

ARTICLE

NÉCESSITÉ D'UN ASSOULISSEMENT RAPIDE DES RÉGIMES FISCAUX EXISTANTS LIÉS AUX OPÉRATIONS DE RESTRUCTURATION ET DE RECAPITALISATION

Private Equity Private Clients Droit fiscal | 09/04/20 | Xavier Rohmer

SCIENCES DE LA VIE & SANTÉ

Le Gouvernement a indiqué à plusieurs reprises ces derniers jours que « *le temps du débat fiscal* », qui sera important pour déterminer les solutions de sortie de crise et de reconstruction, n'est pas encore arrivé, la période actuelle étant celle de « *l'urgence* ».

Cependant, les entreprises sont déjà sur le front avec leurs conseils depuis le début de l'épidémie pour mettre en œuvre toutes les solutions possibles afin de les aider à traverser au mieux cette crise sanitaire. Au-delà des mesures de chômage partiel, le financement est indispensable pour la reprise et la survie des entreprises. Si l'octroi massif de prêts garantis par l'Etat est une mesure-clé, il ne faudrait pas que les dispositifs fiscaux existants restreignent la possibilité de recapitaliser les entreprises.

A cet égard, il ne s'agit pas d'innover ici mais de revenir sur des dispositions fiscales existantes inadaptées en période de crise et ne favorisant pas la restauration des fonds propres des entreprises soit : i) la déductibilité des abandons de créance de nature financière et ii) la possibilité de racheter des dettes pour un prix symbolique avant recapitalisation en cas de restructuration de dettes.

1. Nécessité d'assouplir les conditions de déduction des abandons de créance

Pour rappel, un abandon de créance est une renonciation par une entreprise à exercer les droits que lui confère la détention juridique de cette créance. De manière classique, un abandon de créance à caractère commercial est défini comme trouvant son origine dans les relations d'affaires préexistantes entre deux entreprises et consenti notamment pour maintenir des débouchés, ou pour préserver des sources d'approvisionnement. A l'inverse, un abandon de créance à caractère financier est accordé par une société mère à sa filiale en difficulté en vue d'assainir sa situation financière ou d'éviter son dépôt de bilan, lui permettant notamment de préserver la valeur de ses titres voire de sauvegarder son propre renom le cas échéant.

Une question opposée par l'administration fiscale aux sociétés de manière récurrente lors de vérifications de comptabilité est celle de la justification de la déduction des abandons de créance, alors même que le recours à ces abandons consiste en une solution simple, efficace et immédiatement disponible pour les entreprises afin de venir en aide notamment aux sociétés du groupe auquel elles appartiennent.

--> Première difficulté liée à l'absence de prise en compte de l'intérêt de groupe pour l'appréciation des conditions générales de déduction des charges

Qu'ils soient à caractère commercial ou financier, la déduction fiscale des abandons de créances est tout d'abord subordonnée à la condition de droit commun prévue pour la déductibilité des charges : ils ne doivent pas relever d'une gestion anormale (acte anormal de gestion).

Or, dans le cadre des groupes, des sociétés affiliées (sociétés sœurs ou ayant des rapports de société mère/filiales) étant juridiquement distinctes, seul l'intérêt propre de la société aidante est pris en considération par l'administration fiscale qui ne reconnaît pas l'intérêt général du groupe (de rares exceptions limitées aux réseaux de distribution ont été admises par le Conseil d'Etat mais n'ont pas vocation à être généralisées). Dès lors, les sociétés aidantes doivent tout d'abord être en mesure de justifier que les abandons de créances répondent à un intérêt commun, ces aides devant comporter une contrepartie équivalente pour l'entreprise qui les octroie quand bien même les sociétés en cause appartiendraient au même groupe et ce, quelle que soit la nature de l'avantage en cause (abandon de créances, subvention, renonciation à recettes, facturation à des prix inférieurs au prix du marché, etc.). En pratique, cette absence de reconnaissance de l'intérêt de groupe du point de vue fiscal est souvent difficilement comprise et donne lieu à des débats fréquents avec l'administration fiscale.

Dans le cadre de la crise sanitaire actuelle liée à l'épidémie de Covid-19, il ne devrait en principe pas y avoir de doute au regard de la jurisprudence du Conseil d'Etat, qu'un abandon de créance de caractère commercial devrait être admis surtout pendant la période de confinement voire au cours de l'exercice clos en 2020 incluant la période administrative de confinement.

A titre d'illustration, le Conseil d'Etat a considéré comme relevant d'une gestion normale et donc comme déductible, un abandon partiel d'une créance de loyers dans la mesure où l'affectation des locaux rendrait délicat le remplacement du locataire (Conseil d'Etat 9 mai 1990, n°71453 concernant un abandon au profit d'une clinique) ou encore qu'est également justifié l'abandon de loyer consenti par un bailleur à son locataire-gérant dont la situation financière est temporairement dégradée (Conseil d'Etat 16 juin 2004, n°235647), cette situation étant celle de nombreux restaurateurs et hôteliers actuellement.



La DGFiP devrait donc pendant tout l'exercice fiscal correspondant à la crise du Covid19 analyser ces situations avec tolérance.

--> **Lever les restrictions spécifiques applicables aux abandons de créance à caractère financier**

- **Déductibilité limitée aux abandons consentis dans le cadre de procédures collectives et justifiés par l'intérêt financier de la société consentant l'abandon.** Une fois démontré que l'abandon de créance est bien consenti dans son intérêt propre, la société consentant l'abandon doit ensuite démontrer que l'abandon de créance satisfait bien aux conditions spécifiques prévues par l'article 39-13 du CGI. La règle est simple : seules les aides à caractère commercial sont déductibles fiscalement. Par exception, la déductibilité des abandons de créance à caractère financier est réservée à ceux consentis dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou liquidation judiciaire, ou lors d'une procédure de conciliation en application d'un accord constaté ou homologué dans les conditions prévues à l'article L611-8 du Code de commerce.

Les possibilités de déduire un abandon de créance financier sont donc limitées, l'administration admettant seulement la déduction des abandons de créance consentis dans le cadre d'une **procédure d'insolvabilité** (BOI-BIC-BASE-50-20-10, n°63), c'est-à-dire lorsqu'il est bien souvent trop tard. Par ailleurs, même octroyé dans le cadre de ces procédures, un abandon de créance à caractère financier sera déductible sous réserve de l'existence d'un intérêt financier de la société versante à consentir cette aide (contrairement au cas des abandons de créance à caractère commercial consentis dans les mêmes conditions).

- **Déductibilité limitée dans son montant** : alors qu'un abandon de créance à caractère commercial consenti à une entreprise en difficulté est déductible pour la totalité de son montant, les aides à caractère financier seront déductibles seulement à hauteur de la situation nette négative de la filiale et pour la fraction de l'aide excédant cette situation nette négative à due concurrence de la proportion de son capital détenu par d'autres sociétés que la société versante. Cette limite qui résulte d'une jurisprudence abondante des tribunaux administratifs a fait jusqu'alors ses preuves et il ne s'agit pas de la remettre en cause.

En revanche, il n'est pas normal d'attendre que la société bénéficiaire soit en procédure collective pour seulement à ce moment-là autoriser une déduction fiscale d'une aide financière octroyée par la société mère.

Cette limitation stricte de la déduction des abandons de créance à caractère financier, qui résulte de la deuxième loi de finances rectificative pour 2012, destinée à lutter contre des montages dits « optimisants » impliquant des abandons de créance « à caractère purement financier » effectués par des sociétés mères françaises au profit de leurs filiales étrangères, dans un cadre international et tendant à éviter ainsi « la remontée parfois massive de pertes étrangères en France »[1], est évidemment encore moins pertinente en période de Covid19. Ceci avait déjà été mis en lumière à l'époque dans le rapport du 23 juillet 2012 de la commission des finances du Sénat sur le projet de loi de finances rectificative pour 2012[2] qui indiquait que : « le dispositif anti-abus retenu par le présent article pourrait apparaître inutilement sévère puisqu'il rend non déductibles toutes les aides à caractère financier, que celles-ci soient consenties à des entreprises françaises ou étrangères. Or, les montages optimisants concernent principalement des entreprises étrangères. (...) Par conséquent, au regard des pratiques constatées par l'administration fiscale, et bien que le présent article ait une portée générale, son impact devrait normalement être concentré sur les seuls abandons de créance aux entreprises étrangères. Ce point fera l'objet d'une attention particulière de la part de votre rapporteur général ». Cependant, en pratique, il n'en a rien été et l'administration fiscale applique de manière stricte les dispositions de l'article 39-13 du CGI.

Il semble donc urgent en cette période de rétablir la déduction des aides à caractère financier et d'exclure de la réserve aux seuls cas de procédures collectives, afin que les sociétés en capacité d'aider financièrement leurs filiales puissent le faire sans se mettre elles-mêmes en risque et sans attendre que la situation de la filiale ne se détériore davantage.

2. Recapitalisation des sociétés en difficulté et cession de dettes

Dans le cadre de la reprise d'une société en difficulté et/ou d'un plan de sauvegarde, il est fréquent de prévoir que le repreneur ou l'actionnaire cédant procède (i) au paiement subrogatif des créanciers de la société à due concurrence de la majeure partie de ce que leur doit la société, (ii) ainsi qu'au rachat du reliquat de leur créance pour une somme faible voire de « un euro symbolique » (la créance étant irrécouvrable compte tenu de la situation de la société) avant de procéder à une reconstitution des capitaux propres de la filiale. Cette recapitalisation sera réalisée par le biais d'une augmentation de capital souvent d'ailleurs demandée comme préalable par les établissements bancaires dans le cadre de l'octroi de nouveaux prêts.

Concernant l'augmentation de capital libérée par incorporation d'une créance acquise pour un prix « décoté ». Si cette opération est neutre fiscalement pour la société débitrice, le repreneur est en principe imposé sur un **profit virtuel** résultant de l'augmentation de capital ainsi réalisée, égal à la différence entre la valeur d'inscription des titres en comptabilité, laquelle correspond au **nominal de la créance** liquide et exigible apportée[3] et le prix de rachat de la créance.

L'article 24, II de la loi de finances pour 2013, transposé à l'article 209, VII bis nouveau du CGI, a prévu, dans certains cas, l'application d'un régime fiscal de faveur pour les augmentations de capital libérées par compensation avec des créances préalablement acquises auprès d'une entreprise tierce à une valeur décotée. Depuis cette réforme, il est possible de calculer le profit imposable résultant de l'augmentation de capital ainsi réalisée comme étant égal à la



différence entre la valeur réelle des titres reçus en contrepartie de l'apport (et non leur valeur comptable) et la valeur de rachat de la créance. Or, en pratique, lorsque l'apport est effectué à une filiale dont la **situation nette est négative**, les titres émis ont une valeur réelle **quasi nulle** si le montant de l'apport est proche de la situation nette négative de la filiale. Toutefois, l'efficacité de ce dispositif est considérablement atténuée en pratique par ses conditions d'application tenant au fait que la société cédant la créance ne doit pas avoir été liée, au sens de l'article 39,12 du CGI, ni à la société émettrice, ni à la société qui acquiert la créance (société mère ou repreneur) dans les douze mois qui précèdent et qui suivent la date de l'acquisition des titres (date de l'apport).

Là encore il conviendrait de revenir sur cette taxation d'un profit fictif dans le cadre d'une recapitalisation d'une filiale par sa société mère et permettre une déduction extracomptable systématique et totale de ce « profit fictif » y compris en présence de parties liées. Il convient de souligner que cette particularité française n'existe en général pas dans nos pays voisins.

**

Revenir sur ces dispositions passées d'ailleurs critiquées à l'époque serait assez simple et permettrait aux entreprises françaises de se reconstituer leurs fonds propres rapidement.

[1] Rapport n°79 du 12 juillet 2012 fait par la commission des finances de l'Assemblée Nationale sur le projet de loi de finances rectificative pour 2012 et présenté par M. Christian Eckert, Rapporteur général, Député.

[2] Rapport n°689 du 23 juillet 2012 fait au nom de la commission des finances du Sénat sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, de finances rectificative pour 2012, par M. François Marc, sénateur, Rapporteur général ; Tome I : Rapport

[3] La valeur d'inscription en comptabilité des titres de participation, reçus en contrepartie d'un apport, est celle définie par les règles comptables, figurant aux articles 231-1 et suivants du PCG et aux articles 221-1 et suivants du PCG. Selon la doctrine comptable (Bulletin CNCC n°131, septembre 2003, EC 2003-37, p.496), à leur date d'entrée dans le patrimoine, les titres acquis à titre onéreux sont comptabilisés à leur coût d'acquisition qui correspond au prix d'achat. Dans le cas d'une souscription à une augmentation de capital libérée par compensation avec des créances liquides et exigibles, le prix d'achat est le montant de la souscription correspondant à **la valeur nominale** de la créance.

