

Grandeurs et misères des sociétés de droit commun

Article paru dans l'Echo du 23.9.2008

La constitution d'une société à forme commerciale est un moyen classique de planification fiscale : sociétés « professionnelles » (pour faire profiter les bénéficiaires mis en réserve du différentiel existant entre l'impôt des personnes physiques et l'impôt des sociétés), sociétés « patrimoniales » (pour faire échapper aux droits de succession les biens –souvent immobiliers- apportés à la société), société « de management » (pour organiser des flux financiers entre sociétés d'un même groupe).

Parmi toutes les formes existantes de sociétés (anonymes ou coopératives, agricoles ou en commandite), il en est une qui est plus discrète que toute autre : c'est la société de droit commun.

Qu'est-ce ?

Anciennement dénommée « société civile », la société de droit commun a pour caractéristique de ne pas avoir de personnalité juridique. Elle le doit au fait que ne bénéficient de cette fiction que les sociétés constituées sous l'une des formes visées par le code des sociétés : SA, SPRL, sociétés coopératives, sociétés en nom collectif, les deux formes de sociétés en commandite (simple ou par actions) et, le cas échéant, sociétés agricoles. Ont constitué une société de droit commun le père, son fils et sa fille, qui se sont associés en vue de l'exploitation d'un commerce, et ont convenu d'un partage entre eux des bénéfices, ceci sans aucun recours aux formes de la SPRL, de la coopérative, etc.

N'étant pas investie de la personnalité juridique, la société de droit commun n'a pas de patrimoine propre, ne peut agir en justice indépendamment de ses associés et, conséquence logique, n'est pas un contribuable passible de l'impôt des sociétés.

La taxation des bénéfices

Ceci n'empêche évidemment pas que l'impôt soit dû sur ses bénéfices, mais ce sera dans le chef de ses associés. C'est ce dont dispose l'article 29 CIR : « Dans les « sociétés civiles » (et donc dans les sociétés de droit commun) qui recueillent des bénéfices ou profits, les prélèvements des associés ou membres et leurs parts dans les bénéfices ou profits distribués ou non distribués, sont considérés comme des bénéfices ou profits desdits associés ou membres. » Soit un père, son fils et sa fille ayant constitué une société de droit commun, avec partage des bénéfices à concurrence, respectivement, de moitié, d'un quart et d'un quart pour les associés. Si, en 2007, la société réalise un bénéfice de 140.000 EUR, en place 40.000 en réserves, et distribue le reste à concurrence de 50.000 pour le père et 25.000 pour chacun des enfants, le père sera taxé, non seulement sur la part qui lui a été versée (50.000), mais encore

sur sa part dans le bénéfice non distribué (20.000). Chacun des enfants sera taxé sur 35.000. Il n'y a rien là qui soit illogique (la société est « transparente » puisqu'elle n'a pas la personnalité juridique), même s'il faut se méfier de l'effet de surprise résultant du fait que les associés, peut-être mal informés, se retrouvent taxés sur des bénéfices qui ne leur ont pas été distribués.

La déduction des pertes

Le cas particulier des sociétés en nom collectif en perte devrait être soumis aux mêmes principes : chaque associé doit déclarer sa part dans les pertes de la société. Si, par ailleurs, il exerce une autre activité professionnelle qui, elle, est bénéficiaire, il pourra déduire de ce bénéfice sa part dans la perte de la société de droit commun.

Mais ceci a donné prétexte, jadis, à une astucieuse évasion fiscale connue sous le nom de « sociétés-villas ». Soit des conjoints, tous deux titulaires de profession libérale aux généreux revenus, décidant de l'acquisition d'une seconde résidence de haut prix, à laquelle ils font effectuer d'importants travaux. Ils ne pourront déduire le coût de ces travaux de leurs revenus d'immeubles, parce que le code des impôts sur les revenus ne le permet pas (taxation sur une base forfaitaire : le revenu cadastral). Mais s'ils constituent une société de droit commun avec pour objet l'entretien et la mise en valeur de cet immeuble, les éventuels revenus perçus par la société deviendront, par effet de l'article 29 CIR (supra), des profits taxables dans leur chef, et les éventuelles pertes deviendront... des pertes déductibles, qui viendront réduire d'autant leurs revenus professionnels imposables.

C'est pour contrecarrer cette pratique qu'a été voté l'article 80 CIR dans sa mouture actuelle, véritable disposition « anti-évitement », donc destinée à lutter tant contre certaines évasions que certaines fraudes. Ce texte s'exprime comme suit : « Les pertes professionnelles des sociétés ou associations visées à l'article 29 (...) ne peuvent être déduites des revenus professionnels des associés ou membres de ces sociétés ou associations à moins que et dans la mesure où ces associés ou membres recueillent des bénéfices ou profits et que les pertes professionnelles à imputer sur ceux-ci résultent d'une activité professionnelle de même nature (...). » En d'autres termes, un médecin, membre d'une société de droit commun dont l'objet est l'entretien et la mise en valeur d'un immeuble, ne peut déduire de ses revenus professionnels sa part dans les pertes de la société parce que, s'il recueille effectivement des profits, il n'en reste pas moins que l'activité professionnelle de la société n'est pas de même nature que son activité propre. Un architecte aurait peut-être plus de chance...

Les droits de succession

Les sociétés de droit commun sont innombrables aujourd'hui, mais pour d'autres raisons encore, relevant cette fois de la matière du planning successoral.

Le procédé –parfaitement licite- le plus fréquent pour faire échapper ses héritiers aux droits de succession est de leur faire donation d'une partie de ses biens. Biens mobiliers, dans la mesure où une donation portant sur des immeubles est soumise aux droits d'enregistrement (calculés au même taux que les droits de succession). Mais l'on peut donner des liquidités, un

portefeuille d'actions ou d'obligations, des œuvres d'art, des lingots d'or ou des bijoux : ensuite de la donation, ces biens auront quitté le patrimoine du donateur, de sorte que les héritiers donataires n'auront pas à payer de droits de succession. A une exception près cependant : que la donation ait été consentie par le donateur plus de trois ans avant son décès. Dans le cas contraire, la donation sera réputée n'avoir pas eu lieu, par application de l'article 7 du code des droits de succession (encore une disposition « anti-évitement »). Mais il est possible de contourner ce problème, et donc de n'avoir pas à survivre trois ans à la donation, à condition de faire enregistrer celle-ci à un taux réduit (3 % en ligne directe, 5 ou 7 % dans les autres hypothèses, selon les régions et le lien de parenté).

Il arrive cependant souvent qu'un candidat donateur souhaite faire une libéralité à ses héritiers, mais désire conserver le droit de gérer seul les biens donnés. Est-il concevable d'assortir une donation de la condition suivante : je vous donne un portefeuille d'actions, mais j'entends continuer à le gérer moi-même ; vous n'en deviendrez donc les gestionnaires qu'après mon décès ? N'est-ce pas là tenter de concilier l'eau et le feu, n'est-ce pas violer l'antique adage « donner et retenir ne vaut » ?

La société de droit commun permet de résoudre cette quadrature du cercle. Imaginons un père, futur donateur, son fils et sa fille, futurs donataires. Ils constituent entre eux une société de droit commun, avec pour objet la gestion d'un portefeuille de valeurs. Le père apporte le portefeuille, les enfants un minimum de liquidités, de sorte qu'à la constitution le père détient la quasi-totalité des parts de la société. Les statuts de celle-ci disposent que le père en sera gérant jusqu'à son décès, ce qui lui donne pouvoir de continuer à gérer au mieux le portefeuille apporté.

Puis, en un second temps, le père cède à ses enfants la quasi-totalité des parts qu'il détenait dans la société. Cette cession peut même ne porter que sur la nue-propriété des dites parts, ce qui permettra au père de conserver des revenus. La donation, qui pourrait se voir assortie d'autres conditions (et notamment une clause de retour conventionnel, visant l'hypothèse du prédécès d'un des enfants) devrait par précaution être authentifiée. Si elle l'est en Belgique, ceci entraînera la perception de droits d'enregistrement. Mais elle peut l'être aux Pays-Bas, ce qui se fait sans difficultés.

Reste un problème : dans cette hypothèse, encore faut-il que le père survive trois ans à la donation des parts. Qu'à cela ne tienne : il peut faire enregistrer cette donation au taux réduit de 3 %, cette fois en Belgique. Comme la société n'a pas de personnalité juridique, le receveur considérera que la donation porte en réalité sur les biens mêmes de la société, cad le portefeuille (attention dans ce cas aux donations soumises au droit d'enregistrement wallon). Par ailleurs, comme l'acte contient une réserve d'usufruit, il est généralement conseillé de le faire authentifier par un notaire. Dans le cas contraire, il pourrait être considéré comme nul, mais d'une nullité qui, à la mort du père, ne sera que « relative », cad qu'elle ne pourra être invoquée que par les héritiers donataires ; si chacun a reçu la même chose, on voit mal où serait le grief, de sorte que l'intervention d'un notaire ne se justifie que pour les plus scrupuleux.

*

Curieuse destinée, que celle de ces sociétés si discrètes, qu'elles peuvent se constituer sur un coin de table (attention quand même à la rédaction des statuts, faites vous aider par un avocat), si transparentes qu'elles sont dépourvues de toute personnalité juridique, et si

efficientes qu'elles constituent un instrument privilégié en matière de planification successorale.

Jean-Pierre BOURS
Avocat (BOURS & associés)
Chargé de cours ULg/HEC

Jeanpierre.bours@bours-law.be