du cas d'espèce jugé par le tribunal administratif de Paris, la suppression, par l'article 30 de la loi de finances rectificative pour 2005 du 30 décembre 2005, du prélèvement obligatoire de 16 % sur les produits de placements à revenu fixe de source française payés hors de France, n'a pas vidé de sa substance le problème posé, dès lors, en effet, que le dit prélèvement continue d'être exigible, sous réserve le cas échéant de l'application des droits communautaire ou conventionnel, sur les produits de placements à revenu fixe de source française versés à des non-résidents personnes physiques n'ayant pas leur domicile fiscal en France ou personnes morales n'ayant pas leur siège social en France.

“ La perception d'un prélèvement ou d'une retenue à la source sur tout ou partie des sommes versées au titre des contrats d'échange de taux d'intérêt ne manquerait pas d'inciter les acteurs de ces contrats à déplacer leurs opérations hors de France. ”

Il observe, à cet égard, que, dans un swap de taux d'intérêt, il n'y a, entre les deux contreparties aucune opération de type prêt/emprunt : les sommes dues au titre des deux jambes du swap ne correspondent pas à la rémunération de prêts, dès lors que la créance d'une partie sur l'autre partie ne porte pas sur le montant notionnel servant de référence pour l'application du contrat, mais sur l'obligation de paiement résultant de ce contrat.

N'étant pas assimilables, dans notre droit interne, à des produits de placements à revenu fixe au sens de l'article 125 A I du CGI, et la notion de créances de toute nature productives d'intérêts n'étant pas définie par le droit conventionnel, les sommes correspondant aux gains sur swaps sont ainsi, pour l'application de ce droit, constitutives de revenus “ sui generis ” soumis à l'exclusivité d'imposition de l'État du bénéficiaire des dits revenus, ce qui interdit le prélèvement d'une retenue par l'État de leur source.

Une instruction administrative du 24 janvier 2008, 5 I-1-08, à caractère interprétatif, vient de confirmer l'absence du prélèvement forfaitaire prévu à l'article 125 A du CGI, sur les produits de placement à revenu fixe, et plus particulièrement du prélèvement obligatoire de l'article 125 A III, applicable aux produits de placement à revenu fixe dont le débiteur est établi ou domicilié en France et encaissés par des personnes n'ayant pas en France leur domicile ou leur siège social.

L'administration a clairement acté que les flux financiers générés par les instruments financiers à terme de droit français ou étranger relatifs à des taux d'intérêt ne peuvent être qualifiés de produits de placement au sens de l'article 125 A puisqu'ils ne représentent pas des revenus de créances et que, dès lors, ils sont placés hors du champ d'application du prélèvement forfaitaire opéré sur option ou obligatoire.

**PARTIE II ■ LE TRAITEMENT DES GAINS SUR INSTRUMENTS FINANCIERS À TERME POUR LE CALCUL DU PRORATA DE DÉDUCTION DE TVA EST INCOMPATIBLE AVEC UN PRÉLÈVEMENT À LA SOURCE**

■ **Le traitement des gains sur l'ensemble des instruments financiers à terme pour le calcul du prorata de déduction de TVA**

Le traitement des gains sur l'ensemble des instruments financiers à terme pour le calcul du prorata de déduction de TVA a été explicité par l'instruction administrative du 17 janvier 2006, commentée sous une précédente chronique fiscale [1]. Il est rappelé que sont concernés l'ensemble des instruments financiers à terme, portant sur les taux d'intérêt, les actions et les indices boursiers (contrats d'échange, contrats à terme ferme et contrats optionnels).

Pour le calcul de leur prorata de déduction, les établissements de crédit et les entreprises d'investissement constituent trois catégories d'instruments financiers :

- les contrats d'échange ou swaps ;
- les instruments financiers à terme ferme négociés de gré à gré ou sur des marchés organisés ;
- les instruments financiers optionnels négociés de gré à gré ou sur des marchés organisés.

Chaque année, et pour chacune de ces catégories appréhendées indépendamment l'une de l'autre, ils peuvent retenir :

- soit la somme des flux annuels positifs dégagés pour chaque contrat ;

– soit le résultat net positif dégagé sur l'ensemble des contrats, égal à la somme, pour chacune des catégories, du résultat net positif dégagé au titre des contrats conclus avec des contreparties établies hors de l'Union européenne, et du résultat net positif dégagé au titre des contrats conclus avec des contreparties établies dans l'Union européenne : lorsque la somme dégage un résultat négatif à un titre ou un autre dans une catégorie, celui-ci n'est pas pris en considération et ne peut ni compenser un résultat positif dégagé par ailleurs, ni être reporté sur le résultat net positif dégagé l'année suivante.

■ **Le traitement interdit implicitement tout prélèvement à la source sur les sommes versées au titre des instruments financiers concernés**

Il existe une incompatibilité entre le traitement catégoriel des gains sur instruments financiers à terme, susceptible d'être globalisé à l'intérieur de chacune des catégories, et l'application d'un prélèvement à la source sur les sommes versées au titre des contrats concernés.

La possibilité d'opter pour une compensation des gains et des pertes à l'intérieur de chacune des catégories de contrats, les pertes nettes n'étant pas reportables et tombant ainsi en non-valeur, montre que, parallèlement au raisonnement juridique per-

“ La spécificité du traitement des gains sur l'ensemble des instruments financiers à terme pour le calcul du prorata de déduction de TVA des banques interdit implicitement tout prélèvement à la source sur les sommes correspondant à ces gains. ”

mettant de conclure à l'absence d'assimilation à des intérêts, des sommes versées au titre des contrats d'échange de taux d'intérêt, le raisonnement économique conduit à la même conclusion, seuls les flux nets, positifs ou négatifs selon le cas, étant significatifs : en effet, les résultats

sur contrats d'échange de taux d'intérêt revêtent intrinsèquement un caractère aléatoire, et les sommes versées ne sauraient, en conséquence, être assimilées à des intérêts, toujours calculés sur des montants bruts. La perception d'un prélèvement ou d'une retenue à la source sur tout ou partie des sommes versées au titre des contrats d'échange de taux d'intérêt aurait ainsi pour effet de rompre l'équilibre d'ensemble des opérations réalisées, et ne manquerait pas d'inciter les acteurs de ces contrats à déplacer leurs opérations hors de France, dès lors que notre pays serait le seul à opérer de la sorte. ■

[1] Revue Banque n°684, octobre 2006.

Plus de 17 000 ouvrages  
sur le seul sujet  
qui vous obsède vraiment.

[www.revuebanquelibrairie.com](http://www.revuebanquelibrairie.com)

La librairie spécialisée dans la banque et la finance

RB  
REVUE  
BANQUE