

Règles de sous-capitalisation : désormais applicables aux prêts bancaires

French thin-capitalization rules now applicable to bank loans

La loi de finances pour 2011, qui a été définitivement adoptée, comporte de nouvelles dispositions concernant les règles de sous-capitalisation qui limitent la déductibilité des intérêts supportés par les emprunteurs français.

Le texte adopté a été modifié sur certains points par rapport à celui qui avait été proposé par le Sénat et présenté dans notre client briefing de décembre 2010.

Ces règles vont avoir un impact significatif sur la déductibilité fiscale des intérêts afférents aux prêts bancaires et ce dès l'exercice 2010.

The Finance Act for 2011, which has been definitively adopted, includes new provisions modifying French thin-capitalization rules, which limit the tax deductibility of interest incurred by French borrowers.

The final text has been amended significantly compared to the initial draft proposed by the Senate and summarized in our client briefing of December 2010.

These new rules will have a significant impact on the tax deductibility of interest on bank loans and will apply as soon as tax year 2010.

If you would like to know more about the subjects covered in this publication or our services, please contact:

[Eric Davoudet](#) +33 1 44 05 52 72

[Alexandre Lagarrigue](#) +33 1 44 05 52 73

[Julien Ruderman](#) +33 1 44 05 52 84

[Eric Zeller](#) +33 1 44 05 52 68

To email one of the above, please use
firstname.lastname@cliffordchance.com

Clifford Chance, 9 Place Vendôme, CS
50018, 75038 Paris Cedex 01, France
www.cliffordchance.com

Les règles de sous-capitalisation limitent le montant des intérêts des prêts consentis par des entreprises liées qu'un emprunteur peut déduire fiscalement.

Selon les règles qui s'appliquaient jusqu'à présent, les prêts accordés par des tiers indépendants, comme par exemple les banques, étaient exclus du champ d'application de ces limitations.

Les nouvelles dispositions adoptées prévoient que les prêts accordés par des entreprises non liées entrent également dans le champ d'application des règles de sous-capitalisation si ces prêts sont garantis par une sûreté consentie :

- (i) par une entreprise liée à l'emprunteur, ou
- (ii) par une autre entreprise dont l'engagement est garanti par une sûreté accordée par une entreprise liée à l'emprunteur.

Une entreprise liée pour l'application de ces règles est définie comme une personne qui (i) détient directement ou indirectement la majorité du capital social de l'emprunteur ou exerce un contrôle de fait sur l'emprunteur, (ii) ou est détenue par l'emprunteur dans les mêmes conditions ou (iii) est détenue dans les mêmes conditions par la même tierce personne que l'emprunteur.

Les sûretés visées aboutissant à considérer qu'un prêt relève du champ d'application des règles de sous-capitalisation sont très larges. En effet, elles incluent, le cas échéant, les cautions, les garanties à première demande, les lettres de confort si elles comportent une obligation de résultat, les gages, hypothèques, etc. consentis par une entreprise liée à l'emprunteur.

Lorsque la sûreté en cause porte sur un bien (sûreté réelle), le prêt n'est réputé garanti par une entreprise liée qu'en proportion de la valeur du bien donné en garantie à la date où la sûreté est constituée par rapport au montant initial des sommes prêtées.

Le texte exclut du champ d'application de cette nouvelle règle les emprunts suivants qui peuvent être garantis par une société liée à l'emprunteur dans les conditions précitées :

- (i) Emprunt obligataire émis dans le cadre d'une offre au public au sens de l'article L 411-1 du code monétaire et financier ou d'une réglementation équivalente (c.a.d. exclusion non applicable aux placements privés) ;

French thin-capitalization rules limit the amount that a French borrower can claim as a tax deduction in respect of interest paid on loans granted by related parties (*entreprises liées*).

Under the previous rules, loans made available by independent third parties such as financial institutions were outside the scope of these tax limitations.

The new provisions adopted provide that loans granted by unrelated lenders would fall within the scope of French thin-capitalization rules if the reimbursement of such loans is guaranteed by:

- (i) a party who is related to the borrower, or
- (ii) another person, the commitment of which is itself guaranteed by a party related to the borrower.

A related party for the purposes of the above rules is a person who (i) holds directly or indirectly the majority of the share capital of the borrower or exercises *de facto* control over the borrower, or (ii) is held by the borrower under the same conditions or (iii) is held under the same conditions by the same third person as the borrower.

The guarantees which will lead to consider that a bank loan falls within the scope of the French thin-capitalization rules are very broad. Indeed, they include personal guarantees, first demand guarantees, comfort letters with a contractual obligation guaranteeing a result, mortgages, etc. granted by an entity which is related to the borrower.

As far as real security interest are concerned (i.e. guarantee in rem), the loan will be deemed guaranteed only in the same proportion as the value of the asset as at the date the security interest has been created bears to the initial amount of the financing.

The text excludes from the scope of this new rule the following loans that can be guaranteed by a company related to the borrower under the above mentioned conditions:

- (i) bonds issued within the frame of a public offer within the meaning of Article L 411-1 of the Monetary and Financial code or under equivalent foreign regulations (this exclusion is therefore not applicable to private placements);

- (ii) Fraction d'emprunt dont le remboursement est exclusivement garanti par le nantissement des titres de la société débitrice ou de créances sur la société débitrice ou encore de titres d'une société détenant directement ou indirectement la société débitrice si cette société et la société débitrice sont membres du même groupe d'intégration fiscale ;
- (iii) Emprunt contracté pour le remboursement d'une dette existante rendu obligatoire par la prise de contrôle de la société débitrice, dans la limite du capital remboursé et des intérêts échus à cette occasion ;
- (iv) Emprunts contractés antérieurement au 1^{er} janvier 2011 à l'occasion d'une opération d'acquisition de titres ou de son refinancement.

Contrairement à ce qui avait été proposé par le Sénat, le texte adopté prévoit que ces nouvelles règles s'appliquent pour la détermination des résultats des exercices clos à compter du 31 décembre 2010, c'est-à-dire rétroactivement pour l'exercice 2010 pour les sociétés dont l'exercice est aligné sur l'année civile.

Le texte ne prévoit pas de clause "grand-père" générale mais uniquement une exception (iv) axée sur les opérations de LBO.

Compte tenu de ces nouvelles règles, le champ d'application des règles de sous-capitalisation est désormais très étendu par rapport à la situation qui prévalait. Le financement bancaire (i) des groupes français, (ii) des filiales françaises de groupes étrangers, (iii) des structures de LBO, (iv) des sociétés d'investissement, etc. va être impacté par l'introduction de ces nouvelles règles.

Un examen précis des garanties accordées et de leur impact sur la déductibilité fiscale des intérêts devra désormais être mené lors de l'octroi de nouveaux financements. Pour les opérations en cours, une revue des garanties mises en place pourra s'avérer nécessaire pour identifier les conséquences fiscales des nouvelles règles et, le cas échéant, examiner l'opportunité d'une restructuration éventuelle des garanties octroyées.

- (ii) loans guaranteed exclusively by a pledge over the shares of the borrowing company or over the borrowing company receivables or over the shares of a company owning directly or indirectly the borrowing company when the holder of such shares and the borrowing company are members of the same French tax consolidated group;
- (iii) loans contracted with a view to repay an existing debt, which became repayable due to the takeover of the borrower, up to the amount of capital reimbursed and interest falling due upon the change;
- (iv) loans entered into before 1 January 2011 in connection to an acquisition of shares or refinancing of such acquisitions.

Unlike the text proposed by the Senate, the text adopted provides that the new rules are applicable for the fiscal years closed as from 31 December 2010, which means that they have a retroactive effect to the tax year 2010 for companies whose fiscal year is aligned with the civil year.

The text does not provide for any general "grandfather" provisions but only an exception (iv) centred on the LBO transactions.

Given these new rules, the scope of the thin-capitalization rules is now very broad compared to the former situation. The bank financing of (i) French groups, (ii) French subsidiaries of foreign groups, (iii) LBO structures, (iv) investment companies, etc. will be impacted by the introduction of these new rules.

A specific review of the guarantees granted and of the impact of such guarantees over the deductibility of interest should be now carried on when granting new financings. As regards the existing financings, a review of the guarantees set up may be necessary in order to identify the tax consequences of the new rules and, if need be to consider whether a restructuring of such guarantees should be realized.

This Client briefing does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

www.cliffordchance.com

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Kyiv ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Prague ■ Riyadh* ■ Rome ■ São Paulo ■ Shanghai ■ Singapore ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

* Clifford Chance also has a co-operation agreement with Al-Jadaan & Partners Law Firm in Riyadh and a 'best friends' relationship with AZB & Partners in India and with Lakatos, Kóves & Partners in Hungary.