

# APRES LA LOI NRE, POUR QUELLES PERSONNES LES ACTIONS DETENUES DANS UNE SAS PEUVENT-ELLES ETRE CONSIDEREES COMME DES BIENS PROFESSIONNELS EXONERES D'ISF (CGI, ART. 885-O BIS) ?

**Jean-Philippe DOM**

Maître de conférences à l'Université de Caen

**Résumé.** - A partir de l'analyse proposée, dans les sociétés par actions simplifiées, on peut considérer que, depuis la loi NRE, il est possible de retenir un plafond de 7 personnes à même de bénéficier de l'exonération édictée par l'article 885-O bis du CGI.

Ces bénéficiaires sont le président et les dirigeants investis d'un pouvoirs de représentation (comme c'est le cas dans la société anonyme pour les "directeurs généraux délégués") ou d'un pouvoir de surveillance (comme c'est le cas dans la société anonyme pour le président du conseil de surveillance).

Cela est peu. En effet, de nombreux groupes de sociétés souhaitent recourir (ou ont déjà eu recours) à la création (par voie de constitution ou de transformation) d'une holding sous forme de société par actions simplifiée afin d'éviter certains effets de la loi, notamment depuis la Loi NRE. A l'occasion de ces restructurations, il convient donc de prendre en considération ce plafond imposé par la doctrine administrative pour définir les personnes éligibles au bénéfice de l'article 885-O bis du CGI.

<b>I.</b>	<b>La nature des fonctions des associés dirigeants de SAS.....</b>	<b>3</b>
A.	- La situation des “ dirigeants ” de société anonyme .....	3
	1°) Dans la société anonyme à conseil d'administration.....	4
	2°) Dans la société anonyme à directoire et conseil de surveillance .....	4
B.	- La situation des associés dirigeants de SAS.....	5
<b>II.</b>	<b>Le nombre d'associés dirigeants de SAS bénéficiaires de l'article 885-O bis .....</b>	<b>6</b>
A.	- Les actionnaires exerçant les fonctions de direction énumérées dans l'article 885-O bis.....	6
B.	- Le décompte .....	7
	1°) Dans la société anonyme à directoire et conseil de surveillance .....	8
	2°) Dans la société anonyme à conseil d'administration .....	8
	3°) Dans les sociétés par actions simplifiées.....	9

**1. La question de l'ISF.** – Les dividendes et les rémunérations que perçoivent les dirigeants de SAS sont respectivement des revenus de capitaux mobiliers et des traitements et salaires soumis au droit commun. C'est surtout en matière d'ISF que les dirigeants de SAS peuvent rencontrer des difficultés. Sur ce terrain, le bénéfice de l'article 885-O bis pour les dirigeants de SAS est étroitement lié au statut et aux pouvoirs des dirigeants de société anonyme. En effet, suivant une réponse ministérielle (Rép. min. économie n° 39477 à M. R. Muselier : *JOAN Q*, 13 novembre 2000, p. 6466.) :

"les dispositions relatives à l'exonération d'ISF des titres détenus par les associés des sociétés anonymes sont applicables dans les mêmes conditions aux titres détenus par les associés des sociétés par actions simplifiées, sous réserve que ces derniers associés soient titulaires de fonctions dont l'étendue, conformément aux statuts de cette société, est au moins équivalente à celles qui sont exercées dans les sociétés anonymes par les personnes mentionnés au 1/ de l'article 885-O bis du code général des impôts. Pour le bénéfice de l'exonération d'ISF au titre des biens professionnels, le nombre d'associés dirigeants d'une société par actions simplifiée ne peut, bien entendu, excéder celui des associés d'une société anonyme qui exercent les fonctions de direction énumérées à l'article 885-O bis précité".

**2. Distinction de la SAS et de la société anonyme.** – Cette réponse fait peu de cas de la logique juridique. Il semble que le droit des sociétés anonymes ne correspond pas au droit commun des sociétés par actions. Si l'on pouvait légitimement se poser cette question avant la codification du droit commercial, il en va différemment aujourd'hui. La loi NRE est, de plus, venue creuser le fossé entre la société anonyme et la SAS (V. en ce sens, H. Le Nabasque, *La SAS et la loi sur les nouvelles régulations économiques*, *Rev. sociétés* 2001, p. 589.).

Néanmoins, à moins d'exercer un hypothétique recours, cette doctrine administrative oblige à examiner la situation des dirigeants de SAS par le prisme de celle des dirigeants de société anonyme.

Dans la mesure où la question de la qualification des actions au regard de l'ISF intéresse plus particulièrement cette étude, seules seront envisagées les conditions édictées par la réponse ministérielle : celle tenant à la nature des fonctions et celle tenant au nombre d'associés.

## **I. LA NATURE DES FONCTIONS DES ASSOCIES DIRIGEANTS DE SAS**

**3. La doctrine fiscale.** – La doctrine fiscale pose une condition *sine qua non* afin d'ouvrir aux dirigeants de SAS le bénéfice de l'article 885-O bis du CGI. En effet, suivant la réponse ministérielle :

Compte tenu de la liberté d'organisation des pouvoirs conférés aux associés d'une société par actions simplifiée, il est admis que les dispositions relatives à l'exonération d'ISF des titres détenus par les associés des sociétés anonymes sont applicables dans les mêmes conditions aux titres détenus par les associés des sociétés par actions simplifiées, sous réserve que ces derniers associés soient titulaires de fonctions dont l'étendue, conformément aux statuts de cette société, est au moins équivalente à celles qui sont exercées dans les sociétés anonymes par les personnes mentionnées au 1/ de l'article 885-O bis du code général des impôts.

**4. Spécificité de la situation des dirigeants.** - Or, malgré la "liberté d'organisation des pouvoirs conférés aux associés d'une société par actions simplifiée", des questions peuvent se poser quant à l'étendue des fonctions. En effet, celle-ci doit être "au moins équivalente à celles qui sont exercées dans les sociétés anonymes par les personnes mentionnés au 1/ de l'article 885-O bis". Or, si la question ne se pose pas pour le président de la société par actions simplifiée qui représente celle-ci à l'égard des tiers (C. com., art. L. 227-6), il peut en aller différemment pour les dirigeants qui ne disposent pas toujours d'un pouvoir de représentation de la société.

Au regard de l'ISF, la situation des dirigeants de SAS (2°) doit, ici encore, être examinée à la lumière de celle des dirigeants de société anonyme (1°).

### **A. - La situation des “ dirigeants ” de société anonyme**

**5. Les organes de direction.** – Dans la société anonyme, les organes de direction et de contrôle sont investis d'un pouvoir de représentation à l'égard des tiers. Pour les organes de direction, les textes se suffisent à eux-mêmes (v. dans la société anonyme à conseil d'administration post loi NRE, pour le directeur général : C. com., art. L. 225-56 I ; pour les directeurs généraux délégués : C. com., art. L. 225-56 II. - Dans la société anonyme à directoire et conseil de surveillance, pour le directoire : art. L. 225-64 ; pour le président du directoire et les directeurs généraux : art. L. 225-66. - Dans l'ancienne formule de société anonyme à conseil d'administration, pour le président du conseil d'administration : art. L. 225-51 ancien, pour les directeurs généraux : art. L. 225-53 ancien).

**6. Spécificité des organes dits de contrôle.** – Pour les organes de contrôle, la situation est plus complexe. Afin de bénéficier d'une réponse expertisée, il convient de distinguer entre la société anonyme à conseil d'administration et la société anonyme à conseil de surveillance.

### **1°) Dans la société anonyme à conseil d'administration**

**7. La faculté de représentation ouverte au conseil d'administration.** – Suivant l'article L. 225-35, al. 2 du Code de commerce,

"Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du conseil d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve."

Le conseil d'administration, sans être investi d'un pouvoir exprès de représentation à l'égard des tiers, peut donc implicitement engager la société auprès des tiers au-delà de l'objet social. Or, d'après l'alinéa 1er du même article,

"Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre. Sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent."

Se saisissant de toute question intéressant la bonne marche de la société, il possède donc une marge de manœuvre très importante et, suivant l'article L. 225-51 du Code de commerce, peut agir par la voie de son représentant, le président.

Art. L. 225-51. - Le président du conseil d'administration représente le conseil d'administration. Il organise et dirige les travaux de celui-ci, dont il rend compte à l'assemblée générale. Il veille au bon fonctionnement des organes de la société et s'assure, en particulier, que les administrateurs sont en mesure de remplir leur mission. ”

**8. Une nouvelle ambiguïté de la loi NRE.** – Dans l'absolu, alors même que la loi NRE souhaitait nettement distinguer les fonctions de direction et de contrôle de la société anonyme à conseil d'administration, les textes pourraient finalement conduire à mettre en concurrence le président et le directeur général en cas d'option pour un système de direction de type dualiste.

En conséquence, dans la société anonyme à conseil d'administration parmi les bénéficiaires de l'article 885-O bis du CGI, le directeur général, les directeurs généraux délégués et le président du conseil d'administration sont tous investis d'un pouvoir général de représentation de la société.

### **2°) Dans la société anonyme à directoire et conseil de surveillance**

**9. Une séparation des pouvoirs mieux marquée.** – Contrairement aux dispositions qui existent dans la société anonyme à conseil d'administration, le conseil de surveillance n'est investi d'aucun pouvoir de représentation expresse ou implicite à l'égard des tiers. L'imperméabilité des fonctions de direction et de contrôle est même assurée par l'article L. 225-74 du Code de commerce suivant lequel :

Art. L. 225-74. - Aucun membre du conseil de surveillance ne peut faire partie du directoire".

Le président du conseil de surveillance n'est, quant à lui, investi que de fonctions administratives. Il est seulement chargé de convoquer le conseil et d'en diriger les débats du conseil (C. com., art. L. 225-81).

Dans la société anonyme à directoire et conseil de surveillance, au regard des bénéficiaires des dispositions de l'article 885-O bis du CGI, seul le président du conseil de surveillance n'est pas investi d'une fonction de représentation à l'égard des tiers.

## **B. - La situation des associés dirigeants de SAS**

**10. Un statut ouvert aux fonctions de direction et de surveillance.** – Dans la SAS, les associés dirigeants autres que le président peuvent être investis de pouvoirs de direction, ce terme devant être entendu au sens large et comprenant les hypothèses d'un pouvoir d'administration et de représentation ou de simples pouvoirs de surveillance. Dans chacune de ces hypothèses, le bénéfice de l'article 885-O bis du CGI leur est ouvert.

## **II. LE NOMBRE D'ASSOCIES DIRIGEANTS DE SAS BENEFICIAIRES DE L'ARTICLE 885-O BIS**

**11. Logique de la réponse ministérielle.** – Suivant la réponse ministérielle,

"Pour le bénéfice de l'exonération d'ISF au titre des biens professionnels, le nombre d'associés dirigeants d'une société par actions simplifiée ne peut, bien entendu, excéder celui des associés d'une société anonyme qui exercent les fonctions de direction énumérées à l'article 885-O bis précité".

En conséquence, avant de procéder au décompte (2°), il convient de définir les personnes concernées par celui-ci (1°).

### **A. - Les actionnaires exerçant les fonctions de direction énumérées dans l'article 885-O bis**

**12. Instruction fiscale et « dirigeants » de société anonyme.** - Une récente instruction fiscale (Instruction du 13 décembre 2001, n° 7 S-05-01) admet que, depuis la loi NRE et durant la période de transition pendant laquelle il sera possible de passer de l'ancienne forme de société anonyme à conseil d'administration à la nouvelle, les personnes suivantes pourront bénéficier de l'article 885-O bis :

Dans les structures découlant du Code de commerce dans sa version antérieure à la loi NRE :

- le président du conseil d'administration et les directeurs généraux, pendant la période de passage à la nouvelle formule ;
- les membres du directoire et le président du conseil de surveillance, dans les sociétés à directoire ;

et, dans les sociétés anonymes à conseil d'administration découlant du Code de commerce dans sa version postérieure à la loi NRE :

- le président directeur général en l'absence de dissociation des fonctions ;
- le président du conseil d'administration et le directeur général en cas de dissociation ;
- les directeurs généraux délégués qu'il y ait ou non dissociation.

**13. Statut fiscal des dirigeants et passage de l'ancien mode de direction de la société anonyme à conseil d'administration au nouveau (post NRE).** – On notera que l'instruction permet aux sociétés anonymes de bénéficier de toute la latitude laissée par le législateur dans l'organisation du passage à la nouvelle formule :

"compte tenu de l'entrée en vigueur progressive des dispositions relatives au fonctionnement des organes dirigeants selon notamment la date d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés et l'inscription ou non des titres sur un marché réglementé (cf. annexe II), certaines sociétés sont susceptibles de conserver l'ancien mode de fonctionnement des organes dirigeants. Dans cette hypothèse, les dispositions du A continuent de s'appliquer mutatis mutandis."

Sur ce dernier point, on peut rappeler que, pour ce qui concerne le choix entre les deux formules, il convient de distinguer :

- Pour les sociétés créées depuis la publication de la loi NRE, l'article L. 225-51-1 du Code de commerce est applicable. Les statuts doivent contenir les clauses permettant le choix entre la formule moniste et la formule dualiste ;
- Pour les sociétés qui préexistaient à la publication de la loi NRE, la loi prévoit une sous-distinction :
  - Les sociétés cotées doivent convoquer une AGE dans un délai de 18 mois à compter de la publication de la loi NRE. Cette assemblée doit notamment procéder à la modification des statuts. A défaut, une injonction sous astreinte des administrateurs, peut être demandée par tout intéressé au président du tribunal statuant en référé afin que le conseil d'administration procède à la convocation.
  - Les sociétés non cotées peuvent conserver leurs statuts sans délibération particulière de leur assemblée générale, jusqu'à la convocation d'une assemblée générale extraordinaire pour d'autres raisons. La doctrine est divisée sur la possibilité de laisser passer plusieurs assemblée extraordinaire avant de modifier les statuts. Le tribunal de commerce de Paris paraît favorable à cette solution ; cependant une réponse ministérielle est à l'étude.

Cette instruction prévoit également ses propres conditions d'application dans le temps. Les dispositions relatives aux dirigeants de la société anonyme à conseil d'administration tels qu'ils existent depuis la loi NRE s'appliquent à compter de l'ISF 2002. Néanmoins, aucun problème ne découlera de cette disposition dans la mesure où "l'ISF est un impôt annuel. Les conditions d'assujettissement s'apprécient au 1er janvier de chaque année d'imposition" (Instruction du 28 avril 1989, n° 7 R-1-89, spéc. § 6.). Le fait pour un directeur général au 1er janvier 2001 de devenir directeur général délégué, par exemple au 30 juin 2001, est sans conséquence. Sa situation a été appréciée au 1er janvier 2001 en tant que directeur général, elle sera de nouveau appréciée au 1er janvier 2002 (Il convient toutefois de faire également attention au respect de la condition relative à l'importance de la rémunération, qui s'apprécie au titre de l'année précédant celle de l'imposition.).

## **B. - Le décompte**

**14. Rappel des organes de direction pris en considération.** – Dans la mesure où la réponse ministérielle n'est pas un modèle de rigueur juridique (on peut notamment remarquer cette réponse traite des " associés d'une société anonyme ", alors que le terme " actionnaires " eût été mieux venu), on considérera que les " fonctions de direction " dont il est fait état recouvrent le mandat de président du conseil de surveillance. Il est vrai que ce mandataire préside – et donc " dirige " - un organe de contrôle : le conseil de surveillance.

Ceci étant précisé, le décompte peut être effectué dans chacune des formes de société anonyme. Les limites qui en découlent sont importantes dans les sociétés par actions simplifiées.

### **1°) Dans la société anonyme à directoire et conseil de surveillance**

**15. Plafond dans la SA à directoire.** - Dans la société anonyme à directoire et conseil de surveillance, il peut y avoir au maximum :

- 5 membres du directoire – 7 si la société est cotée mais cela ne peut être le cas pour la SAS – (C. com., art. L. 225-58), dont un est président (C. com., art. L. 225-66, al. 1er) ;
- 1 président du conseil de surveillance (C. com., art. L. 225-81) ;
- en outre, les statuts peuvent habiliter le conseil de surveillance à attribuer le même pouvoir de représentation que celui du président du directoire à des directeurs généraux ; cependant ceux-ci doivent être choisis parmi les membres du directoire (C. com., art. L. 225-66, al. 2).

Au total, on se trouve donc en présence d'un maximum de 6 personnes pouvant bénéficier de l'exonération de l'article 885-O bis en matière d'ISF. Le président du directoire et les directeurs généraux n'entrent en effet pas dans le décompte dans la mesure où ils sont tous choisis parmi les membres du directoire.

### **2°) Dans la société anonyme à conseil d'administration**

**16. Plafond dans la SA à conseil d'administration.** - Dans la société anonyme à conseil d'administration, il peut y avoir au maximum ;

- Suivant l'ancienne formule,
  - > 1 président du conseil d'administration ;
  - > 5 directeurs généraux délégués ;
- Suivant la nouvelle formule, en cas d'adoption du régime dualiste
  - > 1 directeur général ;
  - > 1 président du conseil d'administration ;
  - > 5 directeurs généraux délégués.

Au total, dans la nouvelle formule, 7 personnes peuvent bénéficier de l'exonération de l'article 885-O bis du CGI en matière d'ISF.

### **3°) Dans les sociétés par actions simplifiées**

**17. Extrapolation dans la SAS.** - Au regard des développements précédents, dans les sociétés par actions simplifiées, il est donc possible de retenir un plafond de 7 bénéficiaires de l'exonération édictée par l'article 885-O bis du CGI.

**18. Le recours à la SAS pour éviter certains effets de la loi NRE.** – Cela est peu. En effet, de nombreux groupes de sociétés souhaitent recourir (ou ont déjà recouru) à la création (par voie de constitution ou de transformation) d'une holding sous forme de société par actions simplifiée afin d'éviter certains effets de la loi, notamment depuis la réforme apportée par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

Parmi les principes que permet d'éviter la SAS, on insistera notamment sur :

- l'absence de décision des associés sur les comptes consolidés (C. com., art. L. 227-9 et de l'art. L. 225-100),
- l'intérêt indirect en matière de conventions soumises à contrôle (C. com., art. L. 227-10 qui ne reprend pas les termes présents notamment dans l'article L. 225-38, al. 2 du Code de commerce suivant lequel « il en est de même des conventions auxquelles une des personnes visées à l'alinéa précédent est indirectement intéressée »),
- les simplifications du formalisme pour les conventions libres (C. com., art. L. 227-11),
- l'absence de soumission du président et des dirigeants aux règles du cumul des mandats,
- l'absence d'exigence légale particulière en matière de transparence des rémunérations.

**19. Spécificité des questions soulevées par la transparence des rémunérations.** – Pour la transparence des rémunérations, d'après l'article L. 225-102-1 du Code de commerce :

Art. L. 225-102-1. – Le rapport visé à l'article L. 225-102 rend compte de la rémunération totale et des avantages de toute nature versés, durant l'exercice, à chaque mandataire social.

Il indique également le montant des rémunérations et des avantages de toute nature que chacun de ces mandataires a reçu durant l'exercice de la part des sociétés contrôlées au sens de l'article L. 233-16. (...)

Dans la mesure où seules les rémunérations versées dans la société anonyme contrôlante et perçues par les sociétés filiales sont soumises à déclaration. En conséquence, pour ne pas se placer dans le champ d'application de ce texte, la solution qui a généralement été retenue consiste à utiliser une holding n'ayant pas la forme d'une société anonyme, mais celle d'une société par actions simplifiée.

Au cas le plus fréquent, cette holding va pouvoir jouer un rôle financier. En effet, les principales rémunérations peuvent être versées par la SAS holding sans obligation particulière d'information. Dans la mesure où les mandataires sont communs, leur gestion peut être centralisée au niveau de la société mère. Cela permet éventuellement de facturer des prestations de gestion aux filiales et de financer en partie la rémunération versée par la holding.

**20. Risques liés au décompte des dirigeants dans la SAS.** – Les rémunérations versées dans

la SAS peuvent donc être importantes. Les associés dirigeants qui ont pu être “ localisés ” dans de telles holdings peuvent être nombreux. C’est pourquoi, si tel n’est pas déjà le cas, ces dirigeants devraient s’organiser de façon à répondre aux principes dégagés par la réponse ministérielle : seuls 7 d’entre eux sont, selon l’Administration, éligibles à l’exonération de l’article 885-O bis du CGI. A défaut, des redressements pourraient être encourus.