

PATRIMOINE

1174

Nouveaux avis du comité juridique de la FNDP



Avant-propos



Le comité juridique de la Fédération Nationale Droit du Patrimoine (FNDP) réunit universitaires et praticiens spécialistes de droit du patrimoine. Fruits des réflexions et discussions au sein de ce comité, les avis de la FNDP ont pour objectif non seulement d'identifier des difficultés pratiques ou risques de certains montages, mais surtout de proposer des solutions pragmatiques. Les propositions formulées dans ces avis peuvent être de diverses natures : rédaction de clause, précautions particulières, proposition d'interprétation à l'attention du juge, voire proposition d'évolution des textes à l'attention du législateur. Les avis présentés dans ce dossier témoignent de ces différentes missions.

Le premier avis (*N. Jullian, N. Kilgus et C. Lisanti, La renonciation à la scission patrimoniale de l'entreprise individuelle et application de l'article 1415 du Code civil : JCP N 2023, n° 39-40, 1176, présent dossier*) porte sur une difficulté suscitée par la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante. Ce texte, qui a déjà été l'objet de l'attention de notre comité (*V. notre avis publié dans ces colonnes par S. Le Normand-Caillère, R. Mortier et N. Jullian, Le transfert du patrimoine de l'EIPP : JCP N 2022, n° 43, 1246*), n'a pas clairement envisagé son articulation avec les régimes matrimoniaux, et notamment la question de l'application de l'article 1415 du Code civil à la renonciation à la séparation des patrimoines de l'EI. Le comité juridique de la FNDP considère que de nombreux arguments vont dans le sens d'une opportune application de l'article 1415 du Code civil à cette renonciation. Dans cet avis, nous formulons également des préconisations pratiques afin de pallier ces difficultés d'interprétation, sources d'insécurité juridique.

Le deuxième avis se rapporte au compte courant d'associés dans les sociétés civiles familiales. On sait que ce compte courant d'associés est un important levier pratique en matière d'ingénierie patrimoniale. D'un point de vue fiscal, le traitement du compte courant d'associés constitue une question incontournable tant pour les sociétés civiles relevant de l'impôt sur le revenu que pour celles assujetties à l'impôt sur les sociétés. Après avoir identifié les lacunes des règles applicables, tant en droit interne qu'en droit international, l'avis propose des pistes d'amélioration législatives (*S. Le Normand-Caillère et R. Girtanner, Le traitement fiscal du compte courant d'associés : JCP N 2023, n° 39-40, 1177, présent dossier*).

Le troisième avis porte sur un autre outil important à disposition de la pratique : le contrat de capitalisation. Il s'intéresse spécialement au régime fiscal applicable en présence d'une cession d'un tel contrat, tant à l'égard du cédant qu'à l'égard du cessionnaire (*P. Lavielle, Le régime fiscal de la cession du contrat de capitalisation : JCP N 2023, n° 39-40, 1178, présent dossier*). L'avis propose des pistes d'évolution du droit positif, notamment en présence d'un démembrement, en particulier pour le traitement fiscal des rachats réalisés par l'usufruitier.

Gageons que ces avis susciteront votre intérêt et contribueront utilement à la clarification et à une évolution positive du droit du patrimoine.

Cécile Lisanti,
présidente du comité juridique de la FNDP,
professeur à l'université de Montpellier (UM, CDE)

Ndlr : cet avant-propos fait partie d'un dossier consacré aux nouveaux avis du comité juridique de la FNDP : JCP N 2023, n° 39-40, 1174-1178.

SOMMAIRE

PATRIMOINE

1175 « La FNDP est un vivier extraordinaire de savoirs et de compétences », Entretien avec Renaud Mortier et Sophie Schiller, présidents de la Fédération Nationale Droit du Patrimoine (FNDP)

ENTREPRISE INDIVIDUELLE

1176 La renonciation à la scission patrimoniale de l'entreprise individuelle et application de l'article 1415 du Code civil, par Nadège Jullian, Nicolas Kilgus et Cécile Lisanti

SOCIÉTÉS (EN GÉNÉRAL)

1177 Les comptes courants d'associés dans les sociétés civiles familiales, par Sabrina Le Normand-Caillère et Romain Girtanner

FISCALITÉ

1178 Le régime fiscal de la cession d'un contrat de capitalisation, par Pascal Lavielle

PATRIMOINE

1175

« La FNDP est un vivier extraordinaire de savoirs et de compétences »

Entretien avec Renaud Mortier et Sophie Schiller, présidents de la Fédération Nationale Droit du Patrimoine (FNDP)

Créée en 2009, la Fédération Nationale Droit du Patrimoine regroupe des universitaires et des praticiens (avocats, notaires, banquiers et assureurs) spécialisés en droit du patrimoine. Renaud Mortier et Sophie Schiller, ses présidents, reviennent sur la structuration et les activités de cette fédération.



Renaud Mortier, président de la FNDP, professeur à l'université Rennes 1, avocat associé, cabinet FIDAL



Sophie Schiller, présidente de la FNDP, professeur à l'université Paris-Dauphine

de diplômes. C'est également, et ce depuis son origine, une fédération de professionnels : ses vice-présidents fondateurs sont le Conseil supérieur du notariat (CSN), le Barreau de Paris, l'Association Nationale des Juristes de Banque (ANJB) et l'Association des Juristes d'Assurance et de Réassurance (AJAR). Elle a vocation à accueillir tous les professionnels intéressés par ces sujets, qui peuvent nous rejoindre en s'inscrivant *via* notre site (<https://www.fndp.eu>).

Les professionnels adhérents peuvent d'ailleurs :

- assister gratuitement aux colloques et conférences sur toute la France, dont une conférence sur l'actualité fiscale tous les ans au mois de janvier et une conférence annuelle dans une ville accueillant l'un des masters confédérés ;
- prendre connaissance en accès privé sur ce site des avis des comités juridiques interne et international qui sont publiés à *La Semaine juridique notariale et immobilière* ;
- soumettre des questions à nos comités juridiques ;
- recevoir six fois par an la lettre de la FNDP ;
- et consulter le réseau des anciens diplômés du Diplôme Fédéral de Juriste du Patrimoine (DFJP) créé en 2014.

Ndlr : cet entretien fait partie d'un dossier consacré aux nouveaux avis du comité juridique de la FNDP : JCP N 2023, n° 39-40, 1174-1178.

La Semaine juridique : La FNDP est désormais bien connue du monde juridique et de l'ingénierie patrimoniale. Pouvez-vous rappeler la manière dont elle est structurée ?

Renaud Mortier et Sophie Schiller : La FNDP est une association loi 1901 née d'une

initiative universitaire tendant à redonner au Droit sa place centrale dans l'univers dit de la gestion de patrimoine. Il s'agissait alors – nous étions en 2008 – de regrouper des diplômés de niveau Master 2 jusqu'alors isolés, afin de mettre leurs réseaux et leurs activités en synergie. L'union fait la force, c'est bien connu. Le modèle, mis sur les fonts baptismaux en 2009, a fait ses preuves : ce sont désormais dix diplômés qui sont labellisés par la FNDP. Mais la FNDP n'est pas qu'une fédération

AVEC
**LA SEMAINE
JURIDIQUE**
NOTARIALE ET IMMOBILIÈRE

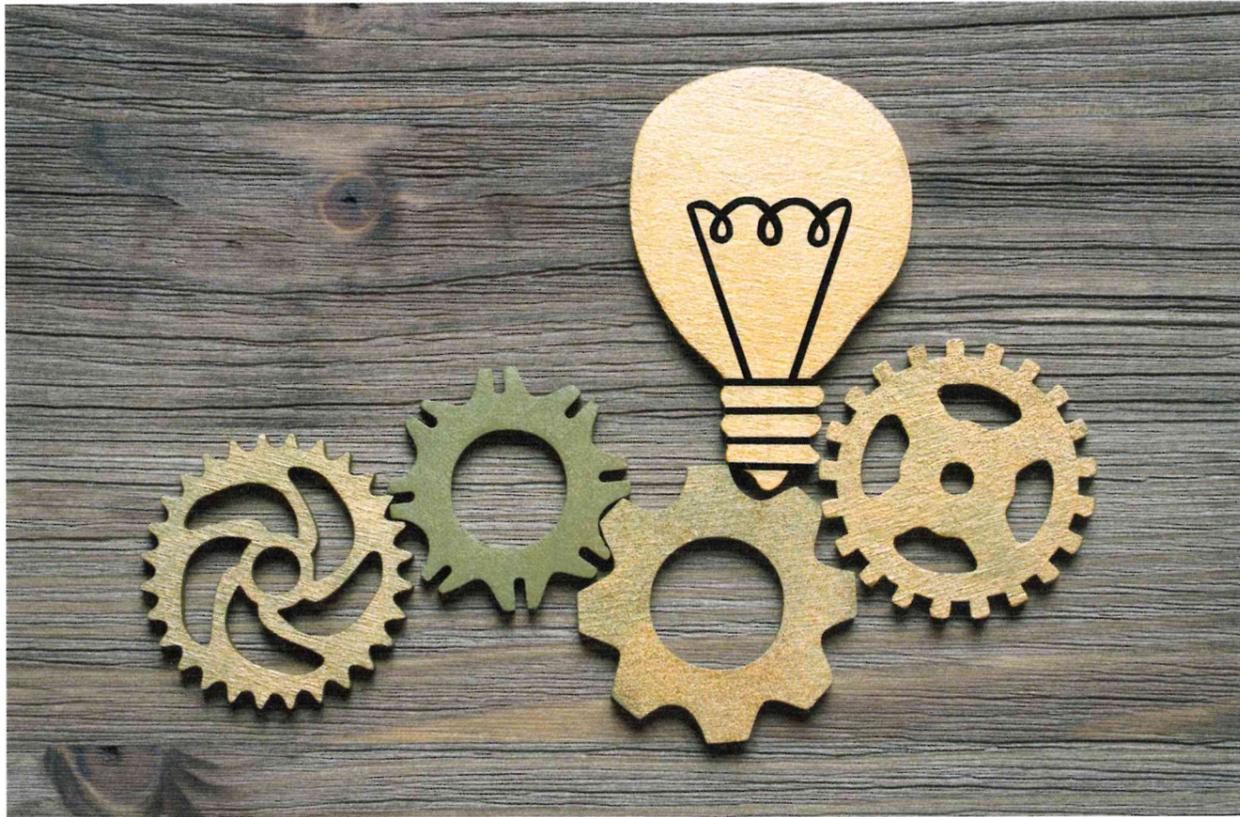
Le Hors-Série **LEGS ET DONATIONS GUIDE DES ASSOCIATIONS ET FONDATIONS** est désormais consultable en ligne sur lexisnexis-legsetdonations.fr



- Plus de 220 associations et fondations présentées et consultables en ligne
- Un annuaire thématique pour accéder plus rapidement aux associations / fondations
- Les études juridiques et fiscales en matière de libéralité parues depuis 2021
- Les liens utiles vers les organismes représentatifs du monde associatif
- Les revues et hors séries LexisNexis dédiés au notariat

CONTACT
Caroline SPIRE
caroline.spire@lexisnexis.fr





© KATERINA CHIZHEVSKAYA, ISTOCK, GETTY IMAGES PLUS

La Semaine juridique : Quelles sont les principales activités de la FNDP ?

Renaud Mortier et Sophie Schiller : La FNDP est un vivier extraordinaire de savoirs et de compétences : universitaires, praticiens, étudiants. Encore faut-il savoir exploiter ces ressources ; là est l'ambition de notre fédération. Ainsi avons-nous conçu très tôt un comité juridique – composé d'universitaires, d'avocats,

de banquiers et d'assureurs – chargé de se saisir des questions concrètes les plus délicates qui se posent en pratique, afin de proposer des solutions pour les résoudre. Lorsqu'il apparaît que le droit positif ne donne pas satisfaction ou est trop incertain, nous n'hésitons pas à proposer les voies d'une réforme ; certaines de ces propositions ont été consacrées par le législateur. Le succès de la formule est tel que le comité juridique a été décliné en 2021 dans sa version

internationale. Tous nos rapports sont publiés et accessibles sur notre site Internet, où l'on retrouve également une Lettre juridique bimensuelle gratuite offrant une veille juridique de grande qualité portée par de belles plumes. Nous n'oublions pas cependant que les étudiants sont notre raison d'être, et c'est pourquoi nous avons mis la FNDP à leur service en leur destinant un diplôme post Master 2, porté en collaboration avec l'Institut Juris-Campus, n° 1 du e-learning en France. Ce diplôme, dénommé Diplôme Fédéral de Juriste du Patrimoine (DFJP), a connu un succès fulgurant, jamais démenti. Il fêtera en 2024 ses 10 ans.

La Semaine juridique : Précisément, quels sont vos projets pour l'année à venir ?

Renaud Mortier et Sophie Schiller : 2024 sera assurément un grand cru pour la FNDP. Nous avons évoqué les 10 ans du DFJP. Mais 2024 sera également l'année des 15 ans de notre Fédération. Nous organiserons à cette occasion un bel événement, qui sera à la fois festif et instructif. Mais nous aurons l'occasion de vous en reparler.

Masters 2 fédérés de la FNDP

- Master Gestion du Patrimoine Privé, parcours Droit - Université de Bordeaux
- Master Droit et Fiscalité du Patrimoine - Université de Montpellier
- Master Droit et Ingénierie du Patrimoine - Université d'Orléans
- Master Ingénierie Sociétaire et Patrimoniale - Université de Rennes
- Master Droit du Patrimoine / Droit Notarial - Université de La Réunion
- Master Droit du patrimoine, parcours ingénierie juridique et fiscale du patrimoine - Université de Strasbourg
- Master Droit du Patrimoine professionnel - Université Paris Dauphine-PSL
- Master mention Droit du Patrimoine parcours type Ingénierie du Patrimoine - Université Toulouse 1 Capitole
- Executive Master Patrimoine Professionnel et Gestion Privée - Partenariat entre JurisCampus et Paris Dauphine-PSL
- Executive Master Droit et Gestion Internationale du Patrimoine - Partenariat entre JurisCampus et Paris Dauphine-PSL

ENTREPRISE INDIVIDUELLE

1176

La renonciation à la scission patrimoniale de l'entreprise individuelle et application de l'article 1415 du Code civil

La loi du 14 février 2022 n° 2022-172 en faveur de l'activité professionnelle indépendante prévoit la mise en place automatique d'un patrimoine professionnel pour l'entrepreneur individuel. Il est cependant possible de renoncer à cette scission, ce qui pose la question de l'engagement des biens communs figurant dans le patrimoine personnel de l'entrepreneur, si ce dernier est marié sous le régime de la communauté. C'est cette difficulté que se propose de résoudre la présente étude.



Nadège Jullian,
professeur à l'université de Toulouse
Nicolas Kilgus,
professeur à l'université de Strasbourg
Cécile Lisanti,
professeur à l'université de Montpellier

Ndlr : cette étude fait partie d'un dossier consacré aux nouveaux avis du comité juridique de la FNDP : JCP N 2023, n° 39-40, 1174-1178.

¹ - La loi du 14 février 2022 n° 2022-172 en faveur de l'activité professionnelle indépendante prévoit la mise en place automatique d'un patrimoine professionnel pour l'entrepreneur individuel. Contrairement au patrimoine de l'EIRL, pour lequel il était possible de conseiller aux professionnels de ne pas recourir à ce statut, le nouveau dispositif ne pourra pas être évité sauf à choisir la forme sociétaire.

² - Il est néanmoins possible de renoncer à ce cantonnement des poursuites des créanciers professionnels sur le patrimoine professionnel sous certaines conditions. À ce titre, l'article L. 526-25 du Code de commerce dispose, en son premier alinéa, que l'entrepreneur individuel peut, sur demande écrite d'un créancier, renoncer au cantonnement des poursuites, pour un engagement spécifique dont il doit rappeler le terme et le montant, qui doit être déterminé ou déterminable. Cette renonciation doit respecter, à peine de nullité, des formes prescrites par décret (C. com., art. D. 526-28 et D. 526-29)¹.

¹ Résultant du décret n° 2022-799 du 12 mai 2022.

³ - Cette renonciation ne va toutefois pas sans soulever des difficultés lorsque l'entrepreneur individuel est marié sous un régime de communauté, tant son patrimoine professionnel comme extraprofessionnel peut être composé de biens relevant de la communauté. En effet, l'acte de renonciation, par lequel l'entrepreneur étend le gage de ses créanciers professionnels à sa sphère personnelle, interroge non quant au pouvoir de l'époux de réaliser cet acte seul – la renonciation n'étant pas un acte entre vifs à titre gratuit, il n'est pas soumis à cogestion – mais quant à l'étendue du gage des créanciers résultant de cette renonciation². Précisément, se pose la question de savoir si l'article 1415 du Code civil, lequel dispose que « chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres », s'applique en présence d'une renonciation.

² Q. Guiguet-Schiélé, *L'articulation du nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur avec son régime matrimonial* : Gaz. Pal. 12 avr. 2022, n° 12, p. 44. – V. Avena-Robardet et J. Casey, *Attention au nouveau statut de l'entrepreneur individuel marié* : AJ fam. 2022, p. 169. – N. Kilgus, *La renonciation au patrimoine professionnel*, in J.-F. Hamelin et N. Jullian (dir.), *La réforme du statut de l'entrepreneur individuel* : LGDJ, 2022, p. 102.

Deux solutions sont envisageables. Soit l'on considère que l'article 1415 ne trouve pas à s'appliquer, si bien que le créancier professionnel pourra se saisir en cas de renonciation, par-delà son gage « professionnel », des biens communs extraprofessionnels du couple ainsi que des biens propres extraprofessionnels de l'entrepreneur ; soit, à l'inverse, l'application de l'article 1415 réduit le gage des créanciers aux biens propres et revenus extraprofessionnels de l'entrepreneur, sauf si le consentement du conjoint a été sollicité.

1. L'avis du comité juridique de la FNDP

4 - De prime abord, il pourrait être tentant de refuser l'application de l'article 1415 du Code civil à l'hypothèse de la renonciation. Trois arguments peuvent, selon nous, être mobilisés en ce sens :

- la renonciation n'est pas un « cautionnement », ce que la loi du 14 février 2022 exprime expressément (C. com., art. 526-22, al. 3). Un député, rapporteur, exprime avec force cette idée : « renonciation ne veut pas dire "caution", d'autant plus que la renonciation ne sera pas totale, mais spécifique »³ ;

- le législateur a souhaité mettre en œuvre une certaine souplesse quant à la composition et à la gestion du patrimoine professionnel puisque les protections classiquement mises en œuvre en ce domaine ne sont pas reprises. En effet, sous l'empire de l'EIRL, l'accord exprès du conjoint était indispensable s'agissant de l'affectation de biens communs indivis (C. com., art. 526-11). De même, l'emploi de biens communs pour réaliser un apport ou une acquisition de parts sociales non négociables suppose l'information préalable du conjoint et lui ouvre un droit à revendication sur la moitié des parts concernées (C. civ., art. 1832-2). Aucune de ces « précautions » n'est reprise par la loi du 14 février 2022. Partant, aller « jusqu'au bout » d'une telle logique faisant la part belle à la souplesse impliquerait que la renonciation puisse se faire sans l'accord du conjoint ;

- l'article 1415 du Code civil est une exception par rapport à l'article 1413 du Code civil. Or, la règle est classique : les exceptions s'entendent strictement. Autrement dit, si le texte vise le cautionnement, les hypothèses autres ne devraient pas être concernées.

5 - Il n'en demeure pas moins que le comité juridique de la FNDP considère que ce texte pourrait être appliqué par les juges lors d'un contentieux, notamment car la jurisprudence, relativement au champ d'application de l'article 1415, a par le passé déjà appliqué cet article au-delà du

cas expressément visé par le texte, à savoir le cautionnement. En effet, la Cour de cassation dépasse, de longue date, la lettre du texte précité. Elle « a donné à la disposition de l'article 1415 une large portée, en l'appliquant non seulement à l'aval des effets de commerce, forme cambiaire du cautionnement, mais aussi, par un argument a fortiori, à la garantie autonome, réputée plus dangereuse que le cautionnement »⁴. La clé de compréhension de la jurisprudence semble d'ailleurs résider dans le niveau de la gravité des actes envisagés : elle soumet à l'accord du conjoint les actes présentant un certain degré de gravité. Or, dans un schéma multipliant les patrimoines, la renonciation se rapproche du cautionnement en termes de dangerosité : le créancier d'une société à responsabilité limitée, par un cautionnement, obtient une extension de son gage, lequel inclut désormais le patrimoine de la caution. Le raisonnement est ici similaire : par la renonciation, le créancier profite d'un gage plus étendu, lequel inclut également le patrimoine personnel de l'entrepreneur. Rappelons, en outre, que l'article L. 161-1 du Code des procédures civiles d'exécution ressemble largement à la mise en œuvre du bénéfice de discussion par la caution. La renonciation est davantage qu'un retour au gage de droit commun : elle permet de saisir des sommes qui, par l'effet de la loi, auraient dû échapper au créancier.

2. Les précautions préconisées

6 - Dans l'attente d'une position jurisprudentielle stable sur ce point, il nous semble qu'il soit nécessaire de conseiller au créancier, sollicitant la renonciation de l'entrepreneur individuel au cantonnement patrimonial, de prendre diverses précautions pour éviter les aléas résultant des incertitudes quant à l'application de l'article 1415 du Code civil.

7 - D'une part, il est possible de solliciter *ab initio* l'intervention du conjoint de l'entrepreneur et de conditionner l'acte envisagé – c'est-à-dire la renonciation à la scission patrimoniale, mais ce peut être aussi tout autre acte, par exemple l'octroi d'un financement – au consentement exprès dudit conjoint. Pour rappel, dans ce cas, celui-ci n'engage pas ses biens propres (C. civ., art. 1415).

8 - D'autre part, le conjoint non-entrepreneur pourrait se porter caution de son époux, lequel de surcroît renoncerait à la protection offerte par la loi du 14 février 2022. Dans cette hypothèse, en cas d'insuffisance des biens propres et des revenus de l'entrepreneur, le cautionnement pourra être mis en œuvre. ■

L'essentiel à retenir

- La renonciation à la scission des patrimoines interroge en présence d'un entrepreneur individuel marié sous un régime de communauté.
- Le comité considère qu'il existe un risque que la jurisprudence applique les exigences de l'article 1415 du Code civil.
- Des précautions peuvent cependant être mises en œuvre pour éviter ce risque.

3 M.-Ch. Verdier-Jouclas, in J.-N. Barrot et M.-Ch. Verdier-Jouclas, *Rapp. fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi, adopté par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, en faveur de l'activité professionnelle indépendante*, 14 déc. 2021, n° 4811.

4 F. Terré et Ph. Simler, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux* : Dalloz, 8^e éd., 2019, n° 403 et les réf. citées. Dans le même sens, un autre auteur évoque « l'audacieuse Cour de cassation [...] dont on sait quelle a, depuis longtemps, dépassé la lettre [de l'article 1415 du Code civil] » : Q. Guiguet-Schiélé, *L'articulation du nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur avec son régime matrimonial* : *Gaz. Pal.* 12 avr. 2022, n° 12, p. 45.

SOCIÉTÉS (EN GÉNÉRAL)

1177

Les comptes courants d'associés dans les sociétés civiles familiales

Les comptes courants d'associés sont légion dans le cadre des sociétés civiles familiales. Pourtant, ils ne sont pas sans poser certaines difficultés lorsqu'il s'agit de définir leur régime juridique et fiscal en l'absence de comptabilité. Cet article sera alors l'occasion de proposer certaines pistes de réflexion.



Sabrina Le Normand-Caillère,
maître de conférences HDR en droit privé, codirectrice du master 2 Droit des affaires et fiscalité et du DU fiducie, directrice adjointe du CRJ Pothier

Romain Girtanner,
Avocat à la cour

Ndlr : cette étude fait partie d'un dossier consacré aux nouveaux avis du comité juridique de la FNDP : JCP N 2023, n° 39-40, 1174-1178.

1 - Le compte courant d'associé demeure le « grand oublié » des dernières réformes en droit des sociétés. Pourtant, il constitue l'un des derniers leviers à la disposition de la pratique en matière d'ingénierie patrimoniale. Les notaires comme les avocats ont besoin d'être rassurés sur son traitement juridique et fiscal notamment dans les sociétés civiles familiales.

2 - L'arrêt du 11 janvier 2017¹ l'a d'ailleurs rappelé en mettant en exergue l'importance de contractualiser le sort du compte courant d'associé. En l'absence de mention expresse dans l'acte de cession ou de donation des droits sociaux, la créance du compte courant n'est pas transmise au cessionnaire.

Les Hauts Magistrats dissocient le sort des droits sociaux de celui du compte courant. À défaut de convention particulière (conventions extrastatutaires et statutaires), le cédant conserve sa qualité de « créancier » et, partant, peut solliciter à tout moment le remboursement de sa créance. La cession ou la donation des droits sociaux n'opère pas la clôture du compte courant d'associé. Le prêt ainsi concédé par l'associé à la société, exprimé par le solde créditeur du compte courant d'associé, se poursuit dans les mêmes conditions qu'avant l'opération.

1 Cass. com., 11 janv. 2017, n° 15-14.064 : *JurisData* n° 2017-000222 ; JCP N 2017, n° 28, 1232, note P. Storck ; *Dr. sociétés* 2017, comm. 56, note R. Mortier.

3 - De sa nature de prêt doivent être déduites certaines conséquences :

- si le cumul des deux qualités d'associé et d'apporteur en compte courant constitue un prérequis pour pouvoir en être titulaire, en revanche, le transfert des droits sociaux n'emporte pas transfert de la créance du compte courant ;
- la cession ou la donation de titres sociaux n'emporte pas extinction du compte courant d'associé ;
- une créance sans terme ne devient exigible qu'à compter de la demande de remboursement. Ainsi, « le délai de prescription de l'action en remboursement du solde créditeur du compte courant, passé de dix à 5 ans depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008, ne court qu'à compter du jour où l'associé cédant en demande le remboursement, ce qui le rend exigible »². La cession des droits sociaux n'a donc pas d'incidence sur la possibilité pour l'auteur du transfert de solliciter le remboursement de son compte courant d'associé. L'action en paiement se prescrit de la même manière qu'en droit commun, à savoir 5 années à partir de la demande de remboursement.

4 - Le traitement du compte courant d'associé devient une question incontournable tant pour les sociétés civiles relevant de l'impôt sur le revenu que pour celles assujetties à l'impôt sur les sociétés. La rédaction de la convention de compte courant apparaît alors indispensable tant au moment de la création de la société que lors de la transmission des parts sociales. Il est alors très important que l'acte de cession ou de donation en lui-même réserve le sort du compte courant d'associé,

2 Cass. com., 27 mai 2021, n° 19-18.983.

à savoir : la cession, son remboursement ou encore l'abandon de la créance.

5 - Trois points successifs seront abordés :

- établissement d'un état des lieux des difficultés en présence (1) ;
- traitement actuel des comptes courants d'associés (2) ;
- pistes de réflexion (3).

1. État des lieux

6 - Peu de règles juridiques comptables et fiscales régissent les comptes courants dans les sociétés civiles familiales. Une des difficultés essentielles tient assurément à leur identification. Ils peuvent être une source intarissable de contentieux dans le cadre des contentieux familiaux (divorce, successions) ou encore à l'occasion de cessions de parts sociales (existence, versement). Hormis le cas des sociétés civiles ayant opté pour l'impôt sur les sociétés, la traçabilité des comptes courants d'associés est seulement assurée et constatée par les relevés des comptes bancaires des associés et, le cas échéant, de la société civile.

A. - Des règles comptables inadaptées aux sociétés civiles familiales

7 - Le suivi des comptes courants d'associés dans la plupart des sociétés est assuré grâce à la tenue d'une comptabilité annuelle.

En principe, seules les personnes physiques ou morales ayant la qualité de commerçant doivent établir et publier des comptes annuels à la clôture de chaque exercice (*C. com.*, art. L. 123-12, al. 3 et L. 232-21 à L. 232-26). Les sociétés civiles n'ayant pas la qualité de commerçant, elles n'ont en principe aucune obligation d'établir des comptes annuels ou de déposer des comptes auprès du greffe du Tribunal de commerce.

8 - Il existe toutefois quelques exceptions qui peuvent, rarement, obliger les sociétés civiles familiales à tenir une comptabilité :

- la première concerne les sociétés civiles familiales ayant opté pour l'impôt sur les sociétés (*CGI*, art. 203-3 et 202-ter-III). Pour les besoins de l'établissement d'une liasse fiscale permettant de calculer l'impôt sur les sociétés, les sociétés civiles sont ainsi obligées de tenir une comptabilité selon le plan comptable général applicable aux sociétés commerciales ;
- la deuxième exception s'applique aux sociétés civiles n'ayant pas opté pour l'impôt sur les sociétés mais dont l'un des associés est soumis à l'impôt sur les sociétés ou aux règles des bénéfices commerciaux et industriels (*CGI*, art. 238 bis K) ;
- la troisième exception concerne les sociétés familiales importantes ayant une activité économique. L'application des principes et méthodes du Code de commerce en matière comptable est étendue aux personnes morales de droit privé non commerçantes exerçant une activité économique (y compris les sociétés civiles) dès lors qu'elles dépassent, à la fin de l'exercice ou à sa clôture, deux des trois seuils suivants (*C. com.*, art. L. 612-1 et R. 612-1) :

- 50 salariés liés à la société civile par un contrat de travail à durée indéterminée ;

- 3,1 M€ de chiffre d'affaires (montant des ventes de produits et services liés à l'activité courante) ou de ressources (montant des cotisations, subventions et produits de toute nature liés à l'activité courante) ;

- 1,55 M€ de total de bilan (somme des montants nets des éléments d'actif) ;

• deux dernières exceptions concernent, d'une part, les sociétés civiles familiales qui s'obligent à tenir une comptabilité en application d'une disposition statutaire et, d'autre part, les sociétés civiles familiales qui perçoivent des loyers soumis à la TVA et qui doivent tenir en principe une comptabilité (*CGI*, art. 286, I, 3°).

9 - À défaut d'obligation, soulignons que les sociétés civiles familiales peuvent néanmoins tenir volontairement un livre de comptes dans lequel doivent être reportées les recettes, dépenses ainsi que les pièces justificatives liées à leur activité (*C. civ.*, art. 1855).

Cette simplification est à déconseiller dans la majorité des cas dès lors qu'elle ne permet pas la tenue d'une véritable comptabilité incluant les comptes d'amortissements, de provisions et surtout qu'elle ne permet pas le suivi des comptes courants d'associés.

La tenue d'une comptabilité est un outil de gestion pour les dirigeants et facilite la présentation annuelle des comptes lors des assemblées générales (*C. civ.*, art. 1856), mais cet outil reste inemployé en pratique.

B. - Des règles fiscales curieusement incomplètes

10 - Les règles fiscales françaises contiennent un arsenal bien fourni en matière de déclarations fiscales dont le niveau de détails nécessite souvent le recours à un professionnel de la comptabilité ou de la fiscalité pour assister le gérant ou l'associé d'une société civile familiale. Il est donc surprenant de constater que les principales déclarations fiscales qui permettent de suivre le traitement fiscal de la société civile et de ses associés restent silencieuses en matière de comptes courants d'associés.

1° Les déclarations fiscales relatives aux sociétés civiles familiales

11 - Il convient de distinguer les sociétés civiles immobilières familiales et les sociétés civiles de gestion de portefeuille familiales.

12 - La première déclaration fiscale bien connue des gérants et associés des sociétés civiles immobilières familiales est la déclaration n° 2072 avec ses annexes. Dans la mesure où les sociétés civiles immobilières représentent la quasi-totalité des sociétés civiles familiales, il s'agit de loin de la déclaration la plus courante dont le résultat et les nombreuses informations sont repris par les associés lorsqu'ils préparent leur déclaration de revenus fonciers n° 2044.

Malgré un niveau de détails très précis permettant de suivre l'évolution de la situation et des droits de chaque associé de la société civile immobilière, il est impossible de suivre les comptes courants d'associés.

La déclaration n° 2072 ne prévoit aucune case relative aux comptes courants d'associés. Seule l'annexe 2 de la déclaration n° 2072 prévoit une case 24 relative aux « *intérêts des comptes courants d'associés* ». La notice de la déclaration n° 2072 indique de manière laconique : « *Vous devez également porter : [...] en ligne 24, le montant des intérêts des comptes courants perçus par l'associé. [...] Les montants relatifs aux "intérêts des comptes courant d'associés" ne sont pas automatiquement servis. Si nécessaire, l'usager devra saisir ces montants en ligne.* » Si le montant des intérêts éventuellement calculés sur le compte courant d'associé doit être déclaré, le montant en principal reste occulte tout comme un éventuel apport ou remboursement de compte courant en cours d'exercice social.

Nous pouvons également noter que la déclaration n° 2746 permettant de bénéficier de l'exonération de la taxe de 3 % prévue à l'article 990 D du CGI à défaut de dépôt d'une déclaration n° 2072, ne contient aucun élément relatif aux comptes courants d'associés.

13 - Les sociétés civiles de gestion de portefeuille familiales ne sont pas mieux loties. La situation est même encore plus problématique. À la différence des autres sociétés de personnes, les sociétés civiles de portefeuille n'ont pas de déclaration de résultat unique. Elles doivent souscrire des déclarations annuelles spécifiques n° 2777, 2561 et 2074 contenant notamment les dividendes, produits d'obligations et autres produits de placement à revenu fixe ainsi que les plus-values, mais ne déclarent pas les comptes courants de leurs associés.

2° Les déclarations fiscales relatives aux associés des sociétés civiles familiales

14 - Les associés titulaires d'un compte courant sont les créanciers des sociétés civiles familiales et ne sont pas non plus tenus de déclarer le montant de leurs comptes courants dans les différentes déclarations de revenus et de patrimoine.

Ni la déclaration n° 2044 en matière de revenus fonciers, ni la déclaration n° 2042 et ses différentes annexes, ne contiennent un suivi du compte courant d'associés.

15 - La déclaration n° 2042-IFI est également étrangement silencieuse sur le sujet. Ce silence est troublant face aux règles complexes limitant, voire interdisant la déduction des comptes courants d'associés pour la détermination de la valeur imposable des parts sociales de sociétés civiles immobilières. L'article 973-II du CGI prévoit un arsenal anti-abus complexe capturant la plupart des comptes courants d'associés afin de rejeter leur déduction pour le calcul de la valeur imposable des parts sociales. Pour autant, l'annexe 3 de cette déclaration concernant la valeur des parts sociales des sociétés civiles immo-

bilères ne contient aucune référence aux comptes courants d'associés.

16 - Il en est de même en matière de taxe de 3 % au niveau des associés étrangers de sociétés civiles immobilières françaises malgré une

récente évolution jurisprudentielle soulignant l'importance du traitement des créances de comptes courants dans la qualification de société à prépondérance immobilière. La prise en compte des créances de comptes courants au dénominateur en tant qu'actif mobilier pour la détermination de prépondérance immobilière était sujette à discussion. La Cour de cassation a confirmé l'analyse de la cour d'appel de Paris selon laquelle les actifs français non immobiliers détenus directement ou au travers d'une entité interposée susceptibles d'être inscrits au dénominateur du rapport de prépondérance immobilière doivent être recherchés au même niveau que les immeubles dans une chaîne de détention³.

3° Inscription en compte courant par défaut

17 - Les clients n'ont pas toujours conscience de l'existence d'un compte courant dans leur société civile.

EXEMPLE

→ Une société civile immobilière est constituée entre deux amis, Romain et Sabrina. La société est constituée avec de faibles apports, égaux aux frais de constitution de la société. Le capital social est ainsi de 1 000 €, souscrit intégralement en numéraire et libéré immédiatement.

La société emprunte ensuite une somme de 150 000 €, afin d'acquérir un immeuble d'une valeur de 1 200 000 €, et de pouvoir faire face aux frais d'acquisition.

Chaque mois, la société encaisse, grâce à la location de son immeuble, des loyers à hauteur de 1 200 €. Elle rembourse mensuellement au prêteur de deniers une somme de 1 200 €.

Pendant cette phase, le résultat comptable de la société est bénéficiaire dans la mesure où, du loyer perçu, ne sont déduits que les intérêts d'emprunt et non la totalité de l'échéance de crédit en capital et intérêts, sans que la société ne dispose de trésorerie dans la mesure où la totalité de la trésorerie disponible a été affectée au remboursement du crédit (en capital et intérêts).

En conséquence, toute mise en distribution du résultat comptable se manifeste par une inscription de la créance de l'associé sur la société en compte courant d'associé.

³ *Cass. com.*, 2 déc. 2020, n° 18-22.512, confirmant *CA Paris*, 7 mai 2018, n° 16/03476 ; *JurisData* n° 2018-007932 ; *Dr. fisc.* 2021, n° 19, *comm.* 245, note A. Tailfer et L. Fraysse.

2. Traitement fiscal des comptes courants d'associés

A. - En droit interne

18 - D'un point de vue fiscal, le compte courant est pris en compte à plusieurs égards.

Les intérêts acquittés par la société aux associés en raison de la mise à disposition de sommes sont déductibles des bénéfices sociaux lorsqu'ils sont supportés pour l'activité de la société. En matière de société civile assujettie à l'impôt sur les sociétés, la loi conditionne la déductibilité des intérêts des comptes courants à deux conditions :

- le capital doit avoir été entièrement libéré ;
- la déduction n'est admise que dans la limite d'un plafond égal à la moyenne annuelle des taux effectifs moyens pratiqués par les établissements de crédit pour des prêts à taux variable aux entreprises, d'une durée initiale supérieure à 2 ans. Ce taux est de 1,17 % pour les entreprises dont l'exercice clos le 31 décembre 2021 coïncide avec l'année civile.

19 - L'associé sera également imposé sur la perception de ces intérêts dans le cadre de la gestion de son patrimoine privé.

De plein droit, il sera assujéti au régime de la *flat tax* sur les intérêts. Il aura toutefois la possibilité d'opter pour une imposition de ses revenus du capital au barème progressif de l'impôt sur le revenu. Cette solution pourra être retenue si elle est davantage intéressante notamment au regard de son caractère global à l'égard de tous les revenus du contribuable relevant du champ de la *flat tax*.

20 - Une rigueur est de mise dans la gestion du compte courant d'associé dans la mesure où les sommes inscrites en compte courant d'associé d'une société assujettie à l'impôt sur les sociétés seront présumées avoir été mises à sa disposition. En cas d'erreur d'inscription comptable, ces sommes seront assimilées à des revenus réputés distribués et seront donc imposées dans la catégorie des revenus mobiliers en vertu du 2° du 1 de l'article 109 du CGI⁴.

21 - Les comptes courants d'associés ont également des répercussions sur l'impôt sur la fortune immobilière. Ils peuvent être utilisés pour diminuer l'endettement des sociétés civiles par l'imputation des sommes inscrites sur la valeur des parts. Toutefois, l'administration fiscale a régleménté son recours dans une telle hypothèse.

22 - Une première clause anti-abus limite dans un tel cas la déductibilité des intérêts : la fraction de valeur taxable des droits sociaux détenus par le redevable est, en principe, déterminée sans tenir compte des dettes contractées (directement ou indirectement) par la société :

- pour l'acquisition d'un immeuble imposable à un associé ou un membre de son foyer fiscal qui contrôle, seul ou conjointement avec son foyer fiscal, la société ;
- auprès d'un redevable ou d'un membre de son foyer fiscal pour l'acquisition d'un immeuble imposable ou pour le financement des dépenses afférentes à un tel immeuble. La dette est en ce cas écartée à proportion de la participation que détient cet associé (seul ou conjointement avec son foyer fiscal) dans la société ;
- auprès d'une société contrôlée, directement ou par l'intermédiaire de plusieurs sociétés interposées, par le redevable ou un membre de son groupe familial, pour l'acquisition d'un immeuble imposable ou pour le financement des dépenses afférentes à un tel immeuble.

23 - Une seconde clause anti-abus exclut la prise en compte des dettes contractées (directement ou indirectement) par une société auprès d'un membre du groupe familial du redevable (autre que son conjoint et ses enfants mineurs) pour l'acquisition d'un immeuble imposable ou pour des dépenses afférentes à un tel immeuble. Le jeu de ce dispositif est exclu lorsque le contribuable rapporte le caractère normal du prêt.

24 - En l'état du droit, les comptes courants d'associés du foyer fiscal ou de sociétés contrôlées par un membre du foyer fiscal et ceux du cercle familial ne sont pas déductibles lorsqu'ils ont été contractés en vue de financer l'acquisition d'un actif imposable ou le coût des travaux sur celui-ci. Par exception, ils redeviennent déductibles s'ils n'ont pas été contractés dans un objectif principalement fiscal (dettes du foyer fiscal) ou si le redevable justifie « du caractère normal des conditions du prêt ».

B. - En droit international

25 - Le compte courant d'associé dans les sociétés civiles familiales est fréquemment soumis à un traitement particulier, voire complexe en droit fiscal international. À titre d'illustration, il est intéressant de souligner les règles fiscales internationales applicables en présence du régime de transparence fiscale (1°), en matière de droits de succession (2°) et en matière de taxe de 3 % (3°).

1° Comptes courants d'associés, sociétés civiles familiales et transparence fiscale

26 - Le principe de transparence fiscale propre au droit français affirme l'existence d'une personnalité fiscale pour les sociétés de personnes. La société de personnes débitrice est clairement identifiée en tant que sujet de droit fiscal. Ce principe de transparence fiscale en droit français fait cependant figure d'exception parmi les pays de l'OCDE privilégiant un principe de transparence fiscale. Les sociétés civiles familiales de droit étranger sont souvent considérées comme fiscalement transparentes dans leur État de résidence. Un compte courant d'associé n'est généralement pas constaté dans les comptes de la société étrangère. Les sommes distribuées par une société de personnes étrangère transparente fiscalement dans son État de résidence sont très souvent sans incidence sur les associés résidents du

même État qui ont par hypothèse été imposés chaque année sur les résultats de la société étrangère.

27 - Or, ce principe de transparence fiscale de droit étranger entraîne des difficultés d'application particulièrement complexes lorsque l'associé est résident fiscal en France. Le Conseil d'État a rappelé, à plusieurs reprises, que la société étrangère transparente fiscalement, d'après les règles de son État de résidence, n'est pas automatiquement considérée comme une société de personnes bénéficiant de l'article 8 du CGI. Ce principe a été rappelé en présence de la convention fiscale franco-américaine qui est pourtant l'une des conventions développant largement le principe de transparence fiscale américain en présence d'un *partnership* américain⁵. Lorsque la LLC de droit américain, bien que fiscalement transparente aux États-Unis, n'est pas assimilée à une société de personnes en droit français, le traitement fiscal des sommes distribuées par la LLC à un résident fiscal français peut entraîner l'application du régime des revenus mobiliers de capitaux. L'associé résident fiscal français peut donc subir l'application du *flat tax* et, le cas échéant, de la contribution sur les hauts revenus sur cette distribution en plus de la fiscalité américaine supportée, éventuellement, par transparence aux États-Unis.

CONSEIL PRATIQUE

→ La reconnaissance d'un compte courant d'associé dans les livres de la LLC pourrait donc être fort utile dans une telle situation. Si les sommes appréhendées par l'associé résident fiscal français proviennent du remboursement d'une créance de compte courant, un tel flux devrait en principe être neutre fiscalement aux États-Unis et en France. La comptabilisation et le suivi d'une créance de compte courant peuvent donc s'avérer utiles même en présence d'une société étrangère transparente fiscalement.

2° Comptes courants d'associés et droit fiscal international des successions

28 - Il est fréquent que des personnes non-résidentes fiscalement en France réalisent l'acquisition d'un bien immobilier en France au travers d'une société civile immobilière afin de faciliter ultérieurement la transmission indirecte du bien à leurs enfants ou toute personne de leur choix. Dans la mesure où il est souvent difficile pour des non-résidents de recourir à un emprunt bancaire en France pour financer l'acquisition de leur bien immobilier français, les non-résidents constituent une société civile immobilière et apportent la totalité du prix d'acquisition du bien et des frais en comptes courants d'associés. En matière de droits de succession, l'article 750 ter, 2°, alinéa 3 du CGI français soumet aux droits de succession français les parts sociales, détenues par un donateur ou un défunt domicilié hors de France, qui

Le principe de transparence fiscale de droit étranger entraîne des difficultés lorsque l'associé est résident fiscal en France

sont émises par une société qui a en France son siège social statutaire ou le siège de sa direction effective, et ce, quelle que soit la composition de son actif. Cependant, en présence de la société civile familiale française, la valeur des parts sociales est très faible dans la mesure où la créance du compte courant d'associé a une

valeur supérieure à la valeur du bien immobilier (le compte courant ayant servi à financer le prix d'acquisition, les frais d'acquisition et souvent des travaux de rénovation qui n'entraînent pas toujours une augmentation mécanique de la valeur du bien immobilier).

29 - Or, certaines conventions fiscales internationales qui s'appliquent aux droits de succession prévoient un traitement fiscal différent pour les parts sociales et la créance de compte courant :

- les parts sociales d'une société civile immobilière sont en principe qualifiées de « biens immobiliers »⁶ ou, du moins, de parts de sociétés à prépondérance immobilière soumises aux droits de succession de l'État où sont situés les biens immobiliers ;
- à l'inverse, une créance de comptes courants d'associés conserve pleinement sa nature de créance et n'est pas considérée comme un bien immobilier ou comme une « créance à prépondérance immobilière », même si cette créance a pour débiteur une société civile française à prépondérance immobilière et même si cette créance représente la quasi-totalité de l'actif successoral français du défunt non-résident. Une convention fiscale internationale peut donc empêcher l'application des droits de succession français dans la mesure où il s'agit d'une simple créance détenue par un non-résident⁷.

REMARQUE

→ Il est intéressant de souligner que le même raisonnement s'applique en présence de sociétés étrangères dont les parts sociales entreraient dans le champ d'application des droits de succession sur le fondement des dispositions relatives aux titres de société à prépondérance immobilière (CGI, art. 750 ter, 2°, al. 4) ou sur le fondement des dispositions relatives aux actions, parts ou droits de personnes morales ou d'organismes dont la propriété permet au défunt de posséder, directement ou par personne interposée, plus de la moitié des titres d'une personne morale ou d'un organisme, propriétaire d'immeubles sis en France (CGI, art. 750 ter, 2°, al. 2). Le compte courant d'associé révèle une nouvelle fois un traitement fiscal original.

3° Comptes courants d'associés et taxe de 3 %

30 - Rappelons que l'article 990 E, 2-a du CGI précise que la taxe de 3 % n'est pas applicable aux entités étrangères qui ne sont pas à prépondérance immobilière. Afin de déterminer si une entité étrangère est à prépondérance immobilière, il convient de calculer, au 1^{er} janvier

4 CE, 3^e et 8^e ch., 14 juin 2017, n° 396930 : *JurisData* n° 2017-023182 ; *Dr. fisc.* 2017, n° 49, comm. 570, concl. V. Daumas ; *Dr. sociétés* 2017, comm. 199, note J.-L. Pierre.

5 Ex. CE, 27 juin 2016, n° 386842 : *JurisData* n° 2016-030640.

6 Ex. Conv. franco-américaine de non-double imposition, 24 nov. 1978, art. 5.3.

7 Ex. Conv. franco-américaine de non-double imposition, 24 nov. 1978, art. 8.

de chaque année, un ratio avec, de manière simplifiée, au numérateur, la valeur vénale des immeubles situés en France possédés directement ou indirectement et, au dénominateur, la valeur de tous les actifs français détenus directement ou indirectement. En principe, une créance de compte courant d'associé détenue par une entité étrangère dont la débitrice est une société française devrait être qualifiée d'actif français figurant au dénominateur du ratio présenté ci-dessus.

31 - Cependant, la Cour de cassation⁸ a exclu la créance de compte courant d'associé du calcul du ratio de prépondérance immobilière au motif que cette créance « viendrait gonfler artificiellement le dénominateur du ratio de prépondérance immobilière ». Nous pouvons comprendre la logique économique de la décision de la Cour de cassation consistant à ne pas favoriser les entités étrangères qui acquièrent un bien immobilier en France par le « truchement » d'une société civile française par rapport aux autres entités étrangères qui acquièrent un bien immobilier en direct. Nous constatons cependant que le traitement retenu par la Cour consiste à faire abstraction de l'existence juridique du compte courant d'associé.

3. Pistes de réflexion

32 - D'après cet état des lieux, il apparaît que plusieurs pistes de réflexion sont envisageables.

33 - **En droit interne.** – Les règles suivantes pourraient être mises en place :

- Obligation de déclaration des comptes courants d'associés dans toutes les sociétés civiles, soit en modifiant la déclaration n° 2072 pour les SCI générant des revenus, soit dans le cadre ajouté dans la déclaration de revenus n° 2042 (V. Schéma 1).
- En cas de difficulté d'évaluation du compte courant d'associé pour une société civile immobilière qui ne génère pas de revenus fonciers, il pourrait être envisagé d'utiliser la formule suivante afin de déterminer forfaitairement le montant du compte courant d'associés comme suit :

CCA = Prix d'acquisition du bien (PA) – Capital social (KS) – Emprunt bancaire restant à rembourser + Intérêts d'emprunt déjà payés

Les frais d'acquisition incluant les droits d'enregistrement et frais d'acte sont en principe indiqués dans les documents d'ac-

quisition et pourraient logiquement augmenter l'élément « PA » de la formule proposée et, indirectement, le montant du compte courant d'associé ainsi déterminé (V. Schéma 2).

Le montant ainsi déterminé du compte courant d'associé pourrait être ajusté en fonction des décisions d'affectation du résultat de cette société et qui viennent diminuer le montant du compte courant d'associé en présence d'un résultat déficitaire.

- Suppression de l'application des comptes courants d'associés dans le champ des clauses anti-abus (dans un cadre familial) en matière d'IFI sous réserve de la déclaration annuelle des comptes courants d'associés. Néanmoins, application de la règle de déductibilité dégressive sur 20 années (application du régime du prêt sans terme).

• Si déclaration régulière du compte courant dans la déclaration n° 2072, le contribuable pourra bénéficier de la présomption de déductibilité en matière d'IFI.

34 - **En droit international.** – Les principes suivants pourraient être adoptés :

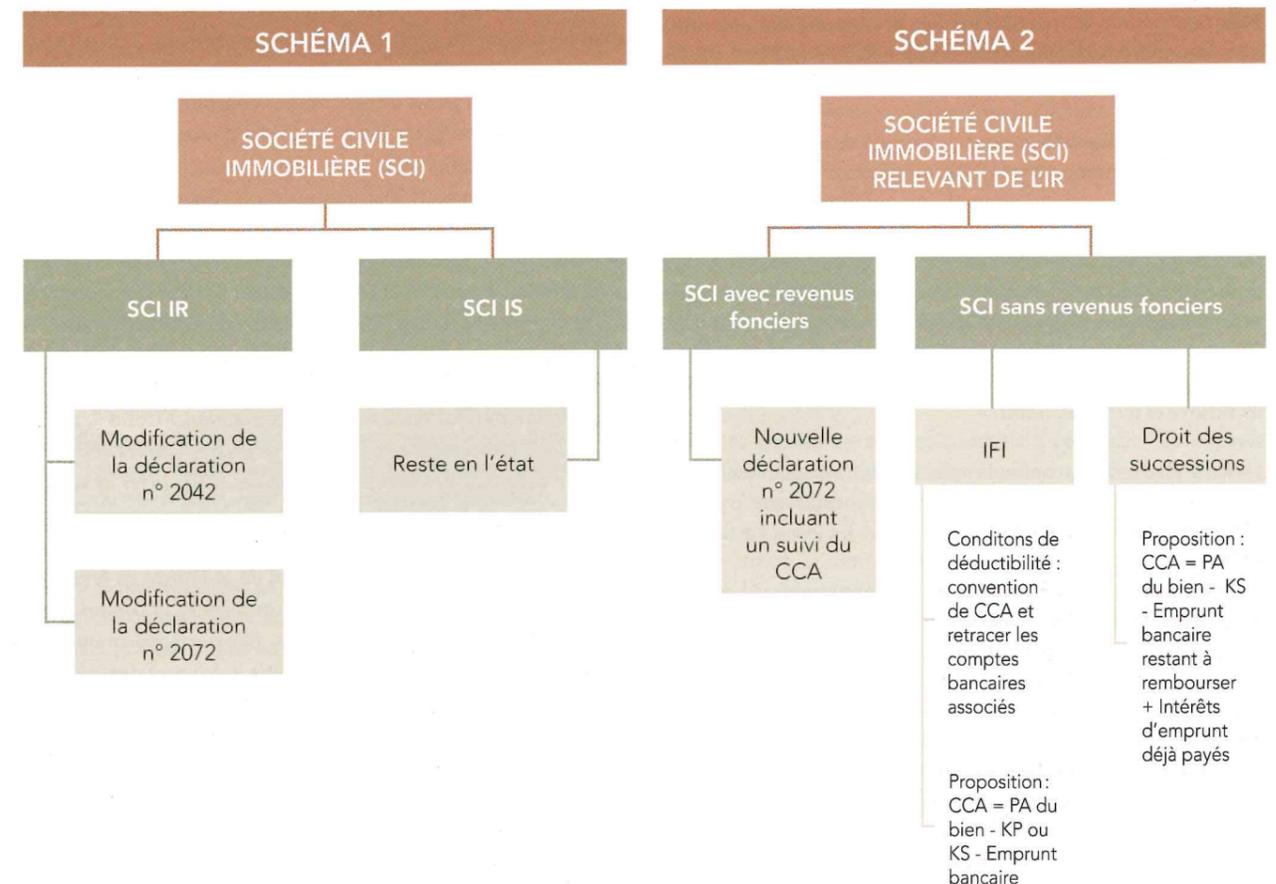
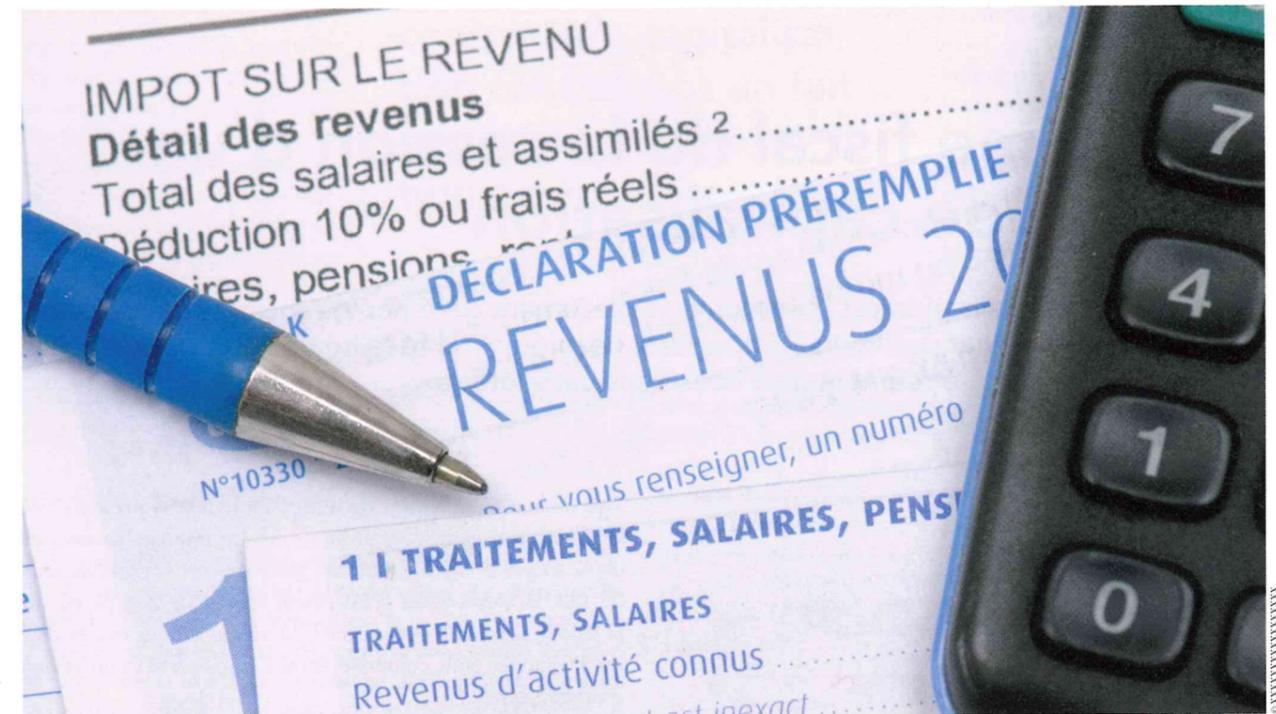
- Preuve facilitée pour le contribuable français qui a une créance de compte courant dans une société étrangère en utilisant sa comptabilité simplifiée ou le recours à la formule de calcul précisée ci-dessus⁹.
- Adopter une méthode simplifiée de détermination du compte courant d'associé serait parfaitement adapté aux sociétés civiles qui ne génèrent pas de revenus fonciers et qui sont détenues par des associés étrangers.
- L'indication du montant du compte courant d'associés proposée dans la déclaration n° 2072 permettrait également de faciliter le calcul de ratio de prépondérance immobilière en matière de taxe de 3 % pour les sociétés civiles qui ne tiennent pas de comptabilité.
- Concernant la problématique liée à la transparence fiscale des sociétés civiles de droit étranger, les règles fiscales françaises ne peuvent pas s'immiscer dans les obligations déclaratives mises en place par les pays étrangers reconnaissant la transparence de ces sociétés, mais nous ne pouvons que recommander aux associés résidents de France de sociétés civiles étrangères d'obtenir un suivi du montant du compte courant d'associé auprès du comptable ou du conseil étranger qui suit les obligations déclaratives fiscales locales. ■

L'essentiel à retenir

- La cession des droits sociaux n'emporte pas cession des comptes courants d'associés.
- Les règles comptables et fiscales actuelles demeurent inadaptées aux sociétés civiles familiales.
- Souhait de davantage de transparence en droit interne et en droit international.

⁸ Cass. com., 2 déc. 2020, n° 18-22.512, F-D, Sté Caciq Investments Limited. – Cass. com., 2 déc. 2020, n° 18-22.510, F-D, Sté Damor Investments Limited : RJF 3/21, n° 327.

⁹ V. pt 2.



FISCALITÉ

1178

Le régime fiscal de la cession d'un contrat de capitalisation

Le contrat de capitalisation est un produit de placement géré par les sociétés d'assurance. Sa cession est un levier patrimonial important, néanmoins, la fiscalité de cette cession pose certaines questions précisément abordées dans cette étude.



Pascal Lavielle,
responsable Ingénierie Patrimoniale,
Assurance de personnes, Fiscalité et Retraite :
BNP Paribas Assurance Cardif

Ndlr : cette étude fait partie d'un dossier consacré aux nouveaux avis du comité juridique de la FNDP : JCP N 2023, n° 39-40, 1174-1178.

1 - Le contrat de capitalisation est un produit de placement géré par les sociétés d'assurance. Il est d'ailleurs très proche sur le plan juridique et fiscal du contrat d'assurance-vie, produit beaucoup plus familier aux Français, mais n'est pas un produit d'assurance bien que relevant du Code des assurances. Le contrat de capitalisation est défini par l'article R. 321-1-24 du Code des assurances comme étant : « Toute opération d'appel à l'épargne en vue de la capitalisation et comportant, en échange de versements uniques ou périodiques, directs ou indirects, des engagements déterminés quant à leur durée et à leur montant. »

2 - Sur le plan fiscal, le contrat de capitalisation est soumis au même régime d'imposition sur le revenu et sur la fortune que le contrat d'assurance-vie. Tous les deux sont régis par les mêmes articles du CGI.

Sa principale différence avec le contrat d'assurance-vie est qu'il ne présente pas d'aléa. Il ne se dénoue pas par décès et n'est pas juridiquement construit sur le mécanisme de la stipulation pour autrui. En conséquence, il ne comporte pas de clause bénéficiaire.

En outre, contrairement au contrat d'assurance-vie, le contrat de capitalisation peut être transmis conformément aux règles de droit commun. Toutefois, pendant longtemps, sa transmission autrement que par donation ou succession enregistrées auprès de l'administration fiscale le faisait basculer dans un régime fiscal confiscatoire : celui de l'anonymat fiscal.

Pour mémoire, le régime fiscal de l'anonymat se présentait de la manière suivante : les produits étaient imposés au taux de 60 % auquel il fallait ajouter les prélèvements sociaux au taux de 15,5 %, ainsi qu'un prélèvement spécial de 2 % perçu sur la valeur nominale des contrats dû autant de fois que la date du 1^{er} janvier était comprise entre l'émission du bon et son remboursement.

3 - Jusqu'au 31 décembre 2017, compte tenu de cet anonymat fiscal, pour les contrats de capitalisation souscrits en France, les gains de cession n'étaient pas imposés.

En revanche, les gains de cession des contrats souscrits auprès d'entreprises étrangères faisaient l'objet d'une taxation au moment de la cession.

La loi de finances pour 2018 a supprimé le régime fiscal de l'anonymat pour les contrats de capitalisation, quelle que soit la date de souscription du contrat. L'entrée en vigueur de cette mesure a été fixée au 1^{er} janvier 2018 et s'applique aux contrats souscrits avant et après cette date. Le législateur a justifié cette suppression en précisant que « l'identité des souscripteurs de contrat de capitalisation est connue des établissements financiers au regard des obligations relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement des activités terroristes, qui les obligent à obtenir l'identité des bénéficiaires de ces bons, titres et valeurs tout au long de la relation d'affaires. Il n'est donc pas cohérent de conserver un "anonymat fiscal". Cette mesure découle directement de l'engagement international de la France en faveur de la transparence fiscale, notamment concernant la connaissance des bénéficiaires effectifs des revenus. Elle participe en outre de la mise en œuvre de la norme mondiale d'échange automatique d'informations sur les comptes financiers à compter de 2017 ».

Par ailleurs, en supprimant le régime fiscal de l'anonymat pour les contrats de capitalisation quelle que soit la date de souscription du contrat, la loi de finances pour 2018 a libéré la possibilité de transmettre les contrats de capitalisation non plus seulement par une transmission « à titre gratuit encadrée », mais également par une nouvelle possibilité de transmission à titre onéreux.

4 - En permettant de céder à titre onéreux un contrat de capitalisation, la loi de finances a dû organiser un régime fiscal pour cette cession. À cette fin, la loi de finances pour 2018 s'est inspirée du traitement des gains de cession des contrats souscrits auprès d'entreprises étrangères. Elle a distingué le régime fiscal applicable au cédant (1) de celui applicable au cessionnaire (2).

1. Le régime fiscal applicable au cédant du contrat de capitalisation en cas de cession à titre onéreux

A. - Présentation du régime fiscal applicable

5 - Pour le cédant, à compter du 1^{er} janvier 2018, selon l'article 124 B du CGI, les cessions de contrats de capitalisation, effectuées par des personnes physiques, directement ou par personnes interposées, constituent un fait générateur d'imposition pour celui-ci. Ce point est rappelé par le BOFIP du 20 décembre 2019¹, qui précise que les cessions à titre onéreux des contrats de capitalisation constituent un fait générateur d'imposition à l'impôt sur le revenu et aux prélèvements sociaux du gain net réalisé lors de l'opération. On rattachera aux cessions à titre onéreux l'apport d'un contrat de capitalisation à une société, que celle-ci relève de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur les sociétés.

6 - Selon l'article 124 B du CGI, le régime d'imposition des gains de cession des contrats de capitalisation suit celui des produits de ces contrats. En d'autres termes, ces gains sont imposables dans les conditions de l'article 125-0 A du CGI.

Ainsi, pour l'imposition de ces gains, il convient de distinguer la date de versement des primes auxquelles ces gains se rattachent. Les gains attachés aux primes versées jusqu'au 26 septembre 2017 sont soumis au barème progressif de l'impôt sur le revenu ou sur option, au prélèvement forfaitaire libératoire. En revanche, ceux attachés aux primes versées à compter du 27 septembre 2017 sont soumis au prélèvement forfaitaire unique ou sur option (globale, expresse et irrévocable), au barème progressif de l'impôt sur le revenu.

7 - Pour la détermination du gain net imposable, l'article 124 C du CGI précise qu'il n'est pas fait application de l'abattement de 4 600 € ou 9 200 € pour les contrats d'au moins 8 ans.

L'assiette imposable est donc calculée quant à elle de la manière suivante : conformément à l'article 124 C du CGI, le gain net imposable est constitué par la différence entre le prix de cession et le prix d'acquisition.

Pour la détermination du prix d'acquisition, l'article 124 C du CGI dispose qu'il doit être tenu compte des primes versées par

1 BOI-RPPM-RCM-20-10-20-50, 20 déc. 2019.

À compter du 1^{er} janvier 2018 les cessions de contrats de capitalisation constituent un fait générateur d'imposition pour celui-ci

le cédant sur le contrat cédé et qui n'ont pas fait l'objet d'un remboursement en capital à la date de la cession. En d'autres termes, en l'absence de rachat par le cédant, le prix d'acquisition est déterminé en tenant compte de l'ensemble des primes versées au contrat.

En cas de rachats partiels effectués par le cédant, ce prix est déterminé en tenant uniquement compte de la fraction des primes qui n'ont pas été rachetées.

8 - Par ailleurs, dans le cas où la cession n'aurait pas généré de plus-value mais une moins-value, l'article 124 C du CGI prévoit une possibilité d'imputation des pertes subies lors de la cession du contrat de capitalisation.

Le BOFIP du 20 décembre 2019 précise que la moins-value constatée lors de la cession d'un contrat de capitalisation ne peut être imputée que sur des produits de cession de contrats de capitalisation réalisés au cours de la même année et, le cas échéant, des 5 années suivantes imposables suivant cette même modalité.

B. - Cas particulier de l'option en faveur du prélèvement forfaitaire libératoire

9 - Une difficulté particulière peut naître. En effet, dans la mesure où l'article 124 B du CGI précise que « le régime d'imposition des gains retirés [...] de cessions [...] des titres de créances négociables sur un marché réglementé [...] et non susceptibles d'être cotés » suit celui des produits du contrat de capitalisation, comment doit-on procéder en cas d'option pour le prélèvement forfaitaire libératoire ? En d'autres termes, le prélèvement libératoire devra-t-il être versé directement par le cédant à l'administration fiscale ou bien reviendra-t-il à l'assureur de procéder à ce prélèvement sur le contrat, bien qu'il n'y ait aucun rachat ? Question d'autant plus complexe que le traitement fiscal du contrat de capitalisation varie selon que les produits se rattachent à des primes versées avant ou à compter du 27 septembre 2017.

Plusieurs arguments doivent conduire à considérer qu'il serait préférable de limiter l'assimilation à un rachat et de prévoir que le prélèvement, qu'il soit libératoire ou non libératoire, de l'impôt sur le revenu, soit effectué sur le prix de cession et non par l'assureur en diminution de la valeur de rachat du contrat. En effet, l'assureur n'est pas forcément au courant de la transaction et, concrètement, il n'existe pas de flux sortant (rachat) du contrat de capitalisation.

10 - En outre, on rappellera que pour les produits liés aux primes versées avant le 27 septembre 2017, l'option pour le prélèvement libératoire doit être exercée au plus tard lors de l'encaissement des revenus (CGI, art. 125 OA). Dans le cas où l'option devrait être exercée auprès de l'assureur, le cédant devrait, préalablement à l'encaissement du prix de cession, informer l'assureur de cette cession ; à défaut, le

gain de cession serait soumis au barème progressif de l'impôt sur le revenu. Se pose alors le problème de la vérification de cette antériorité de l'option sur l'encaissement du prix de cession. L'application par l'assureur rendrait concrètement très difficile l'application de cette option.

11 - Par ailleurs, on peut observer que mettre le prélèvement à la charge de l'assureur pose un problème dans la mesure où si le prélèvement forfaitaire vient diminuer la valeur de rachat du contrat, cela revient indirectement à faire supporter l'imposition du gain de cession au cessionnaire.

Au surplus, si celui-ci n'a pas connaissance de cette particularité, il peut y avoir pour lui une certaine surprise sur la valeur de rachat finale du contrat. Point qui devrait être vu précisément lors de la cession.

Pour l'ensemble de ces raisons, faire porter le poids de ce prélèvement sur l'assureur est générateur de multiples problèmes et contraintes. La solution la plus pragmatique, la plus simple et la plus sécuritaire serait de faire peser ce prélèvement sur le cédant en dehors du contrat.

12 - **Proposition du comité juridique.** – Une rédaction de l'article 124 B du CGI prévoyant que l'imposition serait supportée par le cédant qui s'acquitterait de l'imposition en dehors de tout prélèvement. Ceci apporterait une simplification et résoudrait ainsi les écueils signalés ci-dessus.

2. Le régime fiscal applicable au cessionnaire du contrat de capitalisation

A. - Présentation du régime fiscal applicable

13 - La loi de finances pour 2018 s'est également intéressée au traitement fiscal applicable au cessionnaire.

La cession va ainsi avoir des conséquences sur l'assiette des produits contenus dans les rachats qui seront postérieurement effectués par le cessionnaire.

Pour cela, l'article 125 OA du CGI a été réécrit afin d'aménager le traitement fiscal applicable au rachat par le cessionnaire postérieurement à cette cession.

14 - L'assiette imposable est déterminée par la différence entre le montant des sommes remboursées, c'est-à-dire la valeur de rachat du contrat, et le montant des primes versées, le cas échéant, depuis l'acquisition de ce contrat, augmenté, dans ce cas, du prix d'acquisition du contrat.

La modification de l'article 125 OA du CGI entraînant une nouvelle définition de l'assiette de taxation conduit à reconsidérer l'assiette des produits en cas de transmission à titre gratuit des contrats de capitalisation.

Il convenait ainsi de déterminer ce qu'il fallait entendre par « prix d'acquisition du contrat ».

Cette notion s'entendait-elle exclusivement du prix d'acquisition à titre onéreux ? Ou s'entendait-elle aussi de la mutation à titre gratuit ? Dans cette seconde hypothèse, cette mutation purgeait les produits antérieurs à l'acquisition. Auquel cas, seuls les produits postérieurs à la cession à titre gratuit seraient imposables.

15 - Le BOFIP précité du 20 décembre 2019 vient apporter une réponse positive à cette interrogation en précisant « *qu'en cas d'acquisition à titre gratuit du bon ou contrat, le prix d'acquisition s'entend de la valeur vénale retenue pour le calcul des droits de mutation à titre gratuit* ».

En conséquence, lors des rachats postérieurs à une transmission par donation ou succession, seuls les produits générés depuis la transmission sont soumis à l'impôt sur le revenu.

B. - Cas particulier du démembrement de propriété

16 - Eu égard à la complexité du régime fiscal applicable en cas de démembrement de propriété, il serait utile que l'administration fiscale donne des précisions, en particulier sur les modalités de détermination de l'assiette des produits lors des rachats postérieurs à la donation de la nue-propriété.

En effet, il convient de s'interroger sur ce que l'on doit entendre par « *en cas d'acquisition à titre gratuit du bon ou contrat, le prix d'acquisition s'entend de la valeur vénale retenue pour le calcul des droits de mutation à titre gratuit* »².

17 - Pour mémoire, ce problème s'était posé avant la parution de l'instruction fiscale de 2001³ sur les plus-values réalisées lors de la cession de valeurs mobilières, l'instruction précédente ayant été très succincte sur la détermination de la plus-value face au démembrement de propriété.

Face à cette difficulté, l'administration fiscale avait, dans l'instruction fiscale de 2001, développé les différents cas pouvant se présenter pour l'application de l'imposition aux plus-values de titres démembrés.

Il conviendrait toutefois que l'administration fiscale apporte une précision supplémentaire quant au traitement fiscal des contrats de capitalisation qui sont démembrés après une mutation à titre gratuit.

18 - L'administration fiscale n'a, à ce jour, donné des développements sur le traitement fiscal du démembrement de propriété qu'en matière de plus-values de cession de valeurs mobilières⁴ ainsi qu'en matière de plus-values immobilières⁵.

Toutefois, il convient de relever que le contrat de capitalisation relève d'un mécanisme juridique spécifique qui le différencie des cas traités dans les BOFIP précités dans la mesure où le

² BOI-RPPM-RCM-20-10-20-50, 20 déc. 2019.

³ Instr. 13 juin 2001 : BOI 5 C-1-01, 3 juill. 2001.

⁴ BOFIP du 20 décembre 2019 (BOI-RPPM-PVBMI-20-10-20-60, 20 déc. 2019).

⁵ BOI-RFPI-PVI-20-10-20-10, 12 sept. 2012.



souscripteur détient sur la compagnie d'assurances un droit de créance et non un droit réel. Ce droit de créance lui permet, lors du rachat partiel ou total, d'appréhender la valeur de rachat du contrat de capitalisation.

19 - Notons qu'en cas de démembrement, les droits du souscripteur-usufruiteur vont être déterminés par une convention qui va préciser l'étendue de l'exercice de ses droits. Généralement, cette convention prévoit que l'usufruitier a droit à l'ensemble des produits générés par le contrat de capitalisation depuis la souscription ou depuis la transmission de la nue-propriété du contrat en cas de transmission de celle-ci. Cette convention définit ainsi les droits de l'usufruitier à percevoir des produits.

En cas de transmission du contrat en démembrement de propriété, pour le traitement fiscal des rachats réalisés par l'usufruitier, la valeur d'acquisition pourrait être constituée, conformément à la réalité juridique prévue par la convention, de la valeur de rachat du contrat au jour de la transmission de la nue-propriété (ou si une assiette différente était retenue par la convention, de la valeur prévue par celle-ci).

Une solution dégradée pourrait être, le cas échéant, de retenir le montant des primes qui ont été versées sur le contrat majoré de l'accroissement de la nue-propriété au moment de la transmission.

20 - Par ailleurs, une fois le nu-propriétaire devenu plein propriétaire après le décès de l'usufruitier, celui-ci devient bénéficiaire des produits du contrat de capitalisation.

Afin de conserver l'esprit de la loi qui a été de permettre un allègement de la fiscalité en n'imposant plus les produits antérieurs à la transmission à titre gratuit, il conviendrait, pour le traitement fiscal des rachats postérieurs au décès de l'usufruitier,

de retenir pour le calcul de l'assiette imposable des produits, comme prix d'acquisition :

- soit la valeur vénale du contrat de capitalisation au jour de la transmission de la nue-propriété, majorée de l'accroissement de valeur de l'usufruit, c'est-à-dire la valeur de la pleine propriété du contrat de capitalisation à la date de la donation majorée de l'accroissement de l'usufruit entre la date de la donation et celle du décès de l'usufruitier ;

- soit, par simplification, de retenir pour le calcul de l'assiette imposable des produits, comme valeur d'acquisition, la valeur vénale du contrat de capitalisation au jour de la transmission de la nue-propriété, c'est-à-dire la valeur de la pleine propriété à cette date, ce qui correspond à la valeur de rachat du contrat à cette date.

En d'autres termes, retenir la valeur de rachat du contrat, c'est-à-dire une valeur en pleine propriété à la date de la transmission de la nue-propriété, majorée ou non de l'accroissement de l'usufruit jusqu'au décès de l'usufruitier, permettrait d'éviter d'assimiler des primes à des produits et ainsi de conserver l'esprit de la loi, qui a été de permettre un allègement de la fiscalité en n'imposant plus les produits antérieurs à la transmission à titre gratuit.

21 - **Proposition du comité juridique.** – En conclusion, afin de conserver l'esprit du texte et dans un souci de simplification, on pourrait retenir comme assiette du rachat d'un contrat de capitalisation à la suite d'une transmission à titre gratuit une seule règle, que ce soit en cas de rachat durant la vie de l'usufruitier ou une fois le nu-propriétaire devenu plein propriétaire. Cette règle consisterait à définir le prix d'acquisition comme étant la valeur de rachat du contrat au jour de la transmission de la nue-propriété. ■