

La convention tiers séquestre et le risque fiscal

L'acquisition d'une officine de pharmacie nécessite pour le futur titulaire de recourir, en grande partie, à l'emprunt bancaire pour financer le fonds de commerce, le besoin en fonds de roulement, les travaux et agencements.

L'opération classique est la création d'une société soumise à l'impôt sur les sociétés pour porter l'opération.

L'obtention du prêt bancaire sera conditionnée dans la majorité des cas à la conclusion d'une assurance décès invalidité du porteur de projet et d'un engagement plus ou moins important sur son patrimoine personnel par la fourniture d'une caution.

Le danger du remboursement anticipé du prêt au profit de l'établissement bancaire :

Dans l'hypothèse malheureuse du décès du pharmacien, assuré du prêt, le prêt est directement soldé auprès de l'établissement bancaire (désigné bénéficiaire de l'assurance emprunteur).

Mais ce remboursement « anticipé » du prêt n'est pas sans effet sur l'officine : la diminution de son passif, compte tenu du remboursement de la dette, constitue un produit exceptionnel imposable.

La facture fiscale qui en résulte peut être très difficile à honorer et alors mettre en péril la pérennité de l'officine. En effet, la société va rarement disposer de suffisamment de trésorerie pour pouvoir s'acquitter d'une dette fiscale aussi lourde.

Le risque est bien évidemment de mettre l'entreprise en état de cession de paiement car l'actif disponible ne couvrirait pas le passif exigible.

Plus encore, l'effacement de la dette a pour effet d'augmenter la valeur de l'officine ou de ses titres, générant ainsi une augmentation mécanique des frais de succession mis à la charge des héritiers.

La désignation du ou des bénéficiaires de cette assurance est donc une question majeure, en particulier pour préserver les intérêts de l'officine.

Les intérêts de la clause de tiers séquestre

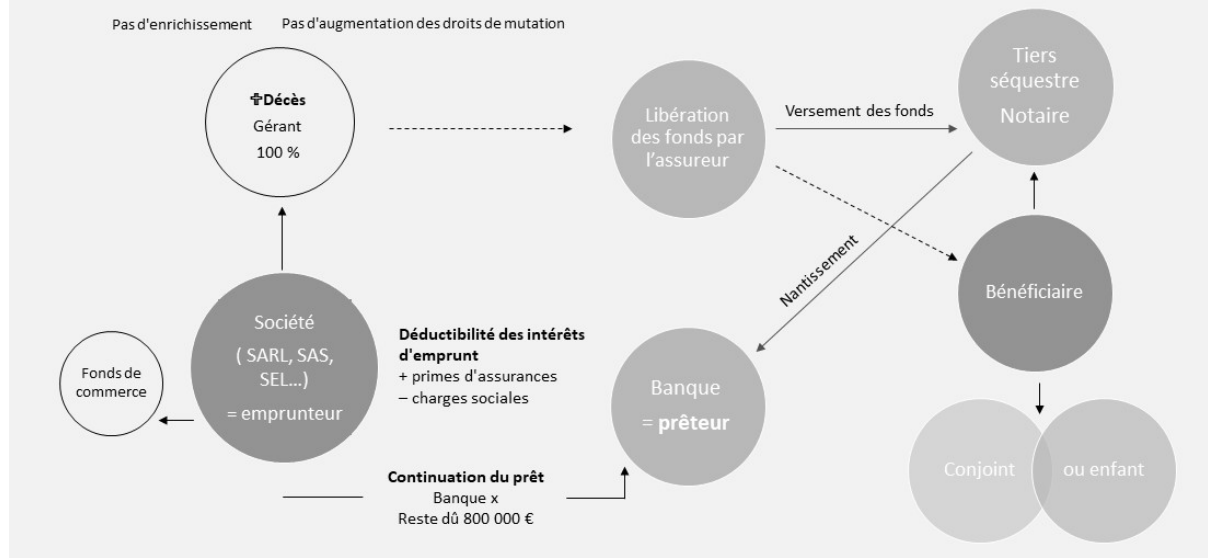
Pour contourner ces difficultés, le pharmacien dispose de la possibilité de doter son assurance emprunteur d'une clause de séquestre au profit d'un tiers.

Concrètement, en cas de décès, le tiers désigné (les héritiers du pharmacien en général) se voit attribuer le montant du capital assuré restant dû à la banque. La somme ainsi perçue est nantie au profit de la banque et mise sous séquestre à la comptabilité du notaire.

De son côté, l'officine continue de rembourser le prêt contracté aux échéances prévues.

Par la suite, la somme séquestrée est utilisée pour assurer le remboursement du prêt puis libérée au profit des héritiers une fois le prêt intégralement remboursé.

Hypothèse de décès de l'assuré en présence de la convention



Et puisque la dette issue de l'emprunt demeure au passif de l'officine, celle-ci ne « souffre » d'aucun revenu exceptionnel fiscalement pénalisant, les intérêts de l'emprunt continuant même d'être comptabilisés en charges. Pour la même raison, il n'y a pas d'augmentation immédiate de la valeur de l'officine (ou de ses titres) qui vient peser sur le montant des droits de succession mis à la charge des héritiers. Au final, une fois le prêt bancaire remboursé, la somme séquestrée revient aux héritiers, sans application de droits de succession.

Enfin, si la banque n'est pas directement bénéficiaire de l'assurance emprunteur, elle demeure couverte en cas de défaut de paiement des échéances du prêt. Aussi, la convention de tiers séquestre peut-elle constituer, pour l'organisme bancaire, une alternative tout à fait acceptable puisque son gage est préservé.

Le risque fiscal de la clause de tiers séquestre

Depuis la création du mini abus de droit fiscal, des interrogations ont fait jour quant à la validité de la convention de tiers séquestre et sur les risques fiscaux liés à ce montage. Car si cette clause présente un intérêt économique évident, elle permet également de réaliser un gain fiscal.

Pour y voir plus clair, il est nécessaire de reprendre les textes fiscaux en la matière et revenir sur l'arrêt du Conseil d'Etat Musel du 10 juillet 1992.

Au titre de l'acte anormal de gestion :

L'arrêt Musel a validé indirectement la convention de tiers séquestre mais la question principale de cet arrêt portait sur la déductibilité des primes d'assurance au résultat de la société. L'arrêt confirme la capacité de la société à passer en charges ces primes sous plusieurs conditions, savoir :

- le prêt est souscrit pour les besoins de l'exploitation de la société,
- le dirigeant a l'obligation de fournir sa caution personnelle,
- une caution personnelle elle-même contre garantie par une assurance décès personnelle et dont le capital sera à disposition de la banque (par un nantissement notamment),
- le décès du dirigeant ne constitue pas une cause de déchéance du terme du prêt.

Les conditions précitées ne valident donc pas la convention de tiers séquestre mais seulement la déductibilité des primes.

Au titre de l'abus de droit exclusivement fiscal de l'article 64 du LPF

Sont ici visés les actes ayant un caractère fictif (abus de droit par simulation) ainsi que les actes qui, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par les auteurs, n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles.

L'intérêt exclusivement fiscal est écarté dans la mesure où le montage permet de préserver les intérêts de la banque, de l'entreprise tout en permettant de gratifier les héritiers du chef d'entreprise.

Au titre de l'abus de droit principalement fiscal de l'article 64 A du LPF

Le nouveau dispositif a fait l'objet de commentaires de l'administration fiscale et la mise en œuvre de celui-ci reste complexe.

On rappellera que la nouvelle procédure n'a pas pour objet d'interdire au contribuable de choisir le cadre juridique le plus favorable du point de vue fiscal, tant que ces choix ne sont pas empreints d'une certaine artificialité. Il existe un double critère cumulatif :

Un critère objectif, à savoir une fraude à la loi. Il convient de déterminer si l'opération procède ou non de l'utilisation d'un texte allant à l'encontre de l'objectif du législateur.

Le versement des sommes d'assurance-décès aux bénéficiaires, en exonération de droit de succession, est encouragé par une exonération fiscale prévue par la loi elle-même. De plus, l'imposition du profit exceptionnel résultant de la suppression d'un passif est une conséquence des principes généraux d'imposition.

Elle peut entraîner des conséquences fâcheuses pour l'entreprise qui ne disposera pas nécessairement d'assez de trésorerie pour assumer la charge fiscale supplémentaire, et il apparaît nulle part que le souhait du législateur est de voir maintenir cette imposition à tout prix.

Le critère objectif n'est pas rempli. Et pourtant, c'est uniquement si un doute peut exister sur ce point qu'il conviendra de s'interroger sur la poursuite d'objectifs principalement fiscaux. On étudiera donc ce second point uniquement par plaisir intellectuel...

Un critère subjectif, le motif principal d'éluider ou d'atténuer l'impôt. L'administration a bien des difficultés pour donner du corps à ce critère. Elle fournit dans sa doctrine plusieurs pistes et notamment : « les opérations produisant des effets patrimoniaux avérés, dotées d'une substance effective échappent également par principe à toute critique à cet égard ; et ce, quand bien même elles permettent de réaliser une économie d'impôt substantielle. »

Nous sommes, à notre avis, dans cette hypothèse.

Ainsi, ni le critère objectif ni le critère subjectif ne sont remplis et il serait très difficile de mettre en œuvre cette procédure.

Au surplus, l'article L 64 A du LPF concerne tous les impôts, à l'exception notable de l'impôt sur les sociétés qui relève d'un autre dispositif. Le redressement fiscal ne pourrait porter que sur les droits de succession, sous réserve d'un premier redressement (sur l'IS) de la société au titre du dispositif anti-abus.

Au titre du dispositif anti-abus de l'article 205 A du CGI

La loi de finances pour 2019 a créé le dispositif anti-abus fixé à l'article 205 A du CGI et qui dispose :

« Pour l'établissement de l'impôt sur les sociétés, il n'est pas tenu compte d'un montage ou d'une série de montages qui, ayant été mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité du droit fiscal applicable, ne sont pas authentiques compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents.

Un montage peut comprendre plusieurs étapes ou parties.

Aux fins du présent article, un montage ou une série de montages est considéré comme non authentique dans la mesure où ce montage ou cette série de montages n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique. »

Les commentaires de l'administration sont quasi identiques à ceux de l'article L 64 A du CGI. Le double critère objectif et subjectif est à retenir. L'administration précise qu'un montage est considéré comme non -authentique dans la mesure où il n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique.

Dans le cas où un montage procure des avantages d'ordre à la fois économique et fiscal, mais où l'avantage d'ordre économique est très marginal par rapport à l'avantage fiscal obtenu, le motif économique est susceptible d'être considéré comme non valable.

Dans notre hypothèse, les conditions du prêt sont définies par la banque et doivent être respectées parce qu'il est de l'intérêt de l'entreprise d'obtenir son financement. Par ailleurs, l'imposition d'un profit exceptionnel peut mettre la société en difficulté et ce montage serait le seul moyen d'assurer la pérennité de l'entreprise.

Son intérêt économique est bien de conserver un financement de long terme.

Ainsi, il nous semble que le risque est écarté.

Les risques fiscaux semblent donc écartés dans la mesure où l'avantage fiscal issu de l'opération n'en constitue pas la finalité essentielle. En effet, le recours à la clause de tiers séquestre étant le seul moyen d'assurer la pérennité de l'officine.

Conseil : pour tout projet nécessitant un prêt bancaire (et donc une assurance emprunteur), n'hésitez pas à solliciter votre notaire PHARMETUDES. En effet, ce professionnel a toutes les cartes en main pour rédiger sous la forme d'un acte authentique. La convention de tiers séquestre et, plus globalement, pour gérer au mieux votre succession et protéger les intérêts de vos héritiers.

Article «La convention tiers séquestre et le risque fiscal» - Le 14 mars 2022 - Par Maître BERNARDEAU