# La révocabilité de l'option à l'IS des sociétés de personnes

« Choisir, c'est renoncer ! ». Cette affirmation d'André Gide[1] a nourri nombre de débats et réflexions dans bien des domaines. Elle suppose que tout choix implique une part de renoncement et un jugement de valeur entre ce qui est bénéfique et nécessaire.
Or, aujourd'hui, nous ne dénombrons plus les SCI ayant opté à l'IS sous les conseils « avisés » de certains, ou par manque de diligences d'autres.

## Conséquences sur les plus-values immobilières

L'assujettissement à l'IS durant la détention de biens immobiliers présente des avantages certains, mais la cession ultérieure desdits biens aura de lourdes conséquences en termes d'imposition des plus-values. Sans dresser la liste des inconvénients d'une telle option, il est nécessaire de mettre en exergue l'assiette croissante des plus-values à l'IS. Cette dernière, comme chacun sait, se constitue par la différence entre le prix de vente et la valeur nette comptable. Les plus-values imposables ne cessent donc de croître compte tenu de l'amortissement régulier des actifs.
De plus, si l'option prive les associés de la SCI de l'opportunité, en cas de revente, du régime d'imposition des plus-values immobilières (CGI, art. 150 V et s. et 150 UB), elle soumet la cession des parts sociales à celui des plus-values sur valeurs mobilières et droits sociaux (CGI, art. 150-0 A). Alors qu'il était possible, avant 2004[2], d'exonérer les plus-values de cession des titres de sociétés à prépondérance immobilière ayant opté à l'IS après une détention de 15 ans (délai porté aujourd'hui à 22 ans), aucune exonération totale n'est désormais envisageable. D'autre part, la cession de titres d'une SCI soumise à l'IS risque de se heurter à l'absence d'acquéreur en raison de la fiscalité latente lors de la sortie de l'immobilier. Les plus-values se trouvent ainsi piégées dans la société.

## Autres formes de détention de l'immobilier

Pourtant, qu'il s'agisse de la détention d'un patrimoine professionnel ou privé, les moyens d'optimiser la fiscalité des associés sont reconnus par la jurisprudence et le législateur. Nous pensons, notamment, à la cession de l'usufruit temporaire des parts de la SCI au profit d'une société d'exploitation. Bien que cette technique ait été, en pratique, délaissée depuis la parution de la 3e loi de finances rectificative pour 2012[3], elle permet toutefois de jouir des vertus de l'article 238 bis K du CGI.
Nous évoquerons plus précisément la possibilité de constituer une SARL de famille. Il s'agit d'une option au régime des sociétés de personnes (CGI, art. 46 terdecies A et s.) et non d'une société à statut particulier. L'activité, comme pour une SARL classique, doit être de nature commerciale, industrielle, artisanale ou agricole. L'objet social ne peut donc se limiter à une activité de gestion du patrimoine familial, ni concerner une activité libérale. Le capital social doit être intégralement détenu soit par des parents en ligne directe, soit par des frères et sœurs, soit par des conjoints (ou concubins pacsés), ou simultanément par des membres de l'un et l'autre de ces groupes.
En principe, une société peut être assujettie soit à l'IS (SARL, SAS), soit à l'IR (SNC). Dans le premier cas, la responsabilité des associés est limitée aux apports, mais les éventuelles pertes ne sont pas imputables sur leur revenu global. Dans le second cas, les pertes sont déductibles mais les associés ont une responsabilité illimitée et solidaire. La SARL de famille permet de combiner les deux avantages, sans en avoir les inconvénients. Tout en étant à responsabilité limitée, cette société pourra opter pour le régime des sociétés de personnes en application de l'article 239 bis AA du CGI. Les résultats seront imposés directement entre les mains des associés.

## Caractère irrévocable de l'option

Fréquemment, les SCI que nous rencontrons sont constituées entre membres d'une même famille. Pourquoi, dès lors, se placer dans le carcan d'une option à l'IS ? L'article 239 du CGI est sans équivoque : l'option au régime des sociétés de capitaux est irrévocable.

A moins que l'option n'ait été exercée avant le 1er janvier 1981 par une société de personnes formée entre parents en ligne directe ou entre frères et sœurs, ainsi que les conjoints. Qui trouve encore de telles SCI dans cette situation "dérogatoire" ?
L'irrévocabilité de l'option à l'IS reste attachée à la personnalité morale de la société et non à la qualité de ses associés. Prenons le cas d'une Société en Commandite Simple (SCS) qui, après avoir opté pour son assujettissement à l'IS (CGI, art. 206), se transforme en SNC. L'option exercée antérieurement à sa transformation reste irrévocable et lie la société sous sa nouvelle forme[4]. Il en est de même lorsqu'une EURL, ayant opté au régime des sociétés de capitaux, devient[5] une SARL suite à l'entrée d'un nouvel associé. Cette dernière est soumise de plein droit à l'IS quel que soit son objet. Si la réunion de toutes les parts entre les mains d'un seul associé devait s'opérer, la SARL redeviendrait une EURL soumise à l'IS. L'option exercée par l'EURL, devenue une SARL puis à nouveau une EURL, reste opposable à cette dernière[6].

# Une option si irréversible ?

Pour en revenir à la SARL de famille, l'administration fiscale admet que l'application de l'article 239 bis AA est possible pour les sociétés constituées sous la forme de SARL, ou pour les SARL issues de la transformation d'une société d'un autre type, indifféremment de son régime fiscal en l'occurrence[7].
Conformément à l'article 1844-3 du Code civil, la transformation régulière d'une société en une société d'une autre forme n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. Par conséquent, l'article 221 bis du CGI trouvera à s'appliquer ; la SARL cessant totalement d'être soumise à l'IS suite à son option pour le régime des sociétés de personnes.
L'article 221 bis permettra de reporter l'imposition des bénéfices et des plus-values latentes, à la double condition qu'aucune modification ne soit apportée aux écritures comptables et que l'imposition desdits bénéfices et plus-values demeure possible. Néanmoins, les plus-values réalisées ultérieurement devront être calculées d'après leurs valeurs fiscales avant l'entrée dans le régime des sociétés de personnes, aux conditions prévues par les articles 39 duodecies à 39 quindecies, sans qu'il soit fait application des dispositions de l'article 151 septies du CGI[8].

S'il écarte clairement l'application de l'article 151 septies, l'article 221 bis ne fait aucune mention des articles 151 septies A[9] et 151 septies B[10], ni même du 238 quindecies[11]. *"Qui tacet consentire videtur"*, pour reprendre une célèbre maxime[12]. Nous pouvons ainsi convenir que ces derniers resteront de mise et produiront leurs effets malgré l'option initiale à l'IS. Un seul bémol est à noter : contrairement aux dispositions des articles 151 septies et 238 quindecies, celles des articles 151 septies A et 151 septies B ne prévoient pas l'exonération des prélèvements sociaux. Malgré tout, ne vaut-t-il pas mieux être taxé à 15,5 % plutôt qu'à 33,1/3 %, sans compter la distribution de dividendes de la SCI à l'IS ? Tout l'art sera d'associer, dans la mesure du possible, ces différents dispositifs (238 quindecies, 151 septies A et 151 septies B) pour obtenir la charge fiscale et sociale la plus optimale.

***

La révocabilité, du moins l'atténuation du caractère irréversible, de l'option à l'IS par les sociétés de personnes constituées entre membres d'une même famille devrait être atteinte. Le schéma à suivre serait le suivant : transformation de l'entité ayant opté à l'IS en une SARL puis, option au régime des sociétés de personnes. Dès lors, devons-nous présumer que l'abus de droit est consommé ? S'il est vrai que les associés se sont placés dans une situation leur permettant de bénéficier du régime des sociétés de personnes, du fait de la transformation en SARL, le but exclusivement fiscal peut être écarté. Ainsi, la recherche de sécurité via la responsabilité limitée des associés et les modalités de transmissions en présence d'enfants mineurs, par exemples, pourraient être autant d'arguments permettant d'écarter l'exclusivité fiscale.

**Illustration : transformation d'une SCI ayant opté à l'IS en SARL de famille**

| Année de cession des actifs (N+10 après l'acquisition) | | SCI à l'IS | SARL de famille |
|---|---|---|---|
| Valeur vénale de l'immeuble (prix de revient : 500 000 €) | | 800 000 | 800 000 |
| Valeur vénale du terrain | | 500 000 | 500 000 |
| Amortissements cumulés au taux de | 5 % | 250 000 | 250 000 |
| Plus-value | | 1 050 000 | 1 050 000 |
| IS | 33 % | 346 500 | |
| Distribution de dividendes | | 703 500 | |
| Dividendes nets (CGI, art. 158) | 60 % | 422 100 | |
| Tranche IRPP | 41 % | 173 061 | 102 500 |
| Taux réduit des plus-values à long terme | 16 % | | 128 000 |
| Abattement prévu à l'article 151 septies B du CGI | | | 400 000 |
| Base CSG | | 703 500 | 1 050 000 |
| Taux CSG | 15,5 % | 109 043 | 162 750 |
| Impôt total | | 628 604 | 162 750 |
| Crédit CSG N+1 | | 35 879 | 53 550 |
| Coût total réel | | 592 725 | 109 200 |
| Gain net | | 457 275 | 940 800 |
| En % | | 44 % | 90 % |

La lecture de cet exemple se passe de tout commentaire sur l'efficacité du choix à opérer. Quid de l'activité de la SARL de famille ? Nous l'évoquions plus haut, l'objet social ne saurait se cantonner à une activité de gestion du patrimoine familial. Ce point non négligeable est mentionné aux articles 46 terdecies et 239 bis AA du CGI. L'activité de la SARL de famille pourra être qualifiée de commerciale, notamment, dans le cas d'une activité de location meublée, parahôtellerie, ou location de locaux aménagés.