

## **La sous-capitalisation : évolution des enjeux et actualité**

L'article 212 du Code général des impôts a fait l'objet de modifications significatives au cours de ces dernières années. Réformé en profondeur par la loi de finances pour 2006<sup>1</sup> en vue d'adapter le dispositif à la réalité économique des groupes de sociétés et d'inclure dans son champs d'application les intérêts reversés par une entreprise à l'occasion de remboursements de prêts intragroupes, la loi de finances pour 2011<sup>2</sup> inclut dorénavant les intérêts afférents aux prêts hors groupes, contractés auprès d'établissements tiers mais garantis par une société du groupe selon un mécanisme couramment appelé « *back to back* ». Sur cet aspect, le droit fiscal français s'aligne sur la majorité des pays de l'OCDE.

Les enjeux financiers de la sous-capitalisation ont en effet conduit beaucoup d'Etats à adopter des politiques législatives et fiscales en la matière. D'une part, prise isolément, la disproportion entre les fonds propres et l'endettement d'une société peut être signe de crise de solvabilité de celle-ci et donc présenter un risque économique pour l'ensemble de ses créanciers, dont l'Etat, « *associé (en France) à concurrence de 33,1/3% à toutes les sociétés françaises soumises à l'impôt sur les sociétés, du moins quand elles sont bénéficiaires* »<sup>3</sup> pour lequel la sous-capitalisation représente une perte de recettes fiscales. D'autre part, le recours à l'emprunt en tant que mode de financement des sociétés au détriment de l'augmentation de capital ainsi que les flux d'intérêts afférents à l'emprunt, éventuellement reversés dans des pays à fiscalité privilégiée, ont rapproché les enjeux de la sous-capitalisation de ceux des déplacements de bénéficiaires vers l'étranger. Plus récemment, le contexte de réduction du déficit public a amené le législateur français à réformer plusieurs dispositifs d'optimisation fiscale et, notamment, le dispositif applicable à la sous-capitalisation.

L'évolution de l'article 212 du Code général des impôts a donc suivi, au cours des années, l'évolution des enjeux en la matière.

### L'approche antérieure à la loi de finances pour 2006

Pendant longtemps, le droit fiscal français a envisagé la sous-capitalisation sous l'angle de l'acte anormal de gestion et l'abus de recours à l'emprunt auprès des associés, personnes physiques ou personnes morales. En effet, l'emprunt auprès des associés présente certains avantages par rapport à d'autres modes de financement, tels l'augmentation de capital ou les dividendes laissés en compte courant. Pour la société, l'emprunt génère des intérêts et donc une charge déductible de ses résultats venant diminuer l'assiette de l'impôt sur les sociétés. Pour l'associé prêteur, investir sous forme de prêt rémunéré par un taux d'intérêt lui garantit un retour fixe et certain sur investissement, contrairement à l'augmentation de capital dont le retour sur investissement sous forme de dividendes reste sujet aux aléas des bénéfices futurs dégagés par la société. De plus, en cas de procédure collective, ces derniers bénéficient d'un meilleur rang eu égard à leur créance de prêt, tandis que leurs parts du capital social les place au dernier rang des créanciers.

Les sociétés sont généralement financées par un assortiment de ces différents moyens et le choix de la répartition relève de la liberté de gestion. Mais il eût été tentant de maintenir la société en situation de sous-capitalisation et, en préférant l'emprunt auprès des associés et actionnaires à l'augmentation de capital, d'appliquer des taux d'intérêts élevés tant pour minorer le résultat imposable de la société que pour augmenter la rémunération ainsi garantie des associés ou actionnaires prêteurs.

L'article 212 du Code général des impôts prévenait ces éventuels abus en fixant, d'une part, une limite de taux d'intérêts déductibles plafonnée à un taux dit « *taux fiscal* » en référence à l'article 39-1-3° du Code général des impôts<sup>4</sup> et, d'autre part, en fixant un ratio de sous-capitalisation simple, le montant des sommes empruntées ne devant pas excéder une fois et demie le montant du capital social.

<sup>1</sup> L. fin. 2006, n°2005-1719 : JO 31 déc. 2005

<sup>2</sup> L. fin. 2011, n°2010-1657, art. 12 : JO 30 déc. 2010

<sup>3</sup> Droit des sociétés - Maurice Cozian, Alain Viandier et Florence Deboissy - Litec, 21<sup>ème</sup> édition

<sup>4</sup> « *Les intérêts servis aux associés à raison des sommes qu'ils laissent ou mettent à la disposition de la société, en sus de leur part du capital, quelle que soit la forme de la société, dans la limite de ceux calculés à un taux égal à la moyenne annuelle des taux effectifs moyens pratiqués par les établissements de crédit pour des prêts à taux variable aux entreprises, d'une durée initiale supérieure à deux ans. Cette déduction est subordonnée à la condition que le capital ait été entièrement libéré.* »

Toutefois, le dispositif de l'article 212 du Code général des impôts visait les « associés ou actionnaires », personnes physiques ou personnes morales, « possédant, en droit ou en fait, la direction de l'entreprise ou détenant plus de 50% des droits financiers ou des droits de vote » de la société sous-capitalisée. Ce champ d'application s'est rapidement révélé trop étroit pour appréhender la réalité économique des groupes de sociétés et, en particulier, des groupes internationaux.

#### L'enjeu de la sous-capitalisation dans les groupes de sociétés internationaux

Dans l'hypothèse où les flux d'intérêts étaient reversés à l'étranger, ils échappaient doublement à l'administration fiscale. En effet, contrairement aux dividendes distribués, les intérêts rémunérant les prêts d'associés étaient d'abord déduits des résultats de la société en France, puis imposables hors de France, dans le pays de résidence fiscale de l'associé prêteur. Ainsi, certaines structures de financement intra-groupe ont été perçues comme des mécanismes d'évasion fiscale susceptibles de dissimuler des transferts de bénéfices vers l'étranger, d'autant plus si le pays destinataire des flux d'intérêts s'avérait être un pays à fiscalité privilégiée. Il en résultait des pertes de recettes fiscales que l'administration peinait à appréhender aux vues de la rédaction de l'ancien article 212 du Code général des impôts.

En effet, au regard des différentes entités composant un groupe de sociétés, seules celles « possédant, en droit ou en fait, la direction de l'entreprise (emprunteuse) ou détenant plus de 50% des droits financiers ou des droits de vote » étaient visés par ledit article. Ainsi, un prêt intra-groupe entre deux sociétés sœurs échappait aux règles de l'article 212 du Code général des impôts. Quant aux sociétés visées, en particulier les sociétés tête de groupe, elles étaient susceptibles de bénéficier d'une exception d'application dudit article si elles possédaient, au regard de l'entité emprunteuse, la qualité de société mère au sens de l'article 145 du même Code.

L'une des conditions pour bénéficier de cette exception étant que la société mère soit soumise à « l'impôt sur les sociétés au taux normal », l'administration fiscale tendait à faire une application restrictive de cette condition en ne reconnaissant pas aux sociétés mères étrangères le statut de société soumise à l'impôt sur les sociétés français. L'éventuelle similitude de leur régime fiscal à l'étranger avec le nôtre n'était pas prise en compte. Par conséquent, une société mère étrangère se voyait appliquer le dispositif de l'article 212 du Code général des impôts tandis qu'une société mère française, assujettie à l'impôt sur les sociétés français, bénéficiait de l'exception dudit article. La différence de traitement ainsi avérée entre sociétés mères françaises et étrangères a été sanctionnée par le Conseil d'Etat dans deux décisions en date du 30 décembre 2003, tant au regard du droit communautaire qu'au regard du droit conventionnel.

La première décision concernait les rectifications apportées aux résultats de la SARL Coréal Gestion<sup>5</sup>, détenue majoritairement par une société de droit allemand, sur le fondement des articles 39-1-3° et 212 du Code général des impôts. Le Conseil d'Etat a prononcé l'incompatibilité de ce redressement avec le principe communautaire de liberté d'établissement énoncé à l'article 43 du Traité instituant la Communauté européenne<sup>6</sup>. La Cour de justice des Communautés européennes<sup>7</sup> s'était prononcée en ce sens peu de temps auparavant concernant une pratique similaire en Allemagne. En l'espèce, une société mère néerlandaise avait consenti un prêt important à sa filiale allemande, la société Lankhorst-Hohorst GmbH<sup>8</sup>, en difficultés financières. Les intérêts reversés par cette dernière ont été qualifiés de dividendes occultes taxables à 30% et ce alors que, selon la législation allemande, ces mêmes intérêts, s'ils avaient été reversés à une société mère allemande, aurait été admis en déduction des résultats de la filiale.

La seconde décision du Conseil d'Etat impliquait une société mère autrichienne dont la filiale française s'était vue redressée au titre de l'article 212 du Code général des impôts. A l'époque, l'Autriche n'avait pas encore intégré la Communauté européenne mais disposait d'une convention fiscale avec la France contenant une clause de non discrimination en vertu de laquelle le Conseil d'Etat a

<sup>5</sup> CE 30 décembre 2003 n° 249047 sect., min. c/ SARL Coréal Gestion - conclusions de Guillaume GOULARD, Commissaire du gouvernement

<sup>6</sup> Aujourd'hui article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

<sup>7</sup> Aujourd'hui Cour de justice de l'Union européenne

<sup>8</sup> CJCE 12 décembre 2002 aff. 324/00, Lankhorst-Hohorst GmbH - Conclusions de l'avocat général Jean Mischo - RJF 3/03 n°391

sanctionné la pratique discriminatoire de l'administration fiscale française (arrêt SA Andritz<sup>9</sup>). Cette jurisprudence a fait écho sur toutes les conventions fiscales conclues par la France contenant une clause de non-discrimination.

La réforme de l'article 212 du Code général des impôts s'imposait.

#### La réforme de la loi de finance pour 2006<sup>10</sup> - sous-capitalisation et entreprises liées

La nouvelle rédaction de l'article 212 du Code général des impôts, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007, a profondément réformé le dispositif de sous-capitalisation en visant les « *entreprises liées* », soit l'ensemble des entreprises placées sous le contrôle d'une même entreprise au sens de l'article 39-12 du Code général des impôts<sup>11</sup>.

Concernant le taux d'intérêts pratiqué intra-groupe, dans l'hypothèse où celui-ci était supérieur au « *taux fiscal* » de l'article 39-1-3<sup>o</sup> du Code général des impôts, les entreprises se sont vues accorder la possibilité de démontrer que le taux pratiqué correspondait à un « *taux de marché* » similaire à celui qu'elles auraient pu obtenir auprès d'établissements de crédit indépendants dans des conditions analogues. En effet, une entreprise sous-capitalisée présente des risques crédit susceptibles d'inciter un établissement bancaire à pratiquer un taux d'intérêt supérieur à la « *moyenne annuelle des taux effectifs moyens* » utilisée en référence dans le dispositif antérieur.

Une fois vérifié que le taux d'intérêts intra-groupe correspond au « *taux fiscal* » ou au « *taux de marché* », les intérêts sont susceptibles d'être réintégrés aux résultats de la société emprunteuse si la sous-capitalisation est révélée au regard de trois critères cumulatifs : (i) un ratio d'endettement : l'endettement global de la société devant rester inférieur à une fois et demie le montant de ses capitaux propres entendus au sens comptable du terme, et non plus de son capital social<sup>12</sup> ; (ii) un ratio de couverture d'intérêts : les intérêts versés aux sociétés liées devant rester inférieurs à 25% du résultat courant de la société avant impôt et avant déduction des dotations aux amortissements et desdits intérêts ; et (iii) un ratio d'intérêts servis par des entreprises liées : ces derniers devant rester inférieurs aux intérêts perçus de telles entreprises.

L'élargissement du champ d'application de l'article 212 du Code général des impôts tel qu'issu de la réforme de la loi de finances pour 2006 reste toutefois un dispositif relativement souple. D'une part, seule la fraction d'intérêts excédentaire à la plus élevée de trois limites précitées, et donc la plus favorable à la société, n'est pas déductible de ses résultats. Cette fraction peut toutefois être déduite des exercices suivants dans la limite de 25% du résultat courant avant impôt, avec toutefois une décote de 5% par an à compter de la deuxième année de report. Et ce, seulement dans l'hypothèse où cette fraction est supérieure à 150 000 euros, ce qui exclut la plupart des PME du dispositif. Au-delà de ce seuil de 150 000 euros, les sociétés peuvent encore se soustraire au dispositif de l'article 212 du Code général des impôts en démontrant que leur endettement global est inférieur ou égal à celui du groupe auquel elles appartiennent. Enfin, dans l'hypothèse d'un groupe fiscalement intégré, la fraction excédentaire de chaque société est reportée sur les résultats de la société tête de groupe qui peut, sous certaines conditions, les déduire de son résultat d'ensemble.

#### Perspectives européennes

De nombreux Etats européens ont adopté des dispositifs de lutte contre la sous-capitalisation. Certains Etats, dont le Royaume-Uni, assimilent simplement la problématique des prêts intragroupes à celle des prix de transfert. La méthode la plus répandue toutefois est celle adoptée par le législateur français de plafonner la déductibilité des intérêts d'emprunts, soit uniquement dans l'hypothèse de sous-capitalisation comme c'est le cas en France, soit de manière globale, comme c'est le cas en Allemagne. Parallèlement à ces politiques législatives fixant des limites, le législateur belge, quant à lui, a adopté une méthode incitative à l'augmentation de capital qui consiste à appliquer aux apports en capital social un

<sup>9</sup> CE 30 décembre 2003 n° 233894 sect., SA Andritz - Conclusions de Gilles Bachelier, commissaire du gouvernement - RJF 2004

<sup>10</sup> L. fin. 2006, n°2005-1719 : JO 31 déc. 2005

<sup>11</sup> « Des liens de dépendance sont réputés exister entre deux entreprises :

a- lorsque l'une détient directement ou par personne interposée la majorité du capital social de l'autre ou y exerce en fait le pouvoir de décision ;

b- lorsqu'elles sont placées l'une et l'autre, dans les conditions définies au a, sous le contrôle d'une même tierce entreprise »

<sup>12</sup> Sauf si le capital social est supérieur aux capitaux propres

intérêt notional déductible par la société, calculé par un pourcentage sur ses capitaux propres, et réduisant ainsi l'un des attraits fiscaux de l'emprunt. Les Pays-Bas appliquent un taux d'imposition et de déduction identique aux flux d'intérêts intragroupes entrants et sortants, ce qui a pour effet, pour la société emprunteuse, de rapprocher le traitement fiscal des intérêts d'emprunt aux dividendes et, pour la société prêteuse, de voir ses rémunérations perçues faiblement imposées.

La diversité de ces dispositifs visant à protéger l'assiette fiscale des Etats membres et pouvant les amener, par souci de protectionnisme et de lutte contre l'évasion fiscale, à opérer indirectement des différences de traitement en fonction du lieu de résidence ou de la nationalité d'une société, le Conseil de l'Union européenne a pris une résolution en date du 8 juin 2010 (2010/C-156/01) sur la coordination des règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées et à la sous-capitalisation au sein de l'Union européenne. Tout en reconnaissant la nécessité invoquée par les Etats membres de lutter contre la sous-capitalisation, le Conseil de l'Union européenne rappelle que les législations nationales adoptées doivent s'inscrire dans le cadre des libertés garanties par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et respecter le principe de pleine concurrence. La résolution suggère également certains critères d'évaluation de la situation de sous-capitalisation d'une société, auxquels les critères antérieurement fixés par la loi de finances pour 2006 font écho.

#### Le dispositif anti abus - La loi de finances pour 2011<sup>13</sup>

Si l'optimisation fiscale au sein des groupes de sociétés relève, en principe, de la liberté de gestion, les pertes de recettes fiscales corollaires pour l'Etat et le contexte général de réduction du déficit public ont conduit le législateur à une nouvelle réforme expressément placée sous l'appellation de dispositif anti-abus<sup>14</sup>.

L'objectif du législateur était d'élargir le champ d'application de l'article 212 du Code général des impôts afin d'appréhender les mécanismes de contournement dudit dispositif par l'interposition d'un établissement tiers, permettant ainsi de substituer à un prêt intra-groupe un prêt bancaire. La loi de finances pour 2011 vise donc dorénavant les intérêts rémunérant les sommes laissées ou mises à disposition par un établissement tiers mais garantis par une sûreté accordée par une société liée, en prévoyant jusqu'à deux niveaux interposition d'établissements tiers.

Le projet d'amendement tel que présenté initialement était susceptible, du fait de sa rédaction très large, de dépasser les objectifs strictement nécessaires à la lutte contre les abus en matière de sous-capitalisation. Par conséquent, la version finale de l'article 212 du Code général des impôts exclut de la notion de « *sommes laissées ou mises à disposition* » les avances accordées par des entreprises liées, fournisseurs ou client, dans le cadre de leurs relations commerciales normales de même que certaines opérations, telles les émissions d'obligations publiques au sens de l'article L 411-1 du Code monétaire et financier et les dettes renégociées à l'occasion de changement de contrôle du groupe. Sont visées en particulier par cette exception les opérations dites de « *leverage buy-out* » (ou LBO) dans lesquelles un prêt global peut financer ou refinancer l'ensemble de la dette du groupe cible et l'établissement prêteur peut se voir accorder des garanties « *croisées* » de la part des sociétés du groupe. D'autre part et afin de ne pas déstabiliser les structures de financement en cours, l'entrée en vigueur du nouveau dispositif fixée aux exercices clos à compter du 31 décembre 2010 prévoit une exception en faveur des emprunts contractés avant le 1<sup>er</sup> janvier 2011 à l'occasion d'une opération d'acquisition de titres ou de son refinancement.

Le champ des sûretés concernées nécessitait également quelques précisions et seuls les emprunts garantis par le nantissement de titres ou des créances de la société emprunteuse sont écartés du nouveau dispositif, cette garantie se rapprochant du gage ou de l'hypothèque des actifs de la société emprunteuse. Hormis cette exception, le nouveau dispositif inclut donc l'ensemble des sûretés personnelles et réelles, mobilières et immobilières, étant précisé qu'en cas de prêt garanti partiellement, seuls seront concernés les intérêts afférents à la partie garantie du prêt. La valeur de la sûreté, susceptible d'évoluer pendant la durée du crédit, est appréciée à la date de l'octroi de celle-ci.

<sup>13</sup> L. fin. 2011, n°2010-1657, art. 12 : JO 30 déc. 2010

<sup>14</sup> « *Projet de loi de finances pour 2011 : Les conditions générales de l'équilibre financier (Première partie de la loi de finances) - Examen des articles* » [www.senat.fr](http://www.senat.fr)

### Un dispositif devenu rigoureux ?

A l'apparente souplesse de l'article 212 du Code général des impôts tel qu'issu de la loi de finances pour 2006 se substitue un dispositif perçu comme plus rigoureux. La modification de l'article 212 du Code général des impôts introduite par la loi de finances pour 2011 n'est pas sans conséquence sur l'évaluation des trois critères cumulatifs destinés à déterminer si une société est, ou non, en situation de sous-capitalisation. En effet, l'assimilation des prêts hors groupe aux prêts intra-groupe conduit à additionner les premiers aux seconds et à modifier ainsi les bases de calculs (i) du ratio d'endettement, (ii) du ratio de couverture d'intérêts et (iii) du ratio des intérêts servis par des sociétés liées par rapport aux intérêts versés.

D'autre part, en période de crise économique, les sociétés sont susceptibles d'être placées mécaniquement en situation de sous-capitalisation. Les capitaux propres diminuent, les investisseurs sont plus précautionneux et l'appel à l'emprunt peut se présenter davantage comme une solution nécessaire que comme un choix de gestion. De plus, dans ces circonstances, la société souhaitant emprunter présente plus de risques que dans un contexte économique florissant. Le coût du crédit se voit augmenter en proportion et les garanties demandées peuvent être plus importantes. Ainsi, les ratios de l'article 212 du Code général des impôts destinés à déterminer si la société est, ou non, en situation de sous-capitalisation sont susceptibles d'être dépassés du fait de l'accroissement des pertes obérant les fonds propres. A cet égard, les sociétés dont le capital social s'avérerait supérieur aux fonds propres peuvent user de la faculté antérieurement accordée par l'administration fiscale de se référer à leur capital social pour le calcul de leur ratio d'endettement.

Certains praticiens relèvent également que le nouveau dispositif, expressément destiné à lutter contre les abus, n'est pas assorti de précisions relatives aux moyens dont les sociétés disposeront pour combattre la présomption d'abus. A ce jour, l'article 212 du Code général des impôts maintient la possibilité pour la société de renverser la présomption de sous-capitalisation en démontrant que le taux d'endettement de la société est inférieur ou égal à celui du groupe auquel elle appartient. L'administration fiscale aura l'occasion, on l'espère, de prendre position à l'avenir sur ce point.

---

### Références

**Ouvrages** : « *Précis de fiscalité internationale* » - Bernard Castagnède - PUF 3<sup>ème</sup> éd., 2010 ■ « *Précis de fiscalité des entreprises* » - Maurice Cozian - Litec Fiscal 30<sup>ème</sup> éd, 2006/2007 ■ « *Droit fiscal des affaires* » - Daniel Gutmann - Montchrestien, éd. 2010 ■ « *Droit fiscal des affaires* » - Patrick Serlooten - Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd., 2010 ■ *Mémento Fiscal* - éd. Francis Lefebvre

**Reuves et articles** : Revue de Droit Fiscal - Jurisclasseur n°1 du 6 janvier 2011 ■ Feuillet Rapides Francis Lefebvre FR 04/10 du 29 janvier 2010, FR 40/10 du 1<sup>er</sup> octobre 2010, FR 47/10 du 19 novembre 2010, FR 56/10 du 24 décembre 2010 ■ « *Sous-capitalisation : projet d'extension du régime aux prêts garantis par une société du groupe* » par Sébastien de Monès, Julien Gayral, avocats associés, et Jean-Florent Mandelbaum, avocat, Bredin Prat - Feuillet Rapide Francis Lefebvre - Questions d'actualités - FR 47/10 du 19 novembre 2010 ■ « *La sous-capitalisation à l'épreuve des libertés de circulation* » Etude par Alexandre Maitrot de la Motte, Droit fiscal n° 8, 25 Février 2010, 196 ■ « *Les règles de sous-capitalisation à l'épreuve de la crise* » par Pierre-Yves Bourtourault, avocat associé, et Pascale Farey Da Rin, avocat, Baker & McKenzie, Droit fiscal n° 8, 25 Février 2010, 195

**Travaux législatifs** : « *Projet de loi de finances pour 2011 : Les conditions générales de l'équilibre financier (Première partie de la loi de finances) - Examen des articles* » et « *Séance du 19 novembre 2010 (compte rendu intégral des débats)* » [www.senat.fr](http://www.senat.fr) ■ « *Adoption de la 1<sup>re</sup> partie du PLF 2011 par le Sénat* » - Sénat, 24 nov. 2010, Droit fiscal n° 48, 2 Décembre 2010, act. 459 ■ « *Recommandations du Conseil de l'UE sur la coordination des règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées (SEC) et à la sous-capitalisation* » - Cons. UE, rés., n° 2010/C-156/01, 8 juin 2010 - JOUE n° C 156/1, 16 juin 2010 - Droit fiscal n° 25, 24 Juin 2010, act. 241

**Jurisprudence** : CJCE 12 décembre 2002 aff. 324/00, *Lankhorst-Hohorst GmbH* - Conclusions de l'avocat général Jean Mischo - RJF 3/03 n°391 ■ CE 30 décembre 2003 n° 249047 sect., *min. c/ SARL Coréal Gestion* - conclusions de Guillaume GOULARD, Commissaire du gouvernement ■ CE 30 décembre 2003 n° 233894 sect., *SA Andritz* - Conclusions de Gilles Bachelier, Commissaire du gouvernement - RJF 2004