



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

OPTIMISATION FISCALE DU RETRAIT D'ASSOCIÉ

ARNAUD DE BISSY

Référence de publication : Droit et Patrimoine, N° 207, 1er octobre 2011

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

OPTIMISATION FISCALE DU RETRAIT D'ASSOCIÉ

I - L'ÉTAT DES LIEUX A - La situation fiscale de l'associé 1o/ L'associé d'une société à l'IS : l'impôt de distribution

I - L'ÉTAT DES LIEUX A - La situation fiscale de l'associé 2o/ L'associé d'une société à l'IR : l'impôt sur la plus-value de cession

I - L'ÉTAT DES LIEUX B - La situation fiscale de la société 1o/ Lors de l'annulation de la participation

I - L'ÉTAT DES LIEUX B - La situation fiscale de la société 2o/ Lors de la cession de la participation

II - LES RISQUES ET LES OPPORTUNITÉS FISCALES A - Les risques fiscaux 1o/ Les risques fiscaux liés à la cessation d'activité du retrayant

II - LES RISQUES ET LES OPPORTUNITÉS FISCALES A - Les risques fiscaux 2o/ Les risques fiscaux liés à la cession de la participation

II - LES RISQUES ET LES OPPORTUNITÉS FISCALES B - Les opportunités fiscales 1o/ L'utilisation des régimes de faveur a) L'associé retrayant ne bénéficiait pas d'un report d'imposition

II - LES RISQUES ET LES OPPORTUNITÉS FISCALES B - Les opportunités fiscales 1o/ L'utilisation des régimes de faveur b) L'associé retrayant bénéficiait d'un report d'imposition

II - LES RISQUES ET LES OPPORTUNITÉS FISCALES B - Les opportunités fiscales 2o/ L'insertion d'une clause de préemption

CONCLUSION

OPTIMISATION FISCALE DU RETRAIT D'ASSOCIÉ

Le retrait d'associé, situation atypique en droit des sociétés, est ignoré du Code général des impôts. Il convient donc de rechercher, notamment, si l'opération peut être assimilée à une cession de titres et dans quelle mesure les régimes de faveur peuvent s'appliquer.

Le retrait correspond à la situation de l'associé qui quitte volontairement sa société, quelle qu'en soit la raison : soit il trouve un repreneur, soit la société lui rachète ses droits. Techniquement, seule cette dernière situation correspond à un « retrait » au sens du droit des sociétés. À la demande de l'associé (dans les conditions prévues par les statuts, sur décision unanime, ou judiciairement sur juste motif, C. civ., art. 1869, al. 1^{er}), la société doit lui rembourser ses droits à leur valeur réelle (C. civ., art. 1869, al. 2). La conséquence logique du retrait est la réduction corrélative du capital du fait de l'annulation des titres, mais la société peut tout aussi bien racheter les droits pour les céder à un tiers ou aux associés. Il est également possible de prévoir dans les statuts la possibilité de faire racheter directement les titres par les autres associés, à proportion de leurs droits, ce qui évite le « rachat/cession ».

Le rachat par une société de ses propres titres : la conséquence logique de l'exercice du droit de retrait par un associé. - La société devient donc son propre associé. Reste que « l'auto-détention » des titres est une situation qui ne saurait perdurer compte tenu de la fictivité du capital qu'elle induit. Lorsque le rachat n'est pas possible parce que le retrait n'est lui-même pas envisagé par les textes (cas des sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée, notamment), la revente doit avoir lieu dans le délai d'un an (C. com., art. L. 225-214, passé ce délai les actions doivent être annulées). Lorsque le rachat lié au retrait est possible (dans les sociétés civiles, les sociétés civiles professionnelles notamment (1), voire les sociétés d'exercice libéral (2)), l'auto-détention des parts sociales est permise et non limitée dans le temps (s'agissant des sociétés à risque illimité, cela s'explique par le fait que dans ce cas la fictivité du capital n'a pas d'incidence sur les droits des tiers créanciers de la société) (3).

Au plan fiscal : des situations évidemment très différentes selon qu'il y a ou non réduction du capital (c'est-à-dire si les titres sont annulés ou cédés). - Au cas de cession, il faudra également distinguer selon que les titres sont ou non rachetés directement par les associés (cession « directe » ou « rachat/cession »), et naturellement selon le régime fiscal de la société (à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés), sans compter celui du retrayant (on supposera qu'il s'agit d'une personne physique) et des coassociés (personnes physiques ou morales). Toutes ces situations engendrent elles-mêmes des conséquences en matière

d'imposition des bénéficiaires, de plus-values de cession et de droits de mutation. Un état des lieux s'impose (I). Il sera temps ensuite de faire des choix en évoquant les risques et les opportunités fiscales qui se présentent (II).

I - L'ÉTAT DES LIEUX

La fiscalité a ceci de particulier que les impôts dus à l'occasion d'une opération juridique ne sont pas les mêmes pour toutes les parties à l'acte. Ainsi, la situation fiscale du retrayant ne sera pas la même que celle de la société qui lui a racheté ses droits. Schématiquement présentée, l'opération de rachat de ses titres par une société se traduit pour le cédant par l'obligation de payer les impôts directs (A) et pour le cessionnaire les impôts indirects (B).

A - La situation fiscale de l'associé

Il convient à ce niveau d'opérer une distinction, inconnue en droit des sociétés, selon qu'il s'agit de titres d'une société soumise à l'impôt sur les sociétés ou d'une société qui relève de l'impôt sur le revenu. Certes, dans les deux cas, le cédant peut être amené à payer un impôt sur l'enrichissement constaté lors de la cession de ses titres, mais dans le premier il s'agit d'un impôt sur la distribution (1°) alors que dans la seconde hypothèse il s'agit d'un impôt sur la plus-value de cession (2°).

1°/ L'associé d'une société à l'IS : l'impôt de distribution

Une difficulté de qualification se présente pour les sommes payées par une société à l'associé retrayant : soit l'on considère que le rachat de ses propres titres par une société génère une plus-value de cession comme si elle avait lieu au profit d'un tiers, soit l'on considère que le prix du rachat constitue un revenu distribué au sens des articles 108 et suivants du Code général des impôts (CGI) (4) . On connaît l'histoire. Après une première décision ambiguë (le profit était qualifié de plus-value mais imposé comme un revenu mobilier) (5) , le Conseil d'État avait clairement choisi la qualification de revenu distribué (6) , y compris lorsque les titres ne sont pas annulés mais cédés (7) .

Si l'on en croit la jurisprudence, l'imposition de l'associé retrayant au titre des revenus de capitaux mobiliers résulterait de l'application de l'article 109, 1, du CGI d'après lequel : « *Sont considérés comme*

revenus distribués : (...) 2° Toutes les sommes ou valeurs mises à la disposition des associés, actionnaires ou porteurs de parts et non prélevées sur les bénéfices ». Reste qu'il a toujours été admis que seul le profit effectif du cédant pouvait être imposé, soit sur le fondement de l'article 112 du CGI d'après lequel : « *Ne sont pas considérés comme revenus distribués : 1° les répartitions présentant pour les associés ou actionnaires le caractère de remboursements d'apports ou de primes d'émission* », soit sur le fondement de l'article 161, alinéa 2, du même code aux termes duquel les mêmes règles (nous précisons : celles de l'alinéa 1^{er}, relatives au *boni* de liquidation) « (...) *sont applicables dans le cas où la société rachète au cours de son existence les droits de certains associés, actionnaires ou porteurs de parts bénéficiaires* » (8) , voire les deux, selon l'administration fiscale (9) .

Si, à la suite de la loi n° 2005-1720 du 30 décembre 2005 de finances rectificative pour 2005 (art. 29, VII et VIII, 1°), le législateur a globalement consacré les solutions prétoriennes anciennes, ce fut au prix d'un raisonnement pour le moins surprenant. Dans un premier temps, il semble exclure la qualification de revenu mobilier en appliquant le régime des plus-values privées « *au gain net retiré par le bénéficiaire lors d'un rachat par une société émettrice de ses propres titres (...)* »(CGI, art. 150-0 A, II, 6), tout en précisant néanmoins que ce « *gain net* » « *est égal à la différence entre le montant du remboursement et le prix ou la valeur d'acquisition ou de souscription des titres rachetés, diminuée du montant du revenu distribué imposable à l'impôt sur le revenu au titre du rachat dans les conditions prévues aux articles 109, 112, 120 et 161* »(CGI, art. 150-0 D, 8 ter) ! En clair, le législateur reconnaît que, fondamentalement, le profit imposable a une nature de plus-value mais qu'il est bien imposé comme un revenu mobilier (du moins pour la partie du prix qui excède la valeur nominale des titres rachetés). Au demeurant, la solution n'est pas franchement défavorable à l'associé, dans la mesure où il peut bénéficier des avantages propres aux revenus distribués, et notamment de l'abattement de 40 % (CGI, art. 158, 3, 2°) (10) , ou bien du prélèvement libératoire au taux de 19 % (CGI, art. 117 quater) (11) .

2°/ L'associé d'une société à l'IR : l'impôt sur la plus-value de cession

Lorsque la société émettrice est soumise à l'impôt sur le revenu, elle ne peut « fiscalement » distribuer ses bénéfices au sens des articles 108 et suivants du CGI. - Cette spécificité fiscale s'explique par l'absence de personnalité fiscale du groupement semi-transparent (CGI, art. 8). Pour autant, si la qualification de plus-value est inévitable, il faut encore déterminer sa nature, privée ou professionnelle. À ce niveau, une autre spécificité fiscale nous attend à l'article 151 nonies du CGI. En substance, cette disposition qualifie de biens professionnels les titres d'un associé exerçant une activité professionnelle dans une société semi-transparente. Dans une telle hypothèse, c'est donc le régime des plus-values professionnelles qui

s'applique (les plus-values à long terme sont imposées taux de 16 %, majoré de 12,3 % de prélèvements sociaux additionnels) (12) . Si tel n'est pas le cas, la plus-value réalisée par un particulier est imposée au titre des plus-values privées (19 %, majoré de 12,3 % de prélèvements sociaux additionnels) (13) .

L'assiette de la plus-value est égale à l'excédent du prix de cession sur la valeur d'acquisition. - Une difficulté classique se pose alors : comme les bénéfices non distribués sont pris en compte pour l'évaluation des titres, alors qu'ils ont déjà été imposés chez l'associé à proportion de sa participation compte tenu de la semi-transparence fiscale de la société, il se produit un phénomène de double imposition juridique chez l'associé retrayant (ou de double déduction s'agissant des pertes imputées). Afin de l'éviter, le Conseil d'État a décidé que le prix de revient des parts cédées devait être égal à leur valeur d'acquisition, telle que majorée des bénéfices déjà imposés ou des pertes antérieures afférentes à des entreprises exploitées par la société en France et comblées par l'associé, et minorée des déficits déjà déduits ainsi que des bénéfices afférents à des entreprises exploitées en France par la société et ayant donné lieu au profit de l'associé à des répartitions (14) . Jurisprudence qui concernait au départ les plus-values professionnelles mais qui fut ensuite étendue aux plus-values des particuliers (15) .

Au sujet des bénéfices de l'année de la cession. - Il n'y a pas, en principe, de risque de double imposition, car ce n'est pas le cédant qui est imposé mais le cessionnaire puisque c'est lui qui est associé au 31 décembre de l'année d'imposition (date du fait générateur de l'impôt). C'est la même solution qui s'applique au cas de rachat des titres par une société, et l'administration fiscale considère comme ne lui étant pas opposable la convention qui prévoit la répartition *pro rata temporis* des bénéfices entre les associés sortants et les associés présents le 31 décembre (Rép. min. à QE n° 738, Péricard, JOAN Q. 30 août 1993). En revanche, il s'ensuit que le montant des bénéfices partiels est compris dans le prix des parts alors que ce sont les associés en place au 31 décembre qui paieront l'impôt sur les bénéfices. Pour remédier à cette iniquité, le législateur a prévu la possibilité pour l'associé sortant d'être imposé immédiatement sur les bénéfices non commerciaux réalisés depuis le 1^{er} janvier jusqu'au jour de la cession, avec l'accord du cessionnaire ou des associés présents dans la société lors du rachat des parts (CGI, art. 93 B). Disposition qui fut ensuite étendue aux bénéfices agricoles (CGI, art. 73 D).

B - La situation fiscale de la société

La situation de la société qui rachète les droits s'apprécie à deux moments différents, en fonction du sort des titres rachetés, selon qu'ils sont destinés à être annulés (1^o) ou cédés (2^o).

1°/ Lors de l'annulation de la participation

Lorsqu'un seul acte est établi pour constater à la fois le rachat des titres et la réduction du capital. - Dans cette hypothèse, on applique la fiscalité de la réduction du capital : application d'un droit fixe de 375 ou 500 euros, selon que le capital social est inférieur ou au moins égal à 225 000 euros, sous réserve de l'application de la théorie de la mutation conditionnelle des apports (v. *infra*).

Lorsque deux actes sont établis pour constater à la fois le rachat des titres et la réduction du capital. - Dans cette hypothèse, on applique à la fois les droits de mutation sur les titres rachetés, soit 3 % aujourd'hui pour les actions (plafonnés à 5 000 euros par mutation) et les parts sociales (avec un abattement de 23 000 euros pour une cession de 100 % du capital), et le droit fixe de 375 ou 500 euros (selon que le capital est inférieur ou au moins égal à 225 000 euros). Pourtant, l'application des droits de mutation au rachat de droits sociaux ne s'impose pas avec une évidence extrême ; la Cour de cassation a en effet considéré que, pour l'application du régime d'exonération des marchands de biens, le rachat des titres par une société foncière ne constitue pas une « revente » au sens de l'article 1115 du CGI, dès lors que le retrayant ne peut prétendre qu'au « *seul remboursement de la valeur de ses droits sociaux* » (16) .

Théorie de la mutation conditionnelle des apports : mise en garde. - Par application de cette très ancienne théorie du droit fiscal, les biens autres que les acquêts sociaux qui sont distribués à des associés qui n'en avaient pas été les apporteurs, sont soumis aux droits de mutation à titre onéreux lorsqu'il s'agissait d'apports purs et simples à une société non soumise à l'impôt sur les sociétés ou lorsqu'il s'agissait d'apports purs et simples à une société soumise à l'impôt sur les sociétés, normalement soumis à un droit d'apport majoré, mais qui en avaient été exonérés. Au cas de retrait, il faudrait supposer que l'on soit en présence d'un associé qui se retire moyennant l'attribution d'immeubles, d'une clientèle ou de titres dont il n'avait pas été l'apporteur initial, ce qui est juridiquement possible si les statuts le prévoient (C. civ., art. 1844-9, par renvoi de l'article 1869, alinéa 2) (17) , mais qui serait fiscalement prohibitif dans les hypothèses d'application de la mutation conditionnelle des apports (mais si l'associé reprend la clientèle qu'il avait lui-même apportée, aucun droit de mutation ne peut être exigé) (18) .

Convient-il d'appliquer le droit de partage au retrait d'un associé moyennant le remboursement de ses titres et la réduction corrélative du capital social ? - Chacun sait en effet qu'une dissolution de société qui emporte la répartition de sommes ou valeurs entre les associés est en principe assujettie à un droit de partage de 1,1 %, lequel est assis sur la valeur des éléments transmis (2,5 % à compter du 1^{er} janvier 2012, L. n° 2011-900, 29 juill. 2011), sauf exigibilité des droits de mutation à titre onéreux par application de la théorie de la mutation conditionnelle des apports (v. *supra*). À cette question, la jurisprudence a répondu par la négative (19) , ni d'une façon générale chaque fois que la société n'est pas liquidée (20) , ce qui amène certains à s'interroger sur la notion même de *partage partiel* (21) .

2°/ Lors de la cession de la participation

La vente de ses propres titres par une société à un tiers ou aux associés présents dans la société.

- Sur ce point, la vente ne devrait pas générer de profit imposable dès lors qu'elle a lieu à la valeur comptable des titres, laquelle correspond au prix versé à l'associé sortant. Si la société revend les titres au-delà de leur valeur d'inscription, elle dégagera inévitablement une plus-value de cession en comptabilité (22) . Le traitement fiscal de cette plus-value dépendra ensuite du régime de la société émettrice ; s'il s'agit d'une société soumise à l'impôt sur les sociétés, le taux plein s'appliquera (33 1/3 %, ou 15 % pour les PME), ainsi d'ailleurs que pour une société relevant de l'impôt sur le revenu (barème progressif, majoré des prélèvements sociaux), étant donné qu'il s'agira d'une plus-value à court terme (compte tenu du délai de revente des titres auto-détenus). Les cessionnaires devront, quant à eux, payer les droits de mutation habituels sur les achats de titres.

Les titres peuvent également être attribués gratuitement aux associés présents dans la société. -

Cette attribution gratuite s'effectue en proportion de la participation des associés dans le capital. Au plan juridique, il s'agit d'une libéralité qui, d'un point de vue comptable, se traduit par un appauvrissement de la société à hauteur de la valeur nette comptable des titres ainsi transmis (23) . La position du droit fiscal est à ce niveau beaucoup plus originale (et contestable) ; pour cette matière, la société cédante doit comprendre dans ses résultats le profit qui résulte de la différence entre la valeur nette comptable des biens cédés et leur valeur réelle (24) . Certes, comme il s'agit par hypothèse de la même valeur, aucune plus-value ne s'ensuivra, mais il demeure le regret de ne pas pouvoir profiter de la moins-value comptable. La possibilité de déduire la perte issue de l'attribution gratuite d'actions aux salariés (C. com., art. L. 225-197-1 et s.) (25) ne semble d'aucun secours ici puisqu'elle est prévue et encadrée par un texte particulier (CGI, art. 217 quinquies, II). En revanche, les cessionnaires ne devraient pas supporter les droits de mutation à titre gratuit, faute d'assiette taxable ; si la société s'appauvrit au moment de la transmission, les associés ne s'enrichissent pas puisque la valeur de leur participation n'a pas augmenté.

II - LES RISQUES ET LES OPPORTUNITÉS FISCALES

A - Les risques fiscaux

Au plan fiscal, nul n'ignore que le plus grand risque qui menace l'entrepreneur qui arrête son activité est celui lié à la « cessation » d'entreprise puisqu'elle a pour effet d'imposer immédiatement les résultats ordinaires et les plus-values latentes (sous réserve des dispositifs de faveur). Toutefois, ce risque n'existe pas

pour l'associé qui se retire d'une société (fût-elle soumise à l'impôt sur le revenu), en l'absence de dissolution (26) , y compris, semble-t-il, lorsque le retrayant reprend sa propre clientèle (sauf si l'activité de la société s'en trouve modifiée substantiellement).

Les risques indirects liés au retrait d'associé sont plus insidieux. L'un est inhérent à la cessation d'activité de l'associé, qui le prive du caractère professionnel de son investissement (1^o) et l'autre à la cession de sa participation qui a pour effet de remettre en cause le différé d'imposition de la plus-value dont il a bénéficié lors de la constitution de cette société (2^o).

1^o/ Les risques fiscaux liés à la cessation d'activité du retrayant

Situation, très fréquente, d'un associé ayant emprunté pour acquérir les parts d'une société à l'IR. - En vertu de l'article 151 nonies du CGI, les parts en question sont considérées comme des actifs professionnels lorsque l'associé exerce son activité professionnelle dans la société, ce qui l'autorise à déduire de sa quote-part de bénéfices les intérêts de l'emprunt contracté à cette fin. Le même effet peut désormais être observé dans les sociétés relevant de l'impôt sur les sociétés puisque le législateur a complété l'article 83, 3^o, du CGI pour admettre la déduction des charges supportées pour l'achat de parts ou d'actions de la société dans laquelle l'associé exerce son activité professionnelle principale (L. fin. rect. n^o 2008-1443, 30 déc. 2008). Dès lors, quelle que soit l'hypothèse, si l'associé arrête son activité dans la société, il ne pourra plus, à compter de cette date, prétendre à la déduction des intérêts d'emprunt de ses revenus. En revanche, il « récupère » la possibilité de profiter de la réduction d'impôt sur le revenu (CGI, art. 199 terdecies-0 A), ou d'impôt de solidarité sur la fortune (ISF) (CGI, art. 885-0 V bis) s'il réinvestit son capital dans une PME (alors que ces dispositifs étaient exclus pour l'associé qui déduisait de ses revenus ses intérêts d'emprunt).

Le retrait d'associé peut également entraîner des conséquences négatives en matière d'ISF. - Pour cela, il est nécessaire de rappeler que, en principe, les titres d'un associé exerçant son activité professionnelle principale au sein de sa société sont considérés comme des biens professionnels exonérés d'ISF, condition suffisante s'agissant d'une société de personnes soumise à l'impôt sur le revenu (CGI, art. 885 O), mais qui requiert d'autres exigences lorsqu'il s'agit d'une société soumise à l'impôt sur les sociétés (CGI, art. 885 O bis). Lors du retrait d'associé, les fonds devront être réinvestis dans un actif professionnel pour pouvoir être sortis de l'assiette taxable à l'ISF (ce sera naturellement le cas lorsque le retrait s'est effectué contre la reprise de la clientèle que l'associé exploitera individuellement ou qu'il apportera à une autre société dans laquelle il exercera son activité), mais il est également possible de profiter de réductions d'impôt sur le revenu ou d'ISF au cas de réinvestissement dans des PME (CGI, art. 199 terdecies-0 A ; CGI art. 885-0 V bis).

2°/ Les risques fiscaux liés à la cession de la participation

Il se peut que l'associé retrayant ait bénéficié d'un report d'imposition de la plus-value professionnelle générée lors de l'apport de sa clientèle à la société dont il se retire. Il s'agit essentiellement du régime prévu à l'article 93 quater, II (pour les apports à une société civile professionnelle réalisés avant le 1^{er} avril 1981), ou de l'article 151 octies du CGI (s'agissant de la mise en société d'une entreprise individuelle), mais il existe aussi désormais un régime analogue applicable aux plus-values résultant de l'apport de droits ou parts nécessaires à l'activité d'un exploitant individuel à une société soumise à un régime réel d'imposition, soumise à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés (CGI, art. 151 octies B), ainsi que lors de l'apport de l'intégralité des titres par un associé exerçant son activité professionnelle dans une société de personnes (CGI, art. 151 nonies IV bis).

Dans le régime du report d'imposition, la plus-value est calculée immédiatement mais imposée plus tard, lors de la cession des parts reçues en échange de l'apport, ou de la cession du bien apporté, au nom de l'apporteur et au taux en vigueur à cette date (27) . Plus précisément, la cession des parts générera deux plus-values : une première plus-value de nature professionnelle correspondant à la remise en cause du report d'imposition et une autre plus-value correspondant à la différence entre le nominal des titres (valeur d'apport) et le prix de cession (il s'agira d'une plus-value privée ou professionnelle, selon que la société est soumise à l'impôt sur les sociétés ou à l'impôt sur le revenu, car dans ce dernier cas on sait que les titres appartenant à un associé exerçant son activité dans une société semi-transparente sont considérés comme des actifs professionnels).

Le retrait d'associé : des conséquences négatives qui ne font guère de doute. - En application de l'article 93 quater du CGI, l'administration fiscale (28) et la jurisprudence administrative (29) ont en effet l'une et l'autre estimé que le retrait d'un associé de société civile professionnelle ayant repris sa clientèle entraîne la déchéance du report d'imposition des plus-values.

B - Les opportunités fiscales

L'optimisation fiscale du retrait d'un associé passe en premier lieu par la bonne utilisation des nombreux dispositifs d'exonération fiscale (1°). Elle passe également par une rédaction efficiente des statuts, et notamment par l'insertion d'une clause de préemption (2°).

1°/ L'utilisation des régimes de faveur

Lorsque l'associé retrayant n'a pas bénéficié d'un report d'imposition : la situation la plus simple. - Dans cette hypothèse (a), il n'y a pas lieu de s'occuper de l'éventuelle plus-value d'apport, soit que l'associé a déjà payé l'impôt sur la plus-value d'apport de sa clientèle à sa société (ou en était exonéré), soit qu'il avait acquis ses droits sociaux en cours de vie sociale.

Lorsqu'un associé a apporté sa clientèle à une société en ayant opté pour le régime de l'article 151 octies du CGI : la situation la plus complexe. - Dans cette situation (b), en principe, le retrait de l'associé déclenche l'imposition de la plus-value différée (plus-value d'apport), en même temps que celle de la nouvelle plus-value (plus-value de cession).

a) L'associé retrayant ne bénéficiait pas d'un report d'imposition

La nécessaire distinction selon que le retrait génère une plus-value professionnelle ou privée. - La première se produit lors du retrait d'un associé d'une société soumise à l'impôt sur le revenu dans laquelle il exerçait son activité (telle une société civile professionnelle), alors que la seconde est susceptible de concerner l'associé qui se retire d'une société relevant de l'impôt sur les sociétés (telle une société d'exercice libéral).

En premier lieu, si le rachat des droits entre dans le champ des plus-values professionnelles, le retrayant peut prétendre à des dispositifs de faveur ; on songe aux articles 151 septies (régime des *petites entreprises*), 151 septies A (départ à la retraite du cédant) et 238 quindecies du CGI (dans l'hypothèse d'une cession de PME). Toutefois, si l'administration fiscale a explicitement admis l'application de l'article 151 septies A au cas de retrait (30) , et implicitement s'agissant de l'article 151 septies (31) , elle a expressément estimé inapplicable l'article 238 quindecies (32) . Ces dispositions présentent également un certain nombre d'écueils qu'il convient de rappeler. En premier lieu, toutes exigent une durée d'exercice de cinq ans de l'activité (CGI, art. 151 septies) ou de détention des droits (CGI, art. 151 septies A). Ensuite, chacune possède ses propres exigences. Ainsi, l'application de l'article 151 septies à l'associé retrayant suppose que la quote-part de recettes n'excède pas 90 000 euros (prestataires de services) pour une exonération totale (ou comprise entre ce montant et 126 000 euros pour une exonération partielle). Quant à l'article 151 septies A du CGI, il requiert la qualité de PME de la société (au sens communautaire, ce qui ne devrait pas poser de difficultés pour des sociétés libérales) (33) , que le cédant ne possède pas plus de 50 % des droits de l'entreprise cessionnaire (mais s'agissant d'un retrait, il n'est plus associé de la société qui lui rachète ses droits), et que l'associé cède

l'intégralité de ses droits lors de son départ à la retraite (le cédant doit arrêter son activité dans la société et prendre sa retraite dans les deux ans suivant ou précédant la cession).

En second lieu, si le rachat des droits entre dans le champ des plus-values privées, une première observation s'impose, sous la forme d'un rappel : le profit né du rachat de droits à un associé constitue un revenu de capitaux mobiliers (CGI, art. 150-0 A, II, 6), du moins pour la partie du prix qui excède le montant nominal des droits sociaux (ou le prix payé lors de l'acquisition de ces droits par l'associé, s'il est supérieur). Ce n'est que si le prix d'achat est inférieur à la valeur nominale, et à hauteur de cette différence seulement, que le profit constitue une plus-value susceptible d'être exonérée. Sachant cela, l'associé retrayant pourra bénéficier de l'abattement d'un tiers par année de détention au-delà de la cinquième année (CGI, art. 150-0 D bis) (34) , même si l'exonération ne vaut que pour l'application du taux de l'impôt sur les plus-values mobilières (19 %), et non pas pour les prélèvements sociaux (12,3 %). L'abattement d'un tiers n'étant pas d'application immédiate (le délai de cinq ans ne peut en effet débiter avant le 1^{er} janvier 2006), on peut s'interroger sur la possibilité d'appliquer au retrait le régime spécifique prévu pour le dirigeant (35) de PME qui, ayant détenu au moins 25 % des droits pendant les cinq années précédant la cession, cède l'intégralité de sa participation, arrête ses fonctions et prend sa retraite dans les deux ans de la cession (CGI, art. 150-0 D ter). Si ces exigences sont remplies, on se risquera à une réponse positive dans la mesure où la loi précise que l'abattement prévu à l'article 150-0 D bis s'applique « *dans les mêmes conditions* »(CGI, art. 150-0 D ter, I, al. 1).

b) L'associé retrayant bénéficiait d'un report d'imposition

C'est la situation la plus fréquente. L'hypothèse classique est celle de l'associé qui avait apporté sa clientèle à une société en ayant opté pour le régime de l'article 151 octies. Dans cette situation, en principe, nous avons vu que le retrait de l'associé déclenche l'imposition de la plus-value différée (plus-value d'apport), en même temps que celle de la nouvelle plus-value (plus-value de cession). À cet égard, le grand intérêt de l'article 151 septies A du CGI est qu'il permet non seulement l'exonération de la plus-value de cession (du moins lorsqu'il s'agit d'une plus-value professionnelle), mais également celle de la plus-value en report (ici, quelle que soit la nature de la plus-value de cession, privée ou professionnelle) (36) . Le tout est de savoir si cette conséquence peut également s'appliquer au cas de retrait d'associé.

Si la société qui rachète les droits est à l'IR, la plus-value de cession est une plus-value professionnelle (CGI, art. 151 nonies). - Aux termes de l'article 151 septies A, I bis du CGI : « *L'exonération prévue au I s'applique dans les mêmes conditions aux plus-values en report d'imposition sur le fondement du I ter de l'article 93 quater, du a du I de l'article 151 octies, des I et II de l'article 151 octies A et du I de*

l'article 151 octies B ». En revanche, les contributions sociales additionnelles sur la plus-value d'apport sont dues (37) . Il n'existe certes pas de disposition équivalente au sein de l'article 151 septies du CGI, mais on comprendrait mal que ce dispositif ne puisse conduire à une exonération définitive de la plus-value d'apport alors qu'il constitue la solution d'exonération la plus complète du CGI et qu'une solution différente conduirait à traiter plus durement les contribuables ayant procédé à une adaptation de leur structure juridique que ceux qui sont restés en la forme individuelle (38) .

Si la société émettrice est à l'IS, la plus-value de cession est une plus-value privée (mais son domaine est nécessairement réduit puisque l'essentiel du profit est un revenu mobilier). - Ici encore, la plus-value en report est exonérée ; une disposition analogue à celle évoquée au paragraphe précédent figure au IV bis de l'article 151 septies A du CGI. Deux différences majeures doivent néanmoins être relevées. En premier lieu, il n'y a pas de lien mécanique entre l'exonération de la plus-value professionnelle en report et celle de la plus-value privée de cession puisqu'il s'agit de plus-values de nature différente (dans le cas de deux plus-values professionnelles, au contraire, l'exonération de la plus-value de cession commande celle de la plus-value en report). En second lieu, la loi prévoit des conditions spécifiques pour l'exonération de la plus-value professionnelle en report ; ces dernières ne sont pas sans rappeler celles qui sont applicables au cas d'application immédiate de l'abattement d'un tiers sur la plus-value d'un dirigeant prenant sa retraite (CGI, art. 150-0 D ter ; v. *supra*), sauf qu'ici il n'est pas nécessaire que le dirigeant ait possédé au moins 25 % des droits sociaux.

Pour avantageuses qu'elles soient, toutes les hypothèques ne sont pas levées concernant l'application de l'article 151 septies A (I bis et IV bis) au cas de retrait d'associé. - Certes, l'administration fiscale a expressément reconnu que l'exonération des plus-values de cession au cas de départ en retraite s'appliquait au rachat de titres, mais cela vaut-il également pour les plus-values en report ? Logiquement, il doit en aller ainsi s'agissant des plus-values professionnelles puisque l'exonération des plus-values de cession commande celle des plus-values d'apport (CGI, art. 151 septies A, I bis). L'extension aux plus-values privées est plus incertaine dans la mesure où aucun lien n'est fait entre l'exonération de la plus-value de cession et de la plus-value d'apport, chacune restant commandée par des conditions particulières. S'agissant de la plus-value d'apport, l'administration fiscale devra dire si l'article 151 septies A, IV bis, du CGI peut également s'appliquer au cas de retrait d'associé.

2°/ L'insertion d'une clause de préemption

La société n'a pas nécessairement les moyens financiers du rachat ; les associés peuvent être mis à contribution. Rédigée en ce sens, la clause de préemption permet aux associés en place d'avoir un droit de

priorité sur le rachat de parts d'un associé désirant se retirer de la société. Au plan fiscal, cette situation peut présenter des avantages par rapport à un rachat direct de droits par la société suivi de leur cession aux associés. Certes, ces derniers devront payer le prix des parts à leur valeur vénale, et supporter en conséquence les droits de mutation, mais la même situation eût été constatée s'ils avaient racheté leurs parts à la société et, au cas d'attribution des parts à titre gratuit, le coût de l'opération aurait exclusivement été pris en charge par l'actif social. S'agissant du cédant, puisque la cession n'est pas faite à la société, c'est exclusivement le régime des plus-values qui s'applique : plus-values professionnelles si le cédant exerçait son activité dans une société relevant de l'impôt sur le revenu, plus-value privée si la société est soumise à l'impôt sur les sociétés.

En matière de plus-values professionnelles. - L'avantage d'une cession directe aux coassociés résulte de l'application sans réserve de l'ensemble des dispositifs d'exonération sus-exposés, y compris de l'article 238 quindecies du CGI au cas de cession de l'intégralité des parts d'une société semi-transparente dans laquelle il exerce son activité professionnelle (CGI, art. 238 quindecies, III), si naturellement les conditions prévues par cet article sont remplies, quant à la durée de l'activité (cinq ans), à la taille de l'entreprise (« PME » au sens communautaire), et à la valeur des droits transmis (300 000 euros pour une exonération totale, ou jusqu'à 500 000 euros pour une exonération partielle). Si l'associé retrayant qui prend sa retraite bénéficiait d'un report d'imposition pour sa plus-value d'apport, cette dernière se retrouve exonérée comme le serait la plus-value de cession (CGI, art. 151 septies A). En revanche, ce « double effet » n'est pas expressément reconnu au cas d'application de l'article 151 septies (v. *supra*), et l'administration fiscale l'a expressément exclu s'agissant de l'article 238 quindecies (39) .

En matière de plus-values privées. - Le cédant pourra pratiquer, dans les conditions habituelles, un abattement d'un tiers sur la plus-value par année de détention au-delà de la cinquième année (CGI, art. 150-0 D bis), régime qui sera d'application immédiate au cas d'arrêt de l'activité et de départ à la retraite (CGI, art. 150-0 D ter), sans aucun doute cette fois (comp. *supra* au cas de retrait). En outre, si le cessionnaire est un membre du « groupe familial » qu'il forme avec son conjoint et leurs ascendants ou leurs descendants ainsi que leurs frères et sœurs (40) , il sera exonéré d'impôt sur la plus-value (CGI, art. 150-0 A, I, 3) (41) , même si les prélèvements sociaux restent dus, pour peu que les autres conditions légales soient remplies (le « groupe » ainsi défini doit avoir eu droit à au moins 25 % des bénéfices au cours des cinq dernières années et aucune autre cession n'est possible avant cinq ans). Il est évident que si l'un de ces régimes d'exonération devait s'appliquer, la qualification de plus-value est préférable à celle de revenu mobilier consécutive au rachat des titres par la société émettrice. Si tel n'est pas le cas, en revanche, les avantages propres aux revenus distribués (abattement proportionnel de 40 % et abattement fixe de 1 525 ou 3 050 euros, selon que le contribuable est ou non marié) peuvent être préférables à une imposition de la plus-value à 19 %, surtout si le cédant est imposé dans les tranches basses de l'impôt sur le revenu.

CONCLUSION

Quelle que soit l'hypothèse, rachat par la société ou par les associés, ce sont toujours ces derniers qui, en dernière analyse, supportent le coût financier de l'opération. Or, ici comme ailleurs, la valeur d'un titre n'est que la valeur de l'entreprise ramenée à une part, et cette dernière prend en compte la valeur de la clientèle. Par exception, la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 relative à la modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées prévoit expressément la possibilité statutaire d'exclure la valeur représentative de la clientèle civile de la valorisation des parts d'une société civile professionnelle, si cela est décidé à l'unanimité des associés (art. 30) (42) . Si l'on en croit l'exposé des motifs du projet de loi, l'idée serait d'alléger le coût financier du retrait d'un associé, particulièrement mal vécu par les autres associés lorsqu'une partie de la clientèle suit le retrayant... Au plan fiscal, les effets d'une telle mesure sont incertains. Notamment, si la clientèle est en réalité reprise, l'administration fiscale pourrait-elle considérer qu'elle est en réalité un élément du prix des titres dont il convient de tenir compte à la fois pour le calcul de la plus-value de cession des parts chez l'associé et des droits de mutation chez la société ?

(1)

A. Cathelineau, Le retrait dans les sociétés civiles professionnelles, JCP N 2010, n° 49, p. 1790.

(2)

Seul est reconnu le droit de retrait au cas de mésentente entre associés (L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, art. 11).

(3)

R. Mortier, Le rachat par la société de ses droits sociaux, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2003, n° 645.

(4)

J. Turot, Rachat par une société de capitaux de ses propres titres. Un régime assis entre deux chaises, RJF 8-9/92, p. 659.

(5)

CE, 8 juill. 1992, n° 88734, Gardet, RJF 8-9/92, n° 1172.

(6)

CE, 29 déc. 2000, n° 179647, SA Roesh, Dr. fisc. 2001, n° 15, comm. n° 337.

(7)

CE, 31 juill. 2009, n° 296052, Société Fiteco, Dr. fisc. 2009, n° 43, comm. 509, note A. de Bissy.

(8)

CE, 31 juill. 2009, n° 296052, précité.

(9)

Instr. adm. 4 juill. 2000, BOI 4 J-1-00, 12 juill. 2000, n°s 7 et s.

(10)

BOI 5 I-2-05, 11 août 2005, n° 38.

(11)

BOI 5 I-5-08, 1^{er} août 2008, n°s 56 et s.

(12)

Le projet de loi n° 3713 de finances rectificative pour 2011 prévoit de porter de 2,2 % à 3,4 % le prélèvement social sur les revenus du capital, ce qui porterait le total des prélèvements sociaux à 13,5 %.

(13)

La loi de finances pour 2011 a supprimé le seuil annuel de cession (L. fin. 2011, n° 2010-1657, 29 déc. 2010, art. 8). Ce seuil s'établissait à 25 830 euros pour l'imposition des plus-values réalisées en 2010.

(14)

CE, 16 févr. 2000, n° 133296, SA Ets Quemener, RJF 3/00, n° 334.

(15)

CE, 9 mars 2005, n° 248825, Baradé, RJF 6/05, n° 564.

(16)

Cass. com., 2 févr. 2010, n° 09-10.384, Société Foncière de l'Arcade, RJF 5/10, n° 536.

(17)

À défaut, le remboursement se fait en valeur (C. civ., art. 1869, al. 2).

(18)

Aux dires de la Cour de cassation, l'associé retrayant aurait la possibilité d'exiger le remboursement des biens qu'il avait apportés s'ils se retrouvent en nature dans l'actif social, même s'il ne s'agit pas d'une dissolution de société (Cass. 3^e civ., 12 mai 2010, n° 09-14.747, Rev. sociétés 2010, p. 384, obs. J.-F. Barbiéri).

(19)

CA Lyon, 23 juin 2005, Panzani, Dr. fisc. 2006, n^{os} 44-45, comm. 63, obs. G. Blanluet.

(20)

Cass. com., 23 sept. 2008, n° 07-12.493, Dray, Dr. fisc. 2008, n° 49, comm. 608, obs. G. Blanluet.

(21)

R. Legenre, La notion de partage partiel de sociétés conserve-t-elle un sens fiscal ?, JCP N, 2007, 1193.

(22)

Ce n'est que si les titres auto-détenus figurent en comptabilité que le profit, ou la perte, résultant de leur cession peut être pris en compte. Tel n'est pas le cas de titres émis en augmentation du capital. En ce sens, v. CE, 16 janv. 2006, SA LVMH, n° 250150, RJF 4/06, n° 361 (moins-value issue d'une levée d'option de souscription d'actions).

(23)

Certains auteurs considèrent que l'appauvrissement à lieu dès le rachat des titres par la société, même si le capital n'est pas réduit et les titres annulés, v. E. Glaser, concl. sous CE, 31 juill. 2009, précité.

(24)

M. Cozian et Fl. Deboissy, Précis de fiscalité des entreprises, Litec, 34^e éd., 2010-2011, n° 381.

(25)

BOI 5 F-17-06, 10 nov. 2006.

(26)

Doc. prat. F. Lefebvre, BNC, division III, n° 10650.

(27)

CE, 10 avr. 2002, Dr. sociétés 2002, comm. 143, obs. J.-L. Pierre.

(28)

Rép. min. à QE n° 5822, Vissac, JOAN Q. 15 nov. 1993, p. 4036.

(29)

CAA Paris, 16 juin 1994, Piffault, RJF 8-9/94, n° 906.

(30)

BOI 4 B-2-07, 20 mars 2007, n° 32 : « *Les rachats ou annulations des droits ou parts par la société ou le groupement qui les a émis entrent dans le champ du présent dispositif* ».

(31)

Instr. adm. 13 mai 2009, BOI 5 K-1-09, 2 juin 2009. En effet, l'administration fiscale vise l'ensemble des cessions d'éléments professionnels, à l'exclusion seulement des transferts dans un patrimoine fiduciaire (Instr. n° 34).

(32)

Instr. adm. 29 déc. 2009, BOI 4 B-1-10, 13 janv. 2010, n° 8.

(33)

Il s'agit des entreprises qui emploient moins de 250 salariés et soit réalisent un chiffre d'affaires annuel inférieur à 50 millions d'euros, soit ont un total de bilan inférieur à 43 millions d'euros, et dont le capital ou les droits de vote ne sont pas détenus à hauteur de 25 % ou plus par une ou plusieurs entreprises ne remplissant pas ces conditions de seuil.

(34)

BOI 5 C-1-07, 22 janv. 2007, n° 22.

(35)

En principe, il est requis que le cédant ait exercé pendant cinq ans de façon continue des fonctions dirigeantes au sens de l'article 885 O bis du CGI (CGI, art. 150-0 D ter, I, 2°, al. 1^{er}), mais cette exigence n'est pas requise « *lorsque l'exercice d'une profession libérale revêt la forme d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée et que les parts ou actions de ces sociétés constituent des biens professionnels pour leur détenteur qui y a exercé sa profession principale de manière continue pendant les cinq années précédant la cession* » (CGI art. 150-0 D ter, I, 2°, al. 2).

(36)

A. Arnaud-Emery, Le report d'imposition de l'article 151 octies du CGI constitue-t-il une fatalité ?, JCP N 2009, 1154.

(37)

A. Arnaud-Emery, Le report d'imposition de l'article 151 octies du CGI constitue-t-il une fatalité ?, précité, n° 19.

(38)

Cet argument avait été évoqué lors du vote de la loi n° 2006-1666 du 21 décembre 2006 de finances pour 2007, afin de justifier l'ajout du I bis à l'article 151 septies A du CGI (FR 55/06, p. 25).

(39)

Instr. adm. 29 déc. 2009, précité, n° 34.

(40)

Instr. adm. 16 mars 2010, BOI 5 C-4-10, 30 mars 2010.

(41)

M. Deslandes, L'exonération fiscale des plus-values de cessions intra-familiales de droits sociaux, Dr. sociétés juill. 2010, étude p. 5.

(42)

Sur le projet, A. Lecourt, La modernisation des professions judiciaires et juridiques réglementées : aspects de droit des sociétés, Bull. Joly Sociétés 2010, Éclairage, p. 806. Sur la loi, H. Hovasse, Dr. sociétés juin 2011, comm. 108.