

Prix de transfert pour les opérations de financement intragroupe

L'importance de l'analyse de risque de crédit pour déterminer les taux d'intérêt applicables



Patrick Dejardin

Master of Advanced Studies SUPSI in Tax Law,
Senior Specialist Tax, Sunrise Communications AG,
Glattpark (ZH)

Les multinationales se financent à des taux d'intérêt qui dépendent de nombreux facteurs, en particulier de leur rating de crédit. Les financements intragroupes dépendent des mêmes critères selon le principe de pleine concurrence ("arm's length"). Le rating de crédit est en général connu pour l'ensemble du groupe, mais peut aussi être évalué pour chaque membre du groupe. La nouvelle version 2017 des principes de prix de transfert de l'OCDE intègre le principe du support implicite, objet du cas General Electric. La valeur de ce support implicite devrait être évaluée avec prudence en fonction des circonstances de chaque cas. En Suisse, la lettre-circulaire sur les taux d'intérêt fiscalement admis, et l'impôt anticipé en cas de garanties internes peuvent poser des difficultés aux groupes internationaux.

I. Financement par dette des entreprises	135
II. Taux d'intérêt du marché en fonction du rating de crédit de l'entreprise	136
III. Support implicite: General Electric Capital Canada, Inc. V. The Queen (2011)	137
A. Description du cas General Electric Capital Canada	137
B. Concept de support implicite	138
C. Position de l'OCDE et analyse du cas: le jugement de la Cour canadienne date de 2011	138
IV. Support implicite dans le cas d'un prêt intragroupe: arrêt de la Cour des Finances Fédérale allemande	139
V. Suisse	139
A. Référence au prix de pleine concurrence	139
B. Lettre-circulaire sur les taux d'intérêt fiscalement admis	139
C. Position de l'OCDE relative aux régimes de protection ("safe harbour")	140
D. Conséquences d'un écart entre le taux d'intérêt fiscalement admis en Suisse et le taux de marché	140
E. Traitement des garanties intragroupes au sens de l'impôt anticipé.....	140
VI. Conclusion	141

I. Financement par dette des entreprises

Les sociétés peuvent lever des capitaux sous forme de capitaux propres, ou par capitaux de tiers. Le taux d'intérêt qu'une société devra payer pour emprunter de l'argent, que ce soit auprès d'une banque ou par émission d'obligations, sera déterminé entre autres par les facteurs suivants^[1]:

- le risque de crédit de l'emprunteur. Il s'agit soit d'un risque de défaut, soit d'un risque de détérioration de son niveau de risque de crédit;
- la durée du prêt (plus la maturité d'un prêt est longue, plus le risque du prêteur est élevé);
- la monnaie;
- les garanties apportées par l'emprunteur (ou au contraire l'absence de garanties);
- le paiement régulier d'intérêts (par opposition au remboursement du capital et des intérêts cumulés à maturité);
- la convertibilité du prêt en capital action;
- une éventuelle convention de subordination (le prêt étant dans ce cas remboursable seulement après le remboursement de toutes les autres dettes);
- intérêts fixes ou variables;
- l'option pour l'emprunteur de rembourser la dette avant l'échéance, ou pour le prêteur d'exiger le remboursement de manière anticipée;
- le risque politique du Pays de l'emprunteur.

Un groupe multinational peut avoir un avantage en centralisant ses opérations de trésorerie en une seule unité, typiquement au siège central. Pour un groupe coté en bourse, souvent seule l'entreprise mère est connue du public, émet des actions ou obligations négociables. Les fonds obtenus doivent alors être répartis entre les différentes unités du groupe.

[1] RAFFAELE R. PETRUZZI, Transfer pricing aspects of intra-group financing, 2016, chap. 2 III 2.1.2.

Plusieurs méthodes sont envisageables: des prêts intra-groupes, un *cash pooling* qui doit en général au niveau fiscal être un prêt à court terme, ou des financements externes par certaines sociétés du groupe, éventuellement à l'aide de garanties de la part de la maison mère afin d'obtenir des taux plus favorables.

Ces garanties peuvent être une simple lettre d'intention (engagement à faire ou ne pas faire), un *keep well agreement* (déclaration de la maison mère de fournir un capital supplémentaire à une filiale), ou une garantie de crédit explicite (la seule légalement contraignante)^[2].

La question se pose donc de savoir quelle est la signification du rating de crédit et sur quelle base il doit être évalué: sur l'ensemble du groupe ou sur la société créditrice prise individuellement.

II. Taux d'intérêt du marché en fonction du rating de crédit de l'entreprise

Le but d'un rating de crédit est de fournir une évaluation de la capacité d'une entreprise de payer les intérêts promis et de rembourser le capital nominal à l'échéance.

Les méthodes de détermination du taux d'intérêt ont fait l'objet de nombreux développements par les banques et par la doctrine^[3]. Les entreprises multinationales, qui s'adressent à une large base d'investisseurs, font appel à des agences de notation mondialement reconnues telles que Standard & Poor's et Moody's.

Ces agences synthétisent sous forme d'un rating allant de AAA (Standard & Poor's) ou Aaa (Moody's) pour les sociétés ayant la meilleure capacité de crédit à C ou même D pour sociétés les plus spéculatives ayant un risque de défaut très élevé^[4].

L'élément central du rating est la valeur du capital en risque et la probabilité de défaut. La méthode d'évaluation de la perte anticipée a été définie par le Règlement (UE) n. 575/2013^[5] et est reprise également par le FASB (*Accounting Standard Update* n. 2016-13).

Taux d'intérêt = taux *swap* + PD x LGD + rémunération des coûts fonctionnels + rémunération du capital en risque

Les paramètres importants sont donc:

- ♦ *Taux Swap*: taux sans risque;
- ♦ *Probability of Default* (PD): la probabilité de défaut, c'est-à-dire que le prêt ne soit pas remboursé, que le débiteur soit en défaut de paiement;
- ♦ *Loss Given Default* (LGD): le ratio de perte en cas de défaut (le pourcentage de perte par rapport à la valeur en risque). En cas de liquidation de l'entreprise, une partie du prêt pourra en effet être récupérée.

L'outil développé par de Moody's, *RiskCalc*, évalue une probabilité de défaut de paiement futur, en se basant sur une combinaison de ratios financiers et surtout sur une large base mondiale de données.

En fonction du rating de crédit obtenu et de la durée du prêt, des tables ont été établies pour les différents secteurs, par exemple les sociétés industrielles. La structure de taux et des *spreads* évolue dans le temps. Il faut donc utiliser les tables valables au moment où les prêts sont consentis (cfr. Figure 1).

Par exemple, une société ayant un rating Baa2 a un *spread* de 97 points de base pour une obligation d'une durée de 3 ans. Le taux sans risque étant négatif, on se basera sur un taux nul, le taux de marché de la société est donc 0,97%.

Si le rating de la société diminue d'un niveau à Baa3, le taux d'émission serait 0% + 135 points de base, soit 1,35%. Si cette dégradation du rating se produit après l'émission de l'obligation, le cours de celle-ci chutera d'un montant tel que la valeur actuelle nette des intérêts futurs et remboursement du capital corresponde au nouveau rendement.

Si l'exemple avait été basé sur une obligation à 10 ans émise en 2009, la diminution des taux sans risque et des *swaps* de crédit conduirait à une valeur de marché bien supérieure à celles émises récemment car de nouvelles obligations d'une même catégorie de risque et de même durée rapportent maintenant beaucoup moins.

[2] PwC, *Clarifying the rules, Sustainable transfer pricing in the financial service sector*, 2012, p. 145; PETRUZZI (note 1), chap. 2 III 3.1.

[3] ANTHONY SAUNDERS/LINDA ALLEN, *Credit Measurement, New Approaches to Value at Risk and Other Paradigms*, John Wiley and Sons, 2002, chap. 5.

[4] CLAUDIO LODERER/URS WÄLCHLI, *Handbuch der Bewertung*, Verlag Neue Zürcher Zeitung, 2010, pp. 170-181.

[5] Règlement (UE) n. 575/2013 du parlement européen et du conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le Règlement (UE) n. 648/2012.

Figure 1: Spreads de crédit pour des entreprises industrielles (points de base, 5 mai 2017) (Source: Moody's)

MOODY'S ANALYTICS									
Chart	Credit Curves								
Filter	12/30/2016								
Exported	05/05/2017								
Maturity	Aaa	Aa1	Aa2	Aa3	A1	A2	A3	Baa1	Baa2
1	-76	-53	-42	-39	-35	-31	-25	-18	-10
2	-12	10	20	26	33	40	51	62	76
3	-7	13	24	31	40	50	63	78	97
4	9	29	39	47	57	69	85	104	126
5	14	34	44	53	65	78	96	117	143
6	21	40	50	60	72	88	107	131	160
7	30	48	58	69	82	98	119	145	177
8	30	48	58	69	83	101	123	151	186
9	32	50	59	71	86	105	128	158	195
10	34	52	61	73	89	109	134	165	204
11	34	52	60	73	90	110	136	169	211
12	34	51	60	73	90	112	139	173	217
13	34	51	59	73	90	113	141	177	222
14	34	50	59	73	91	114	143	180	227
15	33	50	58	73	91	115	145	183	232

MOODY'S ANALYTICS								
Chart	Credit Curves							
Filter	12/30/2016							
Exported	05/05/2017							
Maturity	Baa3	Ba1	Ba2	Ba3	B1	B2	B3	Caa_C
1	22	67	130	156	218	306	383	435
2	112	161	227	250	304	378	445	516
3	135	186	253	274	321	387	448	530
4	166	218	286	305	346	406	463	553
5	184	237	305	322	359	414	467	564
6	202	255	323	339	372	422	473	575
7	220	274	341	355	386	432	481	587
8	229	283	350	363	391	434	480	591
9	239	293	360	371	396	437	481	595
10	248	303	369	380	402	440	483	600
11	255	309	375	385	405	441	483	601
12	261	315	381	389	408	441	482	603
13	267	320	386	393	410	442	481	604
14	272	325	390	397	412	442	481	605
15	276	330	394	401	414	442	480	606

III. Support implicite: General Electric Capital Canada, Inc. V. The Queen (2011)

A. Description du cas General Electric Capital Canada

L'arrêt de la Cour d'appel porte sur la déductibilité d'une commission de garantie de 1% payée par la société General Electric Capital Canada Inc. (GECCI) pour les années fiscales 1996 à 2000, et par la société General Electric Funding Company (Funding) pour les années 1998 à 2006, à leur société mère General Electric Capital Corporation aux États Unis (USA) (GECUS).

GECUS avait émis une garantie financière explicite afin d'améliorer le risque de crédit de ses filiales canadiennes, et

par conséquent leur permettre d'emprunter à des tiers à un taux d'intérêt plus favorable.

Le Tribunal de première instance avait rejeté le recours de General Electric sur base du fait que GECCI et Funding auraient obtenu des prêts dans les mêmes conditions sans la garantie explicite de GECUS, car ces deux sociétés bénéficiaient de toute façon du support implicite de GECUS. La mère n'aurait pas laissé ses deux filiales faire banqueroute.

La maison mère GECUS avait un rating de crédit AAA et la garantie explicite permettait aux filiales GECCI et Funding d'emprunter à un taux d'intérêt correspondant au rating AAA.

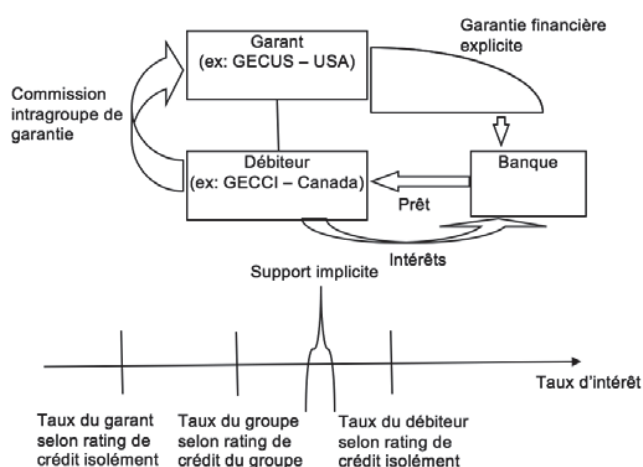
La cour fiscale détermina que GECCI avec un support implicite mais sans garantie explicite aurait été au maximum BBB-/BB+[6].

Suite à un recours, la Cour d'appel a présenté dans l'annexe B les faits suivants:

- GECUS a facturé des commissions de garantie à GECCI pour des raisons fiscales aux USA;
- aucun tiers en situation de pleine concurrence n'aurait concédé de garantie bancaire quel qu'en soit le prix, compte tenu du manque de capitalisation et du risque encouru;
- aucun tiers en situation de pleine concurrence n'aurait concédé de garantie sans un accord limitant unilatéralement la capacité de la mère de dicter la capitalisation de la filiale.

B. Concept de support implicite

Figure 2: Le concept de support implicite[7]



Le support implicite est basé sur l'hypothèse que la maison mère d'un groupe interviendra en cas de difficulté financière d'une filiale et lui apportera les fonds nécessaires à honorer ses dettes[8]. La question se pose de savoir si une institution indépendante prendrait en compte le support implicite quand elle doit évaluer le risque de crédit de l'emprunteur. En particulier, les agences de notation ont émis différentes remarques.

Moody's, pour le secteur non bancaire, considère la capacité du parent de supporter la filiale, et tient compte d'une éventuelle corrélation entre de futures difficultés financières de la filiale et de la société mère. Cette corrélation peut être due au fait d'opérer dans le même secteur et sur des mêmes marchés. Moody's considère aussi la volonté de la société mère de supporter la filiale, par exemple pour des questions de réputation, de stratégie, d'intégration opérationnelle. Moody's s'est basé sur une étude quantitative de défaut simultané. Ils considèrent une amélioration du rating de crédit de la filiale qui va de 1 à 2 points à beaucoup plus si la société mère est

financièrement forte et que la filiale est intégrée financièrement, stratégiquement, et opérationnellement.

Standard & Poor's tient également compte du pourcentage de participation et de la présence d'autres actionnaires, de l'importance de l'investissement de la mère dans la filiale, du ratio entre cet investissement et des dettes de tiers, d'avoir le même nom, d'éventuelles données historiques de la société mère dans des circonstances similaires[9].

C. Position de l'OCDE et analyse du cas: le jugement de la Cour canadienne date de 2011

Le concept de support implicite a depuis été intégré en 2015 dans le rapport du BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) n. 8-10, puis dans les principes de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales dans la version de juillet 2017[10]. Bien que le cas General Electric Capital concerne les commissions de garantie, il y a un lien avec les taux d'intérêts pour des prêts intragroupes, comme le montre deux exemples cités dans les principes OCDE TP 2017[11].

Les avantages accessoires qu'une entreprise obtient du fait de faire partie d'un groupe plus vaste et non de l'exercice d'une activité spécifique, par exemple un meilleur rating de crédit, ne constituent pas une prestation de service intragroupe[12].

Dans le premier exemple, la société mère P d'un groupe multinational a une notation financière AAA, et sa filiale S aurait une notation Baa si elle était considérée isolément. Du fait de l'appartenance de S au groupe P, des grands prêteurs indépendants sont disposés à lui octroyer des prêts d'un certain montant au taux correspondant à la notation financière A. Un prêt intragroupe de P à S au même taux relatif à la notation A est considéré de pleine concurrence et aucun paiement ou ajustement n'est dû par S pour l'avantage synergique de cette meilleure capacité d'emprunt. Il n'y a aucune action délibérée et concertée des membres du groupe multinational.

Dans le deuxième exemple, la société P accepte de garantir l'emprunt de la société S, ce qui lui permet d'emprunter les fonds au taux des emprunteurs notés AAA. Dans ce cas, S est tenu de payer une commission de garantie à P pour la différence de taux entre les notations A et AAA.

L'économie de taux d'intérêt de la filiale GECCI grâce au rating de crédit AAA de GECUS était de 183 points de base, soit 1,83%. La commission de garantie doit donc être inférieure, sans quoi la filiale paierait à la mère toute l'économie

[6] FRANÇOIS BARETTE/KATHLEEN HANLY/KEVIN YIP, Crown loses GE Capital Canada Transfer Pricing Appeal, Fasken Martineau, 2010.
 [7] Inspiré de PETRUZZI (note 1), figure 2.4, p. 131 et figure 2.3, p. 121.
 [8] PAUL WILMSHURST, Dealing with implicit support in relation to intra-group debt, Charles River Associates, 2012, p. 1.

[9] WILMSHURST (note 8) pp. 4-5.
 [10] OCDE, Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, 2017 (cit. Principes OCDE TP 2017).
 [11] OCDE, Aligner les prix de transfert sur la création de valeur, Action 8-10: Rapports finaux 2015, § 1.164-1.167 et Principes OCDE TP 2017 (note 10), § 1.164-1.167.
 [12] Principes OCDE TP 2017 (note 10), § 1.158 (dans la version de 2010: § 7.13).

d'intérêt. Une commission de 1% avait donc été jugée comme raisonnable par le Tribunal de première instance en 2009[13].

IV. Support implicite dans le cas d'un prêt intragroupe: arrêt de la Cour des Finances Fédérale allemande

Voici un cas de jurisprudence où la société mère n'est pas intervenue pour un prêt intragroupe. Un prêt intragroupe sans garantie explicite peut-être conforme au principe de pleine concurrence.

La Cour des Finances Fédérale allemande a émis le 24 juin 2015 le jugement BFH I R 29/14 sur un différend relatif à l'année 2002 entre une société débitrice résidente en Allemagne et l'autorité fiscale de Düsseldorf[14].

Le débiteur, une société à responsabilité limitée (GmbH), résidente en Allemagne, détenue par une société mère canadienne, avait consenti un prêt à un taux de 5% et sans garantie explicite à une filiale au Royaume-Uni. La filiale anglaise avait été fondée en 2000 avec un capital social de £ 50'000. Suite à de mauvaises affaires, cette filiale anglaise a fait faillite le 31 octobre 2002. Le débiteur allemand procéda à un amortissement extraordinaire de la valeur du prêt, soit € 717'700.

L'autorité fiscale considéra le prêt comme équivalent à un apport en capital, et refusa la déduction pour cet amortissement extraordinaire[15]. L'autorité fiscale considéra aussi que la déduction d'une correction de valeur du prêt n'est pas conforme à l'art. 1 de la Loi sur la taxation des transactions étrangères (Aussensteuergesetz; AStG).

La Cour des Finances Fédérale a considéré que les conditions d'application de l'art. 1 AStG doivent être vues à la lumière de l'art. 4 de la Convention contre les doubles impositions entre l'Allemagne et le Royaume-Uni, qui est similaire à l'art. 9 de la Convention modèle de l'OCDE. Un taux d'intérêt non conforme au principe de pleine concurrence pourrait donner lieu à un ajustement du bénéfice. La Cour jugea le montant du prêt et sa rémunération comme conforme aux principes de pleine concurrence (ils n'avaient pas été contestés par l'autorité fiscale), et que l'absence de garantie explicite dans des rapports intragroupes ne constitue pas une situation anormale.

V. Suisse

A. Référence au prix de pleine concurrence

Un écart par rapport aux prix de pleine concurrence peut être repris fiscalement sur base de l'art. 58 de la Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD; RS 642.11) et de l'art. 24 de la Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des Cantons

[13] JACOB MATSSON, *Implicit support within infra-group financing, a comparative study of the transfer pricing treatment in Sweden, Canada and the United-Kingdom*, Master thesis, Jönköping International Business School, 2010, § 5.3.2.3.

[14] BFH I R 29/14 du 24 juin 2015. Une analyse du cas est proposée par MARTIN WEISS, *The Impact of Article 9 of the OECD Model on German taxation*, in: *European Taxation*, 2016, § 2.2.4.

[15] Les dividendes et plus-values sur participation ne sont pas imposables, les corrections de valeur ne sont pas déductibles, conformément à l'art. 8b de la Loi sur l'impôt des sociétés (Körperschaftsteuergesetz).

et des Communes (LHID; RS 642.14). Ces articles permettent de reprendre tous les prélèvements sur le compte de résultat qui ne servent pas à couvrir des dépenses justifiées par l'usage commercial. Même s'ils traitent spécifiquement des dépenses, et donc de coûts trop élevés, dans la pratique, et selon les circulaires, les revenus trop faibles font également l'objet de reprises fiscales.

Il n'y a pour l'instant pas de législation spécifique relative aux prix de transfert et aux méthodes permettant de les déterminer[16]. Les principes de prix de transfert de l'OCDE sont cependant en général admis.

B. Lettre-circulaire sur les taux d'intérêt fiscalement admis

L'Administration fédérale des contributions (AFC) publie chaque année deux lettres circulaires sur les taux d'intérêt fiscalement admis sur les avances et les prêts, en francs suisses et en monnaies étrangères. Ces taux sont admis par l'autorité fiscale sans nécessité pour le contribuable de les justifier ("*régime de protection*" ou "*safe harbour*") [17].

La société doit recevoir un taux minimum sur les prêts aux actionnaires et aux associés (personnes physiques ou sociétés), et ne peut payer qu'un taux maximum aux prêts des actionnaires et associés.

Cette lettre-circulaire vise essentiellement les prestations appréciables en argent au sens de la Loi fédérale sur l'impôt anticipé (LIA; RS 642.21), et les distributions dissimulées de bénéfice au sens de l'art. 58 al. 1 let. b LIFD. Selon l'art. 20 al. 1 de l'Ordonnance sur l'impôt anticipé (OIA; RS 642.211), toute prestation appréciable en argent faite par une société aux possesseurs de droits de participation est considérée comme un rendement imposable d'action.

Dans le cas d'un prêt entre sociétés liées, la lettre circulaire doit donc être appliquée soit dans le chef du débiteur, soit dans celui du bénéficiaire, selon la situation qui pourrait configurer une prestation appréciable en argent.

C'est le cas de la société mère, lorsqu'elle charge un taux d'intérêt trop élevé à une société fille, ou de la société fille, si elle accorde un prêt non rémunéré ou insuffisamment rémunéré à sa société mère. L'impôt anticipé de 35% est dû sur les revenus d'actions (art. 4 al. 1 let. b LIA).

Les taux minimums applicables aux prêts aux actionnaires et associés dépend du fait que le prêt soit financé au moyen de fonds propres (taux applicable en 2017: 0,25%) ou au moyen de capitaux étrangers, ce qui est le cas dès que la société débitrice paie des charges d'intérêts (taux applicable en 2017: charges propres + 0,25% ou 0,5% selon que les montants du prêt soient supérieurs ou inférieurs à 10 millions de francs suisses).

[16] PwC, *Navigating the complexity, findings from the financial transactions transfer pricing global survey*, 2013, Switzerland, p. 261; cfr. OCDE, *Country Profiles Switzerland*, 2012.

[17] AFC, *lettre-circulaire 2-149-DV-2017-f du 13 février 2017 et lettre-circulaire 2-150-DV-2017-f du 14 février 2017*.

Dans le cas de prêts ou avances en monnaies étrangères, si le taux minimum prêteur en monnaie étrangère est inférieur au taux admis en francs suisses, c'est ce taux en francs suisses qui s'applique. Si la société suisse débitrice paie elle-même des intérêts sur des capitaux étrangers, les taux applicables sont les charges propres augmentées d'une marge de 0,5%.

A titre d'exemple, pour un prêt en euros d'une société suisse à une filiale en France ou en Allemagne, le taux minimum applicable en 2017 est de 1%. Si la société suisse se finance à un taux de 2%, le taux minimum applicable est de 2,5% et non pas 1%.

La lettre-circulaire précise que la justification de taux de marché supérieur reste réservée.

Les avances et prêts en monnaies étrangères génèrent un risque de change, qui peut être mitigé par un contrat de couverture ("*hedging*"). Ces frais ne sont pas explicitement pris en considération par la lettre-circulaire en monnaie étrangère.

Le Tribunal fédéral, dans un arrêt de 2013 (n. 2C_291/2013), a précisé que les fonds mis à disposition des actionnaires et associés pourraient être utilisés pour rembourser les capitaux de tiers empruntés, et qu'il n'est pas permis de réduire le taux d'intérêt proportionnellement au taux d'endettement de la société. Pour appliquer un taux inférieur à celui de la lettre-circulaire, en se basant sur un taux de pleine concurrence, le contribuable doit démontrer soit qu'il aurait accordé aux mêmes conditions un prêt à un tiers se trouvant dans une situation économique comparable, soit prouver qu'il ne pouvait amortir son emprunt sur base de clauses contractuelles, ou que cela générerait le paiement d'une pénalité supérieure à l'intérêt reçu. Il y a en tout état de cause inversion de la charge de la preuve.

C. Position de l'OCDE relative aux régimes de protection ("safe harbour")

L'OCDE d'une manière générale ne recommande pas l'usage de régimes de protection^[18], notamment car ils permettent des opportunités de planification fiscale indue, ou au contraire peuvent être incompatibles avec le principe de pleine concurrence en vigueur dans d'autres Pays. Ils ont par contre l'avantage d'éviter au contribuable et à l'administration fiscale la lourde charge de rechercher et justifier des prix de transfert comparables de pleine concurrence, et de donner une certitude de conformité au contribuable. Il s'agit donc d'un compromis entre le respect du principe de pleine concurrence et la facilité d'administration du régime. Ceci peut être particulièrement intéressant pour de petits contribuables ou pour des transactions comportant de faibles risques. Ces régimes peuvent prévoir le droit du contribuable de démontrer des prix de transfert différents et conformes au principe de pleine concurrence.

L'OCDE considère comme essentiel que la charge de la preuve pour le contribuable ne soit pas plus lourde qu'en l'absence d'un tel régime. Les Etats peuvent aussi être réticents au

fait que les contribuables puissent opter ou non au régime de protection en fonction des avantages que leur procure le régime. Dans un contexte international, la charge de la preuve que s'est épargné le Pays accordant le régime de protection se trouve reporté sur les autres Pays.

D. Conséquences d'un écart entre le taux d'intérêt fiscalement admis en Suisse et le taux de marché

Les taux publiés par l'AFC peuvent entrer en conflit avec les règles applicables dans d'autres Pays. Ils ont une validité pour l'année civile durant laquelle ils sont publiés, ce qui peut être problématique pour des prêts sur plusieurs années. Les contrats intragroupes devraient donc contenir une clause d'adaptation des taux, non pas en fonction de taux de marché, mais en fonction des taux publiés par l'AFC. Ceci constituerait une condition contractuelle atypique. Les taux publiés par l'AFC sont calculés en début d'année sur base de taux historiques et peuvent s'écarter des taux de marché effectifs en cours d'année^[19].

La possibilité de faire valoir des taux d'intérêt de pleine concurrence pour les prêts aux actionnaires et associés, et qui s'écarterent des taux publiés par l'AFC est possible, mais ils sont concrètement très difficiles à faire valoir.

E. Traitement des garanties intragroupes au sens de l'impôt anticipé

L'assujettissement de prêts intragroupes à l'impôt anticipé a été considérablement assoupli en 2011, par l'introduction de l'art. 14a OIA et par la nouvelle Circulaire AFC n. 34 relative aux avoirs de clients. Ceci a permis aux sociétés multinationales d'établir en Suisse leurs opérations de *cash pooling*^[20]. Les prêts et les avoirs entre sociétés d'un même groupe ne sont plus soumis à l'impôt anticipé si les comptes annuels sont intégralement ou partiellement consolidés.

Le privilège d'exemption de l'impôt anticipé perd sa validité si une société suisse du groupe garantit une obligation d'une société étrangère appartenant au même groupe (art. 14a al. 3 OIA). L'AFC veut en effet éviter que des contribuables se financent à l'étranger et transfèrent ensuite les fonds en Suisse en évitant l'impôt anticipé^[21]. Les prêts concernés doivent être remboursés avant l'émission de la garantie intragroupe. Si ce principe de date butoir n'est pas respecté, l'obligation étrangère sera soumise à l'impôt anticipé durant toute sa durée, même si le prêt intragroupe est remboursé entretemps^[22].

L'art. 14a de l'OIA a été assoupli ultérieurement le 1^{er} avril 2017 et permet des prêts entre la société suisse et la société liée

[19] NANCY STURZENEGGER/NICOLAS BONVIN, Financement intragroupe impliquant des sociétés en Suisse, in: EF 8/2015, pp. 626-630.

[20] COSTANTE GHIEMMETTI/ROBERTO PIZZINO, Averi di clienti e cash pooling, in: NF 12/2011, pp. 10-13.

[21] STEFAN OESTERHELT, Verrechnungssteuer und Emissionsabgabe bei Konzernfinanzierung, in: ST 9/2011, pp. 756-762, § 7, pp. 758-760.

[22] STEFAN OESTERHELT, Erleichterung bei der Konzernfinanzierung: Neufassung von Art. 14a VStV, in: EF 9/2017, pp. 622-628.

[18] Principes OCDE TP 2017 (note 10), chap. IV E. § 4.95 à 4.133.

étrangère jusqu'au montant des capitaux propres de cette dernière. Un paiement de dividende par contre de la filiale étrangère à la société mère suisse n'est pas considéré comme dangereux.

En cas d'emprunt contracté localement par une filiale étrangère et garanti par une société suisse, il est donc très important de garder à l'œil les règles d'exemption de l'impôt anticipé.

VI. Conclusion

Selon les principes de prix de transfert de l'OCDE, les taux d'intérêt intragroupes sont avant tout déterminés par le risque de crédit encouru par la société prêteuse, et concrétisés par un rating de crédit.

Ces risques de crédit peuvent être évalués sur base du débiteur pris individuellement, ou du groupe dans son ensemble, selon le principe de support implicite. Ces deux ratings définissent donc la fourchette dans laquelle le taux d'intérêt intragroupe doit être défini.

L'OCDE exige des grands groupes une transparence accrue, par exemple avec le rapport Pays par Pays selon le plan d'action 13 du BEPS, et de mettre à leur disposition une documentation détaillée justifiant leurs prix de transfert. Ceci aura entre autres les deux grandes catégories de conséquences suivantes.

D'une part, l'évaluation de risque de crédit pour chaque entité d'un groupe est un travail qui demande des ressources importantes, tant financièrement qu'en temps requis aux dirigeants de groupes multinationaux. Pour les autorités fiscales aussi, cette évaluation de rating est un travail complexe.

D'autre part, les travaux de l'OCDE ne sont pas appliqués de la même manière ni instantanément par les différents Etats, ce qui crée une complexité accrue pour les multinationales.