

Florent BELON

Responsable de l'expertise ingénierie patrimoniale

Olifan Group - Expertise ingénierie patrimoniale

www.olifangroup.com

7 Affectation du résultat : une décision patrimoniale stratégique

La décision de distribution du bénéfice est en principe une décision de gestion financière. La société dispose de ressources qui excèdent le montant dont elle juge l'utilisation par elle-même utile ou du moins avec un taux de rentabilité suffisant. Elle décide alors, lorsque cet excès correspond à une création de richesses (résultat), de le distribuer à ses associés.

Sur le plan fiscal, dans les TPE/PME, où les fonctions de dirigeant et la qualité d'actionnaire souvent se mêlent, on observe des arbitrages entre la rémunération de ces fonctions et celle du capital, en vue notamment d'optimiser les montants de prélèvements obligatoires. Le résultat peut alors être un arbitrage très fluctuant selon les changements législatifs portant sur les prélèvements relatifs aux revenus d'activité et aux revenus financiers.

Et parfois les montants retenus n'ont alors plus grand-chose à voir avec une rémunération sincère du capital et des fonctions, avec comme risque de sanctions un acte anormal de gestion (voire un abus de biens sociaux) pour une rémunération des fonctions excessives ou la perte d'éligibilité à des dispositifs fiscaux de faveur en cas de rémunération insuffisante (par exemple, abattement fixe des dirigeants de PME partant en retraite visé à l'article 150-0 D ter du CGI ou encore qualification en biens professionnels exonérés d'IFI résultant de l'article 975 du CGI).

Sur le plan juridique, il convient de noter que la décision de distribution impacte également la question de la propriété au sein de la famille, entre époux et entre générations lorsque les droits sociaux ont été démembrés. La décision de distribution et ses modalités sont alors en jeu. Les professions comptables et financières ont souvent moins conscience de cet aspect de la politique de distribution.

→ Propriété entre époux : quand la distribution des dividendes appauvrit le patrimoine propre

Les revenus des biens propres tombent en communauté

Qualification des biens en régime de communauté

7-1 La propriété des biens d'un époux va dépendre du régime matrimonial auquel il est soumis. Dans le régime de la communauté de biens réduite aux acquêts, légal (à défaut de contrat de mariage) ou conventionnel (établi par contrat de mariage), la propriété varie selon l'origine des biens.

Sont communs les biens acquis à titre onéreux par les époux ensemble ou séparément durant le mariage (c. civ. art. 1401).

Restent propres aux époux les biens dont ils avaient la propriété ou la possession au jour de la célébration du mariage, ou qu'ils acquièrent, pendant le mariage, par succession, donation ou legs (c. civ. art. 1402). Forment également des biens propres, les biens acquis pendant le mariage par subrogation réelle ou encore en emploi d'un bien propre (c. civ. art. 1404 à 1408). En cas de divorce, les biens communs sont partagés par moitié et les biens propres sont repris en totalité par l'époux propriétaire (c. civ. art. 1467).

Les dividendes de titres propres viennent augmenter la communauté

7-2 Les biens acquis pendant le mariage qui constituent les biens communs des époux proviennent tant de leur industrie personnelle (salaires, revenus commerciaux) que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres (c. civ. art. 1401).

En pratique, on considère que les revenus du travail comme les revenus des propres tombent immédiatement dans la communauté.

Par exemple, lorsqu'un époux est propriétaire de titres qualifiés de biens propres, les distributions viennent alimenter non pas le patrimoine propre de l'époux propriétaire, mais la communauté.

Par conséquent, si une décision de distribution ne crée aucun enrichissement mais un transfert de richesse entre la société et le patrimoine de l'associé, elle opère ici en plus un transfert de richesse (distribution) du patrimoine propre de l'associé (valeur des titres) vers le patrimoine commun. Les modalités de la distribution (en nature ou en numéraire, en compte courant d'associés ou en actions...) sont, à cet égard, sans incidences.

La pratique qui consiste alors à mettre en distribution de façon systématique le résultat d'une société non soumise à l'impôt sur les sociétés au prétexte que cette distribution n'est pas un fait générateur d'imposition entre les mains des associés doit alors être bien sous-pesée.

- En effet, dans les sociétés non soumises à l'IS, les bénéfices sont imposables entre les mains de l'associé à la clôture de chaque exercice peu importe que celui-ci n'ait pas appréhendé sa quote-part des bénéfices. Par conséquent, aucune imposition ne sera établie ultérieurement lors de la répartition effective des résultats (voir « Dictionnaire Fiscal » RF 2021, § 24765). À l'inverse, dans les sociétés passibles de l'IS, les bénéfices réalisés, déjà taxés à l'IS au niveau de la société, ne sont imposables entre les mains des associés qu'au moment de leur distribution. Par conséquent, tant que les bénéfices demeurent au sein de la société (en réserves, par exemple), ils ne subissent aucune autre imposition que l'IS.

- Notons qu'il existe d'autres techniques permettant d'éviter un double frottement fiscal (au niveau de la société puis au niveau de l'associé). Par exemple, en cas de cession de titres de sociétés de personnes, le mécanisme de correction du prix d'acquisition des titres issu des jurisprudences Quémener et Baradé (CE 16 février 2000, n° 133296 ; CE 9 mars 2005, n° 248825 ; BOFiP-RFPI-SPI-20-§ 30-24/08/2018) permet d'éviter que les résultats de la société, déjà pris en compte dans le revenu de l'associé, ne soient imposés une seconde fois lors de la cession des parts.

Les réserves distribuées sont-elles des revenus croissant à la masse commune ?

7-3 Les réserves sont, en principe, des bénéfices affectés durablement à l'entreprise jusqu'à décision contraire des organes compétents (c. com. art. L. 232-10 et L. 232-11).

Lorsque des réserves sont distribuées, la question de leur nature se pose : capital ou revenu ? Nous le verrons ci-après (voir § 7-10), la jurisprudence a tranché au regard du droit des sociétés concernant des parts sociales démembrées en jugeant que les réserves ne constituent pas un fruit mais un produit. On pourrait alors être tenté d'exclure cet accroissement de la masse des biens communs.

Néanmoins aucune jurisprudence ne s'est encore prononcée, à notre connaissance, en ce sens en matière de régimes matrimoniaux.

Une partie de la doctrine assimile la distribution de réserves à un produit revenant au patrimoine propre (« Aubry et Rau » par A. Ponsard, tome 8 n° 155 note 133 ; « La nature juridique du report à nouveau », Clément Barillon, Bulletin Joly sociétés, 1^{er} mai 2017).

Dans l'attente d'une décision relative aux régimes matrimoniaux, on sera vigilant quant aux distributions de réserves.

Remplacer les revenus par du capital

La technique des biens propres par subrogation

7-4 Le transfert de ressources entre la société et ses associés peut se réaliser non sous la forme de fruits qui vont profiter à la communauté mais sous la forme de capital profitant à l'époux propriétaire.

Ainsi, on pourra alors procéder à une réduction de capital, par remboursement ou rachat. Les titres étant propres, le prix de cession ou de remboursement partiel prendra également cette qualification par le jeu de la subrogation réelle (c. civ. art. 1406, al. 2).

La technique de l'OBO

7-5 Il en serait de même en cas de d'opération de « cession à soi-même » ou OBO (Owner Buy-Out). Par cette opération le dirigeant rachète ses titres par le biais d'une holding créée pour l'occasion qui va racheter à crédit.

Le prix de cession n'enrichirait pas la communauté. Mais il faudrait alors être vigilant et procéder au remploi des sommes afin d'éviter que les titres de la holding créée pour l'occasion pendant le mariage soient communs (c. civ. art. 1434). À défaut, l'enrichissement alors opéré au sein de cette holding aurait encore pour effet d'enrichir la communauté au détriment du patrimoine propre.

Utilisation des capitaux propres

7-6 Le prix de cession perçu est un capital propre qui pourra être réinvesti dans l'acquisition d'un bien propre sous réserve d'une déclaration d'emploi (c. civ. art. 1434). Faute de déclaration d'emploi, les biens nouvellement acquis tomberont en communauté. Toutefois, la communauté ayant, dans ce cas, tiré profit du patrimoine propre de l'époux en devra récompense (c. civ. art. 1433). Cette récompense sera égale à la valeur des biens communs acquis au moyen des fonds propres (c. civ. art. 1469).

En outre, si les biens nouvellement acquis tombent en communauté, ils seront soumis aux règles de gestion des biens communs (c. civ. art. 1421 à 1427) et non plus à celles des biens propres (c. civ. art. 1428).

→ Transmission : quand le démembrement de titres permet des glissements de revenus

Droit aux bénéfices courants

Prérogative de l'usufruitier

7-7 Il est d'usage de mettre en place des stratégies de transmission s'appuyant sur le démembrement de propriété, la nue-propriété étant détenue par les descendants, et l'usufruit par les parents. Ce démembrement peut résulter d'une succession, d'une donation, ou du emploi du prix de cession d'un bien démembre.

L'usufruitier a le droit d'user de la chose grevée et d'en percevoir les fruits (c. civ. art. 582). Ainsi, lorsque les titres (actions ou parts sociales) sont démembres, l'usufruitier a droit aux dividendes prélevés sur les bénéfices courants.

Glissement de revenus en faveur du nu-propiétaire

7-8 Toutefois, si l'on souhaite maximiser la transmission vers le nu-propiétaire, les parents usufruitiers auront tendance à ne pas mettre en distribution les résultats afin d'éviter un transfert de richesses de la société, revenant à terme à leurs enfants, vers leur patrimoine personnel. Cette situation n'est pas sans inconvénient. Les parents sont alors dans le dilemme suivant : percevoir les revenus nécessaires à leur train de vie ou optimiser la transmission à leurs enfants.

Il est néanmoins possible de sortir de ce dilemme, en réalisant une distribution, tout en n'appauvrissant pas le nu-propiétaire, qui porte sur :

- le résultat exceptionnel (voir § 7-9) ;
- les réserves (voir § 7-10).

- Il a été jugé qu'en participant à l'assemblée générale qui décide d'affecter les bénéfices à un compte de réserves, l'usufruitier ne consent aucune donation au nu-propiétaire (cass. com. 10 février 2009, nos 07-21806 et 07-21807 ; cass. com. 31 mars 2009, n° 08-14053). En effet, les bénéfices réalisés par la société ne participent de la nature des fruits que lors de leur attribution sous forme de dividendes, lesquels n'ont pas d'existence juridique avant l'approbation des comptes de l'exercice par l'assemblée générale, la constatation par celle-ci de l'existence de sommes distribuables et la détermination de la part qui est attribuée à chaque associé. Par conséquent, avant cette attribution, l'usufruitier des parts sociales n'a pas de droit sur les bénéfices.

- Une absence totale de distribution pendant l'usufruit pourrait être assimilée à un abandon d'usufruit procédant d'une intention libérale soumise aux droits de mutation à titre gratuit. Enfin, pourrait être invoquée l'extinction de l'usufruit pour non-usage du droit pendant 30 ans (c. civ. art. 617, al. 4).

→ ATTENTION

Une mise en réserve systématique et non justifiée des bénéfices irait cependant à l'encontre des droits de l'usufruitier qui consistent à percevoir du revenu.

Droit aux bénéfices exceptionnels

7-9 L'usufruitier ayant droit aux fruits, qui ont pour nature de se renouveler sans porter atteinte à la chose (c. civ. art. 578), un revenu exceptionnel distribué devrait échapper à l'usufruitier pour bénéficier au nu-propiétaire, sauf clauses contraires des statuts.

Toutefois, l'administration pose une limite. Si les statuts peuvent aménager la répartition des résultats, les dispositions conventionnelles ne peuvent aller jusqu'à dénaturer les droits

respectifs. Aussi, dans l'hypothèse où de tels actes ou conventions entraînent une mutation de propriété, l'administration serait fondée à en tirer les conséquences en matière de droits de mutation à titre gratuit. En outre, s'il apparaissait que de telles conventions n'ont été conclues que dans le but d'éviter l'impôt, le service serait en droit d'appliquer la procédure de répression des abus de droit (BOFIP-BIC-CHAMP-70-20-10-20-§ 190-12/09/2012).

Droit aux dividendes prélevés sur les réserves

La position de la jurisprudence

7-10 Se pose la question du sort des résultats qui ont été affectés par les associés en réserves lors de leur distribution par la société.

La Cour de cassation a jugé en 2009 que « les sommes portées en réserves constituent un accroissement de l'actif social revenant au nu-proprétaire. La distribution ultérieure ne saurait remettre en cause le principe de leur transmutation en capital.[...] Si le droit éventuel de l'usufruitier d'en obtenir la jouissance sous forme de quasi-usufruit n'est pas contesté, il apparaît que cette appréhension n'est que temporaire puisqu'à charge de restituer la somme à la fin de l'usufruit » (cass. com. 10 février 2009, n° 07-21806).

La jurisprudence ultérieure a confirmé cette position, et a précisé que le quasi-usufruit s'appliquait de droit (sauf volontés contraires des parties) en cas de distribution en numéraire (cass. com. 27 mai 2015, n° 14-16246). Le fait que le quasi-usufruit, et donc la créance de restitution attachée, soient en ces circonstances, considérés comme légaux permet de déduire de l'actif successoral taxable de l'usufruitier la créance de restitution égale aux réserves mises en distribution sous la forme du quasi-usufruit sans avoir à produire un document ayant date certaine. La production des procès-verbaux des assemblées générales ayant procédé à la distribution de réserves sera suffisante. Le résultat de la constitution du quasi-usufruit sur la distribution de réserves est alors la perception par l'usufruitier de la totalité des capitaux distribués sans que cette opération n'appauvrisse le nu-proprétaire qui percevra les sommes au plus tard par prélèvement, sans droits de succession, sur la succession de l'usufruitier.

Les réserves ont une vocation de capitalisation. Ainsi, il conviendra de constater une période d'accumulation de réserves pendant plusieurs exercices avant de procéder à leur distribution. L'année où il sera procédé à la distribution des réserves, la distribution portera en priorité sur le résultat de l'exercice et ce n'est que pour le surplus que la distribution portera sur les réserves distribuables. On pourra retenir un exercice au cours duquel le résultat courant sera limité. Faire transiter les résultats par le poste de réserves permet ainsi d'enrichir immédiatement l'usufruitier sans pour autant appauvrir le nu-proprétaire qui récupérera sa créance au décès de l'usufruitier.

Toutefois, un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation est venu semer le trouble en ce que, si celui-ci reconnaît bien que le nu-proprétaire a droit aux dividendes prélevés sur les réserves, il exclut le droit à quasi-usufruit de l'usufruitier (cass. civ., 1^{re} ch., 22 juin 2016, n° 15-19471).

Si certains auteurs ont analysé ces décisions en n'y voyant pas de contradiction, dans le doute, il sera conseillé de fixer le sort des dividendes prélevés sur les réserves dans des clauses statutaires (voir § 7-11).

L'utilité des clauses statutaires

7-11 On pourra consolider le traitement de la distribution des réserves libres en prévoyant, de façon expresse, dans les statuts, leur sort sous la forme d'un quasi-usufruit en cas de distribution de numéraire. Ainsi, la distribution de numéraire, sauf volonté contraire exprimée par l'usufruitier et le nu-proprétaire au plus tard lors de l'assemblée générale, sera sujette à quasi-usufruit.

Un autre moyen de percevoir des liquidités avec une grande souplesse dans leur traitement est de procéder à une réduction de capital. Il est alors possible de procéder à la répartition des fonds entre l'usufruitier et le nu-proprétaire (le partage est de droit), ou en cas de convention entre les parties, au remploi des sommes dans l'acquisition d'un bien démembre ou à la constitution d'un quasi-usufruit (c. civ. art. 621). Cet accord pourra être antérieur à la réduction de capital (clause de la donation ayant généré le démembrement ou toute autre convention entre l'usufruitier et le nu-proprétaire) ou établi lors de l'opération et constaté dans le procès-verbal de l'assemblée générale. Un quasi-usufruit pourra alors être retenu.



Synthèse

7-12 Le tableau suivant propose une synthèse des points abordés.

Biens communs ou biens propres ? Usufruitier ou nu-proprétaire ?		
Opérations	Acquêts de communauté	Attribution
Distribution de résultat courant	Oui	Usufruitier
Distribution de résultat exceptionnel	Oui	Nu-proprétaire
Distribution de report à nouveau	Oui	Courant : usufruitier Exceptionnel : nu-proprétaire
Distribution de réserves	?	Numéraire : quasi-usufruit par défaut Nature : subrogation du démembrement par défaut
Remboursement/cession	Non	Par défaut partage mais quasi-usufruit ou remploi si volontés contraires

NOTE DE LA RÉDACTION

Les opinions et positions émises dans cette rubrique n'engagent que leur auteur.

