

N^{os} 392543, 392544, 392545
Ministre des finances et des
comptes publics
c. Sociétés General Electric France et
General Electric Capital

9^{ème} et 10^{ème} chambres réunies
Séance du 31 mai 2017
Lecture du 19 juin 2017

CONCLUSIONS

Mme Marie-Astrid de BARMON, rapporteur public

Née en 1996 du rachat par le groupe General Electric du Crédit de l'Est et de la banque Sovac, la société General Electric Money Bank (GEMB), filiale bancaire du groupe General Electric, était un établissement de crédit spécialisé dans les prêts aux particuliers. Pour les besoins de son activité, cette banque de détail se finançait principalement par le biais d'emprunts souscrits auprès de sociétés françaises ou étrangères du groupe GE.

A l'issue d'une vérification de comptabilité portant sur les exercices 2004 à 2006, l'administration fiscale a jugé excessifs les intérêts payés par la société GEMB dans le cadre de ces emprunts intra-groupe, en contestant le taux de marge de 0,5 % consenti aux prêteurs en rémunération du risque de crédit associé à la situation financière de GEMB. Partant du constat que l'agence Standard and Poor's avait attribué la notation AA à la société GEMB en considération de son appartenance à un groupe en bonne santé financière, l'administration a estimé que ce taux de marge ou « spread » ne devait pas être supérieur à celui supporté par les banques de la zone euro notées AA. Elle a par conséquent réintégré dans le résultat imposable de la société GE Money Bank la fraction des intérêts excédentaire à l'aune de ce point de comparaison, dont le paiement constituait selon l'administration un acte anormal de gestion.

En leur qualité de tête du groupe fiscalement intégré incluant la société GEMB, les sociétés GE Capital puis GE France se sont vu notifier des suppléments d'impôt sur les sociétés s'élevant pour les trois exercices vérifiés à près de 14 millions d'euros. L'administration a en outre regardé les intérêts excédentaires comme des revenus distribués qu'elle a soumis au prélèvement exceptionnel de 25 % prévu par l'article 95 de la loi de finances pour 2004, augmenté d'intérêts de retard et d'une pénalité de 10 %.

N'ayant obtenu que la restitution des droits correspondant au prélèvement exceptionnel, les sociétés GE Capital et GE France ont saisi le tribunal administratif de Montreuil, qui leur a accordé la décharge totale des impositions restant en litige. La cour administrative d'appel de Versailles a rejeté les recours du ministre par trois arrêts du 28 mai 2015. Il vous saisit à leur encontre de trois pourvois en cassation que vous pourrez joindre.

Quelques explications préalables nous semblent utiles pour comprendre l'enjeu du litige. Le taux d'intérêt, qui rémunère un prêt, agrège deux éléments : le taux d'un emprunt sans risque de durée identique (sorte d'emprunt de référence idéal), auquel s'ajoute une prime compensant le risque d'insolvabilité de l'emprunteur auquel s'expose le prêteur. Cette prime de risque représente le coût qui sépare un emprunt donné de l'emprunt sans risque ; c'est la marge ou l'écart de rentabilité entre ces deux prêts, couramment appelé « spread » par les spécialistes. Le spread est étroitement corrélé à la probabilité de défaut de l'emprunteur : il est d'autant plus faible que sa solvabilité est forte. Dans notre affaire, l'administration a estimé que le spread supporté par la société GE Money Bank était anormalement élevé.

Tout l'art est d'évaluer le risque de défaut ou risque de contrepartie, c'est-à-dire la probabilité que le débiteur se retrouve dans l'incapacité de rembourser sa dette avant l'échéance du prêt. C'est le rôle des agences de notation (Standard and Poor's, Moody's et Fitch, pour citer les plus connues), dont l'intervention, à la demande des sociétés, est facultative. Leur appréciation de la solvabilité d'une entreprise ou d'un groupe prend la forme d'une note, appelée rating (AAA, AA, A, BBB, etc...).

Enfin, - et nous en arrivons au cœur de notre litige -, les agences distinguent la note intrinsèque d'une société de sa note finale.

La notation intrinsèque, aussi appelée, de manière très parlante, notation « sur ses propres mérites », reflète les caractéristiques propres de la société évaluée elle-même (l'état de ses comptes, la stabilité de sa politique financière, la rentabilité et la profitabilité de ses investissements, ses liquidités, son positionnement concurrentiel ou encore la qualité de ses dirigeants et salariés). La notation intrinsèque fait abstraction de toute considération inhérente à l'appartenance de la société à un groupe, d'où son nom anglais de notation « stand alone ».

Cette notation intrinsèque est ensuite pondérée par la probabilité que la société bénéficie d'une aide extérieure en cas de difficulté à honorer ses engagements, pour aboutir à la note finale. Les agences de notation tiennent compte du fait qu'une banque est susceptible de bénéficier d'un soutien de l'Etat : elles réévaluent la note intrinsèque de la banque en fonction de la note de long terme de l'Etat et de la probabilité plus ou moins forte qu'il joue son rôle de prêteur en dernier ressort. De la même manière, les agences intègrent le fait qu'une société peut être aidée par son groupe quand ce dernier présente une meilleure solvabilité que la société prise isolément. Elles vont rehausser la note intrinsèque d'une filiale, et donc diminuer son spread, si elle est stratégique pour le groupe et que celui-ci est enclin à intervenir pour éviter son défaut. Cette intention de venir en aide à la filiale est manifeste en présence d'une garantie explicite, consacrée par un acte juridique (par exemple une caution), qui fait naturellement tendre la notation intrinsèque de la filiale vers celle de son groupe. Mais les agences de notation peuvent aussi prendre en compte, quoique évidemment avec un effet moindre, la garantie implicite, c'est-à-dire non formalisée juridiquement, qui résulte de la simple appartenance de la société au groupe.

L'enjeu des pourvois qui vous sont soumis est de déterminer si l'administration fiscale peut tenir compte de la garantie implicite accordée par une société mère à sa filiale intégrée ou doit s'en tenir à sa note intrinsèque pour démontrer que les intérêts pratiqués sur les prêts intra-groupe présentent un caractère excessif et relèvent ainsi d'une gestion anormale.

Cette question est inédite dans votre jurisprudence. Seules deux cours y ont apporté des réponses, convergentes pour l'essentiel : celle de Bordeaux dans un arrêt *Min. c. SAS Stryker Spine* du 2 septembre 2014 (RJF 2014 n° 1083, Dr. Fiscal n° 22, 28 mai 2015, comm. 332), puis celle de Versailles par les arrêts attaqués (RJF 2015 n° 763).

Ces derniers rappellent d'abord que l'appréciation, par un prêteur, du risque de défaut de l'emprunteur, dont la prime de risque facturée constitue la contrepartie, dépend de la capacité du débiteur à rembourser sa dette au créancier jusqu'à l'échéance. C'est, on l'a vu, une définition parfaitement exacte du risque de solvabilité.

La cour poursuit en indiquant que l'évaluation du risque de solvabilité de l'emprunteur, notamment synthétisée dans les notations périodiques que les agences de notation attribuent aux sociétés qui peuvent, le cas échéant, les solliciter en ce sens, résulte de l'analyse d'une série de variables économiques, tant internes que tenant à l'environnement de l'emprunteur. Elle fournit ensuite une liste de ces paramètres permettant d'apprécier le risque intrinsèque de défaut du débiteur, que nous avons déjà cités (état des comptes, position concurrentielle, etc). Cette énumération n'est pas contestée par le pourvoi, et nous paraît refléter fidèlement ce qui est pris en compte pour évaluer la solidité financière de l'emprunteur.

C'est la suite du considérant de principe des arrêts attaqués qui mécontente le ministre. La cour y admet pourtant, dans son principe, que l'appartenance de l'emprunteur à un groupe de sociétés puisse être prise en compte pour l'appréciation de son risque de défaut. Elle relève en ce sens que l'appartenance à un groupe constitue bien une des caractéristiques de son organisation, en particulier capitalistique. Mais elle ajoute aussitôt qu'il ne peut être tenu compte de la garantie implicite qui découle de cette appartenance que dans la mesure où elle est susceptible d'avoir une incidence sur la solvabilité intrinsèque de la filiale emprunteuse. Puis elle précise sa pensée en distinguant l'impact des garanties explicites et implicites : selon la cour, si le cautionnement exprès par la société mère des dettes de sa filiale diminue évidemment le risque de solvabilité de cette dernière, il ne peut en revanche être présumé que la simple appartenance à un groupe puisse avoir, à elle seule, un tel effet, quand bien même la bonne notation du groupe par les agences serait notoire pour les acteurs de marché.

Autrement dit, la cour accepte que la notation intrinsèque d'une filiale soit modulée en raison de son appartenance au groupe, mais elle refuse que l'on plaque automatiquement la notation d'ensemble du groupe sur la filiale ou une note approchante en l'absence d'engagement de garantie explicite en sa faveur. D'après la cour, si l'administration entend se prévaloir de la garantie implicite liée à la simple appartenance à un groupe, elle doit établir que cette intégration dans un ensemble plus vaste a une incidence positive sur les variables économiques propres à la filiale et améliore ainsi son propre profil de crédit.

Pour critiquer ces motifs et l'application qu'en a ensuite fait la cour au cas d'espèce, le ministre soutient qu'elle a commis une erreur de droit, dénaturé et inexactement qualifié les faits en retenant la notation intrinsèque « BB » attribuée à la société GEMB aux 24 avril 2004 et 15 octobre 2007 par Standard and Poor's, et non la note finale plus élogieuse « AA/Stable/A-1+ » que la même agence de notation donnait en décembre 2004 à la banque française au vu de sa détention indirecte à 99,9 % par la société américaine General Electric Capital, elle-même créditée de l'excellente note « AAA/Stable/A+1 ».

La cour a-t-elle, d'abord, dénaturé les pièces du dossier ? Pour prouver que le risque de défaut de la société GEMB avait été surévalué et les taux d'intérêt exigés d'elle excessifs, l'administration se prévalait de deux lettres des 21 décembre 2004 et 6 juin 2008 adressées par l'agence Standard and Poor's à la société GE Money Bank la créditant de la note AA en raison de son appartenance au groupe GE et du soutien financier que sa grand-mère américaine lui apporterait.

Mais la cour a répondu qu'il ressortait aussi du dossier que le soutien financier de GE Capital n'avait été accordé à GEMB que pour certains prêts contractés avant 1999, et ne s'étendait pas aux emprunts en litige, émis entre 1999 et 2005. Elle a également objecté que, selon le courrier de juin 2008, la dernière notation publique effectuée par Standard and Poor's datait de 1996 et que cette agence n'avait plus procédé depuis lors au suivi de la notation intrinsèque de la société GEMB. Le ministre ne conteste aucun de ces deux constats.

Reste le rapport du 21 décembre 2004 maintenant un rating AA pour la société GEMB. Cette note est essentiellement motivée par l'excellente santé financière de sa grand-mère américaine, ce qui est logique compte tenu de la suspension de la notation publique de sa filiale française depuis 1996. La cour y a opposé l'analyse de Standard and Poor's, à usage interne du groupe GE, attribuant seulement à la société GEMB la note intrinsèque BB au vu de ses comptes des exercices 2004 à 2006. La cour n'a certainement commis aucune dénaturation en estimant, au vu de ces éléments contrastés, que l'administration n'établissait pas que la société GEMB devait être comparée à des entreprises notées AA.

La vraie question est de savoir si elle a entaché ses arrêts d'erreur de droit en refusant de présumer que l'appartenance de la société GE Money Bank au groupe General Electric et son entière détention par une société américaine mieux notée auraient par elles-mêmes modifié sa solvabilité intrinsèque et lui auraient conféré un profil de risque de crédit similaire à celui des banques notées AA.

La cour a eu raison d'entrouvrir la porte à la prise en compte de la garantie implicite en jugeant que l'appartenance à un groupe peut être une variable entrant dans l'appréciation de la situation propre de la filiale, comme l'a déjà admis le juge canadien de l'impôt dans une autre affaire concernant le groupe General Electric, tout en soulignant qu'en la matière, tout est affaire d'espèce (21 décembre 2010, *The Queen vs GE Capital Canada Inc.* 2010 FCA 244). L'étalon de mesure du caractère normal du taux d'un prêt intra-groupe est le taux auquel la filiale emprunteuse aurait pu se financer auprès d'un établissement de crédit indépendant ou par appel au marché. Or, si la société GE Money Bank avait retenu l'une de ces options, les investisseurs et les banques extérieures au groupe auraient sûrement tenu compte de la solidité financière de la société américaine tête de groupe pour évaluer le risque de solvabilité de la filiale française. La position de principe de la cour est conforme à la logique économique : la probabilité n'est pas nulle qu'une entité détenue intégralement par un groupe, qui en partage pour partie le nom, bénéficie d'un soutien de celui-ci en cas de difficulté à honorer ses dettes.

A l’opposé, il ne nous paraît pas raisonnable de reconnaître une présomption de garantie implicite jouant au profit d’une entreprise du seul fait qu’elle est membre d’un groupe de sociétés, comme le ministre voudrait vous le faire juger. Selon lui, l’appartenance à un groupe a toujours une influence positive sur le risque de solvabilité intrinsèque, car le groupe ne laissera jamais sombrer sa filiale en cas de difficulté financière. Cela suppose qu’à l’intérieur d’un groupe, la probabilité de soutien soit de 100 % et que toutes les entités qui le composent jouissent en permanence d’une garantie implicite.

Cette vision idyllique de la solidarité au sein d’un groupe n’est conforme ni à la pratique des agences de notation, ni à votre jurisprudence.

L’aide d’une société mère à sa fille, et plus encore à sa petite-fille, n’a rien d’automatique. C’est pourquoi les agences de notation ne présument pas l’existence et l’effet d’une garantie implicite. Le degré de soutien du groupe qui infléchit la note finale de la filiale dépend de l’importance de la société en question pour le groupe. L’agence Standard and Poor’s ne rehausse ainsi la note intrinsèque d’une filiale que si elle participe du cœur de métier du groupe, ou à tout le moins revêt pour lui une importance stratégique. Il n’est pas évident que la société GE Money Bank, sortie du groupe l’an dernier, présentait, au cours des exercices en litige, un caractère stratégique pour General Electric, dont l’activité de crédit aux particuliers n’a en tout cas jamais été le cœur de métier.

Même si vous faites preuve d’une relative mansuétude dans les relations mère-fille, vous reprochez à une société mère de se livrer à un acte anormal de gestion lorsqu’elle aide sa fille en difficulté sans y trouver un intérêt propre (voyez par exemple, *SA Socodis*, 20 janvier 1992, n° 67917, RJF 92 n° 290 ; *Société Ferrari et cie*, 23 janvier 2015, n° 365525, RJF 4/15 n° 299 ; *Société Franki Fondation*, 28 avril 2017, n° 388540). Votre jurisprudence refuse en effet avec constance de retenir l’intérêt de groupe dans l’appréciation du caractère normal d’un acte de gestion (voyez notamment 28 mars 2008, *SA Clément*, n° 277521, RJF 6/08 n° 640). Juger que l’appartenance à un groupe, dont il faudrait au surplus donner une définition, justifie à elle seule que la note finale d’une banque s’écarte de sa note intrinsèque, parce que le groupe, en bonne santé financière, viendra nécessairement au secours de sa filiale mal en point... puisque celle-ci est membre du groupe, serait difficilement conciliable avec votre jurisprudence sur l’absence d’intérêt de groupe en matière d’acte anormal de gestion. Le raisonnement suivi par la cour ne s’expose pas à cette critique, car elle a habilement ramené l’appartenance au groupe à une variable influant sur les caractéristiques financières propres de la filiale emprunteuse et n’a accepté d’en tenir compte que dans cette mesure.

Une autre raison de ne s’engager qu’avec prudence dans la voie d’une reconnaissance des garanties implicites en la matière est que l’incidence de la note de la société tête de groupe sur la solvabilité de ses filiales est délicate à mesurer. Pourquoi, entre AAA, la note de la tête du groupe GE, et BB, la note intrinsèque de GE Money Bank, retenir AA et pas une des nombreuses autres notes intermédiaires de la grille des agences de notation ? Celles-ci procèdent à une analyse fonctionnelle et stratégique du groupe pour moduler la prise en compte du soutien éventuel du groupe en fonction de la position stratégique qu’y occupe la filiale. En l’absence de note finale attribuée par une agence de notation, ou si celle-ci est contestée, il ne sera guère évident pour l’administration puis le juge fiscal de valider une appréciation se substituant à celle des spécialistes, dont découlera la limite à l’intérieur de laquelle les spreads pratiqués procèdent d’une gestion commerciale normale. Il est d’ailleurs

inquiétant de constater que l'administration fiscale n'hésite pas à redresser un écart de taux aussi faible que 50 points de base dans les années 2004 à 2006, alors que la référence de marché est, on le voit, difficile à établir.

Nous sommes, pour ces raisons, résolument opposée à ce que vous reconnaissiez un effet automatique aux garanties implicites, sans exiger de la part de l'administration aucune démonstration de leur incidence concrète sur la solvabilité des filiales. Cette présomption qu'a refusée la cour déplacerait insidieusement au détriment du contribuable la charge de la preuve de l'anormalité de la prime de risque pratiquée sur les prêts intra-groupe qui pèse sur l'administration, au mépris du principe qui veut que la liberté de gestion de l'entreprise est la règle, et l'acte étranger à une gestion commerciale normale, l'exception. La cour n'a donc pas commis d'erreur de droit.

Nous vous invitons en outre à conserver un contrôle distancié sur la notation d'un établissement de crédit. Vous contrôlez certes en cassation la qualification d'acte anormal de gestion, mais à partir des éléments de fait souverainement appréciés par les juges du fond (Section, 10 juillet 1992, *Société Musel SBP*, n° 110213, aux T., RJF 8-9/92 n° 1249). Le caractère admissible du spread de taux d'intérêt nous semble relever de leur appréciation souveraine, au même titre que la justification des avantages commerciaux ou financiers dont une société bénéficie en contrepartie d'abandons de créances (6 mai 1996, *Succession D...*, n° 148572, RJF 6/96 n° 711 ; 15 février 2012, *Min. c. SARL Les Sources*, n° 340855, aux T., RJF 2012 n° 446). Le premier moyen n'est donc fondé dans aucune de ses branches.

Le pourvoi reproche en second lieu à la cour d'avoir omis d'examiner la cohérence globale de la méthode suivie par l'administration pour déterminer la marge de crédit correspondant à une rémunération de pleine concurrence, en jugeant qu'elle ne pouvait comparer la situation de GE Money Bank avec celle des banques de la zone euro bénéficiant d'une notation AA, sans avoir au préalable recherché si la notation de ces banques européennes était une note intrinsèque ou finale.

Le ministre semble soutenir que la circonstance que la cour retienne la notation intrinsèque de la société GEMB ne suffisait pas à disqualifier ces termes de comparaison ; encore eut-il fallu pour cela que la cour s'assure que la notation AA des banques européennes prises comme élément de comparaison n'était pas elle-même une notation intrinsèque, auquel cas l'administration aurait bien rapproché des notations homogènes.

Mais, d'une part, c'est à l'administration fiscale de prouver la rectitude de la méthode d'évaluation du taux d'intérêt normal qu'elle a utilisée, pas à la cour. D'autre part, la question de savoir si la notation de l'échantillon était intrinsèque ou finale était en l'espèce sans incidence sur le raisonnement de la cour. Celle-ci a estimé, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, que l'administration n'établissait pas que la détention de la société GEMB par une grand-mère américaine mieux notée aurait, par elle-même, modifié le risque de solvabilité de sa petite-fille française. Elle a donc regardé en l'espèce, faute de preuve contraire, sa note finale comme identique à sa note intrinsèque, toutes deux étant égales à BB, de sorte que les banques notées AA ne pouvaient servir de terme de comparaison, qu'il s'agisse de leur notation intrinsèque ou finale. Le dernier moyen sera écarté.

En résumé, la règle équilibrée dégagée par la cour, à la fois réaliste économiquement, cohérente avec la méthode d'évaluation des agences de notation et conforme à votre jurisprudence sur l'absence d'intérêt de groupe, nous paraît devoir être approuvée, et les pourvois du ministre rejetés.

Vous accorderez une somme de 3 000 euros à chacune des sociétés défenderesses au titre des frais irrépétibles.

Par ces motifs, nous concluons au rejet des trois pourvois et à ce que l'Etat verse une somme de 3 000 euros respectivement à la société General Electric Capital et à la société General Electric France sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.