



Olivier AUDRAS et Emmanuel ESKINAZI
Avocats, Cabinet LEVY & Associés, Paris



ACCOMPAGNER ou pré



LE DÉVELOPPEMENT DE SON ENTREPRISE GÉRER SA SUCCESSION

1^{ère} PARTIE : LA CESSION A SOI-MEME : avantages et inconvénients de la "vie en société"

I.1-La responsabilité de l'exploitant et du dirigeant

Pour l'exploitant individuel, le passage à une exploitation sous forme de société semble présenter de nombreux avantages : limitation de responsabilité, possibilité d'un statut salarié, réduction des charges sociales par le jeu d'une distribution de dividendes... Pour autant, l'analyse de ces différents paramètres démontre que la situation est beaucoup plus complexe qu'il n'y paraît au premier abord.

Sans prétendre à l'exhaustivité, l'on essaiera donc d'analyser l'intérêt que peut éventuellement présenter l'exploitation d'une activité en société au regard notamment des questions de responsabilité, du statut fiscal et social de l'exploitant(I) avant d'apprécier les contraintes de la transformation elle-même(II).

I. L'EXPLOITATION EN SOCIÉTÉ, L'ART DE RESOUDRE DES PROBLÈMES QUE L'ON AURAIT PAS EU TOUT SEUL ?

L'exploitation en société présente-t-elle un avantage au regard de la question de la responsabilité de l'exploitant(1), de l'impact fiscal de l'exploitation(2), et du statut social du dirigeant(3) ?

Lorsqu'on évoque le passage en société, l'un des premiers avantages cités est généralement la question de la limitation de la responsabilité : l'entrepreneur individuel est en effet personnellement responsable de son exploitation sur l'ensemble de ses biens ; en cas de faillite, il engage son patrimoine. La mise en société permet dans une certaine mesure de protéger son patrimoine personnel, puisque le capital de la société constitue le gage des créanciers.

Il convient toutefois de relativiser quelque peu cette différence. Tout d'abord, si la responsabilité des associés d'une SARL ou des actionnaires d'une SA ou d'une SAS est effectivement limitée au montant des apports, les associés d'une société en nom collectif (article L 221-1, alinéa 1 du code de commerce)¹ sont indéfiniment et solidairement responsables des dettes. Ensuite, la limitation de responsabilité peut être illusoire lorsque la société doit recourir au crédit dans la mesure où les organismes prêteurs exigent pratiquement toujours une garantie personnelle du ou des dirigeants². En outre, la limitation de responsabilité du dirigeant suppose un respect scrupuleux des règles comptables et sociales de la société. A défaut, le dirigeant peut se voir condamné à combler tout ou partie du passif de la société.

Inversement, si l'entrepreneur individuel est tenu du passif social, ce risque est limité au risque d'exploitation. En effet, le

risque financier qui découle d'une mise en jeu de la responsabilité civile est, en principe, garanti par l'assurance responsabilité civile professionnelle obligatoire. L'intérêt de la limitation de responsabilité dans le cadre de la société demeure cependant lorsque le sinistre dépasse le plafond de garantie ou lorsque l'assureur refuse sa garantie : le sinistre peut alors conduire l'entreprise au dépôt de bilan.

Bien entendu, la limitation de responsabilité ne concerne pas la responsabilité pénale. Même si la société peut désormais être pénalement sanctionnée, cela ne supprime pas la responsabilité pénale du chef d'entreprise. Spécialement en ce qui concerne les professionnels de l'immobilier, la loi Hoguet du 2 janvier 1970 prévoit notamment un certain nombre de sanctions à l'encontre du dirigeant³.

En résumé, lorsque l'exploitation est saine et l'exploitant individuel bien assuré au regard de son activité, le passage en société ne s'impose pas nécessairement au regard de cette seule question de la responsabilité.

I.2-L'intérêt d'un passage en société soumise à l'IS

L'agent immobilier, exerçant en entreprise individuelle, est soumis à l'impôt sur le revenu (IR). L'entreprise et son dirigeant sont alors fiscalement confondus et l'ensemble des revenus du diri-

À noter



Si la structure constituée est une EURL (société unipersonnelle) ou une SARL de famille, composée alors exclusivement de parents en ligne directe, de frères et sœurs, de conjoints, ou de partenaires d'un PACS, il est possible d'opter soit pour le régime de l'IR soit pour celui de l'IS.

Cette décision devra être particulièrement mûrie, le choix de l'IS étant irrévocable.

1 De même que les associés commandités d'une société en commandite par actions (article L 226-1), mais cette forme de société très particulière reste très peu utilisée.

2 Un tel engagement ne serait toutefois pas valable s'il était manifestement disproportionné aux biens et revenus de la caution (article L.341-4 du code de la consommation, qui s'applique aux dirigeants : CA Rennes 15 septembre 2006, Juris-Data n° 2006-315031).

3 Titre III de la loi n° 70-2 du 2 janvier 1970.

ACCOMPAGNER LE DÉVELOPPEMENT DE SON ENTREPRISE OU PRÉPARER SA SUCCESSION

geant, y compris le bénéfice ressortant de son exercice professionnel, sont intégrés aux revenus du foyer fiscal et imposés à l'IR.

En cas de mise en société, la plupart des structures se trouvent soumises au régime fiscal de l'impôt sur les sociétés (IS). La fiscalité traite alors séparément la société et son dirigeant :

- la société est assujettie à l'IS sur ses bénéfices après déduction de ses charges (au rang desquelles figurent les rémunérations versées aux dirigeants). Les bénéfices après IS peuvent être distribués aux associés ;

- le dirigeant est imposé personnellement à l'IR sur l'ensemble de ses revenus, avec cependant un abattement pour les dividendes.

Toutefois, si la structure constituée est une EURL (société unipersonnelle) ou une SARL de famille, composée alors exclusi-

vement de parents en ligne directe, de frères et sœurs, de conjoints, ou de partenaires d'un PACS, il est possible d'opter soit pour le régime de l'IR soit pour celui de l'IS.

Cette décision devra être particulièrement mûrie, le choix de l'IS étant irrévocable.

L'intérêt d'un passage en société soumise à l'IS doit donc être mesuré au cours de la vie sociale (a) et dans l'hypothèse d'une cession de la structure à un tiers (b).

a) En cours de vie sociale

(I) Le choix de l'IS peut permettre une économie d'impôt sur les bénéfices réinvestis dans la structure.

Dans le régime de l'IR, tous les bénéfices, qu'ils soient distribués ou non, sont soumis à l'impôt au taux de l'IR.

En revanche, dans le régime de l'IS, si tous les bénéfices subissent l'impôt sur les sociétés, seuls ceux distribués (sous la forme de dividendes) connaîtront l'IR. Il y a donc une double imposition des bénéfices distribués (d'abord à l'IS puis à l'IR), qui n'est qu'en partie neutralisée par le nouveau mécanisme qui remplace l'avoir fiscal⁴.

Il s'ensuit que le choix d'une exploitation sous forme d'une société soumise à l'IS dépendra de l'objectif recherché (distribution maximale ou développement de la structure en utilisant les bénéfices réalisés), du taux moyen de l'IR au regard du taux de l'IS...

Rappelons à cet égard que depuis 2001, les entreprises réalisant un chiffre d'affaires de moins de 7 630 000 € et dont le capital est détenu à 75 % par des personnes physiques, bénéficient d'une réduction à 15 % du taux de l'IS, dans la limite de 38 120 €, la fraction excédant cette limite étant soumise au taux normal de 33,33 %.

(II) Le choix de l'IS empêche toutefois l'exploitant de pouvoir déduire l'éventuel déficit de sa structure des autres revenus de son foyer fiscal.

Dans le régime de l'IR, si l'exploitation dégage des pertes, notamment en début d'activité, l'agent immobilier a la possibilité de déduire ce déficit sans limitation des revenus du foyer fiscal intégrant les salaires du conjoint, par exemple. Le déficit est reportable successivement sur les revenus du foyer jusqu'à la sixième année inclusivement.

En revanche, dans le cadre d'une entreprise soumise à l'IS, le déficit dérogé par l'exploitation ne peut être déduit de du bénéfice éventuellement réalisé par la société au cours des années suivantes.

b) Dans la perspective de la cession de son activité

Cette question fera l'objet de plus amples développements dans un prochain article qui examinera la vente du fonds de commerce "d'agence immobilière".

⁴ La disparition de l'avoir fiscal a donc sensiblement réduit l'intérêt fiscal du passage en société. Désormais, les dividendes sont imposés moyennant un abattement de 40 % et un abattement forfaitaire (3 050 € pour un couple).

id.

BAT

Pour vos « états des lieux »

IDBAT, le spécialiste du

logiciel état des lieux, innove

" EDELE-PDA "

Le logiciel d'état des lieux à la portée de tous !



EDELE-PDA contient un guide personnalisable de **2000 expressions clefs** !

Personnalisables, elles améliorent vos états des l.

L'écriture manuscrite est reconnue.

Tél. pour une démonstration en direct par internet

INTUITIF

RAPIDE

LEGER

Faites signer sur place un document impeccable !

Versions : Pocket PC, PC ou tablette. Interfaces: GPI, LaGi, Sneda ...

IDBAT 17 rue Hermès Ramonville-Toulouse 31520

Tél.: 05 62 19 33 55 idbat@Wanadoo.fr www.id-bat.fr

L'on indiquera donc simplement à ce stade que lors de la cession de la structure, la "société" présente, en comparaison avec "l'entreprise individuelle", autant d'avantages que d'inconvénients :

- les droits d'enregistrement peuvent être considérablement réduits si la transmission prend la forme d'une cession d'actions ;
- dans le cadre d'une cession de titres, contrairement à une cession d'entreprise, le montant du prix de cession ne conditionne pas le droit à l'exonération des taxes sur plus-value mais les contributions sociales ne sont pas exonérées.

En définitive, le passage d'une exploitation individuelle à une exploitation en société soumise à l'IS ne présente pas en soi un avantage significatif du point de vue fiscal et peut même se révéler plus coûteux. Il présente cependant un avantage dans une perspective de croissance et d'investissement des bénéficiaires dans la structure.

1.3-Le statut social du dirigeant

Le dirigeant de société est un mandataire social et non un salarié. Il ne bénéficie donc pas des dispositions du code du travail. Il peut cependant, sous certaines conditions, cumuler un contrat de travail avec ses fonctions de dirigeant et donc bénéficiaire, pour ce qui est de l'activité exercée dans le cadre de ce contrat de travail, du statut salarié.

Il convient donc d'examiner les conditions d'un tel cumul (a), puis la situation du dirigeant lorsqu'il ne bénéficie pas d'un contrat de travail (b).

a) Le cumul du contrat de travail avec un mandat social

Dans la SA, le président du conseil d'administration, les directeurs généraux, les administrateurs ne peuvent conclure un contrat de travail avec la société. Le cumul n'est possible que lorsque le contrat de travail a été conclu antérieurement à la nomination en qualité de mandataire. Dans le cadre d'une transformation d'activité, l'on conçoit mal comment

le contrat pourrait être conclu antérieurement au mandat. Un montage qui consisterait à conclure un contrat de travail en confiant dans un premier temps la direction à un tiers, puis à cumuler les deux, serait très certainement jugé frauduleux comme n'ayant eu d'autre objet que de conférer au dirigeant un statut injustifié de salarié.

Dans la SARL, seul le gérant minoritaire, ou non associé, peut cumuler un contrat de travail avec son mandat de gérant. S'il est conclu avec le gérant déjà en fonction, le contrat de travail est soumis à la procédure de contrôle des conventions réglementées entre la société et ses dirigeants.

Dans tous les cas, le contrat de travail doit correspondre à des fonctions réelles, distinctes des fonctions de dirigeant, et suppose un état de subordination.

b) La situation du dirigeant non salarié

L'intérêt du passage en société doit s'apprécier essentiellement au regard de la protection sociale du dirigeant (I), de la protection contre le chômage (II) et de la retraite (III).

I) La protection sociale du dirigeant

Les gérants majoritaires ou membres d'un collège de gérance majoritaire de SARL, de même que l'associé unique d'une EURL, relèvent du régime des non-salariés. Dans ces cas-là, le dirigeant, ex-entrepreneur individuel, ne connaîtra aucune modification sensible du taux de ses prélèvements sociaux puisque sa situation demeurera assimilée à celle du travailleur indépendant.

En revanche, les présidents, directeurs généraux, directeurs généraux délégués, membres du directoire de SA, les dirigeants de SAS ainsi que les gérants minoritaires ou membres d'un collège de gérance minoritaire de SARL relèvent du régime général de la

Sécurité sociale et les cotisations sont dues sur l'ensemble des rémunérations. Le passage en société ne présente alors pas d'intérêt au regard du taux de cotisation afférent à la rémunération du dirigeant qui serait sensiblement accru. Toutefois, cet inconvénient peut être en partie neutralisé puisque les dividendes distribués ne sont alors pas pris en compte pour le calcul des cotisations sociales⁵. Cela peut constituer un intéressant levier d'économie.

II) La protection contre le chômage

Sauf à être titulaire d'un contrat de travail, le dirigeant ne bénéficie pas de la garantie UNEDIC, même s'il relève du régime générale de la Sécurité sociale. La société peut, sous certaines conditions, affilier ses dirigeants à un régime privé d'assurance chômage. Il existe trois organismes : la GSC (Garantie Sociale des Chefs d'entreprises), l'APPI (Association pour la Protection des Patrons Indépendants), la garantie April Assurances.

III) La retraite

Le régime des retraites complémentaires est calqué sur celui de la Sécurité sociale : les dirigeants relevant du régime général doivent être affiliés aux régimes AGIRC et ARCCO dans les mêmes conditions que les cadres si ce n'est que les périodes durant lesquelles ils ont été involontairement privés d'emploi ne sont pas prises en compte lorsqu'ils ne relèvent pas du régime UNEDIC. Les périodes indemnisées au titre d'un régime privé d'assurance chômage peuvent être prises en compte moyennant le paiement d'une cotisation spécifique.

En résumé, la mise en société permet certes de jouer sur le montant des charges en diminuant la part de la rémunération perçue au profit des dividendes distribués, mais cet avantage doit être mis en balance avec le surcoût fiscal de ce que supportent les bénéficiaires distribués. Une analyse détaillée de la situation personnelle de l'exploitant est donc indispensable.

Rappel



Dans la SARL, seul le gérant minoritaire, ou non associé, peut cumuler un contrat de travail avec son mandat de gérant.

Dans tous les cas, le contrat de travail doit correspondre à des fonctions réelles, distinctes des fonctions de dirigeant et suppose un état de subordination.

⁵ Ils demeurent cependant assujettis à la CSG et à la CRDS.

ACCOMPAGNER LE DÉVELOPPEMENT DE SON ENTREPRISE OU PRÉPARER SA SUCCESSION

Il convient également de prendre en compte l'impact et le coût de la transformation elle-même.

II. LA MISE EN SOCIÉTÉ : "LE COÛT DE LA NOCE"

Au-delà de l'impact sur l'exploitation future, la transformation d'une exploitation individuelle en exploitation sous forme de société a un coût et un impact qu'il faut mesurer.

Il faudra bien entendu prendre en compte les honoraires des conseils (avocats et experts-comptables pour la rédaction des actes, l'arrêté des comptes, l'évaluation du fonds de commerce...). Mais au-delà de ces frais, le passage en société a surtout un impact fiscal qui dépendra du mode de transmission du fonds (1) et des conséquences au regard des conditions propres à l'activité d'agence immobilière (2).

Avant d'examiner ces deux points, il faut rappeler que le changement d'exploitation, quel qu'en soit le mode, est sans incidence au regard des contrats de travail. Il s'agit en effet d'une cession d'une branche d'activité autonome de sorte que les contrats de travail sont, en application de l'article L.122-12 du code du travail, transférés de plein droit à l'entité qui reprend l'exploitation. Inversement, la mise en société ne peut être en soi une cause de licenciement ou de modification des contrats de travail.

II.1-Le coût (fiscal) du passage en société

Afin de se mettre en société, l'agent immobilier pourra céder son fonds de commerce à la société constituée (a), lui en faire l'apport (b), ou le mettre en loca-

tion-gérance (c). A chacune de ces modalités sont attachées des conséquences fiscales distinctes.

a) Cession du fonds de commerce

(I) Le cédant

La cession du fonds de commerce entraîne sa cessation d'activité. L'exploitant devra donc déclarer et payer les impôts relatifs à son exploitation antérieure. Il devra également acquitter un impôt sur la plus-value du fonds de commerce, sauf à ce qu'il en soit exonéré⁶.

(II) Le cessionnaire

En qualité d'acquéreur du fonds de commerce, la société devra acquitter des droits d'enregistrement calculés sur la valeur du fonds de commerce. Le taux applicable est de 5 % avec une franchise de 23 000 €.

b) Apport du fonds de commerce

Le fonds de commerce constituant un apport en nature, il conviendra de faire valider l'évaluation par un commissaire aux apports.

(I) L'apporteur

L'apporteur est soumis à toutes les impositions relatives à une cessation d'activité. Il peut cependant, en optant pour le régime de l'article 151 octies du code général des impôts :

- reporter la taxation de la plus-value sur les éléments non amortissables (comme la clientèle) au jour de la cession à titre onéreux des droits sociaux, du rachat de ces droits par la société ou par la cession par cette dernière du bien apporté ;

- étaler sur cinq ans le paiement de la plus-value sur les éléments amortissables (comme le matériel), ces plus-values étant réintégrées à cet effet dans les résultats de la société bénéficiaire des apports.

Il pourra en outre être exonéré de la plus-value dans les conditions exposées ci-avant.

(II) La société bénéficiaire de l'apport

Elle doit acquitter des droits d'enregistrement calculés sur la valeur du fonds de commerce, au taux

de 5 % du prix de cession pour la fraction dépassant 23 000 €. Cependant, si l'exploitant prend, au moment de l'enregistrement, l'engagement de conserver les titres reçus en contrepartie de son apport pendant trois ans, la société en sera exonérée.

c) Location-gérance

Aucun droit d'enregistrement n'est dû et il n'y a pas de plus-value imposable. L'intérêt fiscal est donc évident.

II.2-Les conditions d'exercice de la profession d'agent immobilier et la question des mandats

La loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 (loi Hoguet précitée) régit les conditions d'exercice de la profession d'agent immobilier par une société. En ce cas, les conditions prévues à l'article 3 pour la délivrance de la carte professionnelle s'appliquent distributivement à la personne morale et à son ou ses représentants légaux.

Ainsi, la personne morale (société) devra justifier d'une garantie financière permettant le remboursement des fonds, effets ou valeurs déposés et spécialement affectés à ce dernier et contracter une assurance contre les conséquences pécuniaires de sa responsabilité civile professionnelle. Il conviendra donc de veiller au transfert de la garantie financière et de l'assurance au profit de la société à créer.

Son ou ses représentants légaux devront chacun justifier de leur aptitude professionnelle et ne pas être frappés d'une des incapacités ou interdictions d'exercer définies au titre II de la loi Hoguet.

Par ailleurs, il doit être procédé à une déclaration préalable d'activité pour chaque établissement, succursale, agence ou bureau par la personne qui en assure la direction, cette personne devant en outre satisfaire aux mêmes

⁶ Le législateur a introduit des exonérations de plus-value en cas de transmission d'une entreprise individuelle, exonérations fondées sur le montant du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise, la localisation de celle-ci (pour participer à l'aménagement du territoire) ou le prix de cession : exonération totale lorsque la valeur des éléments transmis n'excède pas 300 000 € et partielle lorsqu'elle est comprise entre 300 000 € et 500 000 € (article 238 quindecies du code général des impôts). Cette question fera l'objet de plus amples développements dans l'article consacré à la vente à un tiers de l'agence immobilière.

conditions que le représentant légal de la société.

Bien entendu, la personne morale doit également satisfaire à toutes les obligations imposées aux professionnels de la loi Hoguet : tenue des registres, mandats écrits... Il s'agira alors de nouveaux registres et de nouveaux numéros de mandats attachés à une nouvelle carte professionnelle. S'agissant des mandats, la mise en société nécessitera de les renouveler.

En effet, par exemple, se fondant sur l'article 18 de la loi du 10 juillet 1965 (*"Seul responsable de sa gestion, il [le syndic] ne peut se faire substituer"*), la jurisprudence considère que le mandat de représentation donné par une assemblée générale des copropriétaires a un *"caractère strictement personnel"*. Cet *"intuitu personae"* implique que le syndic

ne peut se substituer dans l'exercice de son mandat la personne à laquelle il a cédé son fonds.

Or, la mise en société aboutit nécessairement à la substitution d'une personne morale à la personne physique, de sorte qu'il conviendra de régulariser tous les mandats au nom de la personne morale ainsi créée.

Il en va de même en cas de location-gérance du fonds de commerce⁸.

La solution est cependant différente lors d'un simple changement de forme sociale ou d'une

prorogation de durée, en vertu de l'article 1844-3 du Code civil⁹.

Cette obligation ne doit pas être négligée, puisque la renégociation des mandats implique nécessairement un risque de non-renouvellement.

En conclusion, pour paraphraser CHAMFORT à propos du mariage, *"l'exploitation en société et l'exploitation individuelle ont toutes deux des inconvénients ; il faut préférer celles dont les inconvénients ne sont pas sans remède"*. Ce choix dépendra de nombreux paramètres, mais compte tenu des diverses contraintes, il sera toujours préférable de choisir en fonction d'un véritable projet d'exploitation : association avec d'autres personnes, nécessité d'investir dans la structure, cession de la structure, etc. ■

La dernière partie de cet article sera publiée dans juin-juillet 2007.

Important



La mise en société aboutit nécessairement à la substitution d'une personne morale à la personne physique, de sorte qu'il conviendra de régulariser tous les mandats au nom de la personne morale ainsi créée.

⁷ CA Montpellier 25 février 2003, Juris-Data n° 2003-224832 ; CA Paris 10 janvier 2002, Juris-Data n° 2002-162729 ; Cass. com. 30 mai 2000, Bull. civ. IV, n° 113.

⁸ CA Paris ch. 23 B 30 mars 2000, Juris-Data n° 2000-112470.

⁹ *"La transformation régulière d'une société en une société d'une autre forme n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. Il en est de même de la prorogation ou de toute autre modification statutaire."*

OFFREZ

LE MEILLEUR DE LA GESTION IMMOBILIÈRE

À VOS CLIENTS

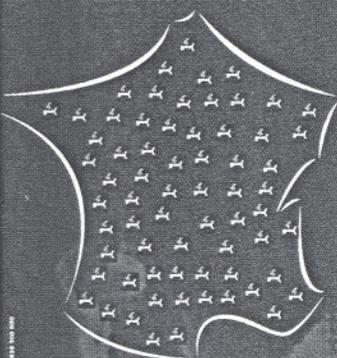
1) Fidélisez vos clients

2) Externalisez votre

GESTION
IMMOBILIÈRE

3) Percevez des honoraires permanents

4) Augmentez votre chiffre d'affaires



+ DE 500 AGENCES PARTENAIRES

Centre de gestion immobilière

N°Azur 0 810 38 95 24

(prix d'un appel local)

SARL au Capital de 20.000 € - RC Toulouse B404 821 373
Caisse de garantie FNAIM - 89, rue de la Boétie 75008 Paris
CP Gestion n° 422 délivré par la préfecture de la Haute-Garonne



LA SOLUTION GESTION