

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n° 92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



THÈSE



En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITE DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse Capitole

École doctorale : **Droit et Science Politique**

Présentée et soutenue par

CALMETTE Victor

le 13 décembre 2018

La gestion fiscale de l'entreprise en difficulté

Discipline : **Droit**

Spécialité : **Droit Privé et Sciences Criminelles**

Unité de recherche : **CDA (EA 780)**

Directeur de thèse : M. Arnaud DE BISSY, Professeur des Universités, Université Toulouse Capitole

JURY

Rapporteurs Mme Lise CHATAIN-AUTAJON, Maître de Conférences, Université de Montpellier
M Régis VABRES, Professeur des Universités, Université de Bourgogne

Suffragants M Gilles. Dedeurwaerder, Maître de conférences, Université Toulouse Capitole
M Arnaud DE BISSY, Professeur des Universités, Université Toulouse Capitole

*« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les
opinions particulières de l'auteur. »*

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à remercier mon directeur de thèse, le Professeur de Bissy, pour avoir accepté de m'accompagner dans ce projet et pour m'avoir aiguillé, avec pédagogie, tout au long de mes travaux.

Je tiens également à faire part de toute ma reconnaissance à Mme Chatain-Autajon, M Dedeurwaerder et au Professeur Vabres pour avoir accepté de composer mon jury de thèse et pour le temps qu'ils ont consacré à l'examen de mes travaux.

Je remercie également M. Thomas pour les précieux conseils prodigués dans le cadre de mes recherches.

Je remercie par ailleurs Maîtres Natier et Chaize-Lang pour la compréhension dont ils ont fait preuve dans ma volonté d'allier mes travaux de recherche à l'exercice d'une activité professionnelle.

Plus personnellement, je remercie ma famille pour son soutien sans faille.

Que chacun trouve ici l'expression de ma profonde gratitude.

TABLE DES ABREVIATIONS

Al. Alinéa

AN Assemblée Nationale

ATD. Avis à Tiers Détenteur.

Art. Article

BJE Bulletin Joly Entreprises en difficulté

BJS Bulletin Joly Société

BODACC. Bulletin Officiel Des Annonces Civiles et Commerciales.

BOI Bulletin Officiel des Impôts

C. Civ. Code civil

C. com., Code de commerce

CA. Cour d'Appel.

CAA Cour Administrative d'Appel

Cass., Civ. Cour de cassation chambre civile

Cass. Com. Cour de cassation chambre commerciale

Cass. Plén. Cour de cassation en formation plénière

CCSF Commission des chefs des services financiers

CE Conseil d'Etat

CGI. Code Général des Impôts.

CJCE. Cour de Justice de la Communauté Européenne

CJUE Cour de Justice de l'Union Européenne

CNC. Conseil National de la Comptabilité.

CPC. Code de Procédure Civile.

CRC. Comité de la Réglementation Comptable.

D. Dalloz

Dr. Fisc. Revue de droit fiscal

Ed. Edition

Gaz. Pal. Gazette du Palais

Instr. Instruction

IR. Impôt sur le Revenu.

IS. Impôt sur les Sociétés
JO. Journal Officiel.
JOAN Journal Officiel de l'Assemblée Nationale
JOUE Journal Officiel de l'Union Européenne
L. Loi
LBO *Leverage Buy Out*
Lebon Recueil Lebon
LPA Les Petites Affiches
LPF Livre des Procédures Fiscales
Obs. Observations
Ord. Ordonnance
PACS. Pacte Civil de Solidarité.
PCG. Plan Comptable Général.
Rép. Min. Réponse Ministérielle
Rev. Proc. Coll. Revue des procédures collectives
Rev. Soc. Revue de droit des sociétés
RCS. Registre du Commerce et des Sociétés.
SA Société Anonyme
SARL. Société à Responsabilité Limitée.
SCI. Société Civile Immobilière.
SCP. Société Civile Professionnelle.
TA Tribunal Administratif

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS	3
TABLE DES ABREVIATIONS	4
SOMMAIRE	6
INTRODUCTION	7
PARTIE I : LE DEBITEUR VICTIME DE SES DIFFICULTES	22
CHAPITRE I : LES DIFFICULTES DU DEBITEUR ET LE MONTANT DE LA DETTE FISCALE.....	23
Section I : Les difficultés du débiteur et la naissance de la dette fiscale.	23
Section II : Les difficultés du débiteur et la valorisation de la dette fiscale.	55
CHAPITRE II : LES DIFFICULTES DU DEBITEUR ET LE RECOUVREMENT DE LA CREANCE FISCALE.	
.....	91
Section I : Les difficultés du débiteur et la détermination du redevable de la dette fiscale. .	91
Section II : Les difficultés du débiteur et la situation du créancier de la dette fiscale.	111
PARTIE II : LE DEBITEUR ACTEUR DE SON REDRESSEMENT	161
CHAPITRE I : LE REDRESSEMENT DU DEBITEUR ET LA RECHERCHE D'UNE SOLUTION INTERNE.	
.....	162
Section I : La gestion de « l'actif fiscal » de l'entreprise	162
Section II : Les aspects fiscaux de la restructuration de l'entreprise en difficulté.....	176
CHAPITRE II : LE REDRESSEMENT DU DEBITEUR ET LA RECHERCHE D'UNE SOLUTION EXTERNE.	
.....	209
Section I : Les modes de rapprochement avec l'entreprise en difficulté	209
Section II : L'avantage fiscal tiré du rapprochement avec une entreprise en difficulté.....	253
CONCLUSION	290
BIBLIOGRAPHIE	293
INDEX	321
TABLE DES MATIERES	326
RESUME	329

INTRODUCTION

1. **La notion d'entreprise.** La notion d'entreprise, bien qu'utilisée jadis à des fins que l'on ne lui connaît plus aujourd'hui, est une notion moderne qui a été prise en compte récemment par le droit français. En effet, à l'origine, le terme « entreprise », substantif dérivant du verbe entreprendre, reflétait notamment la notion d'activité, comme le révèle son apparition dans le Code de commerce en 1807¹. Au fil du temps, la doctrine s'est intéressée aux contours de cette notion² sans pour autant qu'une définition soit unanimement reconnue. Elle peut être une unité économique et sociale, disposant de moyens humains et matériels et exerçant une activité économique autonome³ et concourant, sous une direction économique, à la réalisation d'objectifs économiques⁴.

2. Aussi, de nombreuses branches du droit français ont-elles eu recours à cette notion, qui, pourtant, n'est pas définie par le législateur. En découlent ainsi une multitude d'approches propres aux spécificités des disciplines concernées : le droit du travail appréhende l'entreprise sous l'angle des salariés qui la composent, le droit de la concurrence se réfère à l'activité marchande⁵. Le droit communautaire, notamment au travers du droit communautaire de la concurrence, a fortement contribué à l'émergence du concept d'entreprise⁶ et en consacre une approche fonctionnelle⁷.

3. Le droit des sociétés est lui aussi intéressé par la notion d'entreprise : la société est souvent la mode juridique d'organisation de l'entreprise, la société étant par ailleurs le moyen d'une entreprise commune, conformément à l'article 1832 du Code civil. Plus encore, la société est souvent le moyen de reconnaissance juridique de l'entreprise dans la mesure où cette dernière n'est pas un sujet de droit autonome⁸. Ainsi, la société est un élément « institutionnel » de l'entreprise, les différentes opérations régies par le droit des sociétés telles que la constitution et le fonctionnement de la société, sa réorganisation ou encore la cession des droits sociaux traduisent les modalités de vie de

¹ C. com., art. 632 : « (...) *Toute entreprise de location de meubles (...)* ».

² M. Despax, *L'entreprise et le droit*, thèse, Toulouse, 1956 ; B. Mercadal, *La notion d'entreprise*, Mélanges Derruppé, p.9 ; P. Didier, *Une définition de l'entreprise*, Mélanges Pierre Catala, Litec 2001, p. 849 ; J. Pagès, *De l'irréductible et incontournable entreprise*, Mélanges Jeantin, p. 79.

³ C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^{ème} ed. 2016, n° 6.

⁴ Cornu, *Vocabulaire juridique*.

⁵ Th. Lamarche, *La notion d'entreprise*, RTD Com. 2006, p. 709.

⁶ L. Arcelin, *JurisClasseur, Contrats-Concurrence-Consommation*, fasc. 35, 1999.

⁷ L. Idot, *La notion d'entreprise*, Rev. sociétés 2001, p. 191, spéc. p. 194

⁸ E. Alfandari, *La non-reconnaissance de l'entreprise par le droit*, Droit des affaires, Litec, 1993, n° 218, p. 166.

l'entreprise⁹. L'importance du droit des sociétés vis-à-vis de la notion d'entreprise se manifeste aussi au regard des relations que celle-ci entretient avec les tiers, à commencer par ses « parties prenantes » qui voient leurs relations régies par ce droit¹⁰.

4. Enfin, la perception de l'entreprise offerte d'une part par le droit des entreprises en difficulté et d'autre part par le droit fiscal est intéressante en ce qu'elle révèle une différence d'approche et de logique. Le droit des entreprises en difficulté, chemin faisant, a placé le débiteur, l'entreprise en difficulté, au centre de ses préoccupations.

Le droit fiscal, lui, fidèle à son objectif de recouvrement de l'impôt, perçoit l'entreprise à la lumière des biens qui composent son patrimoine¹¹.

Ces visions discordantes de l'entreprise marquent les prémises d'une confrontation inévitable entre ces deux droits.

5. **La notion d'entreprise en difficulté.** Dès lors, si la notion d'entreprise et ses contours peuvent être nébuleux, il peut paraître d'autant plus complexe de traiter des entreprises en difficulté. La défaillance des entreprises est une notion, un état pouvant être perçus via différents prismes. En effet, les difficultés des entreprises relèvent d'abord et avant tout de causes et de facteurs économiques. La publication des chiffres recensant les défaillances d'entreprises, environ 55 000 en France en 2017¹², maintient la question des difficultés des entreprises au cœur de l'actualité. Bien qu'en reflux ces dernières années, ce phénomène est un véritable fléau pour l'économie et l'emploi¹³. Depuis les débuts du XIXème siècle, il est un fait marquant de la vie économique des grandes puissances telles que les Etats-Unis, la France ou la Grande-Bretagne¹⁴. Dès le droit romain, le traitement des débiteurs défaillants est une préoccupation.

6. **La perception des difficultés à travers l'évolution du droit – régimes antérieurs au Code de commerce de 1807.** A cette époque, le débiteur défaillant faisant l'objet d'une procédure particulièrement sévère, la *manus injectio*, qui autorisait le créancier à saisir le débiteur lui-même et à en disposer à son bon vouloir, notamment en le réduisant à l'esclavage. Vint ensuite le temps d'une

⁹ D. Vidal, Droit des sociétés, 7ème éd. 2010, p. 9.

¹⁰ Fr.-G. Trébulle, Stakeholders et le droit des sociétés, BJ 2007, p.7.

¹¹ M.B. Vaillant, La notion d'entreprise en droit fiscal des affaires, thèse, Toulouse, 1996

¹² INSEE, nombre de défaillances d'entreprise par date de jugement, 2017.

¹³ Les échos Solutions, Des avantages du redressement judiciaire, 6 avril 2018.

¹⁴ M. Levy-Leboyer, F. Bourguignon, L'économie française au XIXème siècle. Analyse macro-économique, Economica, 1985.

réduction importante du gage des créanciers qui voyaient leur possibilité de poursuites limitée à la fortune du débiteur¹⁵. Apparaît alors la genèse de la masse des créanciers dans la mesure où, dans ces deux cas, les procédures sont collectives¹⁶. La notion de répartition proportionnelle émerge aussi et sera connue jusqu'au moyen-âge pour être remplacée par la règle de la déconfiture qui se traduit par un « paiement au prix de la course ». Mais c'est aux villes marchandes de l'Italie du Nord que nous devons les règles de la faillite moderne et ses fondements tels que les notions de période suspecte, de cessation des paiements ou encore de concordat de majorité.

La propagation en France des mesures régissant les situations connaissant des débiteurs insolvables se fera sous les règnes de François Ier et Charles IX sans qu'un véritable corpus de mesures encadrant les procédures collectives ne soit créé¹⁷. C'est l'ordonnance de Colbert en 1673 qui va proposer les premières règles d'application sur l'intégralité du territoire français et encadrant le droit de la faillite.

7. La perception des difficultés à travers l'évolution du droit – Code de commerce de 1807. Cependant, les lacunes de cette ordonnance étaient nombreuses, et le Code de commerce de 1807 est venu organiser un régime plus complet. Deux idées forces pouvaient en être tirées : tout d'abord, l'objectif de permettre un traitement égalitaire de tous les créanciers est confirmé. Ensuite, Napoléon s'est assuré d'une extrême rigueur dans la répression contre le failli¹⁸. Cette dernière caractéristique a fait l'objet de nombreuses critiques qui seront entendues, sous la pression de la bourgeoisie commerçante, par la loi du 28 mai 1838 qui viendra atténuer les sanctions à l'égard du débiteur défaillant.

Dans son prolongement, la loi du 4 mars 1889 accentue l'adoucissement de la législation et consacre le fait qu'un débiteur puisse être défaillant sans être malhonnête : la procédure de liquidation est alors offerte au débiteur de bonne foi.

Le décret du 20 mai 1955¹⁹ va perpétuer cette dualité de procédures faisant de la procédure de faillite une procédure d'exception réservée au débiteur malhonnête tandis que le débiteur de bonne foi bénéficie de la procédure de règlement judiciaire lui ouvrant la voie de concordat et éventuellement de la poursuite de l'entreprise. Cependant, cette dualité mécanique avait un vice antiéconomique : il condamnait certaines entreprises à ne pas pouvoir bénéficier du concordat au motif que leur dirigeant était malhonnête.

¹⁵ J. Percerou et M. Desserteaux, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2^{ème} ed., Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1935.

¹⁶ P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, 9^{ème} ed. 2017/2018, p. 22.

¹⁷ C. Dupouy, *Le droit des faillites en France avant le code de commerce*, 1960.

¹⁸ F. Perochon, *Entreprises en difficultés*, 10^{ème} ed. 2014, p. 21.

¹⁹ D. n° 55-603, 20 mai 1955, JO 22 mai, p. 5134 – A. Honorat, *Les innovations du décret du 20 mai 1955 relatif aux faillites et règlements judiciaires*, 1959.

8. La perception des difficultés à travers l'évolution du droit – du droit de la faillite au droit des entreprises en difficulté. Il fallait donc, pour reprendre l'expression du doyen Houin, distinguer le sort de l'homme de celui de l'entreprise²⁰. Cela sera chose faite avec la loi du 13 juillet 1967²¹ qui maintient l'existence de deux procédures : le règlement judiciaire pour les entreprises susceptibles de revenir à meilleure santé, la liquidation des biens pour celles vouées à l'extinction. Le critère de distinction entre les procédures passe donc d'une appréciation de la mauvaise foi du débiteur à un critère de possibilité de redressement de l'entreprise et de présenter un concordat sérieux²². Par ailleurs, par l'ordonnance du 23 septembre 1967, est instituée une procédure de suspension provisoire des poursuites qui s'applique dans les cas où l'entreprise est en situation financière difficile mais non irrémédiablement compromise et dont la disparition aurait des conséquences majeures pour l'économie.

9. La perception des difficultés à travers l'évolution du droit – loi de 1985. L'évolution connue en 1967 pose les premiers fondements de la mutation qui sera opérée par la loi du 25 janvier 1985²³. En effet, celle-ci a en effet institué des procédures de prévention que sont le mandat ad hoc et le règlement amiable. Elle maintient et renforce par ailleurs le principe de distinction entre le sort de l'homme et le sort de l'entreprise. Aussi, cette loi est-elle l'occasion d'afficher sa volonté déterminée de placer le sauvetage de l'entreprise au cœur du dispositif. La masse des créanciers est par ailleurs supprimée²⁴, le paiement de ces derniers n'étant pas une priorité du législateur. Dès lors, le passage du droit des faillites ou droit des entreprises en difficulté est réellement opéré²⁵ avec tout ce que ce changement sémantique emporte. Les résultats de la réforme n'ont cependant pas été à la hauteur des espérances du législateur dans la mesure notamment où une écrasante majorité des procédures ouvertes se soldaient par une liquidation judiciaire²⁶ et révélaient ainsi un inutile sacrifice demandé voire imposé aux créanciers.

²⁰ C. Houin, *Permanence de l'entreprise à travers la faillite*, Liber amicorum, baron Louis Frédéricq, 1965, p. 609.

²¹ L. n° 67-563, 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes, JO 14 juill., p. 7059.

²² C. Saint-Alary-Houin, Presses de l'université Toulouse I Capitole, *Regards sur les évolutions du dernier quart de siècle, De la faillite au droit des entreprises en difficulté*, 2005, p. 389-412, n°9.

²³ L. n°85-98, 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, JO 26 janvier, p. 1097.

²⁴ M. Cabrillac, *L'impertinente réapparition d'un condamné à mort ou la métempsychose de la masse*, Mél. Gavalda, 2001, p.69.

²⁵ C. Saint-Alary-Houin, Presses de l'université Toulouse I Capitole, ..., 2005, p. 389-412, n°13.

²⁶ J. Deharveng, Bull. actual. Lamy 2005, comm., n° 182, p.2.

10. La perception des difficultés à travers l'évolution du droit – loi de 1994. Un rééquilibrage intervient en 1994²⁷ avec une volonté de préserver le caractère préventif des procédures tout en restaurant les droits des créanciers. Notamment, la procédure de liquidation judiciaire redevient autonome et peut être ouverte indépendamment de toute tentative de redressement s'il apparaît que les difficultés sont telles que le sauvetage est impossible.

11. La perception actuelle des difficultés – loi de sauvegarde de 2005. L'année 2005 constitue une nouvelle étape, attendue²⁸, dans la construction du droit des entreprises en difficulté. La loi dite de « sauvegarde des entreprises »²⁹ va en effet prolonger l'inspiration de la loi de 1985³⁰, bien qu'émanant d'un législateur à la sensibilité politique différente³¹.

Tout d'abord, le domaine du droit des entreprises en difficulté est élargi puisque les professionnels libéraux pourront désormais bénéficier des procédures collectives³².

Ensuite, la cessation des paiements ne constitue plus le critère d'admission aux procédures collectives puisque le débiteur, sans être confronté à cet état mais justifiant de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter, peut bénéficier de la procédure de sauvegarde.

Par ailleurs, est substituée au règlement amiable la procédure de conciliation qui a pour but d'aboutir à la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur et ses principaux créanciers et qui connaît une variante confidentielle et une variante publique. La réforme de 2005, connaissant quelques difficultés

²⁷ L. n° 94-475, 10 juin 1994 – C. Saint Alary-Houin, La réforme du droit des procédures collectives : Dr. et patrimoine, févr. 1995, p. 34 à 49.

²⁸ C. Saint-Alary-Houin, Du document d'orientation préparatoire à la réflexion sur un avant-projet de loi : Rev. Lamy dr. com., bull. A, mai 1999, p. 1.

²⁹ L. n° 2005-845, 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, JO 27 juillet, p. 12187 - G. Jazottes, Les innovations des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, in La sauvegarde des entreprises, Colloque Toulouse 23 sept. 2005 : Rev. proc. coll. 4-2005, p. 358. – J.-P. Legros, La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises. La nouvelle procédure de sauvegarde (2e partie) : Dr. sociétés 2005, étude 11.

³⁰ P. Clément, Compte-rendu des débats de l'Assemblée nationale, 1re séance, 13 juill. 2005, JOAN CR, 14 juill. 2005, p. 4644 : « nous avons quitté définitivement le domaine de la faillite pour entrer dans celui de la sauvegarde ».

³¹ Ph. Pétel, Procédures collectives, 9^{ème} ed. 2017.

³² S. Rétif, L'extension des procédures collectives aux professions libérales : Rev. proc. coll. 2006, p. 152.

à l'épreuve de la pratique³³, fera l'objet d'adaptations visant à rendre la procédure de sauvegarde plus accessible et attractive dans le cadre de l'ordonnance du 18 décembre 2008³⁴.

12. La perception actuelle des difficultés – ordonnance de 2014. En 2014, c'est l'augmentation de l'attractivité des procédures de prévention qui sera un des objectifs majeurs de l'ordonnance du 12 mars³⁵.

Cette ordonnance achève, pour l'instant, les grandes évolutions qu'a connu le droit des entreprises en difficulté et avec elle la perception de ce qu'est une entreprise en difficulté. Il ressort tout d'abord qu'il n'existe pas une situation dans laquelle une entreprise est en difficulté mais plusieurs situations : il pourra s'agir du critère central de la cessation des paiements, de difficultés que le débiteur ne peut surmonter seul ou encore de faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Cependant, il convient de remarquer que les modifications apportées à ce droit par le législateur au fil des années témoignent d'une volonté de déplacer le curseur de la prise en charge des difficultés des entreprises toujours plus amont de ces difficultés et d'inciter les opérateurs à opter pour la voie de la prévention avant de ne tomber dans le besoin de traitement.

13. La définition des difficultés et la perception du droit fiscal. La définition des difficultés des entreprises est donc complexe à cerner dans la mesure où elle peut être différente selon les procédures de prévention ou de traitement abordées et où elle est spécifique à cette matière, offrant peu de zones d'adhérences avec d'autres matières, à commencer par le droit fiscal. En effet, celui-ci a une vision avant tout comptable de la situation des entreprises comme le démontre notamment l'article 38 du Code Général des Impôts³⁶.

³³ M.-H. Monsérié-Bon et C. Saint-Alary-Houin, La loi de sauvegarde des entreprises : nécessité et intérêts d'une réforme annoncée, 2008, Recueil Dalloz, p. 941-943.

³⁴ Ord. N° 2008-1345, 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, JO 19 décembre 2008, p. 19462 – J. Vallansan, Réforme de la loi de sauvegarde : précisions apportées par le décret d'application, Rev. proc. coll. 2009, étude, 5.

³⁵ Ord. n° 2014-326, 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, JO 14 mars, p. 5249 – Ph. Roussel Galle, À propos du décret du 30 juin 2014 pris en application de l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté, Rev. proc. coll., juillet 2014, étude 15.

³⁶ CGI, art. 38 : « 1. Sous réserve des dispositions des articles 33 ter, 40 à 43 bis et 151 sexies, le bénéfice imposable est le bénéfice net, déterminé d'après les résultats d'ensemble des opérations de toute nature effectuées par les entreprises, y compris notamment les cessions d'éléments quelconques de l'actif, soit en cours, soit en fin d'exploitation.
2. Le bénéfice net est constitué par la différence entre les valeurs de l'actif net à la clôture et à l'ouverture de la période dont les résultats doivent servir de base à l'impôt diminuée des suppléments d'apport et augmentée des prélèvements effectués au cours de cette période par l'exploitant ou par les associés. L'actif net s'entend de l'excédent des valeurs d'actif sur le total formé au passif par les créances des tiers, les amortissements et les provisions justifiés. ».

Par ailleurs, une entreprise peut, alors qu'elle sera en état de cessation des paiements, présenter des bénéfices comptables et fiscaux. Au contraire, les déficits fiscaux peuvent résulter de retraitements résultant de l'application de la loi fiscale mais n'augurant en rien des difficultés économiques.

14. La confrontation entre le droit fiscal et le droit des entreprises en difficulté – le statut symptomatique de l'Etat créancier. Le droit fiscal et le droit des entreprises en difficulté semblent employer des langages différents et de nombreuses zones de conflits apparaissent. Il en est ainsi quand il s'agit de traiter de la situation du trésor public en tant que créancier de l'entreprise en difficulté, symptomatique de la relation conflictuelle qu'entretiennent ces deux droits : le droit des entreprises en difficulté en accordant une place de plus en plus importante au débiteur a, par un effet de vases communicants, empiété sur les droits de créanciers au rang desquels le Trésor Public figure en bonne place.

« Le Trésor public n'est pas un créancier comme les autres : sa créance ne résulte pas du libre jeu des contrats mais de la loi, et il ne choisit pas ses débiteurs dont il ne peut surveiller la situation financière. C'est ainsi que l'on a parfois tenté de justifier, autrefois, sa situation très favorable dans les procédures collectives que d'aucuns n'ont eu de cesse de vilipender, voyant là un droit exorbitant que l'Etat se serait attribué de manière léonine »³⁷.

Cette phrase du Professeur G. Amlon visant à décrire une situation ancienne a la vertu de mettre en exergue un conflit qui résonne encore aujourd'hui avec intensité. Ce conflit apparaît lorsque se rencontrent le droit des entreprises en difficulté et le droit fiscal³⁸. Il est ardu de faire la synthèse entre ces deux droits dont les objectifs divergent clairement. Pourtant, c'est un défi qu'il s'impose de relever lorsque doit être élaboré le régime fiscal d'un débiteur particulier, l'entreprise en difficulté.

15. La confrontation entre deux droits d'ordre public. A l'origine de cette cohabitation difficile, l'éminente importance respective de deux droits d'ordre public trouve bonne place : le droit des entreprises en difficulté et le droit fiscal.

Le premier, autrefois appelé le droit des faillites, a vu son caractère d'ordre public reconnu dès le Code de commerce de 1807³⁹. Aujourd'hui régi par la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, ce droit, nous l'avons dit, a vu évoluer ses finalités et son champ d'application. Alors que la législation actuelle consacre une place importante à la prévention des difficultés et tend à en faire

³⁷ G. Amlon, *JurisClasseur Commercial*, fasc. 2385.

³⁸ G. Dedeurwaerder, *Le droit des entreprises en difficulté face au droit fiscal*, *Dr. fisc.* n°18, 3 mai 2012, 284.

³⁹ C. Saint-Alary-Houin, *Les procédures collectives : le rôle de la jurisprudence dans l'évolution du droit des faillites vers la sauvegarde des entreprises*, in *Bicentenaire du Code de commerce : la transformation du droit commercial sous l'impulsion de la jurisprudence*, *Dalloz* 2007, p. 135 et s.

une arme dans la réalisation de l'objectif visant au sauvetage de l'entreprise et au maintien de l'emploi, il était jadis davantage question de traiter les difficultés pour permettre le paiement des créanciers. Le droit des entreprises en difficulté, qui réunit désormais ces objectifs parfois qualifiés d'antinomiques, use de son caractère d'ordre public constamment réaffirmé⁴⁰ pour marquer sa prédominance sur les autres branches du droit privé et a un rôle essentiel à jouer dans une société particulièrement marquée par les difficultés économiques.

16. Le second est un droit très fortement marqué par ses sources constitutionnelles, qui en font incontestablement un droit d'ordre public⁴¹.

Le droit fiscal est d'abord régi par un principe de nécessité énoncé par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et a pour fonction première le financement budgétaire.

Ensuite, la Constitution affirme le principe de légalité du droit fiscal en son article 34 qui donne compétence de principe au législateur pour intervenir en matière de fiscalité.

Enfin, le principe de l'égalité devant l'impôt consacré par l'article 13 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen a pour principale résonance l'application proportionnée de l'impôt aux facultés du contribuable.

Ce caractère d'ordre public du droit fiscal explique qu'il ne puisse être dérogé à ses lois, serait-ce par convention. Et si tout contribuable a la liberté d'organiser au mieux son patrimoine afin de payer le moins d'impôts possible, c'est au risque de voir s'appliquer la sévère limite de l'abus de droit, sanction derrière laquelle certains auteurs voient la marque de l'ordre public du droit fiscal⁴². Dans une société sclérosée par d'abysaux déficits budgétaires, la prédominance des lois d'impôt ne semble pas sans utilité.

17. L'évolution du statut du Trésor public créancier de l'entreprise en difficulté. La confrontation entre le droit des entreprises en difficulté et le droit fiscal, de par leur caractère et leurs missions respectives, paraît inévitable. Leurs relations ont pourtant connu des évolutions qui semblent mener vers un apaisement.

⁴⁰ Cass, 1^{ère} Civ., 28 sept. 2011, n°10-18.320, F-P+B+I.

⁴¹ M. Cozian et F. Deboissy, Précis de fiscalité des entreprises 41^{ème} éd. 2017-2018, n°5 s.

⁴² G. Dedeurwaerder, op. cit.

18. Un statut avantageux. Sous l'empire de la législation antérieure à la loi du 13 juillet 1967, la situation du Trésor public dans le cadre d'une procédure collective était clairement avantageuse. Plus encore, le droit des faillites était manifestement mis à mal par le droit fiscal.

En effet, outre le fait que l'administration fiscale était dispensée de toute formalité de production ou de vérification de ses créances privilégiées, elle voyait son droit de poursuite individuel sur l'actif mobilier du contribuable maintenu en dépit de l'ouverture d'une procédure. Par ailleurs, le Trésor était doté d'un privilège tel qu'aucune répartition ne pouvait avoir lieu tant qu'il n'avait pas été procédé au règlement des impôts privilégiés. Enfin, l'hypothèque légale du Trésor lui permettait d'exercer des voies d'exécution sur les immeubles du débiteur dès lors que la sûreté avait été inscrite avant le jugement ouvrant la procédure.

19. Une évolution tendant à l'affaiblissement du statut du Trésor public. Marquant les premiers signes d'une évolution depuis lors constante, la loi du 13 juillet 1967 venait sensiblement restreindre les prérogatives du Trésor lorsqu'une procédure était engagée. Alors que le Trésor public était soumis au sort commun des créanciers en étant tenu de participer aux formalités de production et de vérification des créances, il était aussi contraint d'arrêter ses poursuites individuelles visant au recouvrement de ses créances privilégiées. De plus, son privilège a été fortement déclassé, en cause l'apparition du super-privilège des créances salariales et du privilège pour les créances nées pour la continuation de l'exploitation postérieure au jugement déclaratif⁴³.

La loi du 25 juillet 1985 s'est inscrite dans le prolongement de l'évolution visant à restreindre les prérogatives du Trésor public en maintenant les solutions posées par la législation précédente et en créant de nouvelles brèches dans son statut de créancier privilégié de l'entreprise en difficulté.

Il a tout d'abord été mis fin à la possibilité offerte à ces derniers d'appréhender les sommes provenant des ventes et des recouvrements opérés par l'administrateur ou le liquidateur versées à la Caisse des dépôts et consignations avant leur répartition.

Mesure révélatrice confirmant l'analyse du Professeur Jean-Luc Vallens qui relève que le sens de l'histoire vise à placer les créanciers au cœur du dispositif de redressement des entreprises en difficulté⁴⁴, les comptables publics se sont vus autorisés à accorder des remises, cessions de rang, ou abandons de sûretés. Ce dispositif a été amplifié par la loi du 10 juin 1994 qui a créé des cas de

⁴³ G. Amlon op. cit.

⁴⁴ J.-L. Vallens, Le droit des faillites de 1807 à aujourd'hui, in Bicentenaire du Code de commerce, Dalloz 2007, p. 669.

remises obligatoires concernant les frais de poursuite et les pénalités fiscales, réserve faite de celles encourues en raison de certains comportements du contribuable⁴⁵.

Cette possibilité d'accorder des remises et donc de participer de manière significative au redressement de l'entreprise a été renforcée par la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises. Cette loi est en effet notamment basée sur l'idée d'associer plus étroitement les créanciers publics au redressement des entreprises en difficultés⁴⁶.

En effet, le champ d'application de cette mesure a été considérablement étendu puisqu'il est désormais possible pour les comptables publics de consentir des remises en procédure de conciliation, de sauvegarde ou en redressement judiciaire. De plus, les remises visant les impôts directs peuvent être totales.

Concernant les aides accordées par les créanciers privés, la loi de sauvegarde leur a permis de déduire sans condition les aides à caractère commercial consenties à des entreprises en difficulté.

Par ailleurs, chemin faisant, des mesures jusqu'alors limitées aux cas des procédures collectives ont été étendues aux entreprises qui font l'objet d'une procédure de conciliation. Aussi, alors que le contexte budgétaire incitait le législateur à rendre le système fiscal français plus contraignant, certaines mesures de faveur ont-elles été maintenues pour les entreprises en difficulté.

20. Le maintien d'un statut privilégié. Au terme de cette évolution, l'idée selon laquelle le Trésor public concède des marges de manœuvre au droit des entreprises en difficulté semble s'imposer. Le législateur a, pour le moins, souhaité associer l'Etat au redressement des entreprises en difficulté. Il ne faut pourtant pas voir œuvre de charité dans l'apparente générosité de l'administration fiscale qui mise sur des rentrées fiscales revitalisées par des entreprises ayant repris les voies de la santé économique.

Adoptant une attitude de créancier commun dans certaines situations, le Trésor public n'entend pas devenir un créancier comme les autres en général et il serait erroné de croire à une uniformisation du sort des créanciers d'un débiteur en difficulté.

L'administration fiscale conserve en réalité de nombreuses prérogatives et mesures de faveur visant au recouvrement de l'impôt dû par l'entreprise en difficulté et la situation de cette dernière face à la loi fiscale n'est pas toujours clémente.

⁴⁵ Ancien article 1740 octies du Code général des impôts devenu l'article 1756.

⁴⁶ P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives, 9^{ème} ed. 2017/2018, p. 33.

Cette évolution marquée par une érosion des prérogatives du Trésor Public, contrebalancée par le maintien d'un statut privilégié, est symptomatique d'une recherche d'équilibre.

21. Un ensemble hétérogène de règles. Pourtant, l'analyse de la situation du Trésor public en tant que créancier de l'entreprise en difficulté ne suffit pas à mettre en lumière la situation de cette dernière face aux lois d'impôt. En effet, limiter l'étude d'un régime fiscal à un simple rapport entre un débiteur et un créancier est lacunaire. Cette relation n'est qu'une composante et ne doit pas faire oublier les particularités du régime fiscal des entreprises en difficulté. Ce dernier est un ensemble hétérogène qui recouvre des réalités très différentes alliant spécificité marquée de certaines règles et simple adaptation d'autres mesures, volonté d'encourager le redressement de l'entreprise et nécessité de contenir l'explosion des déficits budgétaires.

22. L'enjeu lié aux déficits fiscaux de l'entreprise en difficulté. En effet, un des axes majeurs de la réflexion autour du traitement fiscal des entreprises en difficulté concerne le sort des déficits fiscaux que celles-ci peuvent détenir. En effet, ces déficits peuvent constituer une véritable « richesse paradoxale » de l'entreprise, pour reprendre l'expression du professeur Pétel⁴⁷, dans la mesure où ils constituent une économie d'impôt future. Dès lors, il s'agit d'un élément à prendre en compte dans le cadre de la gestion de l'entreprise mais aussi lorsqu'il est question d'un rapprochement avec celle-ci. Le partenaire souhaitant acquérir une entreprise en difficulté devra s'interroger sur sa capacité à utiliser les déficits fiscaux. Les modalités de cette utilisation seront sans conteste un argument de poids lorsque le débat entre reprise interne ou externe de l'entreprise fera jour⁴⁸, la première présentant, entre autres avantages fiscaux⁴⁹, celui de ne pas entraîner de changement d'exploitant⁵⁰.

Aussi, les déficits fiscaux devront-ils faire l'objet d'une valorisation ce qui dans le cas d'une entreprise déficitaire fiscalement de façon exceptionnelle ne semble pas d'une complexité particulière. En revanche, dans le cas où l'activité est structurellement déficitaire l'évaluation de l'économie future

⁴⁷ M. Cabrillac et Ph. Pétel, Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises, La Semaine Juridique 2010, n°14, doct. 401, point 7.

⁴⁸ A. Gaudemet, M.-H. Monsérié-Bon, Reprise interne d'une société en difficulté, Rev. proc. coll., 2015, dossier 56.

⁴⁹ G. Dedeurwaerder, Les habits neufs du régime fiscal de la reprise d'une entreprise en difficulté, Rev. proc. coll., 2015, dossier 58.

⁵⁰ CE, 7e et 9e ss-sect., 18 nov. 1985, n° 43321, Sté Éts Beauvallet : JurisData n° 1985-605999 ; Dr. fisc. 1986, n° 10, comm. 447, concl. O. Fouquet.

est beaucoup plus incertaine⁵¹. Cette question renvoie plus largement à celle de la prise en compte des déficits dans le cadre de la comptabilisation des impôts différés. Ceux-ci sont le résultat des différences temporelles qui peuvent exister entre le résultat comptable et le résultat fiscal et qui font ainsi naître une économie future d'impôt. Ces impôts différés doivent être enregistrés dans le cadre de l'établissement de comptes consolidés⁵², et même dans certains cas, dans le cadre de l'établissement des comptes sociaux. Un exemple courant de différences temporelles générant un impôt différé actif est celui de la constitution de provisions non-déductibles fiscalement. L'économie d'impôt future qui sera constatée au moment de leur reprise constitue un impôt différé actif. Dans le cas des déficits, il est perceptible qu'une économie d'impôt future sera théoriquement réalisée. Pour autant, cette économie d'impôt ne sera effective que si l'entreprise est un jour en mesure d'imputer ce déficit sur un bénéfice fiscal. Leur valorisation devra donc faire l'objet de sérieuses négociations.

Les déficits fiscaux vont par ailleurs constituer un des leviers essentiels à la disposition du débiteur en difficulté dans le cadre de la gestion de son redressement. Leur importance pour ces acteurs rencontrant des épreuves économiques est notamment révélée par l'adaptation du régime de réclamation des créances d'impôts ainsi générées à leur profit.

23. La gestion de l'entreprise en difficulté. C'est aussi notamment au travers de l'utilisation des règles relatives aux déficits que l'on peut percevoir une des facettes du rôle du dirigeant dans le cadre de la gestion de l'entreprise en difficulté. La gestion d'une entreprise en manque de performance est un des sujets les plus complexes du management dans la mesure où il revient à théoriser la gestion de la défaillance qui, de prime abord, ne constitue pas par essence un événement modélisable, repérable et nécessairement compréhensible⁵³.

24. La gestion fiscale de l'entreprise en difficulté. La gestion fiscale de l'entreprise en difficulté, elle, qui fait l'objet de la présente étude, abordée du point de vue du dirigeant ou de l'entrepreneur, invite à s'interroger sur les différentes cartes qui sont mises entre ses mains pour participer au redressement de son activité.

⁵¹ Les entreprises structurellement en pertes n'ont pas vocation à constater un impôt différé actif : M. Buchet, Les impôts différés sont-ils du domaine du fiscaliste ?, Dr. Fisc., septembre 2005, n° 39.

⁵² Règlement CRC n° 99-02 du 29 avril 1999.

⁵³ D. Cohen, Comment sauver l'entreprise, 2015, p. 2.

Du point de vue du partenaire de l'entreprise en difficulté, la gestion de cette dernière recouvre un spectre large qui suppose de clarifier les stratégies pouvant être mises en place dans le cadre des relations avec l'entreprise en difficulté, que celles-ci consistent en de simples flux financiers ou en une perspective de rapprochement.

25. En filigrane, l'indispensable et déterminant rôle de l'Etat. L'opportunité de ce rôle ne peut plus aujourd'hui être mise en question. Il est primordial : le budget de l'Etat étant en grande partie abondé par les impôts payés par les entreprises, il convient de soutenir une entreprise en difficulté aujourd'hui qui, potentiellement, payera de l'impôt demain.

26. Cependant, il convient de s'interroger sur les modalités d'intervention de la puissance publique et de déterminer dans quelle mesure une politique fiscale peut constituer un soutien aux entreprises en difficulté. Ce soutien ne saurait être systématique et aveugle : « *l'Etat ne peut pas se payer le luxe d'être l'actionnaire permanent des entreprises en difficulté et de faire payer par les français des déficits sans cesse croissants* »⁵⁴. Une dispersion de l'effort remettrait en effet en cause l'efficacité de l'intervention de l'Etat qui doit être ciblée sur les entreprises pouvant être sauvées. Par ailleurs, la mise sous perfusion systématique des entreprises en difficulté pourrait être vécue, à juste titre, comme une atteinte aux principes élémentaires du jeu de la concurrence⁵⁵ et ne servirait pas les intérêts de l'Etat dans son statut de créancier. Dès lors, les efforts que l'Etat consacre et concède aux entreprises en difficulté doivent s'inscrire dans une recherche d'équilibre et de mesure.

Aussi et surtout, il ne s'agit pas là du seul moyen par lequel l'Etat doit intervenir. En effet, les entreprises en difficulté n'évoluent pas dans un espace économique clos. Elles sont en relation permanente avec d'autres acteurs, qu'il s'agisse notamment d'autres entreprises, de leurs créateurs et actionnaires ou encore des fournisseurs de crédit. Dès lors, l'Etat doit accompagner ces partenaires qui contribuent de façon essentielle au maintien et à la survie de l'entreprise en difficulté.

27. **Plan.** C'est ainsi sous ces deux angles que notre étude propose de présenter quel rôle la fiscalité peut jouer dans les différents événements de la vie de l'entreprise en difficulté et qui peuvent conduire à son redressement. A ce titre, l'analyse des relations qu'entretiennent le débiteur en difficulté et le l'Etat créancier est éclairante. La fiscalité de droit commun s'applique dans de

⁵⁴ G. Pompidou, conférence de presse, 20 septembre 1973, www.ina.fr.

⁵⁵ I. Bourgeois, Politique économique : soutien ou intervention ?, Regard sur l'économie allemande, Bulletin économique du CIRAC, mars 2009, p. 39.

nombreuses situations rencontrées par le débiteur en difficulté qui, si sa situation particulière peut entraîner des conséquences originales, ne bénéficie pas d'un régime particulier. En revanche, l'Etat créancier dispose lui de prérogatives spécifiques pour accomplir sa mission première : recouvrer l'impôt. Si une prise en compte des difficultés du débiteur est parfois organisée, il peut être constaté que le débiteur est bien peu considéré dans notre système fiscal (Partie I).

Toutefois, outre cette situation dans laquelle le débiteur est relativement statique face à ses difficultés et aux règles fiscales qui s'appliquent, une possibilité de réaction est offerte. Le débiteur peut en effet, de façon dynamique, pallier les difficultés qu'il rencontre en utilisant tous les dispositifs qui sont mis à sa disposition pour lui permettre de reprendre son souffle. Il sera aussi amené à restructurer les moyens d'exercice de son activité en prenant en compte les enjeux fiscaux associés. Enfin, ses partenaires ont manifestement un rôle à jouer, rôle qui doit être encadré et encouragé (Partie II).

PARTIE I : LE DEBITEUR VICTIME DE
SES DIFFICULTES.

29. L'entreprise en difficulté bénéficie des règles prévues par le livre VI du Code de commerce qui sont spécialement pensées pour sa situation. Le débiteur actionnera, en fonction de son état économique, un ou plusieurs des mécanismes mis à sa disposition et visant à son redressement. D'un point de vue fiscal, l'enjeu pour le débiteur en difficulté va se concentrer autour de la créance fiscale due au Trésor public. En effet, les difficultés aux sens du Code de commerce ne riment pas toujours avec déficits fiscaux et donc absence d'imposition. Le débiteur en tant que contribuable sera soumis au droit fiscal et devra payer l'impôt. Dès lors, son attention devra se porter sur le montant de sa dette fiscale, montant qui pourra varier selon sa situation (Chapitre 1).

Toute dette suppose l'existence d'un créancier et le débiteur en difficulté devra concilier avec un créancier public qui aura à cœur de préserver ses propres intérêts. Si ce dernier pourra être amené à tenir compte des difficultés du débiteur sur sa faculté à payer sa dette fiscale, le Trésor public aura surtout pour objectif le recouvrement de sa créance. Dans le cadre des procédures collectives et dans la bataille à laquelle s'adonnent les créanciers pour recouvrer leurs créances, le Trésor public peut être qualifié de créancier privilégié, qualification qui doit cependant être nuancée (Chapitre II)

Chapitre I : Les difficultés du débiteur et le montant de la dette fiscale.

30. Le droit des entreprises en difficulté est un droit imposant, lourd de conséquences. L'ouverture d'une des procédures prévues par le livre VI du Code de commerce et les difficultés que rencontre le débiteur peuvent avoir une influence significative sur la naissance de la dette fiscale (Section I). Par ailleurs, une fois que l'existence de cette dette est établie, des mécanismes existent pour tenir compte de la situation du débiteur et pour en faire baisser, dans une certaine limite, le montant (Section II).

Section I : Les difficultés du débiteur et la naissance de la dette fiscale.

31. Le débiteur en difficulté peut être amené ou contraint à prendre des décisions qui auront des conséquences sur le fait générateur de l'impôt, soit qu'elles l'anéantissent, soit qu'elles le génèrent (I). Une fois les questions liées à l'existence ou non d'une dette fiscale issue d'un événement « exceptionnel » tel que résultant d'une situation particulière du débiteur, ce dernier sera soumis à

des obligations déclaratives visant à communiquer à l'administration fiscale les éléments nécessaires à son imposition (II).

I) L'incidence des difficultés du débiteur sur le fait générateur de l'impôt.

32. Les difficultés de l'entreprise, qu'elles se traduisent par un défaut de paiement ou une cessation d'activité ou par la mise en place d'une procédure collective entraînant l'ouverture d'une période suspecte, auront des conséquences sur le fait générateur de l'impôt dû par le contribuable (A). Par ailleurs, la situation qui aboutirait à la cession de l'entreprise mérite, du point de vue du fait générateur de l'impôt, d'être analysée (B).

A) *La situation du débiteur et son imposition.*

33. Les difficultés financières du débiteur vont avoir une influence sur sa situation puisqu'il peut se trouver dans l'impossibilité de payer ses dettes ou dans l'obligation de cesser son activité (1). Par ailleurs, certains des actes qu'il a réalisés pourront tomber sous le coup des nullités de la période suspecte (2).

1) Le défaut de paiement et la cessation d'activité et leurs conséquences fiscales.

34. Les difficultés que connaît le débiteur vont être susceptibles de l'empêcher d'honorer ses dettes (a) ou de l'obliger à cesser son activité (b). Ces deux événements auront un impact fiscal notamment concernant la taxe sur la valeur ajoutée (TVA).

a) Le défaut de paiement.

35. **Les conséquences du défaut de paiement.** Il est clairement compréhensible que le défaut de paiement, en ce qu'il constitue une absence d'action, une abstention, ne soit pas source d'imposition.

36. Cependant, en matière de TVA, en raison des règles régissant les conditions de déduction de la taxe, le non-paiement d'une facture peut avoir des conséquences qui vont se traduire par la naissance d'une dette au profit du trésor.

La TVA frappe les produits réalisés à chaque étape du cycle de production et de distribution⁵⁶. Tous les intervenants de ce circuit économique paient de la TVA à leur fournisseur et en facturent à leur client et ne reversent que la différence au Trésor. Le client final, ne récupérant pas de TVA, supporte de manière définitive la taxe ayant grevé l'intégralité du cycle économique d'un produit. Le mécanisme central de la TVA consiste, pour l'assujetti, en un droit à déduction de la TVA qui lui a été facturée. Il permet, en effet, notamment, d'atteindre l'objectif de neutralité fiscale et économique recherché par le système de la TVA.

Plus précisément, c'est le redevable qui pourra déduire la TVA qu'il a payée s'il remplit les conditions prévues par la loi. Notamment, la dépense de TVA ne sera déductible que si elle a été engagée dans le cadre d'une opération soumise à la TVA – cette condition encadrant le principe de neutralité de la taxe est fréquemment rappelée par la jurisprudence⁵⁷. Il faudra donc, pour chaque opération réalisée, que le contribuable se demande comment sa dépense est affectée : c'est la règle de l'affectation.

En ce qui concerne les règles de forme, l'entreprise qui souhaite déduire la TVA qu'elle a payée devra fournir la facture justifiant la dépense.

37. L'importance de l'exigibilité. Ici, la notion d'exigibilité de la TVA va avoir une importance cruciale. En effet, l'article 271, I, 2 du CGI, reprenant en substance l'article 167 de la directive n°2006/112/CE, dispose que « *Le droit à déduction prend naissance lorsque la taxe déductible devient exigible chez le redevable* ».

Il faut distinguer l'exigibilité du fait générateur, qui, bien qu'ils puissent se produire simultanément, ne recouvrent pas la même réalité juridique.

En effet, le fait générateur de l'impôt peut être défini comme le fait par lequel sont réalisées les conditions légales nécessaires à l'imposition. C'est l'opération qui est à l'origine de l'impôt.

L'exigibilité de l'impôt correspond à la date à laquelle le trésor devient créancier de l'impôt et se trouve donc en droit de le réclamer au contribuable. Lorsque la TVA est exigible chez le fournisseur, elle est déductible chez le client.

⁵⁶ D. Brunel, « La TVA, invention française, révolution mondiale, l'aventure de Maurice Lauré », Ed. Eyrolles 2012.

⁵⁷ CJCE, 21 sept. 1988, aff. C-50/87, Commission c/ France, pt 15 : Rec - CJCE 1988, p. 4797 ; Dr. fisc. 1988, n° 50, comm. 2305, concl. G. Slynne ; RJF 1988, n° 1255 - CJCE, 1re ch., 27 sept. 2001, aff. C-16/00, Cibo Participations SA : Dr. fisc. 2001, n° 47, comm. 1083 ; RJF 12/2001, n° 1611 - CJCE, 5e ch., 27 nov. 2003, aff. C-497/01, Zita Modes, pt 38 : Dr. fisc. 2004, n° 18-19, comm. 466 ; RJF 2/2004, n° 211 - CJUE, 2e ch., 6 févr. 2014, aff. C-424/12, SC Fatorie SRL, pt 31 : Europe 2014, n° 4, comm. 172, M. Meister.

Ainsi, si la TVA est exigible avant que le client n'ait payé la facture, il pourra déduire la taxe qu'il n'a pas encore supportée ce qui représente un avantage considérable pour lui.

Le contribuable devra d'une part s'assurer du caractère exigible de la TVA avant de vérifier la date d'exigibilité.

38. Non-déductibilité de la TVA non-exigible. La TVA doit tout d'abord correspondre à des biens ou des prestations de services qui ont été fournis. Dès lors, pourra être remise en cause la déduction de la TVA afférente à des honoraires venant rémunérer une prestation qui n'a pas été effectivement réalisée⁵⁸. Ainsi, il conviendra de s'assurer de la réalisation effective d'une contrepartie justifiant la rémunération soumise à TVA⁵⁹.

39. Moment de l'exigibilité. Le moment de l'exigibilité de la taxe revêt donc une importance capitale.

Pour déterminer ce moment, il faut distinguer selon que l'on est en présence d'une livraison de biens ou d'une prestation de services. Un travail préliminaire consiste donc à qualifier de manière exacte les opérations⁶⁰.

Dans le premier cas, il convient de se référer au moment du transfert du pouvoir de disposer comme un propriétaire du bien acquis⁶¹. Un simple engagement de transférer la propriété ne saurait suffire à caractériser le transfert du pouvoir de disposer mais la mise à disposition effective du bien est de nature à matérialiser ce transfert⁶². La taxe est exigible au moment de la livraison du bien, ce qui, en pratique correspond à la date de facturation, la facture étant adressée avec le bien. Le moment du paiement ici n'aura donc pas d'importance.

Dans le second cas, pour les prestations de service, la TVA est exigible au moment de l'encaissement du prix ou des acomptes. En revanche, un prestataire de service peut aligner son régime sur celui de la livraison de biens en optant pour les débits. Le moment d'exigibilité de la TVA devient alors celui

⁵⁸ CE, 9e et 10e ss-sect., 15 nov. 2006, n° 288533, SA Dosim : RJF 2007, n° 192

⁵⁹ CE, 9e et 10e ss-sect., 27 janv. 2011, n° 309716, Sté Impact : RJF 2011, n° 470

⁶⁰ CJCE, 27 oct. 2005, aff. C-41/04, Levob Verzekeringen et OV Bank : Dr. fisc. 2006, n° 23, comm. 434 ; RJF 2006, n° 112 ; Y. Sérandour, L'Année fiscale 2006, p. 230 ; Le logiciel, bien ou service au regard de la TVA ? : Lexbase hebdo n° 192, 1er déc. 2005, Éd. fiscale, Lexbase n° N1371AKY

⁶¹ CJCE, 6 févr. 2003, aff. C-185/01, Auto Lease Holland BV : Dr. fisc. 2003, n° 22-23, comm. 421 ; RJF 4/2003, n° 524

⁶² CJCE, 8 févr. 1990, aff. C-320/88, Shipping and Forwarding Enterprise Safe, § 12 : RJF 1990, n° 504.

de la facturation de la prestation de service⁶³. Le client du prestataire y verra ici un avantage puisqu'il pourra déduire la TVA plus rapidement que si l'entreprise n'avait pas opté.

Quoi qu'il en soit, lorsque l'exigibilité intervient avant le paiement du prix par le client, et dans la mesure où ce dernier se fera rembourser une TVA qu'il n'a pas supportée, se posera le problème de savoir comment réagir lorsque le paiement n'intervient finalement pas.

Ici, une entreprise connaît des difficultés telles qu'elle ne peut payer les factures pour lesquelles elle a déduit de la TVA.

40. Créance irrécouvrable et facture rectificative. Lorsque le vendeur a la certitude que sa créance peut être qualifiée d'irrécouvrable, il doit faire parvenir à son client une facture rectificative par laquelle il signale que la taxe originellement facturée ne pourra être sujette à aucune déduction. Ce dernier devra alors reverser au trésor la TVA indûment déduite. Cela permettra au fournisseur de récupérer la TVA qu'il n'avait pas perçue de la part du client et qu'il n'avait donc pas à supporter vis-à-vis du trésor.

41. La date du défaut de paiement. Le défaut de paiement pouvant avoir des conséquences, il conviendra donc d'en déterminer la date.

Se pose la question de savoir à quel moment intervient le défaut de paiement c'est-à-dire de savoir ce qui permet de qualifier la créance de définitivement irrécouvrable.

42. Liquidation judiciaire. Lorsque l'entreprise est en liquidation judiciaire, la solution est simple : l'article 272 du CGI prévoit que *"l'imputation ou le remboursement de la taxe peuvent être effectués dès la date de la décision de justice qui prononce la liquidation judiciaire"*.

Dès le prononcé du jugement ouvrant la liquidation judiciaire, le créancier de la taxe pourra obtenir son remboursement à condition d'avoir procédé à l'émission d'une facture rectificative⁶⁴. L'entreprise cliente en difficulté, devra par ailleurs reverser la taxe déduite à tort, obligation déclenchée par l'émission de la facture rectificative. Notons que la lettre du texte offre une faculté à l'entreprise créancière de tirer les conséquences de la liquidation judiciaire en qualifiant la créance de définitivement irrécouvrable dès le jugement prononçant la liquidation. Dès lors, l'entreprise

⁶³ Y. Sérandour, JurisClasseur fiscal chiffre d'affaires, fasc 2025-21, n° 24

⁶⁴ CE, 28 mars 2012, no 320470, Sté Saint-Germain Automobile : G. Dedeurwaerder, BJE 2012, n°4, p. 238 - CE 9e et 10e ss-sect. réunies, 28 juill. 2011, n° 318872, Sté Myrys

créancière peut considérer que la créance est devenue effectivement irrécouvrable avant cette date - notamment dans le cas où la créance n'a pas été déclarée dans les délais requis⁶⁵ - ou après cette date. Dans cette seconde situation, si la liquidation judiciaire de l'entreprise débitrice est intervenue, l'application de l'article 1844-8 alinéa 3 du Code civil amènera à la disparition de sa personnalité morale. Il convient alors de s'interroger sur l'opportunité d'émettre, dans cette situation particulière une facture rectificative. En l'absence de décision traitant ce point spécifique, la prudence invite à encourager de procéder à une telle émission.

43. Sauvegarde et redressement judiciaire. En revanche, concernant les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire la solution à retenir ne peut être la même en raison des objectifs des différentes procédures.

En effet, une entreprise placée en procédure de sauvegarde n'est pas en cessation des paiements, il serait donc injustifié de considérer que les créances que les tiers détiennent à son encontre sont irrécouvrables.

Par ailleurs, la procédure de redressement judiciaire vise à permettre le sauvetage de l'entreprise en vue de poursuivre l'activité ce qui n'est pas le cas de la liquidation judiciaire.

Le jugement d'ouverture d'une procédure de redressement ou de sauvegarde ne justifiera donc pas que la créance soit déclarée irrécouvrable⁶⁶, une provision pour créance douteuse pourra cependant être passée par le partenaire de l'entreprise en difficulté.

44. Pour que la créance soit qualifiée de définitivement irrécouvrable, il faudra que le créancier ait épuisé toutes les voies de recours pour recouvrer sa créance qu'il comptabilisera alors en perte. En effet, pour qu'une créance puisse être comptabilisée en perte, il faut que cette perte soit non seulement certaine mais aussi définitive. Le contribuable devra donc apporter la preuve de la réalité des démarches effectuées en vue de recouvrer la créance, le non-aboutissement de ces dernières et l'insolvabilité du débiteur.⁶⁷

⁶⁵ CE, 1er juin 2005, 8e et 3e ss-sect. réunies, n° 260401, Sté des Brasseries Kronenbourg : Dr. Fisc. 2006, n° 8, comm. n° 194 ; RJF 8-9/05, n° 848

⁶⁶ CE, 8eme et 9ème sous-sect., 27 mars 1991, n° 57.777, comm. gouv. M. Chahid Nouri, Dr. Fisc. 1992, C. 714, p. 626.

⁶⁷ CE, 12 mars 1980, n° 7.475 et 7.476 : R.J.F. 1980, n. 402. ; CE, 25 janvier 1984, n° 36.755 : Dr. Fisc. 1984, n° 21-22, comm. 1019 ; RJF 3/84, n° 285.

Dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement, si un plan de continuation est arrêté, les créances abandonnées à son occasion pourront être considérées comme définitivement irrécouvrables à la date du jugement prévoyant le plan.

Lorsque ce plan de continuation se transforme en plan de cession, c'est à l'occasion du jugement arrêtant le plan de cession que le caractère irrécouvrable de la créance pourra être qualifié de définitif.

45. Pour autant, bien que la créance ne soit définitivement irrécouvrable qu'après le jugement d'ouverture de la procédure ou concomitamment à celle-ci dans le cadre de la liquidation judiciaire, il ne faut en rien en déduire qu'il s'agit d'une créance postérieure nécessitant pour l'administration fiscale d'invoquer le privilège de l'article L.622-17 du Code de commerce.

La créance du trésor s'inscrit ici dans le cadre de l'obligation de régularisation de l'entreprise qui, elle, est antérieure au jugement d'ouverture. Ainsi donc, la créance du Trésor est une créance antérieure au jugement d'ouverture.

b) La cessation d'activité

46. Notion de cessation d'activité. La cessation d'activité s'entend comme la fin de l'activité de l'entreprise mais aussi de la cession de l'entreprise. Cette cession peut être totale ou partielle, cette dernière correspondant à une cession de différents éléments pouvant ensemble faire l'objet d'une exploitation autonome.

47. Les formalités fiscales à effectuer. Des formalités devront être effectuées dans certains délais. Tout d'abord, conformément aux articles 201 à 204 du Code général des impôts, l'administration devra être avisée de la cessation d'activité dans les quarante-cinq jours. Il faudra par ailleurs notamment informer de la cessation d'activité le centre de formalité des entreprises compétent pour la taxe sur le chiffre d'affaires et ce dans un délai de trente jours, ou soixante jours pour les entreprises soumises au régime simplifié d'imposition.

Dans ce même délai de soixante jours, il faudra procéder à la déclaration de bénéfice pour l'entreprise qui est soumise au régime du réel.

Il faut distinguer selon les situations le point de départ du délai.

48. Lorsqu'il y a cession, sa publication dans un journal d'annonce légal marquera le point de départ du délai. Si telle publication n'est pas réalisée, il faudra attendre le jour où le cessionnaire prend effectivement la direction de l'exploitation pour voir courir le délai.

49. En cas de cessation d'activité, le point de départ du délai correspond au jour de la fermeture effective de l'établissement. Si une telle hypothèse se produit dans le cadre d'une liquidation judiciaire, c'est la clôture des opérations de liquidation qui marquera le point de départ du délai.

La date de la cessation d'activité, lorsqu'il s'agit d'une société, intervient au jour de la clôture des opérations de liquidation ou celui le plus proche permettant l'établissement de l'impôt⁶⁸. En pratique cela sera le jour de l'approbation des comptes de liquidation⁶⁹.

Il en va différemment en présence d'une entreprise individuelle puisque la cessation d'activité intervient normalement au jour de l'arrêt de l'exploitation. Cependant le Conseil d'Etat a admis dans ce dernier cas que l'on puisse aligner le régime sur celui des sociétés et que le jour de la cessation d'activité coïncide avec le jour de la clôture des opérations de liquidation⁷⁰.

50. Le dernier mot au Conseil d'Etat en cas d'obligations déclaratives en liquidation judiciaire. Un contentieux qui a largement fait parler de lui est notamment relatif à la date à laquelle les comptes sociaux doivent être établis et la liasse fiscale déposée dans le cas d'une société en liquidation judiciaire. Dans cette affaire, six sociétés du groupe Aom Air Liberté font l'objet d'une procédure de redressement judiciaire puis d'un plan de cession au profit de la société SAS Holco. Cette dernière se substitue quatre entreprises créées pour la reprise parmi lesquelles la société Aom Air liberté, qui en raison de difficultés nouvelles, verra sa liquidation judiciaire sans poursuite d'activité prononcée le 17 février 2003.

Au cœur de cette affaire, la rectification de l'administration fiscale adressée à la société SAS Holco considérant que la société Aom Air liberté avait vu la durée de son exercice modifiée par le jugement d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire ce qui avait pour conséquence directe de la faire sortir du groupe d'intégration fiscale auquel elle appartenait. La SAS Holco reproche alors aux liquidateurs de ne pas avoir clôturé les comptes sociaux de l'exercice au 31 mars, ni déposé de liasse fiscale ayant entraîné pour préjudice la perte de la possibilité de compenser les déficits réalisés par la société Aom Liberté avec les résultats des autres sociétés du groupe fiscalement intégré.

⁶⁸ CE, 29 juin 1988, n° 84973 : Dr. fisc. 1990, n° 10, comm. 511.

⁶⁹ CE, ass., plén., 11 février 1987, n° 47.157., Dr. fisc. 1987 n°45, comm. 2023.

⁷⁰ CE, 20 mai 1985, n° 26.201. Dr. fisc. 1985, n° 51, comm. 2262.

La Cour de cassation considère, dans un arrêt du 26 janvier 2010⁷¹, que la société ayant été mise en liquidation judiciaire le 17 février 2003, sans prolongation d'activité, c'est à cette même date qu'elle a été dissoute et que l'exploitation a cessé. C'est aussi à cette date que les liquidateurs devaient établir les liasses fiscales et non pas dans un délai de trois mois suivant la clôture de l'exercice comme le soutenait la demanderesse, ce qui caractérise une faute de la part des liquidateurs mais ne permet pas pour autant de considérer que ces derniers sont à l'origine du préjudice subi par la société⁷². En effet, les juges considèrent en effet que ce préjudice résulte exclusivement de la cessation d'activité d'un membre de l'intégration fiscale et qui ne permettait plus de faire coïncider les exercices comptables de toutes les sociétés membres du groupe. Ils rappellent ici qu'une société ne peut appartenir au groupe que jusqu'à sa cessation. Cette date intervient au jour de la cessation d'activité de la société en liquidation judiciaire⁷³.

Cinq ans plus tard, le juge de l'impôt a pris le contrepied de la décision de la Cour de cassation. Dans une décision du 10 avril 2015, le Conseil d'Etat estime en effet que la date de la cessation d'activité ne coïncide pas avec le jour du jugement d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire mais intervient lors de l'approbation des comptes définitifs du liquidateur. Ainsi donc, la mise en liquidation judiciaire n'entraîne pas la réalisation des obligations déclaratives fiscales liées à la cessation d'activité. La date d'achèvement de l'exercice de la société Aom Air Liberté n'ayant pas été modifiée, celle-ci pouvait donc être maintenue dans le groupe d'intégration fiscale auquel elle appartenait. Notons que cette prise de position est cohérente avec l'évolution législative issue de l'ordonnance du 31 mars 2014. En effet, désormais la société ne prend plus fin lors du jugement d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire mais lors de celui ordonnant sa clôture pour insuffisance d'actif, conformément à l'article 1844-7 al. 7 du Code civil⁷⁴.

51. Cessation d'activité et impôt sur le revenu ou sur les bénéfices. En règle générale, la cessation d'activité peut avoir de nombreuses conséquences fiscales. Par exemple, l'impôt sera dû à raison du résultat intermédiaire calculé, ce qui, en termes d'effet pour le contribuable, est simplement

⁷¹ Cass., com., 26 janvier 2010, n° 08-12.186, FS-P+B, n° 08-12.186, Sté Holco c/ Pellegrini ès qual, Rev. Soc. 2011, p. 55

⁷² J. Ledan, Le liquidateur d'une société en liquidation judiciaire a-t-il pour obligation d'établir les comptes sociaux et de déposer la liasse fiscale correspondante ? Le cas échéant, à quelle date doit-il le faire ?, Dr. Fisc. 2010, n°35, comm. 444.

⁷³ A. de Bissy, C'est l'histoire d'une faute non causale des mandataires liquidateurs, BJS 2010, n°6, p. 563

⁷⁴ G. Dedeurwaerder, Obligations déclaratives en cas de mise en liquidation judiciaire : divergence entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, BJE, 1^{er} juillet 2015, n°4, p. 252

un paiement anticipé de l'impôt par rapport à une situation normale. L'établissement des plus-values sera, elle, plus problématique et lourd de conséquences.

Néanmoins, dans le cas d'une entreprise largement déficitaire, ces impositions sont à nuancer.

52. Cessation d'activité et TVA. Relativement à la TVA, la cessation d'activité va aussi avoir une influence. En théorie, un droit à déduction régulièrement exercé est définitif et une taxe qui n'a pas pu être déduite ne le sera pas par la suite ; mais il existe une exception lorsqu'un événement remet en cause l'affectation du bien. Il existe deux modes de régularisations, les régularisations annuelles et les régularisations globales.

Les premières interviennent lorsqu'un assujetti partiel à la TVA voit ses proportions d'affectation modifiées d'une année sur l'autre. Les secondes peuvent concerner toutes les entreprises, il suffit qu'une modification d'une affectation intervienne au cours d'une période de régularisation qui est de vingt ans pour les immeubles et de cinq ans pour les autres biens.

Dans le cadre des cessions ou de la cession d'activité, ce sont les régularisations globales qui nous intéressent.

53. Concernant les immobilisations qui cessent d'être affectées à une opération ouvrant droit à déduction, un reversement devra être prévu.

L'immobilisation est un bien qui va être utilisé par l'entreprise au cours de plusieurs cycles d'exploitation. Lors de l'acquisition de l'immobilisation, l'entreprise va déduire un montant de TVA qu'elle peut déduire en fonction de l'affectation de ce bien. Ce droit à déduction sera conservé tant que l'affectation sera maintenue pendant la période de régularisation. Dans le cas contraire, l'entreprise devra procéder à une régularisation globale de la TVA déduite à l'origine en reversant une somme proportionnelle à la durée restant à courir pour arriver à la fin de la période de régularisation. Cette régularisation ne s'opère qu'en une seule fois, d'où son caractère global.

Ainsi, dans le cadre d'une cessation d'activité, pour les années restant à courir, le coefficient d'assujettissement sera égal à zéro et aucune TVA ne pourra être déduite pour cette période.

54. Pour les autres biens, la cessation d'activité va avoir la conséquence suivante : il faudra reverser la totalité de la taxe qui a été déduite initialement.

55. Les difficultés rencontrées par le débiteur vont être à l'origine de différents événements tels que l'impossibilité de payer ses dettes ou le fait de devoir cesser son activité qui auront un retentissement fiscal, notamment en matière de TVA.

L'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire va entraîner l'ouverture de la période suspecte qui donne notamment la possibilité de demander la nullité de certains actes passés durant cette période. Si une telle nullité est prononcée, le droit fiscal ne pourra y être indifférent.

2) Les nullités de la période suspecte et leurs conséquences fiscales.

56. Notion de période suspecte. Selon l'article L. 631-8 du Code de commerce, la date de cessation des paiements est fixée par le tribunal après avoir entendu les observations du débiteur. La période suspecte s'étend de la cessation des paiements jusqu'au jugement d'ouverture de la procédure collective. Il s'agit seulement du redressement judiciaire et de la liquidation judiciaire puisqu'en sauvegarde le débiteur n'est pas encore en état de cessation des paiements. En revanche, elle pourrait trouver à s'appliquer dans le cadre d'une sauvegarde accélérée, qu'elle soit financière ou non⁷⁵.

Cette période peut durer jusqu'à dix-huit mois, ce qui est jugé trop long par certains notamment au regard de ce qui pratique par exemple aux Etats-Unis où la durée maximale est fixée à quatre-vingt-dix jours⁷⁶.

57. L'utilité des nullités de la période suspecte. Certaines personnes vont se voir reconnaître par la loi la possibilité d'agir en nullité d'actes qui ont été passés pendant la période suspecte. Cette action a été créée dans le but de réintégrer un bien ou un paiement dans l'actif du débiteur. En effet, la période est qualifiée de suspecte car le débiteur qui sait ou pressent qu'il va être dessaisi par l'effet du jugement d'ouverture de la procédure peut organiser la dilapidation ou, du moins le détournement au profit de certains créanciers, de tout ou partie de ses actifs.

L'action en nullité peut être exercée par l'administrateur, le mandataire judiciaire, le commissaire à l'exécution du plan ou le ministère public⁷⁷. C'est donc une action attitrée. Son fondement est la fraude ou la rupture d'égalité entre les créanciers.

⁷⁵ A. Jacquemont et R. Vabres, Droit des entreprises en difficulté 2017, p. 377, 10^{ème} édition.

⁷⁶ Code américain de la faillite, art. 553.

⁷⁷ C. com., art. L. 632-4.

58. Les interrogations issues de la réforme du droit des contrats et de l'introduction d'actions interrogatoires. Certains praticiens se sont interrogés sur la portée en matière de nullités de la période suspecte des actions interrogatoires offertes par le nouvel article 1183 du Code civil. Elles permettent à un contractant de demander à l'autre partie, dans l'hypothèse où celle-ci peut se prévaloir d'une nullité, soit de confirmer le contrat, soit d'agir en nullité dans les six mois, sous peine de forclusion⁷⁸. Cependant la règle de l'égalité des créanciers est ici en cause et comme le souligne le Professeur Pérochon, cette action est toujours exercée dans un but d'intérêt général et non pour la sauvegarde d'intérêts privés⁷⁹. En tout état de cause, le texte de loi exigeant en son alinéa premier que la cause de la nullité ait cessé, cette action est difficilement applicable au cas des nullités de la période suspecte.

59. Nullités facultatives et nullités de droit. Le code de commerce distingue les nullités facultatives et les nullités de droit.

Les premières sont prononcées selon l'appréciation et la volonté du juge tandis que les secondes, si elles sont soulevées, sont obligatoirement prononcées. Il y a nullité de droit lorsque l'acte a été passé durant la période suspecte et s'il rentre dans l'énumération qui est faite à l'article L. 632-1 du Code de commerce. Le juge aura la faculté de prononcer la nullité facultative d'un paiement d'une dette échue ou d'un acte à titre onéreux si la personne qui a traité avec le débiteur avait connaissance de la cessation des paiements.

Par ailleurs, au titre de ces nullités facultatives, les avis à tiers détenteurs peuvent être annulés, il est important pour l'administration fiscale d'en avoir connaissance. L'interdiction des paiements pendant la période suspecte ne privera pas l'administration d'utiliser l'avis à tiers détenteur pour parvenir à recouvrer les créances fiscales⁸⁰. En effet, le paiement est effectué par un tiers et non par le débiteur.

Enfin le juge pourra annuler les actes à titre gratuit faits pendant les six mois précédant la cessation des paiements.

Cette reconstitution à effet rétroactif du patrimoine du débiteur a pour inconvénient majeur de créer une forte insécurité juridique pour les cocontractants du débiteur, insécurité accentuée dans un

⁷⁸ P. Dupichot, E. Merly, M. Sénéchal, F. Kopf, « Réforme des contrats et difficultés des entreprises », BJE sept. 2016, p. 352 et s.

⁷⁹ F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, 10e éd., 2014, n° 1469.

⁸⁰ Cass. com., 16 juin 1998 : Juris-Data n° 1998-002768 ; Bull. civ. 1998, IV, n° 200, p. 166 ; Procédures 1998, comm. n° 246, obs. H. Croze ; JCP G 1998, IV, n° 2801.

contexte international où s'entremêlent des droits aux contenus très différents quant à la notion de période suspecte.

60. Le cas de la nullité conventionnelle. Il est intéressant de s'arrêter sur un des aspects de la réforme du droit des contrats de 2016 qui consacre par l'article 1178 alinéa 1 du Code civil la possibilité pour les parties de constater d'un commun la nullité de leur contrat sans passer par le juge. Un risque pouvant peser sur le bon déroulé des procédures collectives apparaît alors : celui de voir le débiteur en difficulté s'accorder avec un de ses créanciers pour annuler leur contrat et l'avantager au détriment des autres créanciers. Ce risque est néanmoins amoindri par le fait que l'acte doit présenter une véritable cause de nullité. Pour autant, les organes de la procédure devront y être attentifs et pourront remettre en cause un tel acte au titre des nullités facultatives de la période suspecte⁸¹. Certains auteurs s'interrogent par ailleurs sur l'opportunité, dans le cas où un tel acte interviendrait pendant la période d'observation, d'obtenir l'autorisation du juge-commissaire⁸².

La nullité de certains actes, si elle est prononcée, va avoir des conséquences fiscales. On pense tout d'abord aux actes à titre gratuits translatifs de propriété mobilière ou immobilière, aux contrats commutatifs manifestement déséquilibrés, et aux paiements.

En effet, la nullité entraîne l'anéantissement rétroactif de l'acte ce qui va avoir des conséquences du point de vue des droits d'enregistrement (a). De nombreuses conséquences seront aussi à noter si l'acte annulé avait pour objet la cession d'éléments d'actif (b).

a) Le possible remboursement des droits d'enregistrement

61. La formalité de l'enregistrement. Les droits d'enregistrement sont perçus par le trésor public en échange de l'accomplissement d'une formalité administrative appelée l'enregistrement. Pour certains actes, notamment ceux emportant transfert de propriété, l'enregistrement est obligatoire. Pour d'autres il est facultatif.

Les effets de l'enregistrement sont notamment des effets civils. Il permet de donner date certaine à l'acte.

⁸¹ J.-J. Ansault, Réforme du droit des contrats et procédures collectives, BJE 2017, n°2, p. 148.

⁸² P. Cagnoli, L. Fin-Langer, F. Petit et J. Vallansan, « Réforme du droit des contrats – Incidences en droit des entreprises en difficulté », Rev. proc. coll. 2016, alerte 15.

62. Les conséquences de l'anéantissement rétroactif d'un acte. Il est intéressant de s'interroger sur le fait de savoir si l'anéantissement rétroactif d'un acte entraîne la disparition du fait générateur du droit d'enregistrement. Si la réponse est négative, le contribuable ne pourra demander la restitution des droits d'enregistrement payés et étant donnée la nouvelle mutation de patrimoine, l'administration pourra même demander le paiement de nouveaux droits. En revanche si la réponse est positive, le contribuable qui a payé les droits pourra demander leur remboursement à l'administration.

63. Remboursement des droits d'enregistrement par l'administration. Le Code général des impôts, par l'alinéa 2 de l'article 1961, apporte la solution et nous indique que le fait générateur du droit d'enregistrement est anéanti en même temps que le contrat qui en est à l'origine. Ainsi donc, l'administration devra-t-elle rembourser les droits d'enregistrement dont le fait générateur a disparu. Cependant, tel remboursement n'aura pas lieu si l'administration considère que l'annulation est suspicieuse. Le Trésor public ne procédera pas au remboursement dans le cas d'une annulation amiable : il faudra donc une annulation judiciaire.

Dans le cadre d'une nullité de la période suspecte et dans la mesure où celle-ci est prononcée par un juge, le remboursement ne pourra pas être refusé au contribuable.

b) L'annulation des cessions d'éléments d'actif.

64. Le cas de l'annulation d'une cession ayant entraîné une plus-value. Le problème de l'annulation d'une cession d'éléments d'actif réside dans le cas où la cession a entraîné le paiement d'une plus-value. La question est de savoir si l'annulation de la cession va supposer la restitution du paiement de l'impôt.

65. L'application du droit commun des nullités. C'est le droit commun de la nullité qui va s'appliquer, l'article 1961 du CGI⁸³ ne visant que les droits d'enregistrement. Le caractère rétroactif de la nullité va avoir pour conséquence que les parties seront rétablies dans la situation dans laquelle

⁸³ CGI, art. 1961 al. 1 et 2 : « Les droits d'enregistrement ou la taxe de publicité foncière lorsqu'elle tient lieu de ces droits et la contribution prévue à l'article 879, ne sont pas sujets à restitution dès l'instant qu'ils ont été régulièrement perçus sur les actes ou contrats ultérieurement révoqués ou résolus par application des articles 954 à 958, 1224 à 1230, 1304 et 1304-7, 1654 et 1659 du code civil.

En cas de rescision d'un contrat pour cause de lésion, ou d'annulation d'une vente pour cause de vices cachés et, au surplus, dans tous les cas où il y a lieu à annulation, les impositions visées au premier alinéa perçues sur l'acte annulé, résolu ou rescindé ne sont restituables que si l'annulation, la résolution ou la rescision a été prononcée par un jugement ou un arrêt passé en force de chose jugée. »

elles se trouvaient antérieurement à la vente. La vente n'ayant jamais eu lieu, la plus-value n'a pu exister.

66. La possibilité d'obtenir le remboursement de l'impôt payé sur la plus-value annulée.

Le vendeur qui a vu sa cession annulée sur le fondement des nullités de la période suspecte pourra donc réclamer le remboursement de l'impôt payé à raison de cette vente. Pour cela, il devra agir avant le 31 décembre de la deuxième année suivant celle durant laquelle la vente a subi la nullité.

67. Les conséquences de l'annulation pour le cédant. Un fois ce problème résolu, un autre apparaît. En effet, la vie des entreprises est divisée en exercices de telle sorte que l'annulation interviendra souvent lors d'un exercice postérieur à celui de la vente.

En ce qui concerne l'imposition de la plus-value, elle aura lieu au titre de l'exercice qui a connu la cession génératrice de l'impôt. Cependant, se pose la difficulté de la réinscription de l'immobilisation.

La reprise de l'immobilisation va se traduire pour l'entreprise en difficulté à l'origine de la cession par une réinscription à son bilan de la valeur de l'immobilisation au jour de la cession, c'est-à-dire en intégrant les amortissements et provisions en découlant. On perçoit, en la circonstance, la concrétisation d'un anéantissement rétroactif. Ainsi, l'entreprise pourra-t-elle déduire, en une seule fois et selon le plan d'amortissement initial, les amortissements qui auraient pu être comptabilisés au titre des exercices durant lesquels elle a été dessaisie du bien.

68. Les conséquences de l'annulation chez le cessionnaire. Le cessionnaire, de son côté, va être imposé sur la totalité des amortissements qu'il a déduit et devra par ailleurs réintégrer les diverses provisions qu'il aurait pu constater, ces dernières devenant sans objet concomitamment à la nullité de la cession.

69. Les traitements comptable et fiscal de l'annulation de la plus-value. Une autre problématique pour le cédant, qui a vu sa vente annulée, amène à une distinction.

Soit il n'a pas encore été payé par le cessionnaire et il doit alors constater la disparition de sa créance sur ce dernier, soit il avait déjà été payé et il doit alors inscrire une dette à son passif égale à la valeur du bien lors de la cession, somme qu'il devra reverser à l'ancien cessionnaire.

Cette situation amène à constater l'annulation de la plus-value qui avait pu être réalisée.

Cette annulation de la plus-value doit être traitée selon le régime prévu au Code général des impôts qui assimile la disparition rétroactive du contrat à une cession de telle sorte que l'annulation du contrat va entraîner la constatation d'une plus ou moins-value venant compenser respectivement la moins ou plus-value réalisée lors de la cession annulée. Il faudra donc distinguer selon que la plus-value annulée était à long ou court terme.

Ce régime a pour but d'éviter que l'entreprise en difficulté qui avait initialement réalisée une plus-value à long terme, et donc imposable au taux réduit, ne déduise la perte de la plus-value de son résultat imposable au taux plein.

70. Des solutions à apprécier à la lumière de l'approche généralement retenue en matière de rétroactivité. Ces solutions ne peuvent être analysées sans tenir compte des solutions retenues en matière de rétroactivité fiscale dans le cadre de différentes opérations.

71. La rétroactivité et le principe de spécialité des exercices. En la matière, il convient de se référer à l'article 38 du Code général des impôts qui dispose que « *le bénéfice imposable est le bénéfice net, déterminé d'après les résultats d'ensemble des opérations de toute nature effectuées par les entreprises, y compris notamment les cessions d'éléments quelconques de l'actif, soit en cours, soit en fin d'exploitation* ». Ce bénéfice est constitué par la différence entre les valeurs de l'actif net à la clôture et à l'ouverture de la période dont les résultats doivent servir de base à l'impôt.

Il résulte de ces dispositions que le bilan de clôture de chaque exercice servant de base au résultat fiscal doit refléter les opérations effectuées et la situation de l'entreprise à cette date.

Si des contrats ayant eu pour conséquence de créer des droits ou des obligations ont été conclus au cours de l'exercice, les conséquences de ceux-ci doivent être repris dans le bilan de clôture de l'exercice concerné et produire leurs effets au titre de cet exercice. Il en va ainsi des clauses de rétroactivité, qui doivent produire leurs effets tant qu'ils n'ont pas pour effet de rectifier les résultats de l'exercice précédent. C'est notamment le principe posé par l'administration dans le cadre de traités de fusion⁸⁴.

Il résulte de ces solutions que la rétroactivité prévue dans le cadre contractuel ne peut avoir pour effet de rectifier le résultat précédent, ce qui ne sera pas le cas dans la situation d'une remise en cause rétroactive d'une cession.

72. Un mouvement jurisprudentiel visant à l'alignement des rétroactivités juridique, comptable et fiscale.

⁸⁴ BOI-IS-FUS-40-10-10, n°1.

La jurisprudence récente se prononce en faveur d'un alignement des rétroactivités juridique, comptable et fiscale, une clause de rétroactivité juridique devant ainsi produire tous ses effets en fiscalité.

Le Conseil d'État a ainsi affirmé dans un arrêt du 18 janvier 2017⁸⁵ en matière de fusions que l'agrément délivré par les autorités fiscales après la date de l'opération doit lui-même rétroagir à la date prévue par les parties.

Dans un arrêt du 12 juillet 2016⁸⁶, la Cour administrative d'appel de Bordeaux s'est par ailleurs prononcée sur la question de la dissociation des rétroactivités juridique, comptable et fiscale.

En application de cet arrêt (dont le pourvoi n'a pas été admis par le Conseil d'Etat), les dates de rétroactivité juridique et fiscale ne peuvent être dissociées, la rétroactivité fiscale étant la conséquence de la situation de droit résultant de la date de transfert de propriété prévue par les parties.

Notons que, le rapporteur public, dans le cadre de cet arrêt souligne que, dans le contexte d'une opération de fusion, si un traité d'apport prévoit de donner un effet à l'apport à une date antérieure à celle de la conclusion définitive de la convention, les parties au traité sont tenues de prendre en compte toutes les conséquences de la date d'effet ainsi stipulée. « *Cela implique que les associés n'ont pas la faculté de renoncer à une partie des effets de cette rétroactivité* » poursuit-il, faisant référence à un arrêt en date du 18 mars 1992⁸⁷.

Les solutions convergent donc vers une absence de dissociation des rétroactivités juridique, comptable et fiscale ce qui vient soutenir les solutions retenues en matière d'anéantissement rétroactif d'un acte de cession notamment quant aux conséquences à en tirer d'un point de vue fiscal. Il serait, en effet, regrettable que le droit fiscal, dans les cas où la rétroactivité ne relève pas d'une volonté d'éluder l'impôt, ne s'aligne pas sur les effets juridiques et comptables rétroactifs d'une opération ou de son annulation.

73. Nous l'avons vu, pour ce qui est des conséquences des difficultés du débiteur et des événements pouvant en découler sur le fait générateur de l'impôt, le droit commun s'applique, aucune solution spécifique n'étant organisée pour le cas des entreprises en difficulté – ce qui ici ne présenterait pas d'intérêt.

Lorsque les difficultés sont trop importantes, le débiteur peut être amené à céder son entreprise.

⁸⁵ CE, 18 janvier 2017, n° 389004, Dr. fisc. 2017, n° 20, comm. 304.

⁸⁶ CAA Bordeaux, 12 juillet 2016, n° 14BC00394.

⁸⁷ CE, 18 mars 1992, n° 62402, SA Leybold-Heraeus-Sogev (LHS), n° 1992-600212, Dr. Fisc. 1993, n° 10, comm. 488 ; RJF 5/92, n° 634, concl. O. Fouquet, p. 376 à 382.

B) La cession de l'entreprise et son imposition.

74. Différentes possibilités s'offrent au tribunal de la procédure collective. Il peut notamment décider de la cession de l'entreprise (1), décision qui aura des conséquences fiscales (2).

1) La décision de cession de l'entreprise.

75. **L'utilité de la période d'observation.** La période d'observation débute dès le jugement d'ouverture de la procédure collective. Elle a pour but de donner un répit au débiteur notamment grâce à la règle de l'arrêt des poursuites. Elle dure au plus dix-huit mois, comme le prévoit l'article L. 621-3 du Code de commerce. Durant la période d'observation, la continuation de l'entreprise se fait de façon classique. A l'issue de cette période, le tribunal peut décider de la continuation de l'entreprise, ce qui n'aura aucune incidence fiscale remarquable puisque le droit commun continuera à s'appliquer. L'entreprise, par la même, sera donc soumise à ses obligations fiscales classiques, notamment de déclaration de ses bénéfices.

76. **La décision de cession de l'entreprise selon les procédures collectives.** La cession d'entreprise n'est pas envisagée au cours de la procédure de sauvegarde. Les textes parlent en effet de réorganisation de l'entreprise mais ne visent pas la cession.

Le premier texte qui aborde cette question est l'article L. 626-1 du Code de commerce qui est relatif au plan de sauvegarde, notamment dans son alinéa 2 qui prévoit : « Le plan de sauvegarde comporte, s'il y a lieu, l'arrêt, l'adjonction ou la cession d'une ou de plusieurs activités ». Il n'est pas question de la cession d'entreprise à proprement parler mais de la cession du fonds de commerce principal et des établissements secondaires. Cette cession partielle peut intervenir dans un contexte de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation. Les cessions partielles, depuis la loi du 10 juin 1994⁸⁸, sont soumises aux règles de la cession d'entreprise. Ces cessions peuvent s'inscrire en véritable cohérence dans un plan de restructuration et en tant que composante du plan de sauvegarde ou de redressement prévoyant la fin d'activités destructrices de valeur et le développement d'activités plus rentables. L'entreprise, elle, n'est pas à vendre.

A l'opposé, dès le passage en redressement ou en liquidation judiciaire, la cession totale de l'entreprise est envisagée.

⁸⁸ L. n° 94-475, art. 69, 82 à 90 et 93.

Notons que la distinction entre la cession partielle et la cession totale peut s'avérer complexe⁸⁹. Pour que la cession soit partielle, l'opération doit laisser derrière elle des activités susceptibles d'exploitation autonome. Dès lors, si les éléments qui ne sont pas cédés ne permettent pas la poursuite de l'activité, la cession sera totale⁹⁰.

77. La préparation de la cession en conciliation – la technique du « *prepack cession* ».

Cette cession peut aussi être préparée dès la procédure de conciliation, c'est en tout cas l'objet du nouvel alinéa 1^{er} in fine de l'article L. 611-7 du Code de commerce, issu de l'ordonnance du 12 mars 2014, qui prévoit que le conciliateur peut être chargé, à la demande du débiteur et après avis des créanciers participant, d'organiser la cession partielle ou totale de l'entreprise qui pourra intervenir lors d'une procédure collective ultérieure.

Cette technique, couramment appelée « *prepack cession* », inspirée du droit anglo-saxon, était fortement réclamée par les praticiens. Il s'agit d'encourager la préparation de la cession dès la phase de prévention puis d'engager la cession dès l'ouverture d'une procédure de traitement. Il est ainsi permis de bénéficier des avantages d'une procédure de conciliation, notamment la souplesse et la confidentialité. Cette dernière est à nuancer dans la mesure où il sera nécessaire de rechercher des repreneurs qui seront mis en concurrence afin d'aboutir à une meilleure valorisation de l'entreprise, et du point de vue de l'ensemble des démarches qui seront nécessaires pour sécuriser l'opération de cession⁹¹.

L'enjeu est aussi de mettre en œuvre de manière rapide la cession en procédure collective, anesthésiant ainsi l'impact négatif de la longueur habituelle des plans de cession. Par ailleurs, le chef d'entreprise est associé à la préparation de la cession qu'il a lui-même demandée, position opposée à celle subie en procédure collective.

Les conditions auxquelles l'offre est soumise restent régies par l'article L. 642-5 du Code de commerce qui prévoit qu'elle ne pourra être adoptée que si elle répond aux exigences de maintien de l'activité, de l'emploi et de l'apurement du passif⁹².

⁸⁹ J.J. Fraimout, JurisClasseur Commercial 2013, Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, plan de cession, conception et adoption, n°10.

⁹⁰ Cass. com., 11 juin 1996, n° 94-15.295 : JurisData n° 1996-002336 ; Bull. civ. 1996, IV, n° 170 ; JCP G 1996, IV, 1785 ; Rev. proc. coll. 1996, p. 457, obs. B. Soinne. – F. Derrida, Redressement et liquidation judiciaires, Cession totale et cession partielle d'entreprise : LPA 1996, n° 154, p. 4

⁹¹ M.-H. Monsérié-Bon, B. Amizet, G. Azam et Ch. Caviglioli, Le *prepack cession* de FRAM : expériences et enseignements, BJE 2016, n°2, p. 69.

⁹² S. Sabathier et Ch. Cavigliolo, La cession dans les différentes procédures : *prepack*, redressement et liquidation judiciaires, Rev. Proc. Coll., n°6, novembre 2015, dossier 55.

78. La décision de cession de l'entreprise en redressement judiciaire. Dans le redressement judiciaire, la cession de l'entreprise ne sera prononcée qu'en cas d'impossibilité de finaliser un plan de redressement. A l'inverse, la liquidation ne peut donner lieu à un plan mais ne peut aboutir qu'à une cession qu'elle soit globale ou isolée.

Le repreneur, qui peut être une personne physique ou une personne morale, va faire une offre qui sera analysée par le tribunal notamment selon trois critères fondamentaux : la continuation de l'activité, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

79. Le recours à la location-gérance comme préalable à la cession. Le tribunal peut décider de faire précéder la cession d'une période de location-gérance. Il peut autoriser la conclusion d'un contrat de location gérance à condition que le locataire gérant ait présenté une offre d'acquisition permettant le paiement des créanciers et le maintien de l'emploi de manière durable⁹³. C'est une phase qui n'aura pas de conséquences fiscales remarquables.

Cette location-gérance sera souvent un préalable à la cession. En effet, il est prévu par le Code de commerce, à l'article L. 642-13, qu'un plan de cession peut organiser une période de location gérance au profit du futur cessionnaire. Dans ce cas, la vente est d'ores et déjà organisée et semble acquise, l'article L. 642-15 prévoyant que la cession doit intervenir dans les deux ans du jugement arrêtant le plan. Il y a en effet accord sur la chose et sur le prix. Il s'agit de savoir à quel moment la vente a lieu et à quel moment intervient le fait générateur de l'impôt, notamment des droits de mutation.

Dans ce contexte, les analyses s'affrontent. Tout d'abord, la position du Ministre de la Justice, dans le cadre des travaux préparatoire à la loi de 1985⁹⁴, consistait à considérer que l'exigibilité immédiate des droits de mutation pouvait être retenue dans la mesure où la location-gérance constitue un terme pour la réalisation de la vente. Certains considèrent que l'on est en présence d'une vente avec transfert de propriété différé⁹⁵. D'autres, comme le professeur Serlooten, semblent considérer que l'on ne peut pas admettre la réalisation de la vente dès le plan prévoyant une location gérance préalable : « *comment le repreneur pourrait-il prendre en location un fonds de commerce dont il serait propriétaire ?* »⁹⁶. La jurisprudence semble donner raison à cette seconde analyse et considère que c'est la cession qui, opérant le transfert de propriété, va constituer le fait générateur de l'imposition, peu important

⁹³ C. Saint-Alary-Houin et C. Houin-Bressand, Location-gérance, Jusriclasser Commercial, fasc. 2345.

⁹⁴ JO Sénat 1984, p. 2970.

⁹⁵ Y. Guyon, Droit des affaires, t. II : Économica, 9e éd. 2003, n° 1294.

⁹⁶ P. Serlooten, sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, JurisClasser Commercial, fasc. 3104.

l'existence d'une période de location-gérance précédant la cession⁹⁷. Cette solution plaide donc en faveur d'une exigibilité des droits de mutation au moment de la cession.

Pour autant, il convient de s'interroger sur les différences de traitement qui découlent de cette solution à l'égard de la location-gérance organisée dans le cadre d'un plan de cession et la location-gérance assortie d'une promesse synallagmatique de vente. Dans ce second scénario, l'opération constitue une « gérance-vente »⁹⁸, une lecture combinée des articles 1583 et 1589 du Code civil invitant à considérer le locataire comme un propriétaire.

80. Une fois la décision de céder l'entreprise arrêtée, il convient d'en analyser les conséquences fiscales.

2) Les conséquences fiscales de la cession.

81. L'imposition des bénéfices. La cession aura pour conséquence notable d'entraîner une imposition du résultat. Lorsqu'elle sera considérée comme une cessation d'activité, une imposition sur les plus-values découlant de la cession interviendra. Par ailleurs, il y aura imposition des bénéfices de l'exercice en cours. Il y aura donc imposition d'un bénéfice partiel auquel il faudra ajouter les produits et les charges qui avaient été différées. La particularité attachée aux entreprises en difficulté est relative à la faiblesse voire à l'absence d'imposition qui s'explique par le caractère déficitaire de l'activité en cours et par l'utilisation des reports déficitaires des exercices précédents.

Si, par extraordinaire, l'activité se trouvait être bénéficiaire, il ne faut pas écarter le jeu de l'article 1684-1 du Code général des impôts qui permet de rendre le cessionnaire solidairement responsable du cédant pour le paiement de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur les sociétés relatifs aux bénéfices réalisés au cours de l'année de la cession voire de l'année précédente. L'administration considère que ce texte, qui s'applique à toutes les cessions à titre onéreux, jouera dans le cas d'une cession résultant d'un plan de sauvegarde ou dans le cadre d'une liquidation judiciaire⁹⁹.

82. Les problématiques fiscales liées au prix de cession. Le prix de cession va cristalliser différents enjeux.

⁹⁷ Cass. com., 7 avr. 1998, arrêt n° 910 P : RJF 1998, n° 7, 866.

⁹⁸ Mémento Transmission d'entreprise 2015-2016, n° 20134.

⁹⁹ Rép. min. Valleix, n° 28435 : JOAN Q, 30 juill. 1990, p. 3628.

83. Le prix de cession et les droits de mutation. Tout d'abord, en ce qui concerne les droits de mutation devant y être appliqués, la Loi de Modernisation de l'Economie du 4 août 2008 a mis fin au régime de faveur bénéficiant aux cessions de fonds de commerce intervenant dans le cadre d'une procédure collective.

Ces cessions seront taxées de manière classique sans qu'il y ait lieu à considérer leur intervention dans le cadre d'une procédure collective. Cependant, le Code général des impôts prévoit que les droits d'enregistrement dus dans le cadre des cessions prévues aux articles L. 626-1, L. 631-22 et L. 642-1 du Code de commerce pourront bénéficier du crédit de paiement fractionné en cinq annuités¹⁰⁰. L'administration fiscale encadre le bénéfice de ce « crédit fiscal » en autorisant son application que dans le cas de cessions portant sur une partie constituant une unité économique et non à l'occasion de la cession d'éléments d'actif isolés¹⁰¹.

84. La cession de fonds commerce. La cession de fonds de commerce sera donc soumise au barème de l'article 719 du Code général des impôts qui prévoit un tarif progressif dont le taux marginal est de 5%. Ce qui déclenche l'application de cet article, c'est la cession de clientèle. Pour y échapper, certains vont essayer d'étaler dans le temps la cession des divers éléments constituant l'universalité qu'est le fonds de commerce. L'administration devra alors démontrer qu'il s'agit d'une cession de clientèle cachée et que la cession d'un élément a entraîné la cession de la clientèle ce qui emportera application de l'article 719.

85. Les conventions de successeur. L'article 720 du même Code étend par ailleurs l'application du barème aux conventions de successeurs, qui peuvent être définies comme une convention ayant pour but de permettre à une partie la reprise de l'activité de l'autre partie sans qu'il y ait cession de clientèle. Cet article était très utilisé lorsque n'étaient pas admises les cessions de clientèles civiles. Aujourd'hui, cette disposition sera davantage utilisée afin de contrecarrer les pratiques visant à dissimuler une cession de clientèle commerciale. Pour appliquer cet article, il faut s'assurer que l'on est bien en présence d'une convention qui permette la reprise d'une activité identique à celle du précédant titulaire. Dès lors, la cession du matériel d'une société placée en redressement judiciaire sans continuation de l'activité, ne saurait constituer une convention de

¹⁰⁰ CGI, ANN III, art. 396, 3° et 404 D.

¹⁰¹ BOI-ENR-DG-50-20-20-20160406, n° 60 et 70.

successeur, solution qui ne pourrait pas être remise en cause par les circonstances antérieures au règlement judiciaire, telles que des transactions entre les deux sociétés¹⁰².

86. La détermination du prix de cession. Le montant du prix de cession est très important puisque c'est sur lui que reposent les droits de mutation appliqués.

Dans le cadre d'une reprise prévue par un plan de cession, c'est le tribunal qui va fixer ce prix. Plus précisément, le tribunal va accepter l'offre qui est la plus équilibrée et la plus durable au regard des objectifs précédemment rappelés.

L'administration aura le pouvoir de contester la retenue d'un prix insuffisant au regard de l'article L. 17 du Livre des procédures fiscales qui prévoit que les droits de mutation sont calculés sur la valeur du bien ou sur sa valeur vénale si elle est supérieure.

La valeur vénale n'étant pas celle qui intéressera le tribunal, il y a donc un hiatus entre la vision de l'administration et celle du tribunal. Il est alors opportun d'affirmer que si la contestation du prix par l'administration est possible, elle ne revient pas à contester le jugement du tribunal fixant le prix de cession.

87. La contestation du prix de cession par l'administration. L'administration pourra donc contester le prix de cession et ce même lorsque le tribunal, dans le cadre d'une cession globale, aura réparti une quote-part du prix à chacun des biens.

Ici, l'écart entre les objectifs du tribunal et ceux de l'administration fiscale s'appréciera avec netteté. Alors que le premier affecte une partie du prix à chaque bien dans le but d'établir un ordre de priorité, la deuxième cherche à identifier l'assiette des droits de mutation qui est la valeur vénale des biens.

Cependant, si elle veut contester le prix, l'administration va devoir rapporter la preuve que la valeur vénale du bien est supérieure à celle retenue. La valeur vénale sera souvent celle du bien sur le marché.

88. La preuve à la charge de l'administration d'une valeur vénale supérieure au prix de vente. La preuve de cette valeur, dans le cadre de la cession d'un fonds de commerce et compte tenu de l'état des difficultés de l'entreprise, va s'avérer être particulièrement difficile à rapporter. En effet, l'administration aura le plus grand mal à comparer la cession à d'autres cas similaires, il ne peut être

¹⁰² Cass., com., 20 février 1990, n° 266 P : RJF 4/1990, n° 494.

fait référence à un marché des entreprises en difficulté. Par ailleurs, il semble difficile d'ignorer l'ensemble des charges qui vont peser sur le repreneur et qui expliquent la faiblesse du prix retenu. L'administration en est donc réduite à s'aligner sur la position de la Cour de cassation, décrite notamment dans une décision du 16 juin 1998, qui estime qu'il ne peut être fait abstraction des conditions dans lesquelles intervient la mutation, c'est-à-dire un contexte économique et financier extrêmement défavorable sans compter les enjeux sociaux omniprésents¹⁰³. L'administration considère en effet qu'il convient de tenir compte "*des conditions particulières de l'opération réalisée dans le cadre d'une procédure collective*" pour déterminer la valeur de cession¹⁰⁴. Cette solution s'inscrit dans le cadre d'une jurisprudence réaliste en la matière qui considère qu'il convient de tenir compte de l'état de fait et de droits des biens pour estimer leur valeur vénale au jour de la mutation¹⁰⁵. C'est ainsi que la Haute Juridiction invite, de façon générale, à prendre en compte les événements futurs et prévisibles de nature à réduire la valeur des biens¹⁰⁶. Dans cette décision de 1998, les juges retiennent qu'il ne peut être fait abstraction de l'existence d'un aléa telle qu'une perspective d'avenir défavorable. Ce faisant, la Cour de cassation applique aux cessions d'immeubles les solutions qui avaient pu être retenues en matière de cession de fonds de commerce¹⁰⁷ ou de titres non cotés en bourse¹⁰⁸. Les principes ainsi fixés peuvent être source de difficultés pratiques quand il s'agit de procéder à l'évaluation d'un bien. Pour autant, il semble qu'ils constituent la seule voie permettant de fixer le prix de la façon la plus juste qui soit et de façon à faire primer, comme requis par la Cour de cassation, la valeur vénale réelle au jour de la mutation sur sa valeur théorique¹⁰⁹.

89. La cession à prix symbolique. Si l'on s'intéresse à la cession à un prix symbolique, la problématique de l'assiette des droits de mutation prend toute son ampleur.

Lorsque le prix stipulé par les parties est inférieur à la valeur vénale du bien, ce qui est le cas dans le cadre d'une cession à prix symbolique, l'administration pourra retenir cette valeur vénale. La Cour de cassation estime en effet, dans certains cas, que l'on ne peut valablement retenir un prix

¹⁰³ Cass. com., 16 juin 1998, n° 95-15.689 : JurisData n° 1998-002772 ; Dr. fisc. 1998, n° 44, comm. 967 ; LPA 5 mars 1999, n° 46, p. 4, obs. F. Derrida ; RJDA 1998, p. 684, concl. av. gén. Mme M.-C. Piniot.

¹⁰⁴ Note 27 décembre 1999 BOI 13 J-2-99.

¹⁰⁵ Cass. com. 13 février 1996, Fleury, RJF 3/1996, n° 86 ; AJPI 1996, p. 393, chron. R. Léost ; Dr. fisc. 1996, n° 5, comm. 605, obs. G. Tixier et T. Lamulle.

¹⁰⁶ Cass. com. 30 octobre 1989, Chodron de Courcel, RJF 12/1989, n° 1454, et, s'agissant du même requérant, Cass. com. 4 mai 1993, n° 800 P, RJF 7/1993, n° 1077.

¹⁰⁷ Cass. com. 1er octobre 1996, Boyer, RJF 2/1997, n° 182.

¹⁰⁸ Cass. com. 19 décembre 1989, Condemine, RJF 3/1990, n° 357 ; Cass. com. 7 décembre 1993, Delloye, RJF 3/1994, n° 356.

¹⁰⁹ Cass. com. 22 janvier 1991, Bartissol, RJF 4/1991, n° 532.

symbolique même lorsque l'entreprise connaît d'importantes difficultés¹¹⁰. Pour autant, il sera tenu compte des difficultés de l'entreprise pour apprécier le prix de cession sur lequel seront assis les droits de mutation, ce qui permet d'éviter une situation trop onéreuse.

90. La ventilation du prix en cas de cession globale. Qu'il s'agisse d'une cession globale de l'entreprise ou d'une cession par branches d'activité, un seul prix de cession est convenu.

Lorsque sont cédés ensemble des meubles et des immeubles, les droits d'enregistrement seront calculés sur la totalité du prix mais au taux prévu pour les immeubles. L'article 735 du CGI prévoit une possibilité de déroger à cette règle lorsque le contrat de vente désigne et estime des meubles pour lesquels un prix aura été clairement stipulé¹¹¹. Cette condition ne pourra trouver à s'appliquer que lorsque la nature des meubles se prête à de telles exigences : un prix distinct et une stipulation spéciale suffiront donc pour les biens incorporels¹¹².

91. La détermination du moment de la cession. Reste alors à déterminer à quel moment a lieu la cession, c'est-à-dire le fait générateur des droits de mutation.

En la matière, deux événements peuvent légitimement prétendre être à l'origine de l'imposition.

D'une part, c'est une décision du tribunal qui va décider du contenu de la cession, de l'évaluation de biens, de l'acceptation d'une offre.

D'autre part, un contrat consécutif au jugement arrêtant le plan verra se manifester la volonté du repreneur et l'action de l'administrateur. Ce contrat va mettre en œuvre la décision judiciaire, il va la concrétiser, réaliser l'opération de cession dont le cadre a été fixé par le jugement arrêtant le plan.

Entre thèse judiciaire et thèse contractuelle, il semble que la jurisprudence ait tranché en faveur de la deuxième et le fait générateur de l'imposition aura donc lieu au moment où le contrat consécutif au jugement arrêtant le plan sera passé. C'est à partir de ce moment que le trésor public devient créancier de l'impôt¹¹³. Cette solution semble tout d'abord en adéquation avec la volonté du législateur qui, au travers de l'article L. 642-8 du Code de commerce, prévoit que, en exécution du plan arrêté par le tribunal, les organes compétents de la procédure passent tous les actes nécessaires

¹¹⁰ Cass. com., 3 juill. 1990, n° 89-12.784 et 89-12.785 : Lexilaser Cassation, arrêts n° 924 et 925.

¹¹¹ CGI, art. 735 : « *Lorsqu'un acte translatif de propriété ou d'usufruit comprend des meubles et des immeubles, le droit d'enregistrement est perçu sur la totalité du prix au taux réglé pour les immeubles, à moins qu'il ne soit stipulé un prix particulier pour les objets mobiliers, et qu'ils ne soient désignés et estimés, article par article, dans le contrat.* »

¹¹² P. Serlooten, sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, JurisClasseur Commercial, fasc. 3104.

¹¹³ Com. 10 janvier 2006, no 02-13.634, SARL ASC, Juris-Data no 031578 ; Rev. proc. coll. 3/2007, p. 154 ; Bull. civ. IV, no 6

à la cession – elle n’a donc pu être réalisée jusqu’alors. Par ailleurs, cette solution est alignée avec les principes posés en matière de cession précédée d’une période de location-gérance et dans le cadre de laquelle, seule la cession opère le transfert de propriété et, ce faisant, le fait générateur de l’imposition.

92. La cession en liquidation judiciaire. Il faut mettre de côté le cas de la liquidation judiciaire pour laquelle le moment de la cession est particulier.

La haute juridiction estime que la vente, bien que réalisée par les actes postérieurs du liquidateur, est parfaite dès lors qu’une ordonnance du juge commissaire, ayant acquis force de chose jugée, retient une offre d’achat précise, et ce tant en matière de cession de meubles¹¹⁴ que d’immeubles¹¹⁵.

93. Les événements qui vont intervenir dans la vie du débiteur en difficulté peuvent donc être soit à l’origine d’une disparition du fait générateur de l’impôt soit, au contraire, à l’origine d’une imposition. Dans un cas comme dans l’autre, il devra en être tenu compte lorsque seront remplies les obligations du contribuable.

II) L’ouverture de la procédure et les obligations du débiteur

94. Tout contribuable est soumis à l’obligation de déclarer à l’administration fiscale tous les éléments à retenir afin de déterminer le montant de son impôt exigible. Cette obligation, maintenue en cas de procédure collective du contribuable, ne sera pas indifférente à l’application du droit des entreprises en difficulté.

¹¹⁴ Cass. com., 3 oct. 2000, n° 98-10.672 : JurisData n° 2000-006086 ; Act. proc. coll. 2000-17, comm. 221 ; D. 2000, jur. p. 397, obs. A. Lienhard ; JCP E 2001, chron. 175, n° 6, obs. M. Cabrillac ; RTD com. 2001, p. 224, obs. C. Saint-Alary-Houin.

¹¹⁵ Cass. com., 4 oct. 2005, n° 04-15.062, FS-P+B+I+R : JurisData n° 2005-030082 ; Bull. civ. 2005, IV, n° 191 ; D. 2005, act. jurispr. p. 2593, obs. A. Lienhard ; JCP E 2006, chron. 1006, p. 74, n° 8, obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel ; Act. proc. coll. 2005-18, comm. 233, note Ph. Roussel Galle ; Gaz. proc. coll. 2006, p. 204, obs. M. Sénéchal.

95. L'ouverture de la procédure et les obligations déclaratives fiscales. L'ouverture de la procédure va avoir une influence sur les déclarations fiscales que le contribuable doit effectuer auprès de l'administration afin que soit déterminé le montant de son impôt.

96. La détermination du débiteur de l'obligation. L'article L. 622-3 du Code de commerce dispose "*le débiteur continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur. En outre, sous réserve des dispositions des articles L. 622-7 et L. 622-13, les actes de gestion courante qu'accomplit seul le débiteur sont réputés valables à l'égard des tiers de bonne foi*".

Les déclarations fiscales ne pouvant, selon le Professeur Serlooten, entrer dans le champ des actes de gestion courante effectués par le débiteur, l'étendue de la mission de l'administrateur sera donc déterminante relativement à l'attribution du pouvoir de les effectuer. Dans le cadre d'une mission d'assistance, dès lors que le tribunal ne donnera pas mission à l'administrateur d'effectuer ces déclarations, il reviendra au débiteur de le faire.

En revanche, l'étendue d'une mission de représentation générale justifiera que l'administrateur, qui est chargé seul, entièrement ou en partie, de l'administration de l'entreprise, voit peser sur lui l'obligation de souscrire les déclarations fiscales. En effet, il est tenu aux obligations légales et conventionnelles incombant au chef d'entreprise.

97. L'administrateur sera notamment chargé, avec le concours du débiteur et, le cas échéant, l'assistance d'experts, de dresser un bilan économique et social de l'entreprise qui précise l'origine, l'importance et la nature des difficultés de l'entreprise. Il surveille par ailleurs le débiteur ou l'assiste dans tous les actes de gestion ou simplement pour certains d'entre eux.

Dès qu'il est nommé, l'administrateur se renseigne notamment sur l'accomplissement des obligations fiscales, sociales ou encore financières de l'entreprise. Dans le cas où un retard dans les obligations fiscales serait constaté, sans qu'aucune défaillance grave ne soit à déplorer, l'administrateur est invité à prendre des mesures conservatoires. Ainsi, il informe l'administration fiscale des délais nécessaires à la mise en conformité de l'entreprise au regard des obligations auxquelles elle est assujettie. En effet, à défaut du respect des délais impartis, l'entreprise est susceptible d'être soumise à une taxation, rectification ou évaluation d'office et doit alors apporter la preuve du non fondé de l'impôt. En exerçant sa mission, l'administrateur peut avoir un rôle positif dans la mesure où la contradiction

qu'il apportera à l'administration sera susceptible de limiter la proposition de rectification de l'administration et ainsi réduire le passif fiscal de l'entreprise.

98. Le pouvoir de vérification de l'administration. Par ailleurs, suite à l'accomplissement des obligations fiscales, l'administration fiscale peut procéder à une vérification des déclarations faites par le contribuable. Pour cela, elle doit lui faire parvenir un avis de vérification.

L'article L. 47 du Livre des procédures fiscales énonce : *"Un examen contradictoire de la situation fiscale personnelle d'une personne physique au regard de l'impôt sur le revenu ou une vérification de comptabilité ne peut être engagée sans que le contribuable en ait été informé par l'envoi ou la remise d'un avis de vérification."*

99. Le destinataire de l'avis de vérification dépend de l'étendue des pouvoirs de l'administrateur. Cependant comme pour les déclarations fiscales, il faudra tenir compte de l'étendue du dessaisissement du débiteur afin de déterminer à qui cet avis de vérification doit être valablement adressé.

Dans le cas où l'administrateur est investi d'une mission de représentation, il semble que l'avis de vérification doive lui être adressé. Si la mission n'est qu'une mission d'assistance, il ressort de la jurisprudence¹¹⁶ qu'il faille notifier l'avis de vérification à l'administrateur, une notification au débiteur étant possible. Cette solution apparaît logique au regard de la jurisprudence civile qui prévoit qu'en matière de saisie, la dénonciation doit être notifiée à l'administrateur, qu'il soit investi d'une mission d'assistance ou de représentation¹¹⁷.

En liquidation judiciaire la solution est déterminée grâce à l'étude de l'article L. 641-9 du Code de commerce qui prévoit le dessaisissement du débiteur. Dans le cas d'une telle procédure, l'avis de vérification devra être notifié au mandataire à la liquidation¹¹⁸.

Dans ces deux types de procédure, l'administration fiscale estime que lorsque l'administrateur n'est pas investi d'une mission d'administration, l'avis de vérification peut être adressé au débiteur.

100. La conduite de la vérification. En ce qui concerne la vérification en elle-même, l'existence d'une mission de représentation justifiera que l'administrateur conduise la vérification. Dans le cas

¹¹⁶ CE, 24 janvier 1986 : Rev. proc. coll. 1986, n° 3, p. 51.

¹¹⁷ Cass. com., 19 février 2002 : JurisData n° 2002-013008 ; JCP E 2002, pan. 567.

¹¹⁸ CE, 6 oct. 2000 : JurisData n° 2000-061023 ; Dr. fisc. 2000, n° 49, comm. 975, concl. G. Bachelier.

d'une mission d'assistance et en réservant l'hypothèse où l'administrateur manifesterait sa volonté de se joindre au débiteur pour mener la vérification, ce dernier pourra la conduire seul.

En cas de liquidation judiciaire, la solution est là aussi plus nette. C'est au liquidateur de conduire la vérification.

101. Conséquences du dessaisissement du débiteur. Dans les cas où le débiteur est dessaisi et n'a donc pas à participer à la vérification, il ne pourra se prévaloir du fait qu'il n'a pas été avisé de la vérification ou qu'il aurait été privé du respect du principe du contradictoire au cours des débats avec le vérificateur¹¹⁹.

Il ne pourra être reproché à l'administrateur de ne pas avoir fait participer le débiteur à la vérification.

102. Le pouvoir de rectification de l'administration. Lorsque la vérification aboutit à une rectification du débiteur, l'étendue des pouvoirs de l'administrateur aura encore une incidence sur la détermination du destinataire des actes de procédure. Ils devront être adressés au débiteur en cas de mission de surveillance alors que dans les autres cas, il faudra les faire parvenir au mandataire.

En cas de liquidation judiciaire, la jurisprudence considérait que les actes devaient être adressés au mandataire judiciaire. Cependant, la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 a la vertu dans ce domaine d'unifier les solutions entre les différents types de procédure. En effet, l'article L. 641-15 renvoie à l'étendue des pouvoirs du mandataire judiciaire pour déterminer à qui les actes de procédure doivent être adressés : *"pendant la procédure de liquidation judiciaire, le juge-commissaire peut ordonner que le liquidateur ou l'administrateur, lorsqu'il en a été désigné, soit le destinataire du courrier adressé au débiteur"*.

103. La contestation de la rectification. S'il y a rectification, il sera important de déterminer qui aura le droit de contester l'administration dans ses prétentions.

Là encore, l'étendue des pouvoirs de l'administrateur va avoir une influence. Si ce dernier est investi d'une mission d'assistance, il semble que le débiteur puisse agir de manière conjointe avec l'administrateur. En cas de mission de représentation en revanche, c'est l'administrateur qui devra agir.

Une nuance peut être ici apportée. Si l'on considère que le droit de réclamation est un acte conservatoire la réclamation pourra être effectuée par le débiteur seul et par l'administrateur seul comme le prévoit l'article L. 622-4 du Code de commerce et ce, sans que l'administration ne puisse

¹¹⁹ CAA Bordeaux, 4e ch., 17 oct. 2002, n° 99-1768 : JurisData n° 2002-200062 ; RJF 2/2003, n° 198.

soulever l'irrecevabilité de la contestation émise par le débiteur sous prétexte d'un défaut de pouvoir¹²⁰.

Le dessaisissement du débiteur, caractéristique de la liquidation judiciaire¹²¹, justifiera que le liquidateur agisse seul¹²². Un arrêt récent du Conseil d'Etat¹²³ apporte d'importantes précisions quant à l'étendue du dessaisissement du débiteur personne physique soumis à une procédure de liquidation judiciaire. La Haute juridiction invite à faire le *distinguo* entre d'une part la déclaration de revenus globale du débiteur et d'autre part la déclaration de revenus catégoriels. Pour la première, les juges rappellent qu'il s'agit d'une obligation personnelle, pénalement sanctionnée, qu'il incombe donc au débiteur en difficulté de réaliser. La seconde, lorsqu'elle se rattache à l'activité objet de la procédure de liquidation, doit être remplie par le liquidateur et c'est lui que l'administration fiscale doit, le cas échéant, mettre en demeure. Cette solution que G. Dedeurwaerder¹²⁴ qualifie de « *brèche fiscale taillée dans la règle du dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire* » est surprenante et critiquable dans la mesure où elle remet en cause le principe même d'unicité du patrimoine alors même qu'elle est prise en l'absence d'un entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

104. Quelle que soit la procédure à laquelle le débiteur est soumis, l'administration ne pourra en aucun cas soulever l'incapacité du contribuable qui aurait contesté les prétentions de l'administration alors que ce pouvoir revenait aux organes de la procédure précitée.

Les règles de répartition des pouvoirs étant prévues dans l'intérêt des créanciers, seuls l'administrateur et le liquidateur pourront soulever l'irrecevabilité de la demande en nullité pour défaut de pouvoir.

105. L'intérêt des déclarations fiscales – la détermination du passif du débiteur. Quelles soient réalisées par le débiteur lui-même ou par l'administrateur, les déclarations effectuées à ce stade

¹²⁰ CAA Lyon, 1^{re} ch., 6 juin 1997, n° 96-2098, SNC Cannes-Esterel, inédit.

¹²¹ CE, 14 mars 2008, n° 290591, Me Moyrand : JurisData n° 2008-081289 ; Dr. fisc. 2008, n° 17, comm. 294, concl. N. Escaut.

¹²² CE, 5 mai 2006, n° 276854, Vandycke : JurisData n° 2006-080896 ; Dr. fisc. 2006, n° 23, act. 105.

¹²³ CE, 28 juill. 2017, n° 398632 : JurisData n° 2017-014977 ; Rev. proc. coll. 2017, comm. 118, obs. R. Vabres ; Gaz. Pal. 2017, p. 70, n° 34, obs. D. Voinot ; Act. Proc. coll. 2017, alerte 274, obs. F. Petit

¹²⁴ G. Dedeurwaerder, Dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire : il faut distinguer la déclaration générale des revenus des déclarations spécifiques à l'activité professionnelle, BJE 2018, n°1, p. 54.

comportent un intérêt majeur, celui de permettre la détermination précise du passif fiscal de l'entreprise.

106. Les déclarations en matière de TVA. En matière de TVA, afin de distinguer les opérations assujetties à la taxe dont le fait générateur est antérieur au jugement d'ouverture et celles, devant être payées à leur échéance, génératrices de la taxe à compter de l'ouverture de la procédure, deux déclarations devront être réalisées. En cas de procédure collective, à l'ouverture, l'entreprise fera une déclaration spéciale de TVA concernant la taxe qui sera payée sur les encaissements perçus ultérieurement au jugement d'ouverture et, sur cette base, le Trésor public déclarera sa créance.

La première déclaration est relative aux opérations qui, jusqu'à la date du jugement d'ouverture, ont donné naissance à la TVA. Elle devra prendre en considération toutes les facturations génératrices de TVA établies avant l'ouverture de la procédure. Les créances ainsi déclarées n'auront pas à faire l'objet d'une nouvelle déclaration au fur et à mesure de leur recouvrement. Il est important que cette déclaration englobe l'intégralité de la créance TVA née postérieurement au jugement d'ouverture dans la mesure où celle-ci constitue un actif disponible pour l'entreprise.

La deuxième déclaration portera sur les opérations ayant donné naissance à la TVA postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure, c'est-à-dire pour la période courant de la date de cet événement à la fin de la période concernée selon que le régime auquel l'entreprise est soumise entraîne une déclaration mensuelle, trimestrielle ou annuelle. Dans ce cas, seront déclarées les opérations postérieures ayant générées une créance née pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur au cours de cette période.

107. L'encaissement des créances y compris de la TVA se fera généralement durant la période d'observation tandis que la TVA déclarée sera réglée au créancier public par le débiteur sur la durée du plan. Ce mécanisme est source d'un avantage manifeste pour le débiteur.

La mobilisation de créances clients par voie d'escompte ou de cession Dailly n'emportera pas de conséquence dans la mesure où la date de paiement effective par le client sera celle prise en compte pour déterminer la date d'encaissement.

En revanche, les entreprises qui auraient opté pour les débits ne bénéficieront pas de cet effet de trésorerie puisque dans ce cas, la TVA est due lors de la livraison ou de la facturation. Ce régime est donc nettement moins intéressant dans le cas d'une procédure collective.

De nombreuses entreprises en difficulté ne procèdent pas à ce processus de déclaration lors de l'ouverture de la procédure ce qui constitue pour elle la perte d'un avantage¹²⁵.

108. L'établissement des déclarations en vue de prévenir un désaccord avec l'administration. L'établissement de ces deux déclarations aura pour bénéfice de prévenir un éventuel désaccord entre le débiteur et le Trésor public quant à la date du fait générateur, les deux acteurs ayant alors une connaissance identique des créances nées antérieurement ou postérieurement au jugement d'ouverture.

Par ailleurs, la souscription des deux déclarations autorise le maintien du crédit de TVA qui constitue alors un actif de l'entreprise. Celui-ci pourra être imputé sur la TVA qui sera générée postérieurement au jugement d'ouverture ou pourra faire l'objet d'une demande de remboursement tel que prévu par les articles 242-0 A et suivants de l'annexe II du CGI.

Ainsi, le contribuable pourra imputer le crédit TVA sur la taxe due à raison des opérations nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation.

109. Conclusion. L'entreprise en difficulté est un débiteur particulier qui bénéficie de l'application d'un droit consacré à sa cause, le droit des entreprises en difficulté.

Les difficultés du débiteur pourront avoir des conséquences qui se ressentiront sur le plan fiscal, notamment s'il ne parvient pas à payer ses dettes ou s'il doit cesser son activité. Aussi, l'ouverture d'une procédure collective, résultat des difficultés de l'entreprise, pourra avoir des conséquences fiscales pour le débiteur qui y est soumis notamment si des actes sont annulés sur le fondement des nullités de la période suspecte ou si le tribunal opte pour la cession de l'entreprise. Ces événements sont en effet de nature à faire disparaître le fait générateur de l'impôt ou au contraire sont susceptible d'être source d'imposition.

La prise en compte de ces éléments est importante dans le cadre de la réalisation des obligations fiscales du débiteur qui visent à établir son imposition. Par ailleurs, cette imposition pourra être amoindrie par les mécanismes permettant d'alléger la dette fiscale.

¹²⁵ M. di Martino, Fiscalité des entreprises en difficulté, Rev. Des procédures collectives, mars 2015, n°2.

Section II : Les difficultés du débiteur et la valorisation de la dette fiscale.

110. La question de la valorisation de la dette fiscale va être centrale pour le débiteur en difficulté qui va tenter de mettre en œuvre tous les mécanismes lui permettant de la réduire ou de l'étaler (I). Cette problématique va aussi avoir une importance majeure pour le Trésor public qui, d'une part, est confronté à la nécessité de garantir ses recettes et, d'autre part, s'il veut tenir compte des difficultés auxquelles font face certains agents économique, est limité dans sa démarche par le droit européen (II).

I) La diminution du passif fiscal de l'entreprise

111. La dette fiscale de l'entreprise peut s'avérer importante. En effet, les difficultés économiques, ou encore la cessation des paiements, ne sont pas toujours synonymes de déficits fiscaux. Pour autant, la présence d'une dette fiscale dans la vie d'un acteur économique traversant une période sombre ne sera jamais prise à la légère et il devra être fait en sorte de la diminuer. La question des délais de paiements et des remises de dettes consenties à une entreprise en difficulté répond à un cadre légal général (A) dont il convient d'analyser la mise en œuvre (B).

A) *Le cadre général du dispositif de remise de dettes.*

112. Il existe une pluralité de textes prévoyant la possibilité de demander une remise de dette à l'administration fiscale (1) dont l'octroi aura des conséquences (2).

1) La pluralité de fondement permettant les remises de dettes.

113. **Une dualité de fondement.** Afin d'accompagner la restructuration financière des entreprises en difficulté, de favoriser la poursuite de leur activité économique, de maintenir l'emploi et de faciliter l'apurement de leur passif, la loi de sauvegarde des entreprises permet, par l'article L 626-6 du Code de commerce la remise gracieuse de certaines créances publiques¹²⁶. Dans ce cadre, les impôts directs peuvent faire l'objet de remises sur leur principal alors que cela n'est pas permis pour les impôts indirects en vertu de l'article L 247 du Livres des procédures fiscales.

¹²⁶ G. Notté, Conditions des remises de dettes par les créanciers publics aux entreprises en difficulté, JCP E 2009, act. 196 ; Ph. Roussel Galle, Remises des créances publiques : adaptation des textes réglementaires : Dict. perm. Difficultés des entreprises, Bull. avr. 2009, 303, p. 4125.

114. La possibilité de cumuler les demandes. Les deux textes suscités permettent à l'administration d'accorder des remises et ces deux dispositifs ne sont pas exclusifs l'un de l'autre¹²⁷. L'article L 626-6 s'applique aux entreprises qui font l'objet d'une procédure de conciliation ou d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire. L'octroi de remises ou non dans le cadre de cet article ne fait pas obstacle à ce que soient accordées d'autres remises sur le fondement de l'article L. 247 qui vise, plus largement, le contribuable dans l'impossibilité des impôts directs, par suite de gêne ou d'indigence.

115. Le Trésor public associé au redressement de l'entreprise. Cette possibilité pour le Trésor public d'accorder des remises s'inscrit dans un mouvement visant à associer de manière plus significative les créanciers au rétablissement de l'entreprise en difficulté.

En effet, à l'origine, la bonté de l'administration fiscale était restreinte puisque la première mesure de faveur accordée aux entreprises en difficulté était l'abandon de toutes les amendes encourues en matière de taxe sur le chiffre d'affaires.

116. Des amendes exclues des remises automatiques. Ce procédé visant à des remises obligatoires a été très critiqué ce qui n'a pas empêché de voir cette disposition étendue à d'autres impositions par la loi du 10 juin 1994 dont l'énumération est faite à l'article 1756, I du Code général des impôts. Cependant, afin de rendre plus morale cette disposition visant à l'abandon automatique des amendes, celles infligées à la suite d'un comportement inexcusable du contribuable ont été exclues du dispositif. C'est ainsi que les majorations qui peuvent être dues en cas de pratique d'une activité occulte¹²⁸ ou en cas de manquement délibéré, d'abus de droit ou de manœuvres frauduleuses¹²⁹ et qui correspondent à un montant allant de 40% à 80% de l'impôt élué, ne font plus partie des majorations faisant l'objet d'une remise automatique.

Dans un arrêt rendu en 2013, la Cour de cassation¹³⁰ a cassé la décision de la Cour d'appel qui avait admis l'abandon d'une des amendes visées par l'article 1756, I puisque tel abandon n'était pas conforme à la lettre de l'article.

¹²⁷ P. Cocheteux, petites affiches, 21 12 2007, n°255 p. 8.

¹²⁸ CGI, art. 1728

¹²⁹ CGI, art. 1729

¹³⁰ Cass. com., 14 mai 2013, n° 12-19.601 : BJE 1er sept. 2013, p. 303, obs. G. Dedeurwaerder.

117. Le comportement du débiteur pris en compte dans le cadre des remises facultatives.

Il est intéressant de s'interroger, comme le fait M. Dedeurwaerder¹³¹, sur le fait de savoir si les majorations fiscales exclues du dispositif d'abandon automatique peuvent faire l'objet d'une remise sur le fondement de l'article L626-6 du Code de commerce.

Cet article permet aux créanciers publics d'accorder des remises – qui sont donc facultatives – à leur débiteur comme le ferait un créancier privé. Ces remises peuvent porter tant sur l'impôt lui-même que sur les frais de poursuites, les majorations et amendes, le décret relatif à cet article encourageant les remises portant sur ces dernières en priorité.

Ainsi, rien ne semble s'opposer à ce que les créances exclues du champ des remises automatiques ne soient consenties sur le terrain des remises facultatives. Il convient cependant de relever que l'article L 626-6 du Code de commerce s'inscrit dans une démarche plus pragmatique et plus moderne que l'article 1756 du Code général des impôts. Le premier est en effet régi par une quête d'efficacité, le décret d'application prévoyant que la remise n'est pas justifiée lorsque la situation de l'entreprise n'est plus viable¹³². Par ailleurs, le caractère pragmatique des dispositions du Code de commerce est aussi mis en exergue par leur champ d'application : sont visées les entreprises qui sont en procédure de conciliation, de sauvegarde ou de redressement tandis que l'article 1756 s'applique aux entreprises en sauvegarde, redressement et liquidation.

Il peut être supposé qu'en pratique, le comportement du débiteur ne sera pas sans incidence sur la décision des créanciers publics d'octroyer une remise ce qui permet de douter de la possibilité pour l'entreprise en difficulté de bénéficier de la bienveillance de l'administration fiscale dans les cas où le débiteur est soumis à une majoration exclue par le Code général des impôts.

118. Une différence de champ d'application à prendre en compte. Notons que la différence de champ d'application entre remises de plein droit et remises facultatives sera ressentie par le praticien ou le débiteur. En effet, la précision du décret fiscal selon laquelle les remises de dettes des créanciers publics sont consenties en priorité sur les frais de poursuite, les amendes et les majorations puis sur les intérêts de retard et les intérêts moratoires et enfin sur les droits et sommes dus au

¹³¹ G. Dedeurwaerder, Remises des frais de poursuite et des pénalités fiscales dus à la date du jugement d'ouverture de la procédure, BJE, 01/09/2013, n°5, p.303

¹³² C. com., art. D. 626-15 : « *Les remises de dettes ont pour objet de faciliter la restructuration financière de l'entreprise en difficulté, la poursuite de son activité économique et le maintien de l'emploi. La remise de dettes n'est pas justifiée dès lors que l'entreprise n'est plus viable. Elle ne doit pas représenter un avantage économique injustifié pour l'entreprise bénéficiaire. Les efforts des créanciers publics sont coordonnés avec ceux des autres créanciers en vue de faciliter le redressement durable de l'entreprise et permettre le recouvrement de recettes publiques futures. (...)* »

principal¹³³ n'aura d'incidence que sur la hiérarchie des remises dans le cadre de la procédure de conciliation.

Enfin, il convient de préciser que l'administration fiscale n'est pas le seul créancier pouvant consentir des efforts. En effet, l'entreprise en difficulté peut bénéficier de remises de dettes de la part de ses partenaires.

119. La remise de dette accordée à l'entreprise est une faveur qui ne doit pas être surestimée dans la mesure où elle aura des conséquences sur son résultat imposable.

2) Les conséquences des remises de dette.

120. La remise de dette, un bénéfice imposable pour son bénéficiaire. La remise de dette va avoir une influence sur le montant de l'imposition du bénéfice de l'entreprise en difficulté. L'extinction d'une dette doit être analysée comme un profit pour l'entreprise qui en bénéficie. L'abandon de leurs droits par les créanciers de l'entreprise en difficulté entraîne une diminution de son passif et par conséquent une augmentation de l'actif net, et conformément aux dispositions de l'article 38 du Code général des impôts, le résultat imposable en sera modifié, la remise de dette constituant un élément du résultat imposable de l'exercice au cours duquel intervient la remise¹³⁴.

Cette analyse ne constitue souvent pas un handicap pour l'entreprise en difficulté en raison de l'importance de ses déficits existant lors de l'exercice en cours à la date de la remise ou de ses déficits reportables¹³⁵.

Par ailleurs, si de tels abandons de créances faisaient devenir l'entreprise bénéficiaire, de telle sorte que la situation serait de nature à entraver son rétablissement, la stratégie consisterait alors pour elle à demander l'octroi de délais de paiements¹³⁶.

¹³³ C. com., art. D. 626-10 : « (...) Les remises de dettes sont consenties par priorité sur les frais de poursuite, les majorations et amendes, puis sur les intérêts de retard et les intérêts moratoires, et enfin sur les droits et les sommes dus au principal. Les dettes dues au principal ne peuvent pas faire l'objet d'une remise totale. »

¹³⁴ CE, 28 novembre 1973, n° 83312 : Dupont 1974, p. 54 et 55.

¹³⁵ Rép. Min. Souvet, n° 6496 : JO Sénat Q, 3 septembre 1987, p. 1361.

¹³⁶ Rép. Min. Laurent, n° 34334 : JOAN Q, 11 mai 1981 ; Dr. Fisc. 1981, n° 28, comm. 1425

121. La date de la remise. Il convient de déterminer la date à laquelle la remise intervient. En effet, les remises sont dans un premier temps acceptées par les créanciers de l'entreprise suite aux propositions faites dans le cadre de l'article 626-5 du Code de commerce. De plus, selon l'article L 626-18 du même Code, il est donné acte des remises consenties par les créanciers lors de l'arrêt du plan de continuation de l'entreprise par le tribunal. Selon cette formule il semble donc bien que la date à laquelle la remise intervient soit celle de son acceptation par le créancier.

Pourtant, ces remises peuvent être réduites par le tribunal. Il en résulte qu'elles n'ont un caractère définitif que lorsque le jugement arrêtant le plan sera intervenu. Ainsi faudra-t-il retenir l'exercice durant lequel le jugement arrêtant le plan est intervenu pour prendre en compte les remises de dettes¹³⁷.

Cette solution est acquise lorsqu'il est pris acte par le juge des délais acceptés par les créanciers.

En revanche, l'analyse retenue ne peut être la même lorsqu'en application de l'article L 626-19 du Code de commerce, le créancier choisit un paiement dans un délai plus bref en contrepartie d'une réduction proportionnelle de sa dette. Ici la réduction ne sera définitive que lorsque le débiteur aura payé la dernière échéance prévue par le plan.

Ainsi, le profit sera-t-il imposable non au cours de l'exercice durant lequel le plan a été arrêté mais au cours de l'exercice durant lequel interviendra le paiement de la dernière échéance prévue par le plan¹³⁸.

122. Les remises de dettes accordées aux entreprises sont basées sur plusieurs textes dont certains sont plus spécifiques aux cas des entreprises soumises à une procédure collective. Il convient justement de déterminer le régime des remises de dettes dans le cadre des différentes procédures pouvant être appliquées à l'entreprise en difficulté.

B) Les remises de dettes accordées à l'entreprise en difficulté.

123. Bien que les règles générales régissant les remises de dettes et les délais de paiement accordés aux entreprises en difficulté soient relativement uniformes, il convient d'en apprécier le régime selon

¹³⁷ Cass., com., 17 novembre 1992 : JurisData n° 1992-002539 ; RJDA 1993, n° 2, 165.

¹³⁸ CAA Lyon, 11 octobre 2007, n° 04-63, SA Wirth et Gruffat : RJF 2008, n° 406.

qu'une procédure amiable (1) ou une procédure collective (2) est en cours au moment de l'octroi de la remise de dette.

1) Délais de paiement et remises de dettes en procédures amiables.

124. La participation à l'accord de conciliation, une faculté pour le Trésor. Les procédures amiables ont pour particularité et pour singularité d'être des procédures qui ne sont pas judiciaires et qui visent à la prévention des difficultés des entreprises par une méthode basée sur la négociation et parfois même la confidentialité. Notamment, l'accord passé avec les créanciers peut être, selon le choix du débiteur, maintenu confidentiel ou être divulgué par la voie de son homologation. L'accord de conciliation n'est pas défini par la loi du point de vue de son formalisme et il n'est pas précisé s'il peut intervenir avec un seul, l'ensemble ou certains des créanciers. Cependant, il peut être relevé que la condition selon laquelle l'accord ne doit pas porter atteinte à l'intérêt des créanciers non-signataires sous-entend que tous les créanciers n'ont pas à être partie à l'accord. La jurisprudence précise par ailleurs que le débiteur, dans le cadre d'une procédure de conciliation, n'a pas à soumettre l'intégralité de ses dettes à un accord avec les créanciers et l'ensemble des acteurs demeurent libres de participer à un tel accord¹³⁹. Ainsi, le Trésor public est libre d'être partie à l'accord ou non. L'accent est mis par le législateur sur l'absence de cessation des paiements¹⁴⁰.

Se révèle donc un caractère très consensuel qui n'est pas sans conséquence sur les possibilités du Trésor public d'accepter ou de refuser les délais de paiement et les remises de dettes demandées par le débiteur en difficulté.

En raison des différents modes de communication des créanciers publics et privés mais aussi de l'application des règles de comptabilité publique ou privée, le Trésor public ne participe généralement pas à l'accord de conciliation. Par la voie de la Commission des chefs des services financiers (CCSF), la situation des entreprises en retard de paiement est examinée. Elle agit de manière isolée et consent des accords provisoires qui, en règle générale, connaissent une période probatoire de six à douze mois à l'issue de laquelle un accord définitif peut être discuté. L'absence d'organisation par la loi de la participation de la CCSF avec les autres créanciers laisse penser que le Trésor Public, comme le

¹³⁹ Cass., com., 13 octobre 1998, n° 1541 p, RJDA 12/98, n° 1374.

¹⁴⁰ C. com., art. L 611-8 : « Le président du tribunal, sur la requête conjointe des parties, constate leur accord et donne à celui-ci force exécutoire. Il statue au vu d'une déclaration certifiée du débiteur attestant qu'il ne se trouvait pas en cessation des paiements lors de la conclusion de l'accord, ou que ce dernier y met fin. »

souligne M. Lagarde¹⁴¹, n'acceptera pas de participer, en vue de la constatation d'un accord, à la requête conjointe des parties à la formalisation de l'accord définitif.

La pratique autorise cependant à ce que deux requêtes conjointes soient présentées, l'une entre le débiteur et le Trésor public et l'autre avec les autres créanciers. Si un des textes régissant la constatation de l'accord par ordonnance mentionne que « *l'accord des parties est constaté* »¹⁴², l'emploi du singulier n'a pas pour effet d'interdire la pluralité d'accords mais simplement de conduire à la réunion de tous les accords entre les différentes parties.

Lorsqu'un débiteur rencontre des difficultés pour honorer ses dettes, une des premières réactions est de négocier avec ses créanciers afin de se voir octroyer des délais de paiement et dans le meilleur des cas des remises de dettes.

Le débiteur peut formuler de telles demandes de manière indépendante ou, pour favoriser la conclusion d'un accord, il peut demander en justice la nomination d'un mandataire ad hoc ou d'un conciliateur.

125. Divers organismes vont être les interlocuteurs privilégiés dans le cadre d'une demande de délais ou de remise de dettes. On pense par exemple au comité départemental d'examen des difficultés de financement des entreprises, au comité interministériel de restructuration industrielle ou encore à la commission départementale des chefs des services financiers et des représentants des organismes de sécurité sociale.

126. La possibilité du juge d'imposer des délais de paiement aux créanciers non-signataires. Avant la loi de sauvegarde, il avait été jugé qu'en procédure de conciliation le juge pouvait accorder des délais de paiement au débiteur pour le paiement de ses créances fiscales sur le fondement de l'article 1244-1 du Code civil, et ce même si ces créances ne faisaient pas l'objet de l'accord conclu avec les principaux créancier¹⁴³.

La loi de sauvegarde a consacré cette solution en permettant au tribunal qui homologue l'accord de conciliation d'imposer aux créanciers non signataires des délais de paiement sur le fondement de l'article cité ci-avant et conformément à celui-ci sur une durée maximale de deux ans. Depuis l'ordonnance du 18 septembre 2008, ces délais peuvent être imposés aux créanciers non-signataires

¹⁴¹ B. Lagarde, *Traité économique et fiscal de la sauvegarde de l'entreprise*, Dalloz, ed. 2014.

¹⁴² C. com., art. R. 611-39 : « *En application du I de l'article L. 611-8, l'accord des parties est constaté par une ordonnance du président du tribunal qui y fait apposer la formule exécutoire par le greffier.* »

¹⁴³ Cass. com., 16 juin 1998, n° 96-15.525, P+B, Sté Soifilène : *JurisData* n° 1998-002775 ; Bull. civ. IV, n° 193 ; *Dr. fisc.* 1998, n° 39, comm. 841 ; *RJF* 1998, n° 1026.

avant l'accord mais pas dans l'accord de conciliation¹⁴⁴. Les receveurs des impôts avaient par ailleurs reçu pour instruction de limiter l'exercice de recours contre les ordonnances leur imposant des délais de paiements mises à part certaines circonstances spécifiques¹⁴⁵.

127. Une possibilité qui n'inclut plus le Trésor public. L'ordonnance du 12 mars 2014 privilégie les créanciers publics relativement aux autres créanciers en les excluant d'une mesure visant à faciliter l'exécution de l'accord amiable. Lorsqu'un créancier appelé à la conciliation met en demeure ou poursuit le débiteur dans le but d'obtenir le paiement d'une créance qui n'a pas fait l'objet de l'accord, le tribunal peut accorder au débiteur des délais de paiement en appliquant l'article 1244-1, abrogé par l'ordonnance du 10 février 2016¹⁴⁶ et regroupé avec les articles 1244-2 et 1244-3 sous l'article 1343-5 du Code civil. Cependant, l'ordonnance restreint le champ d'application de cette mesure aux créances privées. Les créanciers publics sont donc ici épargnés ce qui est contestable puisque cette mesure s'inscrit à contre-courant d'un mouvement visant à assimiler créanciers publics et créanciers privés.

Notons que cette distinction est d'autant plus surprenante qu'elle n'intervient que dans un cadre très limité : alors que les créanciers publics peuvent se voir imposer des délais de paiement en vertu de l'article L. 611-7 du Code de commerce pendant la procédure de conciliation, il en va différemment pendant l'exécution de l'accord de conciliation, selon l'article L. 611-10-1 du même code, dès lors qu'il s'agit d'une créance d'imposition hors conciliation¹⁴⁷.

128. Les remises de dettes sollicitées par le conciliateur ou par le débiteur ne peuvent en aucun cas être imposées à l'administration fiscale.

Les conditions selon lesquelles ces remises peuvent être consenties sont fixées par le Code de commerce¹⁴⁸ et concernent autant la procédure de conciliation que les procédures de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Une distinction est faite entre les impôts puisque si les impôts directs peuvent faire l'objet de remises, il n'en va pas de même des impôts indirects dont seuls les intérêts de retard, majorations et pénalités sont susceptibles d'être remis.

¹⁴⁴ S. Piedelièvre, « La nouvelle réforme du droit des procédures collectives », *La semaine juridique, notariale et immobilière* 2009, n° 12, 1119.

¹⁴⁵ Rép. min., n° 127 : JO Sénat Q 25 févr. 1999, p. 602.

¹⁴⁶ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, art. 3.

¹⁴⁷ G. Amlon, *JurisClasseur Commercial* 2016, fasc. 2384 « conciliation, sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire – Trésor public – Droits, privilèges et hypothèque légale », n° 9.

¹⁴⁸ C. com., art. L. 626-6 et R. 626-9 à 626-16.

129. Les délais. Les demandes de remises doivent être posées dans les deux mois de l'ouverture de la procédure de conciliation aux chefs des services financiers et des représentants des organismes de sécurité sociale qui les examinent.

Dans le cas de la résolution de l'accord par le président du Tribunal en cas d'accord constaté ou par le Tribunal en cas d'accord homologué, il peut être prononcée la déchéance de tout délai de paiement accordé en application du cinquième alinéa de l'article L. 611-7 ou du second alinéa de l'article L. 611-10-1 du Code de commerce¹⁴⁹.

Il est à relever que dans le cadre de la conciliation une condition résolutoire est définie par l'article L. 611-12 du Code de commerce qui prévoit qu'en cas d'ouverture d'une procédure collective il est mis fin de plein droit à l'accord de conciliation constaté ou homologué ce qui fait recouvrer aux créanciers l'intégralité de leurs créances déduction faite des sommes perçues, l'accord étant caduc. Les paiements intervenus en exécution de l'accord ne sont pas remis en cause et s'imputent sur les droits des créanciers.

130. Les spécificités relatives aux remises de dettes accordées dans le cadre d'une procédure de conciliation évoquées, il convient de déterminer leur régime lorsqu'elles interviennent dans le cadre d'une procédure collective.

2) Délais de paiement et remises de dette en procédures collectives.

131. Alors que les remises de dette permettent au débiteur d'effacer tout ou partie de leur créance (b), les délais de paiements ne lui offre qu'un avantage de trésorerie qui peut se révéler utile (a).

a) Les délais de paiements accordés au débiteur en procédure collective

132. Des délais de paiement sous acceptation du Trésor. En ce qui concerne le recouvrement par le Trésor public de ses créances fiscales antérieures au jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, des délais de paiement et des remises de dettes sont

¹⁴⁹ C. com., art. L. 611-10-3 : « Saisi par l'une des parties à l'accord constaté, le président du tribunal, s'il constate l'inexécution des engagements résultant de cet accord, prononce la résolution de celui-ci.

Dans les mêmes conditions, le tribunal prononce la résolution de l'accord homologué.

Le président du tribunal ou le tribunal qui décide la résolution de l'accord peut aussi prononcer la déchéance de tout délai de paiement accordé en application du cinquième alinéa de l'article L. 611-7 ou du second alinéa de l'article L. 611-10-1. »

possibles. En effet, dans le cadre du plan mis en place pendant la période d'observation sous la houlette du juge-commissaire, des sacrifices sont demandés aux créanciers, y compris au Trésor public.

133. Le Trésor public va être informé par écrit des propositions de règlement du débiteur et il disposera alors d'un délai de trente jours pour faire connaître ses intentions. L'absence de réponse dans ce délai serait considérée comme valant acceptation.

Si la réponse est négative, le tribunal pourra fixer, au moment de l'adoption du plan, des délais de paiement qui s'imposeront au Trésor. Cependant, celui-ci ne peut voir intervenir le premier paiement de la dette d'impôt au-delà d'un an suivant l'adoption du plan et à partir de la deuxième année le montant de chacune des annuités ne peut être inférieur à 5% du passif fiscal admis (L. 626-18).

134. Le recouvrement anticipé contre réduction de la créance. Le Trésor public va pouvoir obtenir un paiement anticipé de sa créance s'il accepte la proposition offerte par l'article L. 626-19 du Code de commerce d'être payé dans des délais plus brefs que ceux prévus au plan en contrepartie d'une réduction proportionnelle du montant de sa créance¹⁵⁰.

b) Les remises accordées au débiteur en procédure collective

135. Les remises de dettes, une possibilité pour les créanciers publics. La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 permet aux créanciers publics de remettre tout ou partie de leur dette dans le cadre d'une procédure de conciliation de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Cette possibilité nouvelle est le résultat de la réorientation des objectifs gouvernant les procédures collectives. Alors qu'avant la loi de sauvegarde, l'apurement du passif et donc le sort des créanciers était prioritaire, la consécration des objectifs visant au maintien de l'emploi et à la poursuite de l'activité justifie la participation du Trésor public à l'effort collectif¹⁵¹.

Ces remises de dettes visent les impôts directs et les intérêts de retard, majorations et pénalités appliqués aux impôts indirects.

¹⁵⁰ C. com., art. L. 626-19 : « *Le plan peut prévoir un choix pour les créanciers comportant un paiement dans des délais uniformes plus brefs mais assorti d'une réduction proportionnelle du montant de la créance.*

La réduction de créance n'est définitivement acquise qu'après versement, au terme fixé, de la dernière échéance prévue par le plan pour son paiement. »

¹⁵¹ P. Serlooten, Remises de dettes par les créanciers publics. Une libéralisation efficace ?, Rev. Proc. Coll. 2009, n°3, étude 10.

Une règle est posée par la loi. La remise de dette doit être accordée dans des conditions similaires à celle que lui octroierait un créancier privé placé dans la même situation.

136. En revanche, a été supprimée, en 2009, la condition visant à restreindre la possibilité d'octroyer des remises aux seuls cas où un effort concomitant des créanciers privés est observé¹⁵². Cette condition, dont le principe avait été validé par le Conseil d'Etat¹⁵³, faisait l'objet de nombreuses critiques¹⁵⁴.

Parmi les critères qui vont permettre d'examiner la demande de remise de dette seront pris en compte les efforts consentis par les autres créanciers, les efforts consentis par les actionnaires et dirigeants, la situation financière du débiteur et les perspectives de son rétablissement, le comportement du débiteur vis-à-vis des créanciers publics ou encore les efforts déjà consentis par ces derniers.

137. La condition exigeant que le débiteur n'ait pas fait l'objet de condamnation définitive pour certaines infractions sanctionnées par le Code du travail est maintenue.

Le régime actuel invite à distinguer selon que les créances font l'objet de remises obligatoires ou facultatives.

138. Les remises obligatoires. Certains frais de poursuites et pénalités font l'objet de remises obligatoires comme le prévoit l'article 1756 du Code général des impôts.

Les frais de poursuites qui sont remis de plein droit sont ceux qui ont été engagés à l'occasion de l'action en recouvrement. Il s'agira essentiellement des émoluments versés aux huissiers de justice.

En ce qui concerne les pénalités qui doivent être abandonnées, il s'agit de celles qui sont appliquées à certains impôts, essentiellement les impôts directs et taxes assimilées, les taxes sur le chiffre d'affaires et les taxes assimilées ainsi que les droits d'enregistrement.

Notons que la Cour de cassation précise que lorsque le redevable est en procédure collective, les créanciers publics doivent procéder à l'effacement des intérêts et majorations pour retard de paiement sans que ne soit tenu compte du caractère privilégié ou chirographaire de la créance¹⁵⁵.

¹⁵² Loi n° 2009-179 du 17 février 2009, art. 20 (JO 18 février 2009).

¹⁵³ CE, 5 mai 2008, n° 304350 : JurisData n° 2008-073545 ; Act. proc. coll. 2008, alerte n° 281.

¹⁵⁴ M. Douay, Procédures fiscales et loi de sauvegarde des entreprises : Litec, 2008, n°3.

¹⁵⁵ Cass. com., 27 janv. 2015, n° 13-25.649 : JurisData n° 2015-001081 ; Bull. civ. 2015, IV, n° 12 ; BRDA 5/2015, p. 7.

139. Les intérêts moratoires et majorations pour paiement tardif sont, en vertu de l'article L 626-28 du Code de commerce, arrêtés dès le jugement d'ouverture de la procédure collective – l'effacement n'est donc pas rétroactif¹⁵⁶ mais est définitif, c'est-à-dire qu'il ne sera pas remis en cause même si un plan de redressement est par la suite arrêté¹⁵⁷.

140. Les remises facultatives. D'autres créances ne font pas l'objet de remises de plein droit. L'exclusion de ces créances du champ d'application de remises de plein droit s'explique soit par le fait qu'elles sont nées après le jugement d'ouverture soit en raison d'un comportement répréhensible du débiteur.

Ainsi, les frais de poursuites et les pénalités relatifs aux créances nées postérieurement au jugement d'ouverture peuvent-elles faire l'objet d'un recouvrement dans les conditions habituelles.

141. Les majorations et amendes fiscales qui ne donnent pas lieu à remise de plein droit malgré l'ouverture de la procédure collective sont celles qui sont liées à certains comportements du contribuable. Il s'agit des majorations appliquées en cas d'absence de dépôt, dans les trente jours suivant la mise en demeure, de la déclaration comportant les éléments à retenir pour l'assiette ou la liquidation de l'impôt¹⁵⁸.

142. Pareillement, ne sont pas remises de plein droit les majorations appliquées en cas d'inexactitudes ou d'omissions si elles sont délibérées ou si des manœuvres, abus de droit ou dissimulations sont révélées.

Il en va de même de la majoration appliquée en cas de découverte d'une activité occulte.

La mauvaise foi du débiteur va aussi être un critère qui va extraire les majorations du champ d'application des remises de plein droit.

143. Depuis la loi de sauvegarde, des remises relatives à ces majorations peuvent tout de même être accordées.

144. L'impossibilité d'imposer des montants de remises au Trésor. Contrairement aux prérogatives dont dispose le tribunal en matière de délais de paiement, il ne peut être imposé aucun

¹⁵⁶ Cass. com., 7 févr. 1989, n° 87-14.003 : Bull. civ. 1989, IV, n° 50 ; Rev. proc. coll. 1989, p. 413, obs. Y. Guillou ; D. 1989, somm. p. 214, obs. A. Honorat ; RJS 4/1989, n° 389.

¹⁵⁷ Cass. soc., 10 déc. 1996, n° 95-40.485 : JurisData n° 1996-004755 ; Bull. civ. 1996, V, n° 434.

¹⁵⁸ CGI, art. 1728,-1, b. – Cass. com., 14 mai 2013, n° 12-19.601 : BJE 2013, p. 303, obs. G. Dedeurwaerder.

montant de remise au Trésor public¹⁵⁹. Ces montants sont déterminés en vertu de l'article L. 247 du Livre des procédures fiscales et seuls sont donc compétents en la matière les services fiscaux qui procéderont à l'analyse de la demande. Les remises de dettes ne sont pas systématiques ici ce qui laisse à l'administration un pouvoir discrétionnaire d'application.

La remise peut être totale pour les impôts directs perçus par l'Etat ou par les collectivités territoriales. Les remises sont consenties par priorité sur les frais de poursuite, les majorations et amendes puis sur les intérêts de retard et les intérêts moratoires et seulement ensuite sur le principal.

La procédure relative à la demande doit être adressée ou déposée par l'administrateur ou le mandataire judiciaire auprès du secrétariat permanent de la commission des chefs des services financiers qui servira de cadre à la concertation. La demande doit être adressée sous peine de forclusion dans un délai de deux mois à compter de la date d'ouverture de la procédure collective. Elle est accompagnée de nombreux documents qui permettront de donner à la commission une vision globale de la situation économique du débiteur.

Une absence de réponse à l'échéance d'un délai de dix semaines courant à la réception du dossier vaut décision de rejet.

145. Le critère du créancier privé. La condition visant à ce que les créanciers publics n'accordent de remises que dans la mesure où des créanciers privés placés dans la même situation les auraient accordés revient à exiger que des efforts de même nature soient consentis par les créanciers privés¹⁶⁰. Dès lors, l'Etat devra se comporter comme l'aurait fait un créancier privé placé dans la même situation, comme indiqué par l'article L. 626-6 alinéa 1 du Code de commerce. L'administration fiscale garde ici en mémoire les sanctions de l'Union européenne relativement au dispositif français visant à encourager la reprise d'une entreprise en difficulté.

La jurisprudence européenne, pour faire tomber un régime sous le coup des sanctions prévues pour les aides d'Etat, attache grande importance à la comparaison qui peut être faite entre les facilités de paiements accordées par des créanciers publics et celles accordées par des créanciers privés se trouvant dans la même situation¹⁶¹. La jurisprudence vise par exemple le cas où un créancier public, comme le ferait un créancier privé, cherchant à obtenir le paiement de ses créances, établit des

¹⁵⁹ Cass. com., 28 févr. 1995, n° 93-10.012 : Bull. civ. 1995, IV, n° 61.

¹⁶⁰ A. Milsan, Les remises de dettes publiques : une nouvelle opportunité offerte aux créanciers publics pour contribuer au redressement des entreprises en difficulté : JCP E 2007, n° 1901.

¹⁶¹ CJCE, 11 juill. 1996, SFEI e.a., C-39/94 : Rec. CJCE, p. I-3547, point 60. – CJCE, 29 juin 1999, DM Transport, aff. C-256/97, point 24.

accords avec le débiteur pour faciliter le remboursement¹⁶². Les règles fixées par la France semblent être de nature à répondre aux exigences européennes¹⁶³.

146. Une autre possibilité pour le Trésor public consiste en la cession de rang ou en l'abandon de privilège ou d'hypothèque.

Cela est en effet prévu par l'article L 626-6 du Code de commerce. Pour autant de telles faveurs semblent rarissimes lors de l'élaboration du plan. Elles ne peuvent être accordées qu'après consultation de la commission départementale des chefs des services financiers. Aucun délai ne vient encadrer les demandes ainsi formulées et l'accord de la commission est facultatif. La décision retenue par la commission devra être notifiée au représentant des créanciers par le trésorier payeur général¹⁶⁴.

147. Les remises de dettes et délais de paiement sont des mesures adaptées au cas des entreprises en difficulté car elles répondent précisément à leurs besoins en leur permettant de revenir à meilleure santé. Elles sont intimement liées à la situation économique délicate de l'entreprise et sont parfois à la discrétion du Trésor public. Ce dernier, dans sa démarche visant à soutenir les acteurs économiques affaiblis, sera limité par le droit européen.

II) La prise en compte des difficultés du débiteur limitée par le droit européen.

148. L'Etat est encadré dans sa liberté de venir en aide aux entreprises de manière générale et donc aux entreprises en difficulté. En effet, le marché intérieur de l'Union Européenne est dominé par le paradigme de la loi du marché et de la concurrence libre et non faussée peu compatible avec l'intervention de l'Etat venant en aide à des agents économiques en difficulté. Pour autant, si le système anticoncurrentiel propose de regarder ces aides avec suspicion, une nuance doit être apportée lorsque la disparition de certaines entreprises pourrait elle-même entraîner un déséquilibre, notamment en raison des conséquences économiques et sociales engendrées¹⁶⁵.

¹⁶² CJCE, 29 avr. 1999, aff. C-342-96, Espagne c/ Commission : Rec. CJCE, p. I-2459, point 46.

¹⁶³ E. Lamure, Rapp. Sénat 2008-2009.

¹⁶⁴ G. Amlon, JurisClasseur Commercial 2017, fasc. 2385 « conciliation, sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire – Trésor public – Actions en recouvrement et obligations légales ».

¹⁶⁵ J.-G. Sorbara, Aides publiques et droit des entreprises en difficulté, in Entreprises en difficulté 2012, p. 633.

La Commission européenne a donc élaboré des lignes directrices concernant les aides d'Etat au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté (A). Leur mise en œuvre en France et, plus généralement, l'application des règles européennes, appellent à des mises en conformité invitant à discussion (B).

A) L'évolution européenne en matière d'aides d'Etat, une contrainte mieux adaptée aux réalités économiques

149. Les difficultés rencontrées par les entreprises et le risque de leur disparition du tissu économique constituent un véritable fléau pour l'ordre public économique et social, notamment dans un contexte de chômage rampant et de déficits budgétaires conséquents.

Conscient des enjeux, l'Etat, depuis les années 1970, a pris le problème à bras le corps et, mettant en œuvre un traitement administratif des difficultés des entreprises, s'implique dans le domaine de la défaillance par le biais, notamment, d'aides financières.

Cependant, l'Etat ne peut pas agir sans tenir compte des règles élaborées par l'union européenne (1) qui ont dû être adaptées à la suite des leçons tirées de la crise économique de 2008 (2).

1) L'établissement de règles contraignantes par l'Union Européenne

150. Le principe de concurrence libre et non faussée. L'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) prévoit que les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etats, dans la mesure où elles faussent ou menacent de fausser la concurrence, sont incompatibles avec le marché intérieur.

151. Il découle de cette prohibition que la capacité d'intervention de l'Etat va être considérablement réduite, la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) ayant depuis longtemps affirmé que le caractère fiscal de l'aide n'est pas un frein à l'application de l'article 107 du TFUE¹⁶⁶. Ce dernier devra en effet, le plus souvent, notifier l'aide à la Commission qui pourra déclarer l'aide compatible sous conditions. Pour être compatible, l'aide devra répondre aux objectifs fixés par le traité, c'est-à-dire les aides qui ont un certain caractère social, qui vise à faciliter le développement économique de régions défavorisées, à promouvoir la réalisation d'un projet d'intérêt européen commun, ...

¹⁶⁶ CJCE 2 juillet 1974, Italie c/Commission, aff. 173/73, p. 709.

Il convient donc de s'interroger sur la nature des aides soumises à cette réglementation (1) avant de préciser quelles sont celles qui y échappent (2).

a) La notion d'aide d'Etat

152. Les critères de l'aide d'Etat. La notion d'aide d'Etat est complexe à cerner, d'une part en raison du caractère peu prolixe des textes européens sur ce sujet et d'autre part en raison de l'incroyable diversité de formes que ces aides peuvent prendre, les Etats pouvant redoubler d'imagination en la matière¹⁶⁷. La CJUE¹⁶⁸ a précisé ce qu'il fallait entendre par aide d'Etat en dégagant des critères permettant de caractériser qu'une intervention étatique peut être ainsi ou non qualifiée. Cette décision est transposable sur le terrain de la fiscalité.

153. Un caractère étatique. Tout d'abord, l'aide doit présenter un caractère étatique. Celui-ci sera aisé à détecter lorsque l'intervention se traduit par un transfert des ressources publiques vers l'agent économique. Cependant, notamment en matière fiscale, la mesure peut consister en un allègement de charge ou une réduction d'impôts et ne se manifesterait donc pas à proprement parler par un transfert des ressources de l'Etat, les effets produits étant assimilables à ceux d'une subvention¹⁶⁹. Notons que la Cour précise que la notion d'aide est plus large que celle de subvention puisqu'elle comprend les prestations positives mais également toute intervention, quelle qu'en soit la forme, qui aboutit à alléger la charge de l'entreprise et qui, en ce sens, aura des effets identiques à ceux de la subvention¹⁷⁰.

Par ailleurs, un prélèvement fiscal affecté au financement d'un avantage accordé à certaines entreprises pourra être qualifié d'aide d'Etat si les critères sont remplis, si l'avantage consenti revêt un tel caractère et si le prélèvement, en constituant le mode de financement de la mesure, « *fait partie intégrante* »¹⁷¹ de celle-ci, c'est-à-dire selon la Cour qu'il existe un « *lien d'affectation contraignant* » entre le prélèvement et l'avantage octroyé.

¹⁶⁷ J.-Y. Chérot. Les aides d'Etat dans les Communautés européennes. Paris : Economica, Collection Droit des Affaires et de l'Entreprise, 1998, p. 22 : « *il serait vain tant l'imagination des États est grande en cette matière de prétendre donner une liste exhaustive des différentes formes d'aides entrant dans le champ d'application* » des traités.

¹⁶⁸ CJCE, 24 juill. 2003, Aff. C-280/00, Altmark Trans GmbH : Rec. CJCE 2003, I, p. 7747.

¹⁶⁹ Ph. Oudenot, Fiscalité des sociétés et des restructurations 3^{ème} éd. 2016, n° 59.

¹⁷⁰ CJCE 23 février 1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/ Haute Autorité de la CECA, 30/59 : Rec. CJCE 1961, I, p. 39.

¹⁷¹ CJCE, 25 juin 1970, aff. C-47/69, France c/ Commission, pt 4.

De même, une exonération fiscale, sans constituer un transfert des ressources de l'Etat, place ses bénéficiaires dans une situation avantageuse et pourra être qualifiée d'aide d'Etat¹⁷².

154. Une aide accordée à une entreprise. Ensuite, second caractère, l'aide doit être accordée à une entreprise. Ainsi donc une mesure dont les bénéficiaires sont des particuliers ne pourra pas être qualifiée d'aide d'Etat. La ligne de démarcation est ici constituée par le fait que la mesure ne doit pas non plus bénéficier indirectement aux entreprises, telle que cela était par exemple le cas avec, selon Ph. Oudenot, une mesure incitant à entrer au capital de certaines sociétés pour bénéficier d'une réduction d'impôt de solidarité sur la fortune¹⁷³.

155. Une aide sélective. Le troisième critère est relatif à la sélectivité de l'aide. Elle doit en effet bénéficier à certaines entreprises, le caractère général d'une mesure la mettant donc à l'abri d'une analyse de la Commission¹⁷⁴, conformément au principe selon lequel la fiscalité, prérogative régaliennne, relève de la compétence des Etats membres. Notons que la sélectivité peut être justifiée par « *la nature ou l'économie du système* » fiscal¹⁷⁵, c'est-à-dire que la mesure s'inscrit dans un schéma étranger au système normal de taxation¹⁷⁶. Ce critère de sélectivité est intéressant lorsqu'il s'agit de la mise en place de régimes bénéficiant aux entreprises en difficulté : toutes les entreprises pouvant potentiellement rencontrer des difficultés au cours de leur vie économique, il nous semble qu'en la matière une lecture souple doit être adoptée.

156. Une aide faussant la concurrence. Enfin, la dernière caractéristique déterminante est l'influence de la mesure sur la concurrence et les échanges entre Etats membres. Cette condition est perçue de façon très extensive par la Commission pour laquelle le fait qui considère que l'aide, dans la mesure où elle renforce la position d'une entreprise par rapport à ses concurrents dans les échanges

¹⁷² CJCE, 15 mars 1994, Aff. C-387/92, Banco de Crédito Industrial SA, devenue Banco Exterior de España SA contre Ayuntamiento de Valencia : Rec. CJCE 1994, I, p. 877, points 13 et 14.

¹⁷³ CGI, art. 885 V *bis* .

¹⁷⁴ CJUE, 29 mars 2012, aff. C-417/10, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate c/ 3M italia SpA, pt 36. JCP G 2012, 460.

¹⁷⁵ CJCE, 2 juill. 1974, Aff. 173/73, République Italienne / Commission des Communautés européennes : Rec. CJCE 1974, p. 709.

¹⁷⁶ CJCE, 8 nov. 2001, Aff. C-143/99, Adria-Wien Pipeline GmbH et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH contre Finanzlandesdirektion für Kärnten : Rec. CJCE 2001, I, p. 8365.

communautaires, influence ces derniers¹⁷⁷, et ce indépendamment du fait que l'entreprise bénéficiaire exerce une activité exportatrice au sein de l'union ou non¹⁷⁸.

157. Le critère du créancier privé – outil d'appréciation. Par ailleurs, un autre critère devra être pris en compte par la Commission. La CJUE¹⁷⁹ rappelle en effet l'application du critère du créancier privé dans le cadre de l'analyse de la compatibilité d'une aide avec le marché intérieur. Dans cette affaire, une entreprise avait bénéficié de l'annulation de 65% de sa dette fiscale dans le cadre d'une procédure collective d'insolvabilité. Pour déterminer si cet avantage pouvait être qualifié d'aide d'Etat, il convient de se demander si le bénéficiaire aurait pu obtenir le même soutien de la part d'un créancier privé, c'est-à-dire dans les conditions normales du marché¹⁸⁰. La Commission doit se livrer à une analyse économique complexe et globale pour se positionner¹⁸¹. En l'espèce, elle aurait dû prendre en compte la durée de la procédure de liquidation judiciaire pour déterminer si un créancier privé normalement prudent aurait accordé l'aide¹⁸².

158. Plus largement ce critère s'inscrit dans la nécessité de l'existence d'une contrepartie à l'avantage accordé.

b) Des aides dispensées de contrôle

159. D'autres aides, en revanche, seront exclues du contrôle de la commission. Deux d'entre elles peuvent être notamment citées.

160. Les aides existantes. Cela sera le cas pour les aides existantes, c'est-à-dire les aides qui existaient lors de l'entrée en vigueur du traité de Rome¹⁸³. En revanche, dès lors qu'elles feront l'objet d'une modification substantielle, il sera nécessaire de procéder à une notification auprès de la commission¹⁸⁴.

¹⁷⁷ CJCE, 21 juill. 2005, Aff. C-71/04, Xunta de Galicia : Rec. CJCE 2005, I, p. 7419.

¹⁷⁸ 21 mars 1990, Belgique/Commission, dit "Tubemeuse", C-142/87 : Rec. CJCE 1990, I, p. 959, point 25.

¹⁷⁹ CJUE, 24 janvier 2013, aff. C-73/11 P, Frucona Ko.

¹⁸⁰ CJCE, 19 mai 1999, Aff. C-6/97, République Italienne / Commission : Rec. CJCE 1999, I, p. 2981 ; Dr. fisc. 1999, n° 29, comm. 603, note P. Dibout.

¹⁸¹ CJCE, 22 nov. 2007, aff. C-525/04 P, Espagne/Lenzing : Rec. CJCE 2007, I, p. 9947.

¹⁸² G. Decocq, L'annulation de 65% d'une dette fiscale dans le cadre d'une procédure collective constitue-t-elle une aide d'Etat ?, Contrats concurrence consommation, n° 3 Mars 2013, comm. 61.

¹⁸³ Traité de Rome, art. 108 § 1.

¹⁸⁴ Traité de Rome, art. 108 § 3.

161. Les aides de *minimis*. Aussi, la réglementation européenne met en place un effet de seuil qui permet de considérer que certaines aides n'ont pas la qualité d'aides d'Etat et n'ont donc pas à être notifiées à la Commission, il s'agit des aides de *minimis*. Le montant de ces aides est tel que, par principe, il est admis qu'elles n'auront pas de conséquence sur le marché, la concurrence et les échanges communautaires.

En vertu du dernier règlement européen en la matière¹⁸⁵, les aides accordées pour un montant total inférieur à 200 000 euros sur une période de trois exercices fiscaux n'ont pas la nature d'aides d'Etat. Ce seuil est apprécié d'un point de vue global dans la mesure où il convient de tenir compte des liens entretenus par les entreprises auxquelles les aides sont accordées. Ainsi, la réglementation prévoit que les entreprises contrôlées en droit ou en fait doivent être considérées comme une entreprise unique. Cela sera le cas dans les situations où une société détient, directement ou indirectement, la majorité des droits de vote dans une entité, lorsqu'elle aura le pouvoir de révoquer ou de nommer la majorité des membres des organes dirigeantes ou lorsqu'elle pourra exercer une influence dominante, en vertu d'un conclu avec cette autre entité.

Toutes les aides considérées comme des aides de *minimis* perçues durant l'exercice en cours et les deux exercices précédents devront être prises en compte.

La fraction de l'aide excédant le seuil fixé ne sera plus considérée comme un aide de *minimis* et l'entreprise ne pourra plus en bénéficier. Il revient à cette dernière de s'assurer qu'elle ne dépasse pas le seuil, l'Etat n'ayant ici qu'une obligation de l'informer qu'il s'agit d'une aide ayant le caractère de *minimis*.

162. En ce qui concerne les aides qui ne peuvent bénéficier de ce régime d'admission de principe, la Commission peut dessiner, sous formes de lignes directrices, quels sont les critères qui permettront de juger de leur compatibilité ou non avec le TFUE.

2) Les nouvelles lignes directrices de l'Union Européenne en matière de sauvetage des entreprises

163. La modernisation des lignes directrices de la Commission européenne. Depuis plus de vingt ans, la Commission européenne édicte des lignes directrices relatives aux aides d'Etat au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté qui permettent d'entrevoir sa grille de

¹⁸⁵ Règl. UE, n° 1407/2013, 18 décembre 2013.

lecture pour qualifier une aide de compatible ou non avec le marché intérieur¹⁸⁶. Les premières lignes directrices ont été publiées en 1994 et ont fait l'objet de modifications, jusqu'à aboutir à une certaine stabilité avec celles publiées en 2004 qui ont été prorogées en 2009 puis en 2012. Le 31 juillet 2014, la commission européenne a publié de nouvelles lignes directrices¹⁸⁷ dont le champ d'application est restreint aux entreprises qui ne sont pas des établissements financiers, la crise économique de 2008 ayant mis en exergue la nécessité de règles adaptées au traitement des difficultés de ces derniers.

164. Un cadre avait été élaboré par la Commission dans une communication du 8 mai 2012 dans laquelle les objectifs en matière de modernisation des aides d'Etats sont rappelés. Il s'agit de favoriser une croissance intelligente durable et inclusive dans un marché concurrentiel, de recentrer le contrôle *ex ante* de la Commission sur les problématiques ayant le plus d'incidence sur le marché intérieur et de renforcer la coopération entre les Etats sur le sujet des aides d'Etat et enfin de simplifier le cadre général tout en accélérant le processus de décision.

165. Les aides aux entreprises comme dernier recours. La Commission rappelle, dans ses lignes directrices, que les aides au sauvetage des entreprises en difficulté sont celles qui génèrent le plus de distorsions de concurrence, notamment en raison du fait qu'elles limitent la sortie du marché d'acteurs déficients. Ainsi, elles ne devront être accordées que dans une situation où toutes les solutions offertes par le marché ont été épuisées et lorsqu'elles permettent d'atteindre un objectif d'intérêt commun bien défini. Ces derniers sont ceux qui sont visés par le paragraphe 3 l'article 107 du TFUE, par exemple l'existence d'un taux de chômage dans une région supérieur au taux moyen au sein de l'Union Européenne et que cette région connaisse des difficultés particulières et persistantes pour créer des emplois. Par ailleurs, l'octroi des aides est soumis à un principe de non-récurrence selon lequel il ne sera possible de bénéficier d'un soutien étatique de cette nature qu'une fois sur une période de dix ans.

166. La Commission s'inquiète du risque que comporte une politique d'aides d'Etats quant à l'incitation qu'elle peut représenter pour les entreprises d'adopter des stratégies risquées sachant

¹⁸⁶ S. Poillot-Peruzzetto, Sévérité accrue à l'égard des aides d'Etat aux entreprises en difficulté : Contrats, conc. consom. Févr. 2005, p. 20, comm. 33 ; L. Idot, La modernisation du droit de la concurrence : au tour des aides d'Etat : Europe juill. 2005, focus 56, p.4.

¹⁸⁷ Communication Comm. UE, Lignes directrices concernant les aides d'Etat au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté autres que les établissements financiers, JOUE 31 juillet 2014, n° C 249.

qu'elles pourront demander de l'aide en cas de difficulté, quant au fait aussi qu'elle peut entraîner une course au mieux-offrant entre Etats¹⁸⁸.

167. Le champ d'application. La Commission, délimite un champ d'application de son texte et définit ainsi ce qu'il faut entendre par entreprises en difficulté. Elle explique, d'une manière globale, ce qu'elle entend, c'est-à-dire une entreprise dont l'activité est vouée à cesser à court ou moyen terme si l'Etat n'intervient pas. Elle énumère ensuite les situations dans lesquelles un tel état est rencontré. Par exemple, il sera admis que l'entreprise qui est soumise à une procédure collective d'insolvabilité ou qui répond aux conditions posées par son droit national pour en bénéficier est en difficulté. Pour ce qui est des entreprises à responsabilité limitée, elles seront considérées en difficulté si plus de la moitié de leur capital social souscrit a disparu à raison des pertes accumulées. Pour les entreprises autres que les PME, le critère est simplifié et est rempli lorsque lors des deux exercices précédents, le ratio d'endettement est supérieur à 7,5 et le ratio de couverture des intérêts de l'entreprise¹⁸⁹ est inférieur à 1. Ce dernier ratio, d'influence très financière, est une innovation dans les lignes directrices.

168. Certaines entreprises sont exclues du champ d'application, c'est le cas de celles exerçant dans certains secteurs industriels telle la sidérurgie, ou du secteur financier, ou encore des entreprises qui font partie d'un groupe notamment si les difficultés peuvent être résolues par le groupe lui-même.

169. Lorsque l'aide ne concerne pas une PME, elle doit faire systématiquement l'objet d'une notification à la Commission qui se basera sur sept critères pour déterminer si elle est compatible ou non avec le marché intérieur. Parmi eux, peuvent être cités le fait que l'aide doit être appropriée, c'est-à-dire que ne doivent pas exister des mesures engendrant moins de distorsions et aboutissant au même résultat, et être proportionnel, c'est-à-dire qu'il s'agit du minimum de ce qui doit être fait pour atteindre l'objectif.

170. Le régime spécifique aux PME. Notons qu'un régime spécifique de faveur est mis en place pour les PME. En effet, pour la détermination de l'état de difficulté des entreprises en cause, le nouveau ratio financier introduit par les dernières lignes directrices ne s'applique pas aux petits bénéficiaires, ce qui est leur est favorable dans la mesure où les PME présentent pour beaucoup une

¹⁸⁸ Th. Matrullo, Aides d'Etat : nouvelles lignes directrices de la Commission, Rev. Proc. Coll. 2015, n°4, comm. 92.

¹⁸⁹ Calculé sur la base de l'Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization (EBITDA).

fragilité financière et leur endettement est parfois conséquent. Cette exclusion permettant à de nombreux agents de ne pas être considérés en difficulté est un atout dans la mesure où de nombreux règlements et communications interdisent l'octroi d'aides aux entreprises en difficulté.

Ensuite, si une PME entre dans le champ des lignes directrices relatives aux aides au sauvetage et à la restructuration, elle bénéficiera d'un régime aménagé, des « régimes d'aides pour les faibles montants et les petits bénéficiaires » étant instaurés aux points 104 et suivants des lignes directrices.

171. Notamment, la Commission, en ce qui concerne les aides accordées aux PME, se prête à une vision extensive de la notion d'intérêt commun. En effet, dans le régime général, les Etats doivent démontrer que la défaillance du bénéficiaire serait de nature à entraîner d'importantes difficultés sociales ou économiques. L'analyse est individuelle et spécifique lorsqu'il s'agit d'une grande entreprise en défaillance pendant qu'elle est collective et globale dans le cas d'un petit bénéficiaire¹⁹⁰. Cette distinction est compréhensible dans la mesure où il ne peut être attendu des difficultés d'une PME qu'elle provoque directement des difficultés sociales ou une défaillance du marché, comme le pourrait un agent économique important.

172. Par ailleurs en ce qui concerne les conditions d'octroi de l'aide, celle-ci doit répondre, nous l'avons vu, aux critères du caractère approprié et proportionnel. Le premier sous-entend que, dans le cas des aides accordées aux grandes entreprises, les Etats membres, dans un délai de six mois, fournissent à la commission la preuve que le crédit a été intégralement remboursé ou qu'il a été mis fin à la garantie ou présentent un plan de restructuration ou de liquidation précis. Dans le cas d'une PME, les modalités sont allégées et une simple analyse de la situation du bénéficiaire doit être faite. Le second caractère sous-entend que l'aide soit limitée au minimum nécessaire ce qui implique une participation du bénéficiaire à sa restructuration, chiffrée à 50% des coûts pour les grandes entreprises. Dans le cas d'une PME ce critère est aussi facilité dans la mesure où la participation du bénéficiaire est proportionnelle à sa taille et la participation aux coûts de restructuration est ainsi portée à 40% pour les entreprises de taille moyenne et 25% pour les petites entreprises.

173. A propos des restrictions visant à limiter les distorsions de concurrence, la Commission assouplit aussi les règles concernant les petits bénéficiaires. En effet, dans le cas général, les mesures préventives se traduisent généralement par des cessions d'actifs, des réductions de la présence sur le

¹⁹⁰ C. Galokho, Le traitement de faveur des PME dans le cadre des lignes directrices concernant les aides au sauvetage et à la restructuration, *Revue Lamy Concurrence*, 2015, 43.

marché ou de capacité. Les lignes directrices indiquent que ces mesures présentent le risque d'avoir un impact trop important sur les petites entreprises et que les Etats ne sont donc pas tenus de les exiger.

174. Enfin, et il s'agit d'une des principales innovations des lignes directrices de 2014, est créé un nouveau type d'aide spécialement dédié aux PME. A côté des aides au sauvetage, décrites comme urgentes et transitoires, octroyées pendant un délai de six mois maximum et qui visent à maintenir l'entreprise le temps d'élaborer un plan de restructuration ou de liquidation, et des aides à la restructuration, qui se placent dans une vision de plus long-terme et qui visent rétablir le bénéficiaire dans une période de pérennité, existent désormais les mesures de soutien à la restructuration. Comme l'aide au sauvetage, ce nouveau type d'aide prend la forme d'une aide à la liquidité. Pour autant leur finalité est différente : l'aide au sauvetage permet le maintien à flot de l'entreprise le temps de l'élaboration d'un plan ; le soutien temporaire à la restructuration, qui peut s'étaler sur une période de dix-huit mois, vise au soutien à la mise en place d'une solution de restructuration, se rapprochant ainsi du point de vue de la finalité de l'aide à la restructuration. Les lignes directrices mentionnent comme objectif de soutien temporaire à la restructuration le rétablissement de la viabilité à long-terme. Ces aides, d'un montant maximal de dix millions d'euros présentent l'avantage de permettre aux PME de passer outre la lourdeur de la procédure encadrant l'octroi d'aides à la restructuration¹⁹¹.

175. Si l'aide ne répond pas aux conditions posées et est jugée incompatible avec le TFUE par la Commission ou qu'il n'a pas été procédé à la notification préalable lorsqu'elle est requise, la sanction pourra être lourde de conséquence ce qui invite les Etats membres à se conformer aux exigences de l'Union Européenne.

B) La mise en conformité avec les règles européenne des dispositions fiscales étatiques

176. Les procédures en recours pour manquement. Il revient à la Commission, dotée d'un pouvoir souverain d'appréciation, de déterminer si une aide est incompatible avec le marché intérieur. Dans ce cas, elle pourra demander la restitution de l'aide. L'Etat membre est alors contraint de demander aux bénéficiaires de l'aide de la lui restituer, ce qui peut être très lourd de conséquences pour les entreprises, sans quoi la Commission pourra engager une procédure en recours pour

¹⁹¹ Ph. Prigent, Aides aux entreprises en difficulté : des règles modernisées, Revue Lamy Concurrence, 2015, 42.

manquement contre laquelle l'Etat membre aura pour seul moyen de défense la démonstration devant la CJUE qu'il est face à une impossibilité absolue de recouvrer les sommes.

177. La condamnation de la France. C'est ainsi que le régime d'exonération des sociétés créées pour la reprise d'une entreprise en difficulté prévu par l'article 44 *septies* du Code général des impôts a connu un passé mouvementé¹⁹².

Ce régime qui permet une exonération temporaire d'impôt sur les sociétés dans certaines conditions doit s'analyser comme une aide d'Etat et doit ainsi répondre aux exigences posées par l'Union Européenne en la matière. Or, la Commission Européenne, en 2003, a jugé que le système mis en place par la France était incompatible avec les dispositions communautaires en vigueur¹⁹³. Il a en effet été remarqué que les aides accordées ne se limitaient pas au simple sauvetage de l'entreprise. Telle analyse a eu des conséquences remarquables en France puisqu'il a fallu mettre fin au régime jugé incompatible et récupérer les avantages perçus depuis 1991. Pour autant, la France n'a pas engagé de procédure en vue de récupérer les aides malgré les annonces faites en ce sens¹⁹⁴. Par la suite, la France a été condamnée pour non récupération des exonérations d'impôt sur les sociétés¹⁹⁵.

178. Récupération des aides illégales. Notons que dans le cadre de la récupération des aides illégalement versées, un contentieux intéressant est intervenu et a été récemment tranché par le Conseil d'Etat. Une société faisant l'objet d'une récupération a contesté sur le fonds la procédure mise en œuvre à son encontre au motif qu'il y aurait eu une erreur sur la personne du débiteur de la restitution. En effet, la société bénéficiaire de l'aide avait fait l'objet d'un rachat et dès lors deux jurisprudences de la CJCE pouvaient trouver à s'appliquer. D'une part, les juges européens avaient jugé que lorsqu'une entreprise ayant bénéficié d'une aide indue avait été rachetée au prix de marché, l'aide avait été évaluée dans le prix de cession et, dès lors, l'acheteur ne pouvait être considéré comme ayant été avantagé par rapport aux autres acteurs sur le marché¹⁹⁶. D'autre part, cette jurisprudence avait été nuancée : dans les cas où l'entreprise ayant bénéficié de l'aide conserve sa personnalité juridique et continue d'exercer l'activité subventionnée, c'est cette entreprise qui conserve l'avantage

¹⁹² B. Soinne, Le défunt article 44 *septies* du Code général des impôts : Rev. Proc. Coll. 2004, p. 126.

¹⁹³ Comm. UE, 16 déc. 2003, communiqué IP/03/1738 : Dr. fisc. 2003, n° 52, act. 272.

¹⁹⁴ Rép. Grignon : JO Sénat CR, 16 juin 2004, p 4239. – Rép. Terrot : JOAN 10 août 2004, p. 6286, n° 41169.

¹⁹⁵ CJCE, 2e ch., 13 nov. 2008, aff. C-214/07, Commission c/ France : Dr. fisc. 2008, n° 47, act. 341 ; RJF 2/2009, n° 182. – A. Maitrot de la Motte, Condamnation de la France pour absence de récupération d'aides d'Etat fiscales illégales : Dr. fisc. 2008, n° 51, act. 365.

¹⁹⁶ CJCE, 20 sept. 2001, aff. C-390/98, H. J. Banks & Co. Ltd c/ The Coal Authority : Rec. CJCE 2001, p. I-6617, concl. N. Fennelly ; Europe 2001, comm. 333, note L. Idot.

concurrentiel et qui doit procéder au remboursement des aides¹⁹⁷. Dans l'affaire en cause, la CAA de Douai avait considéré que la première jurisprudence devait être appliquée dans la mesure où le capital de la société bénéficiaire de l'aide avait été acheté au prix de marché¹⁹⁸. Le Conseil d'Etat annule cette décision en retenant que la société avait conservé sa personnalité juridique et avait continué à exercer l'activité subventionnée. En l'espèce la société avait bien conservé sa personnalité juridique jusqu'à son absorption dans le cadre d'une transmission universelle de patrimoine au profit de l'acquéreur. Ce dernier, par cette opération, c'était substitué à la société bénéficiaire dans son obligation de rembourser l'aide illégale¹⁹⁹.

179. Adaptation du régime. Remanié, le régime a été mis en conformité avec les exigences des traités européens puis réaménagé par la loi de finances rectificative pour 2014²⁰⁰ et il est désormais prévu que le dispositif s'appliquera jusqu'au 31 décembre 2020.

Le dispositif est bicéphale et comporte un régime général et des régimes spécifiques. Le premier (1) est soumis à la réglementation en matière des aides de *minimis* tandis que les seconds (2) bénéficient de plafonds plus élevés mais sont d'application plus restreinte.

1) La mise en conformité du régime général de la reprise d'une entreprise en difficulté

180. Lorsque les conditions sont remplies (a), les entreprises bénéficient d'une exonération d'impôt sur les sociétés qui ne doit pas dépasser certains plafonds (b).

a) Les conditions requises pour bénéficier de l'exonération

181. Les conditions requises pour bénéficier de l'exonération temporaire d'impôt sur les sociétés sont doubles. Elles concernent d'une part l'entreprise reprise (i) et d'autre part l'entreprise nouvelle (ii).

¹⁹⁷ CJCE, 6e ch., 30 avr. 2004, aff. C-277/00, Allemagne c/ Comm., pt 81 : Europe 2004, comm. 215, note L. Idot.

¹⁹⁸ CAA Douai, 2e ch., 5 juill. 2016, n° 14DA02046, min. c/ Sté Railtech International : JurisData n° 2016-014227 ; Dr. fisc. 2016, n° 40, comm. 531, note J.-M. Guyau.

¹⁹⁹ CE, 3e et 8e ch., 24 nov. 2017, n° 403183, min. c/ Sté Railtech : JurisData n° 2017-023730 : Dr. fisc. 2018, n° 18-19, comm. 269.

²⁰⁰ L. fin. rect. n° 2014-1655, 29 décembre 2014, art. 47, I, C et II : JO 30 décembre 2014.

i) Les conditions relatives à l'entreprise reprise

182. La forme juridique de l'entreprise. Concernant la forme juridique de l'entreprise reprise, les conditions sont souples puisqu'il peut s'agir aussi bien d'une entreprise individuelle que d'une société. Par ailleurs, la reprise pourra porter tant sur l'entreprise dans son ensemble que sur un ou plusieurs de ses établissements.

Par établissement il faut entendre toute installation fixe utilisée par une entreprise en lieu déterminé et munie de l'ensemble des équipements nécessaires à son fonctionnement ou d'une installation intégrée dans un ensemble et pouvant faire l'objet d'une exploitation autonome.

183. Les difficultés de l'entreprise. Les conditions les plus importantes tiennent aux difficultés que connaît l'entreprise reprise.

L'article 44 *septies* fait référence aux procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaire.

Dans le cadre de la procédure de sauvegarde, la reprise peut s'effectuer par le rachat d'un établissement ou d'une branche autonome et complète d'activité industrielle.

Souvent l'état des difficultés financières découlera de l'engagement d'une procédure de redressement judiciaire. A fortiori, l'existence d'une procédure de liquidation judiciaire permettra le bénéfice du régime dans le cadre de cessions ordonnées par le juge-commissaire.

Il peut s'agir d'une cession partielle portant sur des éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes d'activité ou d'une cession totale.

Le fait que l'établissement ait cessé toute activité pendant quelques mois n'empêchera pas au repreneur de bénéficier de l'exonération.

184. Quant aux difficultés de l'établissement repris, il faut adopter un raisonnement au niveau de l'établissement et non de la société. En effet, une société peut connaître des difficultés de manière générale sans pour autant que l'établissement concerné par la reprise ne soit lui-même dans une situation déficitaire²⁰¹.

185. Un état de cessation des paiements imminent. Dans certaines situations, le niveau de difficultés est interprété souplesment par la jurisprudence. La Cour de cassation a en effet pu se borner à constater de faibles résultats sociaux et un refus de concours bancaires pour appliquer le régime²⁰².

²⁰¹ CAA Douai, 10 avril 2002, n°98DA01536 ; CAA Nantes, 3 juill. 1996 : Dr. fisc. 1996, n° 47, comm. 1400.

²⁰² Cass. com., 18 avr. 1989, n° 87-18651 : Dr. fisc. 1989, n° 27, comm. 1413, n° 4.

Le fait qu'une procédure collective ne soit pas encore engagée n'est pas en soi un obstacle au bénéfice du régime. Cependant, il faut que la situation financière de l'entreprise rende imminent l'état de cessation des paiements et que l'arrêt de l'activité ne soit pas seulement probable mais inévitable²⁰³.

186. Une activité industrielle. Pour l'activité de l'entreprise en difficulté, le régime ne concerne que la reprise d'établissements qui exercent exclusivement une activité industrielle, les activités commerciales, artisanales ou agricoles étant exclues du régime²⁰⁴. Aussi, l'ensemble des actifs repris doit-il être affecté à cette activité.

Le Conseil d'Etat est venu préciser ce qu'il fallait entendre sous la notion d'activité industrielle dans le cadre de l'article 44 *septies* du Code général des impôts²⁰⁵. Il s'agit d'une activité en lien direct avec la fabrication ou la transformation de biens corporels mobiliers qui a nécessité de manière prépondérante la mise en œuvre d'installations techniques, matériels et outillages. Ces deux critères relatifs à la nature de l'activité et à l'importance des moyens mis en œuvre doivent être appréciés cumulativement²⁰⁶.

187. Sont formellement exclues par le texte les activités de transport, de sidérurgie, financières ou encore le charbon. La loi de finances rectificative pour 2014 ajoute notamment le secteur de la production et de la distribution d'énergie mais retire des exclusions celui de la construction automobile. La liste des secteurs exclus est jugée trop étendue par certains qui regrettent que le législateur se soit inspiré d'un règlement²⁰⁷ non-applicable au régime général, générant ainsi des restrictions que le droit européen n'exigeait pas²⁰⁸.

ii) Les conditions relatives à l'entreprise nouvelle

²⁰³ CE, 9e et 8e ss-sect., 26 juin 1996, n° 144803 : Dr. fisc. 1996, n° 48, comm. 1444 ; RJF 8-9/1996, n° 981 ; Rev. pr. coll. 1998, n° 4, p. 369, obs. B. Soinne

²⁰⁴ CAA Douai, 1re ch., 30 mars 2000, n° 96-2960 : Dr. fisc. 2001, n° 7, comm. 120.

²⁰⁵ CE, 9e et 10e ss-sect., 5 mai 2008, n° 300848, min. c/ Sté Midi Asphalte Entreprise : JurisData n° 2008-081335 ; Dr. fisc. 2008, n° 25, comm. 382, concl. P. Collin ; RJF 8-9/2008, n° 937 ; BDCF 8-9/2008 n° 100, concl. P. Collin.

²⁰⁶ TA Nantes, 1re ch., 26 janv. 2001, n° 96-210 : RJF 8-9/2001, n° 1054. – TA Nantes, 21 janv. 2000, n° 95-1464, 95-3431, 96-482, 96-1798, 97-3006 : RJF 5/2000, n° 635.

²⁰⁷ RGEC n° 651/2014 du 17 juin 2014.

²⁰⁸ G. Dedeurwaerder, Régime fiscal de la reprise d'une entreprise en difficulté : une imparfaite adaptation au droit de l'Union européenne, BJE 2015, n°3 - R. Chotin, Entreprises nouvelles : quoi de neuf ? ou les déclinaisons latines de l'article 44 du code général des impôts, LPA, 14 juillet 1995, no 84, p. 8.

188. Il n'est pas rare que dans le cadre de reprise, les repreneurs, qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale, constituent une société nouvelle²⁰⁹. Cette solution est en effet encouragée par le régime fiscal qui y est associé sous certaines conditions. Cela peut par exemple être le cas d'une société constituée dans ce but par les anciens salariés sous la forme d'une SCOP notamment²¹⁰.

189. Une entreprise soumise à l'impôt sur les sociétés. Quant au statut fiscal de l'entreprise nouvelle, il faut qu'elle soit soumise de plein droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés au taux normal.

190. Un objectif exclusif de reprise. En ce qui concerne l'activité de l'entreprise nouvelle, elle doit avoir pour objet exclusif l'exploitation de l'entreprise ou des établissements repris. Il faut que la reprise de l'exploitation soit réelle et elle ne doit pas se borner à quelques éléments de celle-ci. L'exploitation de cette activité doit être maintenue tout au long de la période d'exonération, faute de quoi elle en perdrait le bénéfice.

191. La remise en cause du régime. Certains événements peuvent entraîner la remise en cause du régime d'exonération, c'est le cas de la dissolution, de la fusion, de la transformation entraînant la création d'un être moral nouveau ou encore du transfert du siège ou d'un établissement à l'étranger. En revanche, la transmission universelle de patrimoine ne relevant pas d'une décision de la société confondue qui l'a subie, n'emporte pas la perte du bénéfice du régime²¹¹.

L'activité reprise ne doit pas être interrompue au cours des trois premières années d'exploitation. Par ailleurs, dans le cas d'une reprise de plusieurs activités, la cession de l'une d'entre elles fait perdre le bénéfice de l'exonération pour l'ensemble des activités²¹².

192. Non-respect des obligations déclaratives en matière de TVA. Notons que l'article 302 *nonies* du CGI subordonne le bénéfice du régime d'exonération prévu par l'article 44 *septies* au respect des obligations déclaratives en matière de TVA. En effet, dans le cas où une des déclarations de

²⁰⁹ Cass. com., 25 nov. 1997, n° 95-16.760 : JurisData n° 1997-004694 ; Bull. civ. 1997, IV, n° 299 ; JCP G 1998, IV, 1087 ; D. affaires 1998, p. 161.

²¹⁰ J.J. Fraimout, JurisClasseur Commercial 2013, fasc. 2730, n° 25.

²¹¹ CE, 10 nov. 2010, n° 314046 : JurisData n° 2010-021016 ; Rev. proc. coll. 2011-3, comm. 95, obs. P. Neau-Leduc et M. Hubert.

²¹² CE, 3e et 8e ss-sect., 8 juill. 2005, n° 264641, Sté Endupack : JurisData n° 2005-080761 ; Dr. fisc. 2005, n° 51, comm. 826, concl. E. Glaser ; RJF 2005, n° 1162.

chiffre d'affaires se rapportant à l'exercice concerné n'aurait pas été souscrite dans les délais et dans le cas où il s'agirait d'une deuxième omission successive l'allégement d'impôt ne s'appliquerait pas. L'étude de la remise en cause du régime doit ici se faire exercice par exercice et non sur l'entièreté de la période d'exonération²¹³.

193. Enfin, il existe une restriction : l'entreprise nouvelle doit être indépendante tant juridiquement qu'économiquement de l'entreprise en difficulté.

194. L'absence de dépendance juridique. Du point de vue de la dépendance juridique, le capital de l'entreprise nouvelle ne doit pas être détenu, directement ou indirectement, par les personnes qui, à un quelconque moment d'une période de douze mois précédant le rachat, étaient associées ou exploitantes de l'entreprise en difficulté.

De même, le capital ne doit pas avoir été détenu, directement ou indirectement, par des personnes qui ont, pendant une période de douze mois précédant le rachat, détenu à plus de 50% le capital de l'entreprise en difficulté.

Une personne sera détentrice indirecte lorsque les droits de vote ou dividendes dans la société créée ou dans l'entreprise en difficulté sont détenus par un membre de son foyer fiscal, par une entreprise dont elle détient plus de 50% des droits sociaux ou dans une société dans laquelle elle exerce les fonctions de dirigeant de droit ou de fait.

Le recours à une personne morale ne doit pas être un moyen de pratiquer une reprise par des personnes n'ayant pas la qualité de tiers²¹⁴.

195. Le maintien de cette exigence du caractère véritablement nouveau de l'entreprise créée est critiqué dans la mesure où cette condition pourrait être l'une des raisons au faible recours à ce régime. La doctrine qui relève qu'ici encore le droit national pose des restrictions qui ne sont pas imposées par le droit européen²¹⁵.

196. Du point de vue de la dépendance économique, elle concerne le cas où un ou plusieurs établissements sont cédés, l'entreprise cédante ne doit pas avoir de liens économiques avec l'entreprise nouvelle.

²¹³ R. Vabres, *JurisClasseur Fiscal Impôts directs* Traité 2016, Fasc. 1108-30, n° 71.

²¹⁴ CA Aix-en-Provence, 8e ch. A, 26 janv. 2012, n° 11/04924 : *JurisData* n° 2012-003291 ; *Rev. proc. coll.* 2012, 3, comm. 85, obs. J.-J. Fraimout.

²¹⁵ G. Dedeurwaerder, *Régime fiscal de la reprise d'une entreprise en difficulté : une imparfaite adaptation au droit de l'Union européenne*, *BJE* 2015, n°3.

Il ne faut donc pas qu'existent entre elles de relations commerciales ou financières. Toutefois, des relations d'une faible intensité seront acceptées²¹⁶.

197. Caractère exclusif de l'activité exercée – l'excès de zèle de l'administration. Une condition a été posée par l'administration fiscale et est fortement critiquable d'une part parce qu'elle ne découle en rien des exigences européennes et, d'autre part, parce qu'elle ne figure pas dans les dispositions de l'article 44 *septies*. L'administration fiscale exige que la société nouvelle exerce exclusivement, tout au long de la période d'exonération, l'activité reprise²¹⁷. La doctrine administrative pose tout de même une tolérance en admettant l'exercice d'une activité revêtant un caractère complémentaire indissociable de l'activité éligible au régime d'exonération. Dans ces conditions, que reste-t-il de l'avantage octroyé par le législateur ? En effet, afin de rendre effective l'utilité de l'article 44 *septies*, il conviendra de réaliser des bénéfices dans le délai, très court, de deux années. Les repreneurs devront donc, sur la base exclusive de l'activité reprise, qui par hypothèse connaît de graves difficultés, réaliser des bénéfices en l'espace de vingt-quatre mois. Le faible recours à ce dispositif, dans ces conditions, n'est pas très surprenant et il conviendrait de revenir sur cette condition. En effet, il convient de relever que cette dernière est en contradiction flagrante avec les règlements européens qui envisagent l'octroi de l'aide au repreneur et non l'octroi de l'aide à l'activité reprise²¹⁸.

198. Lorsque les conditions mentionnées ci-dessus sont remplies, l'entreprise qui reprend une entreprise en difficulté pourra bénéficier d'une exonération de son impôt sur les sociétés pendant une certaine période et dans la limite de certains plafonds.

b) L'exonération d'impôt sur les sociétés pour l'entreprise créée

199. En ce qui concerne l'exonération, et avant de s'intéresser à son plafonnement (i), il faut déterminer pour quelle période et pour quels bénéfices elle s'applique (ii).

²¹⁶ BOI-IS-GEO 20-10-10 § 200.

²¹⁷ BOI-IS-GEO 20-10-10 § 210 : « (...) Par ailleurs, la société nouvelle doit avoir été créée pour la reprise et ne peut exercer, au cours de l'ensemble de la période d'exonération, aucune autre activité que l'activité reprise, dès lors qu'elle ne peut bénéficier d'une aide qu'au titre des bénéfices issus de cette seule activité. (...) »

²¹⁸ P. Serlooten, « Entreprises en difficulté – Droit Fiscal », Rép. Dr. Com., avril 2016, n° 95.

i) La période et les bénéfices exonérés

200. Le point de départ de la période d'exonération. L'entreprise nouvelle pourra bénéficier du régime d'exonération à compter de sa date de création. Toutefois, si elle est postérieure, ce sera la date de rachat du fonds ou de prise d'effet du contrat de location-gérance qui sera retenue.

L'exonération débute le mois de la création de l'entreprise et perdure les vingt-trois mois suivants. Une question se pose alors dans le cas où la date de clôture de l'exercice et la date de fin de l'exonération ne coïncident pas. Il faudra ici faire une répartition au *pro rata temporis* en fonction des bénéfices qui interviennent durant la période d'exonération et ceux qui interviennent entre la fin cette période et la clôture de l'exercice.

201. Les bénéfices exonérés. Quant aux bénéfices, seront exonérés ceux qui auront été régulièrement déclarés dans les délais légaux.

Les bénéfices non déclarés ne bénéficieront pas de l'exonération comme cela sera notamment le cas pour les rehaussements effectués par l'administration dans le cadre d'un contrôle. En revanche, pourront bénéficier de l'exonération les bénéfices qui ont fait l'objet d'une déclaration rectificative spontanée déposée par l'entreprise en vue de rattraper ses erreurs dans les délais légaux.

Seuls sont exonérés les bénéfices qui auraient été imposés si l'article 44 *septies* n'avait pas trouvé à s'appliquer. Ainsi, faudra-t-il tenir compte des reports déficitaires que l'entreprise aurait pu imputer.

ii) Le plafonnement de l'exonération

202. Un critère temporel. Concernant les plafonnements de l'exonération²¹⁹, il faut distinguer selon que l'on se place avant ou après le 1^{er} janvier 2007. En effet, pour les reprises intervenues avant cette date, l'exonération est soumise au plafonnement prévu par le règlement européen relatif aux aides de *minimis*, que l'entreprise bénéficie ou non du plafond régional ou du plafond petites et moyennes entreprises. Après cette date, l'application du plafond des aides de *minimis* est exclusive des autres plafonds.

²¹⁹ R. Steiner, « L'exonération pour reprise d'entreprise en difficulté « liquidée » par Bercy ? », Nouvelles fiscales, 1er avril 2004, no 911, p. 4.

203. Exercices clos avant le 1^{er} janvier 2007. Pour les exercices clos jusqu'au 31 décembre 2006, l'ensemble des aides perçues par une société est limité par les règles communautaires à cent mille euros sur trois ans²²⁰. Par ailleurs, les entreprises qui sont situées sur une zone éligible à la prime d'aménagement du territoire et les petites et moyennes entreprises peuvent obtenir, sur agrément, une majoration de cette aide. Ces entreprises ont donc le choix de se placer sous le régime des aides à finalité régionale ou sous celui des aides de *minimis* mais peuvent aussi cumuler les deux régimes. Pour les autres entreprises, seul le plafond de *minimis* s'applique.

204. Exercices clos depuis le 1^{er} janvier 2007. Pour les opérations de reprises effectuées à partir du 1^{er} janvier 2007, lorsque l'entreprise n'est pas implantée dans une zone à finalité régionale ou qu'elle n'est pas une petite ou moyenne entreprise, elle est soumise aux aides de *minimis*²²¹. Les entreprises situées sur des zones à finalité régionale ne peuvent plus dépasser le plafond pour les aides y afférent et les PME ne peuvent plus dépasser le plafond des aides qui les concernent.

205. Le régime général de la reprise d'une entreprise en difficulté est donc fortement encadré notamment par les limitations de la réglementation européenne sur les aides de *minimis*. Mais ce régime est d'application subsidiaire par rapport aux régimes spécifiques qui bénéficient de plafonds plus attractifs.

2) La mise en conformité des régimes spécifiques moins contraignants

206. Deux régimes spécifiques sont susceptibles de bénéficier aux entreprises créées pour reprendre une entreprise en difficulté, l'un est conditionné à la zone d'implantation de l'entreprise nouvelle, l'autre à la taille de l'entreprise (a). Les deux dispositifs sont soumis à un agrément de l'administration (b).

a) L'économie générale des régimes spécifiques

207. Les ZAFR. Le premier de ces régimes est applicable aux entreprises créées dans les zones à finalité régionale (ZAFR). Implantées dans ces zones, elles peuvent bénéficier de l'exonération

²²⁰ Règl. CE n°69/2001 du 12 janvier 2001.

²²¹ Règl. CE n°1998/2006 du 15/12/2006.

d'impôt prévue par l'article 44 *septies*, même s'il ne s'agit pas d'une implantation exclusive²²², mais dans les limites d'un plafond spécifique. Le plafond s'apprécie en droits exonérés, c'est-à-dire qu'il correspond à un montant maximal d'impôts économisés sur la période de vingt-quatre mois.

Les entreprises peuvent bénéficier d'un plafond fixé en fonction de leur taille et limité en valeur absolue.

Le plafond est calculé en fonction des coûts salariaux afférents aux emplois repris et créés à l'issue de la reprise.

208. Les plafonnements selon la taille des entreprises. En métropole, ce plafond est égal à 10% des coûts salariaux pour une grande entreprise. Ces dernières se voient appliquer une condition supplémentaire pour bénéficier de ces modalités d'exonération, celle de créer une nouvelle activité économique dans la ZAFR concernée, ce qui semble devoir être compris, en l'absence de précision supplémentaire de l'administration, comme la création d'une activité différente de celle exercée par l'entreprise reprise²²³.

Le plafond est égal à 20% de ces mêmes coûts pour une entreprise de taille moyenne, c'est-à-dire une entreprise qui emploie moins de deux cent cinquante personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas cinquante millions d'euros ou le total bilan n'excède pas quarante-trois millions d'euros.

Le plafond est égal à 30% pour une petite entreprise, c'est-à-dire une entreprise qui emploie moins de cinquante personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total bilan n'excède pas dix millions d'euros²²⁴.

Notons que lorsque les coûts salariaux, dits « coûts éligibles » sont supérieurs à cinquante millions d'euros, les PME connaissent le même plafond que les grandes entreprises, à savoir 10% de ces coûts.

209. Le plafond en valeur absolue. Le plafond en valeur absolue est fixé à sept millions cinq cent mille euros dans tous les cas.

²²² BOI-IS-GEO-20-10-30-20 § 40.

²²³ G. Dedeurwaerder, Régime fiscal de la reprise d'une entreprise en difficulté : une imparfaite adaptation au droit de l'Union européenne, BJE 2015, n°3.

²²⁴ RGEC n° 651/2014 du 17 juin 2014, annexe I, art. 2.

Notons que les plafonds en coûts éligibles et en valeur absolue sont différents en cas d'implantation dans une zone AFR situé dans les départements d'outre-mer.

210. Les PME. Le second régime spécifique est relatif aux PME telles que ci-avant définies. Une telle entreprise qui n'est pas implantée dans une ZAFR pourra bénéficier de l'article 44 *septies* selon les nouveaux plafonds conformes à la réglementation européenne. Ceux-ci s'élèvent à 10% des coûts salariaux pour une entreprise moyenne et 20% de ces mêmes coûts pour une petite entreprise.

211. Modalités de calcul. En pratique, une entreprise nouvelle disposant d'une implantation exclusive dans un seul type de zone AFR devra appliquer le pourcentage accordé selon sa taille à la base constituée par les coûts salariaux éligibles. Le montant obtenu peut, le cas échéant, être ramené au plafond en valeur absolue. Ainsi, une entreprise de taille moyenne au sens communautaire, remplissant les conditions pour bénéficier de l'exonération, et enregistrant des coûts éligibles pour un montant de 100 millions d'euros, verra son plafond égal à 20 millions d'euros (100 millions multipliés par 20%) ramenés à 7,5 millions d'euros afin de respecter le plafonnement en valeur absolue. Ce montant correspond au montant d'IS maximal non acquitté du fait de l'exonération.

b) L'octroi d'un agrément par l'administration

212. Un agrément de droit. Le bénéfice des plafonds décrits ci-dessus est conditionné par l'obtention d'un agrément du ministre en charge du budget.

L'agrément est de droit lorsque l'ensemble des conditions pour bénéficier des régimes spécifiques sont remplies. Les entreprises qui ne procéderaient pas à la demande d'agrément et qui ne l'auraient donc pas obtenu seront limitées dans l'exonération d'impôt dont elles pourront jouir selon les règles applicables aux aides de *minimis*.

213. L'engagement de conservation des emplois. Une des conditions posées par le Code général des impôts peut paraître contraignante. Il est en effet prévu que l'entreprise souhaitant bénéficier des plafonds relatifs aux régimes spécifiques doit prendre l'engagement de conserver les emplois repris ou créés pendant une durée de cinq ans, abaissée à trois ans pour les PME au sens du droit européen.

La période d'engagement commence à courir à la date de création ou de reprise de l'emploi. L'administration précise qu'il s'agit de la date à laquelle les contrats sont juridiquement transférés au nouvel employeur²²⁵ selon le droit du travail²²⁶.

Les emplois visés sont ceux qui sont retenus pour déterminer le coût salarial servant au calcul du plafond applicable, peu importe que l'identité des personnes occupant ces emplois soit modifiée.

214. Il est intéressant de signaler que le non-respect du maintien des emplois est faiblement sanctionné. En effet, l'agrément ne sera pas remis en cause, il s'agira simplement de recalculer le plafond applicable en tenant compte des emplois détruits.

215. Ces régimes d'exonération des sociétés créées pour la reprise d'une entreprise en difficulté ont donc été, au fil du temps, adaptés aux exigences de l'Union Européenne et seront maintenus jusqu'en 2020, date à laquelle les règlements européens relatifs aux aides d'Etat cesseront de s'appliquer. Leur efficacité n'étant pas avérée puisque très peu d'entreprises y ont recours, il peut être regretté qu'une adaptation plus favorable du régime général n'ait pas été engagée en 2014, les contraintes du régime actuel allant parfois au-delà des restrictions posées par le droit européen. Une des mesures caractéristiques d'un régime fiscal spécifique aux entreprises en difficulté est donc clairement mise à mal par la réalité de son application. Pour autant, ce régime permet de cerner la faible marge de manœuvre dont dispose l'Etat, encadré par l'Union Européenne, pour établir des politiques réellement dynamiques et efficaces. Pour autant, ne regrettons pas une harmonisation européenne au regard des règles pouvant être mises en place dans chaque Etat membre pour favoriser le redressement des entreprises en difficulté. Elle permet en effet d'éviter une course entre Etat qui n'aurait pas que des conséquences positives. Déplorons plutôt la rigueur parfois injustifiée de certains mécanismes.

216. Conclusion. Les difficultés du débiteur vont avoir des répercussions significatives sur sa vie économique et auront une traduction fiscale. En effet, le débiteur sera souvent soumis à l'impôt et devra donc remplir ses obligations fiscales, tant déclaratives que de paiement. Ses difficultés doivent

²²⁵ BOI-SJ-AGR-30-20 § 110.

²²⁶ Code du travail, art. 1224-1 : « *Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise.* »

être prises en compte, qu'elles aient pour résultat l'anéantissement du fait générateur de l'impôt, comme cela peut être le cas du défaut de paiement, ou au contraire qu'elles entraînent une imposition comme cela sera le cas de la cession de l'entreprise. Par ailleurs, l'ouverture d'une procédure collective, notamment lorsqu'il sera fait application des nullités de la période suspecte, pourra aussi aboutir à des conséquences fiscales.

Le débiteur en difficulté sera aussi particulièrement sensible au montant de sa dette fiscale qu'il pourra essayer de faire diminuer en obtenant une réduction ou un étalement de sa dette envers le Trésor. Ce dernier, intéressé par la situation délicate du débiteur, est pourtant limité par le droit européen dans sa possibilité de lui venir en aide, notamment par le biais des restrictions relatives aux aides d'Etat.

De plus, le Trésor public n'a pas pour vocation première de venir en aide au débiteur en difficulté mais doit aussi garantir le recouvrement de l'impôt.

Chapitre II : Les difficultés du débiteur et le recouvrement de la créance fiscale.

218. Le Trésor public, en tant que créancier du débiteur en difficulté, va être confronté à la problématique du recouvrement de sa créance dans un contexte, notamment, d'arrêt des poursuites. C'est d'abord le débiteur en difficulté qui sera redevable de l'impôt et qui devra procéder au paiement. Pour autant, sa situation peut le mettre dans l'impossibilité de payer et le Trésor public aura alors comme arme la faculté de rechercher le paiement par des tiers (Section I) ou d'activer les privilèges dont il est titulaire et qui le placent dans une situation de créancier privilégié (Section II).

Section I : Les difficultés du débiteur et la détermination du redevable de la dette fiscale.

219. Lorsque le paiement de l'impôt sera rendu impossible par la situation du débiteur, le Trésor public aura à sa disposition deux armes qui peuvent lui être utiles dans la démarche de recouvrement de la créance fiscale : l'engagement de la responsabilité fiscale du dirigeant et des tiers (I) ou le recours à l'avis à tiers détenteur (II).

I) La responsabilité fiscale du débiteur et des tiers

220. Le droit fiscal a mis en place deux mécanismes facilitant le recouvrement de l'impôt et qui sont particulièrement efficaces lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'égard du débiteur du Trésor public. Il s'agit de la responsabilité fiscale du dirigeant (A) et de solidarité fiscale entre époux (B).

A) La responsabilité fiscale du dirigeant.

221. **Un principe conforme à la constitution.** L'exploitation d'une activité va souvent être sécurisée par le recours à une forme sociétaire qui permet de séparer le patrimoine de l'entreprise et celui de l'entrepreneur. Cette technique juridique permet en effet à l'exploitant de voir ses biens privés hors du champ du gage de créanciers de son activité privée.

L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif prévue par le Code de commerce offre aux créanciers un moyen de porter atteinte à l'étanchéité du patrimoine privé et du patrimoine sociétaire.

Le droit fiscal n'est pas en reste puisque le Livre des procédures fiscales, en son article L. 267 organise la responsabilité fiscale du dirigeant qui peut être engagée en raison du comportement de ce dernier afin de le rendre solidairement responsable des dettes fiscales de la personne morale.

Si cette action a fait l'objet de questions prioritaires de constitutionnalité, la Cour de cassation a considéré qu'elle ne portait pas atteinte au droit de propriété²²⁷, au principe d'égalité devant la loi et devant la justice, au principe de proportionnalité, de nécessité et d'adéquation, au respect des droits de la défense ni au principe de bonne administration de la justice²²⁸.

La mise en œuvre de cette responsabilité fiscale est soumise à conditions (1), mise en œuvre dont il convient d'analyser les effets en cas de procédure collective (2).

1) Les conditions d'exercice de l'action en responsabilité fiscale du dirigeant.

222. Une action patrimoniale à caractère civil. Le mécanisme de solidarité fiscale du dirigeant est apparu en droit français en 1958. Jusqu'en 1980, l'action était limitée aux seuls gérants majoritaires de SARL. Depuis, son champ a largement été étendu.

L'article L. 267 du Livre des procédures fiscales prévoit que lorsque le dirigeant d'une personne morale est coupable de manœuvres frauduleuses ou d'inobservations graves et répétées des obligations fiscales qui ont empêché le recouvrement de l'impôt, il peut être déclaré solidairement responsable du paiement de ces impositions et pénalités²²⁹. Cette action s'analyse comme une action patrimoniale à caractère civil²³⁰, comme le confirme la réponse Laborde²³¹ qui précise qu'il ne s'agit pas d'une sanction à la différence de l'action en comblement de passif prévue par l'article L. 651-2 du Code de commerce qui permet au juge de sanctionner une faute de gestion du dirigeant.

223. Un large champ d'application. Le champ d'application de cette responsabilité est large puisque tous les impôts sont concernés, qu'il s'agisse d'impôts directs ou indirects. Les pénalités sont aussi visées.

²²⁷ Cass., com., 13 novembre 2013, n° 12-14.333 ; Cass. com., 29 nov. 2013, n° 13-40.055, F-D : Dr. fisc. 2013, n° 50, act. 657.

²²⁸ Cass., com., 16 avril 2015, n° 15-40.001, Lefebvre : JurisData n° 2015-008137 ; Dr. Fisc. 2015, n° 21, comm. 322.

²²⁹ J.-C. Bouchard, « La responsabilité fiscale du dirigeant », Gaz. Pal., 26 septembre 2000. n 270, p. 13.

²³⁰ Cass., com., 6 février 1979, n° 77-13.965, Massart c/Cts Foussier ; Bull. civ. 1979, IV, n° 51.

²³¹ Rep. Min. n° 76314 : JOAN Q, 20 juillet 2010, p. 8098.

224. La notion de dirigeant au cœur du dispositif. Dans ce cadre, c'est la notion de dirigeant qui est à retenir, peu importe la forme de l'entreprise et de la participation au capital. Ainsi, toute personne exerçant en droit ou en fait, directement ou indirectement la direction effective de l'entreprise est susceptible d'entrer dans le champ de l'article L. 267 du LPF. La condition de l'exercice effectif des fonctions de dirigeant qui démontre un contrôle effectif de la société est primordiale ici²³². Ainsi, le dirigeant ne pourra voir sa responsabilité fiscale engagée s'il a été dessaisi de ses fonctions au titre de la période au cours de laquelle les manquements reprochés ont été constatés²³³.

225. Le cas du gérant majoritaire de SARL – absence de spécificité. La loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 a supprimé le régime spécifique de responsabilité fiscale réservé aux gérants majoritaires des SARL et assimilés. Dès lors, depuis le 28 juillet 2005 ces derniers sont placés sous le régime général de responsabilité applicable à l'ensemble des dirigeants de sociétés.

226. Le cas du gérant d'une société à responsabilité illimitée. En revanche, il ne faut pas que le dirigeant soit déjà tenu aux dettes sociales sur le fondement d'autres dispositions légales. C'est le cas par exemple d'un dirigeant associé d'une société en participation qui est déjà tenu indéfiniment au passif social en vertu des dispositions du Code civil.

227. La solvabilité du dirigeant et opportunité de l'action. La question de la solvabilité du dirigeant sera une condition d'opportunité essentielle à l'engagement de l'action. Il sera intéressant de vérifier qu'une part importante, voire l'intégralité, de la créance du Trésor pourra être recouvrée sur le patrimoine du dirigeant.

228. Pour que soit engagée la responsabilité du dirigeant, il faut qu'il soit coupable de manœuvres frauduleuses ou d'inobservations graves et répétées des obligations fiscales (a) et il faut que ces agissements entraînent une impossibilité de recouvrement pour le Trésor public (b).

a) Comportements fautifs du dirigeant.

²³² Cass., com., 27 février 1996, RJD 5/96, n°639.

²³³ Cass. com., 27 avr. 2011, n° 10-14.639, Bric : Dr. fisc. 2011, n° 42, 565, chron. R. Salomon, § 22.

229. Des conditions non cumulatives. Le dirigeant doit avoir commis des manœuvres frauduleuses ou des inobservations graves et répétées des obligations fiscales²³⁴. Il ne s'agit pas de conditions cumulatives, si des inobservations sont constatées il ne sera pas nécessaire d'établir l'existence de manœuvres frauduleuses²³⁵.

230. L'inobservation grave et répétée des obligations fiscales. L'inobservation grave et répétée des obligations fiscales va notamment consister en un défaut de paiement de l'impôt ou en un défaut de dépôt des déclarations. Il est impératif que l'inobservation soit répétée, l'inobservation ne peut être un manquement isolé²³⁶.

Il est nécessaire que ces inobservations soient d'une certaine gravité²³⁷. La jurisprudence offre en la matière de nombreux exemples et peuvent être notamment cités le cas du non-respect par le dirigeant du plan de règlement des dettes sociales²³⁸, ou encore le fait de laisser s'accumuler une dette fiscale telle qu'il sera impossible de l'honorer²³⁹.

231. Les manœuvres frauduleuses. Les manœuvres frauduleuses, elles, découlent d'un comportement actif du dirigeant dont l'intention est d'éviter le paiement de l'impôt.

232. La Cour de cassation favorable à une application stricte des textes. Dans une affaire récente²⁴⁰, la Cour de cassation a eu à se prononcer sur l'application de l'article L. 267 du LPF dans le cas où les manquements du dirigeant n'étaient qu'en partie à l'origine de l'impossibilité de recouvrement de l'impôt. Dans cet arrêt les juges, faisant application d'une lecture stricte de la loi, retiennent qu'aucune excuse exonératoire de la responsabilité n'est prévue pour le dirigeant. Cette jurisprudence constante intervient dans le cadre d'une volonté des juridictions d'appel de permettre aux dirigeants de s'exonérer de leur responsabilité grâce à la prise en compte de données endogènes ou exogènes à l'entreprise, notamment liées au contexte économique. La Haute-juridiction ne permet

²³⁴ Cass. com., 19 nov. 2002, n° 99-15.491, Ho Hui Yun : RJF 3/2003, n° 374.

²³⁵ M. Douay, Procédures collectives et recouvrement de l'impôt, JurisClasseur Procédures Fiscales, fasc. 577.

²³⁶ P. Serlooten, Responsabilité solidaire des dirigeants sociaux (LPF, art. 267) : la faute du dirigeant et la contestation de la dette fiscale de la société, BJS 2006, n°8, p.1050.

²³⁷ P. Serlooten, Des difficultés de mise en jeu de la responsabilité fiscale d'un dirigeant, BJS 2008, n°1, p.60.

²³⁸ Cass. com., 4 mai 1993 : JurisData n° 1993-001758 ; Dr. fisc. 1993, n° 38, comm. 1744.

²³⁹ Cass. com., 22 sept. 1983 : Bull. civ. 1983, IV, n° 242 ; Dr. fisc. 1984, comm. 226.

²⁴⁰ Cass. com., 6 oct. 2015, n° 14-20.352, F-D, DGFIP c/ M. Constantin-Toye, note M. Douay : JurisData n° 2015-022241.

aucun pardon fiscal en la matière et consacre l'application d'une réponse binaire à la question posée par le texte : les manœuvres et manquements du dirigeant sont-ils à l'origine de l'impossibilité de recouvrer l'impôt ? Cette solution est en phase avec la position de l'administration fiscale²⁴¹.

233. L'interrogation quant à l'opportunité d'aménager des conditions d'exonération. Dès lors, les juridictions du fond soulèvent la problématique de l'opportunité d'aménager des conditions permettant aux dirigeants de s'exonérer de leur responsabilité. Une telle évolution, qui ne pourrait être permise que par l'évolution de la rédaction de l'article L. 267 du LPF, entraînerait un engagement de la responsabilité différencié selon les circonstances de chaque comportement fautif. Se poserait alors le problème de la détermination du degré de gravité des manquements et manœuvres du dirigeant.

Si des aménagements dans certains domaines peuvent apparaître opportuns, le maintien d'une analyse objective garantissant d'une part une équité dans les condamnations prononcées²⁴² et permettant la réaffirmation d'autre part d'une exigence de moralité en matière de comportement fiscal semble être ici de bon aloi.

b) L'impossible recouvrement de l'impôt.

234. L'existence d'un préjudice pour le Trésor. Pour que le Trésor puisse caractériser l'existence d'un préjudice il faut que l'impôt soit dans l'impossibilité d'être recouvré²⁴³. Il faudra alors démontrer que tous les actes de poursuite ont été mis en œuvre en temps utiles pour obtenir le paiement de l'impôt et ce de manière vaine. Il est intéressant de noter que la Cour de cassation considère qu'un dirigeant ne peut être condamné au paiement d'une dette de la société sans qu'ait été recherché au préalable si l'administration n'avait pas elle-même failli dans ses diligences.

Ainsi, il conviendra de savoir si sa lenteur à mettre en œuvre les procédures coercitives n'est pas à l'origine du non recouvrement de l'impôt²⁴⁴.

²⁴¹ BOI-REC-SOLID-10-10-10, 12 sept. 2012, § 120.

²⁴² M. Douay, Responsabilité fiscale solidaire du dirigeant (LPF, art. L. 267) : appréciation stricte des circonstances exonératoires, Dr. fisc. 2015, n° 48, comm. 707.

²⁴³ Cass. com., 22 nov. 2005, n° 03-20.885 : JurisData n° 2005-030926.

²⁴⁴ Cass., com., 5 octobre 2004, n°1465 F-D, RJF 2/05, n°185.

Par ailleurs, le juge devra s'intéresser aux diligences opérées par l'administration fiscale prises dans leur ensemble : elle devra s'attacher à la fois à celles des services de l'assiette, du contrôle et à celles de ceux chargés du recouvrement²⁴⁵.

235. Le devoir de diligence de l'administration. L'absence de négligence de l'administration dans ses contrôles et du comptable public dans ses poursuites devra être recherchée²⁴⁶. Ainsi, en cas d'absence de toute déclaration, une réaction rapide de l'administration est attendue afin de procéder au recouvrement de l'impôt. Le cas d'une déclaration mensongère laissait la jurisprudence plus hésitante²⁴⁷. En effet, elle pouvait, d'une part, reprocher dans certaines affaires à l'administration son absence de réaction alors qu'elle aurait été en mesure de connaître l'existence de ventes non déclarées en se reportant aux actes de ventes délivrés²⁴⁸ et, d'autre part, considérer qu'il ne fallait pas conclure à une négligence de l'administration lorsque l'entreprise n'avait qu'en apparence rempli ses obligations fiscales et que seules des investigations complémentaires permettaient de connaître les minorations de déclaration²⁴⁹.

236. L'absence de systématisation des contrôles. Dans une affaire récente²⁵⁰, la Cour de cassation était invitée à trancher la question de savoir si l'Administration fiscale avait pour mission de procéder à des contrôles systématiques afin de s'assurer de la concordance et de l'exactitude des déclarations des contribuables. Une réponse positive aurait eu pour conséquence de permettre à un dirigeant de se dédouaner de sa responsabilité dans de nombreux cas puisque reposerait de manière exclusive sur les moyens de contrôle des services de l'administration la démonstration que l'impossibilité de recouvrement de l'impôt est due aux manquements graves et répétés du contribuable²⁵¹. La Haute juridiction, en répondant par la négative, rappelle le fondement d'un système déclaratif, celui selon lequel la responsabilité de l'exactitude des déclarations repose sur le

²⁴⁵ Cass. com., 3 mars 2004, n° 02-16.547, F-D, Racinoux : JurisData n° 2004 -022813 ; RJF 7/ 2004, n° 793.

²⁴⁶ P. Serlooten, « Des difficultés de recouvrement de la dette fiscale d'une société en difficulté », BJS 2007, n° 12, p. 1334.

²⁴⁷ G. Dedeurwaerder, Responsabilité fiscale du dirigeant : mieux vaut ne pas déclarer qu'une déclaration mensongère, BJE 2015, n°6.

²⁴⁸ Cass., com., 10 juillet 2007, n° 06-11131, F-D : BJS déc. 2007, p. 1334, n°12, note P. Serlooten.

²⁴⁹ Cass., com., 3 juin 2008, n° 07-19033, F-D : RJF n° 10/08, n° 1124.

²⁵⁰ Cass. com., 12 mai 2015, n° 13-27.507, M. Perzo : Dr. fisc. 2015, n° 28, comm. 472.

²⁵¹ M. Douay, L'absence de contrôle systématique des déclarations par les services fiscaux n'exonère pas le dirigeant, coupable de manquements graves et répétés aux obligations de sa société rendant impossible le recouvrement de sa dette, de sa responsabilité solidaire (LPF, art. L. 267), Dr. Fisc. 2015, n° 28, comm. 472.

déclarant. Si le corollaire d'un tel régime est la possibilité de vérification de l'administration, aucune systématisation des contrôles ne saurait être imposée, fort heureusement au regard des moyens des services fiscaux. L'adage « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* » reste donc d'actualité en la matière.

237. L'existence d'une procédure collective, facteur insuffisant pour justifier l'impossible recouvrement de l'impôt. Dans le cas de l'existence d'une procédure collective, il conviendra aussi de justifier de l'impossibilité de recouvrer l'impôt, la seule existence de la procédure ne pouvant à elle seule suffire à caractériser une telle situation dès lors que l'éventualité du paiement demeure²⁵².

238. L'extinction de la créance fiscale sera de nature à empêcher l'engagement de la responsabilité fiscale du dirigeant et lorsque que telle action a déjà été mise en œuvre, elle devient sans objet. C'est le cas par exemple d'une créance qui n'aura pas été déclarée dans les délais et qui n'aura pas donné lieu au relevé de forclusion.

239. La nécessité d'un lien de causalité entre les manquements du dirigeant et le préjudice du trésor. La rédaction de l'article L. 267 du LPF laisse place à une large intervention de la jurisprudence quant aux modalités de sa mise en œuvre. Les juges ont donné depuis de longue date un espace important au lien de causalité qui doit exister entre l'inobservation des obligations fiscales et l'impossibilité de recouvrement de l'impôt²⁵³. La recherche de ce lien dont la preuve incombe au comptable public²⁵⁴ est une exigence constante de la jurisprudence. L'échec des tentatives de recouvrement doit être la conséquence des manœuvres ou manquements reprochés au dirigeant. Un arrêt récent participe de l'élaboration de ce qui constitue pour certains auteurs, le « point d'équilibre de cette procédure »²⁵⁵. Au cas d'espèce, un dirigeant avait déposé tardivement les déclarations en matière de TVA et ne s'était pas acquitté du paiement de la taxe due. Pendant de nombreux mois et malgré les avis de recouvrement émis par l'administration fiscale, il créait ainsi une trésorerie artificielle qui n'a pas suffi à surmonter les difficultés de l'entreprise. Celle-ci a alors été placée en procédure collective qui s'est traduite par une liquidation judiciaire à l'issue de laquelle

²⁵² Cass. com., 3 oct. 1995, n° 94-10.108, Gibelin : JurisData n° 1995-004087 ; Dr. fisc. 1996, n° 3, comm. 28. – Cass. com., 5 mai 1998, n° 96-15.569, Colliou : RJF 7/1998, n° 859).

²⁵³ Cass., com., 1er février 1994, RJF 5/94, n°635 ; Cass. com., 6 sept. 2016, n° 15-14.245, M. X : JurisData n° 2016-018317 ; Dr. fisc. 2017, n° 23, comm. 341, note M. Douay ; Rev. sociétés 2017, comm. R. Vabres.

²⁵⁴ Cass., com., 28 septembre 2004, n° 1370 F-D, RJF 2/05, n°184.

²⁵⁵ M. Douay, Dr. Fisc. 2017, n°43-44, comm. 11.

l'administration n'a pu recouvrer sa créance. Ici la Cour de cassation a jugé que les manquements graves et répétés du dirigeant avaient conduit à l'impossibilité de recouvrer l'impôt et que l'administration n'avait pas été négligente²⁵⁶.

2) La mise en œuvre de la responsabilité fiscale du dirigeant.

240. La mise en œuvre de la responsabilité fiscale du dirigeant amène à répondre à deux problématiques. La première concerne la mise en œuvre de cette responsabilité dans le cadre d'une procédure collective (a). La seconde est relative à la cohabitation de cette responsabilité avec d'autres responsabilités (b).

a) Incidence d'une procédure collective sur la mise en œuvre de la responsabilité fiscale du dirigeant.

241. La nécessité d'une déclaration de créances préalable à l'exercice de l'action. L'ouverture d'une procédure collective ne modifie pas les conditions de l'action de l'article L. 267 du LPF, à une réserve près : le Trésor Public doit avoir procédé à la déclaration de sa créance au visa de l'article L. 622-24 du Code de commerce²⁵⁷, l'action ne pouvant être engagée qu'une fois la déclaration effectuée²⁵⁸.

Il faut souligner que la clôture pour insuffisance d'actif n'empêche pas l'exercice par l'administration fiscale d'une action en responsabilité contre le dirigeant en liquidation²⁵⁹.

Plusieurs points d'interrogations interviennent lorsqu'il s'agit d'engager la responsabilité fiscale du dirigeant de société en procédure collective²⁶⁰.

242. L'importance d'une exigibilité de la créance fiscale antérieure à l'ouverture de la procédure. Tout d'abord, concernant la date d'exigibilité de la créance fiscale, il convient, pour le

²⁵⁶ Cass. com., 15 mars 2017, n° 15-21.809 F-D, G c/ Comptable responsable du SIE de Bastia : Dr. Fisc. 2017, n° 18-19, 292.

²⁵⁷ Cass., com., 21 juin 1994, n° 1462 D, RJDA 11/94, n°1142.

²⁵⁸ Avis CE, 20 janvier 1992, JCP 1992 E, n°197, p.64.

²⁵⁹ P. Serlooten, Clôture pour insuffisance d'actif et responsabilité fiscale du dirigeant, BJS, 01/10/2000, n°10, p.903.

²⁶⁰ P-M Le Corre, Engagement de l'action sur le fondement de l'article L.267 du Livre des procédures fiscales et procédures collectives, Revue Lamy Droit des affaires, 2004, n°67.

juge, de vérifier que celle-ci est antérieure à la date d'ouverture de la procédure collective pour s'assurer que le non-paiement de la créance constitue bien une inobservation grave et répétée de ses obligations fiscales par le dirigeant.

En effet, si les créances sont nées antérieurement au jugement d'ouverture mais ne sont pas exigibles avant cette date, le dirigeant ne pourra se voir reprocher de ne pas les avoir payées, l'ouverture de la procédure collective interdisant justement un tel paiement.

243. La répartition des obligations entre administrateur et débiteur. La cohabitation d'un administrateur judiciaire à qui a été confiée une simple mission d'assistance et du dirigeant d'une société en période d'observation ne va pas exonérer le dirigeant des obligations fiscales lui incombant²⁶¹. En revanche, dans le cas où l'administrateur a une mission de pleine administration et lorsque les faits reprochés sont relatifs à cette période, l'exonération de la responsabilité du dirigeant sera possible²⁶².

244. Le cas de l'octroi de délais par l'administration. Des délais peuvent être accordés par le Trésor public lors du plan de redressement de la société débitrice. Dans le cas du non-respect des engagements pris dans ce plan, le dirigeant pourra voir sa responsabilité fiscale mise en œuvre et le comptable public n'aura pas à l'en informer.

La situation est différente si les délais sont accordés par le comptable public hors du cadre d'une procédure. En effet, la demande de délais sera interprétée comme une manifestation de la bonne volonté du contribuable de vouloir trouver un moyen d'honorer le paiement de sa dette fiscale. Cela n'empêchera pas le comptable public, selon les circonstances, d'engager la responsabilité du dirigeant pour non-respect du plan de règlement. Dans ce cas, il devra l'en informer formellement.

Le principe de la suspension des poursuites individuelles ne fait pas obstacle à ce que soit mise en œuvre la responsabilité du dirigeant sur le fondement de l'article L. 267 du Livre des procédures fiscales. Ce principe de suspension des poursuites ne s'impose qu'au débiteur de la créance fiscale.

245. Les délais de mise en œuvre de l'action. En ce qui concerne les délais de mise en œuvre de l'action, ils sont inchangés en cas de procédure collective et elle peut être exercée à tout moment sous réserve qu'elle ne soit pas prescrite au visa des articles L. 274 et L. 275 du LPF. Cette

²⁶¹ Cass., com., 25/04/2006, n° 478 F-D, RJF 8-9/06, n°108.

²⁶² Cass., com., 3 mars 2004, n°450 F-D, RJF 7/04, n°792.

prescription est de quatre ans lorsque l'agent comptable n'a procédé, durant cette période, à aucun acte interruptif²⁶³. Il ne semble pas qu'il soit nécessaire que la décision de justice établissant la solidarité soit devenue définitive avant que la dette fiscale de la société ne soit prescrite.

b) La cohabitation avec d'autres responsabilités.

246. Les conditions à la subsidiarité de la responsabilité fiscale. Pour ce qui est de la mise en œuvre d'autres responsabilités il faut bien comprendre que la subsidiarité de la responsabilité fiscale ne vaut que lorsque les dispositions légales encadrant les autres responsabilités prévoient que le dirigeant sera tenu de la totalité de la dette fiscale en qualité de débiteur direct du comptable poursuivant.

247. Le cumul de la responsabilité fiscale avec la responsabilité pour insuffisance d'actif.

La responsabilité pour insuffisance d'actif est une action prévue lorsque, dans le cadre d'une liquidation judiciaire d'une personne morale, est constatée une insuffisance d'actif. S'il est démontré qu'une faute de gestion est au moins en partie à l'origine de cette insuffisance d'actif, le tribunal peut décider qu'elle sera supportée, en tout ou partie, par les dirigeants de droit ou de fait ayant contribué à la faute de gestion. La question s'est posée du cumul de cette action avec l'action en responsabilité fiscale du dirigeant, notamment en raison de la lettre de l'article L. 267 du LPF qui exclut de son champ d'application le dirigeant déjà tenu au paiement de dettes sociales en application d'autres dispositions.

La Cour de cassation a admis ce cumul dans un arrêt de principe rendu en 1997²⁶⁴. Cette solution était attendue dans la mesure où elle était en ligne avec une décision rendue par la chambre commerciale Haute juridiction sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967. Le principe de la possibilité du cumul avait été posé, à l'exception du cas où le dirigeant serait tenu de l'intégralité de ce qui était dû à l'administration fiscale²⁶⁵. Cette solution a ensuite été maintenue par la Cour de cassation, solution qui semble ici répondre à une exigence d'équité : comment justifier en effet une situation dans laquelle le dirigeant d'un débiteur *in bonis* serait condamné à payer l'intégralité de la dette fiscale

²⁶³ Cass., com., 15 mars 1994, n° 750 D, RJF 7/94, n° 837.

²⁶⁴ Cass. com., 9 décembre 1997, n° 96-12.292 : JurisData n° 1997-004932 ; Bull. civ. 1997, IV, n° 331 ; Dr. et patrimoine février 1998, p. 35, obs. B. Poullain ; JCP G 1998, I, 141, n° 19, obs. Ph. Pétel ; RJDA 1/1998, p. 3, rapport Av. gén. M. C. Piniot ; D. affaires 1998, p. 159, obs. J. F. ; Rev. sociétés 1998, p. 316, note J.-J. Daigre ; Rev. proc. coll. 1999, p. 47, obs. A. Martin-Serf.

²⁶⁵ Cass. com., 11 oct. 1988, n° 86-10.331 : JurisData n° 1988-701816 ; Bull. civ. 1988, IV, n° 273 ; LPA 20 févr. 1989, p. 5, note Dadouche ; Rev. proc. coll. 1989, p. 594, obs. Y. Chaput ; Bull. Joly 1988, p. 947, § 313 ; RTD com. 1989, p. 321, obs. J.-Ph. Haehl.

pendant que le dirigeant d'un débiteur en liquidation judiciaire serait seulement condamné à payer un montant inférieur à celui de la dette fiscale sur le fondement de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ?

Une limite au principe du cumul doit cependant être rappelée : la coexistence des deux actions ne peut conduire à la double réparation d'un même préjudice²⁶⁶.

248. L'action en responsabilité fiscale prévue par l'article L.267 du LPF autonome par rapport au droit pénal. Les poursuites correctionnelles sur le fondement des articles 1741 à 1745 du CGI peuvent être engagées en parallèle par les juridictions compétentes, les deux actions ayant des causes, objets et demandeurs distincts²⁶⁷. En effet, alors que la responsabilité fiscale vise à statuer sur le montant de la créance fiscale mis à la charge du dirigeant, les dispositions du CGI permettent de statuer sur la responsabilité pénale de celui-ci. Elles ont une nature répressive. Ainsi, alors que le juge pénal appréciera le degré de culpabilité du dirigeant, le juge civil n'aura pas, comme évoqué, la possibilité de rechercher des circonstances atténuantes et l'action peut être engagée en l'absence d'intention frauduleuse du dirigeant.

La responsabilité fiscale du dirigeant est une arme redoutable mise à la disposition du Trésor public et trouve son application particulièrement dans le cas où l'entreprise connaît des difficultés. Moins spécifique à ce cas précis, la solidarité fiscale des époux facilite aussi le recouvrement de l'impôt et connaît des applications particulières dans le cadre d'une entreprise soumise à une procédure collective.

B) La solidarité fiscale des époux.

249. La solidarité fiscale des époux organisée par le Code général des impôts²⁶⁸ est un recours efficace pour le Trésor public pour assurer le recouvrement de certains impôts ce qui place le contribuable, mais surtout ici le tiers, dans une situation délicate. La solidarité fiscale des époux (1) va connaître des applications particulières lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'égard de l'un d'eux (2).

²⁶⁶ A. Martin-Serf, *JurisClasseur Sociétés Traité* 2014, fasc. 41-52, comm. 183.

²⁶⁷ M. Douay, *JurisClasseur Sociétés Traité* 2014, fasc. 43-30, comm. 23.

²⁶⁸ CGI, art. 1691 bis.

1) Le principe de la solidarité fiscale des époux.

250. Le champ d'application. Le Code général des impôts organise une solidarité entre époux ou partenaire d'un pacte civil de solidarité concernant l'impôt sur le revenu, la taxe d'habitation ou encore l'impôt de solidarité sur la fortune²⁶⁹, devenu impôt de solidarité sur la fortune immobilière. En revanche, la taxe sur la valeur ajoutée est absente du dispositif.

Les époux et les partenaires liés par un PACS sont en effet notamment tenus solidairement au paiement de l'impôt sur le revenu lorsqu'ils font l'objet d'une imposition commune.

251. Indifférence du régime matrimonial. Le régime de la séparation de biens ne fera pas obstacle au jeu de la solidarité entre époux, le régime matrimonial n'ayant ici aucune influence²⁷⁰. Il est certainement à regretter que le régime de la séparation de biens ne soit pas plus un rempart à l'application de cette solidarité.

252. La possibilité de poursuite sur les biens communs. Le principe de solidarité entraîne une possibilité de poursuite sur les biens communs pour le paiement des dettes dont chacun des époux ou partenaires est tenu sauf en cas de fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier et sauf, le cas échéant, la récompense due à la communauté.

253. L'exclusion des prélèvements sociaux du champ des poursuites. A noter que, sous réserve des dispositions du Code civil relative à la solidarité des dettes de chaque époux, la loi fiscale ne prévoit aucune solidarité en ce qui concerne les prélèvements sociaux. Peu importe le régime matrimonial, l'époux solidaire ne sera pas tenu au paiement de la CSG ou de la CRDS²⁷¹.

Sur ce point la position l'administration est en contradiction avec la solution sus-évoquée posée par la jurisprudence. En effet, la première estime que, bien qu'elles ne soient pas visées expressément par les textes, les contributions sociales assises, contrôlées et recouvrées selon les mêmes règles et sous les mêmes sûretés, privilèges et sanctions que l'impôt sur le revenu, visées aux articles 1600-0 C, 1600-0 F bis et 1600-0 G du CGI, peuvent donner lieu à décharge, selon les mêmes modalités qu'en matière d'impôt sur le revenu²⁷².

²⁶⁹ CGI, art. 1723 ter.

²⁷⁰ CE, 1er juin 1983, n° 22995 : Dr. fisc. 1984, n° 12, comm. 631.

²⁷¹ CE, 9e et 10e ss-sect., 10 juill. 2012, n° 336492 : JurisData n° 2012-011660 ; Dr. famille 2012, comm. 161, obs. F. Douet.

²⁷² BOI-CTX-DRS-10, 14 octobre 2015, § 140.

Cependant, la position de la jurisprudence apparaît juridiquement plus cohérente, la solidarité ne constituant ni une sûreté, ni un privilège, ni une sanction.

254. Demande de décharge légale. Une possibilité de désolidarisation existe. En effet, en vertu de l'article 1691 bis relatif à l'impôt sur le revenu et la taxe d'habitation et de l'article 1723 ter-00 B du CGI relatif à l'impôt de solidarité sur la fortune devenu impôt sur la fortune immobilière, un droit à décharge des obligations de paiement est institué au profit de l'un des époux ou partenaires en cas de divorce ou de séparation si apparaît une disproportion importante entre le montant de la dette fiscale et la situation économique ou patrimoniale du demandeur à la date de la demande de décharge. L'administration dispose d'un délai de neuf mois pour se prononcer sur la requête de désolidarisation.

Par ailleurs, si les conditions de cette désolidarisation légale ne sont pas remplies, une demande gracieuse en décharge de la responsabilité solidaire demeure possible et est régie par l'article L.247 du LPF. Pour bénéficier de cette désolidarisation gracieuse, la personne doit démontrer son insolvabilité ou justifier ses difficultés dans le cas où la solidarité serait mise en œuvre. L'administration, de manière souveraine, pourra alors prononcer la désolidarisation partielle ou totale.

2) Solidarité fiscale des époux et procédures collectives.

255. La solidarité fiscale des époux remise en cause. La situation générale du conjoint marié du débiteur est source de nombreuses critiques et interrogations. La rencontre du droit des procédures collectives et du droit matrimonial concentre en effet certaines difficultés liées à la confrontation entre l'intérêt des créanciers du débiteur et l'intérêt du conjoint de ce dernier.

A ce sujet, la Cour de cassation, dans ses rapports de 2012 et 2013, se prononçait en faveur d'une modification des dispositions du Code de commerce relatives au conjoint du débiteur et appelait à repenser de manière globale son statut dans le cadre des procédures collectives. Cependant, ces recommandations n'ont pas été suivies d'effets²⁷³.

256. L'origine d'une des difficultés est l'article 1413 du Code civil qui dispose que « *le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs* ». La loi consacre par ce texte le principe de l'assujettissement des biens communs à la procédure collective. Cet état de fait apparaît dans un premier temps protecteur puisqu'il permet

²⁷³ Rapport de la Cour de cassation 2014 : Suivi des suggestions de modifications.

au conjoint *in bonis* de bénéficier de l'arrêt des poursuites individuelles, principe qui interdit au créancier de poursuivre le recouvrement d'une créance. Aucune action ne pourra être engagée contre le conjoint *in bonis* à partir du jugement d'ouverture qui entraîne la saisie collective des biens communs²⁷⁴.

Le problème principal ici renvoie à l'exercice par le Trésor de ses droits sur un immeuble commun à l'encontre d'un foyer fiscal dont un débiteur est *in bonis* tandis que le conjoint est en liquidation judiciaire.

i) La position de la jurisprudence

257. Les principes dégagés par la jurisprudence. La jurisprudence a dégagé plusieurs principes.

Un principe ancien ne trouve plus d'application depuis l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde. En effet, depuis le 1^{er} janvier 2006, la créance non déclarée n'est plus éteinte mais inopposable à la procédure comme le prévoit l'article L. 622-26 du Code de commerce. Lorsqu'elle était éteinte, la jurisprudence décidait que cette extinction à l'égard d'un débiteur en procédure collective laissait subsister l'obligation distincte contractée par son codébiteur solidaire²⁷⁵.

D'autres principes énoncés par la jurisprudence sont, eux, restés très actuels.

258. La non-application de l'interdiction des voies d'exécution au conjoint du débiteur en difficulté. La règle visant à interdire les voies d'exécution à l'encontre du débiteur en procédure collective ne trouve pas application à l'égard du débiteur solidaire. Les créanciers de son conjoint pourront donc engager des poursuites sur les biens communs.

Il a ainsi été jugé par exemple que la liquidation judiciaire d'un débiteur ne faisait pas obstacle à l'engagement de la responsabilité fiscale de son épouse séparée de bien²⁷⁶.

²⁷⁴ M. Sénéchal, L'effet réel de la procédure collective, Litec 2002.

²⁷⁵ Cass. com., 19 janv. 1993, n° 89-16.518 : Juris-Data n° 1993-000067 ; Bull. civ. 1993, IV, n° 25.

²⁷⁶ CE, 10 décembre 1999, n° 196113, Mme Legros : JurisData n° 1999-051584 ; Dr. fisc. 2000, n° 16, comm. 331, concl. J. Arrighi de Casanova ; RJF févr. 2000, n° 285.

259. L'incidence du dessaisissement du débiteur sur son conjoint. En revanche, le dessaisissement du conjoint en liquidation judiciaire va avoir des conséquences quant aux poursuites contre l'époux *in bonis* sur un bien dans le périmètre de la procédure. La Cour de cassation a décidé que les créanciers du débiteur en liquidation ne peuvent poursuivre le conjoint *in bonis* sauf dans les cas où les créanciers du débiteur auraient pu agir²⁷⁷. Ainsi, si la liquidation judiciaire d'un époux n'aura pas d'influence sur les droits que les créanciers de son conjoint tiennent du régime matrimonial, le dessaisissement du débiteur aura pour effet d'interdire aux créanciers du conjoint d'exercer des poursuites sur les biens communs. De telles poursuites pourront être engagées seulement si les créanciers du débiteur peuvent eux-mêmes agir.

Cette jurisprudence adoptée sous le régime de la loi de 1985 vaut en loi de sauvegarde qui a maintenu le principe du dessaisissement du débiteur. Ce dessaisissement entraîne transfert de pouvoir au profit du liquidateur sur l'intégralité du patrimoine, y compris les biens communs.

Les créanciers du conjoint ne pourront exercer des poursuites sur un immeuble commun qu'après avoir apporté la preuve de la négligence du liquidateur et l'avoir mis en demeure depuis trois mois.

Les dispositions applicables aux conjoints mariés lorsque l'un d'eux est soumis à une procédure collective restent source de critiques malgré des évolutions mineures.

260. Les évolutions en faveur du conjoint du débiteur en difficulté. Parmi ces dernières peut être évoquée la récente abrogation de l'article L. 624-6 qui permettait la réunion à l'actif des biens du conjoint présumés acquis avec les valeurs fournies par le débiteur. Ce texte présentait en effet le désavantage majeur d'autoriser la réunion d'actif sans tenir compte de l'importance des fonds fournis respectivement par l'un et l'autre des époux, ni même de leur origine ou de leur ancienneté²⁷⁸. Le Conseil constitutionnel²⁷⁹, saisi de la question par la Cour de cassation, a déclaré cette disposition contraire à la Constitution ce qui en a entraîné l'abrogation dans la mesure où l'atteinte portée au droit de propriété était disproportionnée au regard du but poursuivi. Cette décision est fortement symbolique puisqu'elle est la première abrogation résultant d'une QPC à affecter le Livre VI du Code de commerce

²⁷⁷ Cass. ass. plén., 23 décembre 1994, n° 90-15.305, Me Leclerc ès qualités c/ UCB et a. : JurisData n° 1994-002486 ; JCP G 1995, II, 22401, note D. Randoux ; JCP E 1995, II, 660, note Ph. Pétel ; Bull. civ. 1994, ass. plén., n° 7.

²⁷⁸ A. Jacquemont et R. Vabres, Droit des entreprises en difficulté, p. 405, 9^{ème} édition.

²⁷⁹ Cons. const., 20 janv. 2012, n° 2011-212 QPC : JurisData n° 2012-000445 ; Act. proc. coll. 2012-3, comm. 38, V. Legrand ; Rev. sociétés 2012, p. 192, obs. Ph. Roussel-Galle. – M.-P. Dumont et C. Lisanti, Feu l'article L. 624-6 du Code de commerce : Rev. proc. coll. 2012, étude 8.

261. Des plaideurs ont par ailleurs tenté d'utiliser l'argument de l'atteinte portée au droit de propriété pour contester la constitutionnalité de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 642-18 du Code de commerce qui permet au juge-commissaire, dans le cadre d'une liquidation judiciaire, de fixer la mise à prix et les conditions essentielles régissant la vente d'un bien commun par adjudication sans que soit envisagée l'attribution de la mise à prix au conjoint *in bonis*. Le Cour de cassation²⁸⁰ n'a cependant pas souhaité renvoyer la question au Conseil constitutionnel relevant que la règle devant être critiquée ici n'était pas celle prévue par le Code de commerce mais l'article 1413 du Code civil qui prévoit que le paiement des dettes de chaque époux peut être opéré sur les biens communs²⁸¹. Pour autant, cet article pourrait-il être remis en cause sur le plan constitutionnel au motif qu'il porterait une atteinte disproportionnée au droit de propriété ? Il semble que la réponse à cette question soit négative. Dans le cas contraire, la philosophie du régime de la communauté serait remise en cause. La solution semble être davantage dans l'attention portée par les époux dans le choix de leur régime matrimonial, voire, le cas échéant, dans la rénovation du régime légal²⁸².

ii) La réaction de la doctrine.

262. Les évolutions envisagées. Pour le Professeur Saint-Alary-Houin, de profonds aménagements peuvent être envisagés²⁸³. Notamment, il conviendrait de soulager les textes de dispositions devenus désuètes. A ce titre, pourrait être supprimée la section II du chapitre IV, du titre II du livre VI intitulée « Du droit des conjoints » en raison de leur inadaptation au contexte économique actuel, ces dispositions étant héritées du Code de commerce de 1807.

Plus encore, elle invite à s'interroger sur l'opportunité d'intégrer les biens communs dans le périmètre des procédures. Pour autant, comme relevé, les difficultés ne sont rencontrées que dans le cas où les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale ou de la communauté universelle. Une solution évidente consiste donc, par exemple, à leur conseiller le régime de la séparation de biens qui sous-entend une indivision pour les biens achetés en commun. Ce régime constituant un recours peu

²⁸⁰ Cass., com., 10 juillet 2014, n° 14-10.100. V. Th. Piazzon, Chronique de droit privé, Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel 2015, n°46, p. 141.

²⁸¹ C. civ., art. 1413 : « Le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs, à moins qu'il n'y ait eu fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier, sauf la récompense due à la communauté s'il y a lieu. »

²⁸² Ph. Simler, « Pour un autre régime matrimonial légal », in L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz-PUF-Juris-Classeur, 1999, p. 455.

²⁸³ C. Saint-Alary-Houin, Il est temps de repenser la situation du conjoint dans les procédures !, BJE 2016, n°2, p. 12.

utilisé par les personnes exerçant une activité civile, et dans le but de protéger le conjoint, une proposition de loi visant à en faire le régime matrimonial légal a été déposée²⁸⁴ mais non suivie d'effet.

263. La solidarité fiscale des époux, tout comme la responsabilité fiscale du dirigeant, est un mécanisme très utile au Trésor public pour recouvrer les créances fiscales lorsque le débiteur est soumis à une procédure collective. La situation du conjoint marié, particulièrement rigoureuse et sous bien des aspects injustes, mérite d'être critiquée.

Les difficultés rencontrées par le débiteur peuvent être surmontées par la mise en œuvre d'une procédure prévue par le Code de commerce, qu'elles soient amiables ou judiciaires. Si le droit des entreprises en difficulté aménage une période de relatif répit pour le débiteur en difficulté, ce n'est pas le cas du droit fiscal qui maintient à sa charge ses obligations classiques et qui permet l'engagement de la responsabilité du dirigeant et des tiers. Concernant la situation délicate du dirigeant qui voit sa responsabilité fiscale engagée en raison de ses agissements fautifs, les solutions semblent plus justifiées et méritent d'être maintenues. Cette analyse ne peut être étendue à la situation du conjoint du dirigeant dont le caractère trop souvent injuste mérite d'être dénoncé.

II) L'utile recours à l'avis à tiers détenteur.

264. L'avis à tiers détenteur permet au Trésor de procéder au recouvrement de l'impôt dû par un contribuable en s'adressant aux débiteurs de celui-ci à condition que la créance publique bénéficie du privilège du trésor et soit exigible²⁸⁵.

Cependant, depuis 1993, l'avis à tiers détenteur a perdu son caractère dérogatoire du droit commun, conséquence de l'alignement des effets de certaines mesures d'exécution et notamment de la saisie-attribution²⁸⁶. Certaines règles relatives aux garanties procédurales ne sont pas applicables à la procédure d'avis à tiers détenteur. Cela est notamment le cas du droit à un jugement indépendant et

²⁸⁴ Prop. L. n° 2519 du 21 février 2015.

²⁸⁵ LPF, art. L. 262 et L. 263.

²⁸⁶ P. Serlooten, Le recouvrement de la créance fiscale dans le droit des procédures collectives : bilan et perspectives, Petites affiches, 06 septembre 2000, n° 178, p. 58.

impartial garanti par l'article 6 de la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'Homme²⁸⁷.

L'avis à tiers détenteur comporte un effet d'attribution immédiate²⁸⁸, c'est-à-dire le transfert de propriété de la créance à concurrence des sommes appréhendées, et alors même que l'avis n'aurait pas encore été notifié au contribuable. Le tiers débiteur est personnellement tenu, à hauteur de son obligation, envers le saisissant au jour de la notification de l'avis²⁸⁹.

La date du jugement d'ouverture va avoir un effet selon que l'avis à tiers détenteur est notifié antérieurement (1) ou postérieurement (2) à celui-ci.

A) La notification avant le jugement d'ouverture de la procédure collective

265. Le principe de l'arrêt et de l'interdiction de toute procédure d'exécution. Le principe selon lequel le jugement d'ouverture entraîne l'arrêt ou de l'interdiction de toute procédure d'exécution de la part des créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles et de toute procédure de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant ce jugement est posé par le Code de commerce²⁹⁰.

266. L'indifférence de l'ouverture d'une procédure collective postérieure à l'avis à tiers détenteur. L'avis à tiers détenteur emportant transfert immédiat de propriété au jour où le tiers détenteur reçoit la demande du comptable public, l'ouverture d'une procédure à l'égard du débiteur postérieure à la notification de l'avis n'emportera pas de conséquence pour le Trésor public²⁹¹. Le comptable public se voit en effet conférer un droit exclusif sur les sommes saisies, opposable aux autres créanciers, qui ne peut être remis en cause par l'ouverture d'une procédure collective²⁹². La jurisprudence confirme que l'avis à tiers détenteur notifié avant l'ouverture de la procédure collective

²⁸⁷ CE, 15 avril 1992, n° 96407, Smets : JurisData n° 1992-051735 ; Dr. fisc. 1993, n° 44, comm. 2084, concl. M.-D. Hagelsteen.

²⁸⁸ CPC, art. L. 211-2.

²⁸⁹ CE, 15 octobre 1997, n° 175722 : JurisData n° 1997-055828 ; Dr. fisc. 1998, n° 9, comm. 151, concl. F. Loloum.

²⁹⁰ C. com., art. L. 622-21, II : Le jugement d'ouverture « *arrête ou interdit également toute procédure d'exécution de la part de ces créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles ainsi que toute procédure de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture.* »

²⁹¹ CE, 9ème et 8ème s-s, 15 octobre 1997, n° 175722 et n° 175798, RJF 11/1997, n° 1060.

²⁹² BOI-REC-FORCE-30-30 § 50.

doit être exécuté sans que n'interfère le principe de l'arrêt des poursuites, les sommes étant sorties du patrimoine du débiteur au profit du Trésor public²⁹³.

267. L'importance du fait générateur de la créance. Pour ce qui concerne le rayonnement de l'avis à tiers détenteur, c'est le fait générateur de la créance qui compte et non son exigibilité, même si elle est postérieure. C'est ainsi que la jurisprudence estime que la commission due à un agent immobilier à raison de l'achat d'un immeuble trouve son fait générateur dans le mandat et non dans l'acte réalisé en exécution de ce mandat²⁹⁴. Dans le même sens, une créance en réparation de dommages corporels née à l'occasion du jugement constatant la responsabilité de l'auteur, pourra donc être saisie par voie d'avis à tiers détenteur bien que la fixation du montant de cette créance intervienne après le jugement d'ouverture de la procédure collective²⁹⁵.

268. Le cas d'une notification en cours de période suspecte – appréciation souveraine des juges. La question a été soulevée de savoir quel sort réserver à l'avis à tiers détenteur notifié au cours de la période suspecte. La Cour de cassation a précisé que la sanction de l'avis à tiers détenteur notifié par le comptable public en dépit de sa parfaite connaissance de l'état de cessation des paiements du débiteur est une nullité facultative bien qu'un tel contexte aurait laissé supposer que s'appliquerait l'article L. 632-2 du Code de commerce²⁹⁶. Les juges s'en tiennent en effet à une lecture littérale du deuxième alinéa de cet article qui prévoit que le juge peut annuler un avis à tiers détenteur pratiqué par le créancier après la date de cessation des paiements et en connaissance de celle-ci. Les juges sont donc souverains dans leur décision d'annuler ou non un tel acte au regard des éléments d'opportunité en présence. Une partie de la doctrine argue qu'il s'agit d'un pouvoir souverain et non d'un pouvoir discrétionnaire dans la mesure où les juges auront à motiver leur décision²⁹⁷. Dans cette affaire, le tribunal avait par exemple relevé que d'importantes remises de pénalités et intérêts de retard avaient été consenties par l'administration révélant les efforts déjà effectués par cette dernière.

²⁹³ Cass. com., 2 oct. 1990, n° 88-13.709 : JurisData n° 1990-002436 ; Bull. civ. IV, n° 224 ; JCP E 1990, n° 47, I, 20539 et Cass. com., 14 nov. 2000, n° 97-19.798 : JurisData n° 2000-006970 ; RJDA 2/2001, n° 183. – CA Paris, 24 mars 1996 : JurisData n° 1996-022059.

²⁹⁴ Cass. com., 17 février 1998, n° 95-15.409 : JurisData n° 1998-000659 ; JCP G 1998, II, 10053.

²⁹⁵ Cass. com., 1er mars 1994, n° 91-20.887, Rossi : JurisData n° 1994-000486 ; Bull. civ. 1994, IV, n° 88, p. 67.

²⁹⁶ Cass. com., 12 janv. 2010, n° 09-11.119 : JurisData n° 2010-051065 ; Bull. civ. 2010, IV, n° 5 ; JCP E 2010, 1296, n° 7, obs. M. Cabrillac ; Dr. et proc. 2010, p. 129, note L. Lauvergnat ; RTD civ. 2010, p. 376, obs. R. Perrot.

²⁹⁷ A. Perdriau, La pratique des arrêts civils de la Cour de cassation, Litec 1993, n° 130.

Ainsi, il semblerait donc que le juge des référés ne soit pas en capacité de prononcer la nullité d'un avis à tiers détenteur notifié pendant la période suspecte dans la mesure où il ne dispose pas du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond²⁹⁸.

B) La notification après le jugement d'ouverture

269. En revanche, la situation du Trésor est différente lorsqu'une procédure collective est ouverte. L'avis à tiers détenteur peut avoir pour but le recouvrement d'une créance antérieure ou postérieure bénéficiant d'une priorité de paiement, situations qui doivent être distinguées.

270. Le recouvrement impossible des créances fiscales antérieures – principe de l'arrêt des poursuites. En ce qui concerne le recouvrement des créances fiscales antérieures au jugement d'ouverture, le principe de l'arrêt des poursuites s'applique aux créanciers publics et la notification d'un avis à tiers détenteur après le jugement d'ouverture de la procédure sera donc sans effet²⁹⁹. Si, par extraordinaire, le Trésor public parvenait à recouvrer sa créance antérieure, une action en restitution pour être engagée dans le délai de droit commun, telle action n'entrant pas dans le champ du délai de trois à compter du paiement prévu par l'article L. 622-7, III du Code de commerce³⁰⁰.

271. Le recouvrement possible des créances fiscales postérieures bénéficiant d'une priorité de paiement. Lorsque l'avis à tiers détenteur, postérieur au jugement d'ouverture, vise au recouvrement d'une créance postérieure bénéficiant d'une priorité de paiement, la situation est préférable pour le Trésor public dans la mesure où de telles créances ne sont pas soumises au principe de l'arrêt des poursuites. Dès lors, le recouvrement de la créance pourra être poursuivi entre les mains d'un tiers du débiteur en difficulté.

De plus, M. Amlon³⁰¹ rappelle que la primauté de certaines créances sera sans incidence conformément à la règle qui assure au premier saisissant le droit d'être payé en premier³⁰² : l'existence

²⁹⁸ J. Brandeau, L'annulation d'un avis à tiers détenteur notifié pendant la période suspecte en connaissance de l'état de cessation des paiements du débiteur n'est qu'une faculté pour la juridiction saisie, Petites affiches 2010, n° 114.

²⁹⁹ CA, Grenoble, 1ère ch. Civ., 12 mars 1990, JurisData, n° 1990-042023.

³⁰⁰ Cass. com., 10 oct. 1995, n° 93-14.601 : JurisData n° 1995-002812 ; Dr. Sociétés 1995, n° 241, obs. Y. Chaput.

³⁰¹ G. Amlon, Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Trésor public – Avis à tiers détenteur, JurisClasseur Commercial, fasc. 2386, 01/03/2015.

³⁰² Cass. com. 13 mai 2003, n° 98-22.741 : JurisData n° 2003-019075 ; Bull. civ. 2003, IV, n° 72 ; RJDA 11/2003, n° 1093 ; D. 2003, act. jurispr. p. 1763 ; Dr. fisc. 2004, comm. 554.

d'une créance salariale bénéficiant du super privilège ne sera pas de nature à remettre en cause l'effet d'attribution immédiate de l'avis à tiers détenteur exercé en vue du paiement d'une créance postérieure au jugement d'ouverture.

272. Le Trésor est donc un créancier dont le régime peut être qualifié d'avantageux eu égard aux moyens mis à sa disposition pour faciliter le recouvrement de l'impôt auprès de tiers de l'entreprise en difficulté. De plus, l'administration jouit de sûretés qui vont permettre de différencier favorablement sa situation.

Section II : Les difficultés du débiteur et la situation du créancier de la dette fiscale.

273. L'Etat sera souvent un créancier majeur de l'entreprise en difficulté dont le redressement dépendra des efforts consentis par le plus grand nombre. Pour autant les intérêts de l'Etat ne peuvent être mis entre parenthèses de façon systématique. C'est ainsi que le Trésor public s'est vu accorder, en tant que créancier du débiteur en difficulté, un statut particulier, habilement décrit par la phrase de G. Amlon : *« Le Trésor public n'est pas un créancier comme les autres : sa créance ne résulte pas du libre jeu des contrats mais de la loi, et il ne choisit pas ses débiteurs dont il ne peut surveiller la situation financière. C'est ainsi que l'on a parfois tenté de justifier, autrefois, sa situation très favorable dans les procédures collectives que d'aucuns n'ont eu de cesse de vilipender, voyant là un droit exorbitant que l'Etat se serait attribué de manière léonine ».*

L'Etat connaît un régime et un statut ambivalent. Créancier de l'entreprise, il doit s'assurer d'une collecte de l'impôt efficace dans un contexte de déficits publics abyssaux qui justifient sa faible sensibilité aux procédures collectives (I). A donc été aménagé un statut de créancier spécifique à sa situation dont le caractère privilégié peut être nuancé sur certains points (II).

I) Le Trésor public, un créancier faiblement sensible aux procédures collectives

274. Le Trésor public est un créancier qui sera confronté, comme les autres créanciers, à l'application du droit des entreprises en difficulté et devra notamment déclarer ses créances³⁰³ (A). Des particularités permettent cependant de percevoir un statut favorable (B).

A) *La déclaration de créances, obligation du Trésor Public, créancier ordinaire.*

275. Le Trésor Public est soumis en tant que créancier de l'entreprise en difficulté à l'obligation de déclarer ses créances (2)

1) Des procédures adaptées aux difficultés du débiteur.

276. Pour faire face à ses difficultés, le débiteur pourra faire l'objet d'une procédure amiable (i) ou d'une procédure judiciaire de traitement de ses difficultés (ii).

a) Les procédures amiables ou la prévention des difficultés

277. **La détection des difficultés.** Lors de l'apparition des premiers signes de défaillance ou de difficulté d'une entreprise, les dirigeants vont tenter de prendre des mesures internes et extérieures à l'entreprise pour les résoudre. Le plus souvent, il s'agira d'obtenir de l'aide de tiers telle l'octroi de prêts par des établissements de crédit. Les associés de l'entreprise peuvent aussi s'engager dans la bataille contre les difficultés notamment en versant des sommes en compte-courant. Par ailleurs, lorsque ces mesures ne sont pas suffisantes pour permettre à l'entreprise de retrouver le chemin de la santé économique, le débiteur a la possibilité d'agir en utilisant des outils mis à sa disposition par le droit des entreprises en difficulté. En effet, lorsque les solutions internes à l'entreprise n'ont pas produit d'effets suffisants, le recours à un tiers doit être envisagé, que ce soit sous la forme du mandat *ad hoc* ou de la conciliation.

278. **Le mandat *ad hoc*, une création prétorienne.** Une des premières possibilités offertes au débiteur est de demander la désignation judiciaire d'un mandataire *ad hoc*, possibilité issue d'une pratique ancienne du Tribunal de commerce de Paris notamment utilisée lors de la crise immobilière des années 1980³⁰⁴, légalisée en 1994 puis reprise dans le Code de commerce³⁰⁵. Cette création

³⁰³ R. Chotin, « Le sort des créances fiscales dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires », LPA 1994, no 110, p. 86.

³⁰⁴ Bolard, Administration provisoire et mandat ad hoc, du fait au droit, JCP 1995, I 3882.

³⁰⁵ C. com., art. L. 611-3.

prétorienne était le fruit d'une constatation : les difficultés connues par le débiteur amènent ses partenaires à plus de prudence ce qui peut entraîner une situation de blocage. L'intervention d'un tiers peut alors s'avérer particulièrement utile.

279. Le débiteur à l'origine de la demande. Seul le débiteur est en capacité de formuler une telle demande. L'ordonnance qui désigne ce mandataire *ad hoc* ne fait l'objet d'aucune publicité mise à part une communication aux commissaires aux comptes prévue depuis l'ordonnance du 12 mars 2014³⁰⁶, affaiblissant ici le caractère confidentiel de la démarche.

Le débiteur peut proposer un nom mais le Président du tribunal reste libre dans son choix, mises à part des restrictions notamment relatives à l'indépendance de la personne choisie à l'égard du débiteur. Des incompatibilités sont prévues par le législateur et sont communes au mandataire *ad hoc* et au conciliateur.

Aucune précision n'est donnée par la loi quant au degré, à l'avancement des difficultés rencontrées par le débiteur. Il est ainsi envisageable, pour certains auteurs, que celui-ci effectue une demande de nomination alors qu'il se trouve en état de cessation des paiements, le juge étant libre ou non de donner suite à la demande³⁰⁷. Pour d'autres, telle possibilité n'existe pas et bien que l'article L. 611-3 ne dise mot de la situation économique autorisant le recours au mandat *ad hoc*, le débiteur ne peut être en cessation des paiements, même si cette situation ne perdure que depuis une période inférieure à 45 jours, cette situation n'étant visée que pour la conciliation³⁰⁸.

280. Une procédure souple. La durée et l'objet de la mission sont adaptés au cas par cas. Le rôle du mandataire *ad hoc* va être d'assister le débiteur dans l'élaboration d'un plan de redressement amiable, de permettre par son entremise de trouver une solution permettant l'apurement du passif. Les créanciers appelés à négocier ne sont pas tenus d'accepter les propositions qui leurs sont faites. Si l'article L. 611-3 du Code de commerce régissant le mandat *ad hoc* ne le prévoit pas expressément, la préparation de cession de l'entreprise peut être envisagée. En effet, l'article L. 642-2 du même code fait référence aux offres reçues « *dans le cadre des démarches effectuées par le mandataire ad hoc* ».

³⁰⁶ Ord. 2014-326 du 12 mars 2014, C. com., art. R. 611-20.

³⁰⁷ A. Jacquemont et R. Vabres, Droit des entreprises en difficulté 10^{ème} éd. 2017, p. 53.

³⁰⁸ M-H Monserié-Bon, Mandat ad hoc-Conciliation, Rép. Dr. Com 2012, n°17.

Le mandat *ad hoc* se révèle avantageux de par sa souplesse. Le chef d'entreprise reste en charge de la gestion de l'activité et des négociations, il n'est pas dessaisi de ses pouvoirs. Son attitude et celle de ses principaux partenaires seront souvent la clef d'un mandat *ad hoc* réussi et de la conclusion d'un protocole d'accord entre les parties. Cet accord est soumis au droit commun des contrats et il n'est pas exclu qu'il tombe sous le coup des nullités de la période suspecte en cas d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire ultérieure³⁰⁹.

281. Une procédure confidentielle. Par ailleurs, le caractère confidentiel de cette mesure préventive est un facteur qui en renforce l'attractivité. Avant la loi du 26 juillet 2005³¹⁰, rien n'était spécifiquement prévu. Désormais, comme pour la conciliation, toute personne qui par ses fonctions à connaissance du mandat *ad hoc* est tenue à la confidentialité. Il ne s'agit pas ici d'un secret professionnel pénalement sanctionné mais d'une confidentialité dont le non-respect ne peut être sanctionné que par la responsabilité civile³¹¹. En ce sens, l'ordonnance du 12 mars 2014 n'a pas réintroduit une sanction du non-respect de l'obligation de confidentialité, comme cela avait pourtant pu être réclamé par certains praticiens³¹².

Notons que la Cour de cassation a jugé que ce devoir de confidentialité ne portait pas atteinte à la liberté d'expression³¹³.

Précisons enfin que la réforme du droit des contrats telle qu'issue de l'ordonnance du 10 février 2016 renforce ce devoir de confidentialité via l'article 1112-2 du Code civil et abonde ainsi dans le sens des principes dégagés par la Cour de cassation³¹⁴. Le droit des procédures collectives qui commandait déjà cette exigence fondamentale, notamment dans le cadre du traitement amiable des difficultés des entreprises, n'en sera donc pas bouleversé.

282. Paralysie des clauses qui aggravent la situation du débiteur. Enfin, l'ordonnance du 12 mars 2014 a permis d'accroître l'intérêt du mandat *ad hoc* en réputant non écrites toutes les clauses d'un contrat en cours qui en modifieraient les conditions de poursuite en diminuant ou en aggravant

³⁰⁹ C. Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, 10^{ème} éd. 2016, n° 338.

³¹⁰ Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

³¹¹ A. Lienhard, Procédures collectives, p. 24, 6^{ème} édition, Delmas 2014.

³¹² D. Caramalli, Droit des entreprises en difficulté : quelques suggestions d'amélioration, Dalloz 2013, chron. 2417.

³¹³ Cass., com., 15 décembre 2015, n° 14-11.500 : JurisData n° 2015 -028245 ; Rev. proc. coll. 2016, comm. 1, Ch. Delattre.

³¹⁴ Chénéde F., Le nouveau droit des obligations, Dalloz 2016, spéc. n 22.8.

les obligations du débiteur du seul fait de la désignation du mandataire *ad hoc*. Cette règle de la non-aggravation de la situation du débiteur ne se confond pas avec la règle de continuation des contrats en cours qui ne joue qu'en cas de procédure collective ce qui est justifié par le fait qu'en procédure préventive la situation du débiteur n'est pas suffisamment dégradée pour motiver l'altération du droit commun des contrats que constitue la faculté d'option. Ce principe de non-aggravation se traduit par la sanctuarisation de la situation contractuelle face aux changements que pourrait entraîner l'ouverture d'une procédure amiable ou judiciaire. La jurisprudence est clémente quand il s'agit de définir qualitativement ce qui constitue une aggravation de la situation du débiteur dans la mesure où la notion peut recouvrir tant une diminution des droits qu'une augmentation des obligations du débiteur. En revanche, l'aggravation de la situation du débiteur doit directement résulter du seul fait de l'ouverture de la procédure³¹⁵.

283. Succès ou échec du mandat *ad hoc*. Le mandat *ad hoc* connaît un grand succès, en grande partie dû à son caractère confidentiel et à la souplesse qu'il offre. Cette procédure amiable sera particulièrement pertinente lorsque les difficultés n'ont pas atteint un niveau trop critique et lorsqu'un faible nombre de créanciers sont partie aux négociations, tels les créanciers financiers. En cas d'échec, le débiteur pourra demander au président d'y mettre un terme et il se tournera vers une autre procédure, qui, si elle n'est pas judiciaire, sera la procédure de conciliation.

284. L'ouverture de la procédure de conciliation. La procédure de conciliation ne peut être ouverte qu'à la demande du débiteur. Cette procédure est ouverte aux entreprises qui connaissent des difficultés mais ne sont pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours et a pour but le sauvetage de l'entreprise dans le respect d'une certaine confidentialité. Elle a aussi et surtout pour caractéristique de reposer sur une base contractuelle.

Cette procédure s'applique, comme l'indique l'article L. 611-4 du Code de commerce, aux personnes exerçant une activité commerciale ou artisanale, indépendamment de leur inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, et aux personnes morales de droit privé et aux professionnels indépendants exerçant à titre individuel. Les personnes exerçant une activité agricole sont donc apparemment exclues de cette procédure mais cela est justifié par le fait que ces derniers bénéficient du règlement amiable agricole prévu par le Code rural.

³¹⁵ C. Galokho, Les clauses aggravant la situation du débiteur du fait de l'ouverture d'une procédure préventive ou collective, Rev. Proc. Coll. 03 mai 2017, étude 11.

285. La possibilité d'un état de cessation des paiements. La procédure de conciliation va donc pouvoir être mise en jeu dès l'apparition des difficultés puisque le débiteur n'aura qu'à justifier de difficultés prévisibles pour la solliciter. Par ailleurs, les difficultés relatives au fait de savoir si le débiteur est ou non en état de cessation des paiements sont écartées dans la mesure où le fait que le passif exigible puisse être comblé par l'actif disponible n'est plus une condition négative de l'ouverture de la procédure, ce qui constitue une innovation de la loi du 26 juillet 2005. Notons qu'un certain encouragement à utiliser la procédure de conciliation s'est manifesté dans la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle qui prévoit que lorsque la situation du débiteur n'est pas de nature à caractériser des difficultés insurmontables, le tribunal l'invite à demander l'ouverture d'une procédure de conciliation³¹⁶.

286. La mission principale du conciliateur : la conclusion d'un accord. La mission principale du conciliateur désigné, sur proposition ou non du débiteur, pour une mission dont la durée ne peut excéder quatre mois et telle que définie par l'article L. 611-6 al.1 du Code de commerce, sera de favoriser le règlement des difficultés par la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur et ses principaux créanciers³¹⁷. Le conciliateur dispose de pouvoirs intéressants pour mener à bien sa mission.

287. Avant la loi du 26 juillet 2005, il pouvait demander au président du Tribunal la suspension provisoire des poursuites mais cette possibilité a été supprimée. Le débiteur peut désormais demander au juge l'octroi de délais de paiements. Le conciliateur a aussi pour mission de présenter au débiteur toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi.

288. Enfin, l'ordonnance de 2014 a confié une nouvelle mission au conciliateur qui peut être chargé d'organiser la cession partielle ou totale de l'entreprise qui pourrait être mise en œuvre dans le cadre d'une procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire.

289. L'absence d'accord ou l'échec de la procédure de conciliation. La procédure de conciliation doit permettre de déboucher sur un accord qui doit aboutir. Dans le cas contraire, la procédure est un échec. En effet, il se peut que le conciliateur ne parvienne pas à obtenir un accord entre le débiteur et ses principaux créanciers. Il devra alors en avvertir le président du Tribunal et lui

³¹⁶ L. n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, art. 99, IV ; C. com., art. L. 621-1, al. 3 nouv.

³¹⁷ C. com., art. L. 611-7.

remettre un rapport. Le décret du 30 juin 2014³¹⁸ précise qu'une copie doit être adressée au débiteur et ce rapport est déposé au greffe et communiqué par le greffier au ministère public. Cette communication permettra au ministère public de vérifier que le délai de carence de trois mois obligatoire entre deux procédures de conciliation est bien respecté³¹⁹.

Il sera alors mis fin à la procédure par une décision du président du Tribunal qui n'est pas susceptible de recours³²⁰. Par ailleurs, même en cas de conclusion d'un accord, l'une des parties à ce dernier peut en demander la résolution.

290. L'existence d'un accord ou le succès de la procédure de conciliation. Dans le cas inverse, la procédure de conciliation sera un succès. Pour cela, il est donc nécessaire qu'un accord ait été trouvé et qu'il ait été formalisé par écrit. Depuis l'ordonnance de 2014, la conclusion d'un accord entraînera la désignation d'un mandataire à l'exécution de l'accord dont la mission consistera en un suivi de son bon déroulement. La présence de ce nouvel organe, qui devra remettre un rapport au président du Tribunal ou au Tribunal en cas de difficultés faisant obstacle à l'exécution de sa mission, participe à un mouvement transmettant à la conciliation un caractère quelque peu procédural.

291. L'option entre la constatation et l'homologation de l'accord. Un choix est alors offert au débiteur, celui de faire constater par le président du Tribunal l'existence et la conclusion de l'accord ou de le soumettre à un contrôle plus approfondi du Tribunal qui décidera de son homologation ou non.

292. Dans les deux cas, l'accord est pourvu d'effets importants. Notamment, une interruption ou interdiction de toute action en justice et un arrêt ou interdiction de toute poursuite individuelle tant sur les meubles que sur les immeubles du débiteur, sont prévus par la loi pendant toute la durée de l'exécution de l'accord³²¹. Par ailleurs, « *l'accord interrompt pour la même durée les délais impartis aux créanciers parties à l'accord à de déchéance ou de résolution des droits afférents aux créances mentionnées dans l'accord* ». Aussi, des délais de paiements peuvent être accordés.

³¹⁸ D. n° 2014-736, 30 juin 2014.

³¹⁹ Lienhard, *Reforme issue de l'ordonnance du 12 mars 2014*, C. proc. Coll., Dalloz, 2014, p.6.

³²⁰ C. com, art. R. 611-38.

³²¹ C. com, art. L. 611-10-1 s.

293. La constatation de l'accord. La voie de la constatation présentera l'avantage majeur de la confidentialité : l'accord est déposé au greffe et seules les parties pourront se voir délivrer une copie. La constatation entraîne la fin de la procédure de conciliation³²².

294. L'homologation de l'accord. Cependant, l'homologation sera souvent sollicitée par les créanciers. L'homologation est soumise à conditions.

Tout d'abord, le débiteur ne doit pas être en état de cessation des paiements ou l'accord qui est conclu doit y mettre un terme. Ainsi soit le débiteur n'était pas en état de cessation des paiements lors de l'ouverture de la procédure et n'a pas rencontré cet état depuis, soit le débiteur était en état de cessation des paiements lors de l'ouverture de la procédure ou il a rencontré cet état depuis mais l'accord conclu, par l'échelonnement ou la réduction de tout ou partie du passif, y met fin.

Ensuite, les termes de l'accord doivent être de nature à assurer la pérennité de l'activité, ce qui est en adéquation avec un des objectifs de la loi de sauvegarde. L'accord ne saurait donc avoir pour seul effet de moduler le passif du débiteur sans envisager la gestion des difficultés. Pour autant, cette expression étant large, le tribunal aura une large capacité d'appréciation³²³.

Enfin, l'accord ne doit pas porter atteinte aux intérêts des créanciers qui n'en sont pas signataires.

295. Le privilège « d'argent frais ». L'homologation est facultative mais peut s'avérer nécessaire lorsque la sécurisation des apports d'argent frais pour soutenir le redressement de l'activité est un enjeu. Les créanciers chercheront souvent à bénéficier du remarquable privilège de la conciliation. Ce privilège, régi par l'article L. 611-11 du Code de commerce représente un des facteurs principaux de l'attractivité de la procédure de conciliation et consiste à offrir un privilège particulier dans le cas de l'ouverture d'une procédure collective ultérieure. Il bénéficie aux personnes qui consentent un nouvel apport en trésorerie, dans le cadre de la procédure de conciliation et non plus seulement dans le cadre de l'accord homologué. Ainsi, depuis l'ordonnance de 2014, ne sont plus exclus les apports effectués pendant la procédure mais avant l'homologation de l'accord. Il bénéficie également aux personnes fournissant, dans le même cadre, un nouveau bien ou service. Ces apports sont consentis dans le but d'assurer la poursuite de l'activité et sa pérennité. Ils doivent être réellement nouveaux. Une certaine égalité entre les établissements de crédit et les fournisseurs est garantie par la dualité de la nature des apports permettant l'octroi du privilège. Plus largement, le Conseil Constitutionnel a

³²² C. com, art. L. 611-8.

³²³ A. Lienhard, Procédures collectives 7^{ème} éd. 2017, p.61.

considéré que le privilège de la conciliation ne remettait pas en cause le principe d'égalité des créanciers³²⁴.

Le privilège est un droit de préférence accordé à ces créanciers apportant de « l'argent frais ». Le privilège de la conciliation permet aux créanciers d'être payés par priorité. Il s'agit d'un privilège de troisième rang, il est primé par le super-privilège des salariés et par le privilège des frais de justice³²⁵. Mais il ne s'agit pas du seul intérêt que présente ce privilège puisque l'ordonnance de 2014 permet aux créanciers qui en bénéficient de ne pas courir le risque de se voir imposer des délais ou remises dans le cadre d'une procédure collective³²⁶. De surcroît, l'acceptation des délais ou remises ne peut être qu'expresse³²⁷.

296. La neutralisation des nullités de la période suspecte. L'autre avantage propre à l'accord homologué, qui sera particulièrement recherché par les créanciers en raison de la sécurité juridique obtenue, est la neutralisation des nullités de la période suspecte. En effet, le législateur a exclu le report de la date de cessation des paiements à une date antérieure à la décision définitive ayant homologué l'accord amiable, sauf en cas de fraude³²⁸. Cette restriction n'a pour vocation à s'appliquer qu'à la décision homologuant l'accord. Ainsi, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser, opérant une distinction forte entre la décision d'ouverture de la procédure de conciliation et la décision d'homologation de l'accord, que la première n'a pas autorité de la chose jugée quant à la date de cessation des paiements³²⁹.

La procédure de conciliation est un outil intéressant à la disposition du débiteur qui rencontre des difficultés. D'un point de vue fiscal, la majorité des mesures de faveur, initialement limitées aux

³²⁴ Cons. const. n° 2005-522, 22 juill. 2005, DC : JO 27 juill. 2005, p. 12225 ; JCP G 2006, I, 111, § 8, Ph. Stoffel-Munck ; LPA 17 févr. 2006, n° 35, p. 58, note A. Reygrobelle ; Gaz. Pal. 9-10 sept. 2005, n° 253, p. 33, R. Routier.

³²⁵ C. com., art. L. 622-17 et L. 641-13 II.

³²⁶ C. com., art. L. 626-20.

³²⁷ C. com., art. R. 626-33-1.

³²⁸ C. com., art. L. 631-8, al. 2.

³²⁹ Cass. com., 22 mai 2013, n° 12-18.509, n° 506, F-P+B, Sté Anthracite et a. c/ M. Souchon ès qualités : JurisData n° 2013-009956 ; Rejet, CA Paris, pôle 5, 8e ch., 14 févr. 2012 ; Rev. proc. coll. 2013, comm. 109, note P. Cagnoli ; Dr. sociétés 2013, comm. 146, note J.-P. Legros.

procédures collectives, ont été étendues à la procédure de conciliation³³⁰ ce qui en accroît l'attractivité³³¹.

Une autre procédure qui ne fait pas partie des procédures collectives visant au traitement des entreprises en difficulté a récemment connu un élargissement significatif de son champ d'application. Il s'agit de la procédure dite de sauvegarde accélérée.

297. La sauvegarde financière accélérée. Avant 2014, il n'existait qu'une sauvegarde financière accélérée, créée par la loi du 22 octobre 2010³³², dont l'objet est de s'affranchir du refus d'un ou de plusieurs établissements de crédit de consentir des efforts dans le cadre d'un accord de conciliation accepté par les autres créanciers.

298. Les conditions d'ouverture de la procédure. L'ouverture de cette procédure est soumise à plusieurs limitations³³³.

Tout d'abord, elle ne peut être ouverte qu'à la demande d'un débiteur qui fait l'objet d'une procédure de conciliation qui a permis d'aboutir à un accord soutenu par une grande partie des créanciers financiers.

Ensuite, le débiteur doit être susceptible de bénéficier d'une procédure de sauvegarde, c'est-à-dire qu'il doit d'une part, rencontrer des difficultés insurmontables, et d'autre part, ne pas être en état de cessation des paiements.

Enfin, il doit répondre à des seuils en terme notamment de total de bilan, assouplis depuis 2012 par le législateur³³⁴ constatant que les restrictions à l'entrée étaient trop sévères.

299. Cette technique permet d'imposer aux créanciers récalcitrants, par un vote majoritaire, l'accord de conciliation. Par la même, c'est un moyen de les inciter à conclure l'accord amiable.

³³⁰ F. Macorig-Venier, Mesures fiscales de faveur : extension à la procédure de conciliation, RTD com. 2013, p.336.

³³¹ F. Macorig-Venier et C. Saint-Alary-Houin, La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises : entre transparence et confidentialité, efficacité et fragilité !, BJE 2014, n°1, p. 10.

³³² L. n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière.

³³³ C. com., L. 628-9 et L. 628-1.

³³⁴ L. n° 2012-387 du 22 mars 2012 dite Warsmann II.

Face aux succès remportés par cette procédure³³⁵ nuancés par le faible nombre de procédures ouvertes, s'est naturellement posée la question de l'opportunité et des moyens de sa généralisation³³⁶.

300. Plusieurs réflexions étaient alors permises. En effet, la procédure accélérée qui était initialement pensée comme ayant un caractère exceptionnel, déroge au principe de l'égalité des créanciers de par son caractère semi-collectif mais aussi et surtout, elle est à contre-courant de l'esprit de la procédure de sauvegarde qui repose sur une démarche volontaire du débiteur et sur une liberté de vote laissée aux créanciers.

301. La création d'une procédure de sauvegarde accélérée. Le législateur a donc mis en place une procédure de sauvegarde accélérée dont la sauvegarde financière accélérée devient une variante.

Un préalable demeure, le débiteur doit faire l'objet d'une procédure de conciliation en cours et l'accord doit être très largement soutenu par les créanciers. Par ailleurs, une autre inspiration de la sauvegarde financière accélérée est à relever : l'effet de seuil. Toutes les entreprises ne peuvent bénéficier d'une telle procédure, des seuils en termes de chiffre d'affaire, de total du bilan et de nombre de salariés.

302. Une recherche de rapidité et d'efficacité. La sauvegarde accélérée relève des règles générales de la sauvegarde mais connaît des règles spécifiques afin que soient atteints les objectifs de rapidité et d'efficacité recherchés. La procédure de sauvegarde accélérée est caractérisée par le bref délai au cours duquel le plan doit être adopté³³⁷, trait d'autant plus marqué lorsqu'il s'agit d'une sauvegarde financière accélérée.

Aussi et surtout, la sauvegarde accélérée, n'ayant d'effet qu'à l'égard de certains créanciers, est une procédure semi-collective. Cela la distingue, parmi d'autres éléments, de la procédure de sauvegarde classique. La nouvelle procédure ne produit d'effets, notamment, qu'à l'égard des créanciers mentionnés à l'article L. 622-24 et soumis à l'obligation de déclaration ainsi qu'à l'égard des cocontractants mentionnés aux articles L. 622-13 et L. 622-4.

³³⁵ Ph. Roussel Galle, Vive la SFA !, Revue des procédures collectives, n°2, mars 2013, repère 2.

³³⁶ C. Saint-Alary-Houin, La généralisation de la SFA ?, Rev. Proc. Coll 2014, n°1, dossier 11.

³³⁷ C. com., art. L. 626-31.

303. Comme le relève le Professeur Saint-Alary-Houin, une « *anormalité* » frappe les créanciers publics. Ceux-ci sont directement concernés par la procédure puisqu'ils sont soumis à déclaration, cependant ils ne rentrent dans aucun comité : « *ils subissent la discipline collective mais ne peuvent influencer sur la solution* »³³⁸. Cette maladresse du législateur, certainement due au fait que les créanciers dans la sauvegarde financière accélérée étaient tous financiers, est d'autant plus problématique que les petites et moyennes entreprises voient parmi leurs premiers impayés les impôts et cotisations sociales. Espérons qu'en pratique les créanciers publics soient consultés sur le plan.

Le législateur a donc mis un nouvel outil, très inspiré de la pratique, pouvant s'avérer très efficace. Le véritable succès de cette nouvelle procédure serait qu'elle ne soit pas appliquée mais qu'elle constitue une incitation assez forte pour les créanciers récalcitrants à participer à l'accord de la conciliation.

304. Une passerelle entre les procédures amiables et les procédures judiciaires. La procédure de sauvegarde accélérée apparaît comme une passerelle entre les procédures de traitement amiable et les procédures collectives dont le caractère est judiciaire.

b) Les procédures judiciaires ou le traitement des difficultés

305. Dans une perspective de redressement et de sauvetage de l'activité, deux procédures judiciaires pourront être envisagées, la procédure de sauvegarde et la procédure de redressement judiciaire.

306. La sauvegarde, une procédure volontariste. A défaut de pouvoir bénéficier des procédures dites amiables de traitement des difficultés des entreprises, le débiteur pourra avoir recours à la procédure de sauvegarde. En effet, il s'agit d'une procédure collective dont le caractère – et l'esprit – est volontariste³³⁹. Le débiteur est libre de demander l'ouverture d'une telle procédure, aucune contrainte ne pesant en théorie sur lui.

Cette caractéristique distingue nettement la procédure de sauvegarde des autres procédures collectives. En effet, le débiteur en cessation des paiements a l'obligation de demander l'ouverture

³³⁸ C. Saint-Alary-Houin, De la procédure de sauvegarde financière à la procédure de sauvegarde accélérée : de la SFA à la PSA !, Rev. Proc. Coll, 2014, n°2, dossier 17.

³³⁹ C. com., art. L. 620-1.

de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire dans les quarante-cinq jours de cet état³⁴⁰, s'il n'a pas, dans ces délais, demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation. Le débiteur demandant à bénéficier d'une procédure de sauvegarde ne doit pas, lui, être en état de cessation des paiements mais rencontrer des difficultés qu'il ne peut surmonter seul.

307. L'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à l'initiative du trésor public.

A condition qu'aucune procédure de conciliation ne soit en cours, les articles L. 631-5 et L.640-5 du Code de commerce offrent la possibilité à tout créancier, et ce quelle que soit la nature de leur créance, de demander l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. L'ouverture de la procédure peut donc être demandée à l'initiative du trésor. Pour cela, ce dernier devra établir qu'une dette fiscale, suffisamment importante pour caractériser une situation de cessation des paiements, n'a pas été honorée.

Cette possibilité a été offerte au Trésor public par la loi du 13 juillet 1967³⁴¹. En effet, jusqu'alors, il était considéré qu'une entreprise ne pouvait être mise en faillite au seul motif du non-paiement de ses dettes fiscales. Cette situation pouvait aboutir à la mise en place de stratégies par le débiteur visant à ne solder que ces dettes commerciales tout en laissant s'accumuler un important passif fiscal. Désormais, le comptable public peut donc demander la mise en redressement judiciaire pour défaut de paiement de ses seules dettes fiscales³⁴². En pratique, les poursuites directes sur les biens du débiteur seront préférées par le Trésor³⁴³.

Seuls les cas où l'ouverture de la procédure augmente les chances du trésor de recouvrer sa créance justifient pour l'administration fiscale d'encourager ses agents à assigner le débiteur. Il s'agit là d'instructions internes à l'administration fiscale qui ne s'imposent en aucun cas aux tiers et dont l'application ne peut faire l'objet d'un contrôle par les juridictions qui ne doivent s'intéresser qu'aux seules conditions légales d'ouverture³⁴⁴.

308. L'exclusivité de l'initiative d'une procédure de sauvegarde garantie au débiteur. Par ailleurs, la loi réserve au débiteur l'exclusivité de la saisine du tribunal aux fins de demander

³⁴⁰ C. com., art. L. 631-4 et L. 640-4.

³⁴¹ L. n° 67-563, 13 juill. 1967, art. 2.

³⁴² Cass. com., 9 févr. 2010, n° 08-17.144 : JurisData n° 2010-051508 ; Bull. civ. 2010, IV, n° 36. – Cass. com., 7 févr. 2012, n° 11-11.347 : JurisData n° 2012-001806 ; Bull. civ. 2012, IV, n° 27 ; Act. proc. coll. 2012, comm. 78.

³⁴³ P. Cocheteux, Assignation en liquidation judiciaire des professionnels libéraux par les comptables publics : Rev. proc. coll. 2008, étude 11.

³⁴⁴ Cass. com., 24 janv. 1978 : Dr. fisc. 1978, n° 39, ID et CA 5859.

l'ouverture d'une procédure de sauvegarde³⁴⁵. Tant que la cessation des paiements ne sera pas intervenue, le Trésor Public ne pourra donc pas saisir la juridiction compétente afin de voir le contribuable soumis à une procédure collective.

Les créanciers publics pourront toutefois voir leur assignation qualifiée de fautive car infondée³⁴⁶. Il est à remarquer que la preuve de l'état de cessation des paiements du débiteur peut être extrêmement ardue à apporter pour son créancier. La demande d'ouverture peut alors être analysée comme un « *chantage à la faillite* ». Pour autant, comme le souligne le Professeur Pérochon³⁴⁷, telle expression ne reflète en rien la philosophie des textes qui, loin d'être animés par une volonté de pénaliser le débiteur, visent à préserver l'entreprise et à lui offrir une chance de redressement³⁴⁸. Bien au contraire, les créanciers publics ayant parfois une vision objective et pertinente de la situation de leurs débiteurs pourraient participer à la détection rapide de leurs difficultés. Notons à ce sujet que les résultats sont meilleurs en cas d'assignation que de déclaration de cessation des paiements : selon le ministère de la justice, en 2005, il a été constaté dans le premier cas 35% de liquidations judiciaires immédiate, 71% dans le second.

309. La procédure de sauvegarde, une procédure anticipative. En ce qui concerne le déroulement de la procédure, la sauvegarde a pour but de permettre au débiteur, qui n'est pas en état de cessation des paiements mais qui connaît des difficultés insurmontables, de réorganiser son entreprise sous le signe de l'anticipation.

La procédure s'ouvre par une période d'observation qui est en principe de six mois mais peut durer jusqu'à dix-huit mois³⁴⁹. Cette période offre au débiteur un véritable nouveau souffle puisque celui-ci va bénéficier du gel de son passif. Ce gel se traduit notamment par une interdiction de paiement des créanciers et par un arrêt des poursuites. Cette mise en suspend du droit commun doit permettre au débiteur de préparer un plan visant à sa réorganisation afin de permettre la poursuite de l'activité, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif³⁵⁰. Le jugement du tribunal qui arrête le plan le rend

³⁴⁵ P. Serlooten, *Droit fiscal des affaires*, Précis Dalloz, édition 2013, p. 210 s.

³⁴⁶ Cass. com., 1er oct. 1997, n° 95-13.262 : JurisData n° 1997-003761 ; JCP G 1998, I, 144, n° 13, obs. Viney.

³⁴⁷ F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, 10^{ème} éd. 2014.

³⁴⁸ Régnaud-Moutier, obs. APC 2005-6, n° 63 sous Cass., com., 1er mars 2005, n° 03-12425.

³⁴⁹ C. com., art. L. 621-3.

³⁵⁰ C. com., art. L. 620-1.

opposable *erga omnes*³⁵¹, sous réserve des voies de recours. Le tribunal va par ailleurs déterminer la durée du plan qui ne peut excéder dix ans³⁵², durée nettement supérieure aux trois ans recommandés par la Commission européenne³⁵³. Il est mis fin à la période d'observation, le droit commun reprenant en grande partie ses droits. Le débiteur peut gérer librement son entreprise à condition de respecter les dispositions du plan. Cependant, le plan peut s'avérer être un échec. Cela sera le cas en cas d'inexécution de ses engagements par le débiteur³⁵⁴, ce qui autorise le tribunal à en décider la résolution. Il devra prononcer cette résolution s'il advient que le débiteur est en cessation des paiements et devra ouvrir dans le même temps une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

310. La procédure de redressement judiciaire, une procédure de traitement des difficultés.

Le redressement judiciaire poursuit les mêmes finalités que la sauvegarde, il vise à la poursuite de l'activité, au maintien de l'emploi et à l'apurement du passif³⁵⁵. Par ailleurs, le déroulement de la procédure n'est pas sans rappeler celui de la sauvegarde : à l'issue d'une période d'observation sera adopté un plan³⁵⁶. La différence majeure réside dans le fait que le redressement judiciaire n'est en rien une procédure d'anticipation des difficultés, en témoigne son critère d'ouverture, la cessation des paiements du débiteur.

Autre différence, notamment, est la possibilité de cession de l'entreprise en redressement judiciaire³⁵⁷. En effet, dès l'ouverture de la procédure, les tiers peuvent soumettre à l'administrateur des offres de reprise. La reprise interne est possible en sauvegarde mais elle est facilitée dans le redressement judiciaire notamment par la voie de la neutralisation des clauses d'agrément réputées non écrites, neutralisation supprimée dans la sauvegarde depuis l'ordonnance du 12 mars 2014.

311. La liquidation judiciaire. Enfin, la procédure de liquidation judiciaire est prévue pour le débiteur en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible³⁵⁸, c'est-à-dire que sa situation est irrémédiablement compromise ou désespérée. Ainsi, le débiteur est écarté

³⁵¹ C. com., art. L. 626-11.

³⁵² C. com., art. L. 626-12.

³⁵³ Recommandation du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises (2014/135/UE), JOUE 14 mars 2014 L74/65

³⁵⁴ C. com., art. L. 626-27.

³⁵⁵ C. com., art. L. 631-1.

³⁵⁶ B. Jadaud, « La fiscalité du plan de redressement », LPA 1993, n 72, p. 25.

³⁵⁷ C. com. art. L 631-13.

³⁵⁸ C. com., art. L. 640-1.

du dispositif et l'enjeu devient l'apurement du passif avec le produit de la réalisation de ses actifs. Le sauvetage de l'entreprise peut encore être organisé par le biais d'un plan de cessation visant à la reprise par un tiers.

312. L'entreprise en difficulté, débiteur et redevable de l'impôt. En ce qui concerne la détermination du débiteur de la dette fiscale, l'ouverture de la procédure n'aura aucune incidence sur l'identité de la personne se voyant attribuer la qualité de contribuable, qu'il s'agisse d'un entrepreneur individuel ou d'une société.

L'impôt est dans toutes les situations établi à leur nom et leur éventuel dessaisissement provoqué par l'ouverture de la procédure ne saurait avoir une influence.

L'ouverture d'une procédure, par conséquent, ne justifiera pas que l'on distingue entre les créances fiscales dont le fait générateur est intervenu avant ou après le jugement d'ouverture de la procédure.

2) La déclaration de créances du Trésor.

313. Le Trésor, créancier antérieur de l'entreprise en difficulté. L'ouverture d'une procédure collective n'est pas sans conséquence pour le Trésor.

Alors qu'il était initialement soumis à un régime que le professeur Serlooten qualifie de préférentiel, la situation a évolué avec la loi du 25 janvier 1985 et les créanciers publics ont vu leur statut abaissé à un rang moins enviable³⁵⁹.

314. Une obligation déclarative au champ d'application large. Notamment, en tant que créancier antérieur, le Trésor se voit soumis à l'obligation prévue par l'article L. 622-24 du Code de commerce de déclaration des créances, la situation de créancier antérieur sous-entendant que le fait générateur de la créance soit antérieur au jugement d'ouverture de la procédure dont fait l'objet le débiteur. Toutes les créances antérieures sont soumises à la déclaration et le caractère général de cette obligation résulte de la loi du 13 juillet 1967 qui vise autant les créances chirographaires que celles qui sont assorties de garanties. Le Trésor et la sécurité sociale sont donc concernés. Une exception notable à ce principe concerne les salariés.

315. Les créances soumises à déclaration. Les créances fiscales à déclarer sont celles qui sont antérieures au jugement d'ouverture de la procédure, c'est-à-dire que leur fait générateur est intervenu

³⁵⁹ P. Serlooten, Le Trésor public, créancier de l'entreprise en difficulté, JCP E 2000, n°1, p. 24 et s.,

avant le jugement d'ouverture. La détermination du fait générateur va donc être déterminante. Etant donné la multitude de textes, cette détermination devra se faire au cas par cas et peut s'avérer complexe³⁶⁰.

316. En matière d'impôt sur les sociétés, le fait générateur des créances apparaît à compter de la clôture de l'exercice³⁶¹ de telle sorte que les acomptes qui auraient dû être perçus par le trésor ne constituent pas des créances antérieures. En effet, la créance fiscale due au titre de l'année au cours de laquelle le débiteur a bénéficié d'une procédure collective ne constitue pas une créance antérieure mais bien une créance postérieure, conformément à l'article L. 622-17 du Code de commerce.

317. En matière d'impôt sur le revenu, c'est la fin de l'année civile de perception du revenu qui marque l'intervention du fait générateur pour les revenus dont a bénéficié le débiteur au cours de cette année³⁶².

Le principe d'annualité de l'impôt est donc ici très présent.

318. Pour la taxe foncière, l'impôt est dû par le propriétaire de l'immeuble au 1^{er} janvier de l'année d'imposition – le fait générateur dépendra donc de l'établissement de la propriété au 1^{er} janvier de l'année conformément à l'article 1400, I du CGI. Le même principe s'applique pour la cotisation foncière des entreprises.

319. Nous l'avons évoqué, c'est en matière de TVA que la détermination du fait générateur est la plus délicate³⁶³, le fait générateur et l'exigibilité étant distincts. Un exemple en jurisprudence permet de fixer le fait générateur en matière de TVA immobilière. Dans le cas d'une livraison à soi-même et en cas d'absence de revente de l'immeuble dans le délai de cinq années fixé par l'article 257, 7^o du CGI, le fait générateur de la créance de reversement intervient à l'expiration de ce même délai³⁶⁴.

³⁶⁰ B. Soinne, Les notions d'origine, de fait générateur et d'exigibilité de la créance en droit fiscal et dans le droit des procédures collectives : Rev. proc. coll. 1987, p. 1. – Y. Guillou, Fait générateur, origine, exigibilité de l'impôt dans les procédures collectives : Rev. proc. coll. 1999, p. 57.

³⁶¹ Cass. com., 16 déc. 2008, n° 08-12.142 : JurisData n° 2008-046292 ; JCP G 2009, I, 136, n° 9, obs. Ph. Pétel ; Act. proc. coll. 2009, comm. 76, obs. P. Serlooten ; Rev. proc. coll. 2009, comm. 120, obs. C. Saint-Alary-Houin ; RJDA 4/2009, n° 369 ; RJF 4/2009, n° 403 ; RTD com. 2009, p. 618, obs. A. Martin-Serf.

³⁶² Cass. com., 12 juill. 1994, n° 1693 P. : RJF 11/94, n° 1283 ; Dr. sociétés 1994, n° 156, obs. Y. Chaput ; CE, 19 déc. 1980, n° 14207 et n° 14208 : Dr. fisc. 1981, n° 18, comm. 951, concl. P. Rivière.

³⁶³ Voir n° 39 s.

³⁶⁴ Cass. com., 16 déc. 2008, n° 08-13.081, FS-P+B : Bull. civ. 2008, IV, n° 209 ; Rev. proc. coll. 2009, comm. 120, obs. C. Saint-Alary-Houin.

320. Concernant les droits d'enregistrement, il convient de faire une distinction selon que l'acte ou la mutation fait l'objet d'une publication obligatoire ou non. Dans le premier cas, la créance du trésor résulte de la rédaction de l'acte ou de la mutation. Dans le deuxième cas, le fait générateur intervient lors de la présentation volontaire de l'acte³⁶⁵. Pour ce qui est des droits de succession, le moment du décès détermine le fait générateur³⁶⁶.

321. Enfin, pour ce qui est de la participation des employeurs à l'effort de construction, le fait générateur intervient à l'expiration du délai imparti à l'employeur pour engager les investissements prévus par la loi³⁶⁷.

322. Les délais de déclaration à respecter sous peine de forclusion. Cette obligation est soumise à des délais stricts, délais auxquels n'échappent pas les comptables publics qui doivent donc procéder à la déclaration des créances dans le délai de deux mois de la publication du jugement d'ouverture au BODACC. Selon l'article L. 622-26 du Code de commerce, un retard entraînerait la forclusion.

B) Des spécificités favorables au Trésor public.

323. Le Trésor public dispose d'un statut particulier qui se manifeste notamment par la possibilité de déclarer ses créances à titre provisionnel, possibilité qui, depuis 1985³⁶⁸, a par ailleurs été refusée aux autres créanciers dans le but essentiellement de ne pas ralentir le déroulement de la procédure³⁶⁹.

1) La déclaration à titre provisionnel au service du recouvrement des créances antérieures.

324. La déclaration à titre provisionnel. Pour autant, les créances du Trésor conservent quelques spécificités qui le maintiennent dans une situation relativement avantageuse. Le Trésor public est le seul créancier à bénéficier d'un régime dérogatoire pour ce qui est de la déclaration des créances antérieures à la procédure. Le législateur a prévu que les créances fiscales n'ayant pas encore

³⁶⁵ BOI-ENR-DG-30-20131223, n° 1 ; Cass. com., 22 mars 2011, n° 10-16.822 : JurisData n° 2011-004389 ; BJE 1er sept. 2011, p. 252, obs. J.-P. Sortais.

³⁶⁶ Y. Guillou, op. cit, p. 61.

³⁶⁷ Cass. com., 7 juill. 1998, n° 96-12.014 : Bull. civ. 1998, IV, n° 221 ; RJDA 11/1998, n° 1253, 3e esp. ; D. 1998, inf. rap. p. 207.

³⁶⁸ L. n° 85-98, 25 janvier 1985, JO 26 janvier 1985, p. 1097.

³⁶⁹ Rapport G. Gouzes, doc. AN n° 2349, 1984.

fait l'objet d'un titre exécutoire lors de l'expiration du délai de déclaration pourront être déclarées mais à titre provisionnel³⁷⁰. Cette disposition vise donc les créances qui n'ont pas encore fait, de la part du Fisc lorsqu'il déclare sa créance, l'objet d'une émission d'un titre exécutoire, c'est qui est par exemple le cas d'un rôle pour les impôts calculés par l'administration tel que l'impôt sur le revenu ou d'un avis de mise en recouvrement pour les impôts calculés et payés spontanément par le contribuable tel que l'impôt sur les sociétés. Le professeur Vabres relève que la déclaration à titre provisionnel est « *une forme de suspension de l'instance* »³⁷¹, la Cour de cassation³⁷² considérant qu'il s'agit d'un sursis à statuer dont les règles dérogent au Code de procédure civile. Telle dérogation aux principes appliqués à l'ensemble des créanciers se justifie par les modalités mêmes d'établissement de la créance fiscale dont le calcul et le recouvrement nécessitent des règles spécifiques. Par ailleurs, un élargissement de cette mesure de faveur à tous les créanciers, supposant un nombre important de déclarations à titre provisionnel, alourdirait la procédure.

325. A titre provisionnel sont aussi admises les créances contestées. Il faut aussi prendre en compte les impôts qui n'auraient pas encore été établis à la date de la déclaration. Le montant de ces créances déclarées à titre provisionnel aura son importance puisqu'elles ne pourront être admises à titre définitif que dans la limite de ce montant.

326. L'établissement définitif. Les déclarations à titre provisionnel doivent faire l'objet d'un établissement définitif comme le prévoit l'article L. 622-24, sous peine de forclusion, dans le délai général de déclaration. La déclaration à titre définitif ne sera donc pas possible au terme de ce délai butoir.

327. L'ordonnance du 12 mars 2014 a offert au Fisc un allongement du délai de déclaration à titre définitif dans les cas où « *une procédure administrative d'établissement de l'impôt* » a été engagée³⁷³. L'établissement définitif doit alors intervenir avant le dépôt au greffe du compte rendu de fin de mission par le mandataire judiciaire. Ainsi, un second butoir est prévu, mais la formule choisie par

³⁷⁰ C. com., art. L. 622-24 al. 4 : « (...) *La déclaration des créances doit être faite alors même qu'elles ne sont pas établies par un titre. Celles dont le montant n'est pas encore définitivement fixé sont déclarées sur la base d'une évaluation. Les créances du Trésor public et des organismes de prévoyance et de sécurité sociale (...) qui n'ont pas fait l'objet d'un titre exécutoire au moment de leur déclaration sont admises à titre provisionnel pour leur montant déclaré. En tout état de cause, les déclarations du Trésor et de la sécurité sociale sont toujours faites sous réserve des impôts et autres créances non établis à la date de la déclaration. (...)* »

³⁷¹ R. Vabres, Admission provisionnelle des créances fiscales : l'exception fiscale, Rev. Proc. Coll. 2016, n° 1, dossier 20.

³⁷² C. cass., avis 18 mai 1998 : Bull. civ. 1998, avis, n° 6.

³⁷³ Dedeurwaerder, Le traitement des créances fiscales dans Le traitement des créances : pratiques et actualités, BJE, 01^{er} janvier 2017, n°1 p. 57.

le texte de procédure administrative d'établissement de l'impôt n'est pas sans ambiguïté. La Cour d'appel de Toulouse a récemment jugé que cette notion ne pouvait englober l'ensemble des procédures intervenues en amont de la mise en recouvrement de l'impôt comme l'ensemble des procédés d'assiette des créances fiscales, comme le considérait le Trésor public dans cette affaire qui souhaitait bénéficier de la mesure pour déclarer à titre définitif sa créance de cotisation foncière des entreprises³⁷⁴. Les juges du fond précisent que la formule retenue n'est pas si large et ne comprend pas toutes les étapes permettant d'établir l'impôt mais vise les procédures de contrôle et de vérification. L'approche restrictive énoncée semble être la bonne étant donné que si le raisonnement du Trésor public était ici suivi, toutes les créances fiscales pourraient bénéficier du délai supplémentaire prévu par l'article L. 622-24 du Code de commerce³⁷⁵. C'est, par ailleurs, la lecture du texte qui avait été faite par la doctrine analysant l'ordonnance³⁷⁶.

328. Une autre difficulté générée par ce texte est liée à la date à laquelle la procédure administrative d'établissement de l'impôt doit avoir été mise en œuvre. En effet, le principe est celui selon lequel la déclaration définitive doit être effectuée avant le délai prévu à l'article L. 624-1 sauf si une telle procédure a « été mise en œuvre », ce qui semble sous-entendre qu'elle doit l'avoir été dans ce délai.

329. Un arrêt rendu le 25 octobre 2017 par la Cour de cassation³⁷⁷ apporte justement des précisions intéressantes sur la notion de procédure administrative d'établissement de l'impôt. Un comptable public avait demandé l'admission définitive d'une créance quelques semaines après la date fixée par le tribunal à laquelle le mandataire judiciaire doit établir la liste des créances déclarées. La Cour de cassation rappelle ici que le rallongement du délai de déclaration organisé par la loi en cas d'une procédure administrative d'établissement de l'impôt « *a pour finalité de prolonger le délai de déclaration définitive de la créance fiscale dans le seul cas d'engagement d'une procédure de contrôle ou de rectification de l'impôt* ». Il convient donc d'écarter de ce régime tous les cas dans lesquels des mesures de redressement ou de contrôle ont été mises en œuvre en dehors du processus normal de détermination et de calcul de l'impôt³⁷⁸. Le législateur a pris en compte cette précision dans l'article

³⁷⁴ CA Toulouse, 13 avril 2016, n° 15/05695, Pôle recouvrement spécialisé de la Haute Garonne c. Mme Vinceneux, ès qual. et a.

³⁷⁵ F. Petit, Qu'est-ce qu'une « procédure administrative d'établissement de l'impôt » au sens de l'article L. 622-26 alinéa 4 du Code de commerce, Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales n°10, juin 2016, alerte 134.

³⁷⁶ P.-M. Le Corre, L'ordonnance du 12 mars 2014 et les modifications affectant la déclaration et la vérification des créances, Gazette du Palais, 8 avril 2014, n°98, p. 47.

³⁷⁷ Cass. com., 25 oct. 2017, n° 16-18.938 : JurisData n° 2017-021046 ; Act. proc. coll. 2017, comm. 299, obs. Th. Lamulle ; Rev. sociétés 2017, p. 738, obs. L.-C. Henry ; BJED 2018-1, p. 51, obs. G. Dedeurwaerder.

³⁷⁸ R. Vabres, Déclaration à titre provisionnel des créances fiscales, Rev. Proc. Coll, 2018, n°5, comm. 167.

18 du projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises transmis au Sénat et modifie l'article L. 622-24 du Code de commerce en remplaçant la formulation ici discutée par la référence aux cas dans lesquels une procédure de contrôle ou de rectification de l'impôt a été engagée.

330. Le risque de la forclusion. Si le trésor était forclos dans sa déclaration, il lui reviendrait alors de démontrer, comme tout autre créancier, que l'absence de déclaration dans les délais était indépendante de son fait.

La forclusion du créancier entraîne pour lui la perte de sa qualité, ce qui l'empêchera donc de recouvrer sa créance. Pour le débiteur, cela sera analysé comme un profit et en tant que profit il sera imposable. Le fait générateur de l'extinction de la dette intervenant lors de la fin du délai durant lequel le créancier peut exercer l'action en relevé de forclusion, c'est au terme de ce délai que la comptabilisation du profit imposable doit intervenir. Si une demande de relevé de forclusion est formée, la réintégration de la créance sera compensée par la constitution d'une provision du montant de la créance qui permettra au débiteur, si le créancier bénéficie du relevé de forclusion, d'honorer son engagement.

331. Avant la loi de sauvegarde de 2005, l'absence de déclaration avait pour conséquence que la créance non déclarée était éteinte. Le créancier perdait donc sa créance.

332. Depuis l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde le 1^{er} janvier 2006, la conséquence de l'absence de déclaration est moins sévère. En effet, l'article L 622-26 prévoit que le créancier qui n'a pas déclaré voit sa créance écartée de la procédure collective, elle n'est pas prise en compte. Le créancier est par conséquent exclu de la procédure mais ne perd pas son droit de recours puisque la créance n'est pas éteinte. Il pourra notamment agir, grâce à ce changement législatif, contre la caution.

333. La créance non déclarée est donc inopposable à la procédure et les créanciers perdent le droit de poursuite pendant toute sa durée. Ici, deux positions s'opposent³⁷⁹ : pour certains, à la fin de la procédure, le comptable public récupère son droit de poursuite³⁸⁰. D'autres, estimant que cette

³⁷⁹ F. Pérochon et Ph. Roussel Galle, Controverse amicale sur la non reprise des poursuites après clôture de la liquidation judiciaire pour extinction du passif : Mélanges en l'honneur de D. Tricot, Dalloz-Litec 2010, p. 559.

³⁸⁰ Le rebond du débiteur en liquidation : vrai ou faux départ ? : Mél. D. Tricot, Litec-Dalloz 2011, p. 579. – Ph. Roussel Galle, Réforme du droit des entreprises en difficulté : Litec professionnels, 2e éd.

position favorise le créancier négligent par rapport au créancier diligent, considèrent que ces créances sont soumises à l'arrêt des poursuites durant la procédure et que ces poursuites ne peuvent reprendre à la clôture de la procédure de liquidation judiciaire³⁸¹.

Cependant, depuis l'ordonnance de 2008 lorsqu'un plan existe et que le débiteur a tenu ses engagements, la créance sera éteinte.

334. Le cas des créances contestées. Un arrêt récent nous rappelle que, sous le régime de la loi du 13 juillet 1967, lorsqu'une réclamation régulière et selon les formes prévues par le CGI n'avait pas été présentée, la créance faisait l'objet d'une admission définitive au passif du débiteur³⁸². Aujourd'hui, sous le régime de la loi de sauvegarde des entreprises de 2005, il convient de distinguer deux situations. D'une part, lorsque la créance est contestée avant l'ouverture de la procédure, le comptable public doit une demande d'admission à titre définitif dans le délai tel que prévu par l'article L. 624-1 du Code de commerce. Le juge-commissaire constatant qu'une instance ou une réclamation est en cours, décidera ou non de porter la mention « créance contestée ». Dans cette situation, à l'issue de la procédure permettant de qualifier la créance de contestée, l'admission définitive sera demandée au greffe par voie de requête³⁸³.

335. Le cas des procédures de contrôle ou de rectification fiscale. Une précision importante a été apportée par l'ordonnance du 12 mars 2014. En effet, avant son entrée en vigueur, l'administration fiscale devait déclarer en temps utile les créances issues d'un contrôle fiscal. L'ordonnance est venue prévoir que lorsqu'une procédure de contrôle ou de rectification fiscale a été mise en œuvre, les créances qui en ont fait l'objet doivent être établies « *non plus avant l'expiration du délai fixé par le tribunal pour l'établissement de la liste des créances déclarées, mais avant le dépôt au greffe du compte rendu de fin de mission par le mandataire judiciaire* »³⁸⁴. Le délai est donc étendu à la faveur de l'administration fiscale. De plus ce délai sera suspendu si est saisie par l'administration fiscale ou par le contribuable une commission nationale ou départementale visées à l'article L. 59 du Livre des

2007. – M.-H. Monsérié-Bon, L'effacement des dettes dans le droit des procédures collectives : Dr. et patrimoine sept. 2009, n° 184, p. 169.

³⁸¹ P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives : Dalloz-Action 2013-2014, n° 592-52. – J. Vallansan, P. Cagnoli et L. Fin-Langer, Entreprises en difficulté, commentaire article par article du livre VI du Code de commerce : LexisNexis, Droit & Professionnels, 6e éd. 2012, sous art. L. 643-11, I. ³⁸² Cass. com., 20 avr. 2017, n° 15-22.777, F-D : Dr. Fisc. 2017, n°43-44, 520.

³⁸³ Cass. com., 11 février 2014, n° 13-10.554, P+B, Comptable chef du pôle de recouvrement spécialisé d'Ille et Vilaine c/ SARL Euro Trans Agri diffusion : JurisData n° 2014-002121 ; JCP G 2014, 300.

³⁸⁴ G. Dedeurwaerder, L'ordonnance du 12 mars 2014 et le Trésor Public : innovations ou régressions ?, BJE, 01/05/2014, n°3, p.189.

procédures fiscales. Cette suspension dure jusqu'à ce que le contribuable reçoive l'avis de la commission ou de désistement.

336. Les modalités de déclaration. Pour ce qui est des modalités de la déclaration, elle peut être faite au nom de l'administration fiscale mais le déclarant, ayant au moins le grade de contrôleur titulaire, doit alors justifier d'une délégation de pouvoirs l'autorisant à procéder à cette formalité. Dans trois arrêts³⁸⁵ rendus le même jour, la Cour de cassation a rejeté les déclarations fiscales accomplies en raison du défaut de publication de la délégation donnée au signataire. Ainsi, avant d'admettre une créance, les organes de la procédure collective devront s'assurer que la délégation de signature a fait l'objet d'une publicité. Les textes issus de l'ordonnance du 12 mars 2014, devraient, en permettant au créancier de valider une déclaration de créance faite en son nom jusqu'à la date où le juge statue sur l'admission, réduire le nombre de contentieux³⁸⁶.

2) La qualification des créances postérieures favorable au Trésor Public.

337. Le traitement des créances postérieures. Le sort des créances antérieures au jugement d'ouverture est donc homogène. Il en va différemment pour ce qui est des créances postérieures. En effet, la loi de sauvegarde a créé plusieurs sous-catégories de créances postérieures, celles qualifiées de régulières et utiles étant payées à leur échéance ou par privilège³⁸⁷.

338. L'important critère de l'utilité de la créance. La question de l'utilité d'une créance fiscale a bien évidemment été soulevée. Une créance utile est définie par l'article L. 622-17 du Code de commerce comme une créance née « *pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période*

³⁸⁵ Cass., com., 02 juin 2015, n° 14-11592, 14-11596 et 14-11601, BJE 2015, n° 6, p. 382, obs. G. Dedeurwaerder.

³⁸⁶ F. Legrand et M.-N. Legrand, Délégation de signature – Créance fiscale – Nécessité de publication, Rev. Proc. Coll. 2016, n°1, comm. 4.

³⁸⁷ C. com., art. L. 622-17 : « I.- *Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, sont payées à leur échéance.*

II.- *Lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance, ces créances sont payées par privilège avant toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés, à l'exception de celles garanties par le privilège établi aux articles L. 3253-2, L. 3253-4 et L. 7313-8 du code du travail, des frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure et de celles garanties par le privilège établi par l'article L. 611-11 du présent code. »*

d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période »³⁸⁸. L'enjeu de la qualification des créances utiles est primordial dans la mesure où celles qui ne seront pas ainsi considérées subiront l'alignement de leur sort sur celui des créances antérieures. Le Trésor est donc fortement impliqué dans cette problématique et ne semble pouvoir se prévaloir que du premier critère téléologique posé par l'article - à savoir celui d'une créance née pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation - le second critère relatif à une créance née en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période étant difficilement applicable au cas des créances fiscales³⁸⁹.

339. Il convient certainement de distinguer entre les créances nées d'opérations ou d'actes qui ont été réalisées pour les besoins du déroulement de la procédure ou pour la poursuite de l'activité, des autres créances³⁹⁰. Peuvent aussi être considérées comme utiles les impositions qui ont pour assiette des revenus générés par la poursuite de l'activité³⁹¹. En la matière, le pouvoir d'appréciation des tribunaux sera déterminant. Ainsi, il a par exemple été décidé que la contribution sociale de solidarité et la contribution additionnelle, qui constituent pour les sociétés qui y sont assujetties une obligation légale, sont inhérentes à l'activité exercée et entrent donc dans le champ des créances postérieures privilégiées³⁹². A contrario, la Cour de cassation juge dans une affaire, sous l'empire du droit applicable antérieurement à l'ordonnance du 18 décembre 2008 et dans le cas de la liquidation judiciaire, qu'une créance de taxe foncière dont le fait générateur est postérieur au jugement d'ouverture n'est pas née pour les besoins du déroulement de la procédure³⁹³. Notons que l'ordonnance de 2008, en modifiant la rédaction de l'article L. 641-13 du Code de commerce applicable à la liquidation judiciaire, a changé la donne en supprimant l'exigence d'un lien entre l'activité professionnelle et l'utilité de la créance pour l'activité du débiteur. La nouvelle solution est maintenue et accentuée avec l'ordonnance du 12 mars 2014 puisqu'elle s'applique désormais à la taxe

³⁸⁸ CA Limoges, 4 févr. 2010 arrêt n° 168 : *Annonces Seine* 18 févr. 2010, n°11, p. 1, note B. Lagarde, *Le créancier public : être ou ne pas être pour les besoins de la procédure* ; *Rev. Sociétés* 2010, p. 197, note Ph. Roussel Galle.

³⁸⁹ BOI-REC-EVTS-10-30, 1er juillet 2015, §90.

³⁹⁰ F. Reille, *Sauvegarde, Redressement et Liquidation judiciaires – Créanciers postérieurs*, fasc. 2388, 01 mai 2009, *JurisClasseur Procédures collectives*.

³⁹¹ B. Lagarde, *Le Trésor Public : un créancier comme les autres*, *La Gazette du Palais*, 10 septembre 2005, n° 253.

³⁹² Cass. com., 15 juin 2011, n° 10-18.726 : *JurisData* n° 2011-011634 ; *Bull. civ.* 2011, IV, n° 99 ; *Act. proc. coll.* 2011, comm. 209 et 216, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; *D.* 2011, p. 1677, obs. A. Lienhard.

³⁹³ Cass. com., 14 oct. 2014, n° 13-24.555 : *JurisData* n° 2014-023992 ; *Bull. civ.* 2014, IV, n° 148 ; *Dr. fisc.* 2014, comm. 689, note M. Douay.

due pour le logement personnel du débiteur, un régime unifié régissant donc cette taxe patrimoniale³⁹⁴.

340. Pour ce qui est de l'impôt sur le revenu frappant le revenu global du débiteur personne physique, la question de l'utilité se complexifie dans la mesure où une partie de la créance est liée à des revenus tirés de l'activité exercée par le contribuable et une autre partie n'a aucun lien avec cette activité. La solution retenue est alors celle de la ventilation afin d'appliquer le traitement préférentiel à la première partie de la créance sans englober la seconde partie³⁹⁵.

341. La jurisprudence favorable au trésor. Dans une décision en date du 22 février 2017³⁹⁶, la Cour de cassation a jugé que la taxe d'apprentissage et la participation des employeurs à la formation professionnelle bénéficient du statut de créance méritante au sens de l'article L. 622-17, I du Code de commerce et doivent ainsi être payées à l'échéance. En effet, les juges considèrent que ces créances, nées après le jugement d'ouverture, peuvent bénéficier du paiement à l'échéance dans la mesure où elles constituent une obligation légale et qu'elles sont inhérentes à l'activité poursuivie après ledit jugement, étant calculées sur les salaires versés. Notons que pour certains auteurs, la généralité de la solution retenue par la Cour visant à considérer que le seul fait que les créances fiscales découlent d'une obligation légale suffit à les qualifier de créance postérieure méritante³⁹⁷.

Dès lors que le traitement préférentiel vise les créances postérieures, la question du fait générateur de ces taxes a été posée à juste titre. En effet, ces taxes doivent être payées le 1^{er} mars suivant l'année de paiement des salaires sur lesquels elles sont assises. Cependant, les entreprises redevables de ces taxes sont autorisées à en déduire le montant dû de certaines dépenses, le fait générateur des taxes devant intervenir à l'issue du délai prévu pour procéder à ces dépenses. Pour ce qui est de deux taxes en question, deux délais sont prévus : le 31 décembre de l'année de paiement des salaires ou le 1^{er} mars de l'année suivante pour les dépenses réalisées via des organismes collecteurs. C'est cette première date que la Cour de cassation retient ici comme date de fait générateur de ces taxes.

342. La question s'est aussi posée de savoir si devait être prise en cause la taxe assise sur l'intégralité des salaires versés au cours de l'année civile ou simplement sur les salaires versés à

³⁹⁴ M. Douay, Créance de taxe foncière et procédures collectives, Dr. fisc. 2014, n° 50, comm. 689.

³⁹⁵ BOI-REC-EVTS-10-30, 1er juillet 2015, §130.

³⁹⁶ Cass. com., 22 févr. 2017, n° 15-17.166, n° 15-17.167 et 15-17.168, F-P+B+I, SCP Laureau Jeannerot et SCP Guyon-Daval, ès qual. c/ Directeur gén. fin. publ. ; Act. proc. coll. 2017, comm. 99, obs. R. Vabres ; LEDEN 2017-4, p. 3, obs. G. Berthelot ; JCP E 2017, 1341, note C. Lebel ; BJE 2017, p. 204, obs. G. Dedeurwaerder ; Gaz. Pal. 27 juin 2017, p. 47, note D. Boustani.

³⁹⁷ Ch. Lebel, L'article L. 622-17 du Code de commerce et les créances de taxe d'apprentissage et de formation professionnelle : des créances utiles à la procédure collective ? JCP E, 22/06/2017

compter du jugement d'ouverture. Le respect strict du critère téléologique aurait certainement présidé à la préconisation d'une ventilation chronologique de la créance fiscale³⁹⁸. Les juges, en ne posant pas la règle de la ventilation chronologique, évite une certaine source de difficultés et favorise la situation du Trésor.

343. La mise en mouvement du droit des entreprises en difficulté aura une incidence claire sur la situation du Trésor public. En effet, en plus d'être soumis, comme tout autre créancier, à la règle de l'arrêt des poursuites, ce dernier est astreint de déclarer ses créances dans les délais de droit commun – quelques aménagements étant tout de même à noter.

Pour autant, le recouvrement de sa créance par le Trésor est clairement favorisé par les moyens qui sont mis à sa disposition.

II) Les moyens mis à la disposition du Trésor pour garantir le recouvrement de sa créance

344. L'article 2093 du Code civil pose la règle selon laquelle « *les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence* ». Ces causes de préférence légitimes sont les privilèges et les hypothèques.

Le Trésor public est justement doté d'un privilège (A) et d'une hypothèque légale (B) qui lui permettent d'échapper au sort commun des créanciers et qui lui apportent une aide, parfois contestable ou pour le moins économiquement critiquable, dans le recouvrement de ses créances.

A) Le privilège du trésor public

345. Le Trésor public n'est pas un créancier comme les autres. Il est doté d'un privilège prévu par le Code général des impôts qui lui permet de recouvrer ses créances de manière très significative (1). Ce privilège connaît un rang très privilégié ce qui ne manque pas de susciter une certaine perplexité (2).

³⁹⁸ G. Dedeurwaerder, Critère d'utilité et créances fiscales : deuxième manche pour le Trésor, BJE 2017, n°3, p. 204.

1) La portée du privilège du Trésor public

346. Le privilège du Trésor Public est essentiel pour le recouvrement de l'impôt de par son champ d'application très étendu (a). La publicité du privilège ne sera requise que dans certaines conditions (b).

a) Le vaste champ d'application du privilège

347. Le fondement du privilège. Le privilège est défini par l'article 2324 du Code civil comme « *un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires* ». Il ne peut avoir pour source que la loi. Il s'agit d'une sûreté réelle³⁹⁹.

Il est courant de distinguer les privilèges généraux, qui portent sur tous les meubles du débiteur et, en cas d'insuffisance, sur tous ses immeubles, et les privilèges spéciaux qui seront mobiliers s'ils portent sur certains meubles du débiteur ou immobiliers s'ils portent sur certains de ses immeubles.

La loi a mis à la disposition du Trésor Public deux privilèges mobiliers dont l'un est général (i) et l'autre spécial (ii).

i. Le privilège général mobilier du Trésor

348. Le privilège général mobilier est prévu aux articles 1920 et suivants du Code Général des Impôts.

349. Le champ du privilège général mobilier – impôts directs. L'article 1920 a pour vocation de garantir le recouvrement de toutes les contributions directes et des taxes assimilées perçues pour le compte de l'Etat et des collectivités locales en vertu du Code Général des Impôts.

Parmi ces impôts peuvent être cités l'impôt sur le revenu, l'impôt sur les sociétés, la cotisation foncière des entreprises, la taxe d'apprentissage ou encore la taxe sur les salaires.

Doit être précisé qu'en vertu de l'article 1754 du même Code, les pénalités et majorations d'assiettes⁴⁰⁰ calculées sur ces impôts sont aussi privilégiées. En effet, la Cour de cassation considère

³⁹⁹ Cass. com., 4 juillet 2000, n° 97-22.414 : JurisData n° 2000-002852 ; Bull. civ. 2000, IV, n° 137 ; JCP G 2000, IV, 2502 ; JCP G 2001, I, 315, n° 22, obs. Ph. Delebecque ; RTD com. 2001, p. 228, obs. A. Martin-Serf

⁴⁰⁰ Cass. com., 15 juill. 1992, n° 89-20.331 : JCP N 1993, II, p. 169.

que la majoration de 10% prévue à l'article 1730 du CGI « doit être considérée comme un impôt supplémentaire soumis aux mêmes règles de recouvrement que l'impôt lui-même et garanti, en conséquence, par le privilège du Trésor »⁴⁰¹.

En revanche, les amendes fiscales ne bénéficient pas du privilège.

350. L'article 1926 du Code Général des Impôts crée un privilège général au profit du Trésor pour le recouvrement de la taxe sur le chiffre d'affaires et les taxes assimilées. Est ici notamment visée la taxe sur la valeur ajoutée. Parmi les autres créances couvertes par ce privilège peut être citée la taxe d'apprentissage.

351. L'article 1929-1 du même Code vient garantir notamment le recouvrement des droits d'enregistrement, la taxe de publicité foncière ou encore l'impôt sur la fortune immobilière dans la mesure où ce dernier impôt est assis, recouvré et acquitté et que les bases d'imposition sont calculées et déclarées selon les mêmes règles que droits de mutation par décès (art. 973 du CGI).

352. Le champ du privilège général mobilier – impôts locaux. Selon l'article 1924 du CGI, le privilège général du Trésor s'applique aux taxes départementales et communales assimilées aux contributions directes. Toutefois, ce même article précise que ce privilège s'exerce après celui de l'article 1920 : le privilège créé au profit des taxes départementales prend rang immédiatement après celui du Trésor, et le privilège créé au profit des taxes communales, immédiatement après celui des taxes départementales.

353. Le champ du privilège général mobilier – taxes sur le chiffre d'affaires. Historiquement, les taxes sur le chiffre d'affaires ne bénéficiaient pas du privilège du Trésor dans la mesure où les lois qui les ont instituées ne l'avaient pas prévu⁴⁰². Après que l'administration ait, en vain en raison de la censure de la Cour de cassation, tenté d'étendre le privilège à ces taxes, le législateur est intervenu en 1931⁴⁰³ et les articles 1926 à 1928 du CGI prolongent désormais le champ du privilège général mobilier afin d'assurer le recouvrement des taxes sur le chiffre d'affaires⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ Cass. com., 23 mai 1960 : Bull. civ. 1960, III, n° 189 ; Mémorial des percepteurs 1960, p. 909 ; Cass. com., 11 juill. 1988, n° 87-14.451 : Dr. fisc. 1988, comm. 1892.

⁴⁰² Cass. civ., 15 mai 1928 : Gaz. Pal. 1928, 2, jurispr. p. 18 ; S. 1929, 1, p. 257. – Cass. civ., 24 janvier 1933 : Gaz. Pal. 1933, 1, jurispr. p. 674 ; S. 1933, 1, p. 88.

⁴⁰³ Loi 16 avril 1931, art. 61.

⁴⁰⁴ P. Nataf, « La limitation des pénalités afférentes aux taxes sur le chiffre d'affaires dans le cas d'une procédure collective », LPA 1993, no 98, p. 4.

354. L’assiette du privilège général mobilier. Le privilège du Trésor porte sur tous les biens du redevable mis à part ceux qui sont déclarés insaisissables par la loi. L’assiette différera selon qu’est invoqué le privilège mobilier général ou spécial.

355. Le privilège du trésor concerne les biens du redevable, qu’il soit une personne physique ou une personne morale, mais aussi ceux des tiers qui sont tenus par l’impôt. Essentiellement et relativement au sujet qui nous intéresse, il va s’agir ici des biens du dirigeant qui, en vertu de l’article L 267 du Livre des Procédures Fiscales a été déclaré solidairement responsable des impositions et pénalités dues par la société dirigée.

356. Quant à la nature des biens grevés, il s’agit des biens meubles du contribuable. Le Code général des Impôts faisant référence aux « biens et effets mobiliers », le droit civil a permis de déterminer quelle était la surface de cette notion.

Il peut s’agir tout d’abord de biens meubles par nature, c’est-à-dire qui peuvent se déplacer d’un lieu à un autre par eux-mêmes ou par le biais d’une force étrangère.

Il peut aussi s’agir de biens meubles par détermination de la loi. Ceux-ci sont énumérés dans une liste non limitative livrée par le Code civil en son article 529. Il est intéressant de noter que le Trésor va avoir un privilège sur diverses créances mobilières telles le prix de cession d’un fonds de commerce ou l’argent en espèce.

357. Le privilège général du Trésor n’est qu’un privilège mobilier et, dès lors, ne porte pas sur les immeubles du débiteur. Notons que, en cas de vente d’un immeuble, lorsque les créanciers privilégiés et chirographaires sur cet immeuble ont été désintéressés, les sommes éventuellement disponibles relèvent du champ de du privilège du Trésor⁴⁰⁵.

358. Indifférence de la date d’entrée dans le patrimoine du débiteur. Quoi qu’il en soit, leur date d’entrée dans le patrimoine du débiteur et le lieu où ils se trouvent seront sans incidence. En effet, conformément à la règle édictée par l’article 2284 du Code civil, le privilège du Trésor porte sur les meubles du contribuable « *présents et à venir* ».

⁴⁰⁵ Cass. com., 29 avr. 1963 : Bull. civ. 1963, III, n° 212 ; D. 1964, somm. p. 19 ; RTD com. 1963, p. 898, obs. Houin ; Rev. synd. adm. jud. 1963, p. 259.

Concernant la date d'entrée dans le patrimoine, il n'y aura pas lieu de la comparer avec la date de naissance du privilège. En effet, les biens acquis après cette dernière date entreront tout de même dans le champ du privilège. En outre, le fait que le bien soit entré dans le patrimoine du débiteur après le jugement le plaçant en redressement judiciaire est sans importance.

359. Indifférence de la localisation des biens. Concernant la situation des meubles, le privilège s'applique de la même façon sur les biens du redevable situés dans le lieu où le redevable exerce son activité ou sur ses biens garnissant sa résidence privée ou encore entreposés chez un tiers.

360. L'absence de droit de suite. Il est important de souligner que le privilège général du Trésor ne donne pas lieu à un droit de suite, ce qui le distingue ici de l'hypothèque légale du Trésor : les meubles régulièrement aliénés par le redevable, de bonne foi et sans fraude, avant l'exercice de poursuites par voie de saisie ne pourront être atteints⁴⁰⁶.

En cas de fraude, l'action paulienne sera un recours possible pour l'administration fiscale.

ii. Le privilège spécial mobilier du Trésor

361. Le privilège spécial mobilier est, lui, prévu à l'article 1920-2 du Code général des impôts et a pour vocation de garantir notamment le recouvrement des taxes foncières et de la fraction de l'impôt sur les sociétés dû à raison de la perception de revenus d'un immeuble. Ce privilège est bien spécial puisqu'il est limité aux fruits de l'immeuble imposé.

362. Le droit de suite du privilège spécial du Trésor. Un arrêt rendu en 2017 par le Conseil d'Etat est venu soulever une question intéressante relative au droit de suite qui serait attaché au privilège spécial du Trésor et par ailleurs, une question sur la répartition de compétences entre juridictions administratives et judiciaires pour traiter de ce point⁴⁰⁷.

Quant à la question de la compétence, il semble que le Conseil d'Etat ait toujours considéré que les sujets relatifs à l'existence et la portée du privilège du Trésor relève du juge judiciaire⁴⁰⁸. Le Tribunal

⁴⁰⁶ CE, 8e et 3e ss-sect., 13 juillet 2006, n° 269576, min. c/ SCI Saint-Jacques Peyras : JurisData n° 2006-080962 ; Dr. fisc. 2007, n° 15, comm. 420 ; RJF 2006, n° 1623

⁴⁰⁷ CE, plén. fisc., 22 févr. 2017, n° 394647, SCI Les Roches, concl. R. Victor : JurisData n° 2017-003637 ; Dr. Fisc. 2017, n° 24, comm. 354.

⁴⁰⁸ CE, 22 juin 1888, n° 66330, Caizergues : Lebon, p. 550 ; CE, 7e et 8e ss-sect., 23 décembre 1981, n° 34026, Crépin Loredon : Dr. fisc. 1982, n° 15, comm. 863 ; RJF 1982, n° 233.

des conflits confirme cette position⁴⁰⁹. La Haute juridiction administrative s'est toutefois prononcée sur l'existence du droit de suite⁴¹⁰, ce qui constitue un cas isolé et non réitéré dans le cadre d'un arrêt rendu en 2008 à l'occasion duquel le juge administratif considère qu'une question relative à l'existence et la portée du droit de suite ne peut que relever du juge judiciaire⁴¹¹. La consécration d'une compétence exclusive de l'ordre judiciaire semble opportune dans la mesure où elle permet d'éviter l'émergence de solutions contradictoires sur un même sujet.

La Cour de cassation, de longue date, considère que le privilège du trésor comporte un droit de suite⁴¹². Cette position est par ailleurs reprise par l'administration fiscale⁴¹³.

363. Le champ d'application du privilège du Trésor public est large mais, dans certains cas, la loi va conditionner son efficacité à la réalisation de formalités de publicité.

b) La publicité du privilège

364. Les cas de publicité obligatoire. Contrairement au droit commun des privilèges mobiliers, depuis une loi de 1966⁴¹⁴, les privilèges fiscaux sont soumis à publicité⁴¹⁵. Dans certaines situations, le privilège du Trésor sera en effet soumis à une publicité obligatoire, publicité dont il faudra analyser les conséquences quant aux effets du privilège, c'est-à-dire quant à l'attribution au profit du Trésor d'un rang privilégié parmi les divers créanciers du contribuable.

Tout d'abord, l'obligation de publier le privilège pour le Trésor n'intervient qu'à l'égard de certaines personnes et pour des sommes supérieures à un certain montant. Ces conditions sont fixées à l'article 1929 quater du Code général des impôts.

⁴⁰⁹ T. confl., 13 janv. 1936, n° 826, Administrateur de Dakar c/ Sté en faillite des établissements Lecomte : Lebon, p. 1159.

⁴¹⁰ CE, 8e et 3e ss-sect., 13 juillet 2006, n° 269576, op.cit.

⁴¹¹ CE, 8e et 3e ss-sect., 21 mars 2008, n° 293828, min. c/ Sté Semcha : JurisData n° 2008-081293 ; Dr. fisc. 2008, n° 16, comm. 285 ; RJF 6/2008, n° 749.

⁴¹² Cass. req., 6 juillet 1852, Bourdeaux c/ Adm. des contributions directes : S. 1852, p. 534 ; Cass. com., 4 mars 1969, n° 65-14.457, Receveur des finances c/ Dame Labaudinière et a. : Bull. civ. IV, n° 82 ; JCP G 1969, II, 16110, note M. Cozian.

⁴¹³ BOI-REC-GAR-10-10-20-10, 12 sept. 2012, n° 240.

⁴¹⁴ L. n° 66-1007 du 28 décembre 1966.

⁴¹⁵ M. Cozian, La publicité du privilège du Trésor en matière fiscale : JCP G 1968, I, 2199.

365. Les personnes donnant lieu à publicité obligatoire. Quant aux personnes, il y aura lieu à publicité lorsque les sommes dues à titre privilégié le sont par des commerçants ou par des personnes morales de droit privé même non commerçants.

C'est la définition du droit commercial qui est ici retenue pour déterminer qui sera qualifié de commerçant : ceux qui exercent des actes de commerce à titre de profession habituelle⁴¹⁶.

En règle générale, une personne immatriculée au registre du commerce sera présumée commerçante, exception faite des personnes immatriculées pour la seule raison qu'elles sont propriétaires d'un fonds de commerce mis en location-gérance.

Par ailleurs, le commerçant de fait qui n'est donc pas inscrit au registre du commerce n'échappera pas au régime des commerçants.

En ce qui concerne les personnes morales de droit privé, c'est une notion très large qui va recouvrir l'ensemble des sociétés, des associations, des groupements dotés de la personnalité juridique et qui relève du droit civil ou commercial. En revanche, sont exclus les groupements dépourvus de la personnalité morale ainsi que les personnes publiques.

366. Les créances donnant lieu à publicité obligatoire. Quant aux créances fiscales donnant lieu à publication, le Code général des impôts nous indique quelles sont les impositions soumises à publicité mais fixe aussi des seuils au-delà desquels la publication est obligatoire ainsi que des délais dans lesquels il faudra procéder à la publication.

Parmi les impôts soumis à publication, il faut notamment relever l'impôt sur le revenu, l'impôt sur les sociétés, la taxe sur le chiffre d'affaires et les taxes annexes ou encore la cotisation foncière des entreprises. En revanche, sont exclues les impositions telles que la taxe foncière, la taxe d'habitation ou encore les droits d'enregistrement.

Pour les impôts soumis à publication, il faudra publier l'intégralité de la dette fiscale, c'est-à-dire qu'il faudra comprendre notamment les pénalités d'assiette, les majorations pour retard de paiement ainsi

⁴¹⁶ C. com., art. L121-1 : « *Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle.* »

que les frais de poursuite engagés pour obtenir le recouvrement desdits impôts. Ne seront pas comprises en revanche les amendes pénales.

367. Publicité obligatoire après dépassement de délais. En ce qui concerne les délais, il faut que soit expiré le délai durant lequel le contribuable devait payer l'impôt visé par le privilège. Selon le Code général des impôts, l'inscription ne peut être requise qu'à l'issue d'un délai de neuf mois qui suit la date de majoration pour défaut de paiement pour les impôts directs recouvrés par voie de rôle ou l'émission d'un titre exécutoire pour les taxes sur les chiffre d'affaires et assimilées.

368. Le cas des créances contestées. Il faut cependant ménager le cas des créances contestées et de celles qui ont fait l'objet de l'octroi de délais de paiement.

Les créances contestées seront, dans la majorité des cas, soumises au régime de la publicité mais il pourra être fait mention de la réclamation en marge de l'inscription.

369. Le cas de l'octroi de délais de paiement. En revanche, l'octroi de délais de paiement va avoir une influence. En effet, si le débiteur obtient un plan d'apurement échelonné, les dettes qui en font l'objet ne seront pas soumises à la publicité du privilège du trésor.

Une condition est toutefois posée, il faudra que le contribuable respecte les échéances ainsi que ses obligations fiscales courantes qu'il s'agisse d'obligations déclaratives ou d'obligations de paiement.

Seuls les plans d'apurement octroyés par les comptables de la Direction Générale des Finances Publiques dans le cadre de transactions ou de la baisse brutale de revenus sont visés par l'absence de publicité.

Ne sont donc pas concernés les délais de paiements accordés dans le cadre d'une procédure de conciliation ou d'une procédure collective, ni même les délais accordés sous le visa de l'article 1343-5 du Code civil.

370. Publicité obligatoire après dépassement de seuils. Enfin, outre la question du dépassement du délai de 9 mois, il existe un seuil en termes de montant.

Pour ce qui est du montant des sommes, la publicité est obligatoire au-delà d'un certain montant fixé par décret⁴¹⁷ et ce pour un même poste comptable ou service assimilé. Ce seuil est actuellement fixé

⁴¹⁷ CGI, annexe III, art. 416 bis.

à 15 000 euros. Un paiement partiel intervenant avant la réalisation des formalités matérielles de la publicité et faisant passer la dette sous le seuil ne modifiera pas le caractère obligatoire de la publicité.

371. L'intérêt pour un créancier d'être titulaire d'une créance privilégiée est de pouvoir être payé avant les autres créanciers. Cependant, existant une pluralité de créanciers privilégiés, des règles sont posées. Le Trésor public, comme les autres créanciers privilégiés, va se voir attribuer un rang pour l'exercice de son privilège.

2) L'octroi d'un rang privilégié contesté

372. Le Trésor public dispose d'un rang privilégié pour procéder au recouvrement de ses créances fiscales (a). Ce rang lui sera très utile pour échapper au concours des créanciers dans le cadre des procédures collectives. Cependant, au regard du contexte particulier de difficultés économiques dans lequel est exercé ce privilège, des critiques sont à formuler (b).

a) L'octroi d'un rang privilégié

373. Les privilèges sont classés pour que soient répartis les fonds entre les mains des divers créanciers (i). Le défaut de publicité du privilège lorsqu'elle est requise par la loi peut avoir des conséquences sur le rang accordé (ii).

i. Le classement des privilèges

374. Le privilège, un droit de préférence. Le privilège permet au créancier d'être payé sur le prix de vente de biens qui composent le patrimoine du débiteur avant les autres créanciers. C'est un droit de préférence. Le classement attribué au créancier titulaire du privilège sera plus ou moins intéressant en fonction du rang que la loi accorde à sa créance.

375. Le classement entre créances fiscales. Il existe un classement des privilèges fiscaux entre eux.

En premier rang viennent les impôts directs d'Etat et les taxes sur le chiffre d'affaires.

Pour ce qui concerne les impôts directs d'Etat, le Code général des impôts prévoit que le privilège du Trésor en la matière s'exerce avant tous les autres⁴¹⁸.

Quant à la taxe sur le chiffre d'affaires et les taxes assimilées, l'article 1926 du même Code prévoit que le privilège sera de même rang que pour les impôts susdits.

Ensuite, vient le privilège permettant le recouvrement des autres impôts directs locaux, c'est-à-dire notamment les taxes départementales et communales assimilées aux contributions directes.

En troisième rang viennent les droits d'enregistrement et taxes assimilées ainsi que les créances qui sont recouvrées comme en matière d'enregistrement.

Enfin, le recouvrement des contributions indirectes connaît un privilège qui s'exercera après les privilèges qui viennent d'être cités.

376. Le classement du Trésor vis-à-vis des autres créanciers. Une fois les privilèges du Trésor classés entre eux, il convient d'établir un classement par rapport aux autres créanciers privilégiés.

377. Le principe de primauté. En la matière, il existe un principe de primauté du privilège du Trésor, principe qui supporte cependant quelques exceptions.

En ce qui concerne le principe de primauté du privilège du Trésor, il s'agit d'une primauté aussi bien au regard des autres privilèges généraux que de certains privilèges spéciaux.

Le privilège général du Trésor, exceptions mises à part, prime tous les autres privilèges mobiliers de droit privé qui s'exercent sur la totalité des meubles du débiteur. Parmi eux peuvent être cités à titre d'exemples le privilège des frais funéraires et de dernière maladie, ou encore le privilège des auteurs compositeurs et artistes.

Le Code civil pose un principe selon lequel les privilèges spéciaux priment les privilèges généraux. Pourtant, le privilège général, une fois encore va primer certains des privilèges spéciaux. Par exemple, la Cour de cassation a jugé que le privilège général du Trésor prime le privilège spécial du bailleur d'immeuble⁴¹⁹ ou encore le privilège du créancier gagiste⁴²⁰.

⁴¹⁸ CGI, art. 1920, 1° : « *Le privilège du Trésor en matière de contributions directes et taxes assimilées s'exerce avant tout autre sur les meubles et effets mobiliers appartenant aux redevables en quelque lieu qu'ils se trouvent. (...)* »

⁴¹⁹ Cass. civ. 27 juillet 1925 : Bull. civ. 1925, n° 157.

⁴²⁰ Cass. com., 13 avril 1972, n° 70-13.954 : Bull. civ. 1972, IV, n° 102.

378. Les exceptions au principe de primauté. Le principe de primauté du privilège du trésor supporte des exceptions, il n'est pas absolu. Ce dernier peut être primé, lorsque la loi le prévoit, par des privilèges généraux ou par des privilèges spéciaux.

379. Le privilège des frais de justice. Tout d'abord, le privilège du trésor est primé par le privilège des frais de justice⁴²¹. Cette solution, prévue par l'article 1927 du CGI pour le cas des contributions indirectes, a été étendue aux autres privilèges fiscaux par la jurisprudence⁴²². Ces frais de justice ne sont privilégiés qu'à deux conditions. Tout d'abord, ils doivent être engagés dans l'intérêt commun des créanciers. Ce privilège ne peut être opposé qu'aux créanciers pour lesquels l'engagement des frais de justice a été utile. Par ailleurs, les frais qui ne sont utiles qu'à certains créanciers sans être utiles au Trésor ne priment pas le privilège du Trésor : cela a par exemple été jugé dans le cas de frais de justice engagés pour les besoins d'une saisie immobilière exercée par les créanciers hypothécaires, les frais n'ayant pas profité au Trésor, le privilège des frais de justice ne pouvait lui être opposé⁴²³.

Par ailleurs, les frais doivent être utiles à la conservation et à la réalisation des biens.

380. Le super-privilège des salariés. Ensuite, le privilège du Trésor est primé par le super-privilège des salariés. Ce privilège garantit le paiement des rémunérations de toute nature dues notamment aux salariés et apprentis pour les soixante derniers jours de travail en cas de redressement ou de liquidation judiciaire. Pour autant la primauté de ce privilège sur celui du Trésor doit être nuancée dans une certaine mesure. L'argument selon lequel son champ d'application est limité aux seules procédures collectives ne saurait peser ici puisque la présente étude s'intéresse particulièrement à la place du privilège du Trésor dans les procédures collectives.

En revanche, la primauté est à relativiser dans le sens où le super-privilège des salariés ne porte que sur une portion des salaires.

381. Le privilège de la conciliation. Le privilège du Trésor est aussi primé par le privilège de conciliation qui est offert aux créanciers ou fournisseurs qui font de nouveaux apports au débiteur en difficulté. Sont ici primés tous les créanciers antérieurs à l'ouverture de la conciliation même

⁴²¹ BOI-REC-GAR-10-10-10-20 n° 10 : « *Les privilèges généraux mobiliers s'exercent dans l'ordre prévu à l'article 2331 du Code civil à l'exception du privilège du trésor public, dont le rang est déterminé par les lois qui le concernent (...)* ».

⁴²² Cass. com., 24 mai 1965, n° 63-10.995 : Bull. civ. 1965, III, n° 329 ; RTD com. 1965, p. 911, obs. Houin.

⁴²³ Cass. com., 19 octobre 1970, n° 69-11.606 : JCP N 1971, II, 167771 bis, note J. A. ; Rev. synd. 1971, II, p. 164 ; D. 1970, somm. p. 6 ; RTD com. 1970, p. 516 ; Bull. civ. 1970, IV, n° 272.

titulaires de sûretés ainsi que les créanciers postérieurs dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.

Enfin, il faut aussi tenir compte du privilège des créanciers postérieurs dans le cadre d'une procédure collective. Les créances postérieures privilégiées, lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance primeront le privilège du trésor, qu'elles soient ou non assorties de sûretés.

Le privilège du Trésor est aussi primé par des privilèges spéciaux dont l'énumération de quelques exemples sera ici suffisante. Peuvent ainsi être cités le privilège des frais de conservation de la chose ou le privilège du porteur de warrant commercial.

382. La mise en œuvre du privilège. En ce qui concerne la mise en œuvre de ce privilège dans le cadre d'une procédure collective, elle se fait par l'intermédiaire des comptables des finances publiques qui vont, comme tous les autres créanciers, produire leurs créances privilégiées entre les mains du mandataire judiciaire. Le privilège sera opposable à tous les créanciers lors de l'admission définitive de la créance par le juge-commissaire.

Comme les créanciers ordinaires, les créanciers qui disposent d'un privilège général sont tenus de suspendre leurs poursuites individuelles à l'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et ne pourront normalement les reprendre qu'à la clôture des opérations.

Toutefois, en cas de carence du liquidateur qui n'a pas entrepris la liquidation des biens grevés pendant trois mois à compter du jugement d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire, le comptable des finances publiques pourra, dès qu'il aura déclaré ses créances, exercer son droit de poursuite individuelle.

ii. Conséquence du défaut d'inscription sur le rang du privilège

383. L'inscription du privilège n'a pas de conséquence sur le rang du privilège ni sur sa prescription. En revanche, il n'en va pas de même pour le défaut d'inscription.

384. Le défaut de publicité et la perte du privilège. Lorsque la publicité du privilège est obligatoire, le défaut d'inscription ou son irrégularité empêchent l'exercice de ce privilège.

La sanction est la perte du privilège, c'est-à-dire que la déclaration des créances entre les mains du mandataire judiciaire sera alors faite à titre chirographaire.

Cette sanction est lourde de conséquences notamment au regard de la règle selon laquelle, à compter de la date d'ouverture de la procédure collective, ne peuvent plus être inscrits de privilèges pour les créances antérieures au jugement d'ouverture. En revanche, ce jugement n'empêche pas le renouvellement des inscriptions antérieures. Si tel renouvellement n'est pas effectué avant le terme du délai de quatre ans qui marque la fin de l'inscription, le comptable ne pourra plus se prévaloir de son privilège.

En ce qui concerne les créances qu'il n'était pas tenu d'inscrire à la date du jugement d'ouverture, le Trésor public conserve son privilège. Il s'agit ici des créances qui n'entrent pas dans le champ d'application de la publicité ou n'y sont pas soumises à titre obligatoire.

Par ailleurs, pour les créances mises en recouvrement après la date du jugement de la procédure collective, le Trésor public conserve son privilège s'il les a déclarées à titre provisionnel.

En ce qui concerne les créances nées après le jugement d'ouverture d'une procédure collective, les formalités d'inscription et de renouvellement doivent être accomplies normalement pour les créances qui sont nées régulièrement après le jugement d'ouverture et pour les créances hors procédure⁴²⁴.

385. Le privilège du Trésor est un élément très important dans l'organisation du recouvrement de ses créances par l'administration. C'est un véritable atout pour le Trésor, une arme qui lui a valu certaines critiques.

b) La contestation du privilège du Trésor.

386. Le privilège du Trésor est un outil essentiel pour l'administration fiscale. Il est utile puisque c'est une garantie pour le trésor de recouvrer ses créances.

Pour autant, ce privilège peut aussi être contesté de deux points de vue.

⁴²⁴ BOI-REC-GAR 10-10-30-30, n° 80.

387. Le privilège en contradiction avec le principe d'égalité des créanciers. Tout d'abord, au regard du principe de l'égalité des créanciers, le privilège du Trésor apparaît en contradiction. L'article 2093 du Code civil pose la règle selon laquelle il énonce ce principe tout en posant des exceptions dont le caractère légitime doit justifier la préférence de certains créanciers par rapport aux autres.

388. Une logique économique critiquable. Pour autant le caractère légitime de cette préférence semble pouvoir être clairement relativisée.

En effet, la vocation de l'impôt est de garantir le fonctionnement de l'Etat grâce à des recettes qui doivent être prévisibles. Le rôle de l'administration fiscale est de procéder au recouvrement de cet impôt. Mais penser que le privilège du trésor garantit les rentrées fiscales est partiellement erroné et ne répond pas à l'exigence d'une vision à long terme. Si le privilège du trésor permet de recouvrer plus d'impôt que l'entreprise en difficulté n'aurait pu en payer à l'administration fiscale si le privilège n'avait pas existé, il est un poids qui peut s'avérer être un obstacle au redressement de l'entreprise.

Un obstacle parce que l'inscription du privilège est un véritable signal envoyé aux créanciers privés leur indiquant de ne pas prêter. Les partenaires financiers ne se satisfont en effet plus des garanties personnelles que leur proposent les petites et moyennes entreprises et sont donc de moins en moins enclin à financer leurs projets de développement. L'inscription du privilège a donc un effet néfaste sur la capacité de l'entreprise à emprunter et à investir. En effet, les créanciers privés qui se retrouvent primés par le privilège du trésor public ne pourront, pour certains, pas recouvrer leurs créances et en seront ainsi affaiblis.

389. L'absence d'incitation à participer au redressement de l'entreprise en difficulté. D'autre part, l'administration doit être associée au traitement des difficultés des entreprises. L'existence du privilège du Trésor n'incite pas l'administration à suivre les entreprises et à enclencher des procédures en amont des difficultés. Or il est évident que plus les difficultés sont détectées en amont, plus le Tribunal de commerce intervient rapidement et plus les possibilités de sauvetage de l'entreprise seront nombreuses.

390. L'hypothèse défendable de la suppression du privilège. Plus que la publicité du privilège, c'est le privilège lui-même qu'il conviendrait de supprimer. Pourtant, on peine à voir ce projet évoqué en France. Telle mesure a été prise en Allemagne en 1999. La suppression du privilège, loin d'entraîner un coût fiscal majeur peut s'avérer très vertueuse économiquement en rassurant les créanciers privés et en les incitant à financer les projets des entreprises.

Et si l'objectif principal du législateur est de créer les meilleures conditions au sauvetage de l'entreprise, il peut être proposé de remplacer ce privilège par un autre qui jouerait en faveur des entreprises en difficulté créancières du débiteur soumis à la procédure. Un frein viendrait-il alors éventuellement ralentir voire contrer le fléau des faillites en cascades. Cette solution évoquée à l'Assemblée Nationale à l'occasion d'une question écrite a permis au gouvernement en place en 2015 de réaffirmer son attachement au privilège du Trésor notamment au motif que la suppression de celui-ci pourrait avoir des conséquences sur la volonté des créanciers publics à accorder des délais de paiement⁴²⁵.

391. Le privilège du trésor est un véritable rouleau compresseur visant à recouvrer l'impôt dû par l'entreprise en difficulté. Il n'est pas le seul outil à la disposition de l'administration fiscale. Le champ d'application du privilège, bien que très vaste, ne s'étend que sur les biens meubles du redevable. Pour pallier à cela, et dans le cas où ces meubles n'offriraient pas une garantie suffisante, la loi a offert au Trésor public une hypothèque légale qui permet d'affecter les immeubles du contribuable en garantie du recouvrement des créances fiscales.

B) L'hypothèque légale du Trésor Public

392. Une sûreté réelle immobilière. L'hypothèque est une sûreté réelle immobilière portant sur un ou plusieurs biens déterminés du débiteur ou d'un tiers. Elle peut être légale, judiciaire ou conventionnelle. Définitions ? Le créancier, s'il veut voir son hypothèque opposable aux tiers, doit procéder à l'inscription hypothécaire et disposera alors d'un droit réel accessoire garantissant sa créance.

L'hypothèque légale du trésor est régie par l'article 1929 ter du Code général des impôts.

1) La portée de l'hypothèque légale du trésor

⁴²⁵ JOAN 30 juin 2015, Question écrite n° 74549, 24/02/2015.

393. Le champ d'application de l'hypothèque légale du trésor est relativement large (a) mais cette sûreté ne sera efficace que si les comptables des finances publiques procèdent à son inscription dans les délais et conditions prévus par la loi (b).

a) Champ d'application de l'hypothèque

394. Un large champ d'application. Le champ d'application de l'hypothèque légale du trésor est large.

395. Les impôts entrant dans le champ. En effet, sont concernées les impositions de toute nature. Le recouvrement de l'impôt sur le revenu, de l'impôt sur les sociétés, de la taxe sur les salaires, de la taxe d'apprentissage, de la taxe sur le chiffre d'affaires, par exemple, est ainsi garanti.

Plus précisément, entrent dans le champ d'application de l'hypothèque légale toutes les créances dont le recouvrement est confié aux comptables des finances publiques et qui peuvent être qualifiées d'imposition ou d'amende fiscale. Il convient de noter que ne sont pas garanties les pénalités venant seulement sanctionner l'inexécution de formalités ou d'obligations qui ne doivent pas être obligatoirement accompagnées du paiement de l'impôt⁴²⁶.

Au-delà des droits simples, sont aussi garantis les accessoires des impôts. Parmi les accessoires, il faut entendre les intérêts de retard, mais aussi les majorations d'assiette qui sanctionnent par exemple les insuffisances, omissions ou inexactitudes dans une déclaration visées à l'article 1728 du CGI. Sont aussi comprises les majorations de recouvrement qui sanctionnent le retard ou le défaut de paiement dans les délais impartis de certains impôts visées à l'article 1730 du même code. Cette solution a été confirmée par le Conseil d'Etat qui considère que les intérêts et majorations font partie de l'impôt lui-même⁴²⁷.

Enfin, les frais de poursuites engagés pour le recouvrement des impôts et les intérêts moratoires sont également garantis par l'hypothèque légale.

396. Les personnes entrant dans le champ. En ce qui concerne le champ d'application de l'hypothèque légale relativement aux personnes dont les immeubles peuvent être grevés, il peut s'agir

⁴²⁶ BOI-REC-GAR-10-20-20-10- 20151007, n° 80 : « *Les pénalités sanctionnant simplement le défaut ou le retard dans l'exécution de formalités ou d'obligations qui ne doivent pas obligatoirement être accompagnées du paiement de l'impôt n'entrent pas dans le champ d'application de l'hypothèque légale.* »

⁴²⁷ CE, 9e et 10e ss-sect. réunies, 27 octobre 2004, n° 266024 ; JurisData n° 2004-080620 ; RJF 2005, n° 92, concl. Vercluytte.

aussi bien du contribuable que des tiers qui sont solidairement tenus du paiement de l'impôt en vertu de dispositions fiscales.

Le contribuable peut être une personne physique ou morale. Il est impératif que la qualité de redevable du propriétaire des immeubles grevés soit établie. Par ailleurs, il est nécessaire que l'administration justifie d'un titre exécutoire, c'est-à-dire un avis de mise en recouvrement ou une inscription au rôle⁴²⁸.

Les tiers solidairement tenus du paiement de l'impôt sont notamment les héritiers du contribuable décédé et de l'immeuble⁴²⁹, les dirigeants sociaux déclarés solidairement responsables des impôts sociaux en vertu de l'article 267 du Livre des procédures fiscales.

397. Les biens entrant dans le champ. Quant au champ d'application de l'hypothèque légale relativement aux biens qui peuvent être grevés, il s'agit de tous les biens immeubles par nature ou par destination dont le redevable, ou le tiers tenu au paiement, est propriétaire. La propriété des immeubles s'apprécie au moment où la créance du Trésor est devenue exigible. Dans le cas où le contribuable est propriétaire indivis d'un bien, l'hypothèque est valable à concurrence de sa part dans l'immeuble⁴³⁰.

Les biens doivent être précisément désignés dans l'inscription de l'hypothèque et ne doivent pas faire l'objet d'une hypothèque conventionnelle.

398. L'hypothèque légale est un moyen pour les comptables des finances publiques de garantir le recouvrement de leurs créances impayées. Cette garantie prend rang le jour de l'inscription ce qui fait de cette dernière une étape primordiale.

b) Inscription de l'hypothèque

399. Une mesure de prévention non obligatoire. Les articles 2426 et suivants du Code civil déterminent les modalités d'inscription de l'hypothèque, inscription qui peut être entravée par l'ouverture d'une procédure collective.

⁴²⁸ Cass. com., 3 octobre 2006, n° 04-14.728 : JurisData n° 2006-035340 ; Bull. civ. 2006, IV, n° 200 ; RJF 2007, n° 84, cité infra n° 130 et 131.

⁴²⁹ CGI, art. 1682 : « *Le rôle, régulièrement mis en recouvrement, est exécutoire non seulement contre le contribuable qui y est inscrit, mais contre ses représentants ou ayants cause.* »

⁴³⁰ Cass. com., 20 juin 1995, n° 93-10.331 : JurisData n° 1995-001570 ; Bull. civ. 1995, IV, n° 183 ; Quot. jur. 19 sept. 1995, p. 4, obs. P. M. ; LPA 17 avr. 1996, p. 11, note A. Honorat et C. Henry.

L'inscription de l'hypothèque doit être analysée comme une mesure de prévention qui, contrairement au privilège, n'est soumise à aucun seuil d'inscription obligatoire. S'agissant d'un acte conservatoire et non d'un acte d'exécution, l'hypothèque légale peut être prise sans que le redevable concerné ne soit informé. Cependant, l'administration considère que lorsque l'inscription est prise sans que le redevable n'ait à donner son accord, un avis d'inscription doit lui être envoyé dès l'accomplissement des formalités.

L'hypothèque légale du trésor va souvent servir de palliatif lorsque les biens mobiliers du redevable sur lesquels est assis le privilège vont s'avérer être insuffisants pour garantir la créance impayée du trésor.

La valeur des immeubles a une importance certaine. Tout d'abord, en cas de pluralité d'immeubles dans le patrimoine du redevable, il faudra tenir compte de la valeur des immeubles afin de déterminer sur lesquels il est le plus pertinent d'inscrire l'hypothèque au regard du montant de la créance à garantir. Par ailleurs, il faudra tenir compte des hypothèques déjà inscrites. Concernant la comparaison entre la valeur de l'immeuble et la valeur de la créance, il conviendra que la première soit significativement supérieure afin d'anticiper toute modification de la deuxième.

400. L'utilité de l'hypothèque. L'inscription permet de conserver l'hypothèque jusqu'à la date qui sera fixée par le créancier sans que la période ne puisse excéder dix ans à compter du jour de la réalisation des formalités.

401. Le moment de l'inscription. Concernant le moment de l'inscription de l'hypothèque, l'article 1929 ter du Code général des impôts distingue deux situations.

402. Le cas des impôts non-issus d'une procédure de rectification. Pour les impôts qui ne sont pas issus d'une procédure de rectification, l'hypothèque légale du trésor ne peut être inscrite qu'à compter du jour où le contribuable a encouru une pénalité ou une majoration pour défaut de paiement. Il faut entendre par pénalité ou majoration les intérêts de retard et les majorations visées par les articles 1727, 1730 et 1731 du Code général des impôts.

Il est donc compréhensible qu'une hypothèque légale ne puisse être inscrite pour une créance dont l'exigibilité n'est pas certaine.

403. Le cas des impôts issus d'une procédure de rectification. Pour les impôts issus d'une procédure de rectification, c'est la mise en recouvrement des impositions et des pénalités qui va permettre l'inscription de l'hypothèque légale.

Pour autant, avant cette date, les comptables des finances publiques disposent de moyens pour sauvegarder les droits de l'administration fiscale. En effet, une sûreté judiciaire conservatoire peut être constituée sur les immeubles du contribuable. Cette mesure conservatoire n'aura pas pour effet de rendre le bien inaliénable et celui-ci restera à la disposition du débiteur. Une procédure en deux étapes doit être suivie. Le comptable des finances publiques procède d'abord à une publicité provisoire qui a pour effet de conserver la sûreté pendant trois ans. Cette mesure conservatoire ne peut être opérée que sur autorisation du juge ou sur présentation d'un titre en vertu duquel la loi confère la possibilité de prendre une telle mesure⁴³¹. S'il n'existe pas de titre exécutoire, la mesure conservatoire doit être prise dans les trois mois suivant l'ordonnance du juge de l'exécution.

Ensuite, la publicité provisoire doit être confirmée par une publicité définitive dans un délai de deux mois à compter du jour à partir duquel le titre constatant les droits du créancier est passé en force de chose jugée⁴³². Cette dernière permettra de donner rang à la sûreté au jour de l'exécution de la formalité provisoire. Les mesures conservatoires jouent donc un rôle primordial dans la protection des droits du trésor. On remarque ici une différence entre l'hypothèque légale et l'hypothèque judiciaire. Alors que la deuxième prend effet au jour de l'inscription de l'hypothèque judiciaire provisoire, si le comptable décide d'inscrire l'hypothèque légale du trésor, elle ne prendra effet qu'à compter de cette inscription.

404. Les modalités de l'inscription. L'inscription de l'hypothèque se fait par la rédaction d'un bordereau d'inscription qui doit comprendre diverses informations.

Le bordereau doit notamment comprendre la désignation du créancier. Ici, le créancier n'est pas le comptable des finances publiques mais le Trésor public. Contrairement aux autres créanciers, il n'est pas fait obligation d'élire domicile dans le ressort du Tribunal de Grande Instance de la situation de l'immeuble grevé.

Par ailleurs, il faut qu'apparaisse une désignation complète du débiteur comprenant par exemple son état civil, l'adresse, ou encore sa profession de la personne physique ainsi que le nom de son conjoint.

⁴³¹ BOI-REC-GAR 20-20 : « Sur présentation de l'autorisation du juge ou du titre en vertu duquel la loi permet qu'une mesure conservatoire soit pratiquée, une sûreté peut être prise sur un immeuble, un fonds de commerce, des parts sociales ou des valeurs mobilières appartenant au débiteur (CPCE, art. R. 531-1). »

⁴³² Décret n°92-755 du 31 juillet 1992, art. 263.

Lorsqu'il s'agit d'une personne morale, il faudra indiquer sa dénomination, sa forme juridique et son siège.

Ensuite, il faudra bien entendu désigner la créance pour laquelle l'hypothèque est inscrite. Il faudra indiquer, outre le montant de la créance, la nature de l'impôt et la période à laquelle il se rapporte ainsi que la date de mise en recouvrement.

Enfin, devront être désignés le ou les immeubles portant l'inscription.

405. La péremption de l'inscription. A l'expiration du délai fixé par le créancier, délai qui ne peut excéder dix ans à compter du jour de la réalisation de la formalité, l'inscription est périmée. Pour éviter cela, le comptable des finances publiques peut procéder au renouvellement de l'inscription avant l'expiration.

L'extinction d'un droit intervient à compter de son expiration. L'extinction de l'hypothèque peut être totale, elle donnera alors lieu à radiation. Elle peut être partielle et donnera lieu à réduction.

406. L'inscription de l'hypothèque est très importante puisque sa date déterminera le rang du créancier hypothécaire. Il convient d'analyser l'efficacité de la mise en œuvre de cette sûreté réelle lorsque le débiteur ne paye pas le créancier, plus particulièrement lorsque l'entreprise en difficulté ne payera pas sa dette fiscale.

2) La mise en œuvre de l'hypothèque légale

407. L'hypothèque légale confère au trésor deux droits primordiaux : le droit de préférence et le droit de suite (a). La mise en œuvre de l'hypothèque mérite une vigilance particulière puisque la survenance d'une procédure collective pourra avoir des conséquences (b).

a) Les effets de l'hypothèque légale

408. L'affectation de l'immeuble au paiement de la créance garantie. L'inscription de l'hypothèque confère au Trésor une position privilégiée dans ses rapports avec le redevable. L'hypothèque a pour effet essentiel d'affecter l'immeuble grevé au paiement de la créance garantie. L'hypothèque n'a pas d'effet sur le droit de propriété du redevable. En effet, celui-ci conserve ses attributs. Il administre librement l'immeuble, en perçoit les fruits et peut, notamment, aliéner le bien puisque telle action ne portera pas préjudice au Trésor qui dispose d'un droit de suite.

Si le redevable ne paye pas sa dette fiscale à l'échéance, le Trésor pourra saisir l'immeuble en quelque main qu'il se trouve, le faire vendre et se faire attribuer le prix de vente ou se le faire attribuer en paiement.

Mais l'inscription de l'hypothèque a surtout des effets concernant les rapports avec les tiers, qu'il s'agisse d'autres créanciers ou des acquéreurs de l'immeuble grevé.

i. Le droit de préférence

409. Le droit de préférence – la priorité par rapport aux autres créanciers. L'effet majeur de l'hypothèque est de conférer au créancier un droit de préférence c'est-à-dire un droit d'être payé en priorité par rapport aux autres créanciers sur le prix de vente de l'immeuble donné en garantie.

Il importe peu que la vente de l'immeuble se passe à l'amiable ou qu'elle soit forcée suite à une saisie. En cas d'unicité de créancier hypothécaire inscrit, celui-ci sera payé pour l'intégralité de sa créance sur le prix de vente de l'immeuble. En cas de pluralité de créanciers hypothécaires inscrits, ils seront payés par préférence selon le rang de leur hypothèque. L'hypothèque légale du Trésor prenant rang au jour de son inscription au bureau des hypothèques, elle ne sera donc primée que par les hypothèques légales, conventionnelles ou judiciaires qui auront été inscrites avant elle. C'est donc cette date d'inscription au bureau des hypothèques qui est retenue et non la date de constitution de la sûreté. Cette dernière sera retenue dans un seul cas : lorsque sont en présence plusieurs hypothèques publiées le même jour et sur le même immeuble. La préférence sera alors donnée au créancier qui dispose du titre le plus ancien⁴³³.

410. La primauté des privilèges généraux sur l'hypothèque légale du Trésor. Il convient de savoir que dans les rapports avec les autres créanciers, l'hypothèque légale du trésor est primée d'une part par les privilèges généraux subsistants, c'est-à-dire le privilège des frais de justice et le privilège des salariés dispensés d'inscription hypothécaire, et d'autre part par les privilèges spéciaux de l'article 2374 du Code civil lorsque leur inscription a été faite dans les délais requis⁴³⁴.

⁴³³ C. civ., art. 2425 al.2 : « Lorsque plusieurs inscriptions sont requises le même jour relativement au même immeuble, celle qui est requise en vertu du titre portant la date la plus ancienne est réputée d'un rang antérieur, quel que soit l'ordre qui résulte du registre prévu à l'article 2453. »

⁴³⁴ BOI-REC-GAR 10-20-10-40, n° 160 : « Les hypothèques inscrites sont primées par les privilèges généraux et par les privilèges spéciaux inscrits dans les délais impartis par les articles 2379, 2380, 2381 et 2383 du code civil, à condition qu'ils portent sur les immeubles. »

L'article 2425 du Code civil énonce que « l'inscription de l'hypothèque légale du trésor est réputée de rang antérieur à celui conféré à la convention de rechargement lorsque la publicité de cette convention est postérieure à l'inscription de cette hypothèque ».

L'inscription de l'hypothèque entraîne aussi un effet à l'égard des tiers détenteurs de l'immeuble, c'est le droit de suite.

ii. Le droit de suite

411. Le droit de suite – la prolongation du droit de préférence. Le droit de suite est la justification de la possibilité laissée au propriétaire de l'immeuble de céder son bien. Le Trésor pourra en effet suivre l'immeuble entre les mains de l'acquéreur du contribuable⁴³⁵. C'est le prolongement nécessaire du droit de préférence dans le cas où l'immeuble est entré dans le patrimoine d'un tiers.

412. Les tiers détenteurs. Les tiers détenteurs au regard du droit de suite sont l'acquéreur à titre particulier, les héritiers ayant accepté la succession à concurrence de l'actif net et la caution qui a offert son immeuble en garanti de la dette d'autrui.

En présence d'une possession sans titre, une action en revendication du comptable des finances publiques devra être exercée puisqu'il n'y a pas de tiers détenteur dans cette situation.

Le droit de suite pourra être exercé que la vente porte sur la propriété, la nue-propriété ou l'usufruit ou en cas de cas constitution d'un droit d'emphytéose ou de superficie.

413. Les conséquences du non-paiement de la dette par le tiers détenteur. Si le tiers détenteur, même non-obligé personnellement à la dette, ne répond pas à ses obligations, le trésor pourra engager une saisie de l'immeuble grevé de l'hypothèque et le faire vendre. Il faudra simplement attendre un délai de trente jours courant à la date du commandement au débiteur et sommation au tiers détenteur de payer la dette.

Le tiers détenteur est face à un choix. Il peut soit payer la dette exigible, délaisser l'immeuble ou purger l'hypothèque.

En effet, en payant le prix d'acquisition de l'immeuble aux créanciers hypothécaires, le tiers détenteur peut affranchir l'immeuble des hypothèques qui le grèvent.

⁴³⁵ C. civ., art. 2461 : « Les créanciers ayant privilège ou hypothèque inscrits sur un immeuble, le suivent en quelques mains qu'il passe, pour être colloqués et payés suivant l'ordre de leurs créances ou inscriptions. »

S'il veut purger l'immeuble de ses hypothèques, l'acquéreur doit notifier son titre aux créanciers dans le mois de la sommation, notification qui fera courir le délai de quarante jours durant lequel le créancier doit faire signifier à l'acquéreur la réquisition de mise aux enchères de l'immeuble⁴³⁶. Le comptable des finances publiques appréciera, comme tout créancier, l'opportunité de requérir la vente aux enchères.

414. Les effets de l'hypothèque légale sont très importants pour permettre le recouvrement de l'impôt par le trésor. Cependant, l'existence d'une procédure collective risque de porter atteinte aux chances de l'administration fiscale de voir le recouvrement de sa créance garanti.

b) L'hypothèque légale et les procédures collectives

415. La survenance d'une procédure collective va avoir des effets sur l'hypothèque légale du trésor notamment concernant d'une part son inscription qui est empêchée lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire est ouverte, et d'autre part ses effets, principalement le droit de suite.

416. Les cas d'entrave à l'inscription de l'hypothèque. Certains événements vont faire obstacle à ce que l'administration puisse inscrire de manière efficace l'hypothèque légale du trésor. Parmi eux, peuvent être citées la procédure de saisie immobilière ou l'acceptation à concurrence de l'actif net de la succession du débiteur décédé.

L'événement qui va notamment retenir l'attention dans le cadre de cette étude est l'ouverture d'une procédure collective.

417. L'ouverture d'une procédure collective ou l'interdiction d'inscription de l'hypothèque. Dans le cadre de la procédure de sauvegarde, l'article L 622-30 du Code de commerce prévoit qu'à compter du jugement d'ouverture, l'inscription des hypothèques, gages, nantissement et privilèges est interdite.

Pareille interdiction est prévue pour les procédures de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire⁴³⁷.

⁴³⁶ BOI-REC-GAR 10-20-20-40

⁴³⁷ C. com., art. L 631-14 et L 641-3.

Même régime est prévu pour les actes n'ayant pas acquis date certaine au jour du jugement d'ouverture et pour les décisions judiciaires qui ne sont pas devenues exécutoires à la même date lorsque ces actes ou décisions sont translatifs ou constitutifs de droits réels.

A compter de l'ouverture d'une procédure collective, les comptables des finances publiques ne pourront donc plus inscrire l'hypothèque légale du trésor.

En revanche, ils devront procéder au renouvellement des hypothèques déjà inscrites antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure.

418. Le droit de suite en cas de procédure collective. Le droit de suite va aussi être affecté par l'ouverture d'une procédure collective. En effet, tous les créanciers doivent, à compter du jugement d'ouverture de la procédure collective, produire leur créance entre les mains du mandataire judiciaire qui va procéder à leur vérification. Les créanciers bénéficiant d'une sûreté spéciale ne pourront pas exercer leur droit de poursuite individuelle contre le débiteur tant que leurs créances n'auront pas été déclarées.

419. Articulation de l'hypothèque légale avec l'article 1756 du Code général des impôts. L'hypothèque légale sur les biens immeubles du redevable n'a pas pour effet de déroger aux autres dispositions du CGI et notamment, l'inscription de l'hypothèque légale à raison des pénalités dues par le contribuable en matière de TVA ne saurait mettre en cause l'extinction des créances fiscales, résultant de l'ouverture d'une procédure collective, prévue par l'article 1926 al. 3 du CGI devenu l'article 1756⁴³⁸.

420. Conclusion de la partie I. La situation fiscale du débiteur peut être chamboulée par les événements rencontrés dans une situation économique difficile. Certains peuvent être source d'imposition, d'autres au contraire anéantiront le fait générateur de l'impôt. Le Trésor public a un rôle à jouer dans le redressement des entreprises en difficulté, le retour à meilleure santé étant pour lui synonyme d'un accroissement des recettes fiscales. Il peut donc se montrer sensible aux difficultés que rencontre le contribuable mais sera limité dans cette démarche par le droit européen.

⁴³⁸ CE 17-3-1993 n° 78885, 8e et 9e s.-s., Dolley : RJF 5/93 n° 739 ; CAA Nantes 18-5-1994 n° 92-755, 1e ch., Géniteau : RJF 8-9/94 n° 993.

Rappelant sa vocation première, le Trésor est très efficacement doté de mécanismes, notamment de sûretés, visant à garantir le recouvrement de l'impôt dû par les entreprises en difficulté ce qui contribue à qualifier de rigoureux le régime fiscal de ces entreprises.

Pour ce qui est des aspects relatifs au montant de la dette fiscale, la marge de manœuvre de Trésor est fortement limitée par le droit européen et nous considérons que l'essentiel des efforts à porter n'est pas là. En revanche, les prérogatives conférées au Trésor dans son statut de créancier sont fortement critiquables et nous plaidons pour une vraie remise en cause de ce statut exorbitant du droit commun. Notamment, le privilège du Trésor crée un véritable déséquilibre et sa suppression peut être proposée. Nous pensons aussi à la remise en cause de la possibilité pour le Trésor public de déclarer ses créances de façon provisionnelle pourrait être un facteur d'équilibre entre les créanciers et ainsi d'efficacité et de rapidité de la procédure.

Le débiteur est donc a priori dans une situation plutôt défavorable ne tenant peu compte de ses difficultés. En effet, il reste un contribuable devant payer l'impôt, dispose de peu d'outils pour faire diminuer sa dette fiscale et fait face à un créancier redoutable, le Trésor public. Au débiteur alors de se saisir de la problématique de son redressement et d'actionner les leviers qui sont à sa disposition.

PARTIE II : LE DEBITEUR ACTEUR DE SON REDRESSEMENT.

422. Le débiteur en difficulté, à défaut d'être statique devant sa situation économique et de subir la rigueur du droit fiscal à son égard, peut réagir. En effet, les difficultés sont parfois surmontables et nécessitent simplement des adaptations internes. Le débiteur s'attellera alors à trouver une solution interne à l'entreprise (Chapitre I). Parfois, l'aide d'un tiers sera nécessaire, tiers qui pourra trouver un avantage à secourir l'entreprise en difficulté. Une solution externe à l'entreprise sera donc envisagée (Chapitre II).

Chapitre I : Le redressement du débiteur et la recherche d'une solution interne.

423. La recherche d'une solution interne passera *a minima* par l'utilisation des mécanismes fiscaux permettant notamment au débiteur d'obtenir plus rapidement que d'ordinaire les créances qu'il détient contre l'Etat. Ces mécanismes qui vont permettre de dégager des marges de trésorerie peuvent être une solution efficace notamment lorsque les difficultés sont passagères et relativement superficielles et se traduiront par une gestion de l'actif fiscal (Section I).

Ces ajustements seront cependant parfois insuffisants et il sera nécessaire d'agir de manière plus structurelle sur les difficultés de l'entreprise. Il conviendra alors de procéder à la restructuration de l'entreprise (Section II).

Section I : La gestion de « l'actif fiscal » de l'entreprise

424. Une instruction administrative du 25 juillet 2005⁴³⁹, reprise dans le Bofip⁴⁴⁰, autorise les entreprises à payer leurs échéances fiscales en utilisant les créances qu'elles détiennent sur le Trésor. Depuis 2010, de nouvelles mesures en faveur des entreprises en difficulté sont apparues et dans le même temps le champ d'application de la majorité de ces mesures était étendu à la procédure de conciliation. Notamment, le remboursement anticipé de certains crédits d'impôt constitue une mesure essentielle mais la générosité d'une telle mesure doit être nuancée (I). Pareillement, l'élargissement partiel du champ d'application des dispositifs concernant la gestion des déficits des entreprises laisse perplexe (II).

⁴³⁹ Instr. 26 juillet 2005, 12 A-1-05

⁴⁴⁰ BOI-REC-PRO-10-20-30, n° 1 : « La possibilité est offerte aux entreprises de régler leurs échéances fiscales en utilisant les créances qu'elles détiennent sur le Trésor. »

I) L'adaptation du régime des remboursements de crédits d'impôt.

425. Les crédits d'impôt sont de véritables créances que le contribuable détient contre le trésor public. Deux crédits d'impôts particulièrement importants (A) font l'objet d'un remboursement anticipé lorsqu'ils sont dus à une entreprise en difficulté (B).

A) *Les crédits d'impôt concernés.*

426. L'utilité des crédits d'impôts. Les crédits d'impôts sont accordés principalement pour deux raisons.

Tout d'abord, il peut s'agir d'éviter une double imposition que ce soit dans un contexte de fiscalité interne ou internationale. Ensuite, le crédit d'impôt peut avoir une vocation d'aide aux entreprises, ce qui permettra d'encourager les entreprises à investir dans certains domaines, à adopter certains comportements. Ce sont les crédits d'impôts accordés dans cette seconde perspective qui nous retiennent ici.

Il existe de nombreux crédits d'impôt qui ont une vocation d'aide aux entreprises. Trois d'entre eux bénéficient d'un régime particulier lorsque sont en jeu des entreprises en difficulté.

427. Le crédit d'impôt recherche. Le plus important est le crédit d'impôt recherche. Il a été créé en 1983 dans le but d'aider les entreprises industrielles, commerciales ou agricoles qui investissent dans la recherche et dans le développement⁴⁴¹. Il est souvent qualifié de l'un des plus généreux crédits d'impôt qui existe au monde.

Le Code général des impôts énumère les dépenses qui sont à l'origine de l'octroi du crédit d'impôt. Par exemple, il peut s'agir des amortissements afférents aux immobilisations affectées à la recherche ou de brevets, de dépenses de personnel ou de fonctionnement⁴⁴².

Le montant du crédit d'impôt est de 30% de ces dépenses limitativement énumérées jusqu'à cent millions d'euros et à 5% pour le surplus.

Ce montant va s'imputer sur l'impôt sur le revenu ou l'impôt sur les sociétés. Si la dette fiscale est inférieure au crédit d'impôt, le contribuable dispose d'une créance fiscale contre l'Etat. Cette créance

⁴⁴¹ D. Boucher, Crédit d'impôt recherche – Champ d'application, JurisClasseur Notarial répertoire 2017, fasc. 253.

⁴⁴² CGI, art. 244 quater B-II

pourra être imputée sur l'impôt de l'entreprise pendant trois années. Au terme de cette période, si une créance fiscale contre l'Etat existe toujours, il sera procédé à son remboursement total.

La créance obtenue dans cette situation contre le Trésor est inaliénable et incessible, sauf en cas de transfert dans le cadre d'une opération de fusion ou d'une opération assimilée ou de cession à titre de garantie ou remise à l'escompte auprès d'un établissement de crédit « loi Dailly ».

428. Le crédit d'impôt pour l'investissement en Corse. Le second crédit d'impôt faisant l'objet de mesures de faveurs lorsqu'une entreprise en difficulté en bénéficie est celui instauré en faveur des petites et moyennes entreprises relevant d'un régime réel d'imposition qui réalisent certains investissements productifs en Corse pour les besoins d'une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale⁴⁴³. Il est régi par l'article 244 *quater* E du CGI et est égal à 20% du prix de revient des investissements, net de subventions publiques. Ce crédit d'impôt est imputable sur l'impôt sur les bénéfices dû au titre de l'année de réalisation de l'investissement et, le cas échéant, les neuf années suivantes. Si le montant du crédit d'impôt excède l'impôt dû au titre de ladite année, l'excédent est utilisé pour le paiement de l'impôt dû au titre des 9 années suivantes. Le solde non utilisé est remboursé à l'expiration de cette période dans la limite de 50 % du crédit d'impôt et d'un montant de 300 000 €. Toutefois, sur demande du redevable, le solde non utilisé peut être remboursé à compter de la 5e année, dans la limite de 35 % du crédit d'impôt et d'un montant de 300 000 €.

429. Le crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi. Enfin, le dernier crédit d'impôt concerné par des mesures favorables aux entreprises en difficulté est plus récent, il s'agit du crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi (ci-après « CICE »)⁴⁴⁴.

Mesure emblématique du Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi lancé par Matignon en novembre 2012, ce crédit d'impôt est accordé à toutes les entreprises qui emploient du personnel salarié, quelle que soit leur forme ou leur statut fiscal. Il a pour vocation d'aider les entreprises à financer leur compétitivité notamment à travers leurs dépenses d'investissement, d'innovation, de recherche, de prospection de nouveaux marchés, de transition écologique et énergétique et de reconstitution de leurs fonds de roulement, tout emploi qu'elles devront justifier⁴⁴⁵. L'utilisation du crédit d'impôt doit être retracée dans les comptes annuels de l'entreprise et, pour les

⁴⁴³ L. n° 2002-92, 22 janv. 2002, Dr. Fisc. n° 9, 2002, comm. 170.

⁴⁴⁴ F. Durand, Crédit d'impôt compétitivité emploi, JurisClasseur Notarial Répertoire 2015, fasc. 254-10.

⁴⁴⁵ CGI, art. 244 quater C.

exercices clos à compter du 31 décembre 2014, les informations relatives au CICE doivent faire l'objet d'une description littéraire figurant en annexe au bilan ou dans une note jointe au bilan⁴⁴⁶.

Ce crédit d'impôt est calculé sur les rémunérations versées et régulièrement déclarées par l'entreprise au cours d'une année civile à l'exclusion des rémunérations excédant deux SMIC et demi et ne fait l'objet d'aucun plafonnement. Le montant du crédit d'impôt est égal à 4% des rémunérations précédemment citées versées en 2013 et à 6% de ces rémunérations pour les années suivantes jusqu'en 2016 puis 7% à compter du 1^{er} janvier 2017⁴⁴⁷.

Pour les départements d'Outre-mer, les taux sont de 7,5% pour les rémunérations versées en 2015 et de 9% pour les rémunérations versées à compter du 1^{er} janvier 2016.

Notons que le CICE ne peut ni financer une hausse des bénéfices distribués ni une augmentation des rémunérations de direction.

De la même façon que pour le crédit d'impôt recherche, le crédit d'impôt compétitivité emploi s'impute sur le montant de l'impôt dû. En cas d'excédent, la créance est imputable sur l'impôt dû au titre des trois années suivantes. Au terme de cette période, la créance restante sera remboursée.

Relevons enfin que le CICE, par l'adoption de la loi de finances pour 2018⁴⁴⁸, a vu son têt diminué de 7% à 6% pour les rémunérations versées à compter du 1^{er} janvier 2018 avant sa suppression à compter du 1^{er} janvier 2019. Parallèlement, la loi de financement de la sécurité sociale prévoit le remplacement du CICE par un allègement de 6 points de la cotisation patronale d'assurance maladie sur les mêmes rémunérations⁴⁴⁹.

430. Il est intéressant de remarquer que ces mécanismes comportent un effet pervers, celui de bénéficier davantage aux entreprises prospères qu'aux entreprises connaissant des difficultés. En effet, plus l'impôt payé – et donc les bénéfices – est élevé, plus l'entreprise bénéficiera rapidement du régime. En revanche, si l'impôt payé est faible, il faudra attendre trois ans pour obtenir le remboursement du crédit d'impôt.

431. Il peut donc être fait le constat que le régime des crédits d'impôt amène à favoriser davantage les entreprises prospères que les entreprises qui le sont moins. Le législateur, heureusement, a réagi et a mis en place un dispositif spécifique pour les entreprises en difficulté.

⁴⁴⁶ L. n° 2014-1654, 29 déc. 2014, art. 76 : Journal Officiel du 30 décembre 2014.

⁴⁴⁷ L. n° 2016-1917, 29 déc. 2016 de finances pour 2017.

⁴⁴⁸ L. n° 2017-1837, 30 déc. 2017 de finances pour 2018, art. 86, FR 1/18.

⁴⁴⁹ L. n° 2017-1836, 30 déc. 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018, art. 9, FR 49/17.

B) Le remboursement anticipé à une entreprise en difficulté.

432. Un remboursement immédiat pour les entreprises en difficulté. Une exception au remboursement au terme des délais prévus est accordée aux entreprises en difficulté.

En effet, le Code général des impôts prévoit que le remboursement de l'excédent du crédit d'impôt pourra intervenir immédiatement pour les entreprises qui font l'objet d'une procédure collective ou d'une procédure de conciliation.

Les premières applications du crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi pourront bénéficier de ce remboursement immédiat dès l'ouverture d'une procédure de conciliation⁴⁵⁰.

Le crédit d'impôt recherche offrait cette possibilité aux entreprises faisant l'objet d'une procédure collective *stricto sensu* mais le dispositif a été élargi et bénéficie désormais aux entreprises soumises à une procédure de conciliation⁴⁵¹. Il en va de même pour le remboursement anticipé du crédit d'impôt pour l'investissement en Corse qui n'était initialement offert qu'aux entreprises soumises à une procédure collective.

433. Une mesure de faveur existante pour les PME. Il faut relever que le bénéfice de cette mesure sera intéressant si le remboursement immédiat ne peut pas être demandé sous le visa d'une autre disposition. En effet, les entreprises dont le total bilan n'excède pas quarante-trois millions d'euros ou dont le chiffre d'affaires est inférieur à cinquante millions d'euros et qui emploient moins de deux cent cinquante salariés, c'est-à-dire les petites et moyennes entreprises au sens du droit de l'Union Européenne, peuvent demander le remboursement immédiat de ces crédits d'impôt.

434. La demande de remboursement, une faculté pour l'entreprise. Comme le remarque M. Dedeurwaerder, la demande de remboursement anticipé ne constitue qu'une faculté pour l'entreprise en difficulté⁴⁵². Le contribuable a donc à faire un choix fiscal, ce qui n'est pas anodin. En effet, alors qu'une erreur qui relèverait de la méconnaissance d'un dispositif de la part du redevable pourrait être réparée, le choix fiscal, lui, en tant que décision de gestion, est définitif. Les entreprises en difficulté devront donc se montrer particulièrement vigilantes puisque l'absence de demande de

⁴⁵⁰ CGI, art. 199 ter C II 4.

⁴⁵¹ CGI, art. 199 ter B II 2.

⁴⁵² G. Dedeurwaerder, Condition du remboursement immédiat aux entreprises en difficulté du crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi et du crédit d'impôt recherche, BJE, 01/05/13, n°3 p.172.

remboursement anticipé ou une demande tardive les priveraient du bénéfice d'un tel remboursement, du moins jusqu'à la déclaration de résultats de l'exercice suivant.

435. L'intégration des entreprises agricoles dans le régime de faveur. Aussi, faut-il remarquer que l'administration fiscale est venue combler une lacune de la loi dans le domaine des remboursements anticipés. Alors que le législateur avait omis d'intégrer dans le dispositif les entreprises agricoles faisant l'objet d'un règlement amiable, l'administration fiscale est venue admettre l'application des mesures permettant le remboursement anticipé des crédits d'impôts à ces entreprises. Cette prise de position de l'administration⁴⁵³ lui sera opposable à en vertu de l'opposabilité à celle-ci de sa propre doctrine.

436. Une prise de position défavorable de l'administration critiquée puis révisée. L'administration avait adopté une position pour le moins défavorable aux entreprises en difficulté en limitant le champ d'application du remboursement à certaines créances. En effet, elle considère que peut être demandé le remboursement des seules créances nées avant le jugement d'ouverture de la procédure de conciliation ou de la procédure collective⁴⁵⁴.

Cette prise de position a été fortement critiquée⁴⁵⁵. Elle apparaît contraire tant aux objectifs qu'à la lettre de la loi. D'une part l'objectif du remboursement immédiat est de favoriser le redressement des entreprises en difficulté. La limitation du dispositif aux seules créances déclarées avant l'ouverture des procédures de conciliation ou collective est alors surprenante. D'autre part, le texte du Code général des impôts dispose que les entreprises « *peuvent demander le remboursement de leur créance non utilisée à compter de la date* » d'ouverture de la procédure. M. Deudeurwaerder relève à juste titre qu'il s'agit « *d'un point de départ et non d'un point de clôture* ».

Depuis, l'administration est revenue sur sa position et n'a pas repris cette limitation en précisant que le remboursement immédiat concerne également les créances nées pendant la période couverte par les procédures⁴⁵⁶.

437. La créance de CICE est incessible et inaliénable. Cependant, cette créance, comme celle du Crédit d'impôt recherche, peut être mobilisée auprès d'un établissement de crédit.

⁴⁵³ BOI-BIC-RICI 10 150 30 10, 01 juin 2016 180 et s.

⁴⁵⁴ BOI-BIC-RICI 10-10-50 1er mars 2013 340

⁴⁵⁵ G. Deudeurwaerder, Condition du remboursement immédiat aux entreprises en difficulté du crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi et du crédit d'impôt recherche op. cit.

⁴⁵⁶ BOI-BIC-RICI-10-10-50-20160601, n°340 s.

438. Par ailleurs, dès 2013, dans le but de permettre aux entreprises d'améliorer rapidement leur situation de trésorerie, un mécanisme de préfinancement a été mis en place. La Banque Publique d'Investissement octroie des garanties afin de faciliter l'obtention de ce financement par les banques.

439. Il a été mis au point un régime spécifique aux entreprises en difficulté leur permettant d'obtenir le remboursement immédiat de leurs crédits d'impôt. Pour autant, des insuffisances existent et l'on peut considérer qu'il ne s'agit pas réellement d'un régime de faveur dans la mesure où d'autres entreprises en bénéficient déjà.

D'autres dispositions visant à aider les entreprises en difficulté sont relatives à la gestion par celles-ci de leurs déficits.

II) La partielle adaptation du régime de gestion des déficits.

440. Le Professeur Pétel qualifie les déficits de l'entreprise de « richesse paradoxale »⁴⁵⁷. Une richesse tout d'abord parce que l'entreprise qui réalise des déficits fiscaux ne paiera pas d'impôt. Une richesse, surtout, parce que l'entreprise soumise à l'impôt sur les sociétés qui réalise des déficits va pouvoir les utiliser pour réduire les bénéfices qu'elle a connus ou connaîtra au titre des exercices précédents ou suivants.

Il s'agit ici d'étudier les régimes applicables aux seules sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés. Les sociétés à l'impôt sur le revenu, par le mécanisme de la transparence fiscale, permettent à leurs associés de profiter immédiatement de leur quote-part de déficits en l'imputant sur leurs autres revenus.

Il est intéressant de voir comment l'entreprise en difficulté va pouvoir utiliser cette richesse, qu'il s'agisse de reporter ses déficits en avant (1) ou en arrière (2).

A) L'adaptation du régime du report en avant des déficits.

⁴⁵⁷ M. Cabrillac et Ph. Pétel, Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises, La Semaine Juridique 2010, n°14, doct. 401, point 7.

441. Un durcissement des conditions de report. Jusqu'en 2011, les règles du report en avant étaient particulièrement avantageuses en France au regard des situations en vigueur dans d'autres pays européens.

En effet, alors que l'Allemagne plafonnait le montant des déficits reportables et que l'Espagne ou l'Italie limitaient dans le temps de tels reports, la France ne posait aucune limite, ni en terme temporel, ni en termes de montant.

Rigueur budgétaire oblige, le législateur est venu limiter le montant des déficits reportables mais a maintenu le caractère illimité dans le temps du report.

442. Une limitation temporelle. D'un point de vue temporel, le report des déficits est donc illimité depuis la loi de finance pour 2004⁴⁵⁸. Alors que comptablement un déficit vient diminuer les capitaux propres par le débit du compte de report à nouveau, fiscalement le déficit s'impute sur les bénéfices des exercices ultérieurs.

La condition essentielle posée par le législateur est que l'entreprise qui reporte les déficits doit être celle qui les a réalisés.

Attention alors aux entreprises qui souhaiteraient fusionner avec une société en difficulté afin de bénéficier des déficits de cette dernière. En effet, le législateur qui a voulu éviter de créer un véritable marché des sociétés déficitaires a encadré le transfert des déficits qui est soumis à l'obtention d'un agrément administratif⁴⁵⁹. Cet agrément sera accordé de droit si les conditions prévues par le Code général des impôts sont remplies. Parmi elles, il faut notamment que l'opération de fusion soit justifiée du point de vue économique et obéisse à des motivations principales autres que fiscales. Il faudra aussi que l'activité de la société absorbée soit poursuivie par l'absorbante pendant au moins trois ans.

443. Une limitation quantitative. Les déficits reportables sont en revanche plafonnés pour les exercices clos depuis le 21 septembre 2011⁴⁶⁰. Le montant du plafond est d'un million d'euros, majoré de 60% du bénéfice excédant ce seuil. Pour les exercices ouverts à compter du 31 décembre

⁴⁵⁸ L. n° 2003-1211, 30 déc. 2003, art. 89 : Dr. fisc. 2004, n° 1-2, comm. 43.

⁴⁵⁹ CGI, art. 209-II : « *En cas de fusion ou opération assimilée placée sous le régime de l'article 210 A, les déficits antérieurs et la fraction d'intérêts mentionnée au sixième alinéa du 1 du II de l'article 212 non encore déduits par la société absorbée ou apporteuse sont transférés, sous réserve d'un agrément délivré dans les conditions prévues à l'article 1649 nonies, à la ou aux sociétés bénéficiaires des apports, et imputables sur ses ou leurs bénéfices ultérieurs dans les conditions prévues respectivement au troisième alinéa du I et au sixième alinéa du 1 du II de l'article 212.* »

⁴⁶⁰ L. n° 2011-1117, 19 sept. 2011, art. 2 : Dr. fisc. 2011, n° 38, comm. 517, obs. P. Fumenier et C. Maignan.

2012, le plafond a été abaissé à 50%⁴⁶¹. Le surplus pourra être imputé sur les bénéfices des exercices suivants selon les mêmes modalités concernant le montant et sans limitation de durée.

444. Une mesure spécifique aux entreprises en difficulté. Afin d'encourager le sauvetage des entreprises en difficulté, il a été prévu que la limite fixe du plafond serait augmentée des abandons de créances consentis à une société faisant l'objet d'une procédure de conciliation ou d'une procédure collective.

Le 10 avril 2013, l'administration fiscale a publié ses commentaires concernant ce dispositif institué par la Loi de finances pour 2013 et a précisé ce qu'il fallait entendre par la notion d'abandon de créance ainsi que le champ d'application de la mesure.

Traditionnellement, l'abandon de créance est, selon l'administration fiscale, la renonciation à exercer, par une entreprise, le droit que lui confère une créance. Sont également comprises toutes les subventions et autres sommes de toute nature qui sont octroyées par une entreprise à une autre personne. Ce qui va compter, les subventions mises à part, c'est l'enregistrement préalable en comptabilité d'une créance.

En revanche, une renonciation à une recette n'est pas comprise dans le rayonnement de la notion d'abandon de créance.

En ce qui concerne la majoration du plafond du report en avant des déficits cependant, seuls sont compris les abandons de créances, non incluses les subventions et autres sommes. Cette distinction, au regard même de la doctrine de l'administration est injustifiée. Il ne sera pas très compliqué de la contourner : la société mère qui souhaite accorder une subvention à sa filiale lui accordera une avance en compte courant à laquelle elle renoncera par la suite mais sans se précipiter. L'inconvénient de la parade étant tout de même d'augmenter temporairement le passif de la filiale⁴⁶².

445. Une discussion close quant au champ d'application de la mesure de faveur. Enfin, quant au champ d'application de la mesure, l'administration fiscale a précisé qu'une société bénéficiant d'une procédure d'insolvabilité prévue au règlement CE n°1346/2000 pouvait jouir de ce régime, en plus des sociétés soumises à des procédures de conciliation et collectives.

⁴⁶¹ L. n° 2012-1509, 29 déc. 2012, art. 24 : Dr. fisc. 2013, n° 1, comm. 29.

⁴⁶² G. Dedeurwaerder, Majoration du plafond du report en avant des déficits en cas d'abandon de créance consenti à une entreprise en difficulté, BJE 2013, n°4, p. 251.

La question principalement laissée en suspens par le texte tenait au fait de savoir qui était le bénéficiaire de la mesure, l'entreprise qui abandonne la créance ou l'entreprise en faveur de qui elle est abandonnée. En effet, le texte énonce « *la limite de 1000000 (...) est majorée du montant des abandons de créance consentis à une société* » en difficulté. La lecture littérale du texte invite à considérer que ce sont les entreprises créancières qui abandonnent leurs créances qui peuvent bénéficier de la mesure. Tout au moins, l'application de l'adage selon lequel « *ubi lex non distinguit non debemus distinguere* » devrait amener à considérer que les deux entreprises sont ici bénéficiaires du régime. Pourtant, ce n'est pas la position prise par l'administration fiscale⁴⁶³ qui considère qu'il faut retenir que l'entreprise en difficulté bénéficie de la majoration du plafond du report des déficits en avant. Selon M. Dedeurwaerder, dans un contexte de rigueur budgétaire, le choix qui a été fait est le bon, l'entreprise en difficulté étant celle qui mérite le plus le soutien de la loi fiscale. Pourtant à la lecture des discussions à l'Assemblée Nationale autour du projet de loi de finances pour 2013, l'intervention de C. Eckert, rapporteur général, permet de s'interroger dès lors que pour lui, la mesure « *a pour objet d'apporter un soutien aux entreprises qui aident d'autres entreprises en difficulté, en permettant d'augmenter le plafond du déficit reportable en avant du montant des abandons de créances consentis à ces entreprises en difficulté* »⁴⁶⁴.

Afin de mettre fin à cette zone de doute, la loi de finances pour 2017⁴⁶⁵ comprend une disposition, présentée comme étant interprétative, précisant que l'entreprise pouvant majorer le plafond de report des déficits est bien l'entreprise bénéficiaire des abandons de créance.

Pour autant, le débat ne semble pas être clos pour ce qui est de la période antérieure à 2017. En effet, si le texte à compter du 1^{er} janvier 2017 précise clairement que la société bénéficiaire de l'abandon de créance est celle qui peut majorer le plafond de report des déficits, le législateur était-il en droit de conférer à cette disposition un caractère interprétatif, c'est-à-dire rétroactif⁴⁶⁶ ? C'est le sens de la question prioritaire de constitutionnalité adressée par le Conseil d'Etat au Conseil Constitutionnel en janvier 2018⁴⁶⁷ par la société Technicolor qui voit ici notamment une remise en cause du principe de la garantie des droits énoncé par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. En la matière, le Conseil constitutionnel avait déjà eu l'occasion de rappeler que cette possibilité est offerte au législateur dans le cas où, notamment, un motif d'intérêt général suffisant est présent⁴⁶⁸. En avril

⁴⁶³ BOI-IS-DEF 10-30 n°220.

⁴⁶⁴ Ch. Eckert, préc., et AN, 3e séance 13 déc 2012.

⁴⁶⁵ L. n° 2016-1917, 29 déc. 2016, art. 17 : Dr. fisc. 2017, n° 1, comm. 19, note P. Fumenier et C. Maignan.

⁴⁶⁶ CE, avis, 7 juill. 1989, n° 160284 : Lebon, p. 162, concl. Ph. Martin.

⁴⁶⁷ CE, 8e et 3e ch. réunies, 26 janvier 2018, n° 415695, Sté Technicolor : Dr. fisc. 2018, n° 6, comm. 174, concl. Rapp. pub. R. Victor.

⁴⁶⁸ Cons. const., 17 janv. 2017, n° 2016-604 QPC, Sté Alinéa : Dr. fisc. 2017, n° 4, act. 58.

2018⁴⁶⁹, il considère que le législateur est venu mettre fin à une « ambiguïté » et admet la rétroactivité de la mesure. Comme le relève le professeur Vabres⁴⁷⁰, la robustesse de l'argumentation juridique est contestable. En effet, pour conférer un caractère interprétatif à un texte il faut que celui-ci constitue un ensemble, « fasse corps » avec les dispositions interprétées. Ici, il n'en est rien et les motivations semblent être de nature économique et financière : l'impact d'une mesure relative à l'imputation des déficits sur les bénéfices des entreprises est moins fort lorsque celles-ci en font peu ou pas.

Ce mouvement de remise en question de la position prise par l'administration fiscale puis de la disposition législative à caractère interprétatif semble bienvenu. En effet, si l'on s'attache à l'objectif de sauvetage des entreprises en difficultés qui seul devrait animer ce débat, il pourrait être soutenu qu'une incitation des entreprises en bonne santé économique à venir en aide à leurs pairs en difficulté soit opportun.

446. Le report des déficits en avant est une composante essentielle de la gestion des déficits par une entreprise. Le report en arrière des déficits est tout aussi important.

B) La regrettable adaptation partielle du régime du report en arrière des déficits.

447. L'aménagement du report en arrière limité aux entreprises en procédure collective. C'est avec grand étonnement que l'on constate que ce régime n'est ouvert qu'aux entreprises faisant l'objet d'une procédure collective. Il existe ici une incohérence du système qui vise à intégrer la procédure de conciliation dans le champ d'application des mesures permettant le report en avant des déficits et à l'exclure en ce qui concerne leur report en arrière.

448. Le principe du report en arrière. Introduit dans notre législation en 1965, ce système, prévu par l'article 220 *quinquies* du CGI, offre, par dérogation aux règles de droit commun de report en avant des déficits, à une entreprise dont les résultats sont déficitaires au cours d'un exercice, la possibilité d'opter pour l'imputation de ce déficit sur le bénéfice de l'exercice précédent, c'est-à-dire son imputation sur un exercice passé qui a déjà été imposé.

⁴⁶⁹ Cons. const., 13 avr. 2018, n° 2018-700 QPC : JurisData n° 2018-005525.

⁴⁷⁰ R. Vabres, Conformité à la Constitution du mécanisme de report en avant des déficits des sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés, Rev. Proc. Coll., 2018, n°5, comm. 168.

449. Un durcissement des conditions de report. Jusqu'en 2011, le report en arrière pouvait s'effectuer sur les trois exercices précédents et sans limitation de montant. Aujourd'hui, le régime a largement été remanié par l'article 2 de la deuxième loi de finances rectificative pour 2011 et ce report est doublement limité. Il est limité dans le temps au seul exercice précédant celui au titre duquel le déficit reporté est constaté. Il est limité dans son montant à un million d'euros. La partie du déficit qui n'aura pas pu être reportée en arrière dans ces conditions pourra être reportée en avant dans les conditions précédemment évoquées. Ce durcissement du régime français s'explique par la nécessité de garantir des recettes fiscales et par la volonté de voir converger les systèmes français et allemand.

Le régime du report en arrière est donc moins généreux que celui du report en avant puisqu'il n'est possible de reporter un déficit que sur le bénéfice de l'exercice précédent.

Il faut par ailleurs qu'il s'agisse d'un bénéfice imposé au taux normal ou, par dérogation, le bénéfice d'une petite ou moyenne entreprise imposé à 15%.

Il faut que ce bénéfice ait effectivement donné lieu au paiement de l'impôt, c'est-à-dire qu'il ne peut s'agir d'un bénéfice exonéré.

Enfin, ne seront pas pris en compte les bénéfices distribués.

450. L'imputation de la créance fiscale sur l'impôt dû. La créance fiscale, qui correspond au montant du déficit imputé multiplié par le taux de l'impôt sur les sociétés appliqué, sera utilisée pour payer l'impôt sur les sociétés exigible les cinq années suivantes. Au terme de cette période de cinq ans, le reliquat sera remboursé par le Trésor. L'article 220 *quinquies* du CGI ne fournit aucune précision relative aux modalités selon lesquelles le remboursement de la créance est effectué. Selon le Conseil d'Etat⁴⁷¹, le remboursement de la créance au terme des cinq ans est de droit pour le contribuable et n'appelle aucune formalité particulière de sa part, ni aucune demande complémentaire à la déclaration d'option. En l'absence de remboursement spontané, il appartiendra au contribuable de demander ce paiement, une inaction prolongée du détenteur de la créance exigible libérant le Trésor. Plus précisément, le contribuable devra agir dans le délai de la prescription quadriennale, conformément aux dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements

⁴⁷¹ CE, 9e et 10e ss-sect., 9 mars 2016, n°385244, Sté BFO, concl. E. Bokdam-Tognetti, note R. Schneider et R. Daguzan : JurisData n° 2016-004460.

publics⁴⁷². Selon certains praticiens, cette solution devrait être transposable au remboursement du crédit d'impôt recherche⁴⁷³.

451. Le remboursement anticipé aux entreprises en procédure collectives. Par exception, depuis la loi de finances pour 2004, les entreprises qui font l'objet d'une procédure collective peuvent demander le remboursement anticipé de leur créance non utilisée contre le trésor à compter de la date du jugement d'ouverture de la procédure⁴⁷⁴. Le remboursement se fera sous déduction d'un intérêt venant compenser son caractère anticipé. En pratique, le montant non utilisé de la créance est actualisé au taux de l'intérêt légal.

L'administration, faisant une lecture restrictive du texte, exige que l'exercice ayant connu la réalisation du déficit soit clôturé avant la date d'ouverture du jugement d'ouverture pour que le remboursement immédiat de la créance soit possible.

C'est dans ce contexte qu'est intervenue une décision de la Cour Administrative d'Appel de Lyon le 07 mai 2013. Les juges estimaient en effet qu'il n'y a pas lieu « *de limiter la demande de remboursement anticipé aux seules créances non utilisées nées avant un jugement ouvrant une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire* »⁴⁷⁵ et suivent ainsi les conclusions très éclairantes du rapporteur public, M. Meillier.

Pour M. Dedeurwaerder, cette solution présentait, dans le contexte de l'époque, un double intérêt⁴⁷⁶. Un intérêt tout d'abord du point de vue du remboursement de la créance de carry-back. Un intérêt ensuite parce que cette solution semblait « *pleinement transposable au dispositif de remboursement immédiat des deux crédits d'impôt* » que nous avons précédemment étudiés.

Rejoignant la position des juges du fond, l'administration considère désormais, depuis le 29 juillet 2014⁴⁷⁷, que les entreprises en difficulté peuvent demander le remboursement immédiat de leurs

⁴⁷² L. n° 68-1250 du 31 décembre 1968.

⁴⁷³ R. Schneider et R. Daguzan, Report en arrière des déficits : demander la restitution d'une créance sur l'Etat n'est pas réclamer, Dr. fisc. 19 mai 2016, n° 20, comm. 325.

⁴⁷⁴ CGI, art. 220 quinquies I al. 6 : « *Par exception aux dispositions du cinquième alinéa, les entreprises ayant fait l'objet d'une procédure de sauvegarde, d'un redressement ou d'une liquidation judiciaires peuvent demander le remboursement de leur créance non utilisée à compter de la date du jugement qui a ouvert ces procédures. Ce remboursement est effectué sous déduction d'un intérêt appliqué à la créance restant à imputer.* »

⁴⁷⁵ CAA Lyon, 7 mai 2013, n° 12LY02242, min. c/ SARL Sobral : RJF 2013, n° 1005 ; BJE 2014, n° 1, comm. 110t6, note G. Dedeurwaerder.

⁴⁷⁶ G. Dedeurwaerder, La créance de carry-back née après l'ouverture de la procédure collective est immédiatement remboursable, BJE 2014 n°1, p.13.

⁴⁷⁷ BOI-IS-DEF-20-20, n° 60 s.

créances fiscales à compter du jugement d'ouverture et ce, quelle que soit leur date de naissance. Ainsi donc, et en adéquation avec la solution adoptée concernant les crédits d'impôts, les créances nées au cours de la procédure pourront faire l'objet d'une demande de remboursement immédiat⁴⁷⁸.

452. Caractère intransmissible de la créance. La cour de cassation s'est prononcée sur le caractère transmissible ou non de la créance de *carry-back* dans le cadre d'un plan de cession de l'entreprise qui en bénéficie. Faisant une lecture littérale de l'article 220 *quinquies* qui prévoit que la créance est inaliénable et incessible, les juges considèrent que le repreneur ne pourra bénéficier de la créance dans la mesure où elle ne peut faire partie de l'actif cédé⁴⁷⁹. Cette solution est regrettable dans le sens où cette créance pourrait être utilement valorisée dans un contexte de cession, l'économie d'impôt pouvant en résulter à hauteur de 333 333 euros en droits maximum (pour une entreprise imposée au taux de 33%) n'étant pas négligeable. La règle de droit mérite un aménagement pour deux raisons.

Tout d'abord, l'esprit général gouvernant le sort de la créance de *carry-back* en procédure collective n'est pas en ligne avec la solution présentée ci-dessous. Il convient en effet de remarquer que la demande de remboursement anticipé de la créance peut intervenir tant en procédure de sauvegarde et de redressement qu'en procédure de liquidation judiciaire. Dès lors, dans un cas elle pourra être utilisée dans le cadre de la poursuite de l'activité, dans l'autre pour apurer le passif social, ce qui correspond aux objectifs du gouvernement ayant mis en place ce mécanisme⁴⁸⁰.

Ensuite, notons qu'en application de l'article L 313-23 du Code monétaire et financier, la créance fiscale pourrait être cédée, par exception, à un établissement de crédit (cession « Dailly »).

Dès lors, il semble que le législateur devrait expressément aménager la possibilité d'une cession de la créance qu'une société détient contre le Trésor, si cette société est en difficulté et fait l'objet d'une reprise.

453. Report en arrière et liquidation amiable. L'article 220 *quinquies* II prévoit une restriction à la possibilité d'opter pour le report en arrière des déficits en disposant que l'option ne peut être exercée « *au titre d'un exercice au cours duquel intervient une cession ou une cessation totale d'entreprise, une fusion de sociétés ou une opération assimilée ou un jugement prononçant la liquidation judiciaire de la société* ».

⁴⁷⁸ R. Vabres, Remboursement des créances de carry-back et ouverture d'une procédure collective, Rev. Proc. Coll. 2015, n°1, comm. 18.

⁴⁷⁹ Cass. com., 15 décembre 2009, n° 08-13.419, FS-P+B : JurisData n° 2009-050792, Rev. Proc. Coll. 2010 n°2, comm. 80.

⁴⁸⁰ P. Fumenier, Dr. Fisc. 2012, n° 42, comm. 483.

Il est intéressant de noter que le Conseil d'Etat a récemment décidé d'aligner les solutions retenues en matière de liquidation amiable sur celles appliquées en matière de liquidation judiciaire : la dissolution ouvrant la phase de liquidation amiable vaut cessation d'entreprise au sens de l'article 220 *quinquies*⁴⁸¹.

454. Conclusion. Il est clairement perceptible que ces différentes mesures ne sont pas suffisantes. Pas suffisantes car le curseur est souvent placé trop tard. Cette remarque est évidente lorsqu'il faut attendre l'ouverture d'une procédure collective pour voir se mettre en place un régime de faveur. Cette remarque n'est pas absurde lorsque c'est la procédure de conciliation qui marque le point de départ de ces régimes. En effet, se pose la question de savoir pourquoi il n'est pas envisagé de faire jouer les dispositifs de faveur dès qu'un mandat ad hoc ou une procédure d'alerte existent. Pas suffisantes non plus car pas assez ambitieuses, pas assez spécifiques au cas des entreprises en difficulté. Ce dernier écueil est particulièrement révélateur et symptomatique du traitement fiscal des entreprises en difficulté dans notre législation.

Les difficultés de l'entreprise ne seront que rarement résolues par l'utilisation, certes utile mais insuffisante, de ces différents mécanismes de faveur. En effet, les difficultés sont le plus souvent structurelles et, en dehors des cas où elles sont uniquement liées à des problèmes relatifs à l'activité de l'entreprise ou à des décisions hasardeuses prises par son management, une restructuration peut être bénéfique. Il convient alors d'en étudier les aspects fiscaux qui peuvent être décisifs dans le choix des mesures d'assainissement de la situation à mettre en œuvre.

Section II : Les aspects fiscaux de la restructuration de l'entreprise en difficulté

455. L'efficacité du redressement de l'entreprise est souvent liée à la pertinence de sa structuration financière et économique. En effet, la communication d'une image financière saine ou présentant

⁴⁸¹ CE, 9e et 10e ch., 20 nov. 2017, n° 397027, Gradsztejn, mandataire ad hoc de la Sté Electre International, concl. Y. Bénard : JurisData n° 2017-023216 : Dr. Fisc. 2018, n° 6, comm. 171.

des perspectives de pérennité sera une condition essentielle dans le cadre de la recherche d'un crédit dont l'obtention pourra permettre de redonner du souffle à un acteur en déclin. Dès lors, la réorganisation du capital de la société sera souvent une étape essentielle dans son sauvetage (I). Par ailleurs, des mécanismes intéressant les dettes que les tiers ont vis-à-vis de la société en difficulté ou que cette dernière a envers d'autres acteurs peuvent s'avérer utiles (II).

I) La restructuration du capital de la société en difficulté

456. Les variations de capital constituent un moyen pour le débiteur d'assainir la situation financière de l'entreprise et de rassurer ses partenaires. Qu'il s'agisse d'une augmentation ou d'une réduction de capital, le rôle des actionnaires, de plus en plus sollicités dans le redressement des entreprises en difficulté, sera primordial. Ces opérations sont soumises à des conditions juridiques car elles sont en confrontation directe avec certains droits inhérents à la qualité d'associés (A) et ont des répercussions fiscales, dans l'ensemble, assez limitées (B).

A) Les variations de capital et incidences fiscales pour la société

457. L'augmentation de capital (1) et la réduction de capital (2) sont des mécanismes courants du droit des sociétés qui peuvent jouer un rôle important dans le cas des entreprises en difficulté, notamment pour améliorer leur image bilancielle mais aussi pour assainir leur situation financière dégradée. Ces mécanismes peuvent soulever des questions juridiques, notamment à l'égard des dernières évolutions les concernant.

1) L'augmentation de capital, opération fiscalement neutre pour la société bénéficiaire

a) L'augmentation de capital ou la société à la recherche de nouveaux apports

458. Une exigence légale. Lorsqu'il est constaté, du fait des pertes, que les capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital social, obligation est faite aux associés de SARL et EURL, conformément à l'article L. 223-42 du Code de commerce, ou de SA, SAS et SASU conformément à l'article L. 225-248 du même code, de se réunir et de remédier à cette situation. Au-delà de l'exigence légale, l'augmentation de capital permet de corriger les déséquilibres du bilan et de préserver la confiance des créanciers et partenaires.

459. Les modalités de l'augmentation de capital. L'augmentation de capital est une opération visant à intégrer de nouveaux apports qu'ils proviennent des associés actuels ou de nouveaux associés. En cas d'apports nouveaux, en numéraire ou en nature, une augmentation des capitaux propres sera constatée, contrairement aux cas où il est procédé à une incorporation des réserves ou des comptes courants d'associés.

L'augmentation se traduit par l'émission de nouveaux titres ou par l'augmentation de la valeur nominale des titres existants.

Cette décision d'augmentation du capital impliquant une modification statutaire, elle requiert la réunion de l'assemblée générale extraordinaire conformément aux articles du code de commerce ci-dessus qui précisent que cette assemblée décide s'il y a lieu à dissolution anticipée ou non.

Il sera généralement préféré une opération avec maintien du droit préférentiel de souscription afin de préserver un traitement égalitaire des associés. Ce droit lui permet en effet de maintenir son niveau de participation dans la société. En n'exerçant pas ce droit, le risque serait alors pris d'être dilué voire évincé de la société en cas de coup d'accordéon⁴⁸².

460. Une opération régie par le droit des sociétés. Lorsque des modifications de capital sont prévues par le plan auquel la procédure collective a abouti, les règles du droit des entreprises en difficulté n'ont pas vocation à jouer et ces modifications doivent être votées préalablement ou postérieurement à l'adoption du plan suivant les règles du droit des sociétés⁴⁸³.

461. La « dilution forcée ». L'article L. 631-19-2 introduit dans le Code de commerce par la loi du 6 août 2015⁴⁸⁴ a mis en place un dispositif de « dilution forcée », terminologie à laquelle certains auteurs préfèrent celle « d'augmentation forcée »⁴⁸⁵. Cette nouvelle disposition s'inscrit dans une logique déjà mise en mouvement par l'ordonnance du 12 mars 2014 visant à associer les créanciers au redressement de l'entreprise en difficulté. A ce titre, la possibilité de dépossession des associés de leur droit de vote qui empêchent la reconstitution des capitaux propres peut être citée⁴⁸⁶.

⁴⁸² Pour une définition du coup d'accordéon voir R. Mortier, *Opérations sur capital social*, LexisNexis 2^{ème} éd., n° 1279 : « l'opération indivisible par laquelle est décidée concomitamment une réduction de capital motivée par des pertes suivie immédiatement d'une augmentation de capital par apport de ressources nouvelle ».

⁴⁸³ C. com., art. L. 626-3 et Cass., com., 2 juillet 2013, n° 12-18.902, n° 689 P.

⁴⁸⁴ L. n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

⁴⁸⁵ I. Parachkévova, *L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron*, BJS 2015 n° 10, p. 529.

⁴⁸⁶ C. com., art. L. 631-9-1.

Tel changement de paradigme marque la volonté du législateur de ne plus laisser les créanciers supporter seuls les pertes de la société en difficulté, pendant que les associés ont l'espoir de voir l'entreprise se redresser et font obstacle à une restructuration rendue nécessaire par l'état économique de l'entreprise.

462. Le pouvoir du tribunal. Le nouveau dispositif consacrant l'augmentation de capital forcée vise les entreprises d'une certaine taille, notamment qui emploient cent cinquante salariés. Si l'assemblée d'une telle société a refusé de voter une modification du capital au profit de certaines personnes qui se sont engagées à exécuter le plan de redressement, le tribunal dispose du pouvoir, s'il estime que cette modification représente la seule solution sérieuse permettant d'éviter la cessation d'activité, de passer outre ce refus. Ainsi, un mandataire peut être désigné et chargé de convoquer l'assemblée pour voter l'augmentation de capital en lieu et place des associés qui l'avaient refusé, à hauteur du montant prévu par le plan.

463. Un dispositif visant exclusivement les augmentations de capital. Alors que le texte vise à contourner le refus de voter une modification du capital, ce qui peut englober de nombreuses opérations et notamment un coup d'accordéon, seule une augmentation de capital peut être obtenue de force par le tribunal. Il est étonnant que le cas d'une réduction suivie d'une augmentation de capital n'ait pas été inclus dans le champ de cette mesure, ce que critiquent certains auteurs qui proposent une modification du texte⁴⁸⁷.

464. Un dispositif portant atteinte aux droits des associés. Pourtant, si la finalité du texte apparaît réduite, les moyens engagés, eux, sont un véritable coup porté aux droits des associés. En effet, l'associé est dépossédé de son droit vote. Le législateur tente ici de dénouer une situation de crise où l'associé, par son vote, bloque le redressement de l'entreprise. C'est donc un contexte particulièrement grave dans lequel l'intérêt social est en jeu qui permet de caractériser un abus de l'associé récalcitrant dans l'exercice de son droit. En effet, la mise en œuvre de la mesure n'intervient que lorsqu'il s'agit de la dernière chance et que toutes les options ont été envisagées. Par ailleurs, le législateur ménage un délai de trois mois entre la date du jugement d'ouverture et le moment où l'augmentation de capital forcée peut être activée, délai qui offre aux associés la possibilité de proposer un plan alternatif⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷ R. Dammann et G. Podeur, Loi Macron : la prise de contrôle d'une société par ses créanciers, BJE, janvier 2015.

⁴⁸⁸ Rapport Comm. spéc. n° 2498, rapport gén. R. Ferrand

465. La désignation d'un mandataire. La mesure, qualifiée par le Professeur Le Corre d'autoritaire⁴⁸⁹, permet donc au tribunal de désigner un mandataire qui sera chargé de voter l'augmentation de capital en lieu et place des associés qui ont refusé, c'est-à-dire qui ont voté contre l'augmentation de capital. Le mandataire n'a pas de pouvoir d'appréciation ici, il doit voter l'augmentation ce qui témoigne d'une force de frappe accentuée par rapport aux dispositions de l'article L. 631-9-1 qui prévoient que le mandataire désigné est chargé de « voter sur » la reconstitution de capital⁴⁹⁰. Cette sémantique rapproche le dispositif de la décision judiciaire valant vote, certains invitent à franchir ce cap⁴⁹¹.

466. Des difficultés pratiques. Une question juridique importante demeure. Elle consiste à s'interroger sur le fait de savoir si l'associé privé de son vote maintiendra son droit à assister à la délibération. En effet, si tel maintien existe, la résolution à laquelle tous les associés n'ont pas été convoqués par le mandataire pourrait être nulle au visa de l'alinéa 1 de l'article 1844 du Code civil...

De surcroît, il est aisé d'anticiper une difficulté pratique liée au fait que les actionnaires ou associés qui ont refusé le vote sont maintenus dans la société et devront donc cohabiter lors des assemblées ultérieures avec les créanciers devenus nouveaux associés ou actionnaires.

467. Une ambiguïté limitant l'atteinte portée aux droits des associés. Cependant l'ambiguïté la plus marquée réside dans le fait que le texte prévoit, dans le cas où la société en difficulté est une société par actions, un droit préférentiel de souscription pour les anciens actionnaires. Ce dispositif apparaît en parfaite contradiction avec l'esprit et la finalité du texte : alors qu'il prévoit une dilution forcée des actionnaires ou associés refusant une augmentation de capital, le législateur leur accorde une protection anti-dilutive qu'est le droit préférentiel de souscription.

Notons que cette atténuation de l'atteinte portée aux droits des associés ou des actionnaires a été un des arguments relevés par le Conseil constitutionnel⁴⁹² pour conclure que la dilution forcée ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit de propriété du détenteur du titre, cette mesure étant

⁴⁸⁹ M. Le Corre, La loi Macron et le droit des entreprises en difficulté, Gazette du Palais 2015, n° 293, p. 7, spéc., n° 18 et s.

⁴⁹⁰ I. Parachkévova, L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron, op. cit.

⁴⁹¹ R. Dammann et G. Podeur, Loi Macron : la prise de contrôle d'une société par ses créanciers, op. cit.

⁴⁹² Cons. const., 7 oct. 2015, n° 2015-486 QPC : JurisData n° 2015 -022142 ; Act. proc. coll. 2015-18, comm. 278, M.-H. Monsérié-Bon.

guidée par la volonté du législateur d'encourager la poursuite de l'activité des entreprises et donc par l'intérêt général.

b) Le traitement fiscal neutre de l'augmentation de capital

468. La situation du bénéficiaire. L'augmentation du capital de la société en difficulté est marquée, du point de vue de la société qui bénéficie de l'opération, par une certaine neutralité fiscale, situation qui peut être différente pour l'apporteur.

469. Le fondement de la neutralité fiscale. L'avantage de l'opération pour l'entreprise en difficulté qui bénéficie de l'augmentation de capital est sa neutralité au regard du droit fiscal.

Cette solution est issue de l'article 38, 2 du CGI qui précise la notion de bénéfice imposable. Le bénéfice net est présenté par le législateur fiscal dans cet article comme une variation d'actif net, variation qui doit être diminuée des suppléments d'apport et augmentée des prélèvements effectués au cours de la période imposable. La correction apportée est clairement compréhensible. Le fait que les associés fassent un apport au cours de l'exercice ne correspond en rien à une richesse créée par l'entreprise⁴⁹³, ce qui conduit à ne pas en tenir compte pour le calcul du résultat imposable.

Notons que, de la même façon, l'opération par laquelle un associé décide d'incorporer une créance et reçoit en contrepartie des titres sociaux n'est pas imposable pour la société bénéficiaire de l'incorporation. Le Conseil d'Etat⁴⁹⁴ en a jugé de même pour ce qui est des opérations dites « coup d'accordéon » visant à augmenter le capital en le libérant par imputation sur le compte courant puis à le réduire par imputation des pertes.

470. Le droit fixe. Ainsi, aucun impact n'est à relever pour la société bénéficiaire de l'augmentation, si ce n'est le fait que l'augmentation de capital entraîne l'exigibilité d'un droit fixe, prévu par l'article 810 du Code général des impôts, de 375 euros portés à 500 euros lorsque le capital de la société, après l'opération, est supérieur à 225 000 euros.

471. L'augmentation de capital, sous-entendant de nouveaux apports, est un moyen efficace d'améliorer la situation financière de l'entreprise. La réduction de capital, si elle ne permet pas d'obtenir une augmentation des ressources à la disposition de la société, est un moyen d'assainir les

⁴⁹³ D. Gutmann, Droit fiscal des affaires, p. 259, 6ème édition, LGDJ. 8ème éd. 2017-2018.

⁴⁹⁴ CE, 20 mars 1989, n° 56087 : RJF 5/1989, n° 548.

difficultés en absorbant les pertes et en faisant ainsi jouer le principe de contribution au passif des associés.

2) La réduction de capital, opération fiscalement neutre pour la société.

a) La réduction de capital ou la volonté d'apurer les pertes de la société

472. L'absence de définition légale et jurisprudentielle. La réduction de capital n'est pas définie par la loi ni par la jurisprudence. Elle peut être motivée par la présence de pertes ou non, le premier cas étant celui qui retient notre attention. Quoi qu'il en soit, cette opération constitue une atteinte aux principes de fixité et d'intangibilité du capital social.

Lorsque des pertes sont à déplorer, la réduction de capital est un outil efficace d'assainissement financier par la purge des pertes activant ainsi le principe de contribution au passif attaché à la qualité d'associé⁴⁹⁵.

Telle décision nécessite la réunion de l'assemblée générale extraordinaire, la décision de modification des statuts revenant aux associés. Le Code de commerce pose une limite à l'organisation de cette opération, elle doit être faite dans le respect de l'égalité entre les associés et actionnaires⁴⁹⁶. Elle ne doit pas être motivée par la volonté d'évincer certains actionnaires mais par l'intérêt de social⁴⁹⁷.

473. Un possible préalable à l'augmentation de capital. Dans de nombreux cas, la réduction de capital sera un préalable à une augmentation de capital, cette opération étant connue sous le nom de « coup d'accordéon » et se traduit généralement par une réduction du capital à zéro, l'augmentation de capital intervenant au même instant. Les pertes antérieures sont ainsi apurées et les besoins de financement assurés. Cette technique, bien qu'elle soit utilisée, a pour conséquence d'exclure la majorité voire la totalité des actionnaires historiques de la société. Certains actionnaires minoritaires ont tenté de faire valoir que cette opération était une atteinte au principe d'égalité et constituait une possibilité d'éviction forcée.

La Cour de cassation n'a cependant pas suivi leur raisonnement et a validé la possibilité de pratiquer un coup d'accordéon dans la mesure où il est réalisé sous condition suspensive d'une augmentation

⁴⁹⁵ Cass. com., 18 juin 2002, JurisData n° 2002-014876 ; Bull. Joly 2002, p. 1221, § 259, note S. Sylvestre ; D. 2002, 2190, obs. A. Lienhard

⁴⁹⁶ C. com., art. L. 225-204, L. 223-34

⁴⁹⁷ M.-L. Coquelet, Réduction du capital social, Jcl. Sociétés, fasc. 159-10, LexisNexis

de capital successive et où il ne vise pas à l'éviction des actionnaires minoritaires ce qui constituerait un abus de majorité⁴⁹⁸.

La réduction de capital motivée par des pertes est librement décidée par l'assemblée générale extraordinaire. Pour autant, la limite tenant à l'obligation de ne pas être dans une situation où les capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital va s'appliquer.

474. Les modalités. Du point de vue des modalités, il peut être décidé de réduire du nominal des titres sociaux ou de réduire leur nombre. La première solution présente l'avantage considérable de la facilité dans la mesure où elle n'entraîne pas de rompus. La seconde, est plus complexe dans la mesure où l'existence de rompus va sous-entendre la proposition aux associés ou actionnaires d'un échange de titres sociaux.

b) Le traitement fiscal neutre de la réduction de capital.

475. La situation fiscale en cas d'existence de pertes. La réduction du capital social, lorsqu'elle est destinée à compenser des pertes n'appelle pas de remarque particulière. En effet, le jeu d'écritures effectué a pour objet de faire disparaître les pertes du bilan en réduisant à leur hauteur le montant du capital social.

Les pertes ont disparu du bilan, c'est-à-dire comptablement, pour autant, elles restent utilisables fiscalement et pourront donc être reportées sur les exercices ultérieurs dans les conditions de droit commun⁴⁹⁹.

Notons toutefois que la réduction de capital doit être le fruit d'une décision des associés qui est soumise à publicité entraînant le paiement d'un droit fixe de 375 euros, 500 euros lorsque le capital de la société est d'au moins 225 000 euros selon l'article 814 C du Code général des Impôts.

⁴⁹⁸ Cass. com., 17 mai 1994 : JurisData n° 1994-001013 ; Dr. sociétés 1994, comm. 142, note H. Le Nabasque ; Gaz. Pal. 1994, 3, p. 747, note H. Chartier.

⁴⁹⁹ M. Cozian et F. Deboissy, Précis de fiscalité des entreprises 41^{ème} éd. 2017-2018, n° 2183 : « *on signalera que, dans le cas d'une société soumise à l'IS, les pertes, bien qu'elles aient cessé de figurer au bilan, n'en demeurent pas moins reportables, d'un point de vue fiscal, sur les bénéfices des exercices ultérieurs, sans limitation de durée. Il y a eu en effet « consommation » comptable du déficit mais non « consommation » fiscale.* ».

B) *Le régime fiscal des actionnaires de la société en difficulté, un régime insuffisamment attractif*

476. Jusqu'au 31 décembre 2006, l'actionnaire qui connaissait des pertes sur les titres d'une société faisant l'objet d'une procédure collective disposait de différents leviers fiscaux. D'une part, il pouvait déduire ces pertes de son revenu net global conformément à l'article 163 *octodecies* A du CGI. D'autre part, la possibilité lui était offerte d'imputer ces pertes sur les plus-values de même nature selon les dispositions de l'article 150-0 D, 12 du même code. Par ailleurs, les deux régimes pouvaient être combinés de telle sorte que lorsque le plafond de déduction du revenu global était atteint, la perte en surplus pouvait être imputée sur les plus-values de même nature. Néanmoins, une même perte ne pouvait faire l'objet d'une déduction du revenu global et d'une imputation sur les plus-values⁵⁰⁰.

477. Depuis le 1^{er} janvier 2007, un seul régime est applicable du fait de la regrettable abrogation de l'article 163 *octodecies* A (1), celui de l'imputation des pertes sur les plus-values de même nature dont le champ est malheureusement restreint (2).

1) La regrettable abrogation du régime des pertes en capital subies par les créateurs d'entreprises

478. **Un régime incitatif pour les créateurs d'entreprise.** Le législateur avait mis en place un dispositif⁵⁰¹, régi par l'ancien article 163 *octodecies* A du CGI, s'appliquant aux personnes fiscalement domiciliées en France qui avaient souscrit en numéraire au capital d'une société constituée à compter du 1^{er} janvier 1994 ou qui, dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement, avaient souscrit à une augmentation de capital réalisée à compter de cette même date. Ce régime permettait à ces personnes de déduire de leur revenu global la perte en capital subie résultant de la cessation des paiements de société dans les huit ans suivant la constitution ou l'augmentation de capital.

479. **Montant plafonné de déduction.** La déduction autorisée était égale au montant de la souscription diminué, si applicable, des sommes récupérées par le contribuable et, depuis le 1^{er} janvier 2003, sous réserve de ne pas dépasser un plafond annuel de 30 000 euros pour les célibataires et 60 000 euros couples mariés ou liés par un pacs.

480. **Les lacunes du régime.** Ce régime, bien qu'incitatif, connaissait des lacunes. Tout d'abord, il convient de remarquer que plus les contribuables connaissaient un taux d'imposition élevé, plus ils

⁵⁰⁰ Instr. DGI, 11 août 2004 : BOI 5 C-2-04, § 1 ; Dr. fisc. 2004, n° 38, instr. 13202.

⁵⁰¹ L. n° 94-126, 11 février 1994, art. 25.

bénéficiaient de la mesure : un contribuable célibataire imposé au taux de 20% aurait joui d'une économie d'impôt de 6 000 euros, pendant qu'un contribuable dans la même situation imposé au taux de 10% aurait obtenu une économie d'impôt de 3 000 euros. Par ailleurs, et de façon plus problématique, ce dispositif était incompatible avec le régime des déductions prévues dans le cadre des contrats « Madelin ».

481. L'abrogation du régime. Le législateur, sur l'autel de la simplification, a mis fin à ce régime à compter du 1^{er} janvier 2007⁵⁰². Notons que l'abrogation de ce régime a pu créer une forme d'injustice pour certains actionnaires : le dispositif s'appliquant pour la dernière fois aux revenus de l'année 2006, un contribuable ayant souscrit au capital d'une société en 2005 mise en état de cessation des paiements en janvier 2007 était donc privé du droit de déduire les pertes en capital subies de son revenu global. Il ne peut être que conseillé au législateur, lorsqu'il remet en cause un régime, de veiller à ménager les intérêts des contribuables qui ont pu être incité par les régimes en question. En l'espèce, il aurait été opportun de limiter l'abrogation aux souscriptions effectuées à compter du 1^{er} janvier 2007.

482. Le contribuable et actionnaire infortuné sera donc privé du droit de déduire les pertes en capital subies mais il aura toujours la possibilité d'appliquer le régime d'imputation des pertes sur titres annulés.

2) Les insuffisances du régime des pertes sur titres annulés.

483. Le dispositif mis en place par le législateur comporte un régime de droit commun encadrant l'imputation des pertes postérieurement à l'annulation des titres (i) et un régime optionnel permettant l'imputation des pertes avant que ne soit constatée l'annulation des titres (ii).

a) Le régime de droit commun ou l'imputation des pertes postérieurement à l'annulation des titres.

484. Un régime au champ restreint. Le régime des plus-values des particuliers sur les valeurs mobilières ou les droits sociaux, prévu par l'article 150-0 A du CGI, requiert une cession, événement juridique auquel une annulation de titres ne peut être assimilée. Dès lors, le législateur a mis en place un dispositif spécifique afin de prendre en compte la situation des actionnaires connaissant des pertes du fait de l'annulation de leurs titres. Plusieurs *scénarii* sont visés par l'article 150-0 D du CGI. Quoi

⁵⁰² L. fin. 2007, n° 2006-1666, 21 déc. 2006, art. 59.

qu'il en soit, l'annulation doit intervenir dans le cadre d'une procédure collective. Notons que le régime n'est pas applicable au cas de la liquidation amiable. Le Conseil d'Etat l'a confirmé en jugeant qu'il ne pouvait être soutenu que le fait de pouvoir imputer les pertes sur les plus-values de même nature dans le cadre d'une procédure collective mais de ne pas avoir cette possibilité dans le cadre d'une procédure de liquidation amiable entraînerait une rupture de l'égalité devant les charges publiques. Le Conseil d'Etat avait donc refusé de renvoyer cette question devant le Conseil constitutionnel⁵⁰³, conformément à la volonté du législateur qui souhaitait restreindre ce dispositif au bénéfice des entreprises soumises à une procédure collective⁵⁰⁴.

485. Tout d'abord, la perte sur titres annulés peut intervenir dans le cadre d'une réduction de capital opérée conformément à un plan de redressement judiciaire – ici, la technique du coup d'accordéon évoquée ci-avant est donc couverte. Il convient ici de critiquer vigoureusement l'absence de référence, à minima, au plan de sauvegarde qui peut entraîner une variation du capital en application du plan de sauvegarde et dans les conditions prévues par l'article L. 626-3 du Code de commerce.

Ensuite, le texte vise le jugement de clôture de la liquidation judiciaire. En effet, conformément à l'article 1844-7, 7° du Code civil, le jugement ordonnant la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif entraîne la fin de la société.

Enfin, le dispositif mentionne la cession de l'entreprise organisée par le tribunal conformément à l'article L. 631-22 du Code de commerce⁵⁰⁵. Pour autant, la référence à la cession de l'entreprise est surprenante dans la mesure où celle-ci, qu'elle soit partielle ou totale, n'entraîne pas une modification du capital de la société ni même une disparition de la personnalité morale de celle-ci.

486. Une restriction au titre de l'éthique. Notons, par ailleurs, que le détenteur des titres doit ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation prévue par le droit des procédures collectives dans le cadre de sa gestion de la société dont les titres sont annulés, notamment une responsabilité pour insuffisance d'actif, une faillite personnelle ou une interdiction de gérer.

⁵⁰³ CE, 3e et 8e ss-sect., 25 juin 2010, n° 338966, M. Carrère : JurisData n° 2010-010237 ; Dr. fisc. 2010, n° 27, comm. 406, concl. É. Geffray.

⁵⁰⁴ Rapport AN n° 1861, 22 nov. 1999, t. III, vol. 1, art. 60.

⁵⁰⁵ C. com., art. L. 631-22 : « *A la demande de l'administrateur, le tribunal peut ordonner la cession totale ou partielle de l'entreprise si le ou les plans proposés apparaissent manifestement insusceptibles de permettre le redressement de l'entreprise ou en l'absence de tels plans.* »

487. Modalités d'application. Lorsque les conditions ci-avant énumérées sont réunies, le contribuable pourra donc imputer les pertes constatées sur les plus-values de même nature, l'imputation devant être opérée lors de l'année d'intervention de l'événement ayant entraîné l'annulation des titres. Dans la situation où les pertes constatées ne pourraient être imputées en totalité sur les plus-values réalisées lors de l'année en question, le régime permet leur report et leur imputation sur les plus-values de même nature réalisées au cours des dix années suivantes.

488. Limite d'imputation. L'imputation est opérée dans la limite du prix effectif d'acquisition des titres par l'actionnaire ou, dans le cas d'une acquisition à titre gratuit, dans la limite de l'assiette retenue pour l'application des droits d'enregistrement. La perte aura donc un montant maximum égal à cette valeur sans possibilité de prendre en compte les frais d'acquisition qui viennent ordinairement l'augmenter⁵⁰⁶.

Si les titres annulés ont fait l'objet, à titre antérieur, d'un échange de titres ayant bénéficié d'un sursis d'imposition tel qu'organisé par l'article 150-0 B du CGI, il conviendra de prendre en compte la valeur des titres remis lors de l'échange comme limite d'imputation, valeur diminuée ou augmentée de l'éventuelle soulte versée⁵⁰⁷. Depuis le 1^{er} janvier 2017, la part de la soulte reçue à prendre en considération est limitée à la fraction qui n'a pas donné lieu à imposition lors de l'échange⁵⁰⁸.

Notons que la première limite d'imputation tient au fait que le contribuable ne pourra imputer ses pertes que sur les plus-values de même nature et il s'agit ici de l'écueil principal du régime : le contribuable n'ayant participé qu'à une seule opération de ce type se trouvera dans l'impossibilité d'imputer ses pertes. Si l'existence de ce régime, en complément du dispositif permettant de déduire les pertes du revenu global dans la limite d'un plafond, constituait un outil intéressant et incitatif pour l'actionnaire. Pris isolément, il témoigne d'une faible volonté d'accompagner fiscalement la prise de risque des actionnaires.

b) Le régime optionnel ou l'imputation des pertes antérieurement à l'annulation des titres.

⁵⁰⁶ P. Serlooten, « Entreprises en difficulté – Droit Fiscal », Rép. Dr. Com., avril 2016, n° 116.

⁵⁰⁷ CGI, art. 150-0 D, 13 : « *L'imputation des pertes mentionnées au 12 est opérée dans la limite du prix effectif d'acquisition des titres par le cédant ou, en cas d'acquisition à titre gratuit, de la valeur retenue pour l'assiette des droits de mutation. Lorsque les titres ont été reçus, à compter du 1er janvier 2000, dans le cadre d'une opération d'échange dans les conditions prévues à l'article 150-0 B, le prix d'acquisition à retenir est celui des titres remis à l'échange, diminué du montant de la soulte reçue, qui n'a pas fait l'objet d'une imposition au titre de l'année de l'échange, ou majoré de la soulte versée lors de cet échange.* »

⁵⁰⁸ L. fin. rect. 2016, n° 2016-1918, 29 déc. 2016, art. 32 : JO 30 déc. 2016 ; Dr ; fisc. 2017, n° 4, comm. 77.

489. Imputation anticipée. Le législateur consacre une possibilité d'imputation anticipée des pertes et ce avant même que les titres aient été annulés. Les contribuables peuvent en effet exercer une option l'année au cours de laquelle intervient un jugement prononçant la cession de l'entreprise intervenant dans le cadre d'une procédure de redressement, ou un jugement prononçant la liquidation judiciaire. Notons que l'imputation des pertes ne sera pas possible lorsqu'un plan de continuation de l'entreprise est arrêté par le tribunal à l'issue de la période d'observation⁵⁰⁹.

490. Hypothèses de reprise de la perte. La perte devra faire l'objet d'une reprise dans la situation où le jugement prévoyant la cession serait infirmé ou le plan de cession serait résolu. Par ailleurs, la reprise devra aussi être effectuée si le porteur des titres fait l'objet d'une condamnation dans le cadre de la procédure collective. La reprise doit être effectuée au titre de l'année au cours de laquelle intervient un des événements mentionnés. Elle se traduit par une imposition en plus-value de la totalité de la perte imputée, si elle n'a été qu'en partie imputée, par une suppression du droit au report.

491. Conclusion. La restructuration du capital de l'entreprise peut être bénéfique sur plusieurs plans. Tout d'abord, en cas d'augmentation de capital, le plus souvent, ce sont des fonds nouveaux qui seront mis à la disposition de la société. Ces apports seront de nature à lui permettre de poursuivre son activité, financer de nouveaux investissements et permettront de rassurer des partenaires inquiets et des banques réticentes à octroyer des crédits.

Aussi, l'augmentation de capital, s'il est fait appel à des investisseurs étrangers à la société, entraînera une modification des rapports de force au sein de l'entreprise, ce qui peut déboucher sur une meilleure gestion ou une révision des moyens d'exploitation de l'activité.

La réduction de capital, elle, permettra d'assainir la situation de la société en absorbant les pertes. Une fois la question du « haut de bilan » traitée, il convient de s'intéresser à la restructuration de la dette qui sera souvent influencée par les questions fiscales.

II) Les enjeux fiscaux de la restructuration de la dette de l'entreprise en difficulté

492. Face aux difficultés que rencontrent certaines entreprises, les créanciers sont souvent confrontés à un risque important de ne pas pouvoir recouvrer leur créance en dehors d'une

⁵⁰⁹ Instr. DGI, 11 août 2004 : BOI 5 C-2-04, § 16 ; Dr. fisc. 2004, n° 38, instr. 13202.

procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Une simple renégociation de la dette peut alors s'avérer insuffisante et des solutions plus drastiques peuvent venir à l'appui d'une véritable restructuration de la dette⁵¹⁰. Une technique connaît un essor croissant, notamment sous l'influence de la pratique anglo-saxonne⁵¹¹, et consiste à transformer le créancier de la société en difficulté en un de ses actionnaires. Il peut en effet être intéressant d'envisager une conversion de la dette en capital de la société en difficulté (A), bénéficiant ainsi d'une dilution des actionnaires en place, d'un renforcement des fonds propres et d'une réduction de l'endettement. Il peut aussi être envisagé d'avoir recours à une technique de plus en plus attrayante fiscalement, la fiducie (B).

A) La conversion de dette en capital

493. Une solution faisant appel aux créanciers. Les mécanismes visant à restructurer le bilan des entreprises en difficulté ont muté au cours des dernières années. Un des mécanismes mis en place est à la croisée des chemins entre réduction de la dette et augmentation de capital et présente un réel intérêt. Ainsi, les créanciers peuvent être appelés dans le cadre d'une augmentation de capital par incorporation de leurs créances au capital de la société. Cette technique appelle à une prise de risque de la part des créanciers qui, devenus actionnaires, pourront être récompensés en cas de retour à meilleure fortune de la société⁵¹².

494. Une dualité de formes. La conversion de leur dette en capital peut prendre deux formes.

495. L'apport en nature. D'une part, il peut s'agir d'un apport en nature, apport effectué par le créancier de la société débitrice. Cette solution sous-entend que les titres représentatifs de l'apport vont correspondre à la valeur réelle de la créance. L'intervention d'un commissaire aux apports sera requise. Ici, le créancier devra comptabiliser la créance à la valeur vénale ce qui correspond à sa valeur réelle. Pour le débiteur, l'opération se traduit par une disparition de son bilan, à la valeur nominale, de la dette due. Parallèlement, l'augmentation de capital intervient en haut de bilan pour la valeur réelle de la créance. En découle donc une augmentation de l'actif net qui, étant supérieure à l'augmentation de capital, sera analysée comme un profit taxable.

⁵¹⁰ A. Lagarrigue et K. Gruzdova, Restructuration de la dette des entreprises en difficulté : quelques considérations fiscales, *Dr. Fisc.* 2015, n° 19-20, 7.

⁵¹¹ G. Burgala et N. Morelli, e debt for equity swap, *JCP G* 2010, prat. 1016.

⁵¹² B. Grelon, La loi de sauvegarde revisitée par la loi n° 2010-1249 dite de « régulation bancaire et financière » du 22 octobre 2010 : *Rev. Sociétés* 2011, p.5 et s.

496. L'apport en numéraire. D'autre part, l'entreprise peut procéder à une augmentation de capital en numéraire. Dans ce cas, le créancier souscrita à l'augmentation pour un montant égal à la valeur de sa créance, c'est-à-dire la valeur nominale telle qu'inscrite au passif de la société à l'origine de l'augmentation de capital. La libération peut alors s'opérer par compensation avec une créance liquide et exigible⁵¹³.

497. L'apport en numéraire, solution avantageuse. C'est la seconde solution qui sera le plus souvent préférée en pratique. Elle présente l'avantage d'une plus grande simplicité dans la mesure où, l'incorporation se faisant à la valeur nominale de la créance, elle ne nécessitera pas l'intervention d'un commissaire aux apports.

498. La faisabilité juridique en question. Cependant, la question de sa faisabilité juridique peut naturellement être posée⁵¹⁴. En effet, juridiquement, l'augmentation de capital sous-entend l'ajout d'un complément effectif de valeur correspondant à l'augmentation effective enregistrée, or cela ne sera pas le cas lorsqu'est en présence une société dont l'actif net est négatif. Lorsque les difficultés financières sont importantes au point que le recouvrement de l'intégralité de la créance apparaît impossible, la valeur réelle de la créance est fortement réduite relativement à sa valeur nominale. Ainsi, il peut être avancé que l'opération aboutit à une fiction juridique qui consiste à augmenter la valeur du capital d'une société d'un montant qui n'a pas de réalité économique.

Pour autant, l'augmentation de capital par compensation de créance est prévue par le Code de commerce dans la mesure où la créance est liquide et exigible et peu importe la situation financière de la société dont la dette figure au bilan. En effet, la liquidité est indifférente des possibilités de recouvrement et de la solvabilité du débiteur, elle renvoie au fait que la créance doit être chiffrée.

De plus, les intérêts de la société et de ses créanciers semblent préserver. Pour la société débitrice, l'avantage est évident. L'opération lui permet de diminuer sa dette et de renforcer ses fonds propres, le tout sans appauvrissement corrélatif. Pour les créanciers, le pari fait par l'un d'entre eux du retournement de l'entreprise en acceptant de voir sa créance reléguée à un rang hypo-chirographaire

⁵¹³ C. com., art. L. 225-128.

⁵¹⁴ P. Fumenier, Créance décotée : faisabilité juridique et traitement fiscal d'une augmentation de capital par compensation de créances, Dr. fisc. n° 36, 9 septembre 2010, 448.

permet à tous les autres, par la disparition d'une dette au passif, d'augmenter leur chance de recouvrement⁵¹⁵.

La jurisprudence a admis l'augmentation de capital par compensation de créances⁵¹⁶ et la loi de sauvegarde a consacré cette pratique en offrant la possibilité de libérer les augmentations de capital réalisées dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement par compensation de créances⁵¹⁷. Nul doute que l'admission de cette technique soit transposable à une société en difficulté qui ne fait pas l'objet d'une procédure collective.

499. Le traitement fiscal de l'opération. Pour ce qui est du traitement fiscal de l'opération, il convient de tenir compte du traitement comptable préconisé par la Compagnie nationale des commissaires aux comptes. Celle-ci prévoit que dans le cadre d'une augmentation de capital par compensation de créances, il convient d'inscrire les titres reçus au bilan de la société apporteuse pour le montant de la souscription à l'augmentation de capital, c'est-à-dire à leur valeur nominale. Si une provision pour dépréciation relative à la créance compensée a été ultérieurement passée, elle doit être reprise. Le profit résultant de la différence entre la valeur nominale de la créance et le prix d'acquisition de la créance, s'il y a, doit être constaté. Enfin, une provision pour dépréciation sur les titres calculée en fonction de leur valeur d'utilité pour l'entreprise doit être constituée.

Nous l'avons dit, ce traitement ne reflétant en rien la réalité économique de l'opération, sa transposition pour la détermination du résultat imposable aboutirait à une fictivité fiscale. En effet, le créancier recevant au moment de l'augmentation de capital des titres pour une valeur supérieure à la valeur réelle de la créance enregistrerait un profit fiscal illusoire, profit qui ne pourrait être neutralisé fiscalement par la déduction de la provision pour dépréciation des titres visés qui relèvent du régime du long terme⁵¹⁸.

⁵¹⁵ R. Damman et G. Podeur, La conversion de créances en capital dans les entreprises en difficulté, BJS 2009, n°12, p. 1129.

⁵¹⁶ Cass. com., 7 févr. 1972, n° 69-11.500 : JurisData n° 1972-097047 ; D. 1972, somm. p. 159 ; Bull. civ. 1972, IV, n° 47 ; Rev. sociétés 1973, p. 297, note E. du Pontavice.

⁵¹⁷ C. com., L. 626-17.

⁵¹⁸ CGI, art. 219, I, a quinquies.

Dès 1998, la Cour administrative d'appel de Paris⁵¹⁹ a été amenée à traiter cette problématique et en avait conclu qu'en cas d'aliénation par voie d'apport en société d'un élément de son actif, le profit ou la perte constaté doit être calculé en tenant compte de la valeur réelle des titres remis en contrepartie de l'apport, au moment où il est consenti.

Telle solution est sans impact pour le débiteur qui enregistre une variation d'actif net liée à l'extinction de la dette compensée par l'apport, ce qui entraîne la neutralité fiscale de l'opération.

Pour le créancier, il n'y aura taxation que si la valeur de la créance au jour de l'augmentation de capital excède sa valeur d'acquisition.

500. L'intervention du législateur. Chemin faisant, le législateur s'est saisi de cette question puisqu'un risque courrait de voir les susceptibles repreneurs français ayant acquis la créance au prix décoté dissuadés par l'imposition de ce profit fictif par rapport à des repreneurs étrangers qui ne seraient pas soumis à cette règle.

L'évolution législative qui en découle permet au créancier souscrivant une augmentation de capital par compensation de créances liquides et exigibles acquises à prix décoté auprès d'une entité non liée ni au cessionnaire ni au débiteur et à condition que les titres reçus soient des titres de participation éligibles au régime des plus-values à long terme de neutraliser extra-comptablement le produit fictif. Le dispositif invite à calculer le profit imposable en tenant compte de la valeur d'acquisition de la créance et de la valeur des titres reçus en contrepartie de l'augmentation de capital. L'excédent constaté au niveau comptable fait l'objet d'une déduction extracomptable lors de la déclaration des résultats.

501. Exemple. A titre d'exemple, admettons une société A dont le capital est composé de 3000 actions d'une valeur unitaire de 150 euros et ayant une valeur nette réelle de 150 000 euros. Une autre société B a acquis une créance d'une valeur nominale de 90 000 euros contre cette société pour un montant de 25 000 euros. La société A décide de procéder à une augmentation de capital par compensation de créance décotée. Selon les règles évoquées ci-dessus, l'augmentation se fera selon la valeur nominale des créances et se traduira donc par une émission de titres pour une valeur de 90 000 euros, soit 600 titres à 150 euros.

Comptablement, B va procéder à l'annulation de la créance acquise et figurant à son actif pour un montant de 25 000 euros. Une autre écriture va constater l'entrée à l'actif des titres de A pour un

⁵¹⁹ CAA Paris, 2e ch., 28 mai 1998, n° 94PA01916, Sté Cocinor : JurisData n° 1998-056277 ; Dr. fisc. 1999, n° 40, comm. 1243.

montant égal à la valeur nominale de la créance soit 90 000 euros. Un produit comptable apparaît donc à hauteur de 65 000 euros.

Fiscalement, Si les titres de A constituent, pour B, des titres de participation, le profit imposable sera calculé sur la base de la valeur réelle des titres remis, dans l'exemple 50 euros (150 000 / 3 000) par titre et 30 000 euros (600 x 50) au total. Dès lors, le profit imposable sera de 5 000 euros (30 000 – 25 000).

Le produit imposable étant déterminé sur la base de la valeur réelle des titres émis, la société B doit procéder à une déduction extracomptable de la différence entre le profit comptable calculé et du profit fiscal soit 40 000 euros.

502. Articulation avec l'article 39 quaterdecies 2 bis. Le dispositif mis en place par le 2 bis de l'article 39 quaterdecies du CGI vise à limiter la déduction des moins-values issues d'une cession, moins de deux ans après leur émission, de titres de participation en contrepartie d'un apport et dont la valeur au jour de l'émission était inférieure à leur valeur d'inscription en comptabilité. En cas de cession dans les deux ans suivant l'augmentation de capital, la moins-value constatée ne sera pas déductible pour l'actionnaire à hauteur de la différence entre la valeur d'inscription des titres au bilan au jour de l'apport et leur valeur réelle à cette même date⁵²⁰.

Exemple - suite. La société B cède au profit d'une société C, les titres de A, un an après leur émission, pour valeur de 20 000 euros.

Comptablement, la cession des titres laisse apparaître une moins-value à hauteur de 70 000 euros (20 000 – 90 000).

Fiscalement, la moins-value n'est pas déductible à hauteur de la différence entre la valeur d'inscription des titres de participation dans les livres de B, 90 000 euros, et la valeur réelle des titres lors de leur émission, 25 000 euros, soit 65 000 euros. La moins-value constatée n'est donc déductible qu'à hauteur de 70 000 – 65 000 soit 5 000 euros.

503. Le risque lié à la réalisation de l'opération durant la période suspecte. Notons qu'un risque existe concernant l'augmentation de capital par compensation de créances dans le cadre d'une entreprise en difficulté lié au fait que l'opération ne doit pas être réalisée durant la période suspecte : la libération de capital par compensation est un moyen de paiement, ce qui pourrait entraîner

⁵²⁰ CGI, art. 39 quaterdecies, 2 bis.

l'annulation de l'opération si la preuve est apportée que le créancier avait connaissance de l'état de cessation des paiements du débiteur.

504. La possible réticence des créanciers. Enfin, signalons que ce mécanisme est entravé par les réticences des prêteurs à devenir actionnaires, réticences qui peuvent notamment s'expliquer par le fait qu'il ne s'agit pas là de leur métier.

Le recours à des instruments financiers de nature différente peut alors être envisagé tel que celui à des obligations remboursables en actions. Cette alternative permet au débiteur, d'une part, de traiter sa dette en quasi-fonds propres et au créancier, d'autre part, de ne pas devenir formellement actionnaire puisque détenant des instruments de dette⁵²¹. De plus, ce mécanisme place le créancier dans une situation plus sécurisée que s'il était devenu actionnaire dans la mesure où, en cas d'ouverture d'une procédure collective, il pourra déclarer sa créance et espérer en obtenir tout ou partie du paiement là où, associé, il n'aurait été payé qu'après désintéressement de tous les créanciers.

505. L'augmentation de capital par compensation de créance connaît donc un régime qui s'est sécurisé avec le temps et qui en renforce l'attractivité. Pour autant, la limite est inhérente à son mécanisme : les créanciers de l'entreprise peuvent ne pas souhaiter en devenir actionnaire ou associé et prendre part à sa gestion. Une alternative convaincante s'impose alors, le recours à la fiducie.

B) La fiducie-sûreté

506. Le mécanisme de la fiducie. Les biens de l'entreprise constituent une richesse qu'il ne faut pas négliger. En effet, dans sa recherche d'accès au crédit, l'entrepreneur sera fortement encouragé à consentir des sûretés dont l'efficacité sera déterminante, en particulier en cas d'ouverture d'une procédure collective. A ce titre, la fiducie présente de nombreux avantages.

La fiducie a été introduite en droit français par la loi du 19 février 2007⁵²², notamment à la demande des praticiens qui souhaitaient voir apparaître dans notre législation une institution remplissant les fonctions du *trust* anglo-saxon⁵²³. Leur volonté a été entendue et le législateur, attentif à l'attractivité

⁵²¹ J.-L. Mercier, Les devoirs de l'actionnaire dans les entreprises en difficultés, Gazette du Palais, n° hors-série 2, p. 47.

⁵²² L. n° 2007-211, 19 février 2007, instituant la fiducie : JO, 21 févr. 2007, p. 3052 – V. Ph. Dupichot, Opération de fiducie sur sol français : JCP N 2007, 1130 ; R. Libchaber, Les aspects civils de la fiducie : Defrénois 2007, p. 1094 et 1194.

⁵²³ D. Legeais, Droit des sûretés et des garanties du crédit, n°765, 10ème édition, LGDJ.

du droit français⁵²⁴, en mettant en place la fiducie a abouti à la création d'un nouveau démembrement de la propriété⁵²⁵. Cette innovation a constitué une brèche dans un des fondements du droit civil qu'est le principe de l'unicité du patrimoine individuel.

Deux catégories de fiducie coexistent, la fiducie-gestion et la fiducie-sûreté. La seconde consiste, contrairement à la première, en un transfert de propriété d'un ou plusieurs biens du débiteur en garantie du paiement d'une dette. Pour le créancier, c'est l'opportunité de se voir attribuer la propriété de ces biens en cas de défaillance du débiteur.

En cas de procédure collective, la fiducie présente des avantages non négligeables (1) enjolivés par une fiscalité de plus en plus attrayante (2).

1) La « reine des sûretés », mécanisme efficace de restructuration des entreprises en difficulté

507. La fiducie présente tout d'abord de fortes capacités de résistance lorsqu'est ouverte une procédure collective à l'encontre du débiteur-constituant (a). Elle peut aussi s'avérer être très utile dans le cadre de la restructuration de l'entreprise en difficulté (b).

a) La fiducie-sûreté à l'épreuve des procédures collectives

508. La fiducie où la sortie des biens du patrimoine du débiteur. La rencontre de la fiducie et du droit des entreprises en difficulté n'est pas aisée⁵²⁶. En effet, leurs objectifs sont, notamment en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, manifestement opposés. Alors que l'esprit de cette dernière était d'offrir au débiteur en difficulté un répit vis-à-vis de ses créanciers afin de lui permettre d'élaborer un plan de restructuration visant à assurer la viabilité de l'entreprise, la fiducie entraîne la sortie de biens du patrimoine du constituant au bénéfice exclusif du patrimoine de ses créanciers.

Par ailleurs, une inquiétude pouvait aussi être formulée quant à la possibilité qu'une telle technique se traduise par un assèchement du patrimoine de l'entreprise qui serait vidé de ses biens⁵²⁷.

⁵²⁴ I. Legrand, La fiducie-sûreté : le bilan d'une aventure législative de trois ans : Banque et droit, déc. 2009, p. 19 et s.

⁵²⁵ M. Grimaldi, La fiducie : réflexion sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, Defrénois 1991, art. 35085 et 35094.

⁵²⁶ F.-X. Lucas et M. Sénéchal, Fiducie vs Sauvegarde – Fiducie contre sauvegarde, il faut choisir, D. 2008, p. 29.

⁵²⁷ F. Pérochon, Entreprises en difficulté, 10ème édition, p. 264.

509. La recherche d'un équilibre entre sortie des biens du patrimoine et poursuite de l'activité. La question se pose donc de savoir quelles solutions ont été apportées pour concilier des intérêts contradictoires et pour maintenir dans l'entreprise les biens essentiels pour le déroulement de l'activité exercée. Un mécanisme a permis de trouver un compromis, un équilibre gagnant-gagnant⁵²⁸.

Alors que le régime issu de la loi du 19 février 2007 laissait imaginer que l'ouverture d'une procédure collective n'aurait aucun pouvoir de neutralisation de la fiducie-sûreté, qu'elle soit avec ou sans dépossession, le bien étant sorti du patrimoine du débiteur-constituant, l'ordonnance du 18 décembre 2008⁵²⁹ a permis de faire le *distinguo*, entre ces deux modalités de fiducie⁵³⁰.

510. La solution du contrat de mise à disposition. Bien que le principe soit celui du transfert de propriété des biens au profit du fiduciaire, la liberté contractuelle et la souplesse, sous certains aspects, de la fiducie permettent de prévoir que le constituant gardera l'usage de ses biens par un contrat de mise à disposition. Cette possibilité est très liée à l'objectif économique de l'opération et aux intérêts des parties en cause.

Le créancier-bénéficiaire a pour but de se voir octroyer la propriété des biens, de bénéficier d'un droit d'exclusivité en cas de réalisation des biens affectés en garantie. Il se constitue une sûreté particulièrement efficace.

Le débiteur-constituant, lui, a pour objectif d'obtenir du crédit tout en se ménageant la « propriété économique »⁵³¹ de ses biens. Il maintient à sa disposition les actifs essentiels à la poursuite de son activité.

Ce sont ces actifs que le législateur a voulu sacrifier en soumettant la convention de mise à disposition au régime des contrats en cours. Ce contrat doit se poursuivre malgré l'ouverture d'une procédure collective, le débiteur-constituant maintenant l'usage des biens mis en garantie. Ainsi, en

⁵²⁸ G. Berthelot, Le traitement de la fiducie-sûreté dans la nouvelle ordonnance sur les procédures collectives, *Droit et patrimoine* 2009, p. 89 s.

⁵²⁹ Ord. 2008-1345 du 18 décembre 2008 – V. F. Deboissy et G. Wicker, La fiducie dans le courant des réformes : actes prat. ing. sociétaire nov-déc 2008, p. 93 ; Intérêts et limites de la fiducie après la LME, au sens du droit des sûretés, *Pratique : Dr. et patrimoine* 2008, n°176.

⁵³⁰ S. Catoire, Le charme discret des conventions de fiducie, *Revue Banque*, n° 798, juillet 2016.

⁵³¹ R. Darmmann, L'utilisation de la fiducie comme technique, *Rev. Proc. Coll* 2013, n°3.

cas de contrat de mise à disposition, le créancier ne pourra réaliser sa sûreté et ce dès l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, conformément à l'article L. 622-23-1⁵³² du Code de commerce⁵³³.

En revanche, en l'absence de contrat de mise à disposition, le bien n'étant pas essentiel à l'activité du débiteur-constituant, le créancier-bénéficiaire pourra réaliser sa sûreté même si une procédure collective est ouverte à l'égard du débiteur. Il bénéficiera alors d'un droit d'exclusivité et non d'un droit de préférence comme cela serait le cas si le recours à l'hypothèque avait été choisi.

511. Une solution ménageant les intérêts du débiteur et du créancier. Le compromis est clairement perceptible. Si les biens sont essentiels à l'activité du débiteur, il peut en garder la jouissance même en cas de procédure collective. Pour le créancier, cette solution n'est pas totalement contradictoire avec ses intérêts puisque le maintien de ces biens est un facteur pouvant contribuer au retournement de son débiteur. Si le retournement n'est pas possible et en cas d'échec des procédures de traitement des difficultés et d'ouverture d'une liquidation judiciaire, le créancier réalisera sa sûreté.

Notons par ailleurs, dans le sens de l'intérêt du créancier-bénéficiaire, que celui-ci a été exclu par l'ordonnance du 18 décembre 2008 des comités de créanciers, il ne pourra pas donc se voir imposer par la majorité des mesures qu'il refuse, telle une conversion de créance en capital. Pour l'ensemble des créanciers, cette mesure n'est pas un désavantage dans la mesure où il n'est pas toujours de bon augure pour eux de côtoyer au sein des comités des créanciers qui ont l'assurance de recouvrer leurs créances.

Si le compromis ici trouvé semble garantir les intérêts de chacun et aménager un régime très efficace pour la fiducie-sûreté, une nuance peut être avancée dans la mesure où il est probable d'imaginer qu'en pratique les biens ayant le plus de valeur dans l'entreprise seront ceux qui sont essentiels au maintien de l'activité. L'option de la fiducie sans dépossession mais avec convention de mise à disposition sera donc certainement la plus fréquemment utilisée relativisant quelque peu l'emballement autour de l'insubmersibilité de la fiducie-sûreté.

⁵³² C. com L. 622-23-1 : « Lorsque des biens ou droits présents dans un patrimoine fiduciaire font l'objet d'une convention en exécution de laquelle le débiteur constituant en conserve l'usage ou la jouissance, aucune cession ou aucun transfert de ces biens ou droits ne peut intervenir au profit du fiduciaire ou d'un tiers du seul fait de l'ouverture de la procédure, de l'arrêté du plan ou encore d'un défaut de paiement d'une créance née antérieurement au jugement d'ouverture. Cette interdiction est prévue à peine de nullité de la cession ou du transfert. C. com., art. L. 631-13 s'agissant de la procédure de redressement. »

⁵³³ F.-X. Lucas et M. Sénéchal, Fiducie et sauvegarde, il faut choisir : D. 2008, p. 29.

512. Le risque de qualification de contrat en cours. Un des risques auquel peut être confronté le débiteur en difficulté ayant recours à la fiducie serait que l'administrateur qualifie le contrat de fiducie de contrat en cours et y renonce afin de réintégrer les biens dans le patrimoine du débiteur. La loi, par l'article L. 622-13 du code de commerce, précise que le contrat de fiducie ne peut être qualifié de contrat en cours. Avant la loi, la question théorique se posait dans la mesure où le fiduciaire n'ayant pas, à l'ouverture de la procédure, procédé à son obligation de transférer les biens au créancier-bénéficiaire, ce contrat aurait pu se voir qualifier de contrat en cours⁵³⁴. Le législateur considère que la fiducie-sûreté produit son effet principal avant l'ouverture de la procédure collective⁵³⁵, l'obligation principale étant la transmission des biens à titre de garantie⁵³⁶. Pour autant, la loi fixe une limite : les dispositions relatives aux contrats en cours « *ne concernent pas non plus le contrat de fiducie, à l'exception de la convention en exécution de laquelle le débiteur conserve l'usage ou la jouissance de biens ou droits transférés dans un patrimoine fiduciaire* »⁵³⁷. Dès lors, le contrat de mise à disposition pourra lui être qualifié de contrat en cours et être résilié par l'administrateur.

513. Le risque de nullité de la fiducie. Notons que la fiducie risque de voir sa validité remise en cause au titre des nullités de la période suspecte. En effet, la fiducie mise en place pendant la période suspecte sera nulle de droit si elle garantit une créance antérieure.

Dès lors, la fiducie pourra par exemple être annulée au titre des nullités de droit mais cette nullité n'est pas systématique, l'ordonnance du 18 décembre 2008 ayant aménagée une exception lorsque la fiducie est instituée pour garantir une dette concomitamment accordée à l'entreprise⁵³⁸. Avant l'intervention de l'ordonnance, toute fiducie-sûreté instituée pendant la période suspecte était nulle de plein droit ce qui plaçait ce mécanisme dans une position moins favorable que les autres sûretés réelles⁵³⁹.

⁵³⁴ S. Farhi, *Fiducie-sûreté et droit des entreprises en difficulté – Étude de l'efficacité du mécanisme*, thèse, t. 6, 2016, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, préf. Le Corre P.-M., nos 80 et s., p. 57 et s.

⁵³⁵ Ord. n° 2008-1345, 18 déc. 2008, portant réforme du droit des entreprises en difficulté : JO, 19 déc. 2008, p. 19462.

⁵³⁶ F. Legrand et O. Staes, « La détermination du patrimoine du débiteur », *Rev. Proc. Coll* 2008, n°2, dossier 8.

⁵³⁷ R. Damman et G. Podeur, *Fiducie et procédure de sauvegarde, un nouvel équilibre* : *Rev. Lamy dr. aff.* mai 2008, p. 33.

⁵³⁸ Grimaldi M. et Damman R., « La fiducie sur ordonnances », *préc.*, D. 2009, p. 670.

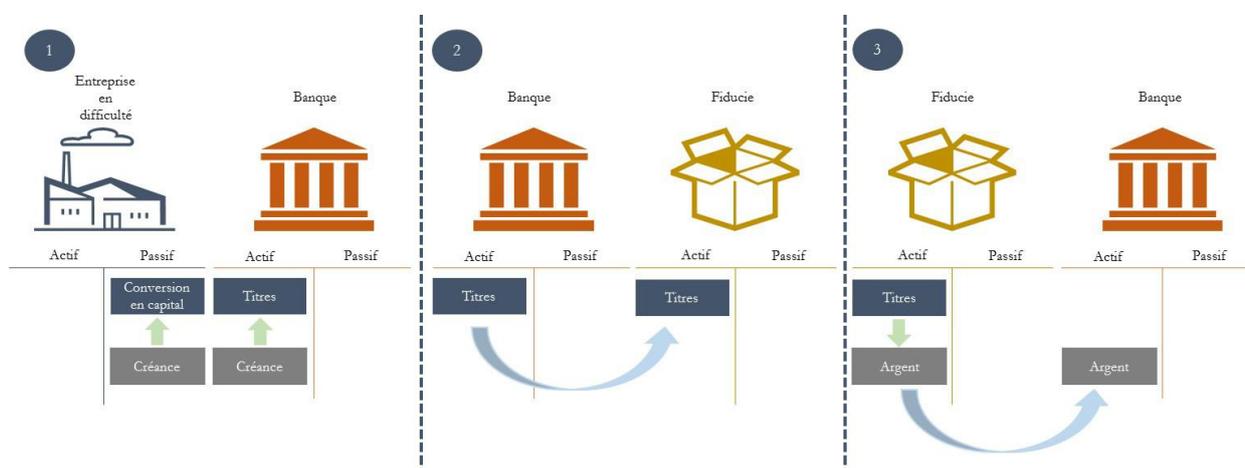
⁵³⁹ Blanc G., « Aligement du régime de la nullité de plein droit de la fiducie-sûreté sur le régime des autres sûretés réelles », *Rev. proc. coll.* 2009, comm. 81.

Cependant, ce risque sera écarté si la fiducie est constituée lors d'une procédure de conciliation conclue par un accord homologué dans la mesure où, dans ce cas, la date de la cessation des paiements ne pourra être fixée antérieurement à la date du jugement homologuant l'accord⁵⁴⁰.

b) La fiducie et la restructuration financière de l'entreprise en difficulté.

514. Un outil facilitant les augmentations de capital par compensation de créance. La fiducie est, d'une part, un outil qui peut servir d'encouragement à l'augmentation de capital par compensation de créance évoquée ci-avant⁵⁴¹.

En effet, alors qu'un des freins à l'utilisation de cette technique peut être la réticence des établissements de crédit à devenir propriétaire du capital des sociétés en difficulté en raison du pouvoir politique en découlant et du risque d'immixtion dans la gestion du débiteur⁵⁴², le recours à la fiducie-gestion peut être une option intéressante. Une fois l'augmentation de capital par compensation de créances réalisée, l'établissement de crédit peut transférer les titres du débiteur en difficulté dans une fiducie et en confier la gestion à un fiduciaire qui sera chargé d'exercer les droits y afférents et qui sera plus à même, de par son métier et ses compétences, à participer au redressement de l'entreprise. La dernière mission confiée au fiduciaire pourrait être alors la cession des titres de l'entreprise revenue à meilleure santé.



⁵⁴⁰ F. Macorig-Venier et Ch. Cavigliolo, Les créances garanties, BJE 2017, n°1, p. 63.

⁵⁴¹ G. Burgala et N. Morelli, Le debt for equity swap, La semaine juridique édition générale, n° 41, 11 octobre 2010.

⁵⁴² C. com., art. L. 650-1 : « Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci. (...) »

515. Une solution intéressante vis-à-vis d'autres structures. La fiducie apparaît, d'autre part, comme mécanisme crédible de substitution à la technique de la « double LuxCo » apparu à la suite de l'affaire Cœur Défense⁵⁴³.

La pratique de l'époque s'inscrivait dans le cadre des opérations de Leverage Buy Out (LBO) dans lesquelles est créée une société *ad hoc* dans le but de bénéficier d'un certain effet de levier et d'acquérir une société cible. Elle consistait à nantir les titres de la société cible, seuls actifs apparaissant au bilan de la holding d'acquisition, et à les apporter en garantie aux créanciers de cette dernière. L'ouverture d'une procédure de sauvegarde au bénéfice de la société cible permettait aux juges d'imposer une restructuration financière aux créanciers sans possibilité d'exercer leurs sûretés.

A donc été imaginé un montage dans lequel interviennent deux sociétés de droit luxembourgeois. Une société luxembourgeoise détient les titres d'une autre société luxembourgeoise qui détient les titres d'une société française qui détient les titres de la société cible. Les sociétés luxembourgeoises consentent respectivement un nantissement de droit français et un nantissement de droit luxembourgeois aux créanciers de la société d'acquisition de droit français, l'un sur les titres de cette dernière, l'autre sur les titres de la société luxembourgeoise. Ce nantissement de droit luxembourgeois est le cœur du montage puisqu'il peut être réalisé bien qu'une procédure collective soit ouverte⁵⁴⁴, en vertu du règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité⁵⁴⁵ qui permet le jeu du nantissement de titre de droit luxembourgeois. Les créanciers seraient ainsi protégés de toute tentative de ce que l'on a appelé « sauvegarde hostile »

Pour autant, ce montage n'est pas exempt de critiques. Garantir l'étanchéité de la structure en place nécessite en effet une certaine lourdeur et des coûts associés⁵⁴⁶.

516. Un montage à l'efficacité fiscale discutable. Par ailleurs, sur le plan fiscal, l'intérêt de la structure serait de mettre en place une intégration fiscale entre la cible et la société française qui la détient, réduisant ainsi de nombreux frottements fiscaux. Une limitation trouvera à s'appliquer, celle

⁵⁴³ Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-13.988, 10-13.989 et 10-13.990 : JurisData n° 2011-002852 ; Act. proc. coll. 2011-7, comm. 106, obs. B. Saintourens ; JCP G 2011, 627, n° 1, obs. P. Pétel ; D. 2011, p. 919, obs. A. Lienhard ; Gaz. Pal. 2 avr. 2011, p. 7, obs. F. Reille.

⁵⁴⁴ R. Dammann et A. Lavenant, Percer le mystère du montage « double LuxCo », BJE 2013, n°5.

⁵⁴⁵ Règ. n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, art. 5.

⁵⁴⁶ X. Couderc-Fani et Ph. Thomas, Incertaine efficacité et alternatives aux doubles LuxCo, Revue droit bancaire et financier, n°4, étude 12, juillet 2015.

prévue par l'amendement Carrez qui limite la déduction des charges financières liées à l'acquisition de titres de participation lorsque les pouvoirs de décision et contrôle afférents aux titres sont localisés hors de France⁵⁴⁷.

Aussi, l'organisation du montage semble se heurter de plein fouet aux dispositions visant à lutter contre la sous-capitalisation sur lesquelles il convient d'insister dans la mesure où les entreprises en difficulté font l'objet d'un traitement de faveur.

Ce dispositif qui ne concernait à l'origine que les prêts ou avances consentis par des sociétés mères à leurs filiales françaises. Relevant une discrimination contraire au principe communautaire de liberté d'établissement et au principe, prévu par les conventions internationales, d'égalité de traitement, le Conseil d'Etat⁵⁴⁸ a invité le législateur à modifier ce régime. Sont désormais visées les avances consenties au sein d'un groupe lorsqu'existe, entre la société qui avance et la société qui reçoit, un lien de dépendance tel que défini par l'article 39-12 du CGI. Le dispositif a été étendu et intéresse désormais ces prêts ou avances lorsqu'ils sont consentis par des tiers et garantis, directement ou indirectement, par des entreprises liées, qu'il s'agisse de sûretés réelles ou personnelles⁵⁴⁹. Ce dernier ajout vise à inclure dans le champ de la lutte contre la sous-capitalisation les pratiques dites de *back to back*.

517. Une société, en application de du 1 de l'article 212, II du CGI, sera présumée comme sous-capitalisée lorsque le montant global des intérêts déductibles en application du I de l'article 212 excède simultanément les trois limites suivantes : le montant des avances consenties est supérieur à une fois et demie le montant de ses capitaux propres, le montant des intérêts versés à des sociétés liées est supérieur à 25% du montant du résultat courant avant impôt majoré notamment du montant de ces intérêts et enfin le montant des intérêts versés aux sociétés liées est supérieur à celui que ces mêmes sociétés versent à la société en question⁵⁵⁰.

⁵⁴⁷ CGI, art. 209, IX.

⁵⁴⁸ CE, sect., 30 déc. 2003, n° 249047 : Juris-Data n° 2003-080473 ; Dr fisc. 2004, n° 16, comm. 428, note A. Lefeuvre et CE, 30 déc. 2003, n° 233894, SA Andritz : JurisData n° 2003-080472 ; Dr. fisc. 2004, n° 16, comm. 427, concl. G. Bachelier, note P. Masquart ; RJF 3/2004, n° 238, concl. G. Bachelier, p. 166 ; RJF 2/2004, p. 83, chron. L. Olléon ; BGFE 2004, n° 2, p. 12, obs. N. Chahid-Nouräi.

⁵⁴⁹ CGI, art. 212.

⁵⁵⁰ BOI-IS-BASE-35-20-30-10

Si l'entreprise excède simultanément ces trois limites le montant des intérêts qui excède le plus élevé des trois ratios doit être réintégré à moins que la société démontre que l'endettement global du groupe est supérieur à son propre ratio d'endettement. Par ailleurs, lorsque l'excédent d'intérêts déductibles est inférieur à cent cinquante mille euros, le dispositif ne jouera pas ce qui est une mesure de faveur pour les PME.

Ces dernières ne sont pas les seules à avoir fait l'objet d'une exclusion du dispositif de la part du législateur. En effet, il est prévu que ne sont pas concernés les intérêts versés à raison d'emprunts, garantis par une société du groupe, consentis à la suite du remboursement d'une dette préalable, lorsque le remboursement est rendu obligatoire en exécution d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire⁵⁵¹, dans la limite du capital remboursé et des intérêts échus à cette occasion.

518. Cette exception portée au dispositif en faveur des entreprises en difficulté est, dans les faits et de manière parfois discutable, cependant fortement circonscrite⁵⁵².

En effet, tout d'abord, seuls sont exclus les prêts qui sont consentis par de tiers et garantis par des sociétés liées pendant que les prêts conclus directement auprès d'entreprises liées ne font pas l'objet de la mesure de faveur.

Ensuite, seuls semblent entrer dans le champ de l'exclusion les prêts consentis après l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement.

Enfin, ces prêts doivent avoir pour objet le remboursement de dettes antérieures au jugement d'ouverture, sans que ne soient prises en compte notamment les emprunts contractés pour les besoins de la poursuite de l'activité, et dont le remboursement est rendu obligatoire par la procédure de sauvegarde ou de redressement.

Cette mesure, motivée par la volonté de ne pas pénaliser les sociétés en difficulté, est restreinte d'une façon dont il est difficile de cerner la logique.

519. Le mécanisme de lutte contre la sous-capitalisation prévu par le législateur débouche sur une limitation de déduction des intérêts du résultat imposable, atténuant ainsi l'effet de levier fiscal du montage.

⁵⁵¹ BOI-IS-BASE-35-20-20-10, n° 230 : « *Les intérêts versés à raison de sommes laissées ou mises à disposition à la suite du remboursement d'une dette préalable, rendu obligatoire par un changement de contrôle du débiteur ou en exécution d'une procédure de sauvegarde ou d'un redressement judiciaire, sont également exclus du champ d'application de l'extension du dispositif de lutte contre la sous-capitalisation.* »

⁵⁵² G. Dedeurwaerder, Dispositif fiscal de lutte contre la sous-capitalisation et procédures collectives, BJE 2012, n° 02, p. 108.

520. Le fait de remplacer le montage de la double LuxCo par une fiducie-sûreté portant sur les titres de la cible accordée en garantie à un créancier peut s'avérer séduisant. Aucune convention de mise à disposition ne sera nécessaire puisque le créancier-bénéficiaire, détenant la propriété des titres, pourra exercer les pouvoirs attachés, notamment le droit de vote et la perception des dividendes. En cas de procédure collective, le créancier-fiduciaire pourra réaliser sa sûreté et l'opération semble alors octroyer toute la sécurité juridique nécessaire à l'obtention du crédit par le débiteur.

Par ailleurs, le recours à la fiducie-sûreté aura un intérêt fiscal.

2) L'intérêt fiscal de la fiducie.

521. La fiducie, semi-transparente fiscalement⁵⁵³, est gouvernée par un régime de neutralité fiscale qui a récemment été étendu ce qui en favorise l'utilisation dans le cadre des entreprises en difficulté (a) mais le législateur a posé des conditions soulevant au passage quelques interrogations (b).

a) Une neutralité fiscale étendue

522. Le principe de neutralité fiscale appliqué à la fiducie. Le principe de réalité du droit fiscal l'amène à tirer les conséquences du transfert de propriété induit par la fiducie et à la traiter comme une cession. Ainsi, la logique voudrait que la mise en fiducie entraîne l'imposition des plus-values latentes et la reprise des provisions relatives aux actifs transférés. Cependant, le législateur a préféré organiser un régime de neutralité gouvernant la constitution et le fonctionnement de la fiducie.

523. Transfert des biens et suris d'imposition conditionnel. Ainsi, lors de la constitution de la fiducie, les biens sont considérés comme transférés dans un patrimoine d'affectation, quand bien même la fiducie n'a pas la personnalité morale. Le transfert d'un bien dans le patrimoine fiduciaire bénéficie d'un régime de sursis d'imposition conditionnel organisé par l'article 238 quater B du CGI.

524. Imposition des résultats entre les mains du constituant. Au cours de la vie de la fiducie, le régime des sociétés de personnes s'appliquera et le résultat sera imposé entre les mains du

⁵⁵³ A. de Bissy, Aspects fiscaux de la fiducie – Loi du 19 février 2007, La semaine juridique Entreprise et affaires, n°16, 19 avril 2007, 1516.

constituant qui est considéré comme le redevable de l'impôt tel qu'indiqué par l'article 238 quater F du CGI. Selon un avis de la Commission des normes comptables⁵⁵⁴, l'apport doit être fait à la valeur vénale dans le cas où le constituant ne détient pas le contrôle de la fiducie et à la valeur nette comptable dans le cas contraire.

525. Absence d'imposition en cas de retour des biens dans le patrimoine du constituant.

Enfin, en cas de retour des biens dans leur patrimoine d'origine, celui du constituant, aucune imposition ne sera constatée puisqu'un régime de neutralité est aussi prévu par l'article 238 quater K du CGI.

526. L'application des droits d'enregistrement. En ce qui concerne les droits d'enregistrement, l'article 638, 8 du CGI prévoit que doivent être enregistrés dans le délai d'un mois à compter de leur date « *les actes constatant la formation, la modification ou l'extinction d'un contrat de fiducie, et le transfert de biens ou droits supplémentaires au fiduciaire dans les conditions prévues par l'article 2019 du Code civil* ».

L'application des droits d'enregistrement va dépendre de la nature des biens transférés.

Les actes ci-dessus mentionnés, lorsque des biens et droits réels mobiliers seront concernés, feront l'objet d'un droit fixe de 125 euros⁵⁵⁵. Ce paiement sera effectué à l'entrée dans le patrimoine fiduciaire et à la sortie en cas de retour dans le patrimoine du constituant. La neutralité fiscale est ici nettement perceptible, d'autant plus qu'en cas de cession du bien par le fiduciaire à une autre personne que le constituant, les droits de mutation s'appliqueront dans les conditions de droit commun.

Ces mêmes actes, lorsque des biens et droits réels immobiliers seront concernés, feront l'objet de l'application d'un droit proportionnel de 0,715% de la valeur des biens en question. Cependant, lors du retour du bien dans le patrimoine du constituant, cette taxe de publicité foncière ne sera pas due⁵⁵⁶. En cas de transmission à une autre personne que le constituant, les droits de mutation seront dus dans les conditions de droit commun.

La fiducie est donc relativement avantageuse d'un point de vue fiscal et bénéficie d'une neutralité généralisée.

⁵⁵⁴ Avis CNC n° 2008-03 du 7 février 2008.

⁵⁵⁵ CGI, art. 1133 quater al. 1.

⁵⁵⁶ CGI, art. 1133 quater al. 2.

527. Un ancien frein fiscal au recours à la fiducie. Pourtant, cette logique de neutralité fiscale était écornée par le fait que le transfert des biens dans un patrimoine fiduciaire empêchait l'application du régime mère-fille et de l'intégration fiscale. Cette solution compréhensible freinait le recours à la fiducie, notamment dans le cadre d'opérations de financement des entreprises en difficulté. En effet, par exemple, la sortie de l'intégration fiscale de la société dont les titres étaient transférés dans le patrimoine fiduciaire empêchait la consolidation des résultats au niveau des groupes et des coûts pouvaient être entraînés du fait de la sortie du périmètre de l'intégration, tels des déneutralisations. Cet état du droit empêchait notamment d'attribuer les titres d'une filiale *in bonis* d'une société en difficulté en garantie d'un nouveau prêt bancaire.

528. Une évolution législative bienvenue – l'extension du régime de neutralité de la fiducie. C'est ainsi que le législateur est intervenu dans le cadre de la seconde loi de finances rectificative pour 2014 et a étendu le régime de neutralité de la fiducie. Désormais, pour les exercices clos à compter du 31 décembre 2014, le transfert en fiducie ne fera plus obstacle à l'application de ces régimes de groupe qui demeurent soumis aux conditions qui leurs sont propres à l'exception de la nécessité de détention en pleine propriété⁵⁵⁷.

529. En effet, le transfert des titres d'une filiale dans un patrimoine fiduciaire n'empêche plus désormais leur éligibilité au régime mère-fille en ne provoquant pas d'interruption du délai de deux ans. Par ailleurs, la filiale ne sort plus du groupe intégré.

Par ailleurs, l'article 223 T du CGI prévoit que le constituant est imposé sur le résultat de la fiducie comme s'il détenait directement les titres, c'est-à-dire en appliquant les retraitements classiques. L'administration fiscale⁵⁵⁸ a aussi eu l'occasion de préciser que le constituant est soumis à la réintégration d'une quote-part de 1% sur les produits nets de titres de participation provenant de sociétés membres d'un groupe intégré dont le constituant est membre, ou, dans certains cas, provenant d'une société établie hors de France, faisant ainsi application de la jurisprudence Stéria⁵⁵⁹.

⁵⁵⁷ Ph. Derouin, A.-S. Kerfant, B.-Ph. Chaumont, Adaptation des conditions d'application du régime des sociétés mères et de l'intégration en cas de transfert des titres en fiducie, La semaine juridique notariale et immobilière, n° 3, 16 janvier 2015.

⁵⁵⁸ BOI-IS-BASE-10-10-20 §75.

⁵⁵⁹ CJUE, 2e ch., 2 sept. 2015, aff. C-386/14, Groupe Steria SCA : Dr. fisc. 2015, n° 40, comm. 611, note M.-P. Hôo et C. Maignan ; RJF 11/2015, n° 972.

Enfin, la doctrine administrative est venue préciser que les plus-values nettes à long terme réalisées par la fiducie peuvent bénéficier du régime de faveur prévu au a *quinquies* du I de l'article 219 du CGI si les titres à l'origine de la plus-value ont conservé la qualité de titres de participation⁵⁶⁰.

530. Le maintien du bénéfice du régime mère-fille et de l'intégration est un point important du cadre fiscal de la fiducie. Pourtant ce maintien est soumis à conditions qui appellent des commentaires.

b) Une neutralité fiscale étendue sous conditions

531. L'exigence de la conservation des droits de vote. Pour garantir le maintien du bénéfice de ces régimes de groupe très avantageux fiscalement, le constituant doit cependant conserver les droits de vote afférents aux titres transférés ou doit déterminer dans quel sens le fiduciaire exerce ce droit⁵⁶¹. Notons que cette exigence de conservation du droit de vote est à nuancer dans le cas de l'application du régime mère-fille prévue par l'article 145 du CGI dans la mesure où cette condition a été considérée comme une discrimination par le juge constitutionnel⁵⁶² et que désormais l'exigence de détention d'au moins 5% des droits de vote n'accompagne plus l'exigence de détention d'au moins 5% du capital de la société.

Cette condition vaut sous réserve des éventuelles limitations contractuelles pour protéger les intérêts financiers des créanciers bénéficiaires de la fiducie⁵⁶³, ce qui est une prise en compte de la pratique habituelle dans le cadre de la fiducie-sûreté.

Ainsi, le législateur envisage deux cas.

532. Le droit de vote conservé par le constituant. Le premier est celui où le constituant conserve le droit de vote conféré par les titres apportés au patrimoine fiduciaire. Dans la mesure où le transfert des titres sous-entend un transfert de propriété, pour maintenir le droit de vote au constituant, il est nécessaire d'envisager un démembrement de la propriété des titres. La nue-

⁵⁶⁰ BOI-IS-BASE-20-20-10-20 §154 s.

⁵⁶¹ CGI, art. 223 A

⁵⁶² Blanluet G., « Discrimination à rebours : le droit interne à l'épreuve du droit de l'Union européenne. À propos de Cons. const., 3 févr. 2016, n° 2015-520 QPC, Sté Metro Holding », Dr. fisc. 2016, 12, comm. 233. V. également, Cons. const., 8 juill. 2016, n° 2016-553 QPC, Sté Natixis.

⁵⁶³ CGI., art. 145 et 223.

propriété reviendra donc au fiduciaire, l'usufruit au constituant. Conformément à la jurisprudence⁵⁶⁴ il est envisageable de priver de droit vote le nu-proprétaire, bien qu'il ait la qualité d'associé, contrairement à l'usufruitier, qui doit pouvoir voter au moins en ce qui concerne la distribution des dividendes, et à qui il est possible de réserver conventionnellement l'intégralité du droit de vote. Pourtant, telle attribution conventionnelle du droit de vote au constituant ne peut-elle pas être analysée comme une convention de mise à disposition ? Une réponse affirmative aurait pour conséquence d'amoindrir considérablement l'effet de la fiducie-sûreté en cas d'ouverture d'une procédure collective.

533. La détermination du vote du fiduciaire par le constituant. Face à cette incertitude, il est fort à parier que c'est le second cas prévu par le législateur qui sera choisi par la pratique. En effet, elle apparaît plus sécurisée juridiquement. La convention de fiducie, jouissant d'une grande liberté, peut tout à fait prévoir une clause relative au vote qui laissera le pouvoir au constituant de déterminer le sens du vote. Dans les faits, le fiduciaire suivra certainement les instructions données par le constituant concernant le sens du vote. Il faut en effet l'espérer dans la mesure où, dans le cas où le fiduciaire exerce ce droit, le non-respect des instructions données par le constituant pourrait aboutir à faire tomber le jeu des régimes mère-fille et de l'intégration fiscale.

Notons que la neutralité fiscale mise en place souffre d'un écueil, celui de l'absence de disposition relative aux opérations inscrites dans un contexte international. En effet, se pose par exemple la question de savoir quel est le sort réservé au constituant étranger transférant dans une fiducie de droit français des titres d'une société établie en France quant à l'application d'une retenue à la source⁵⁶⁵, pouvant atteindre 30%⁵⁶⁶, sur les dividendes versés.

534. La fiducie est donc un outil intéressant à la disposition du débiteur. En effet, son mécanisme permet de préserver en grande partie les intérêts des créanciers tout en préservant les impératifs liés à la sauvegarde du débiteur. Son attractivité fiscale renforcée est un atout.

⁵⁶⁴ Cass. com., 9 févr. 1999, n° 96-17.661, Sté en commandite par actions du Château d'Yquem c/ Melle de Chizelle et a. : JurisData n° 1999-000568 ; Rev. sociétés 1999, p. 81, note P. Le Cannu ; JCP E 1999, 724, note Y. Guyon ; D. affaires 1999, p. 517 ; Dr. sociétés, 1999, comm. 67, note Th. Bonneau ; RTD com. 1999, p. 902, obs. B. Petit et Y. Reinhard ; Cass. com., 31 mars 2004, VH Holding, n° 624-FS-P+B : JCP N 2004, n° 37, p. 1378.

⁵⁶⁵ M. Collet, La fiducie, le traitement fiscal est-il réellement neutre ?, 22 octobre 2015, Colloque de l'Association française des fiduciaires.

⁵⁶⁶ CGI, art. 119 bis.

535. Conclusion. Le débiteur en difficulté est dans une situation privilégiée liée à sa situation économique. Le droit des entreprises en difficulté aménage un environnement favorable à la reconquête de la pérennité de son activité en lui offrant un statut, sous bien des aspects, protecteur. Le droit fiscal, d'un point de vue global, assouplit bon nombre de ses règles visant à ne pas pénaliser le débiteur en difficulté. Mais, à bien y regarder, la générosité des règles fiscales applicables n'est pas si caractérisée. Aucun régime fiscal spécifique permettant d'accompagner voire de favoriser le redressement de l'entreprise n'est malheureusement organisé.

Le débiteur doit donc être un acteur de son retournement, en utilisant intelligemment les outils mis à sa disposition par le législateur, mais aussi en restructurant son entreprise. Les opérations en découlant connaissent une fiscalité généralement douce.

Pourtant, la situation de l'entreprise en difficulté ne peut être regardée que par le prisme du chef d'entreprise luttant pour sauver son activité. Fiscalement, les difficultés du débiteur et son redressement doivent être appréhendés d'un point de vue plus global, notamment au regard des enjeux qu'ils peuvent représenter pour ses partenaires.

Chapitre II : Le redressement du débiteur et la recherche d'une solution externe.

537. L'entreprise en difficulté peut être, sous bien des aspects, fiscalement séduisante pour ses partenaires économiques. En effet, les difficultés étant parfois synonymes de déficits, l'attrait fiscal existe mais connaît un certain encadrement de la part du législateur (Section II). L'entreprise souhaitant bénéficier de la situation délicate d'une entité économique devra en premier lieu s'intéresser aux voies de rapprochement qui s'offrent à elle (Section I).

Section I : Les modes de rapprochement avec l'entreprise en difficulté

538. Deux types de voies peuvent être envisagés par une société qui souhaite acquérir une cible en difficulté et qui espère en tirer un avantage fiscal. Il peut être envisagé d'acquérir les titres de la société en difficulté (I) ou de procéder à une fusion (II), ce qui répond à deux logiques différentes.

I) La filialisation d'une société en difficulté.

539. La filialisation d'une société, outre la simplicité de l'opération, a pour principal avantage de présenter un caractère de réversibilité. Ainsi, d'analyser les problématiques liées à l'acquisition et à la gestion des titres (A) avant d'étudier les modalités d'une éventuelle cession (B).

A) L'acquisition et la gestion des titres

540. L'expansion d'une société peut se faire, notamment, par l'acquisition des titres d'une société dont l'activité est complémentaire à la sienne, ou concurrente. L'acquisition des titres peut se faire selon différentes modalités (1) et leur détention ouvre droit à des régimes fiscalement avantageux (2).

1) Le mode d'acquisition des titres

541. Une entreprise souhaitant procéder à l'acquisition des titres d'une cible dispose de deux possibilités, une méthode directe ou une voie indirecte par le biais d'une holding.

a) Le mode d'acquisition directe

542. L'acquisition des titres d'une société entraîne l'exigibilité de droits d'enregistrement qui sont calculés en fonction de la valeur d'acquisition des titres. Il convient donc d'étudier, dans le cadre de l'acquisition des titres d'une société en difficulté, la question de leur valeur avant d'analyser leur imposition.

i. le prix des titres et les droits d'enregistrement

543. L'apparition des méthodes d'évaluation de la valeur des titres. Toute opération d'acquisition des titres va être précédée d'une évaluation afin de déterminer leur valeur. Il n'existe pas de définition légale de la valeur vénale des titres sociaux. La mise en place, en 1945, d'un impôt de solidarité national qui constituait le premier impôt sur le capital, a conduit la jurisprudence à poser les premières bases de principes d'évaluation qui étaient, à l'époque, essentiellement régis par une logique mathématique⁵⁶⁷. Au fil du temps, des méthodes d'évaluation se sont dessinées.

544. La méthode par comparaison privilégiée par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation.

Le Conseil d'Etat, dans le cadre de contentieux relatifs à la contestation du prix d'acquisition ou de cession, a estimé que la méthode à privilégier en matière d'évaluation de la valeur vénale des titres d'une société non cotée est la méthode par comparaison. Elle consiste à prendre en compte les transactions déjà intervenues sur les titres de la même société dans des conditions équivalentes⁵⁶⁸. Si telle opération n'a jamais eu lieu, il convient alors de se référer aux cessions de titres portant sur des sociétés similaires, c'est-à-dire des sociétés de taille équivalente, exploitant leur activité selon un « *business model* » similaire.

Enfin, lorsqu'il n'existe pas de transaction équivalente de référence, le retour à la loi du marché, à la rencontre de l'offre et de la demande selon une logique mathématique doit permettre d'évaluer de manière la plus efficace la valeur vénale des titres⁵⁶⁹.

La Cour de cassation retient la même analyse et préconise de tenir compte de tous les éléments permettant d'aboutir à une valeur aussi proche que possible de celle qui aurait été déterminée par le jeu du marché⁵⁷⁰. La méthode comparative est donc mise en avant par les hautes juridictions qui

⁵⁶⁷ Mémento Transmission d'entreprise 2015-2016, n° 73050 et s., Editions Francis Lefebvre 2015.

⁵⁶⁸ CE, 25 juin 1975, n°92185, RJF 9/75 n°339 ; CE 06 juin 1984 n°35415, RJF 8-9/84 n°940.

⁵⁶⁹ CE, 23 juillet 2010, n°308019, RJF 11/10 n°1024.

⁵⁷⁰ Cass., com., 19 décembre 1989, n° 1594, RJF 3/90, n° 357 ; Cass., com., 23 avril 2003, n° 639 F-D, RJF 10/03 n°1180.

écartent systématiquement une méthode uniquement mathématique basée sur la valeur patrimoniale de la société, la valeur comptable⁵⁷¹. Il convient en effet de compléter cette évaluation par d'autres méthodes qui tiennent compte par exemple du rendement des titres, de la rentabilité de l'activité mais aussi des perspectives d'avenir⁵⁷². Ce dernier élément permet d'apprécier de manière dynamique la valeur des titres, en se tournant vers le futur.

545. En pratique, l'évaluation va découler d'une analyse financière des titres basée, dans le cas d'une société non cotée, sur une valeur historique, sur des prévisions ou par rapport à des comparables. Il sera tenu compte de différents ratios tels la rentabilité ou l'endettement.

En présence d'une entreprise en difficulté, cette analyse peut mettre en exergue deux types de valeur : une valeur positive ou une valeur simplement symbolique en raison de l'importance des charges et des difficultés financières rencontrées par la société.

546. L'exigence d'un prix réel et sérieux. Face à cette situation, la question du prix va être clairement posée. En effet, une contrainte juridique est à prendre en compte, le prix doit être réel et sérieux. Ce sont les juges du fond qui apprécient si le prix répond à ces caractères. La jurisprudence nous apprend sur ce point qu'il ne faut pas confondre prix réel et sérieux et valeur réelle du bien, il suffit que la vente ait pour contrepartie un prix qui ne soit pas dérisoire⁵⁷³. Il n'est pas rare que la cession à l'euro symbolique soit utilisée dans le cadre d'une société en difficulté⁵⁷⁴. Le prix ne sera pas considéré comme dérisoire dès lors que le cessionnaire reprend la dette du cédant⁵⁷⁵.

547. La notion de contrepartie est donc centrale, d'autant plus qu'elle va avoir une importance fondamentale du point de vue fiscal. En effet, l'administration, en vertu de l'article L.17 du Livre des Procédures Fiscales est en droit de retenir, pour le calcul des droits de mutation, la valeur vénale du bien si celle-ci est supérieure au prix d'acquisition acceptée par les parties.

⁵⁷¹ Cass., com., 28 janvier 1992 n°140 P, RJF 4/92 n°568.

⁵⁷² Cass., com., 19 décembre 1989 n° 1594 D, RJF 3/90 n° 357 ; Cass., com., 15 septembre 2009, n° 08-16.444, RJF 1/10 n°78.

⁵⁷³ Cass. 1re civ., 18 nov. 1997, n° 95-20.540 : JurisData n° 1997 -004727.

⁵⁷⁴ J. Moury, Du prix symbolique au prix négatif, ou la divagation des qualifications en matière de vente : Dalloz 2014, 1950.

⁵⁷⁵ Cass. com., 30 nov. 2004, n° 01-12.063 : BJS 2005, p. 631, note F.-X. Lucas.

548. La cession à prix symbolique autorisée. Ainsi donc, une entreprise qui connaît des difficultés, pourra être cédée à prix symbolique s'il existe une contrepartie suffisante ou si la valeur des titres, en raison de lourdes charges, est équivalente à zéro⁵⁷⁶.

549. Dans le premier cas, on constate que la contrepartie sera généralement la substitution au cédant dans le cadre d'un contrat de cautionnement. Quelle qu'elle soit, la contrepartie n'a pas à être mentionnée dans le contrat de cession à proprement parler. Les juges tiendront compte d'un ensemble contractuel indivisible qui s'inscrit dans le cadre d'une opération économique⁵⁷⁷ et s'attacheront à rechercher si le vendeur tire de l'opération, dans sa globalité, un avantage réel⁵⁷⁸. Un intérêt équilibré est donc recherché entre les parties.

550. Dans le deuxième cas, le prix de l'opération ne doit pas être regardé comme n'étant que d'un euro mais doit comprendre la prise en charge du passif de la société cible. L'existence de la contrepartie est alors parfaitement perceptible, le cessionnaire délestant le cédant de sa charge. Il est donc compréhensible que toutes les entreprises déficitaires ne puissent pas être cédées pour un euro symbolique, les sociétés cédées doivent remplir ici certaines conditions.

Lorsqu'une telle vente est possible, la question des droits d'enregistrement est mineure, ces derniers étant calculés sur le prix de vente.

551. Les droits de mutation. Dans le cas d'une vente des parts sociales d'une société de personnes pour un euro symbolique, la Cour de cassation relève que les pertes ne sont pas constitutives d'une charge augmentative de prix pour l'application des droits de mutation⁵⁷⁹. L'article 726-II du CGI dispose que les droits de mutation sont assis sur le prix exprimé et le capital des charges qui peuvent ajouter au prix, c'est-à-dire toutes les obligations dont le cédant transfère la charge au cessionnaire, réduisant ainsi le prix de cession. La dette dont une société est débitrice ne devrait donc pas constituer une charge augmentative de prix dans la mesure où aucune obligation n'est transférée au cessionnaire, la société étant juridiquement débitrice de la dette et indépendamment du fait que la société est ou non fiscalement transparente ou semi-transparente.

⁵⁷⁶ A. Rohmert, La cession de société à 1 euro : un outil séduisant à manier avec précaution, *Option Finance* n°1211, 04 mars 2013.

⁵⁷⁷ M. Mignot, *Fasc. Unique : Vente – nature et forme – prix et frais*, 04 mars 2015, *JCl Civil Code*.

⁵⁷⁸ CA Paris, pôle 5, ch. 8, 28 juin 2011, n° 10/22840 : *BJS* 2011, p. 974, obs. P. Mousseron.

⁵⁷⁹ Cass. com., 13 nov. 2003, n° 01-14062, *BJS* 2004, p. 110, obs. J.-C. Parot.

Ce raisonnement invite à distinguer entre dettes personnelles, qui sont transférées aux cessionnaires et constituent une charge augmentative de prix, et dettes de la société qui sont à la charge de la société cédée et ne doivent donc pas figurer dans l'assiette des droits de mutation. Or dans le cas d'une société de personnes, la Haute juridiction a retenu que rien ne démontrait que la société était tenue de contribuer à la perte figurant à son bilan à la clôture de l'exercice ce qui avait pour effet de transférer l'obligation aux cessionnaires⁵⁸⁰.

En revanche, lorsque les titres valent une somme plus importante, les droits d'enregistrement seront dus. En la matière, une distinction s'impose entre l'acquisition de parts sociales et d'actions.

Concernant l'acquisition des premières, mis à part le cas des parts de sociétés à prépondérance immobilière, elle est soumise à un droit proportionnel d'enregistrement au taux de 3%⁵⁸¹ après application d'un abattement de 23 000 euros multipliés par le ratio entre le nombre de parts cédées et le nombre total de parts dont est constituée la société.

552. Le régime est plus favorable lorsque ce sont des actions qui sont cédées. En effet, les cessions d'actions sont soumises à un taux proportionnel de 0,1% pour les titres de société anonyme, société en commandite par actions et société par actions simplifiées⁵⁸².

553. Les cas d'exonération de droits d'enregistrement. Ici, il faut souligner que l'acquisition de titres de sociétés en difficulté soumises à une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire est exonérée des droits d'enregistrement⁵⁸³, traitement qui place la reprise interne dans un contexte fiscal plus favorable que la reprise externe. Il est probable que l'acquisition d'une société dans cette situation, en raison de sa valeur, n'aurait pas entraîné une imposition démesurée. Aussi, peut-on regretter que les sociétés soumises à une procédure de conciliation ne soient pas visées par le législateur, l'économie d'impôt aurait peut-être un caractère plus incitatif pour les sociétés intéressées par leur acquisition.

Par ailleurs, il convient de signaler que lorsque de telles opérations ont lieu au sein d'un groupe économique, elles sont également exonérées de tout droit d'enregistrement. La notion de groupe

⁵⁸⁰ A. de Bissy, Les dernières évolutions en matière de fiscalité des cessions d'entreprises à titre onéreux, La semaine juridique entreprise et affaires 2005, n° 5, 178.

⁵⁸¹ CGI, art. 726-I-1° bis.

⁵⁸² CGI, art. 726-I-1°.

⁵⁸³ CGI, art. 726-II b : « (...) Les perceptions mentionnées aux 1° et 1° bis du I ne sont pas applicables (...) aux acquisitions de droits sociaux de sociétés placées sous procédure de sauvegarde ou en redressement judiciaire ».

s'analyse en l'espèce au regard de l'article L. 233-3 du Code de commerce. Au regard des dispositions de ce texte, il peut être affirmé que cette exonération jouera lorsque la société cédante et la société cessionnaire font partie d'un même groupe fiscal.

554. L'absence de bénéfice d'une exonération. Lorsque les conditions pour bénéficier d'une exonération des droits d'enregistrement ne sont pas réunies, ce qui sera par exemple le cas de l'acquisition des titres d'une société soumise à une procédure de conciliation et ne faisant pas partie du même groupe que le cessionnaire, il peut être envisagé d'optimiser le montant de l'impôt payé. Notamment, le cessionnaire va chercher à bénéficier du régime applicable aux cessions d'actions.

Deux voies sont envisageables.

555. La transformation de société préalable à la cession. On peut d'abord envisager, dans le cas d'une acquisition prévue de parts sociales, une transformation de la société préalablement à l'opération de cession des titres. Cette solution est d'autant plus envisageable que la Cour de cassation ne semble pas la sanctionner au motif qu'elle constituerait un abus de droit⁵⁸⁴. En effet, par l'arrêt RMC France, elle avait décidé que n'était pas constitutif d'un abus de droit le fait d'opérer un changement de forme sociale entraînant le bénéfice d'un régime fiscal plus favorable dans le cadre d'une cession d'actions ultérieures. La limite posée par la jurisprudence est que l'acquisition ne soit pas suivie d'une nouvelle transformation, en sens inverse cette fois-ci, de la société cible, faute de quoi il serait difficile de démontrer un but autre que fiscal de l'opération. Cette position est par ailleurs reprise par la doctrine administrative ce qui semble permettre d'écarter toute application de l'article L. 64 du LPF.

« *Mais dans combien de temps connaîtra-t-on le verdict du Conseil d'Etat ?* », s'interrogeait le professeur Cozian⁵⁸⁵. La haute juridiction⁵⁸⁶, vingt ans plus tard, a réaffirmé le principe selon lequel le choix d'une forme de société, même animé par des considérations fiscales, relève de la liberté de gestion

⁵⁸⁴ Cass., com., 10 décembre 1996, n° 2084 P, Sté RMC France : RJF 2/1997, n°186.

⁵⁸⁵ M. Cozian, *Abus de droit et restructuration de sociétés*, Les grands principes de la fiscalité des entreprises, 4e éd.

⁵⁸⁶ CE, 8e et 3e ss-sect., 15 février 2016, n° 374071, SNC Distribution Leader Price : JurisData n° 2016-008557 ; Dr. fisc. 2016, act. 149, note Fl. Deboissy ; Dr. fisc. 2016, comm. 304, note E. Meier, R. Torlay et R. Abady ; RJF 2016, n° 451.

du contribuable et n'est pas constitutif d'un abus de droit à condition que l'opération ne soit pas artificielle et n'ait pas pour but de détourner l'intention du législateur⁵⁸⁷.

556. L'acquisition d'une branche d'activité. Plus délicate est la situation lorsqu'est visée l'acquisition d'une branche d'activité. Pour échapper au barème prévu à l'article 719 du Code général des impôts applicable en la matière, il peut être prévu que la société cédante apporte à une société par action constituée à cet effet la branche d'activité objet de l'intérêt de la société cessionnaire. Cependant, cette méthode est considérée par la Cour de cassation comme constitutive d'un abus de droit⁵⁸⁸, notamment lorsqu'un bref délai sépare l'apport de la cession. En effet dans l'affaire Distribution Casino France, c'est la concomitance des opérations qui permet à la Cour de cassation de relever que l'apport d'un fonds de commerce à une société rémunéré par des titres de cette société qui sont, quatre jours plus tard, vendus à la leur prix de revient doit s'analyser comme une cession de fonds de commerce soumise aux droits d'enregistrement⁵⁸⁹. Certains auteurs critiquent cette solution dans la mesure où le but exclusivement fiscal de l'opération n'est corroboré par aucun argument si ce n'est le résultat de l'opération⁵⁹⁰.

557. Le prix joue donc un rôle essentiel évidemment lors de la décision d'acquisition, mais aussi d'un point de vue fiscal puisque c'est en fonction de ce prix que seront calculés les droits d'enregistrement. Il convient alors d'évoquer les clauses du contrat d'acquisition qui peuvent avoir une influence sur le prix ultérieurement à l'opération de cession. Il s'agit de déterminer si ces modifications du prix peuvent avoir un impact sur le montant de l'impôt dû.

ii. la présence de clauses spécifiques au contrat d'acquisition

558. Deux types de clauses peuvent être à l'origine d'une modification du prix, postérieurement à la cession de la société cible.

⁵⁸⁷ F. Deboissy, Transformation, consolidation sauvage et abus de droit, les apports de l'arrêt SNC Distribution Leader Price du 15 février 2016, Dr. fisc. n° 11, 17 mars 2016.

⁵⁸⁸ Cass., com., 20 mars 2007, n° 05.20-599, n° 516 F-D, Sté Distribution Casino France : RJF 8-9/2007, n° 993.

⁵⁸⁹ Panorama des redressements fiscaux. – Compte rendu de la 10^{ème} conférence annuelle organisée le 20 juin 2008, Dr. fisc. n° 43, 23 octobre 2008, 549.

⁵⁹⁰ Ph. Néau-Leduc, Abus de droit : La Cour de cassation élargit les critères de répression, Revue des contrats, n° 2, 1^{er} avril 2008.

559. Les clauses de garantie de passif ou d'actif. Tout d'abord une clause de garanties de passif ou clause de garanties d'actif net permet à l'acquéreur de se prémunir contre la découverte d'éléments dont l'origine est antérieure à la cession mais venant amoindrir l'actif ou accroître le passif de la société postérieurement à l'opération. Dans un tel cas, le vendeur devrait verser une somme au cessionnaire. La question de l'ampleur du passif d'une société en difficulté est centrale puisqu'elle peut influencer sur la décision d'acquisition et aura un effet non négligeable sur le prix.

Le Code général des impôts étant muet sur le régime fiscal des sommes versées et perçues en vertu d'un tel contrat conclu entre deux sociétés, la nature de la clause va avoir une importance capitale. S'agit-il d'une clause indemnitaire ou d'une clause de révision du prix ?

560. La clause indemnitaire. Dans le premier cas, le vendeur indemnise la société cible afin de « combler » la perte constatée en raison d'un événement antérieur à la vente. Ici, la somme versée ne peut s'analyser en une réduction du prix, ce n'est pas l'acquéreur qui la perçoit et elle vise à gommer l'effet d'une diminution de l'actif net de la société cible. Pour cette dernière, l'indemnité perçue sera imposable, puisqu'elle se traduit par une variation de l'actif net, si elle vient couvrir une charge déductible et non imposable dans le cas inverse⁵⁹¹.

561. La clause de révision du prix. Dans le deuxième cas, le cessionnaire perçoit, en compensation de l'apparition postérieure à l'acquisition d'une diminution de l'actif net dont le fait générateur est antérieur à l'opération, une fraction du prix de la part du cédant. L'administration explique le traitement à apporter dans une telle situation, la modification ultérieure du prix doit être prise en compte à l'actif par une diminution de la valeur inscrite au bilan⁵⁹². Le résultat imposable n'en est donc pas modifié.

562. L'enjeu fiscal de la qualification. L'enjeu que représente la qualification de la clause de garanties de passif est donc majeur du point de vue fiscal : une clause de type révision de prix n'entraînera pas d'augmentation du résultat imposable chez le cessionnaire, contrairement à une clause de type indemnitaire. Corrélativement, chez le cédant la réduction de prix aura la nature d'une moins-value déductible de l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun si la plus-value avait été ainsi imposée, ce qui ne sera pas le cas si la cession des titres était intervenue deux ans après leur

⁵⁹¹ CE, sect., 12 mars 1982, n° 17074, SA X : Dr. Fisc. 1982, n° 23, comm. 1228.

⁵⁹² BOI-BIC-CHG-20-20-10, n° 10.

acquisition. La somme versée dans le cadre de la clause de type indemnitaire, elle, devrait venir en diminution du résultat imposable⁵⁹³.

563. La clause d'*earn-out*. Ensuite, une clause d'*earn-out* peut être introduite dans le contrat. Elle a pour but d'entraîner, à raison des performances de la société ou de la réalisation de certains objectifs, une modification du prix à la hausse ultérieure au profit du cédant. Ici encore, aucune incidence n'est à noter sur le résultat imposable chez la cible.

Pour le cédant, la situation est plus complexe. Le Code Général des Impôts contient des dispositions relatives uniquement aux cessions de titres qui sont réalisées par des personnes physiques dans le cadre de la gestion de leur patrimoine. A ces opérations s'applique le régime des plus-values des particuliers tel que prévu par l'article 150-0 A du CGI. En revanche, la loi est muette lorsqu'il s'agit de plus-value professionnelle.

564. Clause d'*earn-out* – plus-value des particuliers. Si la personne percevant le complément de prix relève du régime plus-values des particuliers, ce complément de prix sera imposable au titre de l'année au cours duquel il a été reçu. Il convient cependant de noter que dans une situation où le complément de prix serait indexé sur l'activité de la société et garanti à hauteur d'un certain montant, ce montant devrait être imposé au titre de l'année de cession. En effet, sa perception, bien que temporellement décalée, est certaine⁵⁹⁴.

Enfin, il peut être précisé que le complément de prix sera imposable dans sa totalité, à l'exception notamment du cas où la plus ou moins-value de cession a bénéficié d'un abattement pour durée de détention, l'abattement sera aussi applicable au complément de prix. Le Conseil constitutionnel a par ailleurs jugé que les compléments de prix perçus depuis le 1^{er} janvier 2013 pouvaient bénéficier de l'abattement pour durée de détention quand bien même la cession de titre à l'origine de la plus-value ait été réalisée avant cette date ou qu'aucune plus-value n'ait été générée à la date de cession⁵⁹⁵. Ainsi, les sommes perçues en vertu d'une clause d'*earn-out* depuis le 1^{er} janvier 2013 bénéficient, dans la mesure où les conditions étaient remplies au jour de la cession, de l'abattement pour durée de détention, durée qui est donc appréciée au jour de la cession et non au jour de la perception du

⁵⁹³ Ph. Oudenot, *Fiscalité des sociétés et des restructurations* 3^{ème} éd. 2016, n°1078 : « *s'il s'agit, en revanche, d'une garantie de type « indemnitaire/reconstitution de bilan », les sommes versées, soit à la société cédée, soit au cessionnaire, ayant la nature de dommages et intérêts, devraient, semble-t-il, pouvoir venir en déduction du résultat imposable de la société cédante.* »

⁵⁹⁴ CAA Nantes 19-1-2017 n° 15NT02188 : RJF 4/17 n° 331

⁵⁹⁵ Cons. const., 14 janv. 2016, n° 2015-515, Mignot-Mahon : Dr. fisc. 2016, n° 3, act. 45.

montant dû en vertu de la clause. Cette solution apparaît cohérente au regard du principe du différé du fait générateur en matière de clause d'*earn-out*⁵⁹⁶.

565. Clause d'*earn-out* – plus-value professionnelle. Comme évoqué, la loi ne fixe par le régime fiscal des sommes perçues en vertu d'une clause d'*earn-out* lorsque la cession relève du régime des plus-values professionnelles. L'administration fiscale, en revanche, s'est prononcée : « *Le complément de prix acquis par l'entreprise en exécution d'une clause d'un contrat de cession de titres par lequel le cessionnaire s'engage à verser au cédant un complément de prix attaché à la valorisation des titres au moment de la cession et exclusivement déterminé en fonction d'une indexation en relation directe avec l'activité de la société dont les titres sont cédés est imposable au titre de l'exercice au cours duquel ce complément de prix est acquis et selon le même régime qui a été appliqué au prix initial.* »⁵⁹⁷

Dès lors, si une entreprise soumise à l'IS cède ses participations dans une société et que cette cession est soumise au régime des plus ou moins-value à long-terme, le complément de prix perçu sera soumis au même régime. Ainsi, il sera exonéré sous réserve de la réintégration d'une quote-part de frais et charge de 12% si la cession a elle-même bénéficié de ce régime⁵⁹⁸.

Pour autant, l'administration a posé des conditions à l'application de cette règle. Tout d'abord, le complément de prix doit présenter un caractère aléatoire au moment de la cession, sans que cela ne prive de la possibilité de fixer un plafond. Ensuite, il ne doit pas, en réalité, servir à rémunérer une activité ou une prestation fournie par le cédant. Enfin, le traitement comptable appliqué doit être compatible avec la qualification attribuée, c'est-à-dire qu'il doit être comptabilisé soit en produits financiers soit en produits exceptionnels⁵⁹⁹.

566. Les clauses et les droits d'enregistrement. Il convient de déterminer l'impact de telles clauses quant au calcul des droits d'enregistrement dus par l'acquéreur.

En ce qui concerne la clause d'*earn-out*, la règle générale, fixée par l'article 726, II du CGI, selon laquelle le droit exigible est calculé en fonction du prix exprimé et le capital des charges pouvant s'ajouter au prix ou en fonction de l'estimation faite par les parties si la valeur réelle est supérieure au prix augmenté des charges s'applique. Si, comme c'est le cas en présence d'une telle clause, le prix se décompose en une part fixe et une part variable, les droits assis sur cette deuxième partie du prix font l'objet d'une estimation provisoire. Si cette estimation s'avérait être inférieure aux sommes

⁵⁹⁶ D. Gutmann, BJS mars 2016, n° 114t9, p. 45.

⁵⁹⁷ BOI-BIC-PVMV-10-20-10 n° 250.

⁵⁹⁸ M. Maheust, « La fiscalité des clauses d'*earn out* » : JCP E, 23 juill. 2009, n° 30, p. 1750, n°s 25 et s.

⁵⁹⁹ Memento cession de parts et actions 2017-2018, n° 37846.

effectivement payées, un supplément de droits devient alors exigible⁶⁰⁰. Ce supplément sera en principe assorti des pénalités de retard. Dans le cas contraire, si le prix s'avérait inférieur à l'estimation des parties, il devrait être possible de demander une restitution des droits indûment perçus par le trésor, par analogie avec la solution retenue relativement aux clauses de révision de prix⁶⁰¹. Dans le cas contraire, la situation serait particulièrement injuste pour la société et pourrait par ailleurs présenter un risque : le montant de droits d'enregistrement payés par la société en sus de ce qu'il été effectivement dû constitue-t-il une dépense engagée dans l'intérêt de la société ? Il serait difficile de soutenir une réponse positive.

567. Pareillement, si, en vertu d'une clause de garantie de passif, le prix venait à être diminué postérieurement à la cession, l'acquéreur pourra demander une restitution des droits acquittés en trop si la clause mise en jeu est une clause de réduction de prix⁶⁰².

568. Fiscalité et fixation du montant de la garantie. Une problématique ayant animée la doctrine est relative à la question de savoir si les conséquences fiscales de la garantie doivent ou non être prise en cause dans l'évaluation de cette garantie⁶⁰³. En matière de responsabilités civile et pénale, il a été jugé que l'indemnité de dommages et intérêts allouée à une victime devait être calculée indépendamment de toute considération fiscale⁶⁰⁴. De tels principes doivent-ils être transposés dans le cadre d'une clause de garantie, qui, selon la qualification, va entraîner le paiement d'une somme ayant des conséquences sur le résultat fiscal, que la montant soit déductible chez le débiteur ou taxable chez le bénéficiaire ? En effet, comment régler un différend autour d'une clause à la rédaction vague prévoyant que le cédant doit indemniser le cessionnaire de tout nouveau passif connu par la société cible ? Convient-il de tenir compte de l'économie d'impôt générer par ce nouveau passif ? Si les parties n'ont pas planifié les conséquences fiscales dans le corpus contractuel encadrant la cession, L. Chatain-Autajon rappelle qu'il convient de raisonner en deux temps⁶⁰⁵.

⁶⁰⁰ BOI-ENR-DMTOI-10-10-20-10 n°140.

⁶⁰¹ Memento Transmission d'entreprises 2015-2016, n°61245, Editions Francis Lefebvre 2015.

⁶⁰² Rép. min. Kerguéris n° 21982: JOAN Q, 5 février 1996, p. 625.

⁶⁰³ M. Cozian, Colloque de Rennes du 21 mai 2000 : Cah. Dr. entr., 2000, n° 3, p. 16 et 17. ; M. Cozian, « Arbitrage et incidences fiscales des clauses de garantie de passif » : Rev. arb., 2001, n° 2, p. 294, spéc. n° 14.

⁶⁰⁴ Cass. 2e civ., 16 nov. 1994 : D., 1995, jur. p. 220, note Y. Chartier ; Cass. crim., 25 mai 1992 : D., 1992, p. 229.

⁶⁰⁵ L. Chatain-Autajon, Conventions de garantie et fiscalité, in « Les conventions de garantie dans les opérations sur droits sociaux », Bull. Joly 2009, §184 p.905.

Tout d'abord, la clause de garantie est basée sur un montant couvert chez la société cible. Le montant couvert va avoir pour intérêt de comparer la situation nette de la société telle que mentionnée dans le contrat de sa cession à la situation nette telle que modifiée par l'apparition d'un élément d'actif ou de passif nouveau. Ces situations nettes ne peuvent mettre de côté les conséquences fiscales qu'elles se traduisent par une économie d'impôt résultant de l'apparition d'un passif ou d'un supplément d'impôt lié à un nouvel actif.

Ensuite, la clause de garantie va prévoir le paiement d'un montant de l'obligation de règlement, résultat de l'activation de la clause. Pour L. Chatain-Autajon, les complications pratiques pouvant être entraînées par la prise en compte des conséquences fiscales de la perception de la somme chez le bénéficiaire justifieraient qu'il n'en soit pas tenu compte, en l'absence de stipulation contractuelle à ce sujet. Les difficultés pratiques peuvent être de plusieurs ordres : il s'agira de déterminer le traitement fiscal du flux selon la qualification de la convention en vertu de laquelle il est versé, selon le régime fiscal des parties à la convention.

Si les parties n'ont pas pris le soin d'anticiper ces complications, il semble cohérent qu'il ne soit pas tenu compte des effets fiscaux de la perception de la somme chez le bénéficiaire. Cependant, les montants en jeu pouvant être important, il ne peut être que conseillé de doter les contrats de cession d'une clause aménageant clairement les principes applicables en cas d'activation de la clause de garantie.

Si l'acquisition des titres peut se faire de manière directe, il existe aussi une possibilité de mener l'opération de manière indirecte.

b) L'achat par le biais d'une holding, une solution adaptée au cas des entreprises en difficulté ?

569. Le recours à la holding d'acquisition. Une méthode couramment utilisée pour procéder à l'acquisition d'une société cible est le recours à une société dite holding, généralement constituée dans ce dessein. Ce montage répond à des intérêts de différentes natures, certains sont très sensibles à la présence d'une société en difficulté, d'autres, au contraire, semblent remettre en cause l'intérêt de l'utilisation de ce qui est aussi appelé le *Leverage Buy Out* (LBO). La particularité de cette technique, utilisée dès les années 1980 aux Etats-Unis et durablement inscrite dans le modèle capitaliste actuel, est de placer la dette au cœur du système de création de richesse⁶⁰⁶.

⁶⁰⁶ S. Vermeille, S. Bardasi, L'intérêt de l'analyse économique du droit dans le traitement du surendettement des sociétés sous LBO, RTDF n°2, 2014, p.96.

570. Le schéma du montage. Le montage, de la manière la plus classique qui soit, est très simple. Une société est constituée pour acquérir une société cible. Pour se faire, des fonds propres seront avancés par le repreneur mais aussi et surtout, la holding aura un recours massif à l'emprunt. Le bilan de cette dernière est donc facilement imaginable : à l'actif se trouvent les titres de la société cible et, pour un même montant au passif, sont présents des fonds propres et une dette importante.

L'enjeu majeur d'une telle pratique est de réussir à activer différents leviers.

571. Le levier financier. Le premier est un levier financier qui repose notamment sur l'importance de la dette relativement aux capitaux propres. En effet, le rapport entre les deux et la rentabilité des capitaux propres sont positivement corrélés. Tant que la cible pourra faire remonter des dividendes à la holding suffisamment importants pour que cette dernière assume la charge de l'emprunt, ce levier sera efficace.

Il est clairement compréhensible que ce levier est particulièrement mis à mal par la présence d'une société dont la santé économique et financière est fragile.

572. Le levier fiscal. Le deuxième levier intéresse la fiscalité et se structure autour de trois axes. Tout d'abord, la holding qui s'est massivement endettée va pouvoir déduire de son résultat fiscal les intérêts d'emprunt qu'elle verse.

Ensuite, l'application du régime des sociétés mères permet que les distributions de dividendes effectuées par la cible à la holding soient exonérées d'impôt, mise à part la réintégration d'une quote-part pour frais et charges de cinq pour cent.

Enfin, l'option pour le régime de l'intégration fiscale permettra d'imputer les intérêts d'emprunt sur le résultat de la cible et le résultat fiscal de la cible sera à la disposition de la holding⁶⁰⁷.

Ce levier peut être, en partie, mis au service de l'acquisition d'une entreprise en difficulté via une holding. En effet, si l'exonération d'imposition sur les distributions de dividendes de la cible à sa mère ne représente pas un intérêt majeur, le fait que la holding puisse profiter des déficits subis par la cible sera décisif.

573. Le levier juridique. Le dernier levier est de nature juridique : pour avoir le contrôle d'une société, il n'est pas nécessaire de détenir la totalité de son capital, la majorité absolue suffit. Les repreneurs pourront donc s'associer à des partenaires au sein de la holding. Aussi, et c'est un point particulièrement sensible lorsqu'est en jeu une entreprise en difficulté, l'interposition d'une structure

⁶⁰⁷ M. Cozian et F. Deboissy, Précis de fiscalité des entreprises 41^{ème} éd. 2017-2018, n°1133.

juridique à responsabilité limitée entre la cible et le véritable repreneur pourra constituer un moyen efficace de limiter la responsabilité de ce dernier.

574. L'effet de levier et entreprises en difficulté. En cas d'acquisition d'une entreprise en difficulté, l'utilisation d'un montage consistant à créer une holding est remise en cause. En effet, le levier financier notamment est largement remis en cause si la société cible n'est pas en mesure de faire remonter suffisamment de dividendes pour permettre le financement de la dette par la holding. Pour autant, le degré de dégradation de la santé économique de la cible va avoir un rôle déterminant ainsi que les possibilités de redressement de cette situation.

575. Le levier managérial. C'est alors qu'un dernier levier, le levier managérial, entre en jeu. La capacité du repreneur à dégager des marges de manœuvres pour remettre la cible sur les rails de la production de richesse va être déterminante du choix d'utiliser une holding ou non. En effet, partant de l'hypothèse que la société connaît des difficultés mais que cette situation est due à des mauvais choix stratégiques et à une mauvaise gestion financière, un retournement rapide peut être envisagé et les leviers sus évoqués activés. Les opérations de LBO sont généralement à l'origine d'une meilleure performance de la société cible et permettent ainsi d'augmenter la marge dégagée. Moins les difficultés de la cible seront profondes, plus la possibilité d'un retournement et d'un inversement de la tendance sera rapide et plus l'opportunité d'utiliser une holding de rachat se manifesterà.

576. Que l'acquisition de la cible se fasse directement ou indirectement, son intégration à un groupe fiscal est primordiale. Cependant, des conditions sont posées pour pouvoir bénéficier de régimes fiscaux favorables.

2) La constitution d'un groupe fiscal

577. Si d'un point de vue économique, financier ou encore organisationnel la réalité des groupes de société ne fait pas de doute, leur reconnaissance juridique n'est pas véritablement achevée. Le législateur, dans le domaine du droit fiscal, a mis en place des systèmes permettant la prise en compte de l'existence de tels groupes et de leur intérêt au regard de l'impôt.

La constitution d'un groupe fiscal est soumise à certaines conditions (a) et la présence d'une entreprise en difficulté peut être source d'originalité (b).

a) Les règles de constitution d'un groupe fiscal

578. Le législateur fiscal a prévu deux régimes permettant de réduire les frottements fiscaux entre sociétés entretenant des relations capitalistiques. Le premier de ces régimes, le régime mère-fille, est un dispositif à minima et ne sera que peu utilisé lorsqu'est en jeu une entreprise en difficulté (i). Le second, plus élaboré, aura un impact fiscal bien plus important notamment par rapport à l'intérêt que représentent les déficits de la société en difficulté au regard de l'imposition globale du groupe fiscal intégré (ii).

Il convient ici de rappeler les conditions permettant la mise en place de tels régimes.

i. le régime mère-fille, un avantage fiscal à minima

579. L'intérêt du régime mère-fille. Le régime mère-fille concerne l'imposition des dividendes. Il a été prévu par le législateur dans le but d'éviter la double imposition des bénéfices, une première fois lors de leur réalisation et une seconde fois lors de leur distribution. En dehors du cadre de ce régime, les bénéfices sont soumis au taux normal de l'impôt sur les sociétés chez l'entité qui les réalise puis, dans le cas d'une distribution, une seconde fois dans les mêmes conditions chez la société qui en est bénéficiaire.

580. L'intérêt limité du régime en présence d'une société en difficulté. On comprend que lorsque la cible est une entreprise en difficulté, la problématique liée fiscale à l'imposition de ses bénéfices et de leur distribution constitue un intérêt relatif. Pourtant, raisonnant dans une perspective de retournement de cette société et dans une perspective de long terme, l'anticipation de cette taxation importante doit faire partie du schéma d'acquisition.

581. L'exigence d'une société soumise à l'impôt sur les sociétés. Le régime mère-fille n'est susceptible de concerner que les sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun, quelle que soit leur nationalité. Une société soumise à l'impôt sur les sociétés en France faisant l'acquisition, à l'étranger, d'une société en difficulté soumise au même impôt dans son Etat de résidence peut donc prétendre à bénéficier du régime, à condition bien sûr que la cible ne soit pas établie dans un Etat ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A du Code Général des Impôts.

582. La détention de titres de participation. Les titres détenus par la société mère, doivent répondre à quatre conditions pour être qualifiés de « titres de participation » et que le régime s'applique.

Tout d'abord, ils doivent représenter au moins 5% du capital de la société acquise.

583. La détention de titres de participation – droit de vote. Ce pourcentage minimal de détention s'analysait tant du point de vue du capital que des droits de vote de la société émettrice. Afin de mettre en conformité la loi avec des décisions du Conseil Constitutionnel datant de 2016⁶⁰⁸, la loi de finances rectificative pour 2016 modifie l'article 145 du Code général des impôts et supprime l'exigence de détention de 5% des droits de vote pour bénéficier du régime mère-fille pour autant que la société détienne 5% du capital. Cette condition était liée à la volonté du législateur de réserver ce régime qu'aux sociétés exerçant un contrôle effectif sur leurs filiales⁶⁰⁹. Cependant, deux questions prioritaires de constitutionnalité ont été transmises au Conseil Constitutionnel. La première portait sur les dispositions de la loi telle qu'issue de la loi de finances pour 1993 qui excluait du régime mère-fille les titres auxquels n'étaient pas attachés de droit de vote⁶¹⁰. La seconde, elle, portait sur la rédaction de l'article 145 tel qu'issue de la loi de finances rectificative pour 2005 qui avait légèrement assoupli la règle dans la mesure où pouvaient bénéficier du régime mère-fille les produits des titres sans droit de vote dès lors que la société mère détenait par ailleurs des titres représentatifs d'au moins 5 % du capital et des droits de vote de la société émettrice⁶¹¹.

Dans le cadre de la première question, le contribuable invitait à s'interroger sur l'existence d'une discrimination à rebours générée par les dispositions relatives au régime mère-fille⁶¹². Plus précisément, il convient de noter que la directive européenne mère-fille, qui fixe le cadre du régime pour les situations transfrontalières, ne prévoit aucune condition relative au droit de vote⁶¹³. Le législateur français, lors de la transposition de cette directive, a décidé de créer une condition relative au droit de vote sans opérer de distinction selon qu'il s'agissait d'une situation de droit interne ou d'une situation transfrontalière. Cette situation offre la possibilité au juge de l'impôt d'interpréter les dispositions du droit interne à la lumière de la directive qu'elles transposent⁶¹⁴. Une limite est toutefois posée à cette capacité d'interprétation dite neutralisante du juge : elle ne trouve pas à

⁶⁰⁸ Décisions n°2015-520 du 3 février 2016 et n° 2016-553 QPC du 8 juillet 2016.

⁶⁰⁹ V. Rapp. AN n° 4272, comm. fin. sur le PLFR 2016, 1er déc. 2016, t. I, p. 521.

⁶¹⁰ CGI, art. 145, 6, b ter dans sa rédaction issue L. fin. 1993, n° 92-1376, 30 déc. 1992, art. 104 : Dr. fisc. 1993, n° 1-2, comm. 1.

⁶¹¹ CGI, art. 145, 6, b ter dans sa rédaction issue L. n° 2005-1720, 30 déc. 2005, art. 39 : Dr. fisc. 2006, n° 6, comm. 144.

⁶¹² Cons. const., déc. 3 févr. 2016, n° 2015-520 QPC, Sté Metro Holding SA venant aux droits de la société CRFP Cash : Dr. fisc. 2016, n° 12, comm. 241, note E. Meier et M. Valetteau. – V. O. Fouquet, La discrimination à rebours franco-européenne sanctionnée.

⁶¹³ Cons. CE, dir. n° 90/435/CEE, modifiée par Cons. UE, dir. n° 2011/96/UE et n° 2015/121/UE.

⁶¹⁴ CJCE, plén., 17 juill. 1997, aff. C-28/95, A. Leur-Bloem : Rec. CJCE 1997, I, p. 4161, concl. F. G. Jacobs ; Dr. fisc. 1997, n° 38, comm. 979 ; RJF 10/1997, n° 1002. – V. Ph. Derouin, Fiscalité des fusions de sociétés et échanges d'actions.

s'appliquer lorsque le texte de droit interne est clair et n'est pas source d'interprétation⁶¹⁵. Dans le cas d'espèce, les dispositions de droit interne étaient claires et ne laissaient aucune place à l'interprétation du juge⁶¹⁶. Dès lors, l'impossibilité de recours au pouvoir d'interprétation du juge était davantage à l'origine de la discrimination à rebours que les dispositions du texte elles-mêmes⁶¹⁷. Les sages considèrent dans une décision en date de 2016 qu'un critère de localisation géographique des filiales aboutit à une différence de traitement de produits perçus, différence qui n'est justifiée par aucune raison d'intérêt général. Les dispositions en cause étaient donc inconstitutionnelles.

Dans le cadre de la seconde question⁶¹⁸, le Conseil constitutionnel poursuit dans la même logique en déclarant inconstitutionnelles les dispositions excluant les titres sans droit de vote du bénéfice du régime mère-fille.

Le législateur a tiré les conclusions de ces deux décisions en abrogeant le c, du 6, de l'article 145 du CGI qui prévoyait l'exclusion du régime des produits des titres sans droit de vote.

584. La détention de titres de participation – durée de détention. De plus, ces titres doivent être conservés pendant une durée de deux ans. Cette condition n'empêche pas de bénéficier du régime au cours des deux années qui succèdent l'acquisition des titres mais si une cession intervient durant ce délai⁶¹⁹, l'exonération d'impôt tirée du bénéfice du régime devra être reversée au Trésor dans les trois mois de la cession ainsi majorée des intérêts de retard.

Enfin, les titres doivent être détenus en pleine propriété par la société mère.

A propos du sujet traité, ces conditions ne présentent en aucun cas un obstacle. En effet, les titres sont acquis par la société vouée à être mère dans le but de les conserver et dans la mesure où l'objectif final est d'opérer le retournement économique de la cible, le pourcentage de détention dépassera nécessairement les 5% afin de détenir le contrôle de la société.

ii. le régime de l'intégration fiscale, un avantage fiscal intéressant

⁶¹⁵ CE, 30 janv. 2013, n° 346683, Sté Ambulances de France : Dr. fisc. 2013, n° 10, comm. 185 ; Ph. Martin, Le régime français des sociétés mères à la lumière de la directive : les méthodes d'interprétation du juge fiscal : Dr. fisc. 2014, n° 41, 569.

⁶¹⁶ CE, 8e et 3e ss-sect., 12 nov. 2015, n° 367256, Sté Metro Holding France : Dr. fisc. 2015, n° 49, comm. 717, concl. B. Bohnert.

⁶¹⁷ P. Fumenier et C. Maignan, « Aménagement du régime mère-fille », Dr. Fisc 2017, n°1, comm. 21.

⁶¹⁸ Cons. const., déc. 8 juill. 2016, n° 2016-553 QPC, Sté Natixis : Dr. fisc. 2016, n° 28, act. 453.

⁶¹⁹ BOI-IS-BASE-10-10-10-20 § 220 et 230.

585. L'intérêt de l'intégration fiscale. En permettant la consolidation des résultats de l'ensemble des sociétés du groupe, le régime de l'intégration fiscale présente un intérêt majeur au regard des déficits dégagés par la cible. Il en découle des conditions de constitution du groupe intégré⁶²⁰ plus rigoureuse que celles prévues dans le cadre du régime mère-fille.

586. Les conditions communes à toutes les sociétés. Une série de conditions est commune à toutes les sociétés souhaitant faire partie d'un groupe fiscal intégré.

Elles doivent tout d'abord être soumises à l'impôt sur les sociétés en France, au taux de droit commun et sur l'ensemble des résultats de leurs exploitations en France. Ici, contrairement au régime mère-fille, une filiale étrangère ne pourra pas faire partie du groupe fiscal intégré, peu importe que la filiale en question soit établie ou non dans un Etat membre de l'Union Européenne⁶²¹. Cette limitation réduit fortement l'intérêt que peut présenter dans le cadre de notre étude l'acquisition des titres d'une société en difficulté implantée à l'étranger.

Par ailleurs, les sociétés doivent être imposées à l'impôt sur les sociétés selon les règles de droit commun ou selon les modalités prévues à l'article 214 du CGI. Cette règle est particulièrement importante dans le cadre d'une acquisition indirecte des titres via une holding constituée dans ce seul objectif. En effet, la holding d'acquisition, pouvant alors être qualifiée de passive, ne réalisera pas de chiffre d'affaires et entrera donc dans le champ d'application du régime réel simplifié.

Enfin, les sociétés qui souhaitent faire partie du groupe intégré doivent avoir un exercice de douze mois et clôturer leur exercice le même jour. Cette condition n'était plus remplie si une société était soumise à une procédure de liquidation judiciaire dont une des conséquences notables est la cessation fiscale de l'entreprise⁶²². Désormais, le Conseil d'Etat⁶²³ décide que, faute de cessation d'entreprise effective, le jugement d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire n'entraîne pas la sortie de l'intégration de l'entreprise qui continue de remplir les conditions posées par l'article 223 A du CGI.

587. La condition spécifique à la société tête de groupe. Une autre condition est spécifique à la société tête de groupe. Elle ne doit pas être détenue à plus de 95% par une autre personne morale soumise à l'impôt sur les sociétés en France dans les conditions de droit commun, que cette détention soit directe ou par le biais d'une autre entité soumise à ce même régime.

⁶²⁰ Art. 223 A CGI.

⁶²¹ CJUE, 25 février 2010, aff. 377/08, X Holding BV : RJF 5/2010, n°552.

⁶²² Cass., com., 26 janvier 2010, n° 07-12.186 PB : Rev. Sociétés 2011, p.55, note S. Jambort.

⁶²³ CE, 10 avr. 2015, n° 371765, Sté Holco : RJF 2015, n° 570.

588. Les conditions spécifiques aux autres sociétés. Les autres sociétés, quant à elles, doivent être détenues à au moins 95% par la société mère, que ce soit de manière directe ou indirecte. Lorsque ce dernier cas est visé, il s'agit fréquemment de chaîne de participations et il est à noter qu'on considère alors qu'une détention à 95% équivaut à une détention de la totalité du capital. Dans le cas où une société intermédiaire est présente, ne peut être prise en compte que le pourcentage de capital détenu par une société elle-même membre du groupe intégré. Par ailleurs, lorsque la société intermédiaire est une société étrangère, le capital qu'elle détient ne pourra être retenu que si elle est établie dans un Etat membre de l'Union Européenne⁶²⁴.

Cette détention, qu'elle soit directe ou indirecte, doit être permanente tout au long de l'exercice. Ainsi, lorsque l'acquisition des titres d'une société se fait en cours d'exercice, son intégration au groupe fiscal ne peut se faire que lors de l'exercice suivant.

La condition majeure pour que la cible puisse être intégrée à un groupe fiscal sera donc qu'elle se situe en France et qu'elle soit détenue à 95% au moins par la société tête de groupe.

b) La constitution du groupe fiscal entravée par la présence d'une entreprise en difficulté

589. Le fort intérêt du régime de l'intégration fiscale en présence d'une entreprise en difficulté. La consolidation des profits et des pertes des sociétés formant le groupe fiscal pour l'assiette de l'impôt sur les sociétés s'avère particulièrement intéressante lorsqu'une entreprise en difficulté est présente. Une restriction est toutefois à souligner.

590. Une restriction liée au bénéfice du régime de l'article 44 septies du CGI. En effet, en vertu des dispositions de l'article 44 *septies* du Code général des impôts, les sociétés créées pour reprendre une entreprise industrielle en difficulté bénéficient d'une exonération d'impôt sur les sociétés pendant une période de deux ans. Cette faveur écarte ces entreprises de la possibilité d'intégrer dans l'assiette de l'impôt le résultat exonéré d'une société membre, la condition de soumission à l'impôt sur les sociétés n'étant plus remplie.

591. Le cas d'une entreprise déficitaire. Cette solution est parfaitement compréhensible lorsque la société est bénéficiaire et est effectivement exonérée de l'impôt. En revanche, la question

⁶²⁴ CJUE, 27 novembre 2008, aff. 418/07, Sté Papillon : RJF 2/2009, n°180.

est plus subtile lorsqu'une société, après avoir bénéficié de l'exonération au cours d'un premier exercice, devient déficitaire au cours d'un second et, n'enregistrant plus de bénéfice, ne jouit pas de l'exonération⁶²⁵.

A ce cas particulier, une réponse a été apportée par le Conseil d'Etat⁶²⁶. Peu importe que l'entreprise soit déficitaire et bénéficie ou non en pratique de l'exonération, le fait que le résultat soit exonéré en vertu de l'article 44 *septies* du Code général des impôts empêche la prise en compte de ce résultat exonéré, même partiellement, pour le calcul du résultat consolidé.

L'acquisition des titres d'une société en difficulté permet, si les conditions sont réunies, de lui faire intégrer un groupe fiscal ce qui permettra d'optimiser la fiscalité post-opération.

Par ailleurs, si le retournement escompté ne devait pas se réaliser, la cession des titres pourrait devenir une solution privilégiée.

B) La cession des titres de la cible, une porte de sortie

592. Dans le cas d'une cession des titres de la cible, la question du sort fiscal de cette opération doit être envisagée (1). Des particularités liées au fait que l'entreprise cédée est en difficulté peuvent intervenir (2).

1) Le régime fiscal de la cession des titres

593. Avant de détailler le régime fiscal relatif à la cession des titres (a), il convient de déterminer leur qualification (b).

a) La qualification des titres de la cible

594. La qualification de titres de participation. Dans l'hypothèse où une société fait l'acquisition d'une cible en difficulté dont elle pense le retournement possible et souhaite en détenir le contrôle, les titres ainsi acquis sont clairement qualifiables de titres de participation.

⁶²⁵ P. Fumenier, Exonération d'IS pour reprise d'une entreprise en difficulté et intégration fiscale, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°23, 9 juin 2011, 1452.

⁶²⁶ CE, 8e et 3e ss-sect., 30 mars 2011, n° 335551, SAS Syft Holding : Dr. fisc. 2011, n° 21, comm. 357, note P. Fumenier et C. Maignan ; RJF 2011, n° 689.

595. La définition des titres de participation – définition comptable. Les titres de participation sont définis par l'article R.123-184 du Code de commerce, cette définition étant reprise et par le règlement ANC n°2014-03 relatif au plan comptable général en son article 221-3 : « *Constituent des participations les droits dans le capital d'autres personnes morales, matérialisés ou non par des titres, qui, en créant un lien durable avec celles-ci, sont destinés à contribuer à l'activité de la société détentrice. Sont présumés être des participations les titres représentant une fraction du capital supérieure à 10 %.* ». Peu de commentaires ont été formulés par les instances comptables relativement à cette définition. Bien que le plan comptable général ait été réécrit en 1999, il est possible de se référer à sa version de 1982 qui définissait les titres de participation comme ceux « *dont la possession durable est estimée utile à l'activité de l'entreprise, notamment parce qu'elle permet d'exercer une influence sur la société émettrice des titres ou d'en assurer le contrôle* », définition qui conserve une certaine actualité. La définition des titres de participation présentant notamment des enjeux fiscaux, et étant à l'origine de nombre de contentieux fiscaux important⁶²⁷, des précisions sont apportées par différentes sources du droit fiscal.

596. La définition des titres de participation – contribution de nature fiscale. Tout d'abord, le Code général des impôts, crée, au titre de plusieurs régimes, une passerelle entre la définition comptable des titres de participation et le bénéfice de ce régime. C'est notamment le cas à l'article 219, I a *quinquies*, relatif aux plus-values à long-terme des titres de participation, dans lequel il est indiqué que les titres de participations sont notamment ceux qui tirent cette qualification du plan comptable ou encore ceux qui ouvrent droit au régime mère-fille.

Ensuite, l'administration⁶²⁸ précise que l'acquisition de ce type de titres ne s'inscrit pas dans une volonté de rentabilité financière à court terme. La caractérisation d'une possession durable est relative aux circonstances de fait et constitue une des conditions permettant de qualifier un titre de titre de participation. L'utilité peut se traduire par un impact favorable sur la rentabilité et le développement de l'entreprise. L'influence résultera d'une participation effective à la gestion et à la politique financière de l'entreprise cible.

Le Conseil d'Etat⁶²⁹ a plusieurs fois rappelé son interprétation de la définition donnée par le plan comptable. L'utilité des titres de participation est notamment caractérisée par l'intention de

⁶²⁷ O. Fouquet et C. Lopater, Titres de participation : enjeux et incertitudes du contentieux : RJF 11/2014.

⁶²⁸ BOI-BIC-PVMV-30-10, n°30.

⁶²⁹ CE, 20 octobre 2010, n° 314248, Sté Hyper Primeurs : RJF 1/2011, n°17 ; CE, 12 mars 2012, n°342295, EURL Alci : RJF 6/2012, n°56 ; CE, 8e et 3e ch., 25 janv. 2017, n° 391057, SARL C2M : Dr. fisc. 2017, n° 12, comm. 212, concl. R. Victor, note O. Fouquet.

l'acquéreur, au moment de l'acquisition, d'exercer une influence sur la société et par le fait qu'une telle influence est effectivement rendue possible par l'opération. C'est à la date de l'acquisition que ces critères s'apprécient, le fait que l'acheteur puisse, en définitive, exercer l'influence souhaitée importe peu. Par ailleurs, les juges du Palais-Royal indiquent que le critère d'utilité peut être apprécié au regard d'avantages particuliers résultant de la détention des titres⁶³⁰.

Notons que la définition fiscale des titres de participation, l'article du CGI relatif au régime des plus-values à long-termes afférentes aux titres de participation est basée sur deux branches⁶³¹. Tout d'abord, la première est celle faisant référence à la qualification des titres au plan comptable. Il s'agit d'une présomption simple pouvant être combattue par l'Administration. La seconde branche constitue une présomption irréfragable puisque sont assimilés à des titres de participations les titres acquis dans le cadre d'une OPA ou OPE et les titres ouvrant droit au régime des sociétés mères.

597. Le cas des titres ouvrant droit au régime mère-fille. Les titres ouvrant droit au régime mère-fille permettent donc aussi la qualification de titres de participation. Il n'est pas nécessaire que l'option pour le régime soit exercée, il suffit que les titres répondent bien aux conditions posées par le Code général des impôts pour pouvoir bénéficier de ce régime. Notons ici que l'aménagement résultant de la loi de finances rectificative pour 2016 ayant supprimé l'exigence de détention de 5% des droits de vote pour bénéficier du régime mère-fille a par ailleurs conduit à une modification du champ de l'exonération fiscale de plus-values à long-terme sur titres de participation en conditionnant le bénéfice de ce régime à la détention de 5% des droits de vote⁶³².

598. Le cas des titres d'autocontrôle. Tirant les conséquences du fait que les titres d'autocontrôle étaient privés de leur droit de vote en vertu des dispositions du Code de commerce, l'administration considérait que de tels titres n'étaient pas éligibles au régime mère-fille tel qu'existant avant l'abrogation de la condition relative au droit de vote⁶³³. Dès lors les titres d'autocontrôle ne pouvaient être qualifiés de titres de participation sur le fondement de la « seconde branche » de la définition mais l'administration considérait aussi que la privation de droit de vote empêchait la qualification de titre de participation au titre de la « première branche ». Les décisions du Conseil Constitutionnel relative à la condition de droit de vote évoquées ci-dessus ont permis de contrer les

⁶³⁰ CE, 3e et 8e ss-sect., 20 mai 2016, n° 392527, min. c/ SELARL Lemaire : Dr. fisc. 2016, n° 26, comm. 391, concl. E. Cortot-Boucher, note O. Fouquet.

⁶³¹ O. Fouquet et C. Lopater, Titres de participation : enjeux et incertitudes du contentieux : RJF 11/2014, p. 953.

⁶³² Précisions administratives sur la notion de titres de participation – Commentaire, Dr. Fisc. 2017, n° 24, comm. 345.

⁶³³ BOI-BIC-PVMV-30-10-20120912, n° 190.

réticences de l'administration quant à la qualification des titres d'autocontrôle en se basant sur la « seconde branche » de la définition. Cependant, le législateur a introduit une sous-condition relative au droit de vote pour octroyer le bénéfice du régime des plus-values à long-terme sur titres de participation : les titres ouvrant droit au régime des sociétés mères sont éligibles si, pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2017, la société mère détient au moins 5 % des droits de vote de la société émettrice. Le Conseil d'Etat, saisi de cette problématique, a censuré les commentaires administratifs qui empêchaient l'application du régime aux titres d'autocontrôle⁶³⁴. Pour autant, dans cette affaire, la Haute Juridiction qui s'est prononcée sur la doctrine de l'administration fiscale n'a pas pris position sur la question de la possibilité d'inscrire dans un compte de titres de participation des titres d'autocontrôle. Les autorités comptables apportent ici des précisions intéressantes : dans le cas de titres propres, l'inscription dans un compte de titre de participation est impossible dans le sens où le critère de l'utilité pour l'activité de l'entreprise, dont l'importance a été récemment réaffirmée par le Conseil d'Etat⁶³⁵, n'est pas rempli⁶³⁶. En revanche, dans le cas où les titres d'une société sont détenus par sa filiale ou sa sous-filiale, il semble que l'utilité des titres puisse être démontrée et que leur inscription en compte de titre de participation soit défendable⁶³⁷. Quoiqu'il en soit, si le critère de l'utilité apprécié au niveau du groupe pour les besoins de la comptabilité permet d'attribuer la qualification de titre de participation aux titres d'autocontrôle, il serait regrettable que le juge fiscal, refusant de se référer au groupe pour apprécier l'intérêt de l'entreprise, remette en cause une telle qualification. Ici, la solution fiscale est dépendante de la solution comptable⁶³⁸.

599. La définition des titres de participation – le pouvoir d'interprétation de l'administration contestable. L'administration dans sa doctrine fiscale en date de 2017 apporte des précisions quant à la date d'appréciation des critères permettant de qualifier des titres de titres de participation qui est fixée à la date d'acquisition initiale des titres. L'administration poursuit en rappelant que tout actif a vocation à être cédé à terme. Dès lors, un projet de cession ne serait pas de nature à remettre en cause l'intention ayant présidé l'acquisition initiale. Cette affirmation est

⁶³⁴ CE, 8e et 3e ch., 20 oct. 2016, n° 397537, Sté Cie Cambodge : Dr. fisc. 2017, n° 5-6, comm. 151, note O. Fouquet ; RJF 2017, n° 9 – conclusions de Romain Victor.

⁶³⁵ CE, 3e et 8e ss-sect., 20 mai 2016, n° 392527, min. c/ SELARL Lemaire : Dr. fisc. 2016, n° 26, comm. 391, concl. E. Cortot-Boucher, note O. Fouquet.

⁶³⁶ Règlements ANC n° 2015-06, 07, 08 et 09 du 23 novembre 2015 ; Mémento comptable Lefebvre n° 3184 et s.

⁶³⁷ S. Austry et C. Lopater, Les titres d'autocontrôle peuvent-ils être des titres de participation ? : RJF 12/2016, p. 1401.

⁶³⁸ O. Fouquet et C. Lopater, Connexion comptabilité-fiscalité : son évaluation au travers de la jurisprudence 2016 : FR Lefebvre 47/2016, inf. p.3.

correcte et est en ligne avec la jurisprudence du Conseil d'Etat⁶³⁹. Cependant, l'administration ajoute ce qu'elle considère être un exemple : dans le cas d'une « *recapitalisation d'une filiale afin de la céder à plus ou moins brève échéance, les titres nouvellement émis et acquis reçoivent la même nature de titres de participation que l'ensemble des titres déjà détenus au sein de la filiale* ». Cependant cet ajout est-il réellement une illustration ou constitue-t-il une règle visant à considérer que lorsqu'une société détient des titres d'une société et que ces titres peuvent être qualifiés de titres de participation, les acquisitions postérieures de titres supposent une classification en titres de participation quand bien même l'acquéreur aurait la volonté de le céder à très court terme ?

La question de l'homogénéité de classification des titres d'une même entité acquis de façon successive a déjà fait l'objet de débat. Dans ses conclusions sous un arrêt du Conseil d'Etat de 2017⁶⁴⁰, le rapporteur public R. Victor explique qu'il n'est pas concevable d'envisager une ventilation de la classification des titres détenus d'une même entité. Selon lui, la classification des titres dépend de l'intention ayant présidé la première acquisition, classification qui doit être maintenue dans le cadre d'acquisitions antérieures. Certains auteurs considèrent cependant que la classification des titres doit suivre les règles comptables posées en la matière et, ainsi, la classification de titres devrait dépendre de ces règles appréciées au moment de chaque acquisition⁶⁴¹. Cette dernière position est tenable : si le législateur fiscal à lui-même décidé de se référer clairement à la définition comptable des titres de participation, il semble cohérent que la classification des titres de participation dépende des principes comptables sans que l'administration fiscale ne puisse y déroger.

600. Application au cas des entreprises en difficulté. Ici, les schémas d'acquisition étudiés dans le cadre de l'achat d'une entreprise en difficulté semblent entrer dans les définitions posées. L'acquéreur est en effet animé par la volonté de redresser l'entreprise en difficulté et ainsi d'exercer sur elle un contrôle durable.

Telle qualification ne sera pas sans incidence sur le régime fiscal appliqué à la cession.

b) L'imposition de la cession

601. L'intérêt fiscal de la qualification des titres cédés de titres de participation. L'intérêt de la qualification de titres de participation concerne l'imposition de leur cession lorsqu'elle a lieu

⁶³⁹ CE, 8e et 3e ss-sect., 12 mars 2012, n° 342295, EURL ALCI : RJF 6/2012 n° 564 ; BDCF 6/2012, n° 67, concl. N. Escaut.

⁶⁴⁰ CE, 8e et 3e ch., 25 janv. 2017, n° 391057, SARL C2M : Dr. fisc. 2017, n° 12, comm. 212, concl. R. Victor, note O. Fouquet.

⁶⁴¹ M.-A. Deysine et A.-L. Blandin, « La fiscalité face à la définition comptable des titres de participation », Dr. Fisc. 2017, n° 45

après une période de détention de deux ans, on parle alors du régime fiscal de la plus ou moins-value à long terme.

Si les titres sont détenus pendant une période plus courte, la plus ou moins-value enregistrée du fait de leur cession sera prise en compte, au titre de l'exercice de leur cession, pour la détermination du résultat imposable au taux normal. La plus-value est imposée dans les conditions de droit commun, la moins-value, quant à elle, est déductible du résultat fiscal.

En revanche, lorsque la durée de détention de deux ans est atteinte, le régime fiscal appliqué à la cession est, en théorie, avantageux. En effet, la plus-value de cession est exonérée d'impôt sous réserve de la réintégration d'une quote-part pour frais et charges de 12% soumise à l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun. Cependant, en contrepartie, lorsqu'une moins-value à long terme est constatée, elle ne sera pas déductible du résultat fiscal mais pourra simplement être imputée sur les plus-values de la même catégorie.

L'acquéreur initial souhaitant revendre les titres de la cible devra donc, d'un point de vue fiscal, tenir compte de cette dichotomie.

602. Assiette de la quote-part de frais et charges. Le *a quinquies* du I de l'article 219 du CGI prévoit que l'assiette de la quote-part de frais et charges est la plus-value de cession brute. L'administration, dans sa doctrine fiscale datée du 3 février 2016 avait précisé que la quote-part devait être réintégrée au résultat imposable de la société, quel que soit le résultat net des plus ou moins-values de cession de titres⁶⁴². Eclairé par les travaux parlementaires relatifs à la disposition en question, le Conseil d'Etat juge, de façon logique, que la réintégration de la quote-part de frais et charge est subordonnée à la réalisation par la société d'une plus-value nette au cours de l'exercice de cession⁶⁴³.

603. Niveau de la réintégration. Le Conseil d'Etat a récemment refusé de transmettre une QPC visant relative à la réintégration systématique d'une quote-part pour frais et charges de 5%⁶⁴⁴. Ce montant de 5% du produit total des participations est supposé correspondre au coût de gestion des participations éligibles, charges qui sont déductibles du résultat de la mère. Dès lors, si le principe de l'exonération des produits des participations vise à éviter une double imposition, le mécanisme de la

⁶⁴² BOI-IS-BASE-20-20-10-20, 3 févr. 2016, § 95, 125 et 127.

⁶⁴³ CE, 8e et 3e ch., 14 juin 2017, n° 400855, Sté Orange Participations : Dr. fisc. 2017, n° 39, comm. 480, concl. B. Bohnert. – C. Acard, Fiscalité financière : Dr. fisc. 2017, n° 39, étude 478, spéc. n° 15.

⁶⁴⁴ CE, 5 mars 2018, n° 416514 : Dr. Fisc 2018, n° 20, p. 38.

quote-part sert, quant à lui, à éviter une double déduction ou plus précisément le cumul d'une déduction et de l'exonération d'un même revenu. Jusqu'à la loi de finances pour 2011⁶⁴⁵, si le coût de gestion était inférieur à ce seuil de 5%, il était possible de ne soumettre à imposition que le montant réel. Cette possibilité n'est donc plus offerte, et c'est ce qui a porté les sociétés requérantes devant le Conseil d'Etat. Le Conseil d'Etat qui relève que la QPC, qui n'est pas nouvelle, ne présente pas un caractère sérieux et ne peut donc être renvoyée devant les sages. Notons à tout le moins que l'argument visant à considérer que le dispositif en place peut amener à taxer un revenu fictif dans les cas où les frais réels sont inférieurs au montant forfaitaire est peu fondé, le régime mère-fille permettant de bénéficier d'une exonération de 95% des produits reçus de titres de participations !

604. La stratégie fiscale entourant la cession des titres. Si les titres ont été acquis pour une valeur proche zéro et qu'une légère amélioration de la santé économique de la cible est constatée, une plus-value est susceptible d'apparaître. Une stratégie fiscale réfléchie invitera à ne céder la cible dont les performances ne sont pas aussi positives qu'espérées qu'après la période de deux ans pour bénéficier de l'exonération d'impôt.

Si, au contraire, une entreprise connaissant des difficultés limitées a été acquise et que la situation, de manière inattendue, s'est aggravée, le choix fiscalement avantageux consistera à tenter de revendre la cible dans un délai inférieur à deux ans pour profiter de la déduction du résultat de la moins-value résultant de la cession.

605. Le fait que la société cible soit une entreprise en difficulté peut entraîner des opérations précédant la cession qui auront un impact sur cette dernière.

2) Les impacts fiscaux liés à la présence d'une entreprise en difficulté

a) Choix du mode de renflouement et conséquences fiscales

606. L'image comptable de l'entreprise en difficulté. Lorsque l'exploitation d'une société est régulièrement déficitaire, les pertes comptables, inscrites en report à nouveau négatif, viennent en diminution des capitaux propres dégradant ainsi son image comptable.

⁶⁴⁵ Loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011, art. 10 : Dr. fisc. 2011, n° 1, comm. 33, obs. L. de La Rocque.

607. Le renflouement de la cible. Il n'est pas rare que la cession d'une filiale en difficulté soit conditionnée par une demande du nouvel acquéreur au cédant de renflouer la cible.

608. La voie de l'abandon de créance. Une première voie peut alors être envisagée, celle de consentir un abandon de créance à la filiale en difficulté. Cependant, si celle-ci ne bénéficie pas d'une procédure collective ou d'une procédure de conciliation, l'opération qui peut être qualifiée d'abandon de créance à caractère financier, sera, depuis 2012⁶⁴⁶, non déductible.

Notons par ailleurs que, reprenant une jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat⁶⁴⁷, l'administration⁶⁴⁸, commentant l'article 39, 13 du CGI, précise que, en cas de cession ultérieure des titres de la société ayant bénéficié de l'abandon, pour déterminer le prix de revient total des titres cédés, il convient d'ajouter la part de l'abandon de créance autre qu'à caractère commercial qui a pour effet d'augmenter la valeur de sa participation dans sa filiale. Dès lors, le calcul de la plus ou moins-value réalisée devra tenir compte de la fraction de l'abandon non-déductible. En pratique, le prix de revient total de la participation de la société cédante devra être déterminé en ajoutant à la valeur d'origine des titres l'abandon de créance non-déductible qui a pour effet d'augmenter la valeur de la participation détenue dans la filiale.

609. Exemple. Une société détient une créance d'un montant de 100 000 euros contre une filiale détenue à 70 %. Cette filiale, sans faire l'objet d'une procédure collective, connaît une situation nette négative avant abandon de – 30 000 euros. En cas de cession ultérieure des titres, le prix de revient des titres devra être augmenté du montant de l'abandon qui valorise la participation soit 49 000 euros (70 000 x 70%).

610. La voie de la recapitalisation. Le caractère défavorable du régime interdisant la déduction des aides autres que celles ayant un caractère commercial invite à s'interroger sur l'opportunité qui pourrait exister dans le fait, pour une entreprise voulant renflouer sa filiale qui connaît des difficultés mais ne bénéficie encore d'aucune procédure, d'avoir recours à la technique de la recapitalisation⁶⁴⁹.

⁶⁴⁶ Loi n°2012-958 du 16 août 2012.

⁶⁴⁷ CE, plén., 30 avr. 1980, n° 16253 : JurisData n° 1980-606233 ; Dr. fisc. 1980, n° 30, comm. 1642 ; Dr. sociétés 1980, comm. 238 ; RJF 6/1980, n° 467, concl. B. Martin Laprade, p. 246 ; RJF 12/1980, chron. Gambier, p. 491 ; GA, 4e éd., n° 33.

⁶⁴⁸ BOI-BIC-BASE-50-20-10-20130129, n° 60.

⁶⁴⁹ G. Dedeurwaerder, Déductibilité fiscale de la moins-value de cession des titres de participation reçus en contrepartie de l'apport à une société en difficulté, BJE, 01/09/2012, n°5, p.304.

En effet, le juge administratif a, depuis longtemps, affirmé que ce choix relève de la liberté de gestion des entreprises⁶⁵⁰.

L'apport en société n'est pas intéressant fiscalement puisqu'aucune déductibilité de l'apport n'est possible. Cette solution s'explique par le fait que l'apporteur, inscrivant à l'actif de son bilan des titres de participation pour la valeur de son apport, ne supporte aucun appauvrissement. La valeur des titres, en comptabilité, est donc égale à la valeur de l'apport.

En revanche, alors que l'abandon de créance est imposable chez la société qui en bénéficie, l'augmentation de capital ne constituera pas un produit imposable et ce conformément au principe posé par l'article 38. 2 du CGI qui prévoit que le bénéfice net d'un exercice est constitué par la différence entre la valeur de l'actif net à la clôture et à l'ouverture, diminuée des suppléments d'apports et augmentée des prélèvements effectués par les associés.

611. L'écart entre valeur réelle des titres et valeur comptable. Dans le cadre d'un apport à une société connaissant des difficultés, il est fort probable que la valeur réelle des titres ne soit pas égale à leur valeur comptable. En effet, la valeur comptable va correspondre au montant de l'apport réalisé. La valeur réelle des titres va prendre en compte les pertes de la société.

En comptabilité, une provision pour dépréciation sera passée, le bénéfice comptable en sera diminué d'autant. Mais, fiscalement, une telle dépréciation portant sur des titres de participation ne pourra être déduite. C'est la contrepartie de la « niche Copé » qui, dans le cadre de la cession de tels titres, permet l'exonération de la plus-value à condition que ces titres aient été détenus au moins deux ans et moyennant une quote-part pour frais et charges de 12%.

C'est ici que l'apporteur aurait pu espérer tirer un avantage fiscal en échappant au régime contraignant des aides interentreprises.

Suite à son apport à une entreprise en difficulté, l'apporteur qui cède ses titres dans les deux ans va dégager une moins-value résultant de la différence de valeur réelle des titres qui est très faible et de la valeur comptable des titres égale au montant de l'apport.

Cette moins-value, si elle intervient avant deux années de détention des titres de participation est en principe déductible du résultat imposable au taux normal.

En bénéficiant de ce régime, les entreprises voulant renflouer leur filiale auraient pu, en l'absence d'une procédure de conciliation ou d'une procédure collective concernant la société bénéficiaire, déduire leur aide et ainsi échapper au régime des aides à caractère financier.

⁶⁵⁰ CE, plén., 30 avril 1980, n°16253, RJF 6/80 n°467.

Il n'en est rien.

612. L'intervention du législateur. Comme il a déjà été dit, le législateur, dans la loi de finances rectificative pour 2012, dans le but d'assurer la neutralité fiscale des choix de mode de renflouement, a prévu que ne serait pas déductible la fraction de la moins-value correspondant à la différence entre la valeur d'inscription des titres en comptabilité et leur valeur réelle à la date de leur émission⁶⁵¹, lorsque la cession des titres acquis en contrepartie d'un apport intervient dans les deux ans de leur émission. Tel scénario se rencontrera lorsque la situation nette réelle de la filiale demeurera négative ou nulle après l'opération de recapitalisation.

Validation du dispositif par le Conseil Constitutionnel. Notons que le Conseil Constitutionnel a été amené à se prononcer sur la conformité à la Constitution de ce dispositif. Le Conseil a validé d'une part le fait que ces dispositions s'appliquent aux apports réalisés à compter du 19 juillet 2012, maintenant ainsi, dans un souci de loyauté favorable au contribuable, le régime tel qu'il existait avant que la mesure ne soit connue. Par ailleurs, les sages considèrent que le nouveau 2 bis de l'article 39 *quaterdecies* ne remet pas en cause le principe d'égalité devant l'impôt et les charges publiques⁶⁵².

Enfin, une autre opération est source de questions.

b) La technique du coup d'accordéon comme alternative

613. La technique du coup d'accordéon. Dans le but de résorber les pertes de la filiale, il peut être décidé d'effectuer une réduction de capital entraînant annulation des titres puis à une augmentation de capital, c'est-à-dire de procéder à un coup d'accordéon⁶⁵³.

Différentes modalités permettent de mener à bien une telle opération. Des conséquences pourraient en découler dans le cadre de la détermination du prix de revient des parts et de la fraction entrant dans le champ des moins-values à long ou court terme.

⁶⁵¹ CGI, art. 39 quaterdecies 2 *bis*.

⁶⁵² Cons. const., 17 juill. 2015, n° 2015-475 QPC, consid. 12 à 14 : Cons. const., déc. 17 juill. 2015, n° 2015-475 QPC, SA Crédit Agricole : Dr. fisc. 2015, n° 30, act. 450.

⁶⁵³ Ph. Oudenot, Fiscalité des sociétés et des restructurations 3^{ème} éd. 2016, n°1264 s.

En effet, si, d'une part, la société décide d'annuler tous ses titres puis d'opérer une augmentation de capital en créant de nouveaux titres ou si, d'autre part, elle décide de procéder à une augmentation puis à une réduction de capital par annulation des titres nouvellement créés, les titres cédés ne seront pas les mêmes. Dans le premier cas, les titres cédés seront ceux issus de l'augmentation de capital, dans le second, ce seront les titres détenus avant le coup d'accordéon.

Le prix de revient est défini par le Code général des impôts comme constitué par « la valeur d'origine »⁶⁵⁴, c'est-à-dire la valeur d'acquisition lorsque les titres ont été acquis à titre onéreux. Le Conseil d'Etat⁶⁵⁵ détermine quelle démarche est à suivre. La détermination du prix de revient doit se faire en prenant en compte à la fois le prix d'acquisition initial des parts mais aussi des apports effectués lors du coup d'accordéon, quelles qu'en soient les modalités. Comme évoqué juste avant, le prix de revient doit aussi être augmenté du montant des abandons de créance à caractère financier non déductibles consentis par la société mère à sa filiale⁶⁵⁶.

En ce qui concerne la détermination de la moins-value et de sa ventilation, E. Glaser, dans son commentaire de la décision du Conseil d'Etat citée ci-avant de 2008, rappelle l'importance de l'analyse économique adoptée par la Haute-juridiction et donc de la référence à un coût de revient. Dans le cas des abandons de créance, le juge administratif décide que leur montant vient augmenter la valeur de l'ensemble des actions détenues au prorata du nombre des actions acquises depuis plus et moins de deux ans. Peu importe la date à laquelle la dépense a été faite, le calcul de la plus ou moins-value prend en compte le prix de revient total des actions cédées. La logique du raisonnement doit s'appliquer au cas, plus complexe, du coup d'accordéon. Une ventilation de la plus ou moins-value selon le rapport entre le prix de revient des actions initialement acquises et le prix de revient total et entre le prix de revient des actions acquises lors de l'augmentation de capital et le prix de revient total⁶⁵⁷, est de rigueur.

L'approche économique retenue permet de considérer cette solution comme transposable aux coups d'accordéon entraînant modification de la valeur nominale des titres, que l'augmentation ou la réduction intervienne en premier et que l'on soit ou non en présence d'une réduction du capital à zéro.

⁶⁵⁴ Art. 38 *quinquies*, annexe III CGI.

⁶⁵⁵ CE, 26 mars 2008, n° 301413, SA Financière Fauvernier : RJF 6/2008, n°637 et CE, 22 janvier 2010, n° 311339, Prédica, RJF 3/2010, n° 320.

⁶⁵⁶ CE, 16 mars 2001, SA Rexel, n°199580, RJF 6/01 n°755.

⁶⁵⁷ E. Glaser, Conséquences fiscales d'un coup d'accordéon : une symphonie inachevée : RJF 6/2008.

614. Notons cependant que l'intervention du législateur par la voie du 2 bis de l'article 39 *quaterdecies* s'applique à toutes les cessions de titres réalisées moins de deux ans après leur souscription par voie d'apport. Dès lors, la solution ici sera la même que dans le cas d'un apport : la moins-value constatée devra être réintégrée au résultat fiscal pour la fraction égale à la différence entre le montant de la souscription et la valeur réelle des titres à la date de l'augmentation de capital⁶⁵⁸.

615. La filialisation d'une entreprise en difficulté est une solution qui présente le considérable avantage de la réversibilité. Si l'acquéreur ne parvient pas à rétablir la situation économique de la cible ou si des circonstances nouvelles se déclaraient, il sera toujours possible de céder les titres de cette dernière. Il faut y voir ici une des différences majeures avec le choix de procéder à une fusion avec l'entreprise en difficulté.

II) La fusion avec une entreprise en difficulté

616. La fusion peut être une solution efficace pour une entreprise qui souhaite regrouper au sein d'une même entité des activités exercées jusqu'alors par des sociétés différentes. L'opération est envisageable au sein d'un groupe dans le cadre d'une réorganisation ou avec une société indépendante dans une vision expansionniste ou défensive.

L'intérêt économique est majeur, essentiel, mais la fusion ne doit pas être regardée simplement de ce point de vue. La question fiscale est en effet au centre des problématiques posées par une restructuration.

Le législateur a longtemps ignoré les fusions. Elles jouissaient d'une grande liberté mais subissaient une multitude d'impositions ce qui les rendaient prohibitives. Cette situation empêchait les rapprochements d'entreprises pourtant nécessaires à leur rationalisation dans le but d'accroître leur compétitivité. Depuis 1928, un processus législatif s'est enclenché permettant une prise en compte des conséquences fiscales d'une fusion, notamment par la mise en place d'un régime de faveur⁶⁵⁹ dès 1965, profondément remanié en 2002. Parallèlement, au niveau européen, une directive relative

⁶⁵⁸ J. Chateauneuf, « L'affectation des pertes d'une filiale au débit du compte courant de la société mère : une solution d'avenir ? », Dr. Fisc. 2012, n° 42, 479.

⁶⁵⁹ Art. 210 A CGI.

notamment au régime fiscal des fusions a été adoptée dès 1990⁶⁶⁰ par le Conseil puis modifiée en 2005⁶⁶¹ visant à supprimer les barrières fiscales pouvant exister lors d'opérations entre des sociétés situées dans deux ou plusieurs Etats membres de l'Union européenne.

La présence d'une entreprise en difficulté peut constituer un obstacle, parfois de taille, à la réalisation d'une opération de fusion (A). Une fois ces difficultés surmontées, les parties sont face à un choix qui peut s'avérer lourd de conséquences (B).

A) La fusion, une opération connaissant de nombreux obstacles juridiques

617. Une entreprise en difficulté peut constituer une cible très attractive du point de vue économique. Cependant, des obstacles juridiques peuvent entraver les possibilités d'envisager une fusion. La situation de l'entreprise en difficulté va être déterminante en la matière. Il convient notamment d'étudier la situation de la société dont l'actif net est négatif (1) pour ensuite s'intéresser aux sociétés soumises à une procédure collective (2).

1) La fusion avec une société à l'actif net négatif

618. La remise en cause du mécanisme de la fusion. Une entreprise en difficulté peut avoir un actif net négatif si ses dettes s'accumulent et qu'elles viennent à dépasser son actif. Une telle situation va fortement contrarier la possibilité d'envisager la fusion.

Le mécanisme même de l'opération de fusion est remis en cause : en échange du transfert de son patrimoine par la société absorbée, ce qui constitue un apport net égal à la différence entre la valeur de son actif et le montant de son passif, ses membres reçoivent des parts ou des actions de la société réceptrice. On comprend alors la nécessité que le patrimoine de la société absorbée représente un actif net. L'augmentation de capital de la société absorbante rendant possible l'échange de titres justifie l'existence d'une contrepartie réelle sous peine d'être qualifiée de fictive et contraire au principe de réalité du capital et des apports⁶⁶².

Ces considérations semblent donc de nature à disqualifier toute fusion-absorption d'une société dont l'actif net est négatif.

⁶⁶⁰ Directive 90/434/CEE.

⁶⁶¹ Directive 2005/19/CE.

⁶⁶² J.-J. Daigre, Peut-on absorber une société ayant un actif net négatif ?, La semaine juridique entreprises et affaire n° 31, 30 juillet 1992, 165, LexisNexis.

619. La possibilité d'une fusion simplifiée. Pour autant, il convient de rappeler que toutes les fusions n'entraînent pas à une augmentation de capital. Si une société mère détient l'intégralité du capital de sa filiale, deux choix s'offrent alors à elle. Elle peut tout d'abord procéder à une fusion simplifiée, qui correspond à une fusion classique dont le formalisme est allégé. Dans ce cas, l'échange de titres est interdit. La société absorbante ne peut recevoir ses propres actions en échange de la participation qu'elle détient dans l'absorbée⁶⁶³. La société absorbante peut tout à fait recevoir un apport en nature d'une valeur négative de la société absorbée.

620. La possibilité d'une dissolution sans liquidation de la filiale. Elle peut aussi envisager une dissolution sans liquidation de sa filiale⁶⁶⁴. Cette voie présente l'avantage, outre sa simplicité, de pouvoir être placée sous le régime de faveur des fusions.

Lorsque l'actif net de la filiale est négatif, la société absorbante constatera une moins-value d'annulation des titres égale à la valeur nette comptable des titres chez la mère mais aussi une charge correspondant à l'actif net négatif reçu. Cette charge, en vertu du Code général des impôts, ne pourra être déduite fiscalement⁶⁶⁵, que l'on soit placé ou non sous le régime de faveur des fusions.

621. L'impossibilité pour l'absorbante de recevoir ses propres titres. Cependant le fait qu'une société détenant des participations dans une autre société décide d'absorber cette dernière est source de difficultés. En effet, le droit commercial ne permet pas à la société absorbante, qui était associée de l'absorbée, de recevoir à l'issue de la fusion des titres d'elle-même⁶⁶⁶. La pratique conséquente à cette interdiction consiste à ce que la société absorbante annule les titres représentatifs de l'absorbée, opération qui se compense par l'apparition dans ses comptes de l'actif net de la société absorbée résultant de la transmission universelle de patrimoine⁶⁶⁷.

Ce jeu d'écritures fera apparaître un *boni* ou un *mali* de fusion.

622. Le boni de fusion. Le *boni* de fusion est l'écart positif entre l'actif net comptable reçu par la société absorbante à hauteur de la participation détenue dans l'absorbée et la valeur comptable de cette participation. Ainsi, la perte générée par l'annulation des titres est inférieure à l'actif net reçu.

⁶⁶³ C. com., art. L. 236-3 al. 2.

⁶⁶⁴ C. civ., art. 1844-5.

⁶⁶⁵ CGI, art. 209 II *bis*.

⁶⁶⁶ C. com., art. L. 236-3 op. cit.

⁶⁶⁷ D. Gutman, Droit fiscal des affaires op. cit., p. 452.

Fiscalement, cela entraîne la constatation d'une plus-value d'annulation des titres. Si la fusion est placée sous le régime de faveur, ce boni de fusion sera exonéré d'impôt sur les sociétés⁶⁶⁸. Dans le cas inverse, la plus-value sera imposée au taux de droit commun si les conditions pour bénéficier du régime des titres de participation, c'est-à-dire une imposition à hauteur d'une quote-part pour frais et charges de 12%⁶⁶⁹, ne sont pas réunies.

623. Le *mali* de fusion. Le *mali*, à l'inverse, correspond à l'écart négatif entre l'actif net comptable reçu par la société absorbante à hauteur de la participation détenue dans l'absorbée et la valeur comptable de cette participation. Sont distingués le faux et le vrai *mali*.

Le premier peut provenir de la non-comptabilisation par la société absorbante des plus-values latentes sur éléments d'actifs chez l'absorbée.

Le règlement ANC du 23 novembre 2015⁶⁷⁰ a précisé les règles de comptabilisation et de détermination du mali technique pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2016. Comme auparavant, le mali technique doit être affecté aux plus-values latentes que comportent les actifs apportés par la société absorbée. Alors que ce mali était comptabilisé avant l'intervention du règlement précité de manière globale en compte 207 « fonds commercial », il doit désormais être affecté au bilan de l'absorbante selon les catégories d'actifs apportés auxquels il se rattache et qui sont porteur de plus-values latentes⁶⁷¹. Par ailleurs, les modifications apportées par le règlement à l'article 745-7 du PCG autorisent désormais à ce que le mali de fusion suive le traitement applicable à l'élément d'actif auquel il est affecté : le mali devient donc amortissable s'il est affecté à une immobilisation amortissable.

Fiscalement, ce *mali* ne peut être considéré comme une charge, il n'y a pas d'appauvrissement de la société absorbante.

624. Le mali de fusion – *mali* technique. Le faux *mali* peut aussi provenir du fait que la société absorbante peut avoir accepté de payer les titres de la société absorbée pour un prix supérieur à leur valeur réelle. Cette situation peut être liée au contexte de l'acquisition qui permet à l'absorbante de bénéficier de synergies particulièrement intéressantes, de la renommée de la cible... l'acquisition s'est

⁶⁶⁸ CGI, art. 210 A-1, al. 2.

⁶⁶⁹ CGI, art. 219, I, a *quinquies*.

⁶⁷⁰ Règlement ANC 2015-06 du 23 novembre 2015, homologué par l'arrêté du 4 décembre 2015.

⁶⁷¹ Art. 745-5 du PCG.

alors accompagnée de l'acquisition d'un élément incorporel. Celui-ci ne disparaissant pas lors de la fusion, il est compréhensible que le faux *mali* ne soit pas déductible fiscalement⁶⁷².

625. Le mali de fusion – vrai *mali*. Le second, le vrai *mali*, est celui qui nous intéresse ici. La valeur nette comptable des titres de la société absorbée peut être supérieure à celle de son actif net en raison d'une diminution de la valeur de la société depuis l'acquisition des titres, ce qui peut être dû à une mauvaise santé financière de l'absorbée. Un véritable appauvrissement est constaté lors de l'annulation des titres qui va générer une charge dans le compte de résultat de la société absorbante. Fiscalement, la perte sera déductible du résultat dans les conditions de droit commun. Ainsi, si les titres étaient détenus depuis plus de deux ans et avaient la nature de titres de participation, il s'agira alors d'une moins-value à long terme⁶⁷³, non déductible fiscalement.

En ce qui concerne la cas d'une entité qui détient l'intégralité du capital d'une société dont l'actif net est négatif, la fusion ou la transmission universelle de patrimoine régie par l'article 1844-5 du Code civil à l'origine de l'annulation des titres va entraîner une moins-value égale à la valeur comptable des titres représentatifs de la société absorbée mais aussi la constatation d'une charge correspondant à l'actif net négatif reçu. Cette dernière n'est pas déductible fiscalement⁶⁷⁴.

626. Prise en compte du déficit transmis pour la détermination du mali de fusion. Le conseil d'Etat⁶⁷⁵ a récemment jugé que dans le cadre d'une fusion avec effet rétroactif au 1^{er} janvier de l'année de conclusion du traité, ayant entraîné transmission des déficits de l'absorbée en vertu d'un agrément délivré par l'administration postérieurement à la fusion, la détermination du mali devait tenir compte des déficits ainsi transmis.

627. La possibilité d'inverser le sens de la fusion. Naturellement la question se pose de savoir si l'inversion du sens de la fusion peut être envisagée, c'est-à-dire de savoir si une société à l'actif net négatif peut être à l'origine d'une fusion. Cette interrogation n'est pas sans importance au regard de l'intérêt des associés de la société absorbée prospère qui vont, du fait de l'opération, contribuer aux pertes de l'absorbante. En effet, ces derniers vont recevoir des parts d'une valeur réelle inférieure à leur valeur nominale. Pourtant, lorsqu'un commissaire aux apports doit intervenir, il devra affirmer

⁶⁷² GI, art. 210 A-1, al. 3.

⁶⁷³ CGI, art. 219, I, a *quinquies* ; BOI-IS-FUS-10-50-20 n° 50.

⁶⁷⁴ CGI, art. 219, II *bis*.

⁶⁷⁵ CE, 9e et 10e ch., 18 janv. 2017, n° 389004, Sté Stago International, Dr. Fisc. 2017, n° 20, comm. 304.

que la valeur des apports correspond au moins à la valeur nominale des actions à émettre. Celle-ci est donc le plancher qui ne pourra être franchi par la valeur réelle des actions émises. S'il ne peut le faire, il ne devrait pas pouvoir rendre son rapport et le greffe pourrait alors refuser d'enregistrer les modifications statutaires⁶⁷⁶. Cependant, aucun texte n'interdit expressément une telle fusion. Il sera néanmoins nécessaire de s'assurer qu'aucun abus de majorité ou abus de droit n'est commis, le risque n'étant pas inexistant⁶⁷⁷.

628. Le recours opportun à la méthode du coup d'accordéon. Une solution garantissant plus de sécurité apparaît alors par l'assainissement de la société au capital net négatif par la méthode du coup d'accordéon. Procéder à une réduction puis une augmentation de capital permet en effet d'imputer les pertes comptables sur le capital social. En procédant ainsi, la réduction de capital étant permis jusqu'à zéro si elle est suivie d'une augmentation, il sera possible d'aboutir à une situation dans laquelle la valeur nominale des actions de la société absorbée rejoint leur valeur vénale. Pour autant, les actionnaires de l'absorbante refuseront peut-être de voir ainsi leurs droits bouleversés : ils diminuent dans la société en raison de la réduction de capital et il faudra participer à l'augmentation si les associés ne veulent pas être dilués.

La fusion avec une société dont l'actif net est négatif n'est donc pas la solution la plus aisée, les entraves juridiques sont nombreuses. Pour autant, des solutions existent et l'attrait économique justifiera parfois une telle décision.

2) La fusion avec une société soumise à une procédure collective

629. La situation peut s'avérer aussi très complexe lorsque le livre VI du Code de commerce relatif aux procédures collectives est en jeu.

630. L'absence de conséquence de l'état de cessation des paiements. Il convient tout d'abord de signaler que la société peut être au seuil du déclenchement du droit des entreprises en difficulté : ce sera notamment le cas du débiteur en cessation des paiements pour lequel aucun jugement d'ouverture n'a été prononcé. Une société peut tout à fait être en cessation des paiements sans que son actif net soit négatif. A ce stade, aucun obstacle ne peut venir contrarier l'opération de fusion. La société en difficulté et en cessation des paiements peut tout à fait être absorbée sans

⁶⁷⁶ S. Sylvestre, Une société absorbante peut-elle avoir un actif net négatif ?, BJS 2002, n° 10.

⁶⁷⁷ Voir n° 668.

qu'aucune procédure ne soit ouverte à son encontre *a posteriori*, sa personnalité morale ayant alors disparue⁶⁷⁸. De la même façon, une société en cessation des paiements peut en absorber une autre en bonne santé économique.

En dehors d'une procédure collective, la liberté prévaut en matière de fusion.

En revanche, dès que s'ouvre une procédure collective, la situation est brutalement modifiée, figée par le droit des entreprises en difficulté.

631. L'interdiction de transmission de patrimoine en cas de procédure collective. En la matière, le législateur est muet mais la jurisprudence est venue apporter de précieuses indications qui posent une interdiction générale de toute transmission de patrimoine lorsqu'une procédure collective est ouverte. En effet, dans un arrêt relatif à une dissolution-confusion régie par l'article 1844-5 du Code civil, la Cour de cassation, s'exprimant en termes généraux, refuse que le patrimoine du débiteur soit transmis ou cédé en dehors des règles d'ordre public applicables au redressement ou à la liquidation judiciaire⁶⁷⁹. Il est donc certainement ici possible d'affirmer que la Haute juridiction empêche toute transmission de patrimoine, quel qu'en soit le cadre, lorsqu'une procédure collective est en cours. Bien que l'arrêt ne fasse référence qu'aux procédures de redressement et de liquidation judiciaire, aucune explication ne justifierait un traitement différent de la procédure de sauvegarde dont le fonctionnement est proche du redressement judiciaire, l'événement entraînant son déclenchement mis à part. Une intervention du législateur sur ce point serait la bienvenue.

632. L'existence d'un plan de sauvegarde ou de redressement. La question de la faisabilité de la fusion existe aussi lorsqu'un plan de sauvegarde ou de redressement a été arrêté au bénéfice de l'entreprise en difficulté. Cet événement porteur d'espoir pour la société se traduit par une liberté retrouvée pour le débiteur qui doit cependant se soumettre au plan.

Deux cas de figure peuvent alors se présenter. L'opération de fusion peut être ou non prévue dans le plan.

633. L'opération de fusion prévue dans le plan. Dans le premier cas, la situation ne pose pas de difficulté, la fusion est prévue par le plan dont la vocation est aussi d'envisager les restructurations

⁶⁷⁸ Cass., com., 28 sept. 2004, n° 00-17.225.

⁶⁷⁹ Cass. com., 12 juill. 2005, n° 02-19.860 : JurisData n° 2006-029487 ; Bull. civ. 2006, IV, n° 174 et n° 03-14.809.

possibles, l'objectif d'une procédure collective étant aussi de permettre la réorganisation de l'entreprise. Il peut être envisagé que la société soumise au livre VI du Code de commerce soit l'absorbée ou l'absorbante.

634. L'opération de fusion non-prévue dans le plan. En revanche, dans le second cas, lorsque la fusion n'est pas prévue par le plan, sa réalisation semble difficile. En effet, l'opération entraînerait une modification substantielle du plan soumise à l'article L. 626-26 du même code qui prévoit que telle modification « *ne peut être décidée que par le tribunal, à la demande du débiteur et sur le rapport du commissaire à l'exécution du plan* ». Par ailleurs, l'avis du ministère public devra être recueilli, et seront entendus « *le débiteur, le commissaire à l'exécution du plan, les contrôleurs, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel et toute personne intéressée* ». On le comprend, le formalisme est très rigoureux et ces obstacles encouragent clairement à ce que toute décision de fusion soit prise lors de l'élaboration du plan.

La fusion avec une entreprise en difficulté peut s'avérer entravée en raison de la situation même de la cible. Si ces étapes sont franchies, se pose la question du choix du régime sous lequel la fusion doit être placée.

B) Régime de faveur ou régime de droit commun ?

635. Le choix d'un régime ou de l'autre peut avoir des conséquences fiscales importantes (1). En revanche, certains effets seront indifférents de ce choix (2).

1) Deux régimes aux effets fiscaux opposés

636. Le régime de droit commun – cessation d'entreprise. Le régime de droit commun analyse la fusion comme une cessation d'entreprise de la société absorbée⁶⁸⁰. Cette dernière doit souscrire, dans les quarante-cinq jours de publication de la fusion dans un journal d'annonces légales, à une déclaration spéciale au vu de laquelle il sera procédé à une imposition des plus-values d'apport, du bénéfice d'exploitation généré durant la période écoulée entre le dernier jour de la clôture du dernier exercice et le jour de la réalisation de la fusion sous réserve d'une clause de rétroactivité, et enfin des provisions figurant à son bilan.

⁶⁸⁰ Art. 221-2 CGI.

Les plus ou moins-values sur les éléments d'actif sont calculées par différence entre leur valeur réelle à la date de l'apport et leur valeur nette comptable. Le mode de comptabilisation de la fusion n'a aucune influence sur cette règle. Ainsi, lorsque la fusion doit être comptabilisée à la valeur comptable, les plus-values réalisées par la société absorbée devront être constatées de manière extracomptable mais n'apparaissent pas en comptabilité.

La règle selon laquelle les provisions doivent être réintégrées concerne toutes les provisions dont les dotations ont eu pour conséquence une diminution du résultat imposable. Elles deviennent, du fait de la fusion, immédiatement imposables au nom de la société absorbée.

Il est à noter que l'application du régime de droit commun peut avoir pour conséquence la perte rétroactive du régime des sociétés mères. En effet, pour que les dividendes perçus par la société absorbée et provenant de titres de participation puissent être exonérés en vertu du régime mère-filles, ces titres de participation doivent avoir été détenus pendant deux ans. Si la fusion intervient dans ce délai, l'exonération tombe et l'impôt sur les sociétés devient alors exigible, majoré des intérêts de retard.

Mais le point le plus intéressant dans le cadre de la fusion avec une société en difficulté concerne le sort des déficits de la société absorbée qui constituent une motivation, parmi d'autres, pour la société absorbante.

637. Le sort des déficits. Du point de vue de la société absorbée, pourront être imputés sur le résultat d'exploitation, dégagé depuis l'ouverture de l'exercice jusqu'à la date de la fusion, les déficits antérieurs reportables dont elle dispose.

Ce point est révélateur de l'enjeu que représente le choix entre le régime de droit commun ou le régime de faveur. Le premier présente un avantage qui sera déterminant en présence d'une entreprise accumulant d'importants déficits. En effet, l'aléa que représente l'obtention de l'agrément permettant le transfert des déficits de la société absorbée est ici fortement concurrencé lorsque la fusion est comptabilisée en valeur réelle. Dans ce cas, il sera aisé de déterminer si le montant des déficits excède le montant des plus-values de fusion comptabilisées ce qui permettra d'éviter le paiement de l'impôt. De plus, la société absorbante dégagera ainsi un supplément d'amortissement correspondant à la différence entre la valeur réelle des biens apportés et leur valeur nette comptable dans les comptes de la société absorbée⁶⁸¹.

Cependant, si la fusion est transcrite en valeur nette comptable, la société absorbante est tenue d'inscrire les éléments reçus à la valeur comptable inscrite dans les livres de la société absorbée. On

⁶⁸¹ Ph. Oudenot, Fiscalité des sociétés et des restructurations 3^{ème} éd. 2016, n° 1059.

comprend alors que la société bénéficiaire, alors qu'elle aura payé l'impôt résultant des plus-values résultant de l'écart entre la valeur réelle et la valeur comptable des biens apportés, ne pourra pas les déprécier sur leur valeur réelle.

Par ailleurs, dans le cadre du régime de droit commun, l'entreprise absorbante ne pourra en aucun cas utiliser les déficits en instance de report de la société absorbée. La créance de carry-back, détenue à raison de l'imputation de pertes sur des bénéfices antérieurement réalisés, est automatiquement transmise à la société absorbante. Cette automaticité témoigne de la réalité de la transmission universelle de patrimoine opérée au profit de la société absorbante qui perçoit la créance dont était titulaire la société absorbée envers le Trésor Public. L'entreprise qui en devient bénéficiaire pourra alors l'utiliser dans les conditions qui auraient été applicables en l'absence de transfert.

Le traitement de la créance de carry back est le même quel que soit le régime fiscal choisi pour la fusion. Il en va de manière très différente pour les déficits reportables en avant.

638. Le régime de faveur – une solution pour le transfert des déficits. Alors qu'ils ne peuvent être transférés à la société absorbante dans le cadre du régime de droit commun, le régime de faveur mis en place par le législateur depuis 1965 prévoit une situation rendant ce dernier très attractif. En effet, il est possible dans le cadre du régime de faveur de demander, préalablement à la réalisation de la fusion, l'octroi d'un agrément permettant le transfert de tout ou partie des déficits de la société absorbée. Cependant, des conditions sont imposées et sont devenues plus restrictives. Ce point fait du régime de faveur un régime préférable lorsque la société absorbée recèle de nombreux déficits et que l'octroi de l'agrément est envisageable.

Il ne s'agit pas du seul aspect militant pour le choix du régime de faveur.

639. Le sursis d'imposition. En effet, il permet d'éviter le paiement d'un impôt immédiat chez la société absorbée sur les plus-values d'apport et les provisions qui conservent leur objet n'ont plus à être réintégrées au moment de la dissolution. La société absorbée ne paye ainsi pas d'impôt du fait de la fusion. L'absence de paiement d'impôt ici ne s'analyse pas en une exonération d'un point de vue global mais plutôt en un transfert : la société absorbante en devient débitrice. On parle du caractère « intercalaire » de la fusion placée sous le régime de faveur. Le transfert de l'imposition des plus-values relatives aux biens apportés s'opère de plein droit, la société absorbée en est donc exonérée. Ces plus-values en sursis d'imposition, tant sur des éléments amortissables que non

amortissables, doivent faire l'objet d'un suivi de la part de la société absorbée et de la part de la société absorbante⁶⁸².

640. Le maintien du bénéfice du régime mère-fille. Par ailleurs, il convient de signaler que le régime de faveur permet l'absence de remise en cause du régime mère-fille du fait de la fusion, ce qui constitue une différence majeure avec le régime de droit commun. En effet, lorsque l'opération est placée sous le régime de faveur de l'article 210 A, l'article 145 du CGI prévoit que le délai de deux ans n'est pas interrompu par la fusion⁶⁸³. Ce n'est que si les titres à l'origine des dividendes soumis à ce régime sont cédés dans un délai de deux ans à compter de leur date d'acquisition ou de leur date de souscription par la société absorbée que le paiement de l'impôt sera demandé.

Enfin, il est à remarquer que le régime de faveur ne peut être choisi que si la société remplit les conditions posées par le législateur. Les sociétés absorbante et absorbée doivent être soumises à l'impôt sur les sociétés. L'article 210 A du Code général des impôts donne aussi une définition de l'opération de fusion qui s'attache aux effets de celle-ci et non à sa définition juridique.

Si les parties ne remplissent pas les conditions nécessaires, elles ne peuvent pas opter pour le régime de faveur. Si, au contraire, ces conditions sont remplies, les entreprises sont face à un choix, plus précisément une décision de gestion qui leur est opposable ainsi qu'à l'administration.

641. Le cas des fusions transfrontalières. En ce qui concerne l'application de ce régime de faveur, il convient de se demander s'il est applicable lorsqu'une fusion transfrontalière est en jeu.

Un cadre juridique régit la fusion entre une société française et une société d'un autre Etat membre de l'Union Européenne par une directive en date du 17 février 2005 abrogée et reprise par une directive du 19 octobre 2009. Pour être soumise à ces règles, les sociétés parties à la fusion doivent être des sociétés de capitaux. Sous bien des aspects, le régime est similaire à celui qui serait appliqué entre deux sociétés françaises, quelques différences existant néanmoins.

Pour ce qui est de l'application du régime de faveur, il convient d'obtenir un agrément qui ouvrira la voie à la demande de celui permettant le transfert des déficits. L'opération par laquelle une société étrangère envisage de fusionner avec une entreprise française tout en bénéficiant du régime de faveur doit se traduire par la constitution en France d'un établissement stable de la société absorbante.

⁶⁸² CGI, art. 54 septies.

⁶⁸³ CGI, art. 145, c, al. 4 : « *Le délai mentionné au premier alinéa du présent c n'est pas interrompu en cas de fusion entre la personne morale participante et la société émettrice si l'opération est placée sous le régime prévu à l'article 210 A.* »

Aussi, cet établissement stable doit-il reprendre l'intégralité des actifs et passifs de la société absorbée. C'est alors que pourra être demandé l'agrément permettant le transfert des déficits de la société française absorbée. Le déficit sera utilisable seulement par l'établissement stable français découlant de la fusion et ne sera ainsi pas imputable sur les bénéfices réalisés par la société absorbante étrangère au titre de l'activité exercée hors de France.

2) Des effets indifférents

Certains effets, eux, sont indifférents du régime fiscal choisi pour la fusion.

642. Les charges de l'absorbée nées avant l'opération. Il en va ainsi du sort des charges de la société absorbée nées avant l'opération de fusion.

Ce point n'engendre pas de difficulté lorsque les dettes contractées avant la restructuration ont été comptabilisées chez la société absorbée dans la mesure où il en a été tenu compte dans la rémunération des apports.

En revanche, il se peut que des dettes n'aient pas été prises en compte dans ses livres ce qui va entraîner une diminution du résultat comptable de la société absorbante.

Cette dernière va alors avoir pour préoccupation de voir diminuer son résultat imposable du montant de ces charges.

643. La théorie du prix d'acquisition. Le Conseil d'Etat a élaboré en la matière des principes dits « théorie du prix d'acquisition ». Cette théorie interdit la déduction des charges nées chez la société absorbée avant la date d'effet de la fusion. Il est ici considéré, bien qu'elles n'aient pas été comptabilisées, que toutes les charges de la société absorbée ont servi de base à la valorisation des apports. Les charges comptabilisées par la société absorbée ne sauraient diminuer le résultat fiscal de l'absorbante, elles n'ont d'impact que sur la valeur des capitaux propres.

Par ailleurs, la dette comptabilisée chez la société absorbante postérieurement à l'opération de fusion en charges exceptionnelles ne sera pas admise en diminution du résultat fiscal car, déjà prise en compte dans l'évaluation des apports, elle a réduit de ce fait la plus-value d'apport.

Cette théorie a fait l'objet d'une récente application dans une affaire relative à une opération de fusion dans laquelle l'enjeu concernait le traitement de l'émission par l'absorbée d'un emprunt obligataire

convertible en actions avec prime de remboursement en cas de non-conversion en actions⁶⁸⁴. La société émettrice avait comptabilisé cette émission par l'inscription dans ses livres du montant nominal de l'emprunt et avait constitué, sans la déduire, une provision au fil de l'eau visant à couvrir les risques liés au paiement des primes de remboursement selon la durée de l'emprunt. Consécutivement au traité de fusion, la société émettrice avait entendu déduire cette provision dans sa déclaration de cessation d'activité. L'administration avait considéré que qu'elle devait être réintégrée au résultat imposable de l'absorbante. En effet, dans cette affaire, les juges ont retenu le caractère peu probable du risque de devoir supporter la charge du paiement des primes de remboursement. Par ailleurs, l'argument relatif au changement de méthode de comptabilisation invoqué par la société absorbée ne pouvait être entendu dès lors que le choix de la méthode est une décision de gestion qui lui est opposable. La dette obligataire de la société se quantifiait alors au regard uniquement de la valeur nominale des obligatoires convertibles.

Parallèlement, la société absorbante qui contestait son imposition soutenait qu'elle devait constater une moins-value d'annulation égale à la différence entre le prix d'acquisition des obligations et leur valeur nominale figurant au passif de du bilan de cessation de l'absorbée.

Pour autant, le Conseil d'Etat fait une application stricte de la théorie du prix d'acquisition et retient que la valorisation de la dette obligataire qui constituait le passif de l'absorbée avait été pris en compte lors des négociations autour du traité de fusion. Pour le rapporteur public, M. Romain Victor, autoriser la déduction de la moins-value d'annulation reviendrait, en contradiction avec une jurisprudence antérieure, à admettre la déduction par une société absorbante de la charge que constituent les primes de remboursement au titre d'obligations émises par l'absorbée⁶⁸⁵.

644. La question se pose de savoir si cette théorie s'applique bien de manière indifférente que la fusion se déroule sous l'empire du régime de droit commun ou sous celui du régime de faveur. Certains auteurs⁶⁸⁶ soulignent qu'elle ne peut trouver application dans le cadre du régime de faveur. Est critiquée la formulation générale d'un arrêt du Conseil d'Etat⁶⁸⁷ ne tenant pas compte de la logique même de la période intercalaire mise en place dans le cadre de ce régime : les effets fiscaux résultant de la transmission de patrimoine sont suspendus. Cette période met en place une continuité,

⁶⁸⁴ CE, 9ème et 10ème ch., 20 juin 2016, n° 361832, SA Gecina : JurisData n°2016-012578 ; Dr. Fisc. 2016, n° 50, comm. 646, concl. R. Victor.

⁶⁸⁵ C. Acard, Fiscalité financière, Dr. Fisc., n°5-6, 2 février 2017, 147, p.17.

⁶⁸⁶ Y. Rutschmann et J. Gayral, Apports partiels d'actif, provisions et théorie du prix d'acquisition, Dr. Fisc. 2014 n°4, act. 55.

⁶⁸⁷ CE, 8e et 3e ss-sect., 25 sept. 2013, n° 356382, Sté Oddo et Cie : JurisData n° 2013-020941, Dr. fisc. 2014, n° 4, comm. 522, concl. N. Escaut.

entre la société absorbante et la société absorbée, relativement au traitement des provisions avant et après l'opération⁶⁸⁸.

645. La clause de rétroactivité. L'application d'une clause de rétroactivité permet ici de lisser les différences entre les deux régimes puisqu'elle permet d'imposer au nom de l'absorbante les produits et charges de la période intercalaire. La mise en place d'une telle clause peut être très utile dans le cadre d'une fusion mettant en scène une entreprise en difficulté. En effet, les résultats réalisés par la société absorbée pendant la période intercalaire, qui correspond à la période entre la date d'effet de la fusion et la date de sa réalisation juridique, le seront au nom de la société absorbante. Ainsi, lorsque l'activité de l'absorbée est déficitaire, l'intérêt fiscal est ici remarquable concernant les déficits générés durant cette période.

L'application de la théorie du prix d'acquisition trouve deux exceptions.

En ce qui concerne les charges ni connues ni prévisibles à la date de la fusion, le Conseil d'Etat admet que la société absorbante puisse les déduire de son résultat imposable puisqu'elles n'ont pu être prise en compte lors de l'évaluation de l'actif net apporté. Ces charges s'opposent à celles qu'il est possible de prévoir ou de connaître lors de la fusion⁶⁸⁹.

Par ailleurs, certaines charges dont le fait générateur est antérieur à la fusion pourront être déduites du fait de dispositions spécifiques qui n'autorisent leur déduction que lors de l'exercice au cours duquel elles sont engagées. Les provisions correspondantes ne peuvent pas être déduites du résultat imposable de la société absorbée, elles doivent donc pouvoir être déduites chez la société absorbée. Notamment, dans le cadre d'une entreprise connaissant des difficultés, si un licenciement économique s'avère nécessaire, la société absorbante pourra déduire de son résultat fiscal les indemnités qui auraient été dues à ce titre par la société absorbée si la fusion n'avait pas eu lieu.

646. Deux voies sont donc offertes à l'entreprise qui souhaite acquérir une entreprise connaissant des difficultés. Ce choix ne peut être fait s'il n'est pas tenu compte des impacts fiscaux du mode de rapprochement retenu.

⁶⁸⁸ M. Chadeaux, Quelle est la portée de la théorie jurisprudentielle du prix d'acquisition appliquée dans les opérations de restructuration ?, Dr. Fisc. 2014, n°4, 23 janvier 2014.

⁶⁸⁹ CE, 6 juin 2008, n° 285629, SA Gustave Muller : RJF 10/2008, n° 1058.

Section II : L'avantage fiscal tiré du rapprochement avec une entreprise en difficulté

647. La stratégie fiscale consécutive au rapprochement avec une entreprise en difficulté va s'analyser, notamment, via deux prismes. Le premier est relatif aux déficits de la société en difficulté. En effet, l'utilisation des déficits est, par principe, personnelle à l'entreprise qui les a générés. Dans la mesure où les opérations de reprise pourront affecter les possibilités d'utilisation de cette économie d'impôt clairement identifiable, il conviendra de s'assurer que son bénéficiaire est assuré (I). Ensuite, la présence d'une société en difficulté dans un groupe sera un facteur déterminant dans l'élaboration de la cartographie des flux intragroupes (II).

I) La gestion des déficits de la cible

648. La gestion des déficits va soulever des problématiques totalement différentes selon le mode de rapprochement avec la société cible en difficulté qui aura été choisie. Alors que la question des conditions d'un transfert des déficits de la cible à l'acquéreur se posera en cas de fusion (A), la présence d'une entreprise en difficulté dans un groupe fiscal permettra de réaliser une économie d'impôt (B).

A) *Fusion et gestion des déficits*

649. La principale problématique en jeu dans le cadre d'une fusion avec une entreprise en difficulté va être le sort réservé aux déficits de cette dernière.

Tout repose sur l'octroi d'un agrément administratif dont les conditions se sont récemment durcies (1). Il conviendra de se demander alors si une alternative est envisageable (2).

1) L'agrément administratif, un obstacle au transfert des déficits de la société absorbée

650. **Le durcissement des conditions d'obtention de l'agrément.** La loi de finances rectificative pour 2012⁶⁹⁰ modifie et rend plus contraignantes, pour les exercices clos depuis le 4 juillet 2012, les conditions d'obtention de l'agrément autorisant le transfert des déficits et des intérêts

⁶⁹⁰ L. fin. Rect. 2012, n°2012-958, 16 août 2012, JO 17 août, art. 16.

différés non encore déduits par la société absorbée ou apporteuse dans le cadre d'une fusion soumise au régime spécial des fusions⁶⁹¹.

En effet, ce régime permet de rendre attrayant les opérations de fusion qui, sans lui, entraîneraient une véritable cascade d'impositions. Tout particulièrement, un agrément peut être délivré par le Ministre en charge du budget pour permettre le transfert à la ou les sociétés bénéficiaires des apports des déficits et des intérêts non encore déduits par la société absorbée ou apporteuse. L'intérêt est bien sûr, pour les bénéficiaires, de pouvoir les imputer sur leurs bénéfices ultérieurs⁶⁹².

Notons que jusqu'à la loi de finances pour 2002, l'article 209, II ne prévoyait aucune condition particulière pour l'octroi de l'agrément qui était donc effectué de manière discrétionnaire par l'administration. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de se prononcer sur l'imprécision des règles liées à cet octroi⁶⁹³. Si les sages concluent que l'incompétence négative du législateur n'est pas de nature à rendre les dispositions de l'article 209, II incompatible avec la constitution, le fait que l'administration ne se base pas sur une étude objective de l'opération de restructuration en cause est contraire au principe d'égalité des contribuables devant l'impôt⁶⁹⁴. En effet, l'analyse des décisions de l'administration faisait clairement apparaître une tendance visant un refus systématique d'octroyer l'agrément aux entreprises de certains secteurs, notamment ceux de la banque et de l'assurance⁶⁹⁵.

Une double condition est donc posée lorsqu'un transfert des déficits d'une société absorbée, réalisés en amont de l'opération de restructuration, est envisagé. Pour éviter une perte des déficits due au changement d'identité de la société absorbée, il faut donc que la fusion soit placée sous le régime de faveur prévu à l'article 210 A du CGI et qu'un agrément soit demandé, préalablement à l'opération.

Il convient de préciser que la créance d'impôt sur les sociétés résultant d'un report en arrière des déficits dont serait titulaire la société cible peut être transférée à la société absorbante sans agrément et ce depuis le 1^{er} juillet 2002⁶⁹⁶. Le transfert de la créance peut donc s'effectuer de plein droit. La seule condition qui doit être ici respectée est de transférer la créance à sa valeur nominale.

⁶⁹¹ CGI, art. 210 A.

⁶⁹² CGI, art. 209, II.

⁶⁹³ Cons. const., 28 nov. 2014, n° 2014-431 QPC, Stés ING Direct NV et ING Bank NV : Dr. fisc. 2015, n° 7-8, comm. 159.

⁶⁹⁴ A. Périn-Dureau, BJS 2015, n° 7-8.

⁶⁹⁵ C. Cassan et Ph. Durand, Conformité sous réserve de l'article 209, II du CGI (rég. Ancien) relatif à l'agrément ministériel autorisant le report de déficits non encore déduits, Dr. fisc. 159, 12 février 2015.

⁶⁹⁶ L. fin. Pour 2002, n°2001-1275, 28 déc. 2001 ; CGI, art. 220 *quinquies*, II.

651. Quatre conditions cumulatives. La délivrance de l'agrément autorisant le transfert des déficits est désormais soumise à quatre conditions cumulatives. Les sociétés souhaitant mettre la main sur les déficits d'une société en difficulté devront donc être particulièrement vigilantes : l'administration n'admettra en aucun cas des opérations pouvant aboutir à un marché des sociétés déficitaires.

652. La justification économique et les motivations autres que fiscales. La première condition est particulièrement significative de cette volonté du législateur de freiner les montages des sociétés leur permettant de payer toujours moins d'impôts. En effet, l'opération doit être justifiée du point de vue économique et doit obéir à des motivations principales autres que fiscales.

La restructuration présentée fera donc l'objet d'une vérification quant à la réalité économique des motivations mises en exergue. Seul l'intérêt économique pour les sociétés en présence permettra de justifier l'opération contrairement à la recherche d'avantages, qu'ils soient patrimoniaux ou autres, pour les membres de celles-ci. L'intérêt des associés ne peut jamais être à l'origine de l'octroi d'un avantage fiscal⁶⁹⁷. Par exemple, un agrément ne pourra être délivré lorsque l'activité à l'origine des déficits n'est plus exercée au jour de la fusion et que la demande n'est pas suffisamment motivée du point de vue économique.

Aussi, l'opération ne peut-elle en aucun cas être motivée par la fraude ou l'optimisation fiscale. Ici, le risque que l'administration voit l'opération d'un mauvais œil est plus prégnant que dans le cadre de l'abus de droit décrit aux articles L. 64 et suivants du LPF. En effet, alors que dans le cadre de ce dernier, l'administration va sanctionner une opération ayant un but exclusivement fiscal, elle refusera l'agrément dès lors qu'une motivation essentiellement fiscale gouverne la fusion⁶⁹⁸.

653. L'activité à l'origine des déficits. La deuxième et la troisième condition sont relatives à l'activité à l'origine des déficits ou des intérêts dont le transfert est demandé.

L'article 209 II, b dispose « *l'activité à l'origine des déficits ou des intérêts dont le transfert est demandé n'a pas fait l'objet par la société absorbée ou apporteuse, pendant la période au titre de laquelle ces déficits et ces intérêts ont été constatés, de changement significatif, notamment en termes de clientèle, d'emploi, de moyens d'exploitation effectivement mis en œuvre, de nature et de volume d'activité* ».

⁶⁹⁷ M-A. Coudert, Fusions de sociétés, scissions de sociétés, apports partiels d'actifs – fusions proprement dites, J.CI Fiscal Impôts directs Traité, fas. 1130, 10 février 2014.

⁶⁹⁸ BOI-SJ-AGR-20-30-10-10-2013, §140.

Il est clairement compréhensible que le déficit faisant l'objet de la demande d'agrément ne puisse être que celui effectivement afférent à l'activité elle-même transférée : le législateur a ici voulu apposer un verrou supplémentaire en empêchant, au-delà du transfert des déficits d'une activité non reprise, le transfert des déficits d'une activité reprise mais qui aurait connu de profonds changements au cours de la période déficitaire.

L'origine des déficits devra donc être clairement déterminée notamment au moyen de la comptabilité analytique.

654. Le critère du changement significatif d'activité. Cette formulation de la loi marque une prise en compte de la position de l'administration qui délivrait des agréments partiels lorsque l'activité à l'origine des déficits avait cessé avant la fusion. Ainsi, si un changement significatif d'activité est constaté ou une cessation de cette dernière, les déficits générés antérieurement à cet événement ne pourront faire l'objet d'un transfert lors de la fusion.

En raison du principe selon lequel les déficits sont indéfiniment reportables, l'analyse de l'identité de l'activité peut porter sur une période très lointaine et ainsi être difficile à mener. Le Code général des impôts donne des clefs d'interprétation sur la notion de changement significatif et la doctrine administrative apporte des précisions.

La nature et le volume d'activité doivent être pris en compte. Le premier critère est qualitatif pendant que le second est quantitatif ce qui renvoie par exemple à une évolution du chiffre d'affaires.

En ce qui concerne l'emploi, une étude quantitative s'ajoute à celle des missions effectuées. Les moyens mis en œuvre peuvent être des actifs mis en œuvre, des lieux d'exploitation, par exemple. Le Bureau des agréments examinera de manière approfondie l'activité pour déterminer s'il y a eu ou non changement significatif dès lors qu'une variation d'environ 30% du chiffre d'affaires, des immobilisations ou des effectifs est relevée⁶⁹⁹.

Le simple exercice d'une activité existant au jour de la date de réalisation juridique de l'opération de restructuration ne suffira pas. Sont ici recherchées une certaine identité et continuité de l'activité pour que la totalité des bénéfices soit transférée.

655. La jurisprudence du Conseil d'Etat qui, sur cette problématique de transfert des déficits, pouvait être qualifiée d'encourageante pour les entreprises ne trouve plus à s'appliquer. Par exemple,

⁶⁹⁹ Ph. Oudenot, Fiscalité des sociétés et des restructurations 3^{ème} éd. 2016, n° 1403 : « *En pratique, il semble qu'une variation d'environ 30% du chiffre d'affaires, des immobilisations ou des effectifs incite le Bureau des agréments à demander des précisions pour déterminer s'il y a changement significatif. Dans l'affirmative, seuls les déficits nés postérieurement à ce changement pourraient être transférés à la société absorbante* ».

dans une décision du 19 septembre 2014⁷⁰⁰, la haute juridiction considérait qu'une cession préalable à la restructuration d'un des établissements exploités par la société absorbée ne justifiait pas le refus du transfert des déficits générés par cet établissement. La formulation de l'article 209, II du CGI relative au changement significatif ferme définitivement la porte à ces réactions bienveillantes⁷⁰¹

656. Le Conseil d'Etat a récemment précisé, de façon inédite, les contours de l'activité à l'origine des déficits dont il convient de tenir compte⁷⁰². Dans cette affaire, dans le cadre d'une fusion réalisée au cours de l'exercice 2012 avec effet rétroactif au 1^{er} janvier de l'année, une société absorbante demandait la délivrance d'un agrément autorisant le transfert des déficits restant à reporter au 31 décembre 2011. L'administration lui refuse au motif notamment que l'activité à l'origine des déficits aurait subi des changements significatifs au cours des exercices 2009 et 2010, position soutenue par les juges du fond. L'argument développé consistait à remarquer que l'absorbée exerçait une activité unique de production jusqu'à l'exercice clos en 2008 à laquelle s'était adjointe une activité de négoce en 2009, activité qui avait fini par devenir la nouvelle activité unique de la société en 2011. Le Conseil d'Etat considère qu'il convient, pour déterminer l'existence d'un changement significatif, de raisonner activité transférée par activité transférée et non de se référer à la stabilité de l'activité de l'entreprise prise dans son ensemble. Dès lors la Haute juridiction appelle à ne s'attacher qu'à la seule activité à l'origine des déficits, « examinée pour elle-même » pour reprendre l'expression des juges, et qu'il n'y a pas lieu de prendre en compte les autres activités, ni l'ensemble des activités envisagées comme un tout.

657. La poursuite de l'activité. Une fois l'opération de restructuration réalisée, l'article 209, II c prévoit que l'activité à l'origine des déficits doit être « *poursuivie par la ou les sociétés absorbantes ou bénéficiaires des apports pendant un délai minimal de trois ans* » et ce, sans faire l'objet d'un changement significatif.

Ce délai court à partir de la date de réalisation juridique de l'opération et l'engagement de poursuivre l'activité doit être pris par la société absorbante dans la demande d'agrément.

⁷⁰⁰ CE , 8e et 3e ss-sect ., 19 sept. 2014, n° 349084 , Sté Numéricable : Dr. fisc . 2014, n° 45, comm. 603 , concl. N . Escaut, note Ch. Ménard ; RJF 2014, n° 1087.

⁷⁰¹ Ph, Neau-Leduc, Droit fiscal, BJS 2015 n°1.

⁷⁰² CE, 8e et 3e ch., 25 oct. 2017, n° 401403, Sté Serena Caoutchouc : JurisData n° 2017-020887 ; Dr. fisc. 2018, n° 5, comm. 156, concl. R. Victor.

658. Il est compréhensible que dans le cadre d'une opération de fusion, l'entreprise absorbante pense à se séparer d'une branche d'activité ou, pour le moins, à en modifier l'activité, notamment lorsqu'il s'agit d'une entreprise connaissant des difficultés. Repenser le mode de fonctionnement, la répartition des ressources et l'allocation de dépenses sont des enjeux qui nécessitent la prise de décision et, en conséquence, l'obligation de faire des choix.

Ici, le facteur fiscal sera déterminant. En effet, lorsqu'une société absorbante abandonne une activité de la société absorbée, les déficits y afférents ne pourront pas être transférés. De manière fréquente, les déficits trouveront leur origine dans l'ensemble des activités de la société absorbée. Il appartiendra alors à la société souhaitant que les déficits lui soient transférés de prouver quelle part est imputable à chaque activité. Pour cela, le recours à la comptabilité analytique peut s'avérer utile ou le cas échéant à une autre méthode de répartition cohérente.

Seule l'activité conservée pendant trois ans permettra de voir les déficits qui en sont issus transférés. L'absorbante fera certainement le calcul entre le coût d'un tel maintien et l'économie d'impôt issue de l'utilisation des déficits en question.

659. Le changement significatif de l'activité s'analyse ici de la même manière que dans le cadre de la condition posée par le b de l'article 209, II du CGI. Une fois encore, des critères sont indiqués par le législateur pour permettre l'identification d'un tel changement : la clientèle, les effectifs, la nature et le volume d'activité et les moyens mis en œuvre.

La société absorbante qui souhaite conserver l'activité de la société absorbée pour bénéficier de ses déficits prend de véritables engagements prévisionnels figurant dans la demande d'agrément. Ces données prévisionnelles sont relatives au chiffre d'affaires, aux investissements, aux effectifs et au nombre de sites. Si des écarts importants apparaissent entre ces données et la réalité, il conviendrait d'anticiper tout contrôle en donnant les raisons de telles différences au Bureau des agréments.

660. « *Le contexte économique propre de l'opération* »⁷⁰³, selon l'expression employée par l'administration, ainsi que l'importance et la nature de l'activité reprise vont être déterminants de la qualification d'un changement significatif d'activité ou non. Pour autant, les critères dégagés ne permettent pas toujours une analyse aisée des situations. Notamment, en cas de fusion de deux sociétés dont les activités sont identiques, leur réunion risque d'entraver, quelque temps après l'opération, l'identification de celle à l'origine des déficits. Par ailleurs, une opération de restructuration telle une fusion va entraîner des synergies qui peuvent se matérialiser par l'apparition de doublons qui nécessiteront la suppression

⁷⁰³ BOI-SJ-AGR-20-30-10-10, n°160.

de certaines fonctions. Le chiffre d'affaires peut aussi être sensiblement modifié du fait de la fusion : alors que la mise en commun des moyens, des parts de marché, la réalisation d'économies d'échelle laissaient présager des conséquences économiques et financières positives, il est fréquemment constaté une baisse des résultats dans un premier temps d'adaptation. Le Bureau des agréments acceptera des modifications à la marge mais ne verra pas dans un licenciement conséquent par exemple un changement d'activité significatif.

661. Le secteur d'activité. Il convient de préciser que l'article 209, II du CGI n'est pas ouvert à toutes les activités. La quatrième condition énumérée pour bénéficier de l'agrément exclu en effet du champ d'application de l'article les activités de « *gestion d'un patrimoine mobilier par des sociétés dont l'actif est principalement composé de participations financières dans d'autres sociétés ou groupements assimilés* » ou « *de gestion d'un patrimoine immobilier* ».

Les déficits issus de la gestion d'un patrimoine immobilier ne peuvent être transférés ce qui renvoie notamment au cas où la société absorbée serait à prépondérance immobilière.

Pour ce qui est des sociétés ayant pour activité la gestion d'un patrimoine mobilier, les holdings dites pures, c'est-à-dire les sociétés dont l'activité se limite à détenir des participations, ne sont pas considérées comme ayant une activité au sens de l'article 209, II du CGI. L'absence d'activité entraîne l'impossibilité de transférer les déficits. La position de l'administration fiscale s'explique par le fait que l'activité de gestion de titre ne demande que très peu de moyens matériels et humains et ne constitue pas une activité commerciale. Cette position n'est pas strictement celle que le Conseil d'Etat⁷⁰⁴ adopte dans un arrêt relatif à un refus d'agrément du ministre pour le transfert de déficits générés avant que ne soit aménagé l'article 209, II du CGI par la loi de finances rectificative du 16 août 2012. La Haute assemblée semblait considérer que, dans le cadre d'une fusion entre une holding pure et une société détenant les titres de filiales déficitaires, le fait que l'absorbante soit une holding pure n'est pas de nature à faire obstacle au transfert des déficits si certaines conditions sont respectées notamment une conservation des titres dans les sociétés à l'origine des déficits pendant un délai de trois ans et la poursuite par ces sociétés de leur activité⁷⁰⁵.

662. Le dé plafonnement du montant des déficits transférés. Alors que les conditions d'octroi de l'agrément ont été durcies, le montant des déficits transférés a lui été dé plafonné pour les

⁷⁰⁴ CE, 8e et 3e ss-sect., 19 sept. 2014, n° 349084, Sté Numéricable : Dr. fisc. 2014, n° 45, comm. 603, concl. N. Escaut, note Ch. Ménard ; RJF 2014, n° 1087.

⁷⁰⁵ J.-L. Pierre, Transfert à la société absorbante des déficits de la société absorbée, Droit des Sociétés n°1, janvier 2015, comm. 21.

opérations réalisées depuis le 1^{er} janvier 2005. La société absorbante peut donc imputer sans limite les déficits en instance de report de la société absorbée générés par des activités maintenues.

Ces mouvements contradictoires renforcent donc l'enjeu de l'obtention difficile de l'agrément permettant de jouir de la totalité des déficits de la société absorbée. Enjeu d'autant plus important que le refus d'agrément ou l'agrément partiel ne peuvent faire l'objet que d'un recours pour excès de pouvoir.

Cependant, l'agrément, bien que représentant un élément central de l'opération de fusion, ne vaut qu'autorisation au report des déficits. Ces derniers deviennent alors imputables sur les bénéfices fiscaux de la société absorbante et sur la plus-value de fusion relative aux éléments amortissables et dont la réintégration étalée dans les résultats est nécessaire. Pour autant, l'agrément ne s'intéresse nullement à la régularité juridique de la fusion et à ses modalités. Notamment, le montant des déficits reportables déclarés ne se trouve en aucun cas sanctuarisé par l'octroi d'un agrément favorable : un contrôle de l'administration dans les conditions de droit commun est tout à fait envisageable⁷⁰⁶.

663. Le choix de la réévaluation libre des éléments d'actifs. Pour ne pas subir les contraintes et les incertitudes liées à l'obtention de l'agrément, le contribuable peut décider de procéder à une réévaluation libre des éléments d'actif en amont de la fusion dans le but d'imputer les déficits sur les plus-values dégagées par cette réévaluation. Cette technique, qui peut paraître suicidaire fiscalement sous bien des aspects, peut s'avérer utile car l'alignement des valeurs comptables sur les valeurs réelles des biens engendre une augmentation d'actif imposable qui pourra être compensée avec les déficits en report.

Cette solution, bien que permettant d'atténuer l'impact de l'impossibilité d'obtenir un agrément, ne paraît pas optimale, notamment si la société en difficulté ne dispose pas de suffisamment d'immobilisations corporelles et financières susceptibles d'entraîner une plus-value assez importante pour jouir de la totalité des déficits.

Face aux obstacles existant quant à l'utilisation des déficits de la cible, vient naturellement à l'esprit l'idée d'inverser le sens de la fusion.

2) Inverser le sens de la fusion, une alternative envisageable ?

⁷⁰⁶ BOI-SJ-AGR-20-30-10-10, §230.

664. La volonté de contourner le risque d'un agrément défavorable. Au regard des conséquences fiscales entraînées par un agrément défavorable et de conditions d'obtention toujours plus sévères, le contribuable intéressé par la fusion avec société en difficulté et dont le bénéfice des déficits pourrait faciliter la réalisation de l'opération, peut chercher à contourner la procédure mise en place par l'article 209, II du CGI.

665. La possibilité d'inverser le sens de la fusion. Ainsi, est-il possible d'envisager « d'inverser » le sens de la fusion.

En effet, s'il pourrait sembler logique, du point de vue économique, que la société la plus robuste financièrement absorbe la société déficitaire, les règles juridiques n'en restent pas moins silencieuses. Alors que le Code de commerce ne spécifie rien sur cette question, la jurisprudence n'est jamais venue interdire à une société d'en absorber une autre pour des raisons relatives à leur assise économique. Une liberté certaine en la matière étant instaurée par ce vide juridique, l'idée d'inversion de la fusion est parfaitement plausible. Elle peut même s'avérer très stratégique lorsque la société en difficulté dispose à son actif de biens intransmissibles tels certains contrats importants ou lorsque son nom a un impact fort sur le marché. Mais aussi et surtout, l'inversion du sens de la fusion aura pour conséquence que les déficits en report de la société en difficulté absorbante pourront être imputés sur les bénéfices de l'absorbée. La première conserve sa personnalité morale et ne sera soumise qu'à une augmentation de capital.

666. L'adjonction d'activité et déficits. En procédant de cette manière, la donne est modifiée. La condition pour reporter en avant les déficits antérieurs à l'opération de la société en difficulté est qu'il n'y ait pas de changement de l'activité réelle. En effet, « *le changement de l'objet social ou de l'activité réelle d'une société emporte cessation d'entreprise* »⁷⁰⁷.

Avant la loi de finances rectificative pour 2012, l'adjonction d'activité nouvelle ne devait seulement pas entraîner un changement profond de l'activité réelle de la société, ce qui était analysé en une cessation d'entreprise à l'origine de la perte du droit au report des déficits⁷⁰⁸. L'entreprise pouvait adjoindre à son activité initiale une activité nouvelle de nature différente. Désormais, les conditions pour pouvoir reporter les déficits antérieurs se sont considérablement durcies. L'opération ne doit pas entraîner, durant l'exercice de sa survenance ou le suivant et par rapport à l'exercice précédent, une augmentation du chiffre d'affaires, de l'effectif moyen du personnel ou du montant brut des

⁷⁰⁷ CGI, art. 221-5.

⁷⁰⁸ Art. 221, 5 CGI – CE, 8^{ème} et 3^{ème} ss-sect. Réunies, 18 mai 2005, n°25975, SARL Sophie B : JurisData n° 2005-080698.

actifs immobilisés de plus de cinquante pour cent. La seule exception concerne l'adjonction d'une activité strictement identique. Par ailleurs, l'entreprise qui excéderait ces seuils pour demander un agrément, préalablement à l'opération, afin de pouvoir continuer à imputer ses déficits antérieurs à l'opération, devra prouver que le projet est « *indispensable à la poursuite de l'activité à l'origine des déficits et à la pérennité des emplois* »⁷⁰⁹. Ici, l'administration fiscale dispose donc d'une large faculté d'appréciation pour attribuer ou non l'agrément.

De plus, les déficits de la société absorbante constatés au titre de l'exercice au cours duquel l'opération a eu lieu pourront être reportés en arrière mais seulement sur les bénéfices de l'exercice précédent au titre duquel le déficit est constaté et dans la limite de un million d'euros. Il conviendra de distinguer entre les déficits de l'absorbée et ceux de l'absorbante.

667. Le risque de l'abus de droit. Cependant, bien que la condition selon laquelle l'opération doit présenter un intérêt économique semble ne plus être requise ici, contrairement aux exigences entourant la demande d'agrément, l'administration dispose toujours de l'arme de l'abus de droit pour contrer une opération fictive ou dont le but serait exclusivement fiscal.

Sur le plan des principes, la Cour d'appel de Paris a eu l'occasion d'affirmer que le fait de faire absorber la société mère par sa filiale, n'a en soi, aucun caractère illicite ni artificiel⁷¹⁰.

Le Conseil d'Etat, lui, a estimé qu'un montage ne répondant à aucune justification économique est abusif⁷¹¹. Ici, la Haute juridiction condamne l'opération visant à compenser les déficits et bénéfices issus de deux sociétés coquilles. Les juges ne contestent pas le sens de l'opération choisie mais l'opération de fusion en tant que telle, en particulier le défaut de substance économique.

Mais, ici, l'arrêt est rendu sous l'empire de l'ancien article L.64 du Livre des Procédures Fiscales et aujourd'hui, la preuve de l'abus de droit découle de la démonstration d'une contrariété avec les intentions du législateur dans le but d'é luder l'impôt.

Il est à noter que les juges réfutent dans cette affaire les arguments tenant à la justification économique de l'opération au motif qu'elle serait minime comparée aux avantages fiscaux tirés. Cette

⁷⁰⁹ CGI, art. 221-5, c, ii.

⁷¹⁰ CA Paris, 1re ch., 28 déc. 1992, SCMO UTA c/ Cie nationale Air France : JurisData n° 1992-024250 ; Bull. Joly, 1993, p. 437, § 124, note P. Le Cannu.

⁷¹¹ CE, 9e et 10e ss-sect., 11 avr. 2014, n° 352999, min. c/ Garnier Choiseul Holding : JurisData n° 2014-020289 ; Dr. fisc. 2013, n° 41, comm. 477, concl. F. Aladjidi, note F. Deboissy et G. Wicker ; Dr. sociétés 2014, comm. 159, note J.-L. Pierre ; RJF 11/2013, n° 1064, chron. É. Bokdam-Tognetti, p. 883.

position est critiquable⁷¹², notamment au regard de la décision du Conseil constitutionnel⁷¹³ ayant censuré la réécriture de l'article L.64 du LPF qui prévoyait que l'abus de droit existait dès lors qu'un but principalement fiscal était démontré. Cette arme à la disposition de l'administration est divisée en deux branches : la fictivité d'une part et la fraude à la loi qui s'analyse en la recherche d'un but exclusivement fiscal et l'application littérale des textes à l'encontre des objectifs suivis par leurs auteurs d'autre part.

668. Les conditions posées par le Conseil d'Etat. Cette menace de l'abus de droit n'est pas nouvelle en la matière. Depuis 1986, le Conseil d'Etat⁷¹⁴ établit les conditions selon lesquelles le sens de la fusion peut être inversé : il doit exister un intérêt économique et l'opération ne doit pas présenter un caractère fictif. Dans cette affaire, les juges acceptent la fusion inversée, les deux conditions étant remplies, peu importe que le chiffre d'affaires de l'absorbante soit nettement inférieur à celui de l'absorbée. Ce dernier élément ne doit pas être remis en cause par une décision plus récente de la Cour Administrative d'appel de Paris⁷¹⁵ qui semblait prendre en considération le poids économique des acteurs pour justifier le sens de la fusion. Celui-ci est libre dans la mesure où un intérêt économique existe et où l'opération ne peut être qualifiée de fictive.

On comprend ainsi que si le choix du sens de la fusion peut s'avérer intéressant, la seule motivation d'éviter la demande d'agrément ne permettra pas à l'opération d'aboutir.

Les juges et l'administration sont très vigilants et n'admettent en aucun cas des montages qui ne se justifient que par la volonté de s'assurer la jouissance des déficits de la société en difficulté en la rendant absorbante de sorte à ne pas à avoir à demander d'agrément.

Très logiquement, dans les cas où d'autres considérations sont en présence, notamment une justification économique, la fusion ne pourra être contestée au motif qu'elle constituerait un abus de droit.

Une solution intéressante se dessine donc pour les entreprises qui, animées par des objectifs économiques, trouvera ici un avantage fiscal pouvant être très encourageant.

⁷¹² Ph. Neau-Leduc, BJS 2014 n°9.

⁷¹³ Cons. const., 29 déc. 2013, n° 2013-685 DC, cons. 143 : Dr. fisc 2014, n° 1-2, comm. 70.

⁷¹⁴ CE, 21 mars 1986, n° 53002, Sté Auriège : JurisData n° 1986-608026 ; Dr. fisc. 1986, n° 31, comm. 1446.

⁷¹⁵ CAA Paris, 18 juin 2007, n° 06PA01941, SA Décorative ouest : JurisData n° 2007-348587 ; Dr. fisc. 2007, n° 52, p. 18, note Fouquet.

669. Le défaut de sécurité juridique comme dénominateur commun. Toutefois, l'écueil majeur présenté par les situations décrites est le manque évident de sécurité juridique. Qu'il s'agisse de l'octroi d'un agrément ou d'une fusion à l'initiative d'une société déficitaire absorbante, aucune opération ne peut être envisagée si les conséquences fiscales ne peuvent être prédites avec assurance.

Il est nécessaire d'encourager les sociétés qui envisagent de fusionner avec des entreprises en difficulté. Il n'est pas satisfaisant de recommander d'inverser le sens de la fusion pour éviter d'avoir à obtenir un agrément dont les conditions sont trop sévères.

Par ailleurs, le marché des sociétés déficitaires ne doit en rien être facilité. L'agrément semble de ce point de vue une méthode efficace. Mais alors, les conditions doivent être aménagées lorsqu'une entreprise en difficulté est en présence. Ces sociétés qui présentent des particularités objectives et reconnues par le droit méritent le bénéfice d'un agrément moins contraignant. Cet agrément doit être de droit, il ne peut être discrétionnaire car il serait alors contraire à la constitution⁷¹⁶. Cependant, il peut être envisagé des critères plus souples que ceux relatifs à l'identité de l'activité en amont et en aval dans le cadre de l'agrément prévu par l'article 209, II du CGI.

L'utilisation des déficits de la cible est fortement contrainte lorsque la voie de la fusion est choisie. Qu'en est-il en cas de filialisation ?

B) Groupe de sociétés et gestion des déficits

670. Nous l'avons étudiée, la mise en place d'un groupe fiscal répond à des conditions précises. Il convient de s'intéresser au traitement du résultat déficitaire de la cible (1) avant de décrire comment sera déterminé le résultat d'ensemble (2).

1) Le résultat déficitaire de la cible

671. Le traitement des déficits générés par l'exploitation d'une cible, dans le cadre d'une volonté d'intégrer celle-ci au groupe fiscal de l'acquéreur, suit un raisonnement en deux temps. Il convient en effet de s'interroger sur le sort des déficits qui existaient avant l'intégration au sein du groupe (a) puis de ceux réalisés lors que la cible est effectivement intégrée (b).

⁷¹⁶ Cons. const., 30 déc. 1987, Déc. n° 87-237 DC : Dr. fisc. 1988, n° 1-2, comm. 5.

a) La non-imputation des déficits antérieurs de la cible sur le résultat du groupe

672. L'impossible utilisation des déficits nés avant l'entrée dans le groupe. Du point de vue des déficits réalisés par la société cible, le régime de l'intégration fiscale présente un inconvénient majeur⁷¹⁷. En effet, si les déficits réalisés depuis l'entrée dans le groupe sont pris en compte par la société mère pour déterminer le résultat d'ensemble, il en va autrement pour les déficits qui existaient avant l'intégration au groupe. Ils ne peuvent être imputés pour la détermination du résultat du groupe.

Cette règle a été à l'origine d'élaboration par les groupes de stratégies visant à permettre l'optimisation de l'utilisation des déficits antérieurs à l'arrivée dans le groupe de la société intégrée.

673. L'impossible réévaluation des immobilisations corporelles. Il aurait ainsi pu être envisagé de procéder, avant l'entrée dans le groupe, à une réévaluation des immobilisations corporelles de la cible. Les déficits seraient alors imputés sur le résultat imposable dégagé par l'opération. Par ailleurs, calculé à partir de la valeur réévaluée des immobilisations, le montant des amortissements en serait augmenté. Les déficits antérieurs seraient donc transformés en amortissements supplémentaires utilisables pendant la période d'appartenance au groupe, générant une répercussion positive sur la détermination du résultat d'ensemble. Cette solution est rendue impossible par le législateur qui a prévu l'obligation pour la société tête de groupe de rapporter au résultat d'ensemble la quote-part de déficits de la société intégrée « *qui correspond aux suppléments d'amortissements résultant de la réévaluation de ses immobilisations* »⁷¹⁸. La règle édictée n'aura donc un impact que si la société intégrée est déficitaire, ce qui sera certainement le cas dans l'hypothèse étudiée.

Par ailleurs, si un bien réévalué fait l'objet d'une cession, on comprend que la réévaluation, majorant le prix de revient, réduit d'autant la plus-value générée. Ici encore, le législateur vient contrer ce stratagème en prévoyant que la réduction de la plus-value résultant de la réévaluation des biens avant l'entrée dans le périmètre de l'intégration fiscale ne pourra venir accroître le déficit de la société cédant⁷¹⁹, lorsque la cession a lieu hors du groupe.

b) L'imputation des déficits antérieurs sur le bénéfice net de la cible

⁷¹⁷ P. Morgenstern, *L'intégration fiscale*, p. 25, Groupe Revue Fiduciaire, 12^{ème} éd. 2017.

⁷¹⁸ Art. 223 I, 1-b CGI.

⁷¹⁹ Art. 223 I, 3 CGI.

674. L'utilisation des déficits nés avant l'entrée dans le groupe au niveau de la cible. Si les déficits antérieurs ne peuvent être utilisés dans le cadre de la détermination du résultat d'ensemble, ils peuvent l'être pour les résultats propres de la filiale réalisés pendant la période d'appartenance au groupe. Les déficits antérieurs peuvent être imputés dans les conditions de droit commun sur les résultats bénéficiaires de la filiale.

675. La question de l'ordre d'imputation. Certaines sociétés têtes de groupes fiscalement intégrés, ont soulevé une question quant à l'ordre d'imputation des déficits reportables et des charges d'amortissement constatées au cours de l'exercice. En effet, l'imputation prioritaire des premiers revient à accélérer leur utilisation et à les transformer, à hauteur des amortissements de l'exercice, en déficits transmissibles à la tête de groupe pour la détermination du résultat d'ensemble. Le Conseil d'Etat⁷²⁰ a été amené à se prononcer sur ce point, confirmant la décision de la Cour Administrative d'appel de Versailles⁷²¹ qui s'opposait à la solution retenue par un Tribunal Administratif⁷²² autorisant la déduction des déficits antérieurs à l'intégration, indifféremment, avant ou après la déduction des amortissements de l'exercice. Il est rappelé que les déficits antérieurs sont imputables sur le bénéfice imposable de l'entreprise qui s'entend comme le bénéfice déterminé après déduction de toutes les charges effectivement déductibles⁷²³, ce qui comprend les amortissements⁷²⁴.

Les déficits fiscaux de la cible peuvent donc faire l'objet d'une utilisation limitée par le groupe intégré notamment lorsqu'ils ont été réalisés avant l'entrée de l'entreprise en difficulté dans le périmètre de l'intégration. Il convient d'apprécier dans quelle mesure ces déficits auront un impact sur le résultat d'ensemble.

2) Le résultat du groupe

676. La constitution d'un résultat d'ensemble. La conséquence majeure de l'option pour le régime de l'intégration fiscale est de rendre la société tête de groupe seule redevable de l'impôt sur les sociétés dû sur le résultat d'ensemble. Les sociétés qui sont membres du groupe sont

⁷²⁰ CE, plén. fisc. 10 avr. 2015, n° 369667, SA Fayat : Dr. fisc. 2015, n° 28, comm. 457.

⁷²¹ CAA Versailles, 6e ch., 4 avr. 2013, n° 11VE03914, min. c/ SA Fayat : Dr. fisc. 2013, n° 30, comm. 390, note S. Rudeaux ; RJF 10/2013, n° 915.

⁷²² TA Montreuil, 1re ch., 22 sept. 2011 n° 1008403, SA Fayat.

⁷²³ Art 38 et 39, CGI.

⁷²⁴ P. Fumenier, « Déficit fiscaux antérieurs : imputation sur le bénéfice net établi après déduction des charges d'amortissement de l'exercice », Dr. Fisc. 2015, n°28, comm. 457.

solidairement tenues du paiement de l'impôt à hauteur du montant qu'elles auraient à payer si elles étaient imposées isolément. L'impôt payé par la société tête de groupe sera déterminé sur la base du résultat d'ensemble du groupe. Ce dernier est déterminé en deux temps : chaque société du groupe commence par établir la déclaration de son propre résultat puis la société mère déclare le résultat de groupe obtenu par agrégation des résultats individuels et retraitements effectués afin d'éviter les doubles déductions et les doubles impositions dans un objectif de neutralité fiscale.

677. Les conventions fiscales et économies d'impôt. Lorsque le résultat d'ensemble est bénéficiaire, l'intérêt de l'existence au sein du groupe de sociétés générant des déficits est clairement perceptible. Les déficits d'une des sociétés viendront en effet diminuer le résultat d'ensemble et donc l'impôt dû par la société intégrante.

Cependant, il convient de déterminer qui bénéficiera effectivement de l'économie d'impôt ainsi réalisée. La réponse à cette interrogation va varier selon la convention d'intégration fiscale qui aura été choisie par le groupe. En effet, on décompte quatre grandes catégories de conventions qui ont des conséquences sur la qualité du bénéficiaire de l'économie d'impôt⁷²⁵.

Une première entraîne une contribution de chaque société au paiement de l'impôt sur les sociétés, à hauteur de l'imposition qui aurait été due en l'absence de régime de groupe. Ici, la société bénéficiant de l'économie d'impôt générée par la présence de déficits est la société tête de groupe, la société déficitaire ne percevra aucune réallocation de cette économie.

Le deuxième type de convention est, lui, plus favorable à la société en difficulté. Le principe de la contribution à l'impôt payé en fonction de l'impôt qui aurait été dû en l'absence d'intégration fiscale ne vaut que pour les sociétés bénéficiaires. Il s'ensuit que la société déficitaire bénéficiera de l'économie d'impôt par le jeu d'une réallocation de cette économie par la mère.

La troisième catégorie vise à répartir de façon égalitaire l'économie d'impôt entre les sociétés bénéficiaires du groupe qui se voit contribuer à la charge d'impôt au prorata de leur résultat.

Enfin, la quatrième catégorie de convention est celle qui reflète le plus la qualité de seule redevable de l'impôt de la société tête de groupe. Cette dernière supportera seule la charge de l'impôt, les sociétés membres n'y contribueront pas.

⁷²⁵ Ph. Oudenot, *Fiscalité des sociétés et des restructurations* 3^{ème} éd. 2016, n° 678.

678. L'évolution de la doctrine administrative. Le choix de la convention n'est donc pas sans incidence sur le bénéficiaire de l'économie d'impôt et il ne l'était pas non plus au regard de l'administration fiscale. En effet, dans sa doctrine⁷²⁶, cette dernière estimait que chaque société du groupe devait supporter une charge d'impôt équivalente à celle qu'elle aurait supportée si elle n'avait pas été membre du groupe. Cette solution n'entraînait pas de conséquence en présence d'une convention de première catégorie.

En revanche lorsqu'était prévue une réallocation de l'économie d'impôt au profit des sociétés déficitaires ou des sociétés bénéficiaires, celle-ci pouvait être qualifiée de subvention et devait alors être déclarée et neutralisée pour la détermination du résultat d'ensemble.

L'administration⁷²⁷ qui contestait la possibilité d'une indemnisation et la regardait comme imposable entre les mains de celle qui en bénéficiait n'est pas restée sur cette position. Le Conseil d'Etat a en effet, en 2009, considéré que l'administration fiscale n'était pas fondée à contester la validité d'une clause d'une convention d'intégration fiscale prévoyant l'indemnisation visant à compenser pour une filiale la perte du droit à bénéficier des déficits transférés durant la période d'appartenance au groupe⁷²⁸. De ce même arrêt, il a par ailleurs jugé que cette indemnité n'avait pas le caractère d'une subvention imposable, se fondant ici sur une de ces jurisprudences relatives à une indemnité d'assurance visant à compenser les pénalités fiscales, indemnité dont le traitement fiscal suivait celui de la perte ou la charge qu'elle servait à compenser⁷²⁹. La transposition de ce principe à l'indemnité reçue par une filiale qui quitte un groupe d'intégration fiscale à raison de l'impôt qu'elle devra acquitter, impôt sur lequel elle aurait pu imputer ses propres déficits, amène à considérer cette indemnité comme non-imposable.

Par la suite, le Conseil d'Etat⁷³⁰ admet la répartition de la charge d'impôt entre les sociétés membres du groupe et la libre réallocation de l'économie d'impôt réalisée. Dans l'affaire en cause, les juges considèrent que la convention peut prévoir une conservation temporaire de l'avantage dont certaines sociétés bénéficient du fait du régime, avantage qu'il conviendrait de restituer lorsque les sociétés

⁷²⁶ Doc. Adm. DGI, 4 H-6672, n° 25 et 26, 12 juillet 1997.

⁷²⁷ BOI-IS-GPE-30-30-10, n°240 : « Le Conseil d'État consacre ainsi le principe de libre répartition de la charge d'impôt sur les sociétés entre les sociétés du groupe, infirmant par là-même le caractère obligatoire du mode de répartition retenu par l'ancienne doctrine administrative. La doctrine précitée est en conséquence rapportée. »

⁷²⁸ CE, 8e et 3e ss-sect., 11 déc. 2009, n° 301341, Sté GE Healthcare Clinical Systems : JurisData n° 2009-081571 ; Dr. fisc. 2009, n° 52, comm. 603, concl. L. Olléon, note O. Fouquet et Ph. Durand ; RJF 2/2010, n° 107 ; BGFE 2010, n° 1, p. 3, obs. F. Donnedieu de Vabres.

⁷²⁹ CE, sect., 12 mars 1982, n° 17074, SA X : Dr. fisc. 1982, n° 23, comm. 1228 ; D. 1982, p. 464, note J. Schmidt et F. Bénac-Schmidt ; RJF 1982, n° 334, concl. O. Schrameck.

⁷³⁰ CE, 12 mars 2010, n° 328424, Sté Wolseley Centers France, Dr. Fisc. 2010, comm. 272, concl. L. Olléon.

déficitaires grâce auxquelles l'avantage a pu être octroyé, cesseraient de l'être. La Haute juridiction considère néanmoins que la répartition pourrait constituer un acte anormal de gestion si certaines limites ne sont pas respectées : la répartition ne peut pas se faire sans prise en compte des résultats réalisés par les sociétés membres.

Par ailleurs, aucune répartition ne saurait porter atteinte à l'intérêt social d'une société membre ni même à celui des associés minoritaires.

Les juges du Palais-Royal ont par ailleurs considéré, dans deux décisions, qu'une indemnisation, dont les principes ont été définis dans la convention d'intégration mais pas les modalités, soit négociée a posteriori et que l'économie d'impôt résultant de la présence de sociétés déficitaires leur soit annuellement redistribuée au prorata de leur contribution à cette économie⁷³¹.

En ce qui concerne la situation de la société tête de groupe dans le cadre de convention, le fait pour elle, dans une convention de quatrième catégorie, de voir sur elle seule peser le poids de l'impôt n'est pas de nature à constituer un acte anormal de gestion⁷³² : le fait de ne pas demander aux filiales une contribution ne sous-entend pas l'octroi d'une subvention indirecte. Les filiales peuvent cependant être indemnisées en cas de sortie de la perte réalisée en conséquence de l'impossibilité d'utiliser les déficits générés pendant la période d'appartenance au groupe.

679. Dans une décision récente⁷³³, le Conseil d'Etat a complété le corpus jurisprudentiel en faveur d'une liberté certaine au sein des groupes d'intégration fiscale. D'une part, les juges apportent un nouvel assouplissement aux règles de formalisme en considérant qu'une simple note issue de la direction fiscale de la société mère puisse déroger à la convention. D'autre part, pour ce qui est de la notion d'intérêt social, et plus particulièrement de l'intérêt social de la société tête de groupe, cet intérêt doit être apprécié de façon globale et non sur la base d'une opération isolée de répartition de la charge ou de l'économie d'impôt.

680. L'appartenance à un groupe fiscalement intégré d'une entreprise déficitaire est donc un atout notable. Les déficits dégagés peuvent en effet venir réduire le résultat imposable d'ensemble,

⁷³¹ CE, 8e et 3e ss-sect., 24 nov. 2010, n° 334032, min. c/ Sté Océ NV et CE, 8e et 3e ss-sect., 24 nov. 2010, n° 333867, Sté Saga et n° 333868, Sté Saga Air Transport : JurisData n° 2010-024089 : Dr. fisc. 2011, n° 10, comm. 245, concl. L. Olléon, note P. Durand et O. Fouquet ; Dr. sociétés 2011, comm. 41, note J.-L. Pierre ; RJF 2/2011, n° 150 et 151 ; BGFE 1/11 p. 4, obs. J. Turot.

⁷³² CE, 5 juillet 2013, n° 351874, Sté Kingfisher International France Limited : RJF 10/2013, n°914, concl. V. Daumas et CE, 3e et 8e ss-sect., 5 juill. 2013, n° 356781, min. c/ Sté Décathlon : Dr. fisc. 2013, n° 42, comm. 483, concl. V. Daumas, note O. Fouquet et Ph. Durand ; RJF 10/2013, n° 914.

⁷³³ CE, 8e et 3e ch., 13 oct. 2016, n° 388410, SA Safran : Dr. fisc. 2016, n° 47, comm. 602, concl. B. Bohnert, note Ph. Durand.

généralisant ainsi une économie d'impôt. Par ailleurs, notons que, dans l'intégration fiscale les déficits réalisés depuis son entrée dans le groupe par une société ne sont plus reportables sur ses propres résultats⁷³⁴, ils appartiennent au groupe. Un changement d'activité de la société à l'origine de ces déficits n'aura donc pas les conséquences généralement attachées à un tel événement, à savoir leur tombée en non-valeur.

Enfin, la société tête de groupe étant seule redevable de l'impôt, a la possibilité d'utiliser les crédits d'impôts perçus par les sociétés intégrées⁷³⁵ ce qui constitue un avantage majeur lorsqu'une société déficitaire est en présence.

681. L'intégration fiscale est donc un outil efficace de gestion des déficits d'une société cible notamment en permettant de réaliser des économies d'impôts. Par ailleurs, il est important d'évoquer le régime des aides inter-entreprises qui au cœur des problématiques de groupe et qui connaît une dimension particulière lorsqu'un des membres de ce groupe est une entreprise en difficulté.

II) La gestion des aides inter-entreprises

682. Une société qui fait l'acquisition d'une entreprise en difficulté en envisageant son retournement dispose de plusieurs solutions pour parvenir à ses fins. Le plus souvent, le renflouement de la cible se fera par le biais d'une aide se traduisant fréquemment par l'abandon d'une créance impayée ou par l'octroi d'une subvention. Un choix différent peut être fait, celui d'augmenter les capitaux propres de la cible.

Comptablement et fiscalement, ces options n'auront pas les mêmes conséquences que l'on se place du point de vue de la société en difficulté ou de la société à l'origine de l'aide. En effet, en fonction de la nature de l'aide, celle-ci sera ou non déductible chez la société qui l'octroie et sera toujours imposable pour la société qui la reçoit, à condition, bien entendu, qu'elle soit bénéficiaire. La recapitalisation ne connaît pas le même traitement. L'augmentation de capital ne génère pas un produit taxable chez la société qui en bénéficie et se traduit par une inscription de titres chez celle qui y participe en contrepartie des liquidités dégagées, ce qui n'est pas d'influence sur le résultat comptable.

L'intérêt de l'une ou l'autre des méthodes va donc en partie dépendre du traitement fiscal qui sera réservé à l'aide. Si celle-ci n'est pas déductible, il pourra être intéressant d'envisager une augmentation de capital. Dans la mesure où le choix entre les deux méthodes n'est pas neutre fiscalement, se pose

⁷³⁴ Art. 223 E CGI.

⁷³⁵ Art. 223 O CGI.

la question de la liberté de ce choix, notamment au regard des limites posées par l'acte anormal de gestion et de l'abus de droit. Le Haute-Juridiction se prononce en faveur d'une liberté de gestion dans le choix du mode de renflouement de la société en difficulté⁷³⁶.

L'article 17 de la loi de finances rectificative du 16 août 2012⁷³⁷ est venu bouleverser le régime des aides accordées entre entreprises afin de réduire l'utilisation des règles dans un but d'optimisation fiscale.

Une brève explication du régime des aides interentreprises (A) s'impose avant d'analyser le cas des aides accordées aux entreprises en difficulté (B).

A) Un régime général de rigueur

683. Deux catégories d'aides sont classiquement distinguées (1). Cette distinction est très actuelle puisqu'en fonction de la catégorie à laquelle l'aide appartient, un régime totalement différent devra être à s'appliquer (2).

1) Une distinction entre les différentes aides très actuelle

684. Le texte n'a pas aboli la distinction classique qui existe entre les aides à caractère financier et les aides commerciales.

685. Les aides à caractère financier. Les premières répondent à une logique patrimoniale. Le lien capitalistique existant entre la société émettrice de l'aide et la société aidée explique que la première agisse dans l'optique de maintenir la valeur des participations qu'elle détient dans la deuxième. La nature financière est donc basée sur trois critères selon la doctrine administrative⁷³⁸. L'existence d'un lien capitalistique entre la société qui reçoit l'aide et celle qui l'octroie est primordiale. Par ailleurs, elle ne doit pas s'inscrire dans le cadre de relations commerciales. Enfin, les motivations ayant entraîné la décision de l'octroyée doivent être principalement financières, c'est-à-dire qu'elle découle directement des liens financiers et se traduit par exemple par une volonté de maintenir la valeur des participations d'une filiale. La société à l'origine de l'aide va souvent agir dans le but de maintenir son image de marque ou son renom.

⁷³⁶ CE, 30 avril 1980, n° 16.253 – RJF 1980, n° 6, p. 246.

⁷³⁷ L. fin. rect. 2012, n° 2012-958, 16 août 2012, art. 17, obs. P. Fumenier et C. Maignan : JO 17 août 2012, p. 13479.

⁷³⁸ BOI-BIC-BASE-50-10.

686. Les aides à caractère commercial. Les aides à caractère commercial, elles, interviennent dans un cadre où la nature du lien unissant les sociétés est différente. Une société va en aider une autre car il existe soit une relation de fournisseur dont les approvisionnements sont essentiels, soit une relation de clientèle et il s'agira alors de préserver des débouchés commerciaux. Il peut être stratégique pour une entreprise qui risque de voir disparaître un client important d'abandonner la créance qu'elle détient sur lui ou de lui accorder une subvention.

Cette distinction est nette, cependant, il se peut que des relations d'affaires soient entretenues entre des sociétés d'un même groupe. La qualification de l'aide versée par la société mère à sa filiale en difficulté sera alors plus compliquée à déterminer. Cette question a été traitée par le Conseil d'Etat⁷³⁹ qui, interrogé sur la nature de l'aide consentie par une société mère qui fabriquait les produits que sa filiale commercialisait, s'est attaché à vérifier le caractère essentiel ou accessoire de cette relation en en appréciant l'importance au regard de l'activité globale de la société mère : ici les juges qualifiaient d'aide commercial l'abandon de créance consenti à une filiale à 100% dans la mesure où cette aide permettait essentiellement le maintien de l'activité commerciale de la société mère. Cette analyse a permis, a contrario, à la Haute juridiction de qualifier récemment une aide comparable d'aide financière car la disparition de la filiale n'était pas de nature à altérer de manière significative l'activité commerciale de la société mère⁷⁴⁰.

687. En 2018, le Conseil d'Etat est venu apporter quelques précisions utiles sur la qualification des aides⁷⁴¹. Dans cette affaire, une société holding d'une coopérative laitière avait consenti des abandons de créances à des filiales auxquelles elle facturait des prestations afférentes à sa mission de centrale d'achats et de ventes. Pour déterminer la nature de l'aide, le Conseil d'Etat articule un raisonnement en trois temps. Tout d'abord, en termes de nature, les prestations offertes par la holding qui comprennent notamment une activité de référencement, peuvent être qualifiées de relation commerciale. Ensuite, sur le plan de l'importance de l'activité en cause, les juges retiennent que cette activité représentait une part prépondérante du chiffre d'affaires de la société aidante. Enfin, pour ce qui est de l'intérêt de la holding d'octroyer une telle aide, la Haute juridiction considère

⁷³⁹ CE, plén. 27 novembre 1981, n° 16814, RJF 1/1992, p.8.

⁷⁴⁰ CE, 27 octobre 2010, n° 325281, Caisse d'Epargne de Lorraine Champagne-Ardenne, RJF 1/2011, n° 22.

⁷⁴¹ CE, 9e et 10e ch., 7 févr. 2018, n° 398676, SARL France Frais. V. A. Colonna d'Istria, Quels critères pour déduire fiscalement un abandon de créance à caractère commercial?, Option Finance 2018, n° 1456, p. 39.

que la défaillance éventuelle d'une des sociétés bénéficiaires aurait pu amputer de manière significative l'activité de la holding. L'aide était donc à caractère commercial.

688. La nature d'une aide peut s'apprécier au-delà de nos frontières. Une aide consentie à une société étrangère dans le but de développer de nouveaux marchés peut revêtir le caractère d'aide commerciale⁷⁴² à condition que soit démontrée la rationalité économique d'un tel développement⁷⁴³.

689. L'ancien critère central de l'intérêt de l'entreprise. Avant l'adoption de la deuxième loi de finances rectificative pour 2012, le critère essentiel gouvernant la déductibilité de l'aide accordée, chez l'entreprise émettrice, résidait dans l'intérêt de l'entreprise.

La sanction à laquelle l'administration avait donc le plus souvent recours était celle de l'acte anormal de gestion.

690. Le cas des aides intra-groupe. Dans ce cadre, la recherche de la contrepartie retirée par l'entreprise émettrice de l'aide était essentielle et a pu donner lieu à interrogations. Notamment, il était légitime de se demander si l'aide accordée à une entreprise connaissant des difficultés appartenant à un même groupe que l'entreprise émettrice de l'aide n'était pas de facto octroyée dans l'intérêt de cette dernière, puisque tout au moins dans l'intérêt du groupe.

Pour autant, la jurisprudence, en droit fiscal, s'est toujours refusée à assimiler l'intérêt de l'exploitation à l'intérêt du groupe⁷⁴⁴. Cette solution, en décalage avec la réalité économique de la gestion de groupe et analysée au travers du prisme du réalisme du droit fiscal, peut sembler surprenante. Cependant, elle est justifiée par l'essence même de la théorie de l'acte anormal de gestion qui s'appuie sur une appréciation de la masse imposable. C'est au regard de cette masse imposable que pourra être caractérisée l'existence d'un acte anormal de gestion : l'appauvrissement de la masse imposable doit être contrebalancé par une contrepartie pour que la dépense ne soit pas analysée comme étant anormale.

⁷⁴² CE, 30 mars 1987, n° 52754, Labo Industries, Dr. Fisc. 1987, comm. 1434.

⁷⁴³ CE, 11 avr. 2008, n° 281033, SA Guerlain : JurisData n° 2008-081311 ; Dr. fisc. 2008, comm. 302, concl. C. Vérot, note M. Taly.

⁷⁴⁴ F. Deboissy, Acte anormal de gestion et groupes de sociétés : orthodoxie juridique versus réalisme économique ? : Écrits de fiscalité des entreprises, Études à la mémoire du professeur Maurice Cozian : LexisNexis, Litec, 2009, p. 263.

Cette solution a été par exemple appliquée dans le cadre d'aides consenties entre sociétés sœurs qui n'entretenaient aucune relation commerciale au seul nom de l'intérêt du groupe⁷⁴⁵.

691. Il faut rappeler que, malgré la volonté de la Cour d'appel de Paris d'ouvrir une brèche en ce sens⁷⁴⁶, le Conseil d'Etat rappelle que le régime de l'intégration fiscale qui permet la détermination d'un résultat de groupe ne fait pas exception à la rigueur du droit fiscal en la matière⁷⁴⁷. En effet, dans l'intégration fiscale il n'est pas dégagé à proprement parler un résultat de groupe. La consolidation fiscale consiste uniquement en une addition des résultats de différentes sociétés du groupe, résultats qui sont calculés au niveau de chacune d'elles. L'absence d'exception à la règle dite de « *l'égoïsme sacré* »⁷⁴⁸, dans le cas de l'intégration fiscale a été critiquée par certains⁷⁴⁹ qui plaident pour la reconnaissance d'un intérêt du groupe⁷⁵⁰.

692. Notion d'intérêt de l'entreprise et entreprise en difficulté. Dans le cas de l'octroi d'une aide à une entreprise en difficulté, la solution sera identique : l'entreprise qui accorde l'aide devra être en capacité de prouver qu'elle avait un intérêt propre à la consentir⁷⁵¹. Par ailleurs, le redressement de l'entreprise qui bénéficie de l'aide devra directement profiter à la société qui l'octroie, et non à une société tierce⁷⁵².

693. La distinction entre les différentes aides est utile notamment au regard du nouveau régime relatif aux aides interentreprises prévu par le législateur.

⁷⁴⁵ CE, 9e et 10e ss-sect., 1er mars 2004, n° 237013, Sté AS Représentation : JurisData n° 2004-080491 ; Dr. fisc. 2004, n° 37, comm. 669, concl. G. Goulard.

⁷⁴⁶ CAA Paris, 10 déc. 2004, Sté SEEE, concl. F. Bataille. - CAA Paris 21 janv. 2005, Sté Sias France : RJF 2005, n° 433.

⁷⁴⁷ CE, 10 mars 2006, n° 263183, Sté Sept : Juris-Data n° 2006-080848 : Dr. fisc. 2006, n° 21-22, comm. 414, concl. F. Sénors, note J.-L. Pierre. - CE, 28 avr. 2006, n° 277572, Min. c/ SEEEE : RJF 7/06, n° 836. - CE, 8e et 3e ss-sect., 28 avr. 2006, n° 278378, Min. c/ Sté Atys France : Dr. fisc. 2006, n° 44, comm. 706.

⁷⁴⁸ J. Turot : RJF 1989, p. 263.

⁷⁴⁹ B. Boutemy et E. Meier, Acte anormal de gestion et intégration fiscale : vers la prise en compte de l'intérêt de groupe : LPA 2005, n° 46, p. 3.

⁷⁵⁰ A. Legendre, Plaidoyer pour la reconnaissance en droit fiscal de l'existence d'une part, non détachable de l'intérêt du groupe auquel elle appartient, de l'intérêt propre d'une société : Dr. fisc. 2006, étude 10.

⁷⁵¹ CE, 9e et 10e ss-sect., 26 févr. 2003, n° 223092, Sté Pierre de Raynal et Cie : JurisData n° 2003-080285 et n° 223293, Sté Pierre de Raynal et Cie : JurisData n° 2003-080286 ; Dr. fisc. 2003, n° 24, comm. 436, concl. G. Goulard ; RJF 5/2003, n° 607, concl. G. Goulard, p. 403.

⁷⁵² CE, 3e et 8e ss-sect., 30 mai 2007, n° 285575, SA Peronnet : JurisData n° 2007-081191 et n° 285573, SARL Peronnet et a. : JurisData n° 2007-081192 ; Dr. fisc. 2007, n° 46, comm. 958, concl. F. Sénors, note A. Bonnet.

2) Une distinction entre les régimes des différentes aides

694. Les aides à caractère commercial, seules déductibles fiscalement. La loi de finances rectificative pour 2012, en son article 14, énonce « *sont exclues des charges déductibles pour l'établissement de l'impôt les aides de toute nature consenties à une autre entreprise à l'exception des aides à caractère commercial* ».

Le législateur, par cette phrase lapidaire qui complète l'article 39 du Code Général des Impôts, consacre donc la différence qui existe entre les aides à caractère commercial et les autres aides⁷⁵³.

695. Désormais, ne sont déductibles que les aides à caractère commercial, à l'exception de toutes les autres aides. L'exclusion est très vaste puisqu'au-delà des aides à caractère financier, qui sont clairement visées, ne pourront pas non plus être déduites toutes les autres aides qui viendraient à apparaître. Le législateur se protège ici d'une déduction d'aides qui n'auraient pas encore été identifiées.

Ces aides autres que commerciales peuvent être de nature très variable. Il peut en effet s'agir de subventions, d'abandons de créances, des prêts ou des avances, des prestations sous-facturées...

L'aide commerciale qui intervient dans le cadre d'une gestion commerciale normale, c'est-à-dire comportant des contreparties suffisantes et qui, en ce sens n'est pas révélatrice d'un acte anormal de gestion, est donc entièrement déductible pour l'entreprise qui émet l'aide et imposable pour l'entreprise qui en bénéficie.

696. Le cas de l'aide à une filiale étrangère. La solution pourra être, sous certaines conditions, identique, même si la filiale bénéficiant de l'aide est à l'étranger. Sur ce point la jurisprudence a évolué. A l'origine, le Conseil d'Etat refusait, selon une application stricte du principe de territorialité, la déduction de l'aide consentie à la filiale étrangère ce qui serait revenu à délocaliser en France la perte subie à l'étranger⁷⁵⁴. Pour autant, cette position a été assouplie et la Haute juridiction considère que le critère à prendre en compte est l'intérêt de l'aide pour l'activité exploitée en France⁷⁵⁵ : si la filiale participe à son maintien et à son développement, l'aide pourra être déductible. Ainsi, cette solution

⁷⁵³ P. Fumenier et C. Maignan, Non-déductibilité des aides à caractère financier, Dr. Fisc 2012, n°36, comm. 406.

⁷⁵⁴ CE, 14 mars 1984, n° 33188, Dr. Fisc. 1984, comm. 1416.

⁷⁵⁵ CE, 30 mars 1987, Labo Industries, n° 52754, Dr. Fisc. 1987, comm. 1434.

s'appliquera dans le cas où l'aide est versée à une société étrangère dans le but de développer de nouveaux marchés à l'étranger.

697. La théorie du risque manifestement excessif. Par ailleurs, en ce qui concerne l'application de la théorie de l'acte anormal de gestion aux actes aléatoires, la jurisprudence avait étoffé les modalités d'appréciation de ce qu'elle appelle une prise de risque manifestement excessif. Apparue dans les années 1980⁷⁵⁶, cette notion qui s'analysait au vu de disproportion entre l'engagement pris par une société et l'avantage qu'elle était susceptible d'en tirer, avait été réaffirmée par le Conseil d'Etat en 1990⁷⁵⁷. Il ressortait notamment de cette dernière décision que le risque manifestement excessif se situait dans la « zone grise »⁷⁵⁸ entre d'une part le principe de liberté de gestion du chef d'entreprise et le principe de non-immixtion de l'administration dans la gestion de l'entreprise et, d'autre part, la possibilité pour l'administration de contester un acte qui se révèle avoir été accompli pour des motifs étrangers à l'intérêt de l'entreprise.

Mais cette notion avait connu une véritable recrudescence lors de la crise économique de 2008. Le Conseil d'Etat réaffirmait alors, comme le souligne avec justesse le professeur Deboissy, le principe selon lequel « l'entreprise peut prendre un risque et en tirer toutes les conséquences fiscales, à condition toutefois que ce risque ne soit pas manifestement excessif »⁷⁵⁹. Au fil des décisions, des critères d'appréciation du risque manifestement excessif ont été admis. Notamment, avait été clairement posé le principe selon lequel l'estimation du degré de risque doit se faire au moment de la décision d'accorder⁷⁶⁰ une aide, au regard des informations dont dispose le dirigeant au moment de la prise de décision et des circonstances dans lesquelles elle intervient⁷⁶¹, et non au regard des événements qui s'en sont suivis⁷⁶². Ainsi, l'entreprise qui accordait à une de ses filiales une aide dont elle pouvait avoir raisonnablement l'espoir qu'elle représenterait un intérêt dans le cadre de sa propre gestion devait

⁷⁵⁶ CE, 7^{ème} et 8^{ème} ss-sect., 14 février 1979, n°10812, JurisData n° 1979-600288 et CE, 8^{ème} et 9^{ème} ss-sect. 28 septembre 1983, n° 34626, JurisData n° 1983-608020.

⁷⁵⁷ CE, 7^e et 8^e ss-sect., 17 oct. 1990, n° 83310, M. Loiseau : Rec. CE 1990, p. 282 ; Dr. fisc. 1991, n° 48, comm. 2281, concl. O. Fouquet ; RJF 11/1990, n° 1317, chron. J. Turot, p. 735.

⁷⁵⁸ O. Fouquet, Le libre choix des entreprises ne peut pas être critiqué, Rev. Trim. Dr. Com. 2015, p. 173.

⁷⁵⁹ F. Deboissy, 4 juin 2015, Prise de risque excessive et acte anormal de gestion, Dr. fisc. 2015, n°23, 386.

⁷⁶⁰ CE, 10^{ème} et 9^{ème} ss-sect., 11 avril 2008, Sté Guy Dauphin Environnement, n° 284274.

⁷⁶¹ CE, 8^e et 3^e ss-sect., 27 avr. 2011, n° 327764, Sté Legeps : Dr. fisc. 2011, n° 25, comm. 399, concl. L. Olléon, note O. Fouquet ; RJF 7/2011, n° 783, chron. C. Raquin, p. 699 ; BGFE 2011, n° 4, obs. F. Donnedieu de Vabres, p. 1.

⁷⁶² CAA Marseille, 14 mars 2006, n° 032085, SA Fraikin : JurisData n° 2006-304924 ; Dr. fisc. 2006, n° 30, comm. 532.

pouvoir la déduire même s'il s'avérait que ces prévisions étaient totalement erronées. En revanche, il avait été jugé qu'une sous-filiale qui accordait à sa mère en difficulté avec laquelle elle n'entretenait aucune relation commerciale une avance de trésorerie, bien que rémunérée, dont le montant était hors de proportion avec la situation financière du bénéficiaire, adoptait une attitude risquée⁷⁶³.

La théorie du risque manifestement excessif n'était pas considérée comme s'inscrivant dans le cadre d'un contrôle d'une bonne ou mauvaise gestion. N'était donc sanctionné que le risque qui relève de l'évidence, que le chef d'entreprise ne pouvait ignorer au moment de la décision d'accorder une aide, ce qui représente donc une part marginale des aides consenties.

Dans le cadre de liens capitalistiques, notamment importants, l'aide consentie par la mère à sa filiale ayant pour effet de sauvegarder la valeur des titres inscrits au bilan de la première, relèvera le plus souvent de son intérêt. Et ce, même s'il apparaît à terme, que la situation de la filiale ne pourra être rétablie et qu'il est pris la décision de procéder à sa dissolution⁷⁶⁴.

698. Abandon de la théorie du risque manifestement excessif. Cependant, la mise en pratique de ce courant jurisprudentiel s'est révélée délicate et a conduit certains auteurs à s'interroger⁷⁶⁵. Plusieurs arguments pouvaient plaider en faveur de l'abandon de cette théorie. Tout d'abord, l'existence du risque fait partie de la vie économique et est inhérent à la recherche du profit. Le critère devrait donc être ici limité à la réalisation d'un acte conforme à la gestion normale de l'entreprise, c'est-à-dire réalisé dans son intérêt et non celui d'un tiers. L'évaluation du niveau de risque et de son bien-fondé ne semble pas trouver de place ici. Ensuite, il peut être soutenu qu'une telle consécration d'une certaine moralité économique n'est pas en ligne avec la jurisprudence fiscale qui admet de manière large la déduction des dépenses fussent-elles réalisées de manière illicite⁷⁶⁶. Enfin, il peut être soulevé qu'il existe un risque de débordement de la part de l'administration dans l'utilisation de cette arme et que ce risque n'est pas que théorique au regard de certaines décisions prises par les juges⁷⁶⁷, faisant ainsi vaciller la sécurité juridique des contribuables.

⁷⁶³ CE, 8e et 3e ss-sect., 22 janv. 2010, n° 313868, Sté d'acquisitions immobilières : JurisData n° 2010-081608 ; Dr. fisc. 2010, n° 11, comm. 230, concl. N. Escaut, note D. Bocquet et C. Cassan ; Dr. sociétés 2010, comm. 106, note J.-L. Pierre ; RJF 4/2010, n° 335 ; BJS 2010, § 121, p. 584, note P. Serlooten.

⁷⁶⁴ CE, 3^{ème} et 8^{ème} ss-sect., 11 juin 2014, Sté Fralsen Holding, n° 363168.

⁷⁶⁵ J. Burguburu, Le juge prend-il trop de risques ? : RJF 2008, p. 331.

⁷⁶⁶ CE, 8e et 9e ss-sect., 7 janv. 2000, n° 186108, Épx Philippe : JurisData n° 2000-060004 ; Dr. fisc. 2000, n° 11, comm. 204, concl. G. Bachelier ; RJF 2/2000, n° 162 ; BGFE 2000, n° 1, p. 1, obs. J. Turot ; RTD com. 2000, p. 760, obs. F. Deboissy.

⁷⁶⁷ CE, 9e et 10e ss-sect., 23 janv. 2015, SAS Rottapharm : JurisData n° 2015-005730 ; Dr. fisc. 2015, n° 16, comm. 268, concl. M.-A Nicolazo de Barmon, note A. de Massiac et R. Bagdassarian ; RJF 4/2015, n° 300 ; RTD com. 2015, obs. O. Fouquet, p. 173.

Dans un arrêt en date du 13 juillet 2016, le Conseil d'Etat abandonne la théorie de risque manifestement excessif et recentre la conception de l'acte anormal de gestion sur l'appréciation de l'intérêt propre de l'entreprise⁷⁶⁸. Les juges soulignent qu'il n'appartient pas à l'administration de se prononcer sur l'opportunité des décisions prises et sur l'ampleur du risque pris. Ainsi, en vertu du principe ici posé, les choix de gestion des entreprises échappent au pouvoir d'appréciation de l'administration et ce quelles que soient les incidences postérieures. Notons que le revirement ne s'applique pas au cas particulier des détournements de fonds rendus possibles par le comportement délibéré ou la carence manifeste des dirigeants, rappelant ainsi une décision de 2007 dans laquelle il avait été permis d'y voir la manifestation d'une branche de la théorie du risque excessif⁷⁶⁹. Cette jurisprudence doit cependant être analysée comme s'inscrivant dans le prolongement de celle qui interdit la déduction des détournements de fonds réalisés par les dirigeants.

699. Les premières conséquences ont été tirées de l'abandon de la théorie du risque manifestement excessif. Par exemple, une affaire portait sur une société qui avait commandé des marchandises auprès d'une entreprise étrangère dans la perspective de les revendre en appliquant une marge très importante. La première société, victime d'une escroquerie, n'a jamais été livrée et a comptabilisé une perte définitive à raison du règlement de la commande. L'administration, considérant que l'entreprise avait pris un risque excessif et constatant une carence manifeste du dirigeant, refuse la déductibilité de cette charge. La Cour administrative d'appel de Versailles considère que si une société est victime d'une escroquerie de la part d'un tiers à l'occasion d'une opération entrant dans le cadre de son objet social, l'administration n'est pas fondée à refuser la comptabilisation d'une perte, quand bien même le dirigeant aurait fait preuve d'une carence manifeste dans le contrôle de l'opération faisant peser un risque élevé de perte sur la société⁷⁷⁰.

700. Une remise en cause de la liberté de gestion ? Le texte distinguant les régimes fiscaux selon la nature des aides accordées a fortement été critiqué du point de vue du principe de la liberté de gestion des entreprises, puisqu'il constituerait une immixtion du législateur dans ce domaine.

⁷⁶⁸ CE, sect., 13 juill. 2016, n° 375801 : JurisData n° 2016-013267 ; Dr. fisc. 2016, n° 36, act. 489, note Ph. Durand et M. Seraille, et n° 36, comm. 464, concl. É. Bokdam-Tognetti, note O. Fouquet ; Dr. sociétés 2016, comm. 201, note J.-L. Pierre.

⁷⁶⁹ CE, 8e et 3e ss-sect., 5 oct. 2007, n° 291049, Sté Alcatel CIT : JurisData n° 2007-081175 ; Dr. fisc. 2008 n° 6, comm. 165, concl. N. Escaut, note A. de Bissy ; JCP E 2008, 1280, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; RJF 12/2007, n° 1381 ; BGFE 2007, n° 6, obs. Y. de Givré, p. 4. – V. O. Fouquet, Acte anormal de gestion et mauvaise gestion : Rev. adm. 1/2008, n° 361, p. 38.

⁷⁷⁰ CAA Versailles, 3e ch., 7 févr. 2017, n° 15VE03890, Sté REM consulting : JurisData n° 2017-008646. – S. Rudeaux, Sélection d'arrêts des cours administratives d'appel : Dr. fisc. 2017, n° 46, étude 541, n° 14).

701. La critique liée au caractère rétroactif de la réforme. Une autre critique, plus compréhensible, tient au caractère rétroactif de la disposition. Le texte est applicable aux exercices clos à compter de 4 juillet 2012 qui correspond à la date de présentation devant le Conseil des Ministres du projet de loi de finances rectificative. Les aides financières consenties avant cette date au titre d'un exercice en cours n'ont donc pas pu être déduites, sans considération de leur pertinence et sans compter sur le coup porté à la confiance des acteurs économiques.

702. La non-déductibilité fiscale des aides à caractère financier. Les abandons de créance à caractère financier ne sont donc plus déductibles chez la société qui les accorde. Jusqu'alors il convenait d'appliquer la jurisprudence du Conseil d'Etat selon laquelle un tel abandon était déductible à condition qu'il ne constitue pas un acte anormal de gestion et qu'il n'entraîne pas une valorisation des participations de la société en bénéficiant détenues par la société à l'origine de l'aide⁷⁷¹. La déductibilité de l'aide dépendait donc de la situation nette positive ou négative de la société la percevant. Entre recapitalisation d'une société et abandon de créance à caractère financier, l'arbitrage de la société le consentant était donc clair, la première n'étant pas déductible et le deuxième l'étant au moins partiellement.

Le législateur a voulu, dans un contexte de sous-capitalisation répandu des sociétés françaises et animé par une volonté de lutter contre cette forme d'optimisation, mettre un terme à ces pratiques et la loi dispose désormais que les aides à caractère financier ne sont pas déductibles. Cette non-déductibilité s'applique que la société bénéficiaire soit française ou étrangère et quelle que soit sa forme juridique et qu'elle soit ou non transparente fiscalement. Ainsi, dans le cadre d'une aide à caractère financier octroyée à une société de personne, la situation est particulièrement redoutable. En effet, d'une part la société qui l'octroie ne pourra pas la déduire mais d'autre part elle sera imposée sur cette même aide au prorata de sa participation dans la société bénéficiaire.

On le comprend, une aide à caractère financier, tant que la situation nette de la filiale qui la reçoit reste négative, est une charge pour la société qui la consent. En revanche, dès que cette situation nette devient positive, elle a pour effet, à hauteur de la fraction que la société mère détient dans le capital de sa filiale, d'augmenter la valeur de cette participation.

La disparition de la créance de l'actif de la société mère étant compensée par une augmentation égale résultant de la prise de valeur des participations, le Conseil d'Etat tirait pour conclusion que cette

⁷⁷¹ CE, Plén., 30 avr. 1980, n° 16 253 : Dr. fisc. 1980, n° 30, comm. 1642. – CE, 1er juill. 1991, n° 61 065, SA La Bellignite : Dr. fisc. 1991, n° 42, comm. 1926. – CE, 9e et 10e ss-sect., 16 mars 2001, n° 199580, SA Rexel : JurisData n° 2001-061974 ; Dr. fisc. 2001, n° 24, comm. 531, concl. G. Goulard.

fraction de l'aide à caractère financier ne pouvait pas être déductible. En revanche, en contrepartie, la Haute juridiction⁷⁷² affirmait que cette aide non-déductible faisait partie du prix de revient des titres de participation de la filiale et en présence de titres détenus depuis plus et moins de deux ans, l'aide venait valoriser l'ensemble des titres. La nouvelle non-déductibilité intégrale des aides à caractère financier ne vient pas remettre en cause cette jurisprudence⁷⁷³. En conséquence, si une telle aide ne pourra pas être déduite du résultat fiscal de la société qui la consent, elle sera en partie comprise dans le prix de revient des titres de la filiale et viendra donc réduire la plus-value ou accroître la moins-value résultant de leur cession. Précisons qu'une telle moins-value ne sera déductible que dans le cas d'une cession intervenant dans un délai de deux ans suivant leur acquisition.

703. Moment de l'évaluation de la situation nette négative. Contrairement à ce que prévoyait la doctrine de l'administration fiscale, le Conseil d'Etat décide que contrairement à la date d'appréciation du caractère normal ou anormal de l'aide qui intervient au jour de celle-ci, la situation nette de la société bénéficiaire de l'aide doit être évaluée à la clôture de l'exercice de la société qui l'octroie⁷⁷⁴. L'administration a pris acte de cette décision mais par mesure de tolérance admet notamment que la société versante se place à la date du versement⁷⁷⁵.

704. Détermination de la situation nette négative. Schématiquement, la situation nette d'une société est le résultat de la différence entre le total de l'actif et le passif exigible. Pour autant, il est possible que l'administration considère que la situation nette comptable ne reflète pas la situation nette réelle et pourra remettre en cause des écritures comptables ayant un effet sur cette situation nette. Par exemple, il a été jugé que dans le cas où une provision avait été passée sans que la société ne puisse la justifier ni dans son principe ni dans son montant, la situation nette devra être déterminée après réintégration de la provision injustifiée⁷⁷⁶.

⁷⁷² CE, 16 mars 2001, SA Rexel, n° 199580, RFJ 6/2001, n°755, concl. G. Goulard.

⁷⁷³ Ph. Oudenot, Fiscalité des sociétés et des restructurations, 3^{ème} éd. 2016, n° 1017 : « *en conséquence, il y aura lieu, comme l'a d'ailleurs admis l'administration dans ses commentaires de l'article 39, 13 précité, de déterminer le prix de revient des titres cédés en ajoutant au prix d'acquisition des titres, la part de l'abandon de créance autre qu'à caractère commercial qui a pour effet d'augmenter la valeur de sa participation dans la filiale.* »

⁷⁷⁴ CE, 3^e et 8^e ss-sect., 31 juill. 2009, n° 297274, SA Haussmann Promo Île-de-France : JurisData n° 2009-081522 ; Dr. fisc. 2009, n° 41, comm. 498, concl. E. Glaser, note D. Bocquet et C. Cassan.

⁷⁷⁵ BOI-BIC-BASE-50-20-10, 29 janv. 2013, n° 110.

⁷⁷⁶ CE, 3^e et 8^e ss-sect., 30 déc. 2009, n° 297274, Sté Haussmann Promo Île-de-France : RJF 3/2010, n° 209 ; concl. E. Glaser BDCF 3/2010, n° 29.

705. Un régime relativement strict a donc été mis en place par la loi de finances rectificative pour 2012. Cependant, une mesure de faveur est accordée lorsqu'est en présence une entreprise en difficulté.

B) Un régime de faveur limité

706. Le législateur a ménagé un régime plus favorable lorsqu'une aide est accordée aux entreprises en difficulté, le but étant de ne pas décourager les initiatives visant au redressement des entreprises qui en ont besoin.

Pour autant, le régime mis en place est limité au seul cas des entreprises en difficulté (1). Une atténuation de la rigueur du régime peut être trouvée dans le cadre d'un groupe fiscalement intégré (2).

1) Un régime de faveur limité aux entreprises en difficulté

707. La déductibilité fiscale des aides versées à des entreprises en difficulté. Le nouvel article 39, 13 du Code Général des Impôts interdit la déduction des aides de toute nature à l'exception des aides à caractère commercial et des aides consenties dans le cadre d'un accord constaté ou homologué ou encore à une entreprise soumise à une procédure collective⁷⁷⁷.

708. L'entreprise en difficulté comprise largement. Une entreprise pourra donc déduire l'aide financière qu'elle accorde à une entreprise en difficulté.

Ici, l'entreprise en difficulté est celle qui est soumise à une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. Le régime de faveur concerne aussi l'aide accordée à une entreprise dans le cadre d'un accord de conciliation qu'il soit constaté ou homologué.

La forme confidentielle de la procédure de conciliation, c'est-à-dire l'accord simplement constaté, a dû attendre une loi de finances rectificative du 29 décembre 2012 pour faire son entrée dans le régime de faveur, entrée d'autant plus attendue que cette forme d'accord est la plus utilisée.

Enfin, ce régime doit pouvoir s'appliquer lorsque l'entreprise en difficulté fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité dans un autre Etat membre de l'Union Européenne au sens du règlement européen du 29 mai 2000.

⁷⁷⁷ T. Lamulle, La nouvelle non-déductibilité fiscale des abandons de créances ne s'applique pas en cas de difficulté de l'entreprise, Lettre d'actualité des procédures collectives civiles et commerciales n°16, octobre 2012, alerte 240.

709. La déductibilité de l'aide à caractère financier limitée. Les modalités de déduction de l'aide à caractère financier, diffèrent de la déduction intégrale de l'aide à caractère commercial.

L'aide à caractère financier n'est déductible « *qu'à hauteur de la situation nette négative de l'entreprise qui en bénéficie et, pour le montant excédant cette situation nette négative, à proportion des participations détenues par d'autres personnes que l'entreprise qui consent les aides* »⁷⁷⁸.

710. Cette restriction est compréhensible puisque dès le moment où la situation de l'entreprise en difficulté devient positive, l'entreprise à l'origine de l'aide s'enrichit à hauteur des parts qu'elle détient. Ainsi, ne peut-elle déduire son aide qu'à hauteur de la situation nette négative de la filiale et pour le surplus, qu'à proportion des participations des autres associés dans le capital de cette filiale.

Le professeur M. Chadeaux, parle de véritable « *dépense d'investissement* » pour ce qui est de l'aide accordée au-delà de la situation nette négative puisqu'étant en présence d'une réévaluation d'un élément de l'actif immobilisé, l'aide ne pouvait être qualifiée de charge⁷⁷⁹.

Il s'agit de la légalisation d'une jurisprudence du 30 avril 1980⁷⁸⁰ du Conseil d'Etat relativement aux conditions de déduction des aides financières et reprise dans une instruction de l'administration de 1983⁷⁸¹.

711. La détermination de la situation nette. Pour ce qui est de la détermination de la situation nette de la filiale, il convient d'étudier la situation nette réelle de l'entreprise, c'est-à-dire sa situation nette comptable⁷⁸². Elle correspond donc à la différence entre la totalité de l'actif et du passif exigible. Dans ce cadre, si un écart devait apparaître entre la situation nette comptable et la situation nette réelle, l'entreprise qui se prévaut de la situation nette négative de sa filiale est en droit d'apporter tous les éléments lui permettant d'établir l'existence d'une telle situation⁷⁸³. L'administration, aura la possibilité de démontrer que la situation nette réelle de l'entreprise est supérieure à sa situation nette comptable.

⁷⁷⁸ CGI, art. 39-13.

⁷⁷⁹ M. Chadeaux, La gestion fiscale des aides intragroupe en droit interne, Dr. fisc. 2012, n° 50, 556.

⁷⁸⁰ CE, plén. 30 avr. 1980, n° 16253 : Dr. fisc. 1980, n° 30, comm. 1642 ; RJF 6/80, n° 467, concl. B. Martin Laprade p. 246.

⁷⁸¹ Instruction du 22 août 1983.

⁷⁸² Ph. Oudenot, Fiscalité des sociétés et des restructurations 3^{ème} éd. 2016, n° 1022 : « *pour apprécier si l'aide apportée augmente la valeur de la participation, il convient, dans la rigueur des principes, de se référer à la situation nette réelle de l'entreprise qui est présumée correspondre à la valeur nette comptable.* »

⁷⁸³ BOI-BIC-BASE-50-20-10, n°70.

712. Quant à la date à laquelle il convient de se placer pour déterminer la situation nette de la société bénéficiant de l'aide, le Conseil d'Etat⁷⁸⁴ a retenu une règle défavorable qui a été vivement critiquée⁷⁸⁵. Les juges, confirmant ainsi l'analyse de J. Turot⁷⁸⁶, ont retenu la date de la clôture de l'exercice pour apprécier la situation nette de la filiale bénéficiant de l'aide. Des difficultés pratiques émanent d'un tel choix.

D'une part l'entreprise à l'origine de l'abandon de créance à caractère financier ne peut donc pas en connaître le traitement fiscal définitif au jour où elle le consent et, d'autre part, dans le cas d'une aide diversifiée comprenant un tel abandon mais aussi une augmentation de capital, si le deuxième intervient lors du même exercice que le premier, il sera pris en compte pour déterminer la situation nette de la filiale et aura donc un impact négatif sur le traitement fiscal de l'aide. Le risque était donc fort que les entreprises choisissent de retarder une augmentation de capital à un exercice suivant pour sécuriser le traitement de l'aide à caractère financier accordée.

Toutefois les entreprises bénéficient de la doctrine administrative qui, par mesure de tolérance, admet de se placer à la date de l'abandon pour déterminer la situation nette de la filiale⁷⁸⁷. Si un tel procédé n'est pas réalisable, l'entreprise pourra toujours se référer à la situation provisoire ou au bilan le plus proche.

Chez la société bénéficiaire, la disparition de la dette figurant à son passif résultant de l'abandon de créance entraîne son enrichissement à due concurrence, une diminution du passif et donc une augmentation du résultat imposable.

713. La déductibilité de l'aide à caractère commercial. Concernant les aides à caractère commercial, leur déductibilité ne fait pas de doute lorsque le bénéficiaire est une entreprise en difficulté. Deux dispositions dans le domaine coexistent.

D'une part, ce type d'aides est clairement visé par le législateur au titre des exceptions à la nouvelle non-déductibilité des aides de toute nature.

⁷⁸⁴ CE, 30 décembre 2009, Hausmann Promo Ile-de-France, n° 297274, RJF 3/2010, n°209.

⁷⁸⁵ Ph. Gousset et A.-C. Martineau, A quelle date s'apprécie la situation nette de la filiale aidée pour déterminer le traitement fiscal d'un abandon de créance à caractère financier?, 19 octobre 2009, option finance, p.28.

⁷⁸⁶ J. Turot, Fiscalité des groupes intégrés. Du rififi dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", RJF 1/92 p.3.

⁷⁸⁷ BOI-BIC-BASE-50-20-10, n°110 : « Désormais, il convient de se placer à la date de clôture de l'exercice de la société mère pour apprécier la situation nette réelle de la filiale bénéficiaire d'un abandon de créance autre qu'à caractère commercial.

Toutefois, par mesure de tolérance, il est admis de se placer à la date à laquelle l'abandon a été consenti pour apprécier la situation nette comptable (ou réelle) de la société bénéficiaire de l'abandon. (...) »

D'autre part, la loi du 26 juillet 2005, avait déjà inséré une disposition dans le Code Général des Impôts concernant la déductibilité des « *abandons de créances à caractère commercial consentis ou supportés dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement* »⁷⁸⁸. La loi vise seulement les « *abandons de créance* » à caractère commercial, et l'amplitude du régime est limitée aux seules procédures ouvertes suite à une cessation des paiements. Cette dernière disposition a été interprétée comme permettant la déduction de tels abandons de créances sans que l'on ait besoin de vérifier l'intérêt de l'entreprise émettrice.

714. Avec l'exception visant les entreprises en difficulté, le législateur a voulu mettre en place une dérogation avec pour objectif, dans un contexte économique particulièrement difficile, de préserver l'emploi. Il est à noter que le risque d'évasion fiscale, dans le cadre d'une entreprise en difficulté, est considérablement limité relativement au contrôle judiciaire de la gestion de l'entreprise.

Pourtant, l'objectif risque fort de ne pas être atteint. L'application tardive du régime de faveur apparaît en contradiction avec la vocation des aides qui est de prévenir l'apparition ou l'aggravation des difficultés de l'entreprise.

715. Les écueils du régime. Le régime de faveur mis en place par le législateur relatif aux aides accordées à une entreprise en difficulté est trop limité, manque de clarté et intervient trop tardivement.

Le manque de clarté du régime se manifeste par un amoncellement de dispositions qui compliquent le dispositif alors qu'en la matière une certaine simplicité s'impose.

716. La juxtaposition de différentes dispositions est préjudiciable à la clarté du régime. La loi de sauvegarde dispose que les abandons de créances à caractère commercial consentis à une entreprise bénéficiant d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire sont déductibles.

En 2012, le législateur insère une nouvelle disposition qui prévoit que les aides à caractère commercial sont déductibles et les aides à caractère financier ne le sont que dans le cas où l'entreprise qui en bénéficie fait l'objet d'une procédure de conciliation ou d'une procédure collective.

La superposition de règles concernant les aides à caractère commercial qui intéresse une fois les seuls abandons de créances et une fois toutes les aides commerciales laisse pantois. Par ailleurs l'inégalité relative au champ d'application quant aux diverses procédures est illogique et injustifiée.

⁷⁸⁸ CGI, art. 39-8.

717. Il serait bien venu de créer un système plus uniforme et cohérent : ici il pourrait être envisagé de créer un régime spécifique, ambitieux et approprié à la situation des entreprises en difficulté. L'article 39, 8 du CGI dont le champ est très limité pourrait servir de réceptacle à ce régime en prévoyant tout d'abord que les aides, en ce y compris les abandons de créances, à caractère commercial accordées à une entreprise en procédure amiable ou collective sont déductibles. Par ailleurs, cette disposition pourrait aussi réaffirmer la déductibilité des aides à caractère financier et l'élargir en prévoyant que ces aides accordées à une entreprise en procédure amiable ou collective sont déductibles dans les conditions actuellement prévues.

718. En effet, l'écueil le plus préjudiciable est le caractère tardif de l'application de régime. La nature même d'une aide entre entreprises est d'éviter l'apparition ou l'aggravation des difficultés. Il est donc regrettable de devoir attendre la signature d'un accord dans le cadre d'une procédure de conciliation pour pouvoir bénéficier d'un régime encourageant les entreprises à venir en aide à leurs filiales.

2) La rigueur du régime atténuée par l'appartenance à un groupe fiscal

719. **L'avantage tiré du régime mère-fille.** Un premier avantage peut être tiré du régime des sociétés mères. Le législateur a en effet mis en place une disposition permettant d'éviter l'imposition de l'abandon de créance à caractère financier chez la fille lorsque celle-ci n'est pas déductible chez la mère. La double imposition pourra donc être évitée si deux conditions sont réunies⁷⁸⁹. D'une part l'abandon de créance doit être consenti par une société mère au sens de l'article 145 du Code Général des Impôts et d'autre part, la société bénéficiaire doit prendre l'engagement d'augmenter, avant la clôture du second exercice suivant l'octroi de l'aide, son capital au profit de la société qui a consenti l'aide et pour un montant au moins égal à celle-ci.

⁷⁸⁹ Art. 216-A CGI : « Lorsqu'ils ne sont pas déductibles des résultats imposables d'une société créancière, les abandons de créances consentis par celle-ci à une autre société dans laquelle elle détient une participation au sens de l'article 145 ne sont pas pris en compte pour la détermination des résultats imposables de la société débitrice.

Pour bénéficier de cette disposition, la société débitrice doit s'engager à augmenter son capital au profit de la société créancière, d'une somme au moins égale aux abandons de créances visés au premier alinéa. L'engagement doit être joint à la déclaration de résultats de l'exercice au cours duquel les abandons sont intervenus ; l'augmentation de capital doit être effectuée, en numéraire ou par conversion de créance, avant la clôture du second exercice suivant.

En cas de manquement à l'engagement pris, la société débitrice doit rapporter le montant des abandons accordés aux résultats imposables de l'exercice au cours duquel ceux-ci sont intervenus. »

720. L'avantage tiré du régime de l'intégration fiscale. Dans le régime de l'intégration fiscale, le résultat est calculé au niveau individuel de chaque société membre du groupe en respectant les règles de droit commun : l'aide commerciale sera déductible si elle ne constitue pas un acte anormal de gestion, l'aide à caractère financier ne sera pas déductible sauf si elle est consentie à une entreprise soumise à une procédure collective.

Les subventions indirectes entre sociétés d'un groupe fiscal sont visées à l'article 46 quater-O ZG du Code Général des Impôts. Il s'agit « *des renonciations à recettes qui proviennent des prêts ou d'avances sans intérêt ou à un taux d'intérêt inférieur au taux du marché. Elle s'entend également de la livraison de biens ou de la prestation de services entre sociétés du groupe sans contrepartie ou pour un prix inférieur à leur prix de revient ou, s'agissant de biens composant l'actif immobilisé, pour un prix inférieur à leur valeur réelle* ». L'avantage réside ici dans le fait que, si en dehors de l'intégration fiscale les opérations d'exploitation doivent être facturées au prix du marché, dans le cadre du groupe fiscal, elles peuvent l'être sans marge. Ainsi, la vente au prix de revient d'un bien ou d'un service ne sera pas qualifiée de subvention indirecte et ne fera donc l'objet d'aucun retraitement pour la détermination du résultat d'ensemble⁷⁹⁰.

Lorsqu'une aide est imposable chez la société qui la reçoit et non-déductible chez celle qui l'octroie, un retraitement s'impose, contrairement au cas où l'aide, imposable chez la première, est déductible chez la deuxième, la neutralisation se faisant ici d'elle-même.

Pourtant, le législateur prévoit que la société tête de groupe doit, sous peine d'amende pour manquement aux obligations déclaratives, procéder aux retraitements de tous les abandons de créances et subventions. En effet, ceux-ci ne sont pas pris en compte pour la détermination du résultat d'ensemble d'où la nécessité de certains retraitements. Ainsi, lorsque l'abandon de créance ou la subvention est déductible, partiellement ou en intégralité, d'un résultat individuel, il doit être réintégré, au prorata de la part déductible, au résultat d'ensemble. Corrélativement, si une telle aide est venue augmenter un résultat fiscal individuel, elle doit être déduite du résultat d'ensemble. L'avantage tiré du régime de l'intégration fiscale est ici particulièrement intéressant : l'incidence fiscale de l'octroi d'une aide est neutralisée. Cela sera perceptible notamment dans le cas où les avantages octroyés sont à caractère financier et donc non-déductibles chez la société qui les consent, et imposable chez la société qui les reçoit.

Deux situations particulières méritent d'être étudiées.

721. Le cas de la cession de créance pour un prix inférieur à sa valeur nominale. En premier lieu, il se peut qu'une société extérieure au groupe et détenant une créance sur une société intégrée

⁷⁹⁰ Ph. Oudenot, Fiscalité des sociétés et des restructurations 3^{ème} éd. 2016, n° 1030.

décide de la céder à une valeur inférieure à sa valeur nominale en raison des difficultés financières de la société débitrice, enregistrant ainsi une perte à hauteur de la différence entre la valeur nominale de la créance et son prix de cession. Ici, une évolution est à souligner. Jusqu'en 2006, le traitement fiscal de l'opération était le suivant : si la société cessionnaire appartenait au même groupe fiscal que la société débitrice, et abandonnait sa créance, cet abandon devait être neutralisé lors de la détermination du résultat d'ensemble. Une charge équivalente au prix d'acquisition de la créance étant constatée au niveau de la société ayant abandonné cette créance, il y avait lieu de la neutraliser. En parallèle, la société bénéficiant de l'abandon annulait sa dette et enregistrait un produit du montant de la valeur nominale de la créance, produit qui devait alors être en principe neutralisé. Cette méthode aboutissait donc à une remise en cause évidente du principe de neutralité fiscale. En effet, la perte constatée chez la société cédante ne constituait un produit imposable pour personne. Or, si cette société n'avait pas fait partie de l'intégration fiscale, la cession de la créance aurait entraîné l'imposition du produit chez la société débitrice et la charge égale au prix d'acquisition pour la société à l'origine de l'abandon de créance⁷⁹¹. Le législateur a donc choisi de limiter la neutralisation du produit provenant de l'abandon de créance au prix d'acquisition de cette dernière par la société membre du groupe qui y renonce : « *le montant de l'abandon de créance non retenu pour la détermination du résultat d'ensemble ne peut excéder la valeur d'inscription de la créance à l'actif du bilan de la société qui consent l'abandon* »⁷⁹².

722. Le cas de l'abandon de créance assorti d'une clause de retour à meilleure fortune. En second lieu, il faut s'arrêter sur le cas des abandons de créances qui sont assortis d'une clause de retour à meilleure fortune. Par ce mécanisme, la société qui a accordé l'aide recevra tout ou partie de celle-ci si les conditions définies dans la clause se réalisent. Dans ce cas, le traitement fiscal doit être symétrique à celui de l'opération initiale⁷⁹³.

Lorsque les deux sociétés sont toujours membres de l'intégration fiscale lors du retour à meilleure fortune, les deux opérations se compensent : les conséquences fiscales sont neutralisées de la même façon que l'ont été celles de l'opération initiale. Il convient de noter que si le retour à meilleure fortune se produit après écoulement d'une période de 5 ans à compter de l'opération initiale, aucune correction pour la détermination du résultat d'ensemble ne sera à apporter. En effet, les subventions réintégrées ou déduites lors de la constatation de l'abandon de créance sont, pendant 5 ans,

⁷⁹¹ Ph. Oudenot, Fiscalité des sociétés et des restructurations 3^{ème} éd. 2016, n° 1039.

⁷⁹² Art. 223 B CGI.

⁷⁹³ BOI-IS-GPE-20-20-40-10 n°200.

maintenues en « sursis ». Au-delà de cette période, en cas de sortie, aucune correction ne sera nécessaire les opérations de retraitement devenant donc définitives.

Enfin, si le retour à meilleure fortune intervient après la sortie de la société ayant consentie l'abandon de créance ou de celle en ayant bénéficié, les subventions constatées lors de l'abandon de créance ont été, au moment de la sortie, réintégrées et déduites. Le versement résultant du retour à meilleure fortune sera traité fiscalement selon le régime de droit commun, tout se passe comme si les deux sociétés du groupe n'avaient jamais fait partie du même groupe.

L'intégration fiscale est donc un moyen efficace de gérer, ou pour le moins d'optimiser, au sein des groupes, les déficits qui peuvent être enregistrés par une des sociétés membres.

723. Conclusion. Le rapprochement avec une entreprise est source d'une multitude de problématiques. Le principal enjeu est économique. Il s'agit de réaliser une opération financièrement viable. Pourtant l'aspect fiscal est essentiel. En effet, le stock de déficits que la société cible a pu constituer est susceptible de générer est source d'une potentielle économie d'impôt très attractive. Cette considération amène à privilégier un mode de rapprochement avec la société cible, celui de la fusion. En effet, une des différences majeures avec la méthode de la filialisation, d'un point de vue fiscal, réside dans le fait qu'avec cette méthode les déficits antérieurs à l'opération pourront être utilisés. Pourtant la fusion est soumise à de nombreuses contraintes. Les difficultés financières de la société cible peuvent être à l'origine d'obstacles. L'appropriation des déficits est, quant à elle, soumise à des conditions très strictes. L'administration veille et n'hésitera pas à utiliser l'arme de l'abus de droit si la rationalité économique de l'opération ne peut être démontrée.

La simplicité invite donc à s'orienter vers le second mode de rapprochement offert à la société souhaitant procéder à une opération de croissance externe via le rachat d'une entreprise en difficulté. La filialisation est, en effet, une méthode juridiquement bien plus légère que la fusion. L'acquéreur achète des titres, souvent d'une faible valeur, les inscrit à son bilan et dispose à tout instant de la possibilité de les revendre si le retournement espéré de la cible ne s'opérait pas. Par ailleurs, l'utilisation des déficits générés par la cible peut être organisée par la mise en place du régime de l'intégration fiscale. La limite ici est relative à l'impossibilité de faire remonter à la société mère les déficits provenant de l'activité exercée par sa filiale avant l'opération. Cela étant, au sein du groupe ainsi constitué, il pourra être mis en place une stratégie d'optimisation fiscale par une gestion réfléchie

des règles organisant les aides inter-entreprises, et ce d'autant plus si la société cible est soumise à une procédure collective.

Si la lutte contre le risque de création d'un marché des sociétés déficitaires doit être constamment menée, veiller à ce qu'une intervention des entreprises en bonne santé économique puisse être possible est un enjeu majeur.

724. Les acteurs économiques évoluant autour de l'entreprise en difficulté peuvent donc être particulièrement intéressés par sa situation et par l'avantage qu'il est possible d'en tirer. Surtout, cet état de fait est un facteur qui peut contribuer au redressement des débiteurs défailants et ainsi améliorer le tissu économique français.

725. Conclusion de la Partie II. Le débiteur peut donc être un acteur à son redressement. Tout d'abord, il existe des solutions internes qui lui sont offertes. A minima, il devra mettre en mouvement les mécanismes fiscaux qui lui permettent d'obtenir un effet positif sur sa trésorerie, effet qui peut parfois s'avérer suffisant. La plupart du temps, et notamment dans le cas où les difficultés sont structurelles, l'utilisation de mécanismes de restructuration plus profonds pourra être envisagée. Cependant, s'il est des outils qui sont mis à la disposition du débiteur en difficulté pour permettre son redressement, la solution ne sera pas toujours trouvée en interne. En effet, la loi fiscale aménage à certains égards des mécanismes incitant à venir en aide aux entreprises en difficulté. Cette dernière voie doit selon nous être consolidée.

CONCLUSION

726. La regrettable autonomie du droit fiscal. S'il est une caractéristique du droit fiscal que notre étude met en lumière, c'est bien celle de son autonomie vis-à-vis du droit des entreprises en difficulté. En effet, dans de nombreuses situations, le droit fiscal s'applique à l'entreprise en difficulté indifféremment de sa situation économique. Ceci est regrettable et ne doit pas être considéré comme une fatalité – elle est d'ailleurs contestée par d'éminents auteurs⁷⁹⁴. En effet, de nombreuses mesures rappellent qu'il est possible d'envisager une certaine empathie du droit fiscal : le Trésor Public est à certains égards clément vis-à-vis de l'entreprise en difficulté. Peuvent être citées les mesures visant à octroyer de manière raisonnée des délais de paiement et des remises de dettes aux entreprises en difficulté. Doivent aussi être mentionnés les remboursements anticipés de certaines créances fiscales tels que les crédits d'impôt. Aussi, l'aménagement du régime de déductibilité des aides entre entreprises est à saluer.

Le droit fiscal et le droit des entreprises en difficulté ont un intérêt à se comprendre et à agir à l'unisson pour faciliter le redressement des acteurs économiques traversant une période de troubles. Dès lors, si le constat est clair d'une insuffisance de prise en compte par le droit fiscal des difficultés des entreprises, l'espoir est largement permis : l'Etat, en matière de lois d'impôts au moins, n'a pas tout fait pour participer au redressement des acteurs économiques défailants.

Si une multitude de mesures peuvent être envisagées, il nous semble que l'efficacité en la matière, et généralement quand il s'agit de la fiscalité des entreprises ou des particuliers, rime avec la mise en place d'actions simples et ciblées. Doit en effet trop souvent être regretté le manque de lisibilité dans l'amoncellement de mesures éparpillées dans les différents textes de lois. L'instauration d'un droit fiscal propre et adapté à l'entreprise en difficulté est à envisager.

727. Une exonération (limitée) d'impôt préventive. En matière de *tempo*, l'accent doit être porté sur les procédures de conciliation et de sauvegarde qui interviennent relativement tôt dans le processus d'aggravation des difficultés. Ici, l'Etat doit manifester son engagement total aux côtés des entreprises en leur offrant une exonération d'impôt qui courra de l'exercice ouvrant la procédure à l'exercice la clôturant. Si cet effort, fort en symbole, n'est pas significatif pour l'Etat il peut permettre d'ouvrir la voie au redressement des entreprises dont le passif fiscal représente une charge importante. De plus, cet effort sera nécessairement limité par la contrainte que représente la réglementation européenne en la matière : les exonérations ne sauraient dépasser les seuils des aides de *minimis*. Pour rappel, le seuil s'élève à 200 000 euros sur trois ans, soit environ 70 000 euros par

⁷⁹⁴ M. Cozian, « Propos désobligeants sur une tarte à la crème : l'autonomie et le réalisme du droit fiscal » in « Les grands principes de la fiscalité des entreprises », 4ème Ed., Litec, 1999.

an d'exonération d'impôt. Il est fort à parier que de nombreuses entreprises en procédure de conciliation ou de sauvegarde ne réalisent pas un résultat fiscal entraînant le paiement d'un tel montant d'impôt.

Par ailleurs, cette mesure aurait la vertu, dans les situations où l'entreprise serait totalement exonérée, de mettre fin aux questionnements relatifs aux créances fiscales postérieures.

728. La suppression du privilège du Trésor. Par ailleurs, nous constatons que le Trésor public dispose de moyens importants lui permettant de recouvrer ses créances. Parmi eux, le privilège du Trésor. Ce privilège doit être, de manière trop prononcée, en contradiction avec l'objectif de redressement des entreprises. En effet, ce privilège est une entrave manifeste aux concours des créanciers privés qui, constatant l'inscription du privilège du Trésor, doivent considérer l'affaiblissement de leur chance de recouvrer leur propre créance : le privilège du Trésor constitue un frein néfaste aux possibilités d'emprunt et donc d'investissement et de redressement de l'entreprise en difficulté. Par ailleurs, il peut être proposé de remplacer ce privilège par un autre qui jouerait en faveur des entreprises en difficulté créancières du débiteur soumis à la procédure et qui aurait ainsi la vocation vertueuse de lutter contre le phénomène des faillites en cascade.

729. Une transmission des déficits facilitée. Aussi, nous l'avons vu, les conditions de transmission des déficits de la société absorbée à l'absorbante dans le cadre d'une fusion soumise au régime de faveur se sont durcies. Il nous semble que ce mouvement n'aille pas dans le bon sens notamment lorsqu'il s'agit d'un maintien trop strict de l'activité à l'origine des déficits : comment justifier d'un point de vue économique la poursuite d'une activité fortement déficitaire. Il nous semble donc que les critères devraient être assouplis lorsqu'une entreprise soumise à une procédure de collective est ciblée et que dans ce cas, les critères pourraient être concentrés autour d'une conservation de l'emploi.

730. La volonté législative. La création et la mise en place d'un régime fiscal de faveur est possible et nécessaire. La volonté de l'Etat doit s'inscrire dans une démarche à long-terme, sacrifiant ses intérêts à court-terme et pouvant favoriser le retournement de nombreuses sociétés qui revenue à meilleure fortune payeront l'impôt et verseront des salaires soumis à l'impôt. Il convient d'adopter une démarche pragmatique et ambitieuse, offrant à l'entreprise en difficulté la capacité de mettre la fiscalité au service de son redressement : la politique fiscale doit être au service du redressement et de la pérennité de l'économie – la fiscalité doit ainsi être un levier du redressement de l'entreprise en difficulté.

BIBLIOGRAPHIE

Manuels et traités

- F. Chénéde, Le nouveau droit des obligations, Dalloz 2016.
- Cornu, Vocabulaire juridique.
- M. Cozian, Abus de droit et restructuration de sociétés, Les grands principes de la fiscalité des entreprises, 4^{ème} ed., 2016.
- M. Cozian et F. Deboissy, Précis de fiscalité des entreprises 41^{ème} éd. 2017-2018.
- M. Douay, Procédures fiscales et loi de sauvegarde des entreprises, Litec, 2008.
- C. Dupouy, Le droit des faillites en France avant le code de commerce, 1960.
- D. Gutmann, Droit fiscal des affaires, 8^{ème} éd. 2017-2018
- Y. Guyon, Droit des affaires, t. II : Économica, 9^{ème} éd. 2003.
- C. Houin, Permanence de l'entreprise à travers la faillite, Liber amicorum, baron Louis Frédéricq, 1965, p. 609.
- A. Jacquemont et R. Vabres, Droit des entreprises en difficulté 2017, 10^{ème} édition.
- B. Lagarde, Traité économique et fiscal de la sauvegarde de l'entreprise, 2018.
- A. Lienhard, Procédures collectives, 7^{ème} édition, Delmas 2017-2018.
- P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives, 9^{ème} ed. 2017/2018.
- D. Legeais, Droit des sûretés et des garanties du crédit, 2^{ème} éd. 2017.
- M. Levy-Leboyer, F. Bourguignon, L'économie française au XIXème siècle. Analyse macro-économique, Economica, 1985.
- P. Morgenstern, L'intégration fiscale, p. 25, Groupe Revue Fiduciaire, 12ème éd. 2017.
- Ph. Oudenot, Fiscalité des sociétés et des restructurations 3^{ème} éd. 2016.
- J. Percerou et M. Desserteaux, Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires, 2^{ème} ed., Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1935.
- A. Perdriau, La pratique des arrêts civils de la Cour de cassation, Litec 1993.
- F. Perochon, Entreprises en difficultés, 10^{ème} ed. 2014.
- Ph. Pétel, Procédures collectives, 9^{ème} ed. 2017.
- Ph. Roussel Galle, Réforme du droit des entreprises en difficulté : Litec professionnels, 2^{ème} éd. 2007
- C. Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, 10^{ème} ed. 2016.
- M. Sénéchal, L'effet réel de la procédure collective, Litec 2002.
- P. Serlooten, Droit fiscal des affaires, Précis Dalloz, 17^{ème} ed. 2018-2019.

J. Vallansan, P. Cagnoli et L. Fin-Langer, Entreprises en difficulté, commentaire article par article du livre VI du Code de commerce, Droit & Professionnels, 6^{ème} éd. 2012.

D. Vidal, Droit des sociétés, 7^{ème} éd. 2010.

Thèses

M. Despax, L'entreprise et le droit, thèse, Toulouse, 1956.

S. Farhi, Fiducie-sûreté et droit des entreprises en difficulté – Étude de l'efficacité du mécanisme, thèse, t. 6, 2016, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, préf. Le Corre P.-M., nos 80 et s., p. 57 et s.

M.B. Vaillant, La notion d'entreprise en droit fiscal des affaires, thèse, Toulouse, 1996.

Mélanges

M. Cabrillac, L'impertinente réapparition d'un condamné à mort ou la métempsychose de la masse, Mélanges Gavalda, 2001, p.69.

P. Didier, Une définition de l'entreprise, Mélanges Pierre Catala, Litec 2001, p. 849.

Mercadal, La notion d'entreprise, Mélanges Derruppé, p.9.

J. Pagès, De l'irréductible et incontournable entreprise, Mélanges Jeantin, p. 79.

F. Pérochon et Ph. Roussel Galle, Controverse amicale sur la non reprise des poursuites après clôture de la liquidation judiciaire pour extinction du passif : Mélanges en l'honneur de D. Tricot, Dalloz-Litec 2010, p. 559.

Ph. Simler, « Pour un autre régime matrimonial légal », in L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz-PUF-Juris-Classeur, 1999, p. 455.

Articles

C. Acard, Fiscalité financière, Dr. Fisc., n°5-6, 2 février 2017, 147, p.17.

E. Alfandari, La non-reconnaissance de l'entreprise par le droit, Droit des affaires, Litec, 1993, n° 218, p. 166.

G. Amlon, JurisClasseur Commercial 2015, fasc. 2386 « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Trésor public – Avis à tiers détenteur ».

G. Amlon, JurisClasseur Commercial 2016, fasc. 2384 « conciliation, sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire – Trésor public – Droits, privilèges et hypothèque légale », n° 9.

G. Amlon, JurisClasseur Commercial 2017, fasc. 2385 « conciliation, sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire – Trésor public – Actions en recouvrement et obligations légales ».

J.-J. Ansault, Réforme du droit des contrats et procédures collectives, BJE, 01/03/2017, n°2, p. 148.

L. Arcelin, JurisClasseur, Contrats-Concurrence-Consommation, fasc. 35, 1999.

S. Austry et C. Lopater, Les titres d'autocontrôle peuvent-ils être des titres de participation ? : RJF 12/2016, p. 1401.

G. Berthelot, Le traitement de la fiducie-sûreté dans la nouvelle ordonnance sur les procédures collectives, Droit et patrimoine 2009, p. 89 s

A. de Bissy, Les dernières évolutions en matière de fiscalité des cessions d'entreprises à titre onéreux, La semaine juridique entreprise et affaires 2005, n° 5, 178.

A. de Bissy, Aspects fiscaux de la fiducie – Loi du 19 février 2007, La semaine juridique Entreprise et affaires 2007, n°16, 1516.

A. de Bissy, C'est l'histoire d'une faute non causale des mandataires liquidateurs, BJS 2010, n°6, p. 563.

G. Blanc, « Alignement du régime de la nullité de plein droit de la fiducie-sûreté sur le régime des autres sûretés réelles », Rev. proc. coll. 2009, comm. 81.

G. Bolard, Administration provisoire et mandat ad hoc, du fait au droit, JCP 1995, I 3882.

J.-C. Bouchard, « La responsabilité fiscale du dirigeant », Gaz. Pal., 26 septembre 2000. n 270, p. 13.I.

D. Boucher, JurisClasseur Notarial répertoire 2017, fasc. 253, Crédit d'impôt recherche – Champ d'application.

I. Bourgeois, Politique économique : soutien ou intervention ?, Regard sur l'économie allemande, Bulletin économique du CIRAC, mars 2009, p. 39.

B. Boutemy et E. Meier, Acte anormal de gestion et intégration fiscale : vers la prise en compte de l'intérêt de groupe : LPA 2005, n° 46, p. 3.

G. Burgala et N. Morelli, Le debt for equity swap, JCP G 2010, prat. 1016.

J. Brandeau, L'annulation d'un avis à tiers détenteur notifié pendant la période suspecte en connaissance de l'état de cessation des paiements du débiteur n'est qu'une faculté pour la juridiction saisie, Petites affiches 2010, n° 114.

D. Brunel, « La TVA, invention française, révolution mondiale, l'aventure de Maurice Lauré », Ed. Eyrolles 2012.

M. Buchet, Les impôts différés sont-ils du domaine du fiscaliste ?, Dr. Fisc., septembre 2005, n° 39.

- J. Burguburu, Le juge prend-il trop de risques ? : RJF 2008, p. 331.
- M. Cabrillac et Ph. Pétel, Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises, La Semaine Juridique 2010, n°14, doct. 401, point 7.
- P. Cagnoli, L. Fin-Langer, F. Petit et J. Vallansan, « Réforme du droit des contrats – Incidences en droit des entreprises en difficulté », Rev. proc. coll. 2016, alerte 15.
- D. Caramalli, Droit des entreprises en difficulté : quelques suggestions d'amélioration, Dalloz 2013, chron. 2417.
- C. Cassan et Ph. Durand, Conformité sous réserve de l'article 209, II du CGI (rég. Ancien) relatif à l'agrément ministériel autorisant le report de déficits non encore déduits, Dr. fisc. 2015, 159.
- S. Catoire, Le charme discret des conventions de fiducie, Revue Banque, n° 798, juillet 2016
- M. Chadefaux, La gestion fiscale des aides intragroupe en droit interne, Dr. fisc. 2012, n° 50, 556.
- M. Chadefaux, Quelle est la portée de la théorie jurisprudentielle du prix d'acquisition appliquée dans les opérations de restructuration ?, Dr. Fisc. 2014, n°4, 23 janvier 2014.
- L. Chatain-Autajon, Conventions de garantie et fiscalité, in « Les conventions de garantie dans les opérations sur droits sociaux », Bull. Joly 2009, §184 p.905.
- J. Chateaufort, « L'affectation des pertes d'une filiale au débit du compte courant de la société mère : une solution d'avenir ? », Dr. Fisc. 2012, n° 42, 479.
- R. Chotin, « Le sort des créances fiscales dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires », LPA 1994, no 110, p. 86.
- R. Chotin, Entreprises nouvelles : quoi de neuf ? ou les déclinaisons latines de l'article 44 du code général des impôts, LPA, 14 juillet 1995, no 84, p. 8.
- P. Cochet, petites affiches, dec. 2007, n°255 p. 8.
- P. Cochet, Assignation en liquidation judiciaire des professionnels libéraux par les comptables publics : Rev. proc. coll. 2008, étude 11.
- M. Collet, La fiducie, le traitement fiscal est-il réellement neutre ?, 22 octobre 2015, Colloque de l'Association française des fiduciaires.
- X. Couderc-Fani et Ph. Thomas, Incertaine efficacité et alternatives aux doubles LuxCo, Revue droit bancaire et financier 2015, n°4, étude 12.
- M-A. Coudert, J.Cl Fiscal Impôts directs Traité 2014, fas. 1130, Fusions de sociétés, scissions de sociétés, apports partiels d'actifs – fusions proprement dites.
- M. Cozian, La publicité du privilège du Trésor en matière fiscale : JCP G 1968, I, 2199.
- M. Cozian, « Propos désobligeants sur une tarte à la crème : l'autonomie et le réalisme du droit fiscal » in « Les grands principes de la fiscalité des entreprises », 4ème Ed., Litec, 1999.
- M. Cozian, Colloque de Rennes du 21 mai 2000 : Cah. Dr. entr., 2000, n° 3, p. 16 et 17.

M. Cozian, « Arbitrage et incidences fiscales des clauses de garantie de passif » : Rev. arb., 2001, n° 2, p. 294, spéc. n° 14.

J.-Y. Chérot. Les aides d'État dans les Communautés européennes. Paris : Economica, Collection Droit des Affaires et de l'Entreprise, 1998, p. 22.

J.-J. Daigre, Peut-on absorber une société ayant un actif net négatif ?, La semaine juridique entreprises et affaire 1992, n° 31, 165.

R. Damman et G. Podeur, La conversion de créances en capital dans les entreprises en difficulté, BJS 2009, n°12, p. 1129.

R. Damman et G. Podeur, Fiducie et procédure de sauvegarde, un nouvel équilibre : Rev. Lamy dr. aff. mai 2008, p. 33.

R. Dammann, L'utilisation de la fiducie comme technique, Rev. Proc. Coll. 2013, n°3.

R. Dammann et A. Lavenant, Percer le mystère du montage « double LuxCo », BJE 2013, n°5.

R. Dammann et G. Podeur, Loi Macron : la prise de contrôle d'une société par ses créanciers, BJE 2015, n°1.

F. Deboissy, Acte anormal de gestion et groupes de sociétés : orthodoxie juridique versus réalisme économique ? : Écrits de fiscalité des entreprises, Études à la mémoire du professeur Maurice Cozian : LexisNexis, Litec, 2009, p. 263.

F. Deboissy, 4 juin 2015, Prise de risque excessive et acte anormal de gestion, Dr. fisc. 2015, n°23, 386.

F. Deboissy, Transformation, consolidation sauvage et abus de droit, les apports de l'arrêt SNC Distribution Leader Price du 15 février 2016, Dr. fisc. 2016, n° 11.

F. Deboissy et G. Wicker, La fiducie dans le courant des réformes : actes prat. ing. sociétaire nov-déc 2008, p. 93 ; Intérêts et limites de la fiducie après la LME, au sens du droit des sûretés, Pratique : Dr. et patrimoine 2008, n°176.

G. Decocq, L'annulation de 65% d'une dette fiscale dans le cadre d'une procédure collective constitue-t-elle une aide d'Etat ?, Contrats concurrence consommation, n° 3 Mars 2013, comm. 61.

G. Dedeurwaerder, Dispositif fiscal de lutte contre la sous-capitalisation et procédures collectives, BJE 2012, n° 02, p. 108.

G. Dedeurwaerder, Déductibilité fiscale de la moins-value de cession des titres de participation reçus en contrepartie de l'apport à une société en difficulté, BJE 2012, n°5, p.304.

G. Dedeurwaerder, Le droit des entreprises en difficulté face au droit fiscal, Dr. fisc. n°18, 3 mai 2012, 284.

G. Dedeurwaerder, Condition du remboursement immédiat aux entreprises en difficulté du crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi et du crédit d'impôt recherche, BJE 2013, n°3 p.172

G. Dedeurwaerder, Majoration du plafond du report en avant des déficits en cas d'abandon de créance consenti à une entreprise en difficulté, BJE 2013, n°4, p251.

G. Dedeurwaerder, Remises des frais de poursuite et des pénalités fiscales dus à la date du jugement d'ouverture de la procédure, BJE, sept. 2013, n°5, p.303

G. Dedeurwaerder, La créance de carry-back née après l'ouverture de la procédure collective est immédiatement remboursable, BJE 2014 n°1, p.13.

G. Dedeurwaerder, L'ordonnance du 12 mars 2014 et le Trésor Public : innovations ou régressions ?, BJE 2014, n°3, p.189.

G. Dedeurwaerder, Les habits neufs du régime fiscal de la reprise d'une entreprise en difficulté, Rev. proc. coll., 2015, dossier 58.

G. Dedeurwaerder, Régime fiscal de la reprise d'une entreprise en difficulté : une imparfaite adaptation au droit de l'Union européenne, BJE 2015, n°3.

G. Dedeurwaerder, Obligations déclaratives en cas de mise en liquidation judiciaire : divergence entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, BJE 2015, n°4, p. 252.

G. Dedeurwaerder, Responsabilité fiscale du dirigeant : mieux vaut ne pas déclarer qu'une déclaration mensongère, BJE 2015, n°6.

G. Dedeurwaerder, Le traitement des créances fiscales dans Le traitement des créances : pratiques et actualités, BJE 2017, n°1 p. 57.

G. Dedeurwaerder, Critère d'utilité et créances fiscales : deuxième manche pour le Trésor, BJE 2017, n°3, p. 204.

G. Dedeurwaerder, Dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire : il faut distinguer la déclaration générale des revenus des déclarations spécifiques à l'activité professionnelle, BJE 2018, n°1, p. 54.

J. Deharveng, Bull. actual. Lamy 2005, comm., n° 182, p.2.

Ph. Derouin, A.-S. Kerfant, B.-Ph. Chaumont, Adaptation des conditions d'application du régime des sociétés mères et de l'intégration en cas de transfert des titres en fiducie, La semaine juridique notariale et immobilière 2015, n° 3.

F. Derrida, Redressement et liquidation judiciaires, Cession totale et cession partielle d'entreprise : LPA 1996, n° 154, p. 4.

M.-A. Deysine et A.-L. Blandin, « La fiscalité face à la définition comptable des titres de participation », Dr. Fisc. 2017, n° 45.

M. Douay, Procédures collectives et recouvrement de l'impôt, JurisClasseur Procédures Fiscales, fasc. 577.

M. Douay, JurisClasseur Sociétés Traité 2014, fasc. 43-30, comm. 23.

M. Douay, Créance de taxe foncière et procédures collectives, *Dr. fisc.* 2014 n° 50, comm. 689.

M. Douay, L'absence de contrôle systématique des déclarations par les services fiscaux n'exonère pas le dirigeant, coupable de manquements graves et répétés aux obligations de sa société rendant impossible le recouvrement de sa dette, de sa responsabilité solidaire (LPF, art. L. 267), *Dr. Fisc.* 2015, n° 28, comm. 472.

M. Douay, Responsabilité fiscale solidaire du dirigeant (LPF, art. L. 267) : appréciation stricte des circonstances exonératoires, *Dr. fisc.* 2015, n° 48, comm. 707.

Ph. Dupichot, Opération de fiducie sur sol français : JCP N 2007, 1130 ; R. Libchaber, Les aspects civils de la fiducie : *Deffrénois* 2007, p. 1094 et 1194.

P. Dupichot, E. Merly, M. Sénéchal, F. Kopf, « Réforme des contrats et difficultés des entreprises », *BJE* sept. 2016, p. 352 et s.

F. Durand, *JurisClasseur Notarial Répertoire* 2015, fasc. 254-10, Crédit d'impôt compétitivité emploi.

O. Fouquet et C. Lopater, Titres de participation : enjeux et incertitudes du contentieux : *RJF* 11/2014, p. 953.

O. Fouquet, Le libre choix des entreprises ne peut pas être critiqué, *Rev. Trim. Dr. Com.* 2015, p. 173.

O. Fouquet et C. Lopater, Connexion comptabilité-fiscalité : son évaluation au travers de la jurisprudence 2016 : *FR Lefebvre* 47/2016, inf. p.3.

J.J. Fraimout, *JurisClasseur Commercial* 2013, Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, plan de cession, conception et adoption, n°10.

P. Fumenier, Créance décotée : faisabilité juridique et traitement fiscal d'une augmentation de capital par compensation de créances, *Dr. fisc.* 2010, n° 36, 448.

P. Fumenier, Exonération d'IS pour reprise d'une entreprise en difficulté et intégration fiscale, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n°23, 9 juin 2011, 1452.

P. Fumenier et C. Maignan, Non-déductibilité des aides à caractère financier, *Dr. Fisc* 2012, n°36, comm. 406.

P. Fumenier, « Déficit fiscaux antérieurs : imputation sur le bénéfice net établi après déduction des charges d'amortissement de l'exercice », *Dr. Fisc.* 2015, n°28, comm. 457.

P. Fumenier et C. Maignan, « Aménagement du régime mère-fille », *Dr. Fisc* 2017, n°1, comm. 21.

C. Galokho, Le traitement de faveur des PME dans le cadre des lignes directrices concernant les aides au sauvetage et à la restructuration, *Revue Lamy Concurrence*, 2015, 43.

C. Galokho, Les clauses aggravant la situation du débiteur du fait de l'ouverture d'une procédure preventive ou collective, *Rev. Proc. Coll.* mai 2017, étude 11.

A. Gaudemet, M.-H. Monsérié-Bon, Reprise interne d'une société en difficulté, Rev. proc. coll., 2015, dossier 56.

E. Glaser, Conséquences fiscales d'un coup d'accordéon : une symphonie inachevée : RJF 6/2008.

Ph. Gousset et A.-C. Martineau, A quelle date s'apprécie la situation nette de la filiale aidée pour déterminer le traitement fiscal d'un abandon de créance à caractère financier?, option finance, 19 octobre 2009, p.28.

B. Grelon, La loi de sauvegarde revisitée par la loi n° 2010-1249 dite de « régulation bancaire et financière » du 22 octobre 2010 : Rev. Sociétés 2011, p.5 et s.

M. Grimaldi, La fiducie : réflexion sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, Defrénois 1991, art. 35085 et 35094.

M. Grimaldi et R. Damman, « La fiducie sur ordonnances », préc., D. 2009, p. 670.

Y. Guillou, Fait générateur, origine, exigibilité de l'impôt dans les procédures collectives : Rev. proc. coll. 1999, p. 57.

A. Honorat, Les innovations du décret du 20 mai 1955 relatif aux faillites et règlements judiciaires, 1959.

L. Idot, La notion d'entreprise, Rev. sociétés 2001, p. 191, spéc. p. 194.

B. Jadaud, « La fiscalité du plan de redressement », LPA 1993, n 72, p. 25.

G. Jazottes, Les innovations des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, in La sauvegarde des entreprises, Colloque Toulouse 23 sept. 2005 : Rev. proc. coll. 4-2005, p. 358.

Th. Lamarche, La notion d'entreprise, RTD Com. 2006, p. 709.

B. Lagarde, Le Trésor Public : un créancier comme les autres, La Gazette du Palais 2005, n° 253.

A. Lagarrigue et K. Gruzdova, Restructuration de la dette des entreprises en difficulté : quelques considérations fiscales, Dr. Fisc. 2015, n° 19-20, 7.

T. Lamulle, La nouvelle non-déductibilité fiscale des abandons de créances ne s'applique pas en cas de difficulté de l'entreprise, Lettre d'actualité des procédures collectives civiles et commerciales 2012, n°16, alerte 240.

P.-M Le Corre, Engagement de l'action sur le fondement de l'article L.267 du Livre des procédures fiscales et procédures collectives, Revue Lamy Droit des affaires, 2004, n°67.

P.-M. Le Corre, L'ordonnance du 12 mars 2014 et les modifications affectant la déclaration et la vérification des créances, Gazette du Palais, 8 avril 2014, n°98, p. 47.

P.-M. Le Corre, La loi Macron et le droit des entreprises en difficulté, Gazette du Palais, 2015, n° 293, p. 7, spéc., n° 18 et s.

Ch. Lebel, L'article L. 622-17 du Code de commerce et les créances de taxe d'apprentissage et de formation professionnelle : des créances utiles à la procédure collective ? JCP E 2017.

J.-P. Legros, La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises. La nouvelle procédure de sauvegarde (2e partie) : Dr. sociétés 2005, étude 11.

J. Ledan, Le liquidateur d'une société en liquidation judiciaire a-t-il pour obligation d'établir les comptes sociaux et de déposer la liasse fiscale correspondante ? Le cas échéant, à quelle date doit-il le faire ?, Dr. Fisc., n°35, 02 septembre 2010, comm. 444.

A. Legendre, Plaidoyer pour la reconnaissance en droit fiscal de l'existence d'une part, non détachable de l'intérêt du groupe auquel elle appartient, de l'intérêt propre d'une société : Dr. fisc. 2006, étude 10.

F. Legrand et O. Staes, « La détermination du patrimoine du débiteur », Rev. Proc. Coll 2008, n°2, dossier 8.

F. Legrand et M.-N. Legrand, Délégation de signature – Créance fiscale – Nécessité de publication, Rev. Proc. Coll. 2016, n°1, comm. 4.

I. Legrand, La fiducie-sûreté : le bilan d'une aventure législative de trois ans : Banque et droit, déc. 2009, p. 19 et s.

A. Lienhard, Réforme issue de l'ordonnance du 12 mars 2014, C. proc. Coll., Dalloz, 2014, p.6.

F.-X. Lucas et M. Sénéchal, Fiducie vs Sauvegarde – Fiducie contre sauvegarde, il faut choisir, D. 2008, p. 29.

F. Macorig-Venier, Mesures fiscales de faveur : extension à la procédure de conciliation, RTD com. 2013, p.336.

F. Macorig-Venier et C. Saint-Alary-Houin, La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises : entre transparence et confidentialité, efficacité et fragilité !, BJE 2014, n°1, p. 10.

F. Macorig-Venier et Ch. Cavigliolo, Les créances garanties, BJE 2017, n°1, p. 63.

M. Maheust, « La fiscalité des clauses d'earn out » : JCP E, 23 juill. 2009, n° 30, p. 1750, n°s 25 et s.

A. Maitrot de la Motte, Condamnation de la France pour absence de récupération d'aides d'État fiscales illégales : Dr. fisc. 2008, n° 51, act. 365.

M. di Martino, Fiscalité des entreprises en difficulté, Rev. Des procédures collectives, mars 2015, n°2.

A. Martin-Serf, JurisClasseur Sociétés Traité 2014, fasc. 41-52, comm. 183.

Th. Matrullo, Aides d'Etat : nouvelles lignes directrices de la Commission, Rev. Proc. Coll. 2015, comm. 92.

J.-L. Mercier, Les devoirs de l'actionnaire dans les entreprises en difficultés, Gazette du Palais, n° hors-série 2, p. 47.

M. Mignot, JCl Civil Code 2015, Fasc. Unique : Vente – nature et forme – prix et frais.

A. Milsan, Les remises de dettes publiques : une nouvelle opportunité offerte aux créanciers publics pour contribuer au redressement des entreprises en difficulté : JCP E 2007, n° 1901.

M.-H. Monsérié-Bon, L'effacement des dettes dans le droit des procédures collectives : Dr. et patrimoine sept. 2009, n° 184, p. 169.

M.-H. Monsérié-Bon, Mandat ad hoc-Conciliation, Rép. Dr. Com 2012, n°17.

M.-H. Monsérié-Bon et C. Saint-Alary-Houin, La loi de sauvegarde des entreprises : nécessité et intérêts d'une réforme annoncée, 2008, Recueil Dalloz, p. 941-943.

M.-H. Monsérié-Bon, B. Amizet, G. Azam et Ch. Caviglioli, Le prepack cession de FRAM : expériences et enseignements, mars 2016, BJE, n°2, p. 69.

J. Moury, Du prix symbolique au prix négatif, ou la divagation des qualifications en matière de vente : Dalloz 2014, 1950.

P. Nataf, « La limitation des pénalités afférentes aux taxes sur le chiffre d'affaires dans le cas d'une procédure collective », LPA 1993, no 98, p. 4.

Ph. Néau-Leduc, Abus de droit : La Cour de cassation élargit les critères de répression, Revue des contrats 2008, n° 2.

G. Notté, Conditions des remises de dettes par les créanciers publics aux entreprises en difficulté, JCP E 2009, act. 196 ;

I. Parachkévova, L'augmentation de capital forcée dans la loi Macron, BJS 2015 n° 10, p. 529.

F. Petit, Qu'est-ce qu'une « procédure administrative d'établissement de l'impôt » au sens de l'article L. 622-26 alinéa 4 du Code de commerce, Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales n°10, juin 2016, alerte 134.

S. Piedelièvre, « La nouvelle réforme du droit des procédures collectives », La semaine juridique, notariale et immobilière 2009, n° 12, 1119.

J.-L. Pierre, Transfert à la société absorbante des déficits de la société absorbée, Dr. soc. 2015, n°1, comm. 21.

S. Poillot-Peruzzetto, Sévérité accrue à l'égard des aides d'Etat aux entreprises en difficulté : Contrats, conc. consom. Févr. 2005, p. 20, comm. 33 ; L. Idot, La modernisation du droit de la concurrence : au tour des aides d'Etat : Europe juill. 2005, focus 56, p.4.

S. Rétif, L'extension des procédures collectives aux professions libérales : Rev. proc. coll. 2006, p. 152.

Ph. Prigent, Aides aux entreprises en difficulté : des règles modernisées, Revue Lamy Concurrence, 2015, 42.

F. Reille, JurisClasseur commercial 2009, fasc. 2388, Procédures collectives Sauvegarde, Redressement et Liquidation judiciaires – Créanciers postérieurs.

A. Rohmert, La cession de société à 1 euro : un outil séduisant à manier avec précaution, *Option Finance* 2013, n°1211.

Ph. Roussel Galle, Remises des créances publiques : adaptation des textes réglementaires : *Dict. perm. Difficultés des entreprises*, *Bull. avr.* 2009, 303, p. 4125.

Ph. Roussel Galle, Vive la SFA !, *Rev. Proc. Coll.* 2013, repère 2.

Ph. Roussel Galle, À propos du décret du 30 juin 2014 pris en application de l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté, *Rev. proc. coll.*, juillet 2014, étude 15. Ph. Y. Rutschmann et J. Gayral, Apports partiels d'actif, provisions et théorie du prix d'acquisition, *Dr. Fisc.* 2014 n°4, act. 55.

S. Sabathier et Ch. Cavigliolo, La cession dans les différentes procédures : prepack, redressement et liquidation judiciaires, *Rev. Proc. Coll.* 2015, dossier 55.

C. Saint-Alary-Houin, Du document d'orientation préparatoire à la réflexion sur un avant-projet de loi : *Rev. Lamy dr. com.*, *bull. A*, mai 1999, p. 1.

C. Saint-Alary-Houin, La réforme du droit des procédures collectives : *Dr. et patrimoine*, févr. 1995, p. 34 à 49.

C. Saint-Alary-Houin, Les procédures collectives : le rôle de la jurisprudence dans l'évolution du droit des faillites vers la sauvegarde des entreprises, in *Bicentenaire du Code de commerce : la transformation du droit commercial sous l'impulsion de la jurisprudence*, Dalloz 2007, p. 135 et s.

C. Saint-Alary-Houin, La généralisation de la SFA ?, *Rev. Proc. Coll.* 2014, n°1, dossier 11.

C. Saint-Alary-Houin, Presses de l'université Toulouse I Capitole, Regards sur les évolutions du dernier quart de siècle, *De la faillite au droit des entreprises en difficulté*, 2005, p. 389-412, n°9.

C. Saint-Alary-Houin, De la procédure de sauvegarde financière à la procédure de sauvegarde accélérée : de la SFA à la PSA !, *Rev. Proc. Coll.* 2014, n°2, dossier 17.

C. Saint-Alary-Houin, Il est temps de repenser la situation du conjoint dans les procédures !, *BJE* 2016, n°2, p. 12.

C. Saint-Alary-Houin et C. Houin-Bressand, Location-gérance, *Jurisque Commercial*, fasc. 2345.

R. Schneider et R. Daguzan, Report en arrière des déficits : demander la restitution d'une créance sur l'Etat n'est pas réclamer, *Dr. fisc* 2016, n° 20, comm. 325.

Y. Sérandour, *Jurisque fiscal chiffre d'affaires*, fasc 2025-21, n° 24

P. Serlooten, sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, *Jurisque Commercial*, fasc. 3104.

P. Serlooten, Clôture pour insuffisance d'actif et responsabilité fiscale du dirigeant, *BJS* 2000, n°10, p.903.

P. Serlooten, Le recouvrement de la créance fiscale dans le droit des procédures collectives : bilan et perspectives, *Petites affiches* 2000, n° 178, p. 58.

P. Serlooten, Le Trésor public, créancier de l'entreprise en difficulté, *JCP E* 2000, n°1, p. 24 et s.,

P. Serlooten, Responsabilité solidaire des dirigeants sociaux (LPF, art. 267) : la faute du dirigeant et la contestation de la dette fiscale de la société, *BJS* 2006, n°8, p.1050.

P. Serlooten, « Des difficultés de recouvrement de la dette fiscale d'une société en difficulté », *BJS*, 1er décembre 2007, n° 12, p. 1334.

P. Serlooten, Des difficultés de mise en jeu de la responsabilité fiscale d'un dirigeant, *BJS* 2008, n°1, p.60.

P. Serlooten, Remises de dettes par les créanciers publics. Une libéralisation efficace ?, *Rev. Proc. Coll.* 2009, n°3, étude 10.

P. Serlooten, « Entreprises en difficulté – Droit Fiscal », *Rép. Dr. Com.*, avril 2016, n° 95.

B. Soinne, Les notions d'origine, de fait générateur et d'exigibilité de la créance en droit fiscal et dans le droit des procédures collectives : *Rev. proc. coll.* 1987, p. 1.

B. Soinne, Le défunt article 44 septies du Code général des impôts : *Rev. Proc. Coll.* 2004, p. 126.

J.-G. Sorbara, Aides publiques et droit des entreprises en difficulté, in *Entreprises en difficulté* 2012, p. 633.

R. Steiner, « L'exonération pour reprise d'entreprise en difficulté « liquidée » par Bercy ? », *Nouvelles fiscales*, 1er avril 2004, no 911, p. 4.

S. Sylvestre, Une société absorbante peut-elle avoir un actif net négatif ?, *BJS* 2002, n° 10.

Fr.-G. Trébulle, Stakeholders et le droit des sociétés, *BJ* 2007, p.7.

J. Turot, Fiscalité des groupes intégrés. Du rififi dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", *RJF* 1/92 p.3.

R. Vabres, Remboursement des créances de carry-back et ouverture d'une procédure collective, *Rev. Proc. Coll.* 2015, n°1, comm. 18.

R. Vabres, *JurisClasseur Fiscal Impôts directs* Traité 2016, Fasc. 1108-30, n° 71.

R. Vabres, Admission provisionnelle des créances fiscales : l'exception fiscale, *Rev. Proc. Coll.* 2016, n° 1, dossier 20.

R. Vabres, Déclaration à titre provisionnel des créances fiscales, *Rev. Proc. Coll.*, 2018, n°5, comm. 167.

R. Vabres, Conformité à la Constitution du mécanisme de report en avant des déficits des sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés, *Rev. Proc. Coll.*, 2018, n°5, comm. 168.

J. Vallansan, Réforme de la loi de sauvegarde : précisions apportées par le décret d'application, *Rev. proc. coll.* 2009, étude, 5.

J.-L. Vallens, Le droit des faillites de 1807 à aujourd'hui, in Bicentenaire du Code de commerce, Dalloz 2007, p. 669.

S. Vermeille, S. Bardasi, L'intérêt de l'analyse économique du droit dans le traitement du surendettement des sociétés sous LBO, RTDF n°2, 2014, p.96.

Jurisprudences françaises commentées

Conseil Constitutionnel

Cons. const., 30 déc. 1987, Déc. n° 87-237 DC : Dr. fisc. 1988, n° 1-2, comm. 5.

Cons. const. n° 2005-522, 22 juill. 2005, DC : JO 27 juill. 2005, p. 12225 ; JCP G 2006, I, 111, § 8, Ph. Stoffel-Munck ; LPA 17 févr. 2006, n° 35, p. 58, note A. Reygrobellet ; Gaz. Pal. 9-10 sept. 2005, n° 253, p. 33, R. Routier.

Cons. const., 20 janv. 2012, n° 2011-212 QPC : JurisData n° 2012-000445 ; Act. proc. coll. 2012-3, comm. 38, V. Legrand ; Rev. sociétés 2012, p. 192, obs. Ph. Roussel-Galle. – M.-P. Dumont et C. Lisanti, Feu l'article L. 624-6 du Code de commerce : Rev. proc. coll. 2012, étude 8.

Cons. const., 29 déc. 2013, n° 2013-685 DC , cons . 143 : Dr. fisc 2014 , n ° 1-2, comm. 70.

Cons. const., 28 nov. 2014, n° 2014-431 QPC , Stés ING Direct NV et ING Bank NV : Dr. fisc. 2015 , n ° 7-8, comm. 159.

Cons. const., 17 juill. 2015, n° 2015-475 QPC, consid. 12 à 14 : Cons. const., déc. 17 juill. 2015, n° 2015-475 QPC, SA Crédit Agricole : Dr. fisc. 2015, n° 30, act. 450.

Cons. const., 7 oct. 2015, n° 2015-486 QPC : JurisData n° 2015 -022142 ; Act. proc. coll. 2015-18, comm. 278, M.-H. Monsérié-Bon.

Cons. const., 14 janv. 2016, n° 2015-515 , Mignot-Mahon : Dr. fisc . 2016 , n ° 3, act. 45.

Cons. const., 3 févr. 2016, n° 2015-520 QPC, Sté Metro Holding », Blanluet G., « Discrimination à rebours : le droit interne à l'épreuve du droit de l'Union européenne, Dr. fisc. 2016, 12, comm. 233.

Cons. const., déc. 8 juill. 2016, n° 2016-553 QPC, Sté Natixis : Dr. fisc. 2016, n° 28, act. 453.

Cons. const., 17 janv. 2017, n° 2016-604 QPC, Sté Alinéa : Dr. fisc. 2017, n ° 4, act. 58.

Cons. const., 13 avr. 2018, n° 2018-700 QPC : JurisData n° 2018-005525.

Cour de cassation

Chambres civiles

Cass. civ., 27 juill. 1925 : Bull. civ. 1925, n° 157.

Cass. civ., 15 mai 1928 : Gaz. Pal. 1928, 2, jurispr. p. 18 ; S. 1929, 1, p. 257.

Cass. civ., 24 janvier 1933 : Gaz. Pal. 1933, 1, jurispr. p. 674 ; S. 1933, 1, p. 88.

Cass. 1^{ère} civ., 18 nov. 1997, n° 95-20.540 : JurisData n° 1997-004727.

Cass, 1^{ère} civ., 28 sept. 2011, n°10-18.320, F-P+B+I.

Chambre commerciale

Cass. com., 23 mai 1960 : Bull. civ. 1960, III, n° 189 ; Mémorial des percepteurs 1960, p. 909.

Cass. com., 29 avr. 1963 : Bull. civ. 1963, III, n° 212 ; D. 1964, somm. p. 19 ; RTD com. 1963, p. 898, obs. Houin ; Rev. synd. adm. jud. 1963, p. 259.

Cass. com., 24 mai 1965, n° 63-10.995 : Bull. civ. 1965, III, n° 329 ; RTD com. 1965, p. 911, obs. Houin.

Cass. com., 4 mars 1969, n° 65-14.457, Receveur des finances c/ Dame Labaudinière et a. : Bull. civ. IV, n° 82 ; JCP G 1969, II, 16110, note M. Cozian.

Cass. com., 19 oct. 1970, n° 69-11.606 : JCP N 1971, II, 167771 bis, note J. A. ; Rev. synd. 1971, II, p. 164 ; D. 1970, somm. p. 6 ; RTD com. 1970, p. 516 ; Bull. civ. 1970, IV, n° 272.

Cass. com., 7 févr. 1972, n° 69-11.500 : JurisData n° 1972-097047 ; D. 1972, somm. p. 159 ; Bull. civ. 1972, IV, n° 47 ; Rev. sociétés 1973, p. 297, note E. du Pontavice.

Cass. com., 13 avril 1972, n° 70-13.954 : Bull. civ. 1972, IV, n° 102.

Cass. com., 24 janv. 1978 : Dr. fisc. 1978, n° 39, ID et CA 5859.

Cass., com., 6 février 1979, n° 77-13.965, Massart c/Cts Foussier ; Bull. civ. 1979, IV, n° 51.

Cass. com., 22 sept. 1983 : Bull. civ. 1983, IV, n° 242 ; Dr. fisc. 1984, comm. 226.

Cass. com., 11 juill. 1988, n° 87-14.451 : Dr. fisc. 1988, comm. 1892.

Cass. com., 11 oct. 1988, n° 86-10.331 : JurisData n° 1988-701816 ; Bull. civ. 1988, IV, n° 273 ; LPA 20 févr. 1989, p. 5, note Dadouche ; Rev. proc. coll. 1989, p. 594, obs. Y. Chaput ; Bull. Joly 1988, p. 947, § 313 ; RTD com. 1989, p. 321, obs. J.-Ph. Haehl.

Cass. com., 7 févr. 1989, n° 87-14.003 : Bull. civ. 1989, IV, n° 50 ; Rev. proc. coll. 1989, p. 413, obs. Y. Guillou ; D. 1989, somm. p. 214, obs. A. Honorat ; RJS 4/1989, n° 389.

Cass. com., 18 avr. 1989, n° 87-18651 : Dr. fisc. 1989, n° 27, comm. 1413, n° 4.

Cass., com., 19 décembre 1989, n° 1594, RJF 3/90, n° 357.

Cass. com. 30 oct. 1989, Chodron de Courcel, RJF 12/1989, n° 1454.

Cass. com. 19 déc. 1989, Condemine, RJF 3/1990, n° 357.

Cass., com., 20 février 1990, n° 266 P : RJF 4/1990, n° 494.

Cass. com., 3 juill. 1990, n° 89-12.784 et 89-12.785 : Lexilaser Cassation, arrêts n° 924 et 925.

Cass. com., 2 oct. 1990, n° 88-13.709 : JurisData n° 1990 -002436 ; Bull. civ. IV , n° 224 ; JCP E 1990 , n° 47, I, 20539.

Cass. com. 22 janv. 1991, Bartissol, RJF 4/1991, n° 532.

Cass., com., 28 janvier 1992 n°140 P, RJF 4/92 n°568.

Cass. com., 15 juill. 1992, n° 89-20.331 : JCP N 1993, II, p. 169.

Cass., com., 17 nov. 1992 : JurisData n° 1992-002539 ; RJDA 1993, n° 2, 165.

Cass. com., 19 janv. 1993, n° 89-16.518 : Juris-Data n° 1993 -000067 ; Bull. civ. 1993 , IV , n° 25.

Cass. com., 4 mai 1993 : JurisData n° 1993-001758 ; Dr. fisc. 1993 , n° 38, comm. 1744.

Cass. com. 7 déc. 1993, Delloye, RJF 3/1994, n° 356.

Cass., com., 1er févr. 1994, RJF 5/94, n°635.

Cass. com., 1er mars 1994, n° 91-20.887, Rossi : JurisData n° 1994-000486 ; Bull. civ. 1994, IV, n° 88, p. 67.

Cass., com., 15 mars 1994, n° 750 D, RJF 7/94, n° 837.

Cass. com., 17 mai 1994 : JurisData n° 1994-001013 ; Dr. sociétés 1994, comm. 142, note H. Le Nabasque ; Gaz. Pal. 1994, 3, p. 747, note H. Chartier.

Cass., com., 21 juin 1994, n° 1462 D, RJDA 11/94, n°1142.

Cass. com., 12 juill. 1994, n° 1693 P. : RJF 11/94, n° 1283 ; Dr. sociétés 1994, n° 156, obs. Y. Chaput.

Cass. 2e civ., 16 nov. 1994 : D., 1995, jur. p. 220, note Y. Chartier ;

Cass. com., 28 févr. 1995, n° 93-10.012 : Bull. civ. 1995, IV, n° 61.

Cass. com., 20 juin 1995, n° 93-10.331 : JurisData n° 1995-001570 ; Bull. civ. 1995, IV, n° 183 ; Quot. jur. 19 sept. 1995, p. 4, obs. P. M. ; LPA 17 avr. 1996, p. 11, note A. Honorat et C. Henry.

Cass. com., 3 oct. 1995, n° 94-10.108, Gibelin : JurisData n° 1995-004087 ; Dr. fisc. 1996, n° 3, comm. 28.

Cass. com., 10 oct. 1995, n° 93-14.601 : JurisData n° 1995-002812 ; Dr. Sociétés 1995, n° 241, obs. Y. Chaput.

Cass. com. 13 févr. 1996, Fleury, RJF 3/1996, n° 86 ; AJPI 1996, p. 393, chron. R. Léost ; Dr. fisc. 1996, n° 5, comm. 605, obs. G. Tixier et T. Lamulle.

Cass., com., 27 février 1996, RJDA 5/96, n°639.

Cass. com., 11 juin 1996, n° 94-15.295 : JurisData n° 1996-002336 ; Bull. civ. 1996, IV, n° 170 ; JCP G 1996, IV, 1785 ; Rev. proc. coll. 1996, p. 457, obs. B. Soinne.

Cass. com. 1er oct. 1996, Boyer, RJF 2/1997, n° 182.

Cass., com., 10 décembre 1996, n° 2084 P, Sté RMC France : RJF 2/1997, n°186.

Cass. com., 1er oct. 1997, n° 95-13.262 : JurisData n° 1997-003761 ; JCP G 1998, I, 144 , n° 13 , obs. Viney.

Cass. com., 25 nov. 1997, n° 95-16.760 : JurisData n° 1997-004694 ; Bull. civ. 1997, IV, n° 299 ; JCP G 1998, IV, 1087 ; D. affaires 1998, p. 161.

Cass. com., 9 déc. 1997, n° 96-12.292 : JurisData n° 1997-004932 ; Bull. civ. 1997, IV, n° 331 ; Dr. et patrimoine février 1998, p. 35, obs. B. Poullain ; JCP G 1998, I, 141, n° 19, obs. Ph. Pétel ; RJDA 1/1998, p. 3, rapport Av. gén. M. C. Piniot ; D. affaires 1998, p. 159, obs. J. F. ; Rev. sociétés 1998, p. 316, note J.-J. Daigre ; Rev. proc. coll. 1999, p. 47, obs. A. Martin-Serf.

Cass. com., 17 février 1998, n° 95-15.409 : JurisData n° 1998-000659 ; JCP G 1998, II, 10053.

Cass. com., 7 avr. 1998, arrêt n° 910 P : RJF 1998, n° 7, 866.

Cass. com., 5 mai 1998, n° 96-15.569, Colliou : RJF 7/1998, n° 859.

Cass. com., 16 juin 1998 : Juris-Data n° 1998-002768 ; Bull. civ. 1998, IV, n° 200, p. 166 ; Procédures 1998, comm. n° 246, obs. H. Croze ; JCP G 1998, IV, n° 2801.

Cass. com., 16 juin 1998, n° 95-15.689 : JurisData n° 1998-002772 ; Dr. fisc. 1998, n° 44, comm. 967 ; LPA 5 mars 1999, n° 46, p. 4, obs. F. Derrida ; RJDA 1998, p. 684, concl. av. gén. Mme M.-C. Piniot.

Cass. com., 16 juin 1998, n° 96-15.525, P+B, Sté Soifilène : JurisData n° 1998-002775 ; Bull. civ. IV, n° 193 ; Dr. fisc. 1998, n° 39, comm. 841 ; RJF 1998, n° 1026.

Cass., com., 13 oct. 1998, n° 1541 p, RJDA 12/98, n° 1374.

Cass. com., 7 juill. 1998, n° 96-12.014 : Bull. civ. 1998, IV, n° 221 ; RJDA 11/1998, n° 1253, 3e esp. ; D. 1998, inf. rap. p. 207.

Cass. com., 9 févr. 1999, n° 96-17.661, Sté en commandite par actions du Château d'Yquem c/ Melle de Chizelle et a. : JurisData n° 1999-000568 ; Rev. sociétés 1999, p. 81, note P. Le Cannu ; JCP E 1999, 724, note Y. Guyon ; D. affaires 1999, p. 517 ; Dr. sociétés, 1999, comm. 67, note Th. Bonneau ; RTD com. 1999, p. 902, obs. B. Petit et Y. Reinhard.

Cass. com., 4 juillet 2000, n° 97-22.414 : JurisData n° 2000-002852 ; Bull. civ. 2000, IV, n° 137 ; JCP G 2000, IV, 2502 ; JCP G 2001, I, 315, n° 22, obs. Ph. Delebecque ; RTD com. 2001, p. 228, obs. A. Martin-Serf

Cass. com., 3 oct. 2000, n° 98-10.672 : JurisData n° 2000-006086 ; Act. proc. coll. 2000-17, comm. 221 ; D. 2000, jur. p. 397, obs. A. Lienhard ; JCP E 2001, chron. 175, n° 6, obs. M. Cabrillac ; RTD com. 2001, p. 224, obs. C. Saint-Alary-Houin.

Cass. com., 14 nov. 2000, n° 97-19.798 : JurisData n° 2000-006970 ; RJDA 2/2001, n° 183.

Cass. com., 16 oct. 2001, n° 98-12.216 : JurisData n° 2001-011305 ; Bull. civ. IV, n° 166 ; D. 2001, p. 3349, obs. A. Lienhard ; D. 2002, p. 1479, obs. A. Honorat.

Cass. com., 19 févr. 2002 : JurisData n° 2002-013008 ; JCP E 2002, pan. 567.

Cass. com., 18 juin 2002, JurisData n° 2002-014876 ; Bull. Joly 2002, p. 1221, § 259, note S. Sylvestre ; D. 2002, 2190, obs. A. Lienhard.

Cass. com., 19 nov. 2002, n° 99-15.491, Ho Hui Yun : RJF 3/2003, n° 374.

Cass., com., 23 avril 2003, n° 639 F-D, RJF 10/03 n°1180.

Cass. com., 13 nov. 2003, n° 01-14062, Bull. Joly Sociétés 2004, p. 110, obs. J.-C. Parot.

Cass. com. 13 mai 2003, n° 98-22.741 : JurisData n° 2003-019075 ; Bull. civ. 2003, IV, n° 72 ; RJDA 11/2003, n° 1093 ; D. 2003, act. jurispr. p. 1763 ; Dr. fisc. 2004, comm. 554.

Cass., com., 3 mars 2004, n°450 F-D, RJF 7/04, n°792.

Cass. com., 3 mars 2004, n° 02-16.547 , F-D, Racinoux : JurisData n ° 2004 -022813 ; RJF 7/ 2004, n ° 793.

Cass. com., 31 mars 2004, VH Holding , n° 624-FS-P+B : JCP N 2004, n° 37, p. 1378.

Cass., com., 28 sept. 2004, n° 1370 F-D, RJF 2/05, n°184.

Cass., com., 5 octobre 2004, n°1465 F-D, RJF 2/05, n°185.

Cass. com., 30 nov. 2004, n° 01-12.063 : Bull. Joly Sociétés 2005, p. 631 , note F.-X. Lucas.

Cass. com., 12 juill. 2005, n° 02-19.860 : JurisData n° 2006-029487 ; Bull. civ. 2006, IV, n° 174 et n° 03-14.809.

Cass. com., 4 oct. 2005, n° 04-15.062, FS-P+B+I+R : JurisData n° 2005-030082 ; Bull. civ. 2005, IV, n° 191 ; D. 2005, act. jurispr. p. 2593, obs. A. Lienhard ; JCP E 2006, chron. 1006, p. 74, n° 8, obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel ; Act. proc. coll. 2005-18, comm. 233, note Ph. Roussel Galle ; Gaz. proc. coll. 2006, p. 204, obs. M. Sénéchal.

Cass. Com. 10 janv. 2006, no 02-13.634, SARL ASC, Juris-Data no 031578 ; Rev. proc. coll. 3/2007, p. 154 ; Bull. civ. IV, no 6.

Cass., com., 25 avr. 2006, n° 478 F-D, RJF 8-9/06, n°108.

Cass. com., 3 octobre 2006, n° 04-14.728 : JurisData n° 2006-035340 ; Bull. civ. 2006, IV, n° 200 ; RJF 2007, n° 84, cité infra n° 130 et 131.

Cass., com., 20 mars 2007, n° 05.20-599, n° 516 F-D, Sté Distribution Casino France : RJF 8-9/2007, n° 993.

Cass., com., 10 juill. 2007, n° 06-11131, F-D : BJS déc. 2007, p. 1334, n°12, note P. Serlooten.

Cass., com., 3 juin 2008, n° 07-19033, F-D : RJF n° 10/08, n° 1124.

Cass. com., 16 déc. 2008, n° 08-12.142 : JurisData n° 2008-046292 ; JCP G 2009, I, 136, n° 9, obs. Ph. Pétel ; Act. proc. coll. 2009, comm. 76, obs. P. Serlooten ; Rev. proc. coll. 2009, comm. 120, obs. C. Saint-Alary-Houin ; RJDA 4/2009, n° 369 ; RJF 4/2009, n° 403 ; RTD com. 2009, p. 618, obs. A. Martin-Serf.

Cass. com., 16 déc. 2008, n° 08-13.081, FS-P+B : Bull. civ. 2008, IV, n° 209 ; Rev. proc. coll. 2009, comm. 120, obs. C. Saint-Alary-Houin.

Cass., com., 15 sept. 2009, n° 08-16.444, RJF 1/10 n°78.

Cass. com., 15 déc. 2009, n° 08-13.419, FS-P+B : JurisData n° 2009-050792, Rev. Proc. Coll. 2010 n°2, comm. 80.

Cass. com., 12 janv. 2010, n° 09-11.119 : JurisData n° 2010-051065 ; Bull. civ. 2010, IV, n° 5 ; JCP E 2010, 1296, n° 7, obs. M. Cabrillac ; Dr. et proc. 2010, p. 129, note L. Lauvergnat ; RTD civ. 2010, p. 376, obs. R. Perrot.

Cass., com., 26 janvier 2010, n° 07-12.186 PB : Rev. Sociétés 2011, p.55, note S. Jambort.

Cass., com., 26 janv. 2010, n° 08-12.186, FS-P+B, n° 08-12.186, Sté Holco c/ Pellegrini ès qual, Rev. Soc. 2011, p. 55

Cass. com., 9 févr. 2010, n° 08-17.144 : JurisData n° 2010-051508 ; Bull. civ. 2010, IV, n° 36.

Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-13.988, 10-13.989 et 10-13.990 : JurisData n° 2011-002852 ; Act. proc. coll. 2011-7, comm. 106, obs. B. Saintourens ; JCP G 2011, 627, n° 1 , obs. P. Pétel ; D. 2011, p. 919, obs. A. Lienhard ; Gaz. Pal. 2 avr. 2011, p. 7 , obs. F. Reille.

Cass. com., 22 mars 2011, n° 10-16.822 : JurisData n° 2011-004389 ; BJE 1er sept. 2011, p. 252, obs. J.-P. Sortais.

Cass. com., 27 avr. 2011, n° 10-14.639, Briec : Dr. fisc. 2011, n° 42, 565, chron. R. Salomon, § 22.

Cass. com., 15 juin 2011, n° 10-18.726 : JurisData n° 2011-011634 ; Bull. civ. 2011, IV, n° 99 ; Act. proc. coll. 2011, comm. 209 et 216, obs. M.-H. Monsèrié-Bon ; D. 2011, p. 1677, obs. A. Lienhard.

Cass. com., 7 févr. 2012, n° 11-11.347 : JurisData n° 2012-001806 ; Bull. civ. 2012, IV, n° 27 ; Act. proc. coll. 2012, comm. 78.

Cass. com., 14 mai 2013, n° 12-19.601 : BJE 1er sept. 2013, p. 303, obs. G. Dedeurwaerder.

Cass. com., 22 mai 2013, n° 12-18.509, n° 506, F-P+B, Sté Anthracite et a. c/ M. Souchon ès qualités : JurisData n° 2013-009956 ; Rejet, CA Paris, pôle 5, 8e ch., 14 févr. 2012 ; Rev. proc. coll. 2013, comm. 109, note P. Cagnoli ; Dr. sociétés 2013, comm. 146, note J.-P. Legros.

Cass. com., 29 nov. 2013, n° 13-40.055, F-D : Dr. fisc. 2013, n° 50, act. 657.

Cass. com., 11 févr. 2014, n° 13-10.554, P+B, Comptable chef du pôle de recouvrement spécialisé d'Ille et Vilaine c/ SARL Euro Trans Agri diffusion : JurisData n° 2014-002121 ; JCP G 2014, 300.

Cass., com., 10 juill. 2014, n° 14-10.100. V. Th. Piazzon, Chronique de droit privé, Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel 2015, n°46, p. 141.

Cass. com., 14 oct. 2014, n° 13-24.555 : JurisData n° 2014-023992 ; Bull. civ. 2014, IV, n° 148 ; Dr. fisc. 2014, comm. 689, note M. Douay.

Cass. com., 27 janv. 2015, n° 13-25.649 : JurisData n° 2015-001081 ; Bull. civ. 2015, IV, n° 12 ; BRDA 5/2015, p. 7.

Cass., com., 16 avr. 2015, n° 15-40.001, Lefebvre : JurisData n° 2015-008137 ; Dr. Fisc. 2015, n° 21, comm. 322.

Cass. com., 12 mai 2015, n° 13-27.507, M. Perzo : Dr. fisc. 2015, n° 28, comm. 472.

Cass., com., 02 juin 2015, n° 14-11592, 14-11596 et 14-11601, BJE 2015, n° 6, p. 382, obs. G. Dedeurwaerder.

Cass. com., 6 oct. 2015, n° 14-20.352, F-D, DGFIP c/ M. Constantin-Toye, note M. Douay : JurisData n° 2015-022241.

Cass., com., 15 décembre 2015, n° 14-11.500 : JurisData n° 2015 -028245 ; Rev. proc. coll. 2016, comm. 1, Ch. Delattre.

Cass. com., 6 sept. 2016, n° 15-14.245, M. X : JurisData n° 2016-018317 ; Dr. fisc. 2017, n° 23, comm. 341, note M. Douay ; Rev. sociétés 2017, comm. R. Vabres.

Cass. com., 22 févr. 2017, n° 15-17.166, n° 15-17.167 et 15-17.168, F-P+B+I, SCP Laureau Jeannerot et SCP Guyon-Daval, ès qual. c/ Directeur gén. fin. publ. ; Act. proc. coll. 2017, comm. 99, obs. R. Vabres ; LEDEN 2017-4, p. 3, obs. G. Berthelot ; JCP E 2017, 1341, note C. Lebel ; BJE 2017, p. 204, obs. G. Dedeurwaerder ; Gaz. Pal. 27 juin 2017, p. 47, note D. Boustani.

Cass. com., 15 mars 2017, n° 15-21.809 F-D, G c/ Comptable responsable du SIE de Bastia : Dr. Fisc. 2017, n° 18-19, 292.

Cass. com., 20 avr. 2017, n° 15-22.777, F-D : Dr. Fisc. 2017, n°43-44, 520.

Cass. com., 25 oct. 2017, n° 16-18.938 : JurisData n° 2017-021046 ; Act. proc. coll. 2017, comm. 299, obs. Th. Lamulle ; Rev. sociétés 2017, p. 738, obs. L.-C. Henry ; BJED 2018-1, p. 51, obs. G. Dedeurwaerder

Cass. req., 6 juillet 1852, Bourdeaux c/ Adm. des contributions directes : S. 1852, p. 534.

Chambre sociale

Cass. soc., 10 déc. 1996, n° 95-40.485 : JurisData n° 1996-004755 ; Bull. civ. 1996, V, n° 434.

Assemblée plénière

Cass. ass. plén., 23 décembre 1994, n° 90-15.305, Me Leclerc ès qualités c/ UCB et a. : JurisData n° 1994-002486 ; JCP G 1995, II, 22401, note D. Randoux ; JCP E 1995, II, 660, note Ph. Pétel ; Bull. civ. 1994, ass. plén., n° 7.

Conseil d'Etat

CE, 22 juin 1888, n° 66330, Caizergues : Lebon, p. 550.

CE, plén. 27 nov. 1981, n° 16814, RJF 1/1992, p.8.

CE, 7e et 8e ss-sect., 23 décembre 1981, n° 34026, Crépin Loredon : Dr. fisc. 1982, n° 15, comm. 863 ; RJF 1982, n° 233.

CE, 28 nov. 1973, n° 83312 : Dupont 1974, p. 54 et 55.

CE, 25 juin 1975, n°92185, RJF 9/75 n°339 ; CE 06 juin 1984 n°35415, RJF 8-9/84 n°940.

CE, 12 mars 1980, n° 7.475 et 7.476 : R.J.F. 1980, n. 402.

CE, plén., 30 avr. 1980, n° 16253 : JurisData n° 1980-606233 ; Dr. fisc. 1980, n° 30, comm. 1642 ; Dr. sociétés 1980, comm. 238 ; RJF 6/1980, n° 467, concl. B. Martin Laprade, p. 246 ; RJF 12/1980, chron. Gambier, p. 491 ; GA, 4e éd., n° 33.CE, 19 déc. 1980, n° 14207 et n° 14208 : Dr. fisc. 1981, n° 18, comm. 951, concl. P. Rivière.

CE, sect., 12 mars 1982, n° 17074, SA X : Dr. fisc. 1982, n° 23, comm. 1228 ; D. 1982, p. 464, note J. Schmidt et F. Bénac-Schmidt ; RJF 1982, n° 334, concl. O. Schrameck.

CE, 1er juin 1983, n° 22995 : Dr. fisc. 1984, n° 12, comm. 631.

CE, 25 janv. 1984, n° 36.755 : Dr. fisc. 1984, n° 21-22, comm. 1019 ; RJF 3/84, n° 285.

CE, 14 mars 1984, n° 33188, Dr. Fisc. 1984, comm. 1416.

CE, 20 mai 1985, n° 26.201. Dr. fisc. 1985, n° 51, comm. 2262.

CE, 7e et 9e ss-sect., 18 nov. 1985, n° 43321, Sté Éts Beauvallet : JurisData n° 1985-605999 ; Dr. fisc. 1986, n° 10, comm. 447, concl. O. Fouquet.

CE, 24 janv. 1986 : Rev. proc. coll. 1986, n° 3, p. 51.

CE, 21 mars 1986, n° 53002, Sté Auriège : JurisData n° 1986-608026 ; Dr. fisc. 1986, n° 31, comm. 1446.

CE, ass., plén., 11 février 1987, n° 47.157., Dr. Fisc. 1987 n°45, comm. 2023.

CE, 30 mars 1987, n° 52754, Labo Industries, Dr. Fisc. 1987, comm. 1434.

CE, avis, 7 juill. 1989, n° 160284 : Lebon, p. 162, concl. Ph. Martin.

CE, 29 juin 1988, n° 84973 : Dr. fisc. 1990, n° 10, comm. 511.

CE, 20 mars 1989, n° 56087 : RJF 5/1989, n° 548.

CE, 7e et 8e ss-sect., 17 oct. 1990, n° 83310, M. Loiseau : Rec. CE 1990, p. 282 ; Dr. fisc. 1991, n° 48, comm. 2281, concl. O. Fouquet ; RJF 11/1990, n° 1317, chron. J. Turot, p. 735.

CE, 8eme et 9ème sous-sect., 27 mars 1991, n° 57.777, comm.ouv. M. Chahid Nouri, Dr. Fisc. 1992, C. 714, p. 626.

CE, 1er juill. 1991, n° 61 065, SA La Bellignite : Dr. fisc. 1991, n° 42, comm. 1926.

CE, 18 mars 1992, n° 62402, SA Leybold-Heraeus-Sogev (LHS), n° 1992-600212, Dr. Fisc. 1993, n° 10, comm. 488 ; RJF 5/92, n° 634, concl. O. Fouquet, p. 376 à 382.

CE, 15 avril 1992, n° 96407, Smets : JurisData n° 1992-051735 ; Dr. fisc. 1993, n° 44, comm. 2084, concl. M.-D. Hagelsteen.

CE, 17 mars 1993 n° 78885, 8e et 9e s.-s., Dolley : RJF 5/93 n° 739 ; CAA Nantes 18-5-1994 n° 92-755, 1e ch., Géniteau : RJF 8-9/94 n° 993.

CE, 9e et 8e ss-sect., 26 juin 1996, n° 144803 : Dr. fisc. 1996, n° 48, comm. 1444 ; RJF 8-9/1996, n° 981 ; Rev. pr. coll. 1998, n° 4, p. 369, obs. B. Soinnie

CE, 15 oct. 1997, n° 175722 : JurisData n° 1997-055828 ; Dr. fisc. 1998, n° 9, comm. 151, concl. F. Loloum.

CE, 10 déc. 1999, n° 196113, Mme Legros : JurisData n° 1999-051584 ; Dr. fisc. 2000, n° 16, comm. 331, concl. J. Arrighi de Casanova ; RJF févr. 2000, n° 285.

CE, 8e et 9e ss-sect., 7 janv. 2000, n° 186108, Épx Philippe : JurisData n° 2000-060004 ; Dr. fisc. 2000, n° 11, comm. 204, concl. G. Bachelier ; RJF 2/2000, n° 162 ; BGFE 2000, n° 1, p. 1, obs. J. Turot ; RTD com. 2000, p. 760, obs. F. Deboissy.

CE, 6 oct. 2000 : JurisData n° 2000-061023 ; Dr. fisc. 2000, n° 49, comm. 975, concl. G. Bachelier.

CE, 9e et 10e ss-sect., 16 mars 2001, n° 199580, SA Rexel : JurisData n° 2001-061974 ; Dr. fisc. 2001, n° 24, comm. 531, concl. G. Goulard.

CE, 9e et 10e ss-sect., 26 févr. 2003, n° 223092, Sté Pierre de Raynal et Cie : JurisData n° 2003-080285 et n° 223293, Sté Pierre de Raynal et Cie : JurisData n° 2003-080286 ; Dr. fisc. 2003, n° 24, comm. 436, concl. G. Goulard ; RJF 5/2003, n° 607, concl. G. Goulard, p. 403.

CE, sect., 30 déc. 2003, n° 249047 : Juris-Data n° 2003-080473 ; Dr. fisc. 2004, n° 16, comm. 428, note A. Lefeuvre et CE, 30 déc. 2003, n° 233894, SA Andritz : JurisData n° 2003-080472 ; Dr. fisc. 2004, n° 16, comm. 427, concl. G. Bachelier, note P. Masquart ; RJF 3/2004, n° 238, concl. G. Bachelier, p. 166 ; RJF 2/2004, p. 83, chron. L. Olléon ; BGFE 2004, n° 2, p. 12, obs. N. Chahid-Nourai.

CE, 9e et 10e ss-sect., 1er mars 2004, n° 237013, Sté AS Représentation : JurisData n° 2004-080491 ; Dr. fisc. 2004, n° 37, comm. 669, concl. G. Goulard.

CE, 9e et 10e ss-sect. réunies, 27 octobre 2004, n° 266024 : JurisData n° 2004-080620 ; RJF 2005, n° 92, concl. Verclytte.

CE, 8e et 3e ss-sect. réunies, 1^{er} juin 2005, n° 260401, Sté des Brasseries Kronenbourg : Dr. fisc. 2006, n° 8, comm. n° 194 ; RJF 8-9/05, n° 848

CE, 3e et 8e ss-sect., 8 juill. 2005, n° 264641, Sté Endupack : JurisData n° 2005-080761 ; Dr. fisc. 2005, n° 51, comm. 826, concl. E. Glaser ; RJF 2005, n° 1162.

CE, 10 mars 2006, n° 263183, Sté Sept : Juris-Data n° 2006-080848 ; Dr. fisc. 2006, n° 21-22, comm. 414, concl. F. Sénèrs, note J.-L. Pierre. – CE, 28 avr. 2006, n° 277572, Min. c/ SÈÈÈÈ : RJF 7/06, n° 836. – CE, 8e et 3e ss-sect., 28 avr. 2006, n° 278378, Min. c/ Sté Atys France : Dr. fisc. 2006, n° 44, comm. 706.

CE, 5 mai 2006, n° 276854, Vandycke : JurisData n° 2006-080896 ; Dr. fisc. 2006, n° 23, act. 105.

CE, 8e et 3e ss-sect., 13 juillet 2006, n° 269576, min. c/ SCI Saint-Jacques Peyras : JurisData n° 2006-080962 ; Dr. fisc. 2007, n° 15, comm. 420 ; RJF 2006, n° 1623.

CE, 9e et 10e ss-sect., 15 nov. 2006, n° 288533, SA Dosim : RJF 2007, n° 192

CE, 8e et 3e ss-sect., 5 oct. 2007, n° 291049, Sté Alcatel CIT : JurisData n° 2007-081175 ; Dr. fisc. 2008 n° 6, comm. 165, concl. N. Escaut, note A. de Bissy ; JCP E 2008, 1280, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; RJF 12/2007, n° 1381 ; BGFE 2007, n° 6, obs. Y. de Givré, p. 4. – V. O. Fouquet, Acte anormal de gestion et mauvaise gestion : Rev. adm. 1/2008, n° 361, p. 38.

CE, 3e et 8e ss-sect., 30 mai 2007, n° 285575, SA Peronnet : JurisData n° 2007-081191 et n° 285573, SARL Peronnet et a. : JurisData n° 2007-081192 ; Dr. fisc. 2007, n° 46, comm. 958, concl. F. Sénèrs, note A. Bonnet.

CE, 14 mars 2008, n° 290591, Me Moyrand : JurisData n° 2008-081289 ; Dr. fisc. 2008, n° 17, comm. 294, concl. N. Escaut.

CE, 8e et 3e ss-sect., 21 mars 2008, n° 293828, min. c/ Sté Semcha : JurisData n° 2008-081293 ; Dr. fisc. 2008, n° 16, comm. 285 ; RJF 6/2008, n° 749.

CE, 26 mars 2008, n° 301413, SA Financière Fauvernier : RJF 6/2008, n° 637 et CE, 22 janvier 2010, n° 311339, Prédica, RJF 3/2010, n° 320.

CE, 11 avr. 2008, n° 281033, SA Guerlain : JurisData n° 2008-081311 ; Dr. fisc. 2008, comm. 302, concl. C. Vérot, note M. Taly.

CE, 10ème et 9ème ss-sect., 11 avril 2008, Sté Guy Dauphin Environnement, n° 284274.

CE, 9e et 10e ss-sect., 5 mai 2008, n° 300848, min. c/ Sté Midi Asphalte Entreprise : JurisData n° 2008-081335 ; Dr. fisc. 2008, n° 25, comm. 382, concl. P. Collin ; RJF 8-9/2008, n° 937 ; BDCF 8-9/2008 n° 100, concl. P. Collin.

CE, 5 mai 2008, n° 304350 : JurisData n° 2008-073545 ; Act. proc. coll. 2008, alerte n° 281.

CE, 6 juin 2008, n° 285629, SA Gustave Muller : RJF 10/2008, n° 1058.

CE, 3e et 8e ss-sect., 31 juill. 2009, n° 297274, SA Haussmann Promo Île-de-France : JurisData n° 2009-081522 ; Dr. fisc. 2009, n° 41, comm. 498, concl. E. Glaser, note D. Bocquet et C. Cassan.

CE, 8e et 3e ss-sect., 11 déc. 2009, n° 301341, Sté GE Healthcare Clinical Systems : JurisData n° 2009-081571 ; Dr. fisc. 2009, n° 52, comm. 603, concl. L. Olléon, note O. Fouquet et Ph. Durand ; RJF 2/2010, n° 107 ; BGFE 2010, n° 1, p. 3, obs. F. Donnedieu de Vabres.

CE, 3e et 8e ss-sect., 30 déc. 2009, n° 297274, Sté Haussmann Promo Île-de-France : RJF 3/2010, n° 209 ; concl. E. Glaser BDCF 3/2010, n° 29.

CE, 8e et 3e ss-sect., 22 janv. 2010, n° 313868, Sté d'acquisitions immobilières : JurisData n° 2010-081608 ; Dr. fisc. 2010, n° 11, comm. 230, concl. N. Escaut, note D. Bocquet et C. Cassan ; Dr. sociétés 2010, comm. 106, note J.-L. Pierre ; RJF 4/2010, n° 335 ; BJS 2010, § 121, p. 584, note P. Serlooten.

CE, 12 mars 2010, n° 328424, Sté Wolseley Centers France, Dr. Fisc. 2010, comm. 272, concl. L. Olléon.

CE, 27 oct. 2010, n° 325281, Caisse d'Epargne de Lorraine Champagne-Ardenne, RJF 1/2011, n° 22.

CE, 8e et 3e ss-sect., 24 nov. 2010, n° 334032, min. c/ Sté Océ NV et CE, 8e et 3e ss-sect., 24 nov. 2010, n° 333867, Sté Saga et n° 333868, Sté Saga Air Transport : JurisData n° 2010-024089 : Dr. fisc. 2011, n° 10, comm. 245, concl. L. Olléon, note P. Durand et O. Fouquet ; Dr. sociétés 2011, comm. 41, note J.-L. Pierre ; RJF 2/2011, n° 150 et 151 ; BGFE 1/11 p. 4, obs. J. Turot.

CE, 3e et 8e ss-sect., 25 juin 2010, n° 338966, M. Carrère : JurisData n° 2010-010237 ; Dr. fisc. 2010, n° 27, comm. 406, concl. É. Geffray.

CE, 23 juill. 2010, n°308019, RJF 11/10 n°1024.

CE, 20 oct. 2010, n° 314248, Sté Hyper Primeurs : RJF 1/2011, n°17 ; CE, 12 mars 2012, n°342295, EURL Alci : RJF 6/2012, n°56 ; CE, 8e et 3e ch., 25 janv. 2017, n° 391057, SARL C2M : Dr. fisc. 2017, n° 12, comm. 212, concl. R. Victor, note O. Fouquet.

CE, 10 nov. 2010, n° 314046 : JurisData n° 2010-021016 ; Rev. proc. coll. 2011-3, comm. 95, obs. P. Neau-Leduc et M. Hubert.

CE, 9e et 10e ss-sect., 27 janv. 2011, n° 309716, Sté Impact : RJF 2011, n° 470

CE, 8e et 3e ss-sect., 30 mars 2011, n° 335551, SAS Syft Holding : Dr. fisc. 2011, n° 21, comm. 357, note P. Fumenier et C. Maignan ; RJF 2011, n° 689.

CE, 8e et 3e ss-sect., 27 avr. 2011, n° 327764, Sté Legeps : Dr. fisc. 2011, n° 25, comm. 399, concl. L. Olléon, note O. Fouquet ; RJF 7/2011, n° 783, chron. C. Raquin, p. 699 ; BGFE 2011, n° 4, obs. F. Donnedieu de Vabres, p. 1.

CE, 8e et 3e ss-sect., 12 mars 2012, n° 342295, EURL ALCI : RJF 6/2012 n° 564 ; BDCF 6/2012, n° 67, concl. N. Escaut.

CE, 28 mars 2012, n° 320470, Sté Saint-Germain Automobile : G. Dedeurwaerder, BJE 2012, n°4, p. 238 - CE 9e et 10e ss-sect. réunies, 28 juill. 2011, n° 318872, Sté Myrys

CE, 9e et 10e ss-sect., 10 juill. 2012, n° 336492 : JurisData n° 2012-011660 ; Dr. famille 2012, comm. 161, obs. F. Douet.

CE, 30 janv. 2013, n° 346683, Sté Ambulances de France : Dr. fisc. 2013, n° 10, comm. 185 ; Ph. Martin, Le régime français des sociétés mères à la lumière de la directive : les méthodes d'interprétation du juge fiscal : Dr. fisc. 2014, n° 41, 569.

CE, 5 juill. 2013, n° 351874, Sté Kingfisher International France Limited : RJF 10/2013, n°914, concl. V. Daumas et CE, 3e et 8e ss-sect., 5 juill. 2013, n° 356781, min. c/ Sté Décathlon : Dr. fisc. 2013, n° 42, comm. 483, concl. V. Daumas, note O. Fouquet et Ph. Durand ; RJF 10/2013, n° 914.

CE, 8e et 3e ss-sect., 25 sept. 2013, n° 356382, Sté Oddo et Cie : JurisData n° 2013-020941, Dr. fisc. 2014, n° 4, comm. 522, concl. N. Escaut.

CE, 3ème et 8ème ss-sect., 11 juin 2014, Sté Fralsen Holding, n° 363168.

CE, 9e et 10e ss-sect., 11 avr. 2014, n° 352999 , min. c/ Garnier Choiseul Holding : JurisData n° 2014-020289 ; Dr. fisc. 2013, n° 41, comm. 477, concl. F. Aladjidi, note F. Deboissy et G. Wicker ; Dr. sociétés 2014, comm. 159, note J.-L. Pierre ; RJF 11/2013, n° 1064, chron. É. Bokdam-Tognetti, p. 883.

CE , 8e et 3e ss-sect ., 19 sept. 2014, n° 349084 , Sté Numéricable : Dr. fisc . 2014, n ° 45, comm. 603 , concl. N . Escaut, note Ch. Ménard ; RJF 2014, n° 1087.

CE, 9e et 10e ss-sect., 23 janv. 2015, n° 369214, SAS Rottapharm : JurisData n° 2015-005730 ; Dr. fisc. 2015, n° 16, comm. 268, concl. M.-A Nicolazo de Barmon, note A. de Massiac et R. Bagdassarian ; RJF 4/2015, n° 300 ; RTD com. 2015, obs. O. Fouquet, p. 173.

CE, plén. fisc. 10 avr. 2015 , n° 369667 , SA Fayat : Dr . fisc. 2015 , n ° 28, comm. 457.

CE, 10 avr. 2015, n° 371765, Sté Holco : RJF 2015, n° 570.

CE, 8e et 3e ss-sect., 12 nov. 2015, n° 367256, Sté Metro Holding France : Dr. fisc. 2015, n° 49, comm. 717, concl. B. Bohnert.

CE, 8e et 3e ss-sect., 15 févr. 2016, n° 374071, SNC Distribution Leader Price : JurisData n° 2016-008557 ; Dr. fisc. 2016, act. 149, note Fl. Deboissy ; Dr. fisc. 2016, comm. 304, note E. Meier, R. Torlay et R. Abady ; RJF 2016, n° 451.

CE, 9e et 10e ss-sect., 9 mars 2016, n°385244, Sté BFO, concl. E. Bokdam-Tognetti, note R. Schneider et R. Daguzan : JurisData n° 2016-004460.

CE, 3e et 8e ss-sect., 20 mai 2016, n° 392527, min. c/ SELARL Lemaire : Dr. fisc. 2016, n° 26, comm. 391, concl. E. Cortot-Boucher, note O. Fouquet.

CE, 9ème et 10ème ch., 20 juin 2016, n° 361832, SA Gecina : JurisData n°2016-012578 ; Dr. Fisc. 2016, n° 50, comm. 646, concl. R. Victor.

CE, sect., 13 juill. 2016, n° 375801 : JurisData n° 2016-013267 ; Dr. fisc. 2016, n° 36, act. 489 , note Ph. Durand et M. Seraille, et n° 36, comm. 464, concl. É. Bokdam-Tognetti, note O. Fouquet ; Dr. sociétés 2016, comm. 201, note J.-L. Pierre.

CE, 8e et 3e ch., 13 oct. 2016, n° 388410, SA Safran : Dr. fisc. 2016, n° 47, comm. 602, concl. B. Bohnert, note Ph. Durand.

CE, 8e et 3e ch., 20 oct. 2016, n° 397537, Sté Cie Cambodge : Dr. fisc. 2017, n° 5-6, comm. 151, note O. Fouquet ; RJF 2017, n° 9 – conclusions de Romain Victor.

CE, 9e et 10e ch., 18 janv. 2017, n° 389004, Sté Stago International, Dr. Fisc. 2017, n° 20, comm. 304.

CE, 8e et 3e ch., 25 janv. 2017, n° 391057, SARL C2M : Dr. fisc. 2017, n° 12, comm. 212, concl. R. Victor, note O. Fouquet.

CE, plén. fisc., 22 févr. 2017, n° 394647, SCI Les Roches, concl. R. Victor : JurisData n° 2017-003637 : Dr. Fisc. 2017, n° 24, comm. 354.

CE, 8e et 3e ch., 14 juin 2017, n° 400855, Sté Orange Participations : Dr. fisc. 2017, n° 39, comm. 480, concl. B. Bohnert. – C. Acard, Fiscalité financière : Dr. fisc. 2017, n° 39, étude 478, spéc. n° 15.

CE, 28 juill. 2017, n° 398632 : JurisData n° 2017-014977 ; Rev. proc. coll. 2017, comm. 118, obs. R. Vabres ; Gaz. Pal. 2017, p. 70, n° 34, obs. D. Voinot ; Act. Proc. coll. 2017, alerte 274, obs. F. Petit

CE, 8e et 3e ch., 25 oct. 2017, n° 401403, Sté Serena Caoutchouc : JurisData n° 2017-020887 ; Dr. fisc. 2018, n° 5, comm. 156, concl. R. Victor.

CE, 9e et 10e ch., 20 nov. 2017, n° 397027, Gradsztejn , mandataire ad hoc de la Sté Electre International, concl. Y. Bénard : JurisData n° 2017-023216 : Dr. Fisc. 2018, n° 6, comm. 171.

CE, 3e et 8e ch., 24 nov. 2017, n° 403183, min. c/ Sté Railtech : JurisData n° 2017-023730 : Dr. fisc. 2018, n° 18-19, comm. 269.

CE, 8e et 3e ch. réunies, 26 janvier 2018, n° 415695, Sté Technicolor : Dr. fisc. 2018, n° 6, comm. 174, concl. Rapp. pub. R. Victor.

CE , 9e et 10e ch ., 7 févr. 2018, n° 398676, SARL France Frais. A. Colonna d'Istria, Quels critères pour déduire fiscalement un abandon de créance à caractère commercial?, Option Finance 2018, n° 1456, p. 39.

CE, 5 mars 2018, n° 416514 : Dr. Fisc 2018, n° 20, p. 38.

Cours d'appel

CA, Grenoble, 1ère ch. Civ., 12 mars 1990, JurisData, n° 1990-042023.

CA Paris, 1re ch., 28 déc. 1992, SCMO UTA c/ Cie nationale Air France : JurisData n° 1992-024250 ; Bull. Joly, 1993, p. 437, § 124, note P. Le Cannu.

CA Paris, 24 mars 1996 : JurisData n° 1996-022059.

CAA Nantes, 3 juill. 1996 : Dr. fisc. 1996, n° 47, comm. 1400.

CAA Lyon, 1re ch., 6 juin 1997, n° 96-2098, SNC Cannes-Esterel, inédit.

CAA Paris, 2e ch., 28 mai 1998, n° 94PA01916, Sté Cocinor : JurisData n° 1998-056277 ; Dr. fisc. 1999, n° 40, comm. 1243.

CAA Douai, 1re ch., 30 mars 2000, n° 96-2960 : Dr. fisc. 2001, n° 7, comm. 120.

CAA Bordeaux, 4e ch., 17 oct. 2002, n° 99-1768 : JurisData n° 2002-200062 ; RJF 2/2003, n° 198.

CAA Paris, 10 déc. 2004, Sté SEEE, concl. F. Bataille. - CAA Paris 21 janv. 2005, Sté Sias France : RJF 2005, n° 433.

CAA Marseille, 14 mars 2006, n° 032085, SA Fraikin : JurisData n° 2006-304924 ; Dr. fisc. 2006, n° 30, comm. 532.

CAA Paris, 18 juin 2007, n° 06PA01941, SA Décorative ouest : JurisData n° 2007-348587 ; Dr. fisc. 2007, n° 52, p. 18, note Fouquet.

CAA Lyon, 11 octobre 2007, n° 04-63, SA Wirth et Gruffat : RJF 2008, n° 406.

CA Limoges, 4 févr. 2010 arrêt n° 168 : Annonces Seine 18 févr. 2010, n°11, p. 1, note B. Lagarde, Le créancier public : être ou ne pas être pour les besoins de la procédure ; Rev. Sociétés 2010, p. 197, note Ph. Roussel Galle.

CA Paris, pôle 5, ch. 8, 28 juin 2011, n° 10/22840 : BJS 2011, p. 974, obs. P. Mousseron.

CA Aix-en-Provence, 8e ch. A, 26 janv. 2012, n° 11/04924 : JurisData n° 2012-003291 ; Rev. proc. coll. 2012, 3, comm. 85, obs. J.-J. Fraimout.

CAA Versailles, 6e ch., 4 avr. 2013, n° 11VE03914, min. c/ SA Fayat : Dr. fisc. 2013, n° 30, comm. 390, note S. Rudeaux ; RJF 10/2013, n° 915.

CAA Lyon, 7 mai 2013, n° 12LY02242, min. c/ SARL Sobral : RJF 2013, n° 1005 ; BJE 2014, n° 1, comm. 110t6, note G. Dedeurwaerder.

CAA Douai, 2e ch., 5 juill. 2016, n° 14DA02046, min. c/ Sté Railtech International : JurisData n° 2016-014227 ; Dr. fisc. 2016, n° 40, comm. 531, note J.-M. Guyau.

CA Toulouse, 13 avril 2016, n° 15/05695, Pôle recouvrement spécialisé de la Haute Garonne c. Mme Vinceneux, ès qual. et a.

CAA Bordeaux, 12 juillet 2016, n° 14BC00394.

CAA Nantes, 19 janv. 2017 n° 15NT02188 : RJF 4/17 n° 331.

CAA Versailles, 3e ch., 7 févr. 2017, n° 15VE03890, Sté REM consulting : JurisData n° 2017-008646. – S. Rudeaux, Sélection d'arrêts des cours administratives d'appel : Dr. fisc. 2017, n° 46, étude 541, n° 14.

Premier ressort

T. confl., 13 janv. 1936, n° 826, Administrateur de Dakar c/ Sté en faillite des établissements Lecomte : Lebon, p. 1159.

TA Nantes, 21 janv. 2000, n° 95-1464, 95-3431, 96-482, 96-1798, 97-3006 : RJF 5/2000, n° 635.

TA Nantes, 1re ch., 26 janv. 2001, n° 96-210 : RJF 8-9/2001, n° 1054.

Jurisprudences européennes commentées

CJCE, 23 février 1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/ Haute Autorité de la CECA, 30/59 : Rec. CJCE 1961, I, p. 39.

CJCE, 25 juin 1970, aff. C-47/69, France c/ Commission, pt 4.

CJCE, 2 juill. 1974, Aff. 173/73, République Italienne / Commission des Communautés européennes : Rec. CJCE 1974, p. 709.

CJCE, 21 sept. 1988, aff. C-50/87, Commission c/ France, pt 15 : Rec - CJCE 1988, p. 4797 ; Dr. fisc. 1988, n° 50, comm. 2305, concl. G. Slynn ; RJF 1988, n° 1255.

CJCE, 8 févr. 1990, aff. C-320/88, Shipping and Forwarding Enterprise Safe, § 12 : RJF 1990, n° 504.

CJCE, 15 mars 1994, Aff. C-387/92, Banco de Crédito Industrial SA, devenue Banco Exterior de España SA contre Ayuntamiento de Valencia : Rec. CJCE 1994, I, p. 877, points 13 et 14.

CJCE, 11 juill. 1996, SFEI e.a., C-39/94 : Rec. CJCE, p. I-3547, point 60.

CJCE, plén., 17 juill. 1997, aff. C-28/95, A. Leur-Bloem : Rec. CJCE 1997, I, p. 4161, concl. F. G. Jacobs ; Dr. fisc. 1997, n° 38, comm. 979 ; RJF 10/1997, n° 1002.

CJCE, 29 avr. 1999, aff. C-342-96, Espagne c/ Commission : Rec. CJCE, p. I-2459, point 46.

CJCE, 19 mai 1999, Aff. C-6/97, République Italienne / Commission : Rec. CJCE 1999, I, p. 2981 ; Dr. fisc. 1999, n° 29, comm. 603, note P. Dibout.

CJCE, 20 sept. 2001, aff. C-390/98, H. J. Banks & Co. Ltd c/ The Coal Authority : Rec. CJCE 2001, p. I-6617, concl. N. Fennelly ; Europe 2001, comm. 333, note L. Idot.

CJCE, 1re ch., 27 sept. 2001, aff. C-16/00, Cibo Participations SA : Dr. fisc. 2001, n° 47, comm. 1083 ; RJF 12/2001, n° 1611.

CJCE, 8 nov. 2001, Aff. C-143/99, Adria-Wien Pipeline GmbH et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH contre Finanzlandesdirektion für Kärnten : Rec. CJCE 2001, I, p. 8365.

CJCE, 6 févr. 2003, aff. C-185/01, Auto Lease Holland BV : Dr. fisc. 2003, n° 22-23, comm. 421 ; RJF 4/2003, n° 524

CJCE, 24 juill. 2003, Aff. C-280/00, Altmark Trans GmbH : Rec. CJCE 2003, I, p. 7747.

CJCE, 5e ch., 27 nov. 2003, aff. C-497/01, Zita Modes, pt 38 : Dr. fisc. 2004, n° 18-19, comm. 466 ; RJF 2/2004, n° 211.

CJCE, 6e ch., 30 avr. 2004, aff. C-277/00, Allemagne c/ Comm., pt 81 : Europe 2004, comm. 215, note L. Idot.

CJCE, 21 juill. 2005, Aff. C-71/04, Xunta de Galicia : Rec. CJCE 2005, I, p. 7419.

CJCE, 27 oct. 2005, aff. C-41/04, Levob Verzekeringen et OV Bank : Dr. fisc. 2006, n° 23, comm. 434 ; RJF 2006, n° 112 ; Y. Sérandour, L'Année fiscale 2006, p. 230 ; Le logiciel, bien ou service au regard de la TVA ? : Lexbase hebdo n° 192, 1er déc. 2005, Éd. fiscale, Lexbase n° N1371AKY

CJCE, 22 nov. 2007, aff. C-525/04 P, Espagne/Lenzing : Rec. CJCE 2007, I, p. 9947.

CJCE, 2e ch., 13 nov. 2008, aff. C-214/07, Commission c/ France : Dr. fisc. 2008, n° 47, act. 341 ; RJF 2/2009, n° 182.

CJUE, 27 novembre 2008, aff. 418/07, Sté Papillon : RJF 2/2009, n°180.

CJUE, 25 février 2010, aff. 377/08, X Holding BV : RJF 5/2010, n°552.

CJUE, 29 mars 2012, aff. C-417/10, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate c/ 3M italia SpA, pt 36. JCP G 2012, 460.

CJUE, 2e ch., 6 févr. 2014, aff. C-424/12, SC Fatorie SRL, pt 31 : Europe 2014, n° 4, comm. 172, M. Meister.

CJUE, 2e ch., 2 sept. 2015, aff. C-386/14, Groupe Steria SCA : Dr. fisc. 2015, n° 40, comm. 611, note M.-P. Hôo et C. Maignan ; RJF 11/2015, n° 972.

INDEX

A

Abus de droit : 16, 116, 142, 555 s., 627, 654, 667 s., 682

Action en revendication : 412

Action interrogatoire : 58

Action paulienne : 360

Aides à caractère commercial : 686

- Entreprises en difficulté : 713 s.
- Régime fiscal : 694 s.

Aides à caractère financier : 685

- Entreprises en difficulté : 709 s.
- Régime fiscal : 702 s.

Aides d'Etat : 149 s.

- Aides de *minimis* : 162
- Condamnation France : 178
- Critère du créancier privé : 145

Amende : 116 s., 141, 349, 366, 395

Arrêt des poursuites : 75, 217

- Conjoint *in bonis* : 257

Avis à tiers détenteur : 265 s.

- Nullités facultatives

B

Biens communs : 253 s.

C

Cessation d'activité : 32 s., 46 s.

- IS : 81
- TVA : 52 s.

Cessation des paiements :

- Critère d'ouverture d'une procédure : 43, 285, 308, 312
- Homologation accord de conciliation : 295
- Période suspecte : 56, 59
- Reprise d'une entreprise en difficulté : 186

Changement d'activité : 660, 680

Conciliation : 11, 285

- Accord constaté : 294
- Accord homologué : 295
- Créanciers non-signataires : 126
- Privilège (de la) : 296, 381

Créances

- Abandon (de) : 444
- Antérieures : 315 s., 325, 337
- Cession (de) : 721
- Compensation (de) : 496 s.
- Déclaration (de) : 242, 276 s., 314 s.
- Postérieures : 337 s., 381

Créanciers :

- Créanciers du conjoint : 259 s.
- Créanciers publics : 115 s., 124, 127, 135, 271, 304, 309
- Créanciers privés : 136, 145, 388

Crédit d'impôt : 426

- CICE : 429

- Crédit d'impôt pour l'investissement en Corse : 428
- CIR : 427
- Remboursement anticipé : 432 s.
- Remboursement anticipé procédures collectives : 451 s.

D

Déclaration des créances : 315, 323

- A titre provisionnel : 325

Déficits fiscaux : 22, 440

- Fusion : 626, 637 s., 645, 649 s.
- Intégration fiscale : 585, 671 s.
- Report en avant : 441
- Report en arrière : 447

Dividendes ; 195, 520, 532 s., 571 s., 579, 636

E

Epoux : 249 s.

Exigibilité : 37, 243, 321

F

Fait générateur : 32, 37, 62, 91, 106, 268, 317 s.

Fiducie : 506 s.

- Contrat de mise à disposition : 510
- Droit de vote : 531 s.
- Neutralité fiscale : 522
- Régimes de groupe : 527 s.

Fonds de commerce : 76

- Location-gérance préalable à la cession : 79

- Droits d'enregistrements : 83

Fusion : 616 s.

- Abus de droit : 668 s.
- Actif net négatif : 618
- Agrément : 649
- Boni de fusion : 622
- Fusion simplifiée : 619
- Mali de fusion : 623 s.
- Procédures collectives : 629 s.
- Régime de droit commun : 636
- Régime de faveur : 638
- Sens (de la) : 627, 664 s.

H

Hypothèque légale : 392

- Droit de préférence : 409 s.
- Droit de suite : 411 s., 418
- Inscription : 399 s.
- Procédures collectives : 415 s.

I

Immeubles : 52, 88, 90, 266, 293, 347, 357, 391 s., 429

Intégration fiscale : 572, 585

- Conventions : 677
- Déficits : 671
- Fiducie : 527
- Vente au prix de revient : 720

Intérêts moratoires : 118, 139, 144, 395

Interdiction des paiements : 59

L

Livraison de biens : 39, 720

Liquidateur : 50, 92, 100 s., 260, 382

Liquidation judiciaire : 42, 312

- 44 *septies* : 184
- Créance de taxe foncière : 339
- Dessaisissement du débiteur : 99, 103, 260
-
- Hypothèque légale : 415
- Intégration fiscale : 586
- Obligations déclaratives : 50
- Report des déficits : 453

M

Mandat *ad hoc* : 279 s.

Mandataire judiciaire : 57, 382

O

Obligations déclaratives : 50, 95, 193, 369

P

Période suspecte : 6, 56 s.

- Accord mandat *ad hoc* : 281
- Augmentation de capital par compensation de créance : 503
- Cession d'éléments d'actif : 61 s.
- Fiducie : 513
- Notification d'un ATD : 269
- Nullité conventionnelle : 60

R

Rectification : 102, 335, 402 s.

Redressement judiciaire : 43, 311

- 44 *septies* : 184

- Cession de l'entreprise : 78

- Délais de paiement : 132

- Ouverture à l'initiative du Trésor : 308

- Période suspecte : 56

- Remises de dettes : 135

Responsabilité fiscale

- Cumul : 248

- Du dirigeant : 222 s.

- Subsidiarité : 247

S

Sauvegarde : 11, 43, 307

- Cession d'activité : 76

- Délais de paiement : 126

- Fiducie : 509

- Période suspecte : 56

- Remises de dettes : 135

Sauvegarde accélérée : 302

Sauvegarde financière accélérée : 298

Solidarité fiscale des époux : 250 s.

Super-privilege des salariés : 272, 296, 380

T

Titres de participation : 594 s.

- Augmentation de capital par compensation de créance : 500

- Droit de vote : 583

- Durée de détention 584

- Plus-value à long terme : 601 s.

- Régime mère-fille : 579, 597

TVA : 36

- Cessation d'activité : 52

- Créance irrécouvrable : 40

- Déclarations : 106
- Exigibilité : 37
- Non-respect des obligations
déclaratives : 193

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS.....	3
TABLE DES ABREVIATIONS.....	4
SOMMAIRE.....	6
INTRODUCTION.....	7
PARTIE I : LE DEBITEUR VICTIME DE SES DIFFICULTES.....	22
CHAPITRE I : LES DIFFICULTES DU DEBITEUR ET LE MONTANT DE LA DETTE FISCALE.....	23
Section I : Les difficultés du débiteur et la naissance de la dette fiscale.....	23
I) L'incidence des difficultés du débiteur sur le fait générateur de l'impôt.....	24
A) La situation du débiteur et son imposition.....	24
1) Le défaut de paiement et la cessation d'activité et leurs conséquences fiscales.....	24
a) Le défaut de paiement.....	24
b) La cessation d'activité.....	29
2) Les nullités de la période suspecte et leurs conséquences fiscales.....	33
a) Le possible remboursement des droits d'enregistrement.....	35
b) L'annulation des cessions d'éléments d'actif.....	36
B) La cession de l'entreprise et son imposition.....	40
1) La décision de cession de l'entreprise.....	40
2) Les conséquences fiscales de la cession.....	43
II) L'ouverture de la procédure et les obligations du débiteur.....	48
Section II : Les difficultés du débiteur et la valorisation de la dette fiscale.....	55
I) La diminution du passif fiscal de l'entreprise.....	55
A) Le cadre général du dispositif de remise de dettes.....	55
1) La pluralité de fondement permettant les remises de dettes.....	55
2) Les conséquences des remises de dette.....	58
B) Les remises de dettes accordées à l'entreprise en difficulté.....	59
1) Délais de paiement et remises de dettes en procédures amiables.....	60
2) Délais de paiement et remises de dette en procédures collectives.....	63
a) Les délais de paiements accordés au débiteur en procédure collective.....	63
b) Les remises accordées au débiteur en procédure collective.....	64
II) La prise en compte des difficultés du débiteur limitée par le droit européen.....	68
A) L'évolution européenne en matière d'aides d'Etat, une contrainte mieux adaptée aux réalités économiques.....	69
1) L'établissement de règles contraignantes par l'Union Européenne.....	69
a) La notion d'aide d'Etat.....	70
b) Des aides dispensées de contrôle.....	72
2) Les nouvelles lignes directrices de l'Union Européenne en matière de sauvetage des entreprises.....	73
B) La mise en conformité avec les règles européenne des dispositions fiscales étatiques.....	77
1) La mise en conformité du régime général de la reprise d'une entreprise en difficulté.....	79
a) Les conditions requises pour bénéficier de l'exonération.....	79
i) Les conditions relatives à l'entreprise reprise.....	80
ii) Les conditions relatives à l'entreprise nouvelle.....	81
b) L'exonération d'impôt sur les sociétés pour l'entreprise créée.....	84
i) La période et les bénéficiaires exonérés.....	85
ii) Le plafonnement de l'exonération.....	85
2) La mise en conformité des régimes spécifiques moins contraignants.....	86
a) L'économie générale des régimes spécifiques.....	86
b) L'octroi d'un agrément par l'administration.....	88
CHAPITRE II : LES DIFFICULTES DU DEBITEUR ET LE RECOUVREMENT DE LA CREANCE FISCALE.....	91
Section I : Les difficultés du débiteur et la détermination du redevable de la dette fiscale.....	91
I) La responsabilité fiscale du débiteur et des tiers.....	91
A) La responsabilité fiscale du dirigeant.....	91
1) Les conditions d'exercice de l'action en responsabilité fiscale du dirigeant.....	92
a) Comportements fautifs du dirigeant.....	93
b) L'impossible recouvrement de l'impôt.....	95
2) La mise en œuvre de la responsabilité fiscale du dirigeant.....	98
a) Incidence d'une procédure collective sur la mise en œuvre de la responsabilité fiscale du dirigeant.....	98
b) La cohabitation avec d'autres responsabilités.....	100

B) La solidarité fiscale des époux.....	101
1) Le principe de la solidarité fiscale des époux.....	102
2) Solidarité fiscale des époux et procédures collectives.....	103
i) La position de la jurisprudence.....	104
ii) La réaction de la doctrine.....	106
II) L'utile recours à l'avis à tiers détenteur.....	107
A) La notification avant le jugement d'ouverture de la procédure collective.....	108
B) La notification après le jugement d'ouverture.....	110
Section II : Les difficultés du débiteur et la situation du créancier de la dette fiscale.	111
I) Le Trésor public, un créancier faiblement sensible aux procédures collectives.....	111
A) La déclaration de créances, obligation du Trésor Public, créancier ordinaire.....	112
1) Des procédures adaptées aux difficultés du débiteur.....	112
a) Les procédures amiables ou la prévention des difficultés.....	112
b) Les procédures judiciaires ou le traitement des difficultés.....	122
2) La déclaration de créances du Trésor.....	126
B) Des spécificités favorables au Trésor public.....	128
1) La déclaration à titre provisionnel au service du recouvrement des créances antérieures.....	128
2) La qualification des créances postérieures favorable au Trésor Public.....	133
II) Les moyens mis à la disposition du Trésor pour garantir le recouvrement de sa créance.....	136
A) Le privilège du trésor public.....	136
1) La portée du privilège du Trésor public.....	137
a) Le vaste champ d'application du privilège.....	137
i. Le privilège général mobilier du Trésor.....	137
ii. Le privilège spécial mobilier du Trésor.....	140
b) La publicité du privilège.....	141
2) L'octroi d'un rang privilégié contesté.....	144
a) L'octroi d'un rang privilégié.....	144
i. Le classement des privilèges.....	144
ii. Conséquence du défaut d'inscription sur le rang du privilège.....	147
b) La contestation du privilège du Trésor.....	148
B) L'hypothèque légale du Trésor Public.....	150
1) La portée de l'hypothèque légale du trésor.....	150
a) Champ d'application de l'hypothèque.....	151
b) Inscription de l'hypothèque.....	152
2) La mise en œuvre de l'hypothèque légale.....	155
a) Les effets de l'hypothèque légale.....	155
i. Le droit de préférence.....	156
ii. Le droit de suite.....	157
b) L'hypothèque légale et les procédures collectives.....	158

PARTIE II : LE DEBITEUR ACTEUR DE SON REDRESSEMENT.161

CHAPITRE I : LE REDRESSEMENT DU DEBITEUR ET LA RECHERCHE D'UNE SOLUTION INTERNE.

.....162

Section I : La gestion de « l'actif fiscal » de l'entreprise162

I) L'adaptation du régime des remboursements de crédits d'impôt.....	163
A) Les crédits d'impôt concernés.....	163
B) Le remboursement anticipé à une entreprise en difficulté.....	166
II) La partielle adaptation du régime de gestion des déficits.....	168
A) L'adaptation du régime du report en avant des déficits.....	168
B) La regrettable adaptation partielle du régime du report en arrière des déficits.....	172

Section II : Les aspects fiscaux de la restructuration de l'entreprise en difficulté.....176

I) La restructuration du capital de la société en difficulté.....	177
A) Les variations de capital et incidences fiscales pour la société.....	177
1) L'augmentation de capital, opération fiscalement neutre pour la société bénéficiaire.....	177
a) L'augmentation de capital ou la société à la recherche de nouveaux apports.....	177
b) Le traitement fiscal neutre de l'augmentation de capital.....	181
2) La réduction de capital, opération fiscalement neutre pour la société.....	182
a) La réduction de capital ou la volonté d'apurer les pertes de la société.....	182
b) Le traitement fiscal neutre de la réduction de capital.....	183
B) Le régime fiscal des actionnaires de la société en difficulté, un régime insuffisamment attractif.....	184
1) La regrettable abrogation du régime des pertes en capital subies par les créateurs d'entreprises.....	184
2) Les insuffisances du régime des pertes sur titres annulés.....	185
a) Le régime de droit commun ou l'imputation des pertes postérieurement à l'annulation des titres.....	185
b) Le régime optionnel ou l'imputation des pertes antérieurement à l'annulation des titres.....	187
II) Les enjeux fiscaux de la restructuration de la dette de l'entreprise en difficulté.....	188

A)	La conversion de dette en capital	189
B)	La fiducie-sûreté.....	194
1)	La « reine des sûretés », mécanisme efficace de restructuration des entreprises en difficulté.....	195
a)	La fiducie-sûreté à l'épreuve des procédures collectives	195
b)	La fiducie et la restructuration financière de l'entreprise en difficulté	199
2)	L'intérêt fiscal de la fiducie	203
a)	Une neutralité fiscale étendue.....	203
b)	Une neutralité fiscale étendue sous conditions.....	206
CHAPITRE II : LE REDRESSEMENT DU DEBITEUR ET LA RECHERCHE D'UNE SOLUTION EXTERNE.		
.....		209
Section I : Les modes de rapprochement avec l'entreprise en difficulté		209
I)	La filialisation d'une société en difficulté	209
A)	L'acquisition et la gestion des titres	209
1)	Le mode d'acquisition des titres	209
a)	Le mode d'acquisition directe.....	210
i.	le prix des titres et les droits d'enregistrement	210
ii.	la présence de clauses spécifiques au contrat d'acquisition	215
b)	L'achat par le biais d'une holding, une solution adaptée au cas des entreprises en difficulté ?	220
2)	La constitution d'un groupe fiscal	222
a)	Les règles de constitution d'un groupe fiscal	222
i.	le régime mère-fille, un avantage fiscal à minima.....	223
ii.	le régime de l'intégration fiscale, un avantage fiscal intéressant	225
b)	La constitution du groupe fiscal entravée par la présence d'une entreprise en difficulté	227
B)	La cession des titres de la cible, une porte de sortie.....	228
1)	Le régime fiscal de la cession des titres.....	228
a)	La qualification des titres de la cible.....	228
b)	L'imposition de la cession.....	232
2)	Les impacts fiscaux liés à la présence d'une entreprise en difficulté.....	234
a)	Choix du mode de renflouement et conséquences fiscales	234
b)	La technique du coup d'accordéon comme alternative	237
II)	La fusion avec une entreprise en difficulté.....	239
A)	La fusion, une opération connaissant de nombreux obstacles juridiques	240
1)	La fusion avec une société à l'actif net négatif	240
2)	La fusion avec une société soumise à une procédure collective	244
B)	Régime de faveur ou régime de droit commun ?	246
1)	Deux régimes aux effets fiscaux opposés.....	246
2)	Des effets indifférents.....	250
Section II : L'avantage fiscal tiré du rapprochement avec une entreprise en difficulté.....		253
I)	La gestion des déficits de la cible.....	253
A)	Fusion et gestion des déficits	253
1)	L'agrément administratif, un obstacle au transfert des déficits de la société absorbée	253
2)	Inverser le sens de la fusion, une alternative envisageable ?.....	260
B)	Groupe de sociétés et gestion des déficits.....	264
1)	Le résultat déficitaire de la cible	264
a)	La non-imputation des déficits antérieurs de la cible sur le résultat du groupe	265
b)	L'imputation des déficits antérieurs sur le bénéfice net de la cible.....	265
2)	Le résultat du groupe.....	266
II)	La gestion des aides inter-entreprises	270
A)	Un régime général de rigueur	271
1)	Une distinction entre les différentes aides très actuelle	271
2)	Une distinction entre les régimes des différentes aides	275
B)	Un régime de faveur limité	281
1)	Un régime de faveur limité aux entreprises en difficulté.....	281
2)	La rigueur du régime atténuée par l'appartenance à un groupe fiscal.....	285
CONCLUSION		290
BIBLIOGRAPHIE		293
INDEX.....		321
TABLE DES MATIERES		326
RESUME.....		329

RESUME

La fiscalité et le droit des entreprises en difficultés connaissent des objectifs opposés : alors que l'un organise le recouvrement de l'impôt par l'Etat, l'autre vise à faciliter le redressement des débiteurs en difficulté. Pourtant, des intérêts mêlés apparaissent. D'une part, l'entreprise revenue à meilleure fortune payera de l'impôt. D'autre part, le droit fiscal peut être un levier au retournement des entreprises en difficulté. En effet, des mécanismes permettent au débiteur de retrouver des marges de manœuvre et devront être utilisés. Aussi, une réorganisation devra être envisagée lorsque les difficultés sont structurelles. Dans certains cas, le débiteur pourra aussi faire appel à ses partenaires et leurs relations pourront parfois bénéficier d'un traitement fiscal privilégié. Enfin, l'entreprise en difficulté doit aussi être regardée comme une cible attractive notamment au regard de ses potentiels déficits reportables...

En toile de fond intervient l'Etat, un imposant créancier de l'entreprise en difficulté, souvent trop privilégié dans ses prérogatives et à qui des efforts doivent être demandés.

Cette étude propose, tout autant que de mettre en lumière les nombreux dispositifs fiscaux applicables en matière d'entreprises en difficulté, d'en révéler les lacunes et de proposer des pistes d'amélioration.

Tax law and distress companies law have opposite objectives: when one organizes tax collection by the State, the other aims to facilitate the recovery of debtors in difficulty. However, mixed interests are emerging. On the one hand, the company that has returned to a better fortune will pay tax. On the other hand, tax law can be a lever for turning around companies in difficulty. Indeed, mechanisms allow the debtor to regain some leeway and will have to be used. Also, a reorganization will have to be considered when the difficulties are structural. In some cases, the debtor may also call on his partners and their relationships may sometimes benefit from preferential tax treatment. Finally, the distress company must also be seen as an attractive target, particularly in view of its potential loss carry-forwards....

Against this backdrop, an imposing creditor of the distress company, often too privileged in its prerogatives, is evolving, from whom efforts must be requested: the State.

This study proposes, as well as highlighting many tax measures applicable to companies in difficulty, to reveal their deficiencies and to suggest ways of improving them.

