

# FUSIONS & ACQUISITIONS

La première revue des rapprochements d'entreprises

DEPUIS 1987

**DOSSIER : LE CAPITAL-INVESTISSEMENT ET L'ESG**

©Fred Lefevre

**IPEM**

28, 29, 30  
January 2020

Palais des Festivals - Cannes, France

**N°306 NOVEMBRE-DÉCEMBRE 2019**

# LE SMEC DANS LES OPÉRATIONS D'ACQUISITION

par Mathieu Selva-Roudon,  
Avocat Associé,



*Un nouvel « outil » fiscal est maintenant disponible dans la boîte déjà bien remplie des acquéreurs. Des pénalités allégées sont proposées par un service dédié en contrepartie d'une « mise en conformité » spontanée de la situation fiscale de la cible, à la main des « nouveaux détenteurs et repreneurs d'une entreprise ». Quels intérêt et impact dans la pratique des opérations d'acquisition ?*

Dans le couloir étroit séparant le droit à l'erreur de l'incitation à la régularisation fiscale, la sibylline instruction du 28 janvier 2019 sur la mise en conformité de la situation fiscale des entreprises s'impose déjà comme un pavé dans la marre des opérations d'acquisition.

## A. PRESENTATION DU DISPOSITIF

S'inscrivant dans le sillage de la loi ESSOC<sup>1</sup>, c'est toutefois par la voie réglementaire que le Service de Mise en Conformité des entreprises (SMEC) s'immisce dans le paysage fiscal français<sup>2</sup>. Sorte de STDR<sup>3</sup> de l'entreprise, le SMEC relève de la DGE mais est ouvert à toute entreprise, quelle que soit sa taille. Il tient lieu d'organe de « mise en conformité » de la situation fiscale, en particulier en cas d'acquisition.

Car outre certaines problématiques limitativement énumérées<sup>4</sup>, dépassant le cadre des opérations d'acquisition et de private equity, l'instruction précise que le SMEC est ouvert à « toutes les anomalies fiscales découvertes par les nouveaux détenteurs et repreneurs d'une entreprise ».

Le champ des anomalies régularisables semble donc infini quant à la nature même des anomalies visées, mais défini temporellement à celles d'entre elles antérieures à l'acquisition.

### *Des remises de pénalités à des taux harmonisés et non négociables*

L'avantage affiché d'une mise en conformité tient à la réduction (i) des majorations encourues selon la nature de l'anomalie rectifiée, et (ii) de l'intérêt de retard, comparativement aux taux applicables en cas de rectifications proposées dans le cadre d'un contrôle fiscal :

<sup>1</sup> Loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un Etat au Service d'une Société de Confiance

<sup>2</sup> Instruction du 28 janvier 2019 précitée

<sup>3</sup> Service de Traitement des Déclarations Rectificatives

<sup>4</sup> Tenant à la fiscalité internationale (établissement stable, fiscalité du financement, montages abusifs), à la fiscalité des dirigeants (impatriation, pacte Dutreil, plus-value de cession de titres, *management package*), et plus généralement à toute opération susceptible de relever d'une sanction fiscale lourde (activité occulte, abus de droit, et manœuvres frauduleuses)

Taux de droit commun	Taux en cas de mise en conformité	Intérêts de retard en cas de mise en conformité
80%	30%	1,44% au lieu de 2,4%
40%	15%	(réduction de 40%)
10%	0%	1,2% au lieu de 2,4%
		(réduction de 50%)

Naturellement, la régularisation est spontanée. Les portes du SMEC resteront donc closes si l'entreprise rachetée est en cours de contrôle fiscal, y compris donc si elle vient tout juste de recevoir un avis de vérification.

En outre, les taux se veulent figés et non négociables. Le coût réel de la régularisation dépend alors, en pratique, de l'assiette à régulariser.

### Une instruction avare de définitions

Malgré une instruction « *gruyère* », beaucoup de vides restant à combler, il ressort de sa lecture « directe »

que seul l'acheteur est à même de mettre en conformité les anomalies découvertes dans le cadre de la reprise d'une entreprise. C'est même la société cible qui, en tant que redevable de l'impôt, apparaît seule habilitée à déposer un dossier de mise en conformité devant le SMEC.

La mise en conformité intervient dans un délai de dix-huit mois après la reprise, en distinguant trois cas de figure, selon que les conséquences fiscales de la régularisation pèsent sur le cédant ou pas :

<b>Cas n°1</b>	« <i>garantie de passif totale</i> » Les conséquences fiscales de la mise en conformité pèsent en totalité sur le cédant	Les remises de pénalité prévues par l'instruction ne s'appliquent pas
<b>Cas n°2</b>	« <i>garantie de passif partielle</i> » Les conséquences fiscales pèsent en partie sur le cédant	Les remises de pénalités s'appliquent au prorata du passif restant à la charge du cessionnaire en application de la garantie de passif
<b>Cas n°3</b>	<b>Pas de couverture du risque fiscal</b> Les conséquences fiscales pèsent exclusivement sur l'acheteur	Les remises de pénalités s'appliquent pleinement selon le barème prévu par l'instruction

## B. DE NOUVEAUX REFLEXES A ADOPTER ?

C'est donc l'acheteur qui décide, en apparence du moins, de régulariser les anomalies détectées pendant la phase d'audit de la cible (voire après la reprise elle-même).

Compte tenu de ce que les conséquences de la régularisation dépendent de la couverture des risques fiscaux dont bénéficie contractuellement l'acquéreur (cf. tableau ci-avant), l'on comprend toutefois que c'est la dialectique même de la garantie de passif pendant la phase de négociation de la documentation contractuelle d'acquisition entre acheteur et vendeur, qui est ébranlée par la perspective du dépôt d'un dossier au SMEC.

Aux anciens réflexes propres à un dialogue relativement normalisé sur la prise en charge des risques fiscaux par les parties, dépendant assez largement, en pratique, du rap-

port de force entre acheteur et vendeur, de nouveaux arbitrages se dessinent, jusqu'à l'extrême puisque c'est bien le principe même de la garantie du risque fiscal qui est questionné.

Autrement dit, les remises de pénalité ne s'appliqueront que si le cessionnaire conserve à sa charge le coût de la régularisation, donc si le risque régularisé est exclu du champ de la garantie de passif.

D'aucuns pourront y voir une alternative bienvenue aux discussions sur le champ d'application d'une telle garantie, le caractère exonératoire des audits, les questions de seuils, plafonnement etc..., voire même la lumière au bout du tunnel d'une opération dont l'audit fiscal aurait mis au jour un risque « *deal breaker* ». L'intérêt des *Vendor due diligences* apparaît, dans cet esprit, ravivé.

Ce serait cependant mettre un peu vite de côté les difficultés nouvelles que pose cette « troisième voie ». Il n'est en effet jamais évident de renoncer délibérément et volontairement à l'aléa fiscal, qui se pose ici sous un double aspect : tout d'abord, et sauf cas particuliers, un contrôle fiscal n'est jamais automatique. En outre, s'il advient, il est pratiquement impossible de prédire avec certitude qu'il puisse générer une pénalité de 40%, ou 80%, voire même, d'ailleurs, un quelconque rehaussement.

L'impact d'une régularisation (concertée entre les parties, ou pas) sur le prix d'acquisition d'une société, n'a donc rien d'une science exacte.

### C. QUID DU RISQUE PENAL ?

Mais un autre argument pourrait en pratique orienter certains acteurs économiques vers la régularisation, tant il est vrai que les temps changent : les nouvelles possibilités de régularisation des « écarts fiscaux »<sup>5</sup> s'inscrivent en réalité dans un cadre fiscal de plus en plus répressif. Ainsi de la loi « fraude fiscale » du 23 octobre 2018, qui a « déverrouillé » les cas de saisine du parquet national financier.

Il semble toutefois acquis que les risques fiscaux régularisés devant le SMEC empêchent, de fait comme de droit, toute transmission automatique du dossier au parquet : quel que soit le montant des droits régularisés, les pénalités encourus n'excèdent jamais le seuil de transmission automatique fixé par la loi<sup>6</sup>.

Cependant, l'administration fiscale peut toujours prendre l'initiative de déposer une plainte. Surtout, l'instruction précise elle-même qu'en cas de désaccord avec l'entreprise sur les conditions de mise en conformité, la DGFIP pourra engager un contrôle fiscal. Lequel pourra, par principe, aboutir à une situation de transmission automatique au parquet.

Là encore, la question de la pénalisation éventuelle d'un dossier proposé au SMEC reste ouverte.

### CONCLUSION

Il apparaît donc bien difficile, à ce stade, d'évaluer avec précision l'impact du SMEC dans les opérations d'acquisition. « Dieu a créé le Bien, puis s'est retiré »...restons attentifs, maintenant que le SMEC est créé, à la manière dont les acteurs économiques et les praticiens l'appréhenderont et se l'approprièrent (ou pas...).

<sup>5</sup> Nombreuses, car outre le SMEC, la loi ESSOC précitée a élargi le champ des possibles en ce domaine

<sup>6</sup> L'article L 228 du LPF vise en tout état de cause les faits examinés dans le cadre « du pouvoir de contrôle » de l'administration fiscale, or le SMEC ne peut intervenir qu'en dehors de l'exercice de ce pouvoir, ce qui suffit selon nous à exclure toute transmission au parquet