



Pierre Faivre

DESS droit fiscal

Des sociétés civiles sous capitalisées

La grande liberté que la loi accorde¹ aux fondateurs de sociétés civiles, et notamment celles dont la vocation est patrimoniale permettrait, par une lecture littérale des textes², de ne fixer leur mise en capital qu'à une somme très faible voire symbolique. Ils y sont d'ailleurs incités par la doctrine³.

Si l'on postule qu'une société dépourvue de capital est néanmoins dotée d'un objet licite⁴, tel que *l'acquisition d'un actif immobilier, sa détention...*, elle va devoir s'endetter pour se le procurer. Par abus de langage ou de qualification ses fondateurs vont alors lui consentir un « *apport en compte courant* ».

L'expression par elle-même ne manque pas d'antinomie. En effet *l'apport* n'est-il pas ce que les fondateurs mettent en société⁵ pour ne le reprendre que lorsqu'elle prend fin mais après les créanciers sociaux ; alors que la somme que l'associé entend mettre à disposition de la société *en compte courant* est précisément celle dont le remboursement peut être demandé à tout moment⁶ ?

Le bon sens ou la prudence commande, en général, un équilibre entre les fonds propres et les fonds empruntés et, « en cas d'écart par rapport aux normes sectorielles, un apport supplémentaire peut être réclamé »⁷ (*Là c'est le banquier qui parle*).

L'optimisation d'une opération d'acquisition d'actif immobilier faisant appel à l'endettement repose par essence même sur l'effet de levier. Or, une règle empirique énonce que « *lorsque la rentabilité économique est inférieure au coût de l'endettement l'effet de levier est négatif*.

*Le recours à l'endettement augmente le risque lié aux capitaux propres et, au total, ne crée pas de valeur*⁸» (voir illustrations n° 1 et 2).

1- C.civ. art. 1832 et s.

2- C.civ. 1832 -2 et 1835.

3- JCP (N) n° 9-10 1^{er} mars 2013 « *la société civile, véhicule de transmission anticipée de patrimoine* » R. Mortier.

4- C.civ. art. 1833.

5- *Traité alphabétique de l'enregistrement* E Maguéro 3^e édition 1930 v° société.

6- Cass. Com. 10 décembre 2013 n° 12-26235.

7- BPIFRANCE « *le guide du financement de votre entreprise* » www.bpifrance.fr

8- Les Echos.fr - vernimmen.net

Consentir un apport en compte courant à une société devant lui permettre de réaliser l'acquisition de son actif immobilier c'est mélanger le court terme (la ressource sous forme de compte courant) avec le long terme (l'emploi sous forme d'actif immobilier). C'est incohérent ou insincère.

A y regarder de plus près et dans l'idée même des parties il s'agit rarement d'un *compte courant* mais d'une véritable dette à long terme, un prêt d'argent, dont le remboursement n'a vocation à intervenir qu'en fin de société. De façon plus descriptive il sera plus approprié de désigner la chose comme un « *compte d'avance d'associé*⁹ ». L'on devrait alors parler de quasi fonds propres (une ressource à long terme affectée à un emploi à long terme).

Sous l'angle fiscal ce choix de mode de financement de la société n'est pas neutre.

Si la mise de l'associé est effectuée « tout en capital » la société n'a vocation à déduire de son résultat fiscal aucune rémunération au titre d'un intérêt. Toutefois, si l'actif immobilier social est loué à une société d'exploitation – outil de travail exonéré d'ISF – les parts de la société civile constitueront elles aussi un bien exonéré¹⁰.

Si, en revanche, la mise en société est effectuée tout [ou presque] en *compte d'avance* d'associé l'on ne peut exclure la possibilité de déduire du résultat fiscal de la société la rémunération du prêteur mais, à la clef, il n'y a point à attendre d'exonération de cette créance au titre de l'ISF¹¹ dont le montant nominal sert alors de base à l'impôt (en présence d'une convention de prêt).

La valeur mathématique des titres d'une société civile sous capitalisée peut se révéler très faible et, si l'on envisage leur donation, l'on peut d'emblée y voir une source d'économie d'impôt¹². Mais, en réalité, l'on peut découvrir que tout n'aura pas été transmis puisque la valeur patrimoniale va, en réalité, se trouver dans le *compte d'avance d'associé* ou le *compte courant* dont le donateur est resté ou devenu titulaire.

Déclinons divers modes de financement d'une même acquisition :

1. Il existe une société civile patrimoniale qui emprunte 100 000 € auprès d'une banque à 3 % sur 10 ans pour réaliser une acquisition immobilière dont le rendement locatif net est de 3 %. Ses parts sont données l'année même de sa création (il ne faut pas perdre de temps) de sorte que cette transmission n'emporte pas de droits, la valeur mathématique étant nulle. Dix ans plus tard, la dette bancaire a été remboursée mais c'est une dette vis-à-vis d'associés qui a pris, partiellement, sa place au passif du bilan, soit environ 86 000 € (compte non tenu de la charge annuelle d'impôt foncier et de travaux non locatifs). Si le fondateur décède sur ces entrefaites, c'est 86 000 € qui constituent alors un actif de succession... taxable (créance).

Autrement dit, la transmission est incomplète.

2. Plutôt que de recourir à un prêt bancaire, la société va bénéficier d'une avance d'associé de 100 000 €. Ses parts sont données l'année même de sa création de sorte que cette transmission n'emporte pas davantage de droits que dans le cas précédent. Dix ans plus tard, les recettes ayant été affectée à l'apurement de la dette celle-ci s'élève encore à 70 000 € environ (compte non tenu de la charge annuelle d'impôt foncier et de travaux non locatifs). Si les recettes n'ont pas été affectées à l'apurement de la dette, la valeur de la société [à valeur d'actif constante] est encore égale à zéro.

9- Dénomination empruntée à JP Garçon « Sociétés civiles » Traité.

10- Bofip-impôtsBOI-PAT-ISF-30-30-10-20-20120912 § 60.

11- Bofip-impôtsBOI-PAT-ISF-30-30-40-20-20120912 § 1.

12- JP Garçon « sociétés civiles » Traité § 72.

En cas de décès du fondateur, il y a lieu de s'assurer de l'existence d'un actif successoral prenant la forme d'une créance.

Ici encore la transmission est incomplète.

3. Les parties font ici le choix de l'équilibre des fonds propres et des fonds d'emprunt. La valeur mathématique ressort à 50 000 € de sorte que les droits de donation [en ligne directe dans la tranche à 20 % par hypothèse] s'élèvent à 10 000 € [pris en charge par le donateur sans supplément de donation taxable]. Dix ans plus tard, une dette envers un (ou des) associés(s) est apparue (coût du crédit-recettes) ± 28 000 €.

La valeur de la société (les parts) est largement positive et la créance apparue dans le patrimoine des fondateurs est nettement plus faible que dans les cas 1 et 2.

L'effectivité de la transmission sur le plan économique est donc intimement liée au mode de financement retenu.

Dans l'esprit du public la perception de la limite entre parts sociales et compte courant est parfois floue : l'associé d'une société civile avait donné des parts de celle-ci ; il a ensuite tenté, mais en vain, de reprocher au notaire qui avait reçu la donation desdites [mais seules] parts sociales de ne pas lui avoir dit que donner les parts n'emportait pas [aussi] mutation du compte courant¹³.

Plus fréquemment, c'est dans l'esprit de l'associé-créancier que naît la confusion : les sommes qu'il a mises à disposition de sa société patrimoniale – les dettes à long terme de la société – représentent la valeur de la société c'est-à-dire le montant de son investissement. Dans la donation des seules parts sociales celles-ci sont alors surévaluées (le compte courant n'étant pas retranché par manque d'informations comptables) et, civilement, la créance de l'associé, donateur, sera demeurée dans son patrimoine. La solution résidera alors dans la présentation d'une réclamation à l'administration au résultat incertain¹⁴.

C'est même parfois un simple usufruit temporaire¹⁵ que l'on souhaitera transmettre, la gestion de l'actif produisant des revenus périodiques. La nature effective de ce *compte d'associé* devra alors être préalablement et conventionnellement établie.

Si l'on y qualifie l'avance d'associé de *compte courant* c'est-à-dire remboursable à tout moment¹⁶ alors l'usufruit ne devrait avoir économiquement aucune valeur¹⁷... et l'on ne voit alors plus l'intérêt d'en accepter la donation.

Si l'on y qualifie l'avance d'associé de prêt à long terme [quasi fonds propres] l'usufruit économique peut avoir une valeur supérieure à zéro mais alors l'on constate que l'usufruit¹⁸, droit temporaire, a une valeur supérieure à la propriété¹⁹, droit perpétuel. Troublant non ?

A rebours des sociétés relevant de la fiscalité des entreprises²⁰ l'état de sous capitalisation des sociétés patrimoniales n'est que depuis peu de temps pris en compte par la loi fiscale. C'est en effet en 2011 dans un rapport au Sénat, que M Marini a pointé du doigt les sociétés civiles créées par des non résidents faiblement capitalisées mais « criblées de dettes » transformant ainsi un actif immobilier taxable en un placement financier exonéré d'ISF²¹. Depuis, la loi prohibe la déduction de la dette sociale vis-à-vis de l'associé non domicilié en France lors de l'évaluation de ses parts sociales pour l'ISF²².

Temporairement les rédacteurs d'actes ont dû retraiter certaines dettes lorsqu'il s'agissait d'asseoir les droits de mutation lors de la vente de parts de

14- Situation rencontrée en pratique.

15- Ou « à durée fixe » selon la terminologie fiscale ; CGI art. 669 II.

16- Dès l'existence d'une trésorerie positive.

17- Evalué par une méthode financière consistant à actualiser les flux de revenus : si flux = 0 \Rightarrow U = 0.

18- Evalué au moyen d'une méthode financière.

19- Actif net = 0.

20- CGI art. 212 II (L 1979).

21- Rapport Sénat Loi de finances rectificative 2011.

22- CGI art. 885 T ter.

sociétés civiles à prépondérance immobilière. L'on devait faire alors la différence entre la valeur des actifs immobiliers et « *les seuls passifs afférents à l'acquisition desdits biens et droits immobiliers* »²³. L'administration fiscale, qui n'a jamais commenté cette notion de « *passif afférent à...* » n'aura jamais à le faire puisque cette règle a été supprimée.

Ces dernières règles participent de l'idée même de « sincérité du montage » et de sa transparence. Implicitement mais nécessairement c'est le rôle de la comptabilité et des données financières qui se trouvent renforcé.

Mais la « restructuration » de la dette est une opération qui peut être fiscalement intéressante. Le juge de l'impôt a en effet rendu récemment une décision qui pourra intéresser ceux qui, à la lecture de ce qui précède, voudraient « restructurer » le passif de leur société civile : les intérêts afférents au prêt nouvellement contracté pour se substituer à une avance d'associé consentie sans intérêts pour réaliser l'acquisition de l'actif [la réalisation de la construction de l'immeuble dans l'espèce jugée] sont déductibles des revenus fonciers²⁴.

Les sociétés civiles sont-elles encore ce petit paradis fiscal au charme discret dont le professeur Cozian exposait les mérites²⁵ ? Certainement. Mais à condition d'y voir clair.

D'une façon générale l'insuffisance de fonds propres a pour corollaire un excès d'endettement lui-même cause des difficultés dans lesquelles se débattent les acteurs de notre économie et même des Etats. Cette situation n'aura pas échappé à ceux qui s'intéressent à l'économie.

Le propos est ici d'attirer l'attention de l'investisseur patrimonial sur la portée de ses choix de financement lorsqu'il fait appel à une société civile. Rappelons-nous que l'économiste raisonnable ne voit de « dettes vertueuses » qu'en celles finançant des entrepreneurs créateurs de croissance²⁶.

« En toute chose il faut considérer la fin »²⁷.

23- CGI art. 726 II abrogé depuis le 1^{er} janvier 2015.

24- CE, 10^e et 9^e ss-sect., 28 mars 2014, n° 350816 in *Droit Fiscal* n° 24. 12 juin 2014 comm. 374.

25- Maurice Cozian « Le charme discret des sociétés civiles » in *Les grands principes de la fiscalité des entreprises Litec* 3^e Ed.

26- Jean Marc Daniel ESCP Europe, *Le Monde* 8 février 2014.

27- Jean de la Fontaine « Le renard et le bouc » *Fables*.