

SOUS-CAPITALISATION ET FISCALITE

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT ET COMMERCE

TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS - 25 JUIN 2001

PAR MAURICE COZIAN*

I De la sous-capitalisation en général

On dit d'une société qu'elle est sous-capitalisée comme on dit d'une personne qu'elle est sous-alimentée. L'une manque de fonds, l'autre de nourriture.

Comme la sous-alimentation, la sous-capitalisation peut être subie ou reven-diquée ; c'est toute la différence entre la famine et l'anorexie. Le droit des sociétés connaît cette distinction ; la sous-capitalisation peut en effet être le reflet d'une situation financière dégradée comme elle peut être le résultat d'un choix délibéré.

A. La sous-capitalisation, reflet d'une situation financière dégradée

Si les capitaux viennent à manquer, la société se trouve en état de cessation des paiements et risque de disparaître à défaut de remède approprié. Le remède est connu, c'est l'injection de nouveaux capitaux, c'est-à-dire la recapitalisation ; cette transfusion de fonds rappelle la transfusion sanguine chez les humains.

Le problème se rencontre régulièrement dans les groupes quand une filiale est en difficulté. On sait qu'une société mère peut venir au secours de sa filiale comme des parents viennent au secours de leurs enfants dans le besoin. Remplir son devoir d'actionnaire n'est-ce pas en quelque sorte exécuter l'obligation alimentaire que connaît le droit de la famille ? Cette question soulève d'épineux problèmes à la fois juridiques et fiscaux² ; ils ne seront pas ici évoqués car on souhaiterait se concentrer sur le phénomène de la sous-capitalisation volontaire.

*Maurice COZIAN est Professeur émérite à l'Université de Bourgogne

1. Cet article reprend le contenu d'une conférence donnée à Paris le 25 juin 2001 dans le cadre de l'association « Droit et Commerce ». On en a conservé le style oral. Même si l'article n'est pas accompagné des références scientifiques habituelles, on ne saurait passer sous silence l'importante étude de Allard de Wail, *Sous-capitalisation, abus de droit et acte anormal de gestion*, *Droit fiscal* 1997, n° 7, p. 252.

2. V. actuellement l'affaire AOM-Air Liberté

B. La sous-capitalisation, reflet d'un choix délibéré

Il ne s'agit pas cette fois d'un état de détresse financière ; la société ne manque pas de fonds ; elle n'est pas en état de cessation des paiements. Les associés, par choix stratégique, ont limité au minimum l'apport en capital, l'essentiel du financement étant assuré par des fonds d'emprunt. Cette situation se retrouve notamment dans certaines PME et dans certaines holdings de reprise.

1) La sous-capitalisation caractéristique de certaines PME

Il est connu que certaines PME familiales ont une prédilection pour les apports en compte courant d'associés ; les dirigeants disposent de fonds suffisants, mais ils préfèrent les mettre à la disposition de la société sous forme d'emprunts plutôt que sous forme de capital. Au regard de la gestion financière, ces apports en compte courant sont analysés comme des quasi-fonds propres. C'est essentiellement le droit fiscal qui assure la police en la matière puisqu'il n'autorise la déduction des intérêts que dans la limite d'un ratio d'endettement de 1,5 sur 1. Il ne tolère que 150 de compte courant d'associés pour un capital de 100. Au delà de ce plafond, les intérêts cessent d'être déductibles. C'est la disposition bien connue de l'article 212 du Code général des impôts.

2) La sous-capitalisation caractéristique de certaines holdings de reprise

On sait que de plus en plus le rachat d'une société passe par la création d'une autre société, cette dernière jouant le rôle d'une holding. Pour racheter une société cible, les repreneurs créent une société holding, laquelle aura pour mission de porter à l'actif les titres rachetés et au passif les fonds empruntés. Il s'agit là d'un montage permettant de réaliser le fameux effet de levier. La société holding est dotée d'un capital minimum, l'essentiel du financement étant assuré par des fonds d'emprunt fournis non par les associés eux-mêmes mais par des établissements financiers ou des sociétés de capital-risque. C'est cette forme de sous-capitalisation que l'on souhaiterait approfondir.

II De la sous-capitalisation des holdings de reprise en particulier

A. L'effet de levier

On commencera par rappeler en quoi consiste l'effet de levier attaché à la stratégie d'endettement. L'effet de levier comporte en réalité trois facettes qu'il convient de bien distinguer : l'effet de levier financier, l'effet de levier juridique et l'effet de levier fiscal.

1) L'effet de levier financier

L'effet de levier joue lorsque la rentabilité de la société cible est supérieure au taux des intérêts d'emprunt. Il n'est pas nécessaire de sortir de Polytechnique pour en comprendre le mécanisme. Raisonons sur une acquisition immobilière. Si les loyers de l'immeuble que l'on souhaite acheter représentent une ren-

tabilité de 10 % et que le taux des emprunts soit de 5 %, on voit immédiatement que mieux vaut emprunter que payer cash. Il s'agit bien sûr pour l'instant de calculs strictement financiers sans intégration de la contrainte fiscale. C'est la glorification de l'endettement. Nos anciens nous ont transmis l'adage : « Qui paie ses dettes s'enrichit ». Pour certains, la morale nouvelle est : « Qui fait des dettes s'enrichit ».

2) L'effet de levier juridique

Pour contrôler une société, il suffit de posséder 51 % de son capital ; on peut donc être maître d'une société en ne payant que la moitié de sa valeur.

3) L'effet de levier fiscal

La personne physique qui rachète les titres d'une société soumise à l'impôt sur les sociétés (les parts d'une SARL ou les actions d'une SA ou d'une SAS par exemple) ne peut déduire de ses revenus imposables les intérêts de l'emprunt qu'il contracte. La déduction des intérêts est en revanche possible lorsque c'est une société qui contracte l'emprunt, à condition qu'il s'agisse d'une société qui relève de l'impôt sur les sociétés.

La constitution d'une société holding permet en outre d'échapper à la double imposition des bénéfices réalisés par la société, puis les bénéfices qu'elle met en distribution sous forme de dividendes. La société holding bénéficie en effet du régime des sociétés mères ; une participation de 5 % est désormais suffisante.

Il y a mieux encore lorsque la cession de contrôle porte sur au moins 95 % de la société cible. Il est possible dans ce cas d'opter pour le régime de l'intégration fiscale. Dans ce cas, le groupe constitué de la société holding et de la société cible ne dépose qu'une déclaration globale, ce qui permet d'imputer les charges financières de la société holding sur les bénéfices de la société cible. Le poids de l'impôt sur les sociétés diminue, les dividendes augmentent d'autant, ce qui améliore les capacités de remboursement de la société holding.

B. L'art de « se payer sur la bête »

À la faveur d'un tel montage, c'est la société cible qui, par le truchement de la société holding, assure le financement de son propre rachat. Les repreneurs deviennent les maîtres de la société cible sans avoir pratiquement déboursé un sou ; ils ont simplement apporté leur écot au capital social, lequel, par hypothèse, est symbolique. Dans un langage trivial, on dit que les repreneurs « se sont payés sur la bête ». Face à ce résultat, quelle est la réaction du Droit ? On distinguera entre le droit des sociétés et le droit fiscal.

III La réaction du droit des sociétés face à la sous-capitalisation des holdings de reprise

Le législateur n'est pas très regardant en la matière ; on pourrait presque parler de complaisance de sa part. S'il y a des pots cassés, force est de s'en remettre à l'arbitrage du juge.

A. La complaisance du législateur

1) À la création de la société, une sous-capitalisation encouragée

Sous couvert de bons sentiments, le législateur fait preuve de naïveté. Pour ne pas désespérer les candidats à la création d'entreprises, il fixe un capital minimal irréaliste : 50 000 F pour les SARL, 250 000 F pour les sociétés par actions. Et encore pour ces dernières sociétés, il suffit de libérer la moitié du capital souscrit au moment de la constitution de la société, soit 125 000 F. Les SARL s'estimaient pénalisées puisque la libération du capital devait être immédiate. La nouvelle loi NRE du 15 mai 2001 n'a pas résisté aux sirènes de la démagogie ; quand on veut créer une SARL, il suffit désormais de libérer 20 % du capital, soit 10 000 F.

Il s'agit là de lois pousse-au-crime. Si le candidat à l'aventure ne dispose pas de fonds suffisants, est-il raisonnable de l'encourager à créer une société ? La forme individuelle est certainement plus simple et plus économique.

2) En cours d'activité : que se passe-t-il si la société a « mangé » la moitié de son capital ?

Quand la société a « mangé » la moitié de son capital, les associés doivent se réunir pour décider soit la recapitalisation de la société, soit sa dissolution. Le législateur intervient donc lorsque la situation devient inquiétante ; une transfusion s'impose d'urgence, sinon la société non viable est vouée à une mort naturelle.

B. L'arbitrage du juge

Face à la complaisance du législateur, il est inévitable que des inconscients partis à l'aventure sans fonds, comme d'autres partent à la guerre la fleur au fusil, se trouvent rapidement acculés au dépôt de bilan. C'est alors l'heure des comptes. Et les juges ne manquent pas de condamner pour faute de gestion ces aventuriers qui se sont lancés dans les affaires sans fonds propres suffisants. Il existe en la matière une jurisprudence inépuisable et la collection ne cesse de s'enrichir.

En voici un exemple. Des esprits rêveurs créent une SARL au capital de 17 300 F, alors que la loi autorise la création de sociétés de presse avec un capital symbolique de 2 000 F. Faute de fonds propres suffisants, la société doit rapidement déposer le bilan. Les animateurs sont poursuivis pour avoir créé une entreprise au capital insuffisant. Voici la leçon de gestion financière qui leur fut infligée par les magistrats³.

« Attendu qu'il apparaît à l'évidence que l'extrême modicité du capital social portait en elle-même les germes des difficultés qui allaient être révélées aux associés dès leur première assemblée générale... ; que la mise en fonctionnement de la société dans de telles conditions témoigne d'une légèreté certaine ; que l'audace à entreprendre, louable en soi, devient imprudence fautive si elle

3. Rouen, 20 oct. 1983 : D. 1985, p. 163, note J.-J. Daigre.

n'est pas suivie par de rigoureuses qualités de gestion appliquées à un minimum de moyens ».

La réaction du droit fiscal face à la sous-capitalisation des holdings de reprise

Hormis le cas particulier des comptes courants d'associés, il n'existe dans le Code général des impôts aucun texte qui réprime la sous-capitalisation. La loi fiscale est au fond aussi complaisante que la loi commerciale. Comme ce qui n'est pas interdit est autorisé, on conclut que rien ne s'oppose au phénomène d'endettement massif des holdings de reprise. Quant au juge, il n'a pas, semble-t-il, été saisi jusqu'à présent de ce type de difficulté.

À défaut de loi et de jurisprudence, ce n'est pas le néant pour autant. Il faut en effet compter avec les principes généraux du droit fiscal et notamment les deux théories de l'abus de droit et de l'acte anormal de gestion. Armée de ce fusil à deux coups, la DVNI est partie à la chasse aux holdings de reprise, coupables à ses yeux de sous-capitalisation manifeste et d'endettement massif. La DVNI, pour les non-initiés, est la Direction des vérifications nationales et internationales. Elle regroupe un corps d'inspecteurs d'élite chargés de vérifier les entreprises les plus importantes. Ils sont bien formés et bien armés. Ils ne craignent pas de s'attaquer à des montages sophistiqués au nom d'une certaine morale fiscale. L'une de leurs cibles actuelles est précisément les holdings d'entreprise. On exposera successivement le plan d'attaque de la DVNI, puis la stratégie de riposte des holdings de reprise.

A. Le plan d'attaque de la DVNI

On conçoit l'agacement, voire l'irritation des vérificateurs de la DVNI devant ces phénomènes d'évasion fiscale qui permettent à certains de s'enrichir à bon compte tandis que les autres, les citoyens de base, subissent de plein fouet les rigueurs de la loi fiscale. C'est une insulte au principe de l'égalité des citoyens devant l'impôt.

Dans le groupe des repreneurs, il y a ceux qui paient le maximum d'impôt et ceux qui n'en paient que le minimum. Les premiers sont voués à l'enfer fiscal alors que les seconds ont opté pour le paradis fiscal. Au fond, il y a d'un côté les sous-doués de la fiscalité, de l'autre les surdoués de la fiscalité.

Les sous-doués forment la cohorte des contribuables honnêtes et fatalistes ; ils paient rubis sur l'ongle les impôts tels qu'ils sont dus en application de la loi fiscale. Ce sont les innocents de la fiscalité. Et on connaît l'adage « Aux innocents, les mains pleines » ; dans notre cas, elles seront pleines d'impôts et de taxes de toutes sortes.

Prenons un cas concret et simple, celui du repreneur qui veut racheter un garage exploité sous forme de SARL. N'ayant qu'une épargne limitée, il doit emprunter pour financer l'essentiel du coût du rachat des parts à la SARL. Sa position fiscale n'est guère reluisante car il subira doublement les foudres de la loi fiscale

– tout d'abord, les intérêts de l'emprunt qu'il a dû contracter ne sont pas déductibles de son revenu imposable ; la solution est absurde et injuste, mais c'est le droit positif ;

– ensuite, il remboursera ses annuités d'emprunt grâce aux bénéfices dégagés par le garage, c'est-à-dire par la SARL ; ces bénéfices seront doublement imposés, une première fois à l'impôt sur les sociétés au nom de la SARL, une deuxième fois à l'impôt sur le revenu en raison des dividendes perçus par le garagiste.

Si le garagiste avait créé une holding et que l'emprunt ait été logé au passif de cette société, il aurait été gagnant sur les deux tableaux

– les intérêts de l'emprunt auraient constitué des charges déductibles ;
– le phénomène de la double imposition aurait disparu du fait de l'intégration fiscale.

Notre garagiste peut donc soit être relégué dans la classe des sous-doués (c'est le sort commun), soit être admis dans celle des surdoués (il faut pour cela qu'il ait été bien conseillé).

Si les sous-doués sont honnêtes par nécessité, les surdoués ne sont pas nécessairement malhonnêtes car il ne faut pas confondre évasion fiscale et fraude fiscale. Ce sont des virtuoses de la prestidigitation juridique, réussissant par un tour de baguette magique à faire disparaître la matière fiscale comme par enchantement.

Il faut faire l'éloge de l'habileté fiscale car c'est une vertu. Mais l'excès d'habileté fiscale devient un péché durement sanctionné. Les surdoués sont en effet sous haute surveillance fiscale. Les deux armes qu'utilisent les vérificateurs sont bien connues : l'abus de droit et l'acte anormal de gestion.

1) L'abus de droit

L'abus de droit des fiscalistes regroupe deux manœuvres que les civilistes distinguent nettement : la simulation et la fraude à la loi. La simulation, c'est le mensonge juridique. Dans notre exemple de sous-capitalisation et de surendettement, il n'y a aucune simulation d'aucune sorte. Les emprunts sont une réalité ; ils n'ont rien de fictif.

La DVNI s'appuie sur l'autre facette de l'abus de droit, c'est-à-dire la fraude à la loi. L'emprunt n'est certes pas fictif, mais il n'a été souscrit que pour des motifs exclusivement fiscaux. Les charges financières rémunérant les fonds d'emprunt constituent en effet des charges déductibles des résultats de la société, mais non les dividendes qui rémunèrent les fonds propres. C'est une banale constatation : les fonds d'emprunt sont mieux traités fiscalement que les fonds propres.

2) L'acte anormal de gestion

L'acte anormal de gestion est une perversité financière ; on appauvrit indûment la société pour enrichir d'autant les associés ou des personnes qui leur sont proches. Pour les juristes, c'est un acte contraire à l'intérêt social. Surcharger la holding d'un endettement massif et lui faire supporter de lourdes charges financières revient à pénaliser la société pour le plus grand profit des associés. En clair, c'est la société qui emprunte et ce sont les associés qui s'enrichissent.

B. La stratégie de riposte des holdings de reprise

On est en présence d'une bataille menée à coup de grands principes. Les holdings de reprise utilisent d'abord des moyens de défense pour neutraliser les deux armes utilisées par l'adversaire. Puis elles passent à la contre-attaque en brandissant le principe de la liberté de gestion financière.

1) La défense : la neutralisation de l'abus de droit et de l'acte anormal de gestion

a) L'abus de droit

On passera brièvement sur le grief d'abus de droit. Si les repreneurs optent pour un financement par fonds d'emprunt plutôt que par fonds propres, c'est avant tout pour des raisons de stratégie financière afin de bénéficier de l'effet de levier. La motivation fiscale ne vient qu'en second lieu. Il y a donc à la base du montage retenu une logique financière qui par là même exclut le vice d'abus de droit.

b) L'acte anormal de gestion

La riposte est ici plus délicate car elle met en cause la notion d'intérêt social. C'est certes une notion très importante, mais on ne sait pas exactement ce qu'elle recouvre. On connaît les querelles doctrinales en la matière. On voudrait proposer une nouvelle piste qui n'a guère été explorée jusqu'à présent. Les sociétés ne répondent pas toutes au même modèle ; certaines sont des techniques d'organisation du partenariat, d'autres des techniques d'organisation de l'entreprise, d'autres enfin des techniques d'organisation du patrimoine.

Dans notre exemple, il y a face à face une société qui coiffe une entreprise (la société cible) et une société qui coiffe un patrimoine (la société holding). Quand on dit qu'une société a un intérêt propre qui ne se confond pas nécessairement avec celui des associés, on pense essentiellement aux sociétés qui coiffent des entreprises. Celles-ci doivent arbitrer constamment entre les intérêts divergents des associés qui réclament des dividendes élevés, des consommateurs qui réclament des prix allégés et des salariés qui réclament des salaires revalorisés. Rien de tel dans les sociétés patrimoniales regroupant les sociétés de portefeuille et les sociétés immobilières. Ces sociétés n'ont pas d'âme, pas de culture, pas d'histoire. Elles se résument à un paquet de titres ou un paquet d'immeubles. Elles sont à la seule dévotion des associés. Ce qui est bon pour les associés est nécessairement bon pour la société et réciproquement. On est en présence de sociétés interposées n'ayant pas d'intérêt propre ou encore de sociétés fiduciaires. Il est donc vain d'opposer dans ce type de société l'intérêt de la société et l'intérêt des associés. Du moment que les associés sont d'accord pour que les emprunts soient mis à la charge de la société holding, il est vain de crier à la violation de l'intérêt social.

2) La contre-attaque : la mise en avant du principe de liberté de gestion financière

Le principe de liberté de gestion financière a donné lieu à une jurisprudence nourrie. Dans notre cas, il justifie que l'entreprise soit maîtresse de sa politique de financement et qu'elle puisse arbitrer librement entre fonds propres et fonds

d'emprunt. On se limitera à présenter deux décisions significatives, l'une rendue par le Conseil d'État en 1971, l'autre par le Tribunal administratif de Paris en 1998. Baptisons le premier l'arrêt du Père Goriot et le second l'arrêt Van Gogh.

a) *L'arrêt du Père Goriot (Conseil d'État, 15 déc. 1971)*

Notre Père Goriot exploite une entreprise individuelle dans laquelle il exerce l'activité de marchand de matériaux de construction. Il travaille dur et les résultats de son entreprise sont satisfaisants sans être mirobolants. À la différence du Père Goriot de Balzac qui avait deux filles, notre Père Goriot en a quatre ; comme le Père Goriot de Balzac, il est en adoration devant ses filles.

Les quatre filles se marient l'une après l'autre. À chaque fois, le Père Goriot tient à les doter autant qu'il le peut. « Donner toujours, c'est ce qui fait qu'on est père », dit-on dans le roman de Balzac. Les cinéphiles pourront revoir le film de Robert Vernay, datant de 1945, où Pierre Larquey incarne un Père Goriot pathétique.

Pour doter ses filles, le Père Goriot puise dans les caisses de son entreprise, mais dans les limites du solde créditeur de son compte. Le compte de l'exploitant est dans les entreprises individuelles l'équivalent du compte capital dans les sociétés. On porte notamment au crédit de ce compte les résultats bénéficiaires de l'entreprise. Le Père Goriot n'a donc donné à ses filles que le bénéfice qu'il a réalisé et dont il peut en principe disposer à sa guise.

L'ennui, c'est que, ce faisant, le Père Goriot a asséché la trésorerie de son entreprise et qu'il a dû contracter des emprunts. Comme ses filles n'avaient pas d'emploi immédiat pour les sommes qui leur avaient été données, ce sont elles qui ont prêté les fonds nécessaires à l'entreprise de leur père, moyennant un intérêt normal correspondant à celui du marché. Le Père Goriot déduisait évidemment les intérêts qu'il versait à ses filles des résultats imposables de son entreprise.

Ce qui devait arriver arriva ; le Père Goriot fut l'objet d'un contrôle fiscal. Le vérificateur ne manqua pas d'être intrigué par les agissements du Père Goriot et rejeta la déductibilité des frais financiers sur le fondement de la théorie de l'acte anormal de gestion. L'entreprise s'était indûment appauvrie pour enrichir les filles de l'entrepreneur. Le Père Goriot se fâcha en rétorquant qu'il était libre de faire ce qu'il voulait de l'argent qu'il avait gagné à la sueur de son front et pour lequel il avait payé tous les impôts qu'il devait. Il porta l'affaire devant la justice. Le tribunal administratif confirma la position de l'administration. Il fit appel devant le Conseil d'État, lequel lui donna raison en rappelant avec solennité le principe de liberté de gestion financière.

Il ne s'agit pas là d'une décision d'espèce mais d'une décision de principe. Elle est notamment éclairée par les substantielles conclusions du commissaire du gouvernement Jacques Delmas-Marsalet (DF 1972, comm. 156). Voici un extrait de l'arrêt :

« Considérant, d'une part, que la décision du requérant de retirer de son compte personnel des fonds pour en faire donation à ses filles n'est contraire à aucune disposition législative ou réglementaire ; que, d'autre part, il n'est pas contesté qu'aux dates auxquelles ils ont été contractés, les emprunts dont s'agit correspondaient aux besoins de l'entreprise et que les intérêts versés n'étaient pas excessifs ; que, dès lors,

l'administration ne pouvait valablement refuser l'inclusion de ces intérêts dans les charges déductibles des résultats des exercices en cours ».

La leçon est nette : l'entrepreneur n'est pas tenu d'affecter à son entreprise la totalité des fonds propres dont il dispose ; il peut les affecter à un usage privé même s'il doit ensuite recourir à des fonds d'emprunt pour financer l'activité de son entreprise.

b) *L'arrêt Van Gogh (TA Paris, 29 oct. 1998)*

Dans cette décision, ce n'était pas Van Gogh qui était en cause, mais la filiale française d'une holding hollandaise Van Ommeren Tankers ; comme il s'agit d'un nom difficilement prononçable je lui substitue la dénomination plus facile de Van Gogh.

Il s'agit d'un tout autre contexte que celui de l'arrêt du Père Goriot. On est en effet en présence d'un groupe multinational de transport de produits pétroliers. Se trouve à sa tête une BV hollandaise, une filiale française à 99 % et une sous-filiale gabonaise. On ne traitera ici que le litige mettant en cause les relations financières entre la mère hollandaise et la filiale française.

La filiale française disposait de fonds propres substantiels parmi lesquels on notait une substantielle prime de fusion, ce qui prouve qu'il y avait eu auparavant des opérations de restructuration. À la fin de l'année 1987, l'assemblée générale extraordinaire de la société Van Gogh-France décide la distribution au profit de Van Gogh-Hollande d'un dividende massif de 15 millions à prélever sur la prime de fusion. La décision est parfaitement régulière sur le plan juridique.

Elle met en revanche Van Gogh-France dans une situation financière délicate, car elle a besoin de cette trésorerie pour son activité. Qu'à cela ne tienne, la BV hollandaise met aussitôt les 15 millions à la disposition de sa filiale moyennant un intérêt de 8 % considéré comme normal. Il s'agit plus précisément d'un prêt in fine sous forme d'obligations à 10 ans, convertibles le cas échéant en actions.

On retrouve donc, à une autre échelle, le même processus que dans l'arrêt du Père Goriot à ceci près que dans un cas il s'agit d'un prêt consenti par des filles à leur père et que dans l'autre le prêt est consenti par une mère à sa fille ; il s'agit d'un côté de relations familiales et de l'autre de relations intra-groupe.

Comme dans l'arrêt du Père Goriot, la société Van Gogh-France a reçu la visite de vérificateurs, plus précisément d'inspecteurs de la DVNI. Ils n'ont pas manqué de leur côté d'être intrigués par l'opération d'aller et retour de la prime de fusion.

Leur conviction a été vite acquise ; ils étaient en présence d'un abus de droit patent. Le montage ne répondait à aucune logique financière puisqu'il n'y a eu aucun mouvement de fonds ; l'opération s'est limitée à un jeu d'écritures comptables. Plus précisément, les 15 millions ont été descendus d'un étage ; ils trônaient au départ en haut de bilan à un compte de réserve ; ils ont été rétrogradés en bas de bilan à un compte d'emprunt.

Le montage répondait en revanche à d'évidentes considérations fiscales. Au départ, les 15 millions de fonds propres étaient rémunérés par des dividendes qui d'une part n'étaient pas déductibles des résultats imposables de la filiale française et d'autre part supportaient une retenue à la source lors de leur versement à la société mère hollandaise. À la suite de l'exercice de prestidigitation

juridique de passage du haut de bilan au bas de bilan, la rémunération a pris la forme d'intérêts déductibles d'une part, échappant d'autre part à toute retenue à la source en vertu de la convention franco-hollandaise. La filiale française était donc gagnante sur deux tableaux : une économie d'impôt sur les sociétés et une dispense de retenue à la source.

L'administration notifia un redressement majoré d'une amende de 80 % pour abus de droit. La société Van-Gogh-France sollicita l'avis consultatif du Comité de répression des abus de droit. Celui-ci rendit le 3 avril 1992 un avis défavorable à l'action de l'administration. Celle-ci ne s'avoua pas vaincue pour autant et porta l'affaire devant le tribunal administratif de Paris qui, de son côté, donna tort à l'administration⁴. En voici un extrait :

« Considérant qu'en l'espèce l'administration n'établit pas que les décisions de l'assemblée générale extraordinaire de la société Van Ommeren Tankers sus-mentionnées constitueraient une opération à but exclusivement fiscal ; que rien ne s'opposait à ce que l'actionnaire majoritaire appréhende une partie de la prime de fusion puis décide de laisser la somme en cause à la disposition de sa filiale, prenant ainsi la décision d'un financement par emprunt plutôt que par fonds propres ».

On retrouve ainsi la leçon de l'arrêt du Père Goriot : une société, même dotée de fonds propres importants, est libre du choix de son mode de financement ; elle peut préférer, notamment si elle y trouve un avantage fiscal, opter pour un financement par fonds d'emprunt plutôt que par fonds propres. Des renseignements pris auprès du greffe du Tribunal administratif de Paris, il ressort que l'administration n'a pas interjeté appel de cette décision. Elle est donc saisie d'un doute.

*
* *

On devine la conclusion ; en l'état actuel des choses il est peu probable que la croisade de la DVNI contre les holdings sous-capitalisées aboutisse victorieusement devant les tribunaux. Mais il faut être prudent et bien préciser : en l'état actuel du droit. Le droit peut en effet évoluer. Plusieurs États connaissent déjà des mesures législatives contre les abus de sous-capitalisation ; on peut consulter sur ce point les rapports documentés de l'OCDE. En France, le député Jean-Pierre Brard a en septembre 1999 présenté un intéressant rapport consacré à la fraude et à l'évasion fiscales. Il y stigmatise notamment l'évasion fiscale massive qui se réalise par le truchement des holdings de reprise. Il propose purement et simplement d'interdire la déductibilité des intérêts d'emprunts contractés pour l'acquisition de participations. Voici son discours (p. 341 du rapport)

« Les investisseurs peuvent racheter une entreprise bénéficiaire en franchise d'impôt en utilisant ou en créant une société holding qui empruntera la totalité du montant du rachat. Dans le cadre du régime des groupes, les profits de l'entreprise rachetée seront ainsi absorbés par le déficit de la société holding de rachat. Il s'agit d'un montage classique qu'il conviendrait de supprimer afin de ne pas faire supporter au Trésor public une partie du coût d'acquisition d'une entreprise ».

Jusqu'à présent, Bercy fait la sourde oreille à ce chant de sirène...

⁴ TA Paris, 29 oct. 1998 : RJF 1999, p. 221 ; BCDF 1999, n° 3, p. 7, concl. M. Soumet