Me Bertrand WEISS
Expert-comptable - Commissaire aux comptes
sofalec@sofalec.com

ASPECTS FISCAUX DE LA LOI DE SAUVEGARDE ET CHOIX DE LA PROCEDURE

1. Les aspects fiscaux de la loi de sauvegarde

Deux thèmes ont été retenus :

- Les remises accordées par les créanciers,
- La distinction entre les dettes dans le passif et les dettes postérieures au jugement d'ouverture.

A. Les remises

Enjeux fiscales et comptables : la date de rattachement du produit respectivement de la charge.

Rappel des principes :
Les remises sans conditions : régime générale des remises : acte de gestion normal ou anormal.

Les remises sous conditions :
1. les conditions résolutoires : rattachement à l'exercice au cours duquel la remise est consentie.
2. les remises sous conditions suspensives : rattachement à l'exercice au cours duquel la condition suspensive est levée.

Le cadre juridique des remises dans la loi de sauvegarde :
1. Hors des procédures collectives (mandat ad'hoc, conciliation) : c'est un cadre essentiellement contractuel avec toutefois une disposition légale dans la conciliation.

- En mandat ad'hoc, il faut préciser si l'abandon de créances est pur et simple ou s'il est assorti de conditions et si oui, si ces conditions sont suspensives ou résolutoires.

- En matière de conciliation, l'article 611-12 du code de commerce, issu de la loi de sauvegarde, précise que l'ouverture d'une procédure de sauvegarde de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire met fin de plein droit à l'accord constaté ou homologué en application de l'article 611-8 (c'est-à-dire l'accord de conciliation). En ce cas, les créanciers recouvrent l'intégralité de leurs créances et sûretés, déduction faite des sommes perçues, sans préjudice des dispositions prévues à l'article 611-11 (régime de la new money). Il en résulte qu'en matière de conciliation, la loi assortit les remises obtenues dans le cadre de la conciliation d'une condition résolutoire.

2. En procédure collective : la sauvegarde ou le redressement judiciaire
Deux types de remise avaient été mis en évidence dans l'ancienne loi : cette analyse n'est pas modifiée.

Dans le code de commerce issu de la loi de sauvegarde, les deux types de remise sont définis dans les articles 626-18 et 626-19.

Article 626-18 : le Tribunal donne acte des délais et remises acceptés par les créanciers dans les conditions prévues au 2ème alinéa de l'article 626-5 et à l'article 626-6 : il s'agit des remises accordées par les créanciers lors de la phase d'élaboration du plan. Ces remises sont affectées d'une condition résolutoire découlant des dispositions de l'article 626-27 qui stipule dans son 3ème alinéa : « *Après résolution du plan et ouverture ou prononcé de la nouvelle procédure, les créanciers soumis à ce plan sont dispensés de déclarer leurs créances et sûretés. Les créances inscrites à ce plan sont admises de plein droit, déduction faite des sommes déjà perçues.* »

Les remises de l'article 626-19 sont, quant à elle, considérées comme affectées d'une condition suspensive puisqu'il est précisé que 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. Cette rédaction a été analysée comme constituant une condition suspensive de telle sorte que la prise en compte comptable et fiscale des réductions de créances résultant du choix par le créancier après arrêté du plan d'une réduction de sa créance moyennant un paiement dans des délais plus brefs, ne peut être comptabilisée qu'après avoir encaissé la dernière échéance.

L'effet de la non exécution est identique dans les deux cas, mais l'incidence fiscale et comptable des deux types de remise est très différente puisque celles assorties d'une condition résolutoire sont comptabilisées dès l'arrêté du plan et celles assorties d'une condition suspensive ne seront comptabilisées qu'à l'issue du dernier règlement promis. Dans tous les cas, si le plan n'est pas mené à son terme, les remises accordées tombent. La résolution du plan est sans incidence comptable et fiscale si la remise était consentie sous condition suspensive puisqu'elle n'avait pas été comptabilisée avant ; elle se traduit par une charge s'il s'agissait d'une remise consentie sous condition résolutoire, puisqu'alors cette condition résolutoire se produit.

B. La distinction entre les dettes dans le passif (anciennes dettes de l'article 50) et les dettes postérieures au jugement d'ouverture (anciennes dettes de l'article 40).

Une nouveauté : la modification de la rédaction de l'article ancien 621-43 devenu 622-24 (ancien article 50) :
Dans l'ancienne rédaction, il était dit : « *à partir de la publication du jugement, tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture ..., adressent la déclaration de leur créance au représentant des créanciers.* » Dans un souci d'homogénéité, (puisque cette notion de trouver son origine coexistait dans l'ancienne rédaction avec la notion de créance née), le nouvel article 622-24 est rédigé ainsi : « *à partir de la publication du jugement, tous les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture ...., adressent la déclaration de leur créance au mandataire judiciaire.* »
Il est vivement souhaitable que cette modification de détail n'entraîne pas une modification de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'affectation des créances fiscales dans le passif ou au titre des dettes postérieures.
Il faut rappeler que cette question relève des tribunaux de l'ordre judiciaire et que la Cour de cassation a jusqu'à présent retenu pour déterminer la date de naissance de la créance fiscale, le critère tiré du fait générateur de l'impôt en cause et non le critère de l'exigibilité de l'impôt.

Or, ce critère du fait générateur était certainement pour partie inspiré de la rédaction de l'article 50 : « *créance ayant son origine antérieurement au jugement d'ouverture.* » Le critère de la naissance n'est certainement pas de façon évidente assimilable au critère de l'origine. On peut imaginer qu'il y ait la même distinction qu'entre la conception et la naissance. En droit fiscal, le fait générateur et l'exigibilité sont définis par la 6ème directive :

le fait générateur est « le fait par lequel sont réalisées les conditions légales nécessaires pour l'exigibilité de la taxe ». L'exigibilité est définie comme « le droit que le trésor public peut faire valoir, à partir d'un moment donné, auprès du redevable pour obtenir le paiement de la taxe. »

Il est bien évident qu'un changement de la jurisprudence de la Cour de cassation dans ce domaine aurait des conséquences absolument dramatiques sur le redressement des entreprises.

2. Les choix alternatifs entre les différentes procédures

La loi de sauvegarde a pour pivot la notion de cessation des paiements. Son innovation principale est la création d'une procédure collective la sauvegarde, qui ne peut être ouverte qu'avant cette date pivot. Par ailleurs, la procédure non collective de conciliation peut, elle, être ouverte avant ou même après cette date pivot de la cessation des paiements.

Quand une entreprise est confrontée à des difficultés, ces difficultés ne sont pas analysées, du moins dans un premier temps, par rapport à cette notion de cessation des paiements. Les difficultés sont d'ordre techniques, juridiques, commerciales ou financières. La cessation des paiements est en général la manifestation de l'absence de solution aux difficultés.

Les nouveaux outils mis à disposition des entreprises permettent donc d'envisager des solutions collectives ou non avant ou après la cessation des paiements.

A ce jour, il faut bien admettre que les mentalités ont peu évolué : il est toujours aussi difficile au conseil et particulièrement à l'expert comptable de faire admettre au chef d'entreprise la nécessité d'une démarche judiciaire pour faire face à ses difficultés. Par ailleurs, les restructurations qui nécessitent des licenciements, se heurtent au coût de plus en plus élevé de ces licenciements. On préfère voir disparaître totalement une entreprise plutôt que de précariser l'emploi.

En dehors de ces considérations économiques, le changement de mentalité vis-à-vis des nouveaux outils nécessite d'admettre qu'il s'agit d'outils de spécialistes peu nombreux. Le traitement des difficultés des entreprises nécessite de plus en plus une intervention pluridisciplinaire c'est-à-dire la réunion de compétences en matière juridique, comptable, fiscale, sociale de plus en plus pointues. C'est par le regroupement de ces compétences que l'on peut offrir un véritable service aux entreprises en difficulté. Ces regroupements peuvent être informels ou formels.

Le Président de l'Ordre des experts comptables de la région Alsace va vous présenter une initiative formalisée dans ce domaine : le centre d'information et de prévention.