



Par Mathieu Selva-Roudon,
avocat associé,
LPA-CGR avocats

Le SMEC dans les opérations d'acquisition

A l'aube du premier anniversaire de la création du Service de mise en conformité (SMEC), service de régularisation de la situation fiscale des entreprises, un premier bilan est-il aujourd'hui possible ?

Dans le couloir étroit séparant le droit à l'erreur de l'incitation à la régularisation fiscale, la sibylline circulaire du 28 janvier 2019 sur la mise en conformité de la situation fiscale des entreprises s'impose déjà comme un pavé dans la mare, en particulier s'agissant du cas spécifique d'une «mise en conformité» spontanée de la situation fiscale de la cible, à la main des «nouveaux détenteurs et repreneurs d'une entreprise».

de laquelle s'invitait la promesse d'une «nouvelle relation de confiance entre les entreprises et l'administration fiscale» introduite par la loi Essoc², on ne saurait se risquer à appréhender le SMEC sans revenir plus en amont sur le contexte singulier dans lequel sa création s'inscrit.

Le SMEC tient lieu d'organe de «mise en conformité» de la situation fiscale de l'entreprise.

1. Contexte de la création du SMEC

La circulaire Darmanin¹ du 28 janvier 2019 présente les modalités de mise en œuvre de la régularisation de la situation fiscale de l'entreprise, à travers le Service de mise en conformité ou SMEC. Rendu public lors d'une réunion organisée le 14 mars 2019 par le ministre de l'Action et des Comptes Publics, au cours

L'histoire commence en 2008, année de crise financière sans précédent. C'est le point de départ d'une mutation du paysage fiscal français et, plus globalement, international : tout converge vers un élargissement des capacités de contrôle fiscal international, un alourdissement des obligations déclaratives des contribuables, un renforcement des sanctions et de la répression pénale des manquements fiscaux.

Les marqueurs de ce changement profond de paradigme sont nombreux : transparence fiscale, lutte contre l'évasion fiscale internationale, renforcement des moyens d'investigation à disposition des administrations fiscales, coopération accrue entre administrations, durcissement des sanctions, atteinte au secret (bancaire ou professionnel), etc.

Les grandes étapes de ce basculement se sont succédé à un rythme sans précédent :

Mars 2010	Loi FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act)
2010-2012	Les poursuites correctionnelles en matière fiscale représentent moins de 2 % des contrôles fiscaux «externes» (à peu près 1 000 dossiers par an).
Décembre 2012	Affaire Cahuzac
Juin 2013	Création du STDR, ou «Cellule fiscale de dégrèvement»
Juillet 2013	Plan BEPS sous l'égide de l'OCDE et du G20 (15 actions pour lutter contre l'évasion fiscale internationale)
6 décembre 2013	Loi française contre la fraude fiscale et la grande délinquance : - Procédure judiciaire d'enquête fiscale - Nouvelles circonstances aggravantes au délit de fraude fiscale - Moyens d'investigation policière (BNRDF) - Augmentation des sanctions...
2015	SwissLeaks
2016	Panama Papers
2016	Obligations de classification de leurs clients par les banques (CRS/Auto-certification)
Septembre 2017	AEOI (échange automatique d'informations) : 56 early adopters dont la France
31 décembre 2017	Fermeture du STDR
2018	AEOI : 98 pays dont la Suisse
10 août 2018	Loi «Essoc» : - Rescrit «contrôle» - Instauration d'un recours hiérarchique pour les contrôles sur pièces...
23 octobre 2018	Loi «Fraude fiscale» : - «déverrouillage», - police fiscale dépendant de Bercy, - name & shame, - amende contre les conseils - augmentation de l'amende pour fraude fiscale et fraude fiscale aggravée (multiple des droits éludés : ×2 pour les personnes physiques, ×10 pour les personnes morales) - obligation de publication des jugements de condamnation pour fraude fiscale - transactions pénales (CRPC / CJIP) - transaction fiscale possible même en cas de plainte pénale - les agents des organismes sociaux ont un accès direct aux données détenues par la DGfIP
Décembre 2018	Loi de finances pour 2019 (création du «mini-abus de droit», clause anti-abus générale)
28 janvier 2019	Circulaire sur la mise en conformité fiscale des entreprises (SMEC)
14 mars 2019	Dossier de presse sur la relation de confiance

Le principe veut donc aujourd'hui que le manquement fiscal est plus visible, plus recherché et plus durement sanctionné.

En contrepartie de cette répression accrue, le législateur a introduit de nouvelles possibilités de régularisation.

Ainsi, à l'instar du STDR³, guichet de régularisation pour les personnes physiques ayant détenu des avoirs non déclarés à l'étranger, dont le succès n'est plus à rappeler⁴, la loi Essoc, dans le sillage de laquelle s'inscrit le SMEC, apparaît comme une des rares

leurs d'espoir dans un univers fiscal plus que jamais suspicieux, inquisiteur et répressif.

2. Présentation du dispositif dédié aux acquisitions d'entreprises

Mais de quel espoir parle-t-on? Le SMEC est-il réellement une voie crédible et fiable de régularisation de la situation fiscale des entreprises, notamment dans le contexte d'une acquisition? Le SMEC tient lieu d'organe de «mise en conformité» de la situation fiscale de l'entreprise. Il relève de la DGE mais est ouvert à toute entreprise, quelle que soit sa taille.

Outre certaines problématiques limitativement énumérées⁵, dépassant le cadre des opérations d'acquisition, la circulaire précise que le SMEC est ouvert à «toutes les anomalies fiscales découvertes par les nouveaux détenteurs et repreneurs d'une entreprise».

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

2.1. 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, et (ii) de l'intérêt de retard, comparativement aux taux applicables en cas de rectifications proposées dans le cadre d'un contrôle fiscal :

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 % (réduction de 40 %)
40 %	15 %	
10 %	0 %	1,2 % au lieu de 2,4 % (réduction de 50 %)

La régularisation est spontanée : les portes du SMEC resteront donc closes si l'entreprise rachetée est en cours de contrôle fiscal, y compris 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.

2.2. Une circulaire avare de définitions

Malgré une circulaire peu bavarde, beaucoup de vides restent 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.

Le dépôt d'un tel dossier peut intervenir dans un délai de 18 mois après la reprise, ceci dans un contexte où 90% des dossiers de réclamation par les bénéficiaires d'assurance transactionnelle interviennent, en pratique, dans les 18 mois suivant le closing (les déclarations fiscales représentant en moyenne un quart de ces dossiers).

Trois cas de figure sont envisagés, selon que les conséquences fiscales de la régularisation pèsent sur le cédant ou sont, au

contraire, transférées à l'acquéreur :

Cas n° 1	«Garantie de passif totale» Les conséquences fiscales de la mise en conformité pèsent en totalité sur le cédant	Les remises de pénalité prévues par la circulaire ne s'appliquent pas
Cas n° 2	«Garantie de passif partielle» 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
Cas n° 3	Pas de couverture du risque fiscal Les conséquences fiscales pèsent exclusivement sur l'acheteur	Les remises de pénalités s'appliquent pleinement selon le barème prévu par la circulaire

3. Faut-il adopter de nouveaux réflexes ?

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, on comprend 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 rapport 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 : les remises de pénalité ne s'appliqueront que si le cessionnaire conserve à sa charge le coût de la régularisation.

D'aucuns pourront y voir une alternative bienvenue aux discussions sur le champ d'application de la garantie de passif fiscal, le caractère exonératoire des audits, les questions de seuils, plafonnement etc., voire même une réponse aux situations «deal breaker» liées à un risque fiscal.

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 : sauf cas particuliers, un contrôle fiscal n'est jamais automatique. En outre, s'il advient, il est difficile de prédire avec certitude qu'il puisse générer une pénalité lourde⁶.

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.

4. Le recours au SMEC préserve-t-il du risque pénal ?

Mais un autre argument pourrait en pratique orienter certains acteurs économiques vers la mise en conformité. Il a été rappelé ci-avant que les nouvelles possibilités de régularisation des «écarts fiscaux» s'inscrivent 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 : dans certaines situations, les dossiers fiscaux sont transmis automatiquement au parquet. Le risque fiscal se double d'un risque pénal-fiscal.

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 encourues n'ex-cèdent jamais le seuil de transmission automatique fixé par la loi. Surtout, l'article L. 228 du LPF (transmission automatique au parquet) vise, par renvoi à l'article L. 10 du LPF, 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 du dossier au parquet

Cependant, la circulaire 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 ; sans préjudice, au demeurant, des plaintes dont elle prendrait l'initiative, ce que permet toujours l'article L. 228 du LPF.

La question de la pénalisation éventuelle d'un dossier proposé au SMEC reste donc ouverte.

Conclusion

La loi Essoc, à la source du SMEC, apparaît comme une des rares lois «non punitives» votées en matière de procédure fiscale au cours de la dernière décennie, noyée dans un arsenal fiscal répressif qui se consolide. Est-ce l'arbre qui cache la forêt ? Une simple pétition de principe ? L'équilibre des forces est selon nous consommé et la plus grande vigilance s'impose.

Pour l'heure, l'ensemble des dossiers soumis au SMEC ont abouti à une transaction, mais le volume traité reste faible, et les dossiers déposés touchant aux situations d'acquisition d'entreprise peu nombreux.

L'avenir du SMEC sera... ce qu'il en fera. ■

1. Qui dès la première page se présente comme une «instruction».

2. Loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un Etat au service d'une société de confiance.

3. Service de traitement des déclarations rectificatives.

4. Plus de 50 000 demandes de régularisation, portant sur plus de 33 milliards d'actifs révélés, ayant généré plus de 8 milliards d'euros de régularisation au 1^{er} décembre 2017.

5. 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).

6. Malgré une tendance nette, en pratique, à une généralisation de la pénalité de 40 %.