



**Nous remercions les services du greffe du conseil d'état qui ont pu retrouver des arrêts historiques de principe**

**Patrick Michaud, avocat**

**Liberté de gestion et financement de l'entreprise**

**LE PRET COMME CHOIX DE FINANCEMENT ? !**

L'analyse fiscale des modalités de financement des entreprises est un domaine peu analysé; si le principe est bien la liberté responsable de gestion, les administrations veillent pour préserver l'intérêt budgétaire collectif.

**Ou donc se situe la limite entre gestion normale, optimisation fiscale et abus de droit ?**

**Tel est l'objectif de cette modeste tribune de réflexion fiscale**

Les intérêts sont déductibles conformément aux règles traditionnelles de l'article 39 DGI à la condition que la dette ait été contractée pour les besoins ou dans l'intérêt de l'entreprise et soit inscrite au bilan. ( les règles de la preuve)

Toutefois des règles régissent la limitation de la déduction des intérêts servis aux avances d'associés ou entreprises liées afin d'éviter que les sociétés ne déduisent des intérêts ayant en fait le caractère de dividendes.

**Liberté de gestion et financement de l'entreprise**  
**Pour imprimer cliquer**

**PLAN**

**Les tribunes financement des entreprises**

I Le principe : la liberté de gestion des entreprises la doctrine et la jurisprudence .....	2
II Les exceptions .....	4
A) Exceptions légales fiscales .....	4
a) Le droit interne français sur la sous capitalisation .....	4
b) L'amendement charasse .....	5
c) La question des fusions rapides .....	5
B) Exceptions jurisprudentielles fiscales .....	5
a) Les arrêts Banca di Roma et Stanford Institute .....	5
b) Les avis du comité des abus de droit fiscal .....	5
c) L'acte anormal de gestion .....	6

C) Le droit européen .....	6
La réglementation européenne.....	6
Le projet de nouvelle directive épargne.....	7
D) Le droit conventionnel de traités pour éviter la double imposition .....	7
Les règles du bénéficiaire effectif .....	7
E) Sur la retenue à la source .....	7

## I Le principe : la liberté de gestion des entreprises la doctrine et la jurisprudence

Les principes de liberté de gestion de l'entreprise et du choix de ses modes de financement sont des principes fondamentaux de notre société libérale mais non libertaire et indispensables à la sécurité des opérations juridiques.

Ce principe de liberté a son corolaire ; l'entrepreneur doit supporter le risque financier de ses choix, ce la signifie la non-immixtion de l'Administration et des tribunaux dans la gestion des entreprises sauf si des intérêts collectifs sont en cause

L'exploitant est seul juge de l'opportunité de sa gestion et que l'Administration, n'assumant pas les risques de l'exploitation, n'a aucun pouvoir pour se substituer à lui pour apprécier ce qui aurait le mieux convenu à son entreprise

### Arrêts de principe

[CE, 20 décembre 1963, n° 52308](#)

[CE 10 mars 1965, n°62426.](#)

**Un contribuable n'est jamais obligé de tirer de la gestion d'un bien ou d'une entreprise le profit le plus élevé possible**

### D. adm 13 L-1531 n° 20

**20** Dans certains cas, les contribuables ont la possibilité de choisir entre plusieurs solutions pour réaliser une opération déterminée. Le fait qu'ils optent pour la solution la plus avantageuse au plan fiscal ne permet pas de conclure à l'abus de droit s'il apparaît que les actes juridiques sur lesquels repose cette solution sont conformes à la réalité

[CE, arrêt du 16 juin 1976, req. n° 95513](#)

### Arrêt de principe

[CE 7 juillet 1958, n° 35977](#)

*Société préférant recourir au financement par obligations dont les intérêts sont déductibles plutôt que par augmentation de capital*

[CE 20 décembre 1963, req. 52.308.](#)

*Et ce même si les fonds propres de l'entreprise sont suffisants, elle peut choisir de recourir à l'emprunt et déduire les intérêts correspondants ;*

[CE, 17 octobre 1990, n° 83310](#)

Par ailleurs le fait qu'une opération comporte des risques pour l'entreprise ne suffit pas à interdire la déduction des charges ou des pertes correspondantes

Le contribuable, qui exerçait la profession de remisier en bourse, a versé à ses clients au cours des années 1977 à 1980 pour les garantir des pertes résultant de la gestion de leur portefeuille des sommes d'un montant plusieurs fois supérieur à ses recettes professionnelles sans y être tenu par contrat. Dans ces conditions, s'il a pu, dans l'intérêt de son entreprise, accorder cette garantie pendant les années 1977 et 1978, en revanche, et eu égard tant à l'expérience qu'il avait progressivement acquise dans l'exercice de son activité qu'à l'importance des pertes déjà effectuées, il a, en persistant à offrir cette garantie de bonne fin, au cours des deux années suivantes, excédé manifestement les risques qu'un chef d'entreprise peut être conduit à prendre pour améliorer les résultats de son exploitation. Ainsi l'administration établit que, pour les années 1979 et 1980, les remboursements auxquels le contribuable a procédé constituent des actes étrangers à une gestion commerciale normale.

## II Les exceptions

### A) Exceptions légales fiscales

#### a) Le droit interne français sur la sous capitalisation

**CGI art. 39, 1-3° et CGI art 212**

**L'article 12 de la loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011** étend le dispositif de lutte contre la sous-capitalisation à l'ensemble des prêts souscrits auprès d'une entreprise tierce et dont le remboursement est garanti par une entreprise liée à la société débitrice, sous réserve de certaines exceptions.

#### **Dispositif « anti-abus » dans les régimes mère-fille et d'intégration fiscale article 12 LDF 2011**

Le dispositif de lutte contre la **sous-capitalisation** est étendu aux intérêts servis à des entreprises non liées lorsque l'emprunt est garanti par une entreprise liée à la société emprunteuse. Ces dispositions s'appliquent pour la détermination des exercices clos à compter du 31 décembre 2010, sous réserve d'une exception prévue à l'égard 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 (art. 12).

#### **Le rapport MARINI**

#### **Frais financiers et sous capitalisation**

#### **Le projet d'instruction**

[L'article 212 du CGI est il un garde fou suffisamment puissant ?](#)

#### **[La doctrine administrative 4H-08-07](#)**

La déductibilité des rémunérations servies aux associés ou aux entreprises liées à raison des sommes qu'ils laissent ou mettent à la disposition d'une société, quelle que soit sa forme, en sus de leur part de capital, est soumise à plusieurs limitations, dont la portée varie selon la qualité des bénéficiaires.

Toute déduction des intérêts servis aux associés est subordonnée à la libération intégrale du capital. Une limitation tenant au taux d'intérêt pratiqué s'applique aux rémunérations allouées

aux deux catégories de bénéficiaires selon des modalités différentes. Les intérêts versés à des entreprises liées sont en outre soumis à une limitation supplémentaire lorsque la société versante est sous-capitalisée.

## L'amendement Charasse

### L'amendement Charasse et les opérations de fusion-acquisition par les avocats fiscalistes de FL

Codifié sous l'article 223 B, 7<sup>o</sup> alinéa du Code général des impôts, l'amendement Charasse limite dans les cas d'"acquisition à soi-même" d'une société cible appelée à être intégrée dans le groupe dont la société cessionnaire est membre, la déductibilité des charges financières supportées par le groupe.

## La question des fusions rapides

### Le problème des fusions rapides

par **Didier Poracchia**, Professeur à l'Université Paul Cézanne, Directeur du Master ingénierie des sociétés, Membre du Centre de droit économique

## *B) Exceptions jurisprudentielles fiscales*

### a) Les arrêts Banca di Roma et Stanford Institute

**Les 2 arrêts Banca di Roma :**  
**comment financer une succursale ?**  
**Fonds propres ou emprunt ?**

**comment déterminer le résultat d'un établissement stable :**  
**l'affaire Stanford Institute**

### b) Les avis du comité des abus de droit fiscal

**Le comité des abus de droit fiscal s'est prononcé**  
**dans trois cas de figure en matière internationale.**

AVIS RENDUS PAR LE COMITE DE L'ABUS DE DROIT FISCAL  
SEANCES Nos4, 5 et 6 DE L'ANNEE 2010

**La luxembourgeoise marchande de biens en France abuse-t-elle fiscalement si les profits immobiliers de ses filiales intégrées sont annulés par une moins-value à court terme (sic) ?**

**Une distribution de dividendes suivie d'une souscription d'un emprunt par la maison mère financé par compensation est-elle un abus de droit ?**

**Une opération de réduction de capital par rachat de ses propres titres suivi d'un contrat de prêt participatif est elle un abus de droit ?**

**c) L'acte anormal de gestion**

**Acte de gestion anormale et mauvaise gestion par O Fouquet**  
**Du financement d'une filiale portugaise par O Fouquet**

**Un peu de jurisprudence**

**O FOUQUET acte anormal de gestion et acte de mauvaise gestion ...**

**La cession gratuite d'un droit de souscription est elle un avantage occulte**

**Gestion anormale : le prêt d'une petite fille à sa grand mère..**

**Quand une caution est elle déductible ??**

**Erreur de gestion versus décision de gestion**

**La décision anormale de gestion/l'affaire de la Sarl Système Holding..**

**Un acte risqué est il fiscalement anormal ? Aff. Legeps .**

Une mère prête à sa fille des sommes sans intérêt, la mère reconnaît qu'elle a commis un acte anormal de gestion,. Mais comment donc calculer l'intérêt : le taux d'un placement ou le taux d'un financement 3% ou 5.5% ?

**CAA LYON N° 09LY00896 25 août 2011**

Un propriétaire de fonds a cédé en location gérance à une SARL dont il est associé le fonds moyennant un loyer contractuel Le propriétaire ne reçoit qu'une partie du loyer alors que la société est in bonis et remboursait des comptes courants supérieurs au loyer.

L'abandon partiel des loyers est il un acte de gestion anormal ?,

**CAA Nancy N° 10NC00485 1 juin 2011**

la SARL CHATEAU VALLAYA, marchand de biens a vendu à un prix inférieur à 66 % de leur valeur vénale des logements qu'elle a construits. Cette différence constitue elle un acte anormal de gestion en TVA et IS ?

**CAA Marseille N° 08MA02901 31 mai 2011**

## **C) Le droit européen**

**UE: Liberté d'établissement versus Liberté de circulation des capitaux**

***La réglementation européenne***

**Directive 2003/49/CE du Conseil du 3 juin 2003**

**Article 5 Fraudes et abus dans la Directive 2003/49/CE du Conseil du 3 juin 2003**

1. La présente directive ne fait pas obstacle à l'application des dispositions nationales ou des dispositions fondées sur des conventions, qui sont nécessaires pour prévenir les fraudes ou les abus.

2. Les États membres peuvent, dans le cas d'opérations dont l'objectif principal ou **l'un des objectifs principaux (1)** est la fraude ou l'évasion fiscales ou les abus, retirer le bénéfice de la présente directive ou refuser d'appliquer celle-ci.

**(1) Note de P Michaud** Attention la possibilité d'application est plus large que le droit interne français, notre tigre pourra un jour se réveiller si on lui marche sur la queue

## **Le projet de nouvelle directive épargne**

La Commission envisage actuellement de procéder à une refonte et une modification de la directive 2003/49/CE du Conseil du 3 juin 2003 concernant un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'États membres différents (ci-après dénommée «la directive» ou «la directive relative aux intérêts et redevances»).

### Le projet de directive à la consultation

## **D) Le droit conventionnel de traités pour éviter la double imposition**

### Les règles de l'article 57

## **Les règles du bénéficiaire effectif**

### Identification du bénéficiaire effectif dans le code monétaire et financier

### Une Identification du bénéficiaire effectif dans le CGI

### Identification du bénéficiaire effectif dans l'OCDE

## **E) Sur la retenue à la source**

### UE l'article 125 a iii est il euro compatible ?