

➤ POINT DE VUE SUR LA FISCALITÉ

GARANTIES FINANCIÈRES INTRAGROUPES : RÉMUNÉRATION EST MÈRE DE SÛRETÉ

Par Teddy Ben et Théophile Trancart, avocats, Reboul & Associés et Cohérence

Les garanties financières octroyées au bénéfice de prêteurs tiers dans le cadre d'opérations de marchés de capitaux de dette ou de financements bancaires, par une société appartenant au même groupe que l'emprunteur, doivent donner lieu à rémunération de la part de l'emprunteur. Parfois négligée, la détermination de cette commission de garantie est pourtant fondamentale pour la sécurité juridique et fiscale de ces engagements.

UNE PLURALITÉ D'OBJECTIFS

Le recours aux garanties financières, par exemple sous la forme d'une garantie à première demande (ou garantie autonome), d'un cautionnement ou d'un nantissement de créance(s) détenue(s) ou à détenir par le garant, est susceptible de répondre à une pluralité d'objectifs. Il peut s'agir de la condition *sine qua non* pour l'octroi d'un financement,

d'augmenter la capacité d'endettement de l'emprunteur, d'obtenir des conditions de financement plus favorables, d'éviter ou de faciliter le processus d'obtention d'une notation de crédit, de répondre à des exigences spécifiques pour les entreprises opérant au sein de secteurs réglementés, etc.

Parce que ces garanties emportent des implications significatives pour l'ensemble des parties, elles doivent en principe donner lieu au paiement d'une commission de garantie, exprimée en pourcentage du montant nominal garanti. En revanche, lorsque la garantie apparaît dépourvue de toute force juridique contraignante, le soutien dont pourrait bénéficier l'emprunteur pour lui permettre de faire face à ses engagements résulterait alors des seuls effets de l'appartenance à un groupe (soutien implicite), ce dernier n'ayant pas à être rémunéré.

POURQUOI RÉMUNÉRER CES GARANTIES FINANCIÈRES

Par principe, chaque commission de garantie doit correspondre à celle qui aurait été convenue entre entreprises indépendantes dans des circonstances comparables, i.e., être une commission de garantie de pleine concurrence. A cet égard, dans le cadre de la lutte contre l'érosion des bases imposables, la présence et le montant des rémunérations appliquées aux transactions financières intervenant au sein des groupes

« En amont du contrôle fiscal, l'administration dispose d'une importante visibilité quant aux garanties financières, les informations relatives à ces garanties apparaissant notamment dans les prospectus établis pour les instruments de dette admis à la négociation sur un marché réglementé ou offerts au public, ainsi qu'au sein de l'annexe dédiée aux engagements hors bilan. »

internationaux constituent l'une des priorités de la politique de contrôle fiscal menée par l'administration.

Ajoutons que, en amont du contrôle fiscal, l'administration dispose d'une importante visibilité quant aux garanties financières. En effet, les informations relatives à ces garanties apparaissent notamment dans les prospectus établis pour les instruments de dette admis à la négociation sur un marché réglementé ou offerts au public, ainsi qu'au sein de l'annexe dédiée aux engagements hors bilan.

Au-delà de cet enjeu de sécurité fiscale, le paiement d'une commission de garantie est également déterminant pour le respect de l'intérêt social du garant. L'application de la commission de garantie permet de s'assurer de conclure un acte dans l'intérêt social de ce dernier, la

notion fonctionnelle d'intérêt social étant utilisée lors de l'appréciation de la validité de la garantie lorsqu'elle est octroyée par une société à responsabilité illimitée. En outre, la commission de garantie facilite, voire conditionne, l'obtention des différentes autorisations préalables des organes statutaires ou contractuels (comités, prêteurs, etc.) du garant lors de la mise en place de l'engagement hors bilan constitué par la garantie octroyée. Par ailleurs, il faut relever que le paiement de la commission de garantie devra bien souvent être autorisé par les organes statutaires ou contractuels de l'emprunteur.

APPRÉHENDER LES DÉTERMINANTS D'UNE COMMISSION DE GARANTIE

Comme pour l'ensemble des transactions financières intragroupe, la détermination d'une commission de garantie implique d'avoir préalablement analysé les termes et conditions de la garantie et celles du financement garanti, les fonctions exercées, les actifs utilisés et les risques supportés – au premier chef desquels le risque de crédit de l'emprunteur – par le garant et l'emprunteur, les conditions de marché ainsi que la politique de financement dans laquelle s'inscrit l'obligation garantie.

Fondamentalement, la commission de garantie doit être proportionnée

« Lorsque la garantie apparaît dépourvue de toute force juridique contraignante, le soutien dont pourrait bénéficier l'emprunteur pour lui permettre de faire face à ses engagements résulterait alors des seuls effets de l'appartenance à un groupe (soutien implicite), ce dernier n'ayant pas à être rémunéré. »

à la fois aux avantages retirés de la garantie par l'emprunteur et à la portée des engagements pris par le garant. Dans cette perspective, l'analyse du risque de crédit de l'emprunteur, en tenant compte du potentiel soutien implicite, s'avère déterminante. Il en est de même de l'analyse des termes et conditions de la garantie et du financement garanti. En effet, de l'ensemble de ces facteurs découlent, d'une part, la probabilité d'appel de la garantie ainsi que l'étendue des obligations du garant et, d'autre part, le choix de la ou des méthodes de détermination de la commission de garantie.

DÉTERMINER UNE COMMISSION DE GARANTIE DE PLEINE CONCURRENCE

S'il existe bien des garanties financières accordées par des acteurs indépendants, tels que les banques et rehausseurs de crédit (*monoliners*), les informations relatives à ces transactions sont le plus souvent indisponibles. Pour autant, plusieurs méthodes permettent d'évaluer une commission de garantie – la mise en œuvre d'une pluralité d'approches étant d'ailleurs recommandée.

Du point de vue de l'emprunteur, la méthode du rendement consiste à évaluer le montant maximal de la commission de garantie à partir de l'éventuelle économie d'intérêts générée par la garantie. Cette approche, d'une part, repose sur l'hypothèse selon laquelle la différence de taux représente une mesure pertinente de la valeur de la garantie financière pour l'emprunteur et des risques assumés par le garant. D'autre part, elle suppose que l'emprunteur ne serait pas disposé à payer une commission de garantie supérieure à cette économie estimée.

Concrètement, cette méthode implique d'abord d'évaluer le taux d'intérêt qui aurait été applicable au titre du financement en l'absence

« Dans le contexte actuel de volatilité des taux d'intérêt et de dégradation de la qualité de crédit de certaines entreprises, seule l'application de commissions de garantie déterminées rigoureusement pour chaque garantie financière est à même de limiter efficacement l'exposition du garant ou de l'emprunteur à un risque juridique ou fiscal. »

de garantie. Pour ce faire, cette analyse consiste à observer les taux au titre de financements comparables, à partir de la notation de crédit déterminée et des caractéristiques du financement. Ensuite, il convient de mesurer le différentiel avec le taux d'intérêt appliqué en prenant en compte la garantie octroyée. Ce différentiel aboutit au montant maximal de la commission de garantie.

Du point de vue du garant, la méthode de l'évaluation des pertes attendues repose sur l'étendue des pertes supportées en cas de défaut de l'emprunteur au titre du financement garanti. Cette approche suppose d'abord de calculer les pertes attendues en cas de défaut à partir de la probabilité de défaut de l'emprunteur et du taux de recouvrement de la créance attendu en cas de défaut. Ces pertes attendues au titre du financement garanti et le coût d'opportunité du capital du garant permettent ensuite d'obtenir le coût de la garantie.

Dans le contexte actuel de volatilité des taux d'intérêt et de dégradation de la qualité de crédit de certaines entreprises, seule l'application de commissions de garantie déterminées rigoureusement pour chaque garantie financière est à même de limiter efficacement l'exposition du garant ou de l'emprunteur à un risque juridique ou fiscal. ■