

CHRONIQUE

DROIT FISCAL



**CLAIRE
ACARD**
Associé
Cabinet
Ernst & Young

■ LE RESCRIPT N°2007/59 DU 8 JANVIER 2008 VIENT DE NOUVEAU ASSOULIR LES CONDITIONS D'APPLICATION DE L'ARTICLE 131 QUATER DU CGI

L'article 125 A III du Code Général des Impôts (CGI) prévoit un prélèvement, obligatoirement applicable aux produits de placements à revenu fixe, dont le débiteur est établi ou domicilié en France et qui sont encaissés par des personnes n'ayant pas leur domicile fiscal ou leur siège social en France.

Comme chacun sait, ce prélèvement est, dans la pratique, rarement appliqué en raison de l'existence de nombreux tempéraments et exceptions apparus au fil des années, notamment celle prévue à l'article 131 quater du même code, qui vise les produits des emprunts contractés à l'étranger. Cette exonération, instituée par l'article 62 de la loi de finances pour 1976, a vu son champ d'application s'élargir à la fin des années quatre-vingt (I), avant de connaître une longue période de stabilité (II). Pourtant ces dernières années, le législateur et l'administration ont sensiblement assoupli les conditions d'application de cet article. La plus récente manifestation de cette tendance en est la publication par l'administration du rescrit du 8 janvier 2008, qui confirme les tolérances accordées à la Fédération bancaire française (FBF) dans une lettre en date du 23 juillet 2007 (III).

La fin des années quatre-vingt, marquée par les premiers assouplissements des conditions d'application de l'exonération du prélèvement prévue à l'article 131 quater du CGI...

Les conditions d'application de l'article 131 quater des années quatre-vingt, étaient assez restrictives. L'exonération temporaire au prélèvement prévu par l'article 125 A III du CGI n'était accordée qu'aux emprunts contractés hors de France par des personnes morales françaises avec l'autorisation du ministre de l'Économie et des Finances, à la condition que ces emprunts comportent une durée au moins égale à cinq ans ou en cas d'amortissement anticipé, une vie moyenne d'au moins trois ans, et qu'ils aient été expressément admis par l'administration fiscale au bénéfice de ce régime spécial avant le 31 décembre 1987.

L'article 30 de la loi n°87-416 du 17 juin 1987 sur l'épargne, qui a substitué à cet article une nouvelle rédaction qui se voulait plus simple – « les produits des emprunts contractés hors de France par des personnes morales françaises avec l'autorisation

du ministre de l'économie, des finances et de la privatisation sont exonérés du prélèvement prévu au paragraphe III de l'article 125 A » – a marqué le début d'une période d'assouplissements.

Le législateur a tout d'abord supprimé la procédure d'agrément préalable de l'administration fiscale, tout en maintenant au plan formel l'autorisation de l'emprunt par le ministre de l'Économie et des Finances. Peu de temps avant le vote de la loi sur l'épargne, le ministre avait toutefois, par une circulaire du 21 mai 1987¹, autorisé à titre général les emprunts en devises et certains emprunts en francs contractés par des résidents à l'étranger. Autorisation confirmée un an plus tard par un arrêté du 1^{er} juin 1988 portant fixation de certaines modalités d'application du décret n°68-1021 du 24 novembre 1968 réglementant les relations financières avec l'étranger.

Par ailleurs, le nouveau dispositif d'exonération, désormais permanent, n'était plus soumis à une condition de durée minimale de l'emprunt.

L'article 131 quater du CGI, dans sa nouvelle rédaction issue de la loi sur l'épargne du 17 juin 1987, a été interprété dans un premier temps par une note du 19 août 1987², puis a été commenté par l'instruction du 5 juin 1989³, elle-même reprise par la doctrine administrative 5 I-1233. L'administration y détaillait les conditions nécessaires à l'application de l'article 131 quater du CGI, alternant, pour l'occasion, mesures d'assouplissements et « durcissements ».

La première condition évoquée par la doctrine administrative pour que puissent s'appliquer les dispositions de l'article 131 quater du CGI, était celle d'un contrat d'emprunt, préalable à la mise à disposition des fonds, dont résultaient les produits en question et dans lequel devait être exprimé l'accord des parties sur le montant du capital, la date de remboursement et les conditions de rémunération. En conséquence, l'instruction prévoyait expressément que le régime ne s'appliquerait ni aux produits des intérêts servis aux sommes laissées en compte courant, ni aux intérêts d'une créance résultant d'un contrat de vente ou de prestation de services, à l'exception des « crédits

1. Circulaire du 21 mai 1987, VII Emprunts, NOR : ECOT8770004C.

2. Note 5 I-7-87 du 19 août 1987.

3. Instruction 5 I-2-89 du 5 juin 1989.

acheteurs » consentis par des tiers à l'opération de vente ou de prestation de services.

Seconde condition commentée par la doctrine : la circonstance que l'emprunt ait été contracté hors de France. Cette condition était réputée remplie dès lors que le prêteur initial avait son domicile fiscal ou son siège social hors de France. L'administration avait toutefois admis dans un premier temps, que soient exonérés du prélèvement prévu à l'article 125 A III du CGI, « les emprunts consentis par des établissements ou succursales, situés à l'étranger, de sociétés françaises dès lors que leurs résultats sont imposés dans l'État où ils sont situés »⁴. Dans un second temps, elle accepta que les émissions réalisées par l'intermédiaire d'un syndicat international de banques soient elles aussi exonérées à condition qu'elles ne soient ni soumises au Comité des émissions, ni à la Commission des opérations de Bourse, excepté pour les euro-émissions susceptibles de donner accès au capital de sociétés françaises, et les euro-obligations introduites en Bourse à la cote d'une place française. Ces émissions ne devaient pas non plus donner lieu à publication au Bulletin des annonces légales obligatoires et le contrat d'émission et la notice d'information devaient comporter l'engagement de l'émetteur et du syndicat bancaire de ne pas offrir au public en France les titres concernés.

Enfin, troisième condition, l'emprunteur devait être une personne morale française. En d'autres termes, les sociétés en participation et les sociétés créées de fait ainsi que les personnes physiques étaient exclues de ce régime. Si l'emprunt était contracté solidairement par plusieurs codébiteurs, l'article 131 quater n'était applicable que si chacun d'eux était une personne morale. L'administration avait toutefois accepté d'étendre le bénéfice de l'exonération « lorsque les co-emprunteurs sans personnalité morale n'interviennent que comme caution vis-à-vis des autres débiteurs solidaires de l'emprunt », dès lors que le contrat précise que « le capital est mis à disposition des emprunteurs personnes morales qui supportent la totalité des intérêts »⁵. La personne morale devant avoir la nationalité française, les emprunts contractés par les établissements ou succursales situés en France, de personnes morales étrangères, ne pouvaient, en principe, bénéficier de l'article 131 quater du CGI. Néanmoins, afin d'éviter une quelconque discrimination, l'administration fiscale avait indiqué que l'exonération serait applicable aux emprunts contractés par l'établissement stable exploité en France d'une personne morale résidente d'un État de la CEE ou d'un autre État lié à la France par une convention fiscale comportant une clause de non-discrimination relative aux établissements stables.

... suivie d'une période de relative stabilité...

Ni le législateur, ni l'administration ne se sont beaucoup intéressés à l'article 131 quater du CGI pendant la dizaine d'années qui a suivi.

L'instruction du 12 avril 1999⁶ est certes venue précé-

ser que les intérêts payés hors de France par les centrales de trésorerie bénéficiaient de l'exonération prévue par l'article 131 quater du CGI, à condition que la structure réponde à la définition de centrale de trésorerie, que les sociétés dont les flux étaient centralisés appartiennent à un même groupe et qu'elles soient liées par un accord conventionnel devant faire l'objet d'une déclaration à l'administration fiscale.

Cela étant dit, cette instruction était-elle bien nécessaire ? Nous ne le pensons pas.

Une centrale de trésorerie n'est rien d'autre qu'une société d'un groupe, généralement multinational, dont elle centralise les flux financiers. Membre du groupe, les opérations financières qu'elle effectue avec les autres sociétés de ce groupe, peuvent être considérées comme des sommes inscrites en compte courant d'associé.

Certes, dès 1989, l'administration indiquait dans l'instruction 5 I-2-89, interprétant la loi de 1987, qu'étaient exclus du champ d'application de l'exonération les « intérêts servis aux sommes laissées en compte courant ». D'où la question de savoir s'il fallait ou non par principe exclure du champ d'application du 131 quater les intérêts des comptes courants. À l'époque, Jean-Pierre LE GALL faisait remarquer dans un article intitulé « Le nouveau régime fiscal des emprunts des entreprises françaises à l'étranger⁷ », que ne sauraient être exclus du bénéfice de l'exonération, les prêts d'associés non-résidents octroyés à une société française comme mode de financement. L'auteur rappelait que telle n'était d'ailleurs pas la volonté de l'administration, qui avait pris le soin dans l'instruction du 5 juin 1989 de distinguer les sommes « laissées en compte courant » des sommes « déposées en compte courant ». Ainsi ces dernières, assimilées à des emprunts ayant la nature d'investissements directs pouvaient légitimement bénéficier de cette exonération.

Quelques années plus tard, dans l'arrêt Meridia⁸ du 3 novembre 2003, la Haute Assemblée, tranchant la question de la possible application des dispositions de l'article 131 quater aux intérêts des comptes courants d'associés, confirmait que les sommes acquittées en rémunération de sommes inscrites au crédit de comptes courants d'associés domiciliés hors de France pouvaient bénéficier de l'exonération prévue par l'article 131 quater. Ce faisant, la Cour suivait le Commissaire du gouvernement, M.Vallée, lequel affirmait que « L'inscription du capital au crédit de comptes courants d'associés n'exclut pas qu'il s'agisse d'emprunts. Il convient seulement de distinguer, comme le fait l'administration, les sommes « laissées » en compte courant des sommes « apportées » en compte courant ». Selon le Commissaire du gouvernement, dans le cas des sommes « laissées » en compte courant, « le compte joue un rôle d'un compte en banque », dans lequel des sommes peuvent être prélevées par l'associé et qui sont rémunérées, et dans le cas des sommes « apportées » en compte courant, l'associé « participe au financement de la société, comme le fait un prêteur ». C'est pourquoi les intérêts des sommes apportées en compte

4. Instruction 5 I-2-89 du 5 juin 1989, reprise par la Doctrine Administrative 5 I-1233, n°14 du 1^{er} décembre 1997.

5. Instruction 5 I-2-89 du 5 juin 1989 (C-1).

6. Instruction 5 I-1-99 du 12 avril 1999.

7. « Le nouveau régime fiscal des emprunts des entreprises françaises à l'étranger », J.-P. Le Gall, JCP 1989, éd. E n°15557, §9.

8. CE, 3 novembre 2003, n°244437, SARL Meridia France.

courant d'associés, contrairement aux intérêts des sommes laissées en compte courant, pouvaient selon la Haute Assemblée, bénéficier de l'exonération du prélèvement prévue par l'article 131 quater.

... puis par un florilège d'assouplissements ces dernières années.

Le milieu des années 2000 est, quant à lui, marqué par un véritable élargissement du champ d'application de l'exonération au prélèvement prévu à l'article 125 A III.

Tout d'abord, l'article 11 de l'ordonnance du 7 décembre 2005⁹ relative à des mesures de simplification en matière fiscale et à l'harmonisation et l'aménagement du régime des pénalités, a officiellement supprimé la condition de l'autorisation préalable du ministre de l'économie et des finances. Cette autorisation, comme nous l'avons rappelé plus haut, était toutefois dans la pratique, considérée comme accordée à titre général depuis le 1^{er} juin 1988, conformément à ce que rappelle l'instruction du 30 septembre 1998¹⁰.

Quelques semaines plus tard, l'article 30 de la loi de finances rectificative pour 2005¹¹ assouplissait la condition qui tenait à la qualité d'émetteur en élargissant le champ d'application de l'article 131 quater aux emprunts émis par des fonds communs de créances régis par les articles L. 214-43 à L214-49 du Code monétaire et financier. L'article 30 de la loi de finances rectificative pour 2005 est venu ainsi exonérer les produits des emprunts, qu'ils soient de forme classique ou obligataire, dès lors qu'ils avaient été contractés hors de France, par des fonds communs de créances français. Ce nouvel assouplissement était dû, ainsi que le précise l'instruction 5 I-7-06 du 29 juin 2006¹², au changement opéré par la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003¹³, octroyant à ces fonds la possibilité d'émettre des obligations de même nature que celles émises par des personnes morales. L'administration ajoutant que cette exonération du prélèvement obligatoire était applicable pour les produits encaissés à compter du 1^{er} janvier 2006 quelle que soit la date de conclusion de l'emprunt, dès lors que les conditions énoncées par le 131 quater étaient remplies lors de l'émission de l'emprunt.

C'est aujourd'hui au tour de la condition relative au prêteur initial d'être assouplie : le rescrit du 8 janvier 2008 supprime l'obligation qu'il avait d'être domicilié fiscalement ou d'avoir son siège hors de France.

Pour mémoire, dès février 2007, la Fédération bancaire française (FBF) demandait à l'administration que soit modifié le dispositif d'exonération de l'article 131 quater du CGI. Deux aspects étaient visés par la demande de la FBF. Le premier concernait la condition énoncée par l'instruction du 5 juin 1989 (5 I-2-89) relative au domicile fiscal ou le siège social du prêteur initial qui devait être situé hors de France. La FBF considérait cette condition

comme « pénalisante pour les banques françaises prêteuses qui souhaitaient par la suite céder tout ou partie de leur créance à des banques étrangères ».

Le second aspect concernait les émissions obligataires en euros qui étaient réputées réalisées hors de France conformément à l'interprétation donnée par l'instruction du 30 septembre 1998 (5 I-11-98). Selon la FBF, cette solution devait être élargie aux émissions de titres de créances négociables libellés en euros.

Le 23 juillet 2007, l'administration donnait une suite favorable à la demande de la FBF en modifiant très sensiblement la doctrine administrative qui entourait jusque-là les conditions d'application de l'article 131 quater. Ces changements se trouvent retranscrits dans le rescrit du 8 janvier 2008¹⁴.

Conformément aux demandes formulées par la FBF, le premier apport de ce rescrit est la suppression de la condition qui exigeait que le prêteur initial ait son domicile fiscal ou son siège social hors de France. L'exonération prévue à l'article 131 quater du CGI s'appliquera désormais également lorsque le prêteur initial établi en France a cédé tout ou partie de sa créance à un prêteur établi hors de France, dès lors que les autres conditions tenant à la nature des produits concernés et à la qualité de l'emprunteur sont remplies.

Le deuxième point traité par le rescrit porte sur les émissions d'emprunts obligataires en devises réalisées par une personne morale française ou un fond commun de créances français. Désormais, ces émissions seront réputées réalisées hors de France pour l'application de l'article 131 quater du CGI. L'administration ajoute que les émissions, en euros ou en devises, de titres de créances négociables (TCN), de parts de fonds communs de créances ainsi que tous autres emprunts ou titres de créances sont également réputées réalisées hors de France pour l'application de l'exonération du prélèvement prévu par l'article 125 A III du CGI.

Enfin, l'administration précise la condition tenant au lieu de la mise à disposition des fonds à l'emprunteur. Selon elle, cette mise à disposition des fonds peut être faite depuis la France dès lors qu'il est possible de justifier que le preneur initial était domicilié ou établi en France, ou que les fonds proviennent d'un compte bancaire ouvert au nom du prêteur étranger dans une banque établie en France.

En conclusion, l'on ne pourra que rappeler que dès 1989, Jean- Pierre LE GALL¹⁵ se posait déjà la question de savoir s'il ne fallait pas, compte tenu « du domaine tellement large » qu'occupe l'article 131 quater, le considérer comme « une disposition de principe » et « d'y voir le droit commun des emprunts effectués par les entreprises françaises à l'étranger ». Cette remarque apparaît d'autant plus justifiée aujourd'hui, que le législateur et l'administration n'ont cessé d'en adoucir les conditions d'application au cours de ces deux dernières décennies. ■

9. Ordonnance n°2005-1512 du 7 décembre 2005, art.11.

10. Instruction 5 I-11-98 du 30 septembre 1998.

11. Loi de finances rectificative pour 2005, n°2005-1720, art.30.

12. Instruction 5 I-7-06 du 29 juin 2006.

13. Loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003, n°2003-706.

14. RES n°2007/59, du 8 janvier 2008.

15. Le nouveau régime fiscal des emprunts des entreprises françaises à l'étranger, J.-P. Le Gall, JCP 1989, éd. E, n°15557, §2.