

La location-gérance, mode d'exploitation du fonds de commerce ou instrument d'optimisation fiscale ?

Professor Mohamed EL GDAIHI¹

Abstract

The present contribution is the result of research into the legal and fiscal arsenal in reference to the French and Moroccan law. The author wondered whether it considers only companies taken apart or could consider the groups likewise. While the legislator makes the tax options, as it does in the French case, he encourages groups to act in the interest of the group as fiscal integration; fiscal optimisation is done more or less in transparency. The result will be reversed when the group of companies has neither legal personality nor processes and arrangements to allow tax savings, the lease under management is a case in point. Ceases within the same group can certainly achieve tax savings, sometimes minimizing the amount of payments, sometimes increasing them. The tax administration and the judge does certainly the qualification of the acts the opportunity of the management act, the corporate interests of companies and groups does not take precedence over the rights of the public treasury.

Keywords: *fiscal optimization, tax administration, lease management, fiscal integration, group of companies, tax evasion, management act.*

JEL Classification: K12, K22, K34

1. Introduction

La location-gérance constitue une technique juridique forte appréciée de certains contribuables, par laquelle le propriétaire d'un fonds de commerce concède à un gérant l'exploitation de son fonds pendant une période déterminée².

Le contrat de location-gérance est traditionnellement utilisé dans le domaine des transmissions d'entreprises individuelles ; en effet, la souscription d'un contrat de location-gérance préalablement à l'aliénation envisagée du fonds de commerce peut s'avérer fort profitable pour toutes les parties en présence ; mais Comme le note Professeur Serge Nonorgue « En décidant que le loueur poursuit sous une autre forme l'exploitation commerciale par la mise en location-gérance du fonds, le droit fiscal évite un écueil lié à la reconnaissance d'un patrimoine professionnel. En effet, s'il en allait autrement et qu'il fallait reconnaître à la mise en gérance du fonds le caractère d'une cessation d'activité et, en conséquence, d'un retrait d'actif, on se heurterait à un problème insurmontable: comment pourrait-on admettre qu'un élément d'actif affecté par nature à l'exploitation (le fonds et ses composantes) puisse faire partie du patrimoine privé du loueur ? ³»

¹ Mohamed El Gdaihi - professor in Business Law and Head of the company law sector, Mundiapolis University, Casablanca, Morocco, juristeconseil.grenoble@gmail.com

² Pierre Malaurie et Laurent Aynes., *Contrats spéciaux*, éditions Defrenois, 2006, p. 15.

³ Serge Nonorgue, *Le loueur de fonds: encore un mal-aimé du droit fiscal ?*, „Bulletin fiscal”, juin 2006, p. 591.

D'une part, pour le futur cessionnaire qui pourra éprouver, avant la cession définitive, la rentabilité effective de l'entreprise dont l'acquisition est envisagée ; d'autre part, pour le propriétaire, car la conclusion de la convention présente sur le plan fiscal plusieurs avantages :

- l'acte de location-gérance n'emportant pas transfert de propriété, l'imposition des plus-values latentes ne saurait être poursuivie par l'Administration ;

- si les redevances annuelles perçues au titre de l'exécution du contrat n'excèdent pas un seuil, le propriétaire pourra légitimement se prévaloir de la règle qui institue le mécanisme d'exonération des plus-values.

Il faut tout de même être extrêmement prudent lors d'un tel emploi du contrat location-gérance, à titre d'exemple, la jurisprudence française a eu l'occasion de valider la position de l'Administration fiscale qui avait requalifié en cession de fonds de commerce la mise en location-gérance de son fonds par une société au profit d'un de ses cogérants, assortie de la vente des immobilisations⁴.

Mis à part son rôle dans les transmissions d'entreprises, la location-gérance constitue également un mode de gestion qui connaît un regain d'intérêt dans le cadre des groupes de sociétés⁵, ce regain est d'autant plus vrai dans les systèmes juridiques où le groupe de société ne reçoit pas de reconnaissance de sa personnalité juridique et plus forte raison, l'intégration fiscale n'est pas permise⁶.

Le montage pourrait être séduisant, une société déficitaire donne en location-gérance son fonds à une autre société du même groupe moyennant un loyer, ce loyer permet l'imputation des pertes de la société loueuse ; Cette opération précède parfois une autre qui peut consister par exemple à absorber la société loueuse ou à la céder⁷.

Il convient, d'une part de préciser en quoi le contrat de location-gérance constitue un mode de gestion fiscale intéressant dans les groupes de sociétés (2), ensuite, nous nous interrogeront sur l'éventuelle sanction d'un tel montage sur le fondement de la fraude fiscale (3).

2. La location-gérance un contrat au service de la gestion fiscale

Que ce soit en France ou au Maroc, la location gérance est traité presque par les mêmes dispositions relatif aux baux d'immeubles ou de locaux loués à usage commercial, industriel ou artisanal, respectivement dans le Code de commerce et la loi 15-95 formant Code de commerce⁸ et l'article 39 du dahir du 24 mai 1955⁹.

⁴ Cour administrative d'appel de Lyon., 24 juin 1988, „Revue de jurisprudence fiscale”, 1998, p. 162.

⁵ Bruno Pays, *De la location-gérance à la cession du fonds de commerce*, „Annales des loyers”, n°2, 2003, p. 396.

⁶ Le Maroc est un des pays qui accuse un retard sur ce plan, le développement de son économie faisant appel au grands investisseurs, souvent des groupes, n'est plus en phase avec son arsenal juridique et fiscal.

⁷ Patrick Morgenstern, *L'intégration fiscale*, Edition Revue fiduciaire, dernière édition, 2013, p. 42.

⁸ Article L. 144-3 et 1714 du Code de commerce.

⁹ Les articles 152 à 158.

La location-gérance, qui apparaît comme un moyen d'opérer une remontée des déficits au sein d'un même groupe (2.1.), obéit à des contraintes et modalités de fonctionnement qu'il convient d'analyser (2.2.).

2.1. La remontée des déficits intragroupes par la location gérance

Mise à part sa capacité à dissimiler une cession de fonds de commerce, la location-gérance peut être utilisée comme un instrument de transfert des déficits au sein d'un groupe de sociétés.

En effet, en l'absence de consolidation fiscale, les remontées de déficits constatées chez les filiales ne pourront se faire, pénalisant d'autant les associés. La règle de détermination du périmètre d'intégration n'étant pas toujours aisée à satisfaire, les praticiens ont imaginé le montage suivant.

Une société membre d'un groupe prend en location-gérance le fonds de commerce d'une autre société du groupe en position déficitaire, ce montage autorise ainsi une remontée progressive et en douceur des déficits. Le versement des redevances par la société bénéficiaire à la société en difficulté contribue à résorber les déficits de cette dernière.

En ce sens, la location-gérance apparaît comme « l'instrument d'une maximalisation efficiente et efficace »¹⁰.

Notons d'ailleurs que dans le cadre des groupes de sociétés, le contrat de location gérance peut présenter d'autres attraits fiscaux que ceux générés par la remontée des déficits. Lorsqu'une fusion est programmée, la mise en location-gérance du fonds de commerce de la future absorbée au profit de l'absorbante peut permettre au locataire gérant (l'absorbante) de gérer à ses risques et périls la société dont l'absorption est voulue, puisque la convention permettra d'évaluer les potentialités de cette dernière¹¹.

La location-gérance, qui apparaît donc comme un moyen de gestion fiscale à multiples facettes, est tout de même soumise à quelques conditions et contraintes d'ordre juridique et pratique.

2.2. Les contraintes dans le fonctionnement de la location-gérance

Le contrat de location-gérance doit se conformer sur le plan juridique à une contrainte fondamentale, en ce sens que l'entreprise donnant son fonds en location-gérance doit exister au moins depuis sept ans et avoir une activité commerciale.

La location-gérance peut voir son efficacité retreinte même à l'égard des petites et moyennes entreprises,

Généralement la location gérance est fiscalement soumise à quelques conditions de fonctionnement, parmi lesquelles :

- les immobilisations appartenant au propriétaire doivent rester inscrites à l'actif du bilan de l'entreprise propriétaire du fonds, dans ces conditions, aucune

¹⁰ Rémi Gouyet, *La location-gérance : un mode de gestion fiscale à part entière*, Jurisclasseur Pro, 2001, p. 1169.

¹¹ Maurice Cozian, Florence Deboissy, Alain Viandier, *Droit des sociétés*, Editions Litec, 3^{ème} éditions, 2010, p. 388.

plus-value n'est imposable lors de la mise en place du contrat de location-gérance ; ces immobilisations continuent d'être amorties chez le propriétaire¹² ;

- les dotations aux amortissements d'immobilisations données en location-gérance ne sont pas éligibles au crédit d'impôt recherche, le juge français a récemment pris position en déclarant que les dotations aux amortissements d'immobilisations données en location-gérance ne sont plus éligibles au crédit d'impôt¹³ ; la haute juridiction a suivie les conclusions du rapporteur public qui faisait non seulement que la lettre même du texte de la loi fiscale¹⁴ qui dispose que l'entreprise supporte elle-même les dépenses de recherche mais également que la logique du crédit d'impôt veut qu'il bénéficie qu'à celui qui supporte le risque inhérent à l'activité de recherche.

- les provisions ne sont pas rapportées au résultat imposable dans la mesure où le changement de mode d'exploitation ne les rend pas sans objet ; la location-gérance entraîne par contre la réintégration immédiate des provisions qui deviennent sans objet du fait de la mise en gérance ;

- la restitution par le locataire gérant au propriétaire du fonds entraîne l'imposition des bénéfices en cours réalisés par lui, les provisions devenues sans objet sont également reprises et les actifs immobilisés propres au gérant seront traités en fonction de la destination future de ces biens.

La location-gérance, qui est plus souple que le mécanisme de l'intégration fiscale, comporte donc également des inconvénients par rapport à celle-ci :

- elle est d'une portée plus limitée car elle est souvent utilisée pour une seule société du groupe ;

- ses effets en matière de compensation de résultats sont moins systématiques, la régularité du loyer dans le temps apportant une rigidité contraire à la souplesse que nécessite souvent l'optimisation ;

- elle doit résulter d'une logique économique, alors que l'intégration, résulte d'une simple décision de gestion¹⁵.

Malgré les contraintes liées à son régime, location-gérance demeure une technique efficace d'optimisation fiscale au sein des groupes de sociétés non intégrés. Pour cette raison, elle est étroitement surveillée par l'Administration fiscale qui dispose pour son contrôle de la redoutable procédure de répression des abus de droit.

¹² Fiscalement, la mise en gérance libre d'un fonds de commerce ne constitue pas une cession d'entreprise.

¹³ Conseil d'Etat (Pais), arrêt du 17 septembre 2010, n°313576, conclusions du rapporteur public Nathalie Escaut, Revue de droit fiscal n°38, p. 5.

¹⁴ Article 244 quater B du Code général des impôts français.

¹⁵ Jérôme Turot., *La location-gérance, cette malaimée du droit fiscal*, „Revue de la jurisprudence fiscale”, 1991, p. 419.

3. L'intégration par la location-gérance et fraude fiscale

Les diverses manifestations de fraude lorsqu'elle intervient pour contrôler le contrat de location-gérance en vue d'une intégration sauvage (3.1.), nous conduisent à remarquer que celui-ci constitue un lieu d'interpénétration des deux types de fraude fiscale, à savoir la théorie de l'abus de droit et de l'acte anormal de gestion (3.2.).

3.1. Les manifestations de la fraude fiscale lors d'une intégration sauvage par la location-gérance

La répression de la fraude fiscale peut apparaître de deux façons dans le cadre d'un schéma d'intégration sauvage par location-gérance :

- la conclusion d'un contrat de location-gérance dont la réalité est incontestable mais dont l'objectif unique est de réaliser une intégration sauvage. La motivation exclusive d'un tel montage sera de bénéficier de la compensation entre les résultats bénéficiaires et ceux déficitaires des sociétés du même groupe. Jusqu'à présent, aucune juridiction n'a statué sur un tel cas. Seule existe en la matière une vieille réponse ministérielle. Elle précise que la procédure de répression des abus de droit pourrait être invoquée par l'Administration pour s'opposer au report des déficits, lorsque la location-gérance est conclue alors que les parties étaient d'accord pour la vente du fonds, à la seule fin de permettre au bailleur de reporter des pertes antérieures avant la réalisation effective de la cessation du fonds¹⁶ ;

- la fictivité de la location-gérance qui dissimule en fait une cession de fonds de commerce. La contestation par l'Administration d'un tel artifice n'est pas aisée car elle oblige le fisc à apporter la preuve difficile de la fictivité de la convention de location-gérance. L'Administration doit en fait démontrer que le propriétaire du fonds s'est en réalité dépouillé de toutes ses prérogatives et qu'il est dans l'impossibilité de reprendre ultérieurement l'exploitation personnelle de son fonds¹⁷.

Ainsi, malgré les diverses raisons qui pourrait justifier la mise en œuvre de la procédure de répression des abus de droit en la matière, aucune décision jurisprudentielle n'existe à ce jour sur ce sujet.

Néanmoins, la Cour administrative d'appel de Paris a érigé l'abus de droit en fondement nécessaire et incontournable pour remettre en cause les conséquences fiscales d'une location-gérance. Elle a estimé que la remise en cause des conséquences fiscales d'une location-gérance au motif qu'elle constituerait en réalité une cession de fonds de commerce ou une convention de successeur ne constitue pas une simple requalification par l'Administration de la convention conclue par les parties. Elle implique également la mise en œuvre de la procédure de répression des abus de droit. Elle permet ainsi au contribuable de bénéficier de

¹⁶ Florence Deboissy, *La simulation en Droit fiscal*, Thèse, Bordeaux IV, 1997, p. 45.

¹⁷ Maurice Cozian, *Location-gérance, acte anormal de gestion et abus de droit*, „Petites affiches”, n°48, 22/04/1998, p. 72.

certaines garanties de procédure et à l'Administration d'assortir le redressement de pénalités au taux de 88%¹⁸.

En dépit de l'efficacité affirmée par la jurisprudence de la théorie de l'abus de droit lors d'une intégration sauvage par location-gérance, celle-ci n'a pas le monopole du contrôle de ce montage et souvent se trouve devancée par le concept d'acte anormal de gestion qui, en la matière, possède un domaine exclusif d'intervention. L'acte anormal de gestion a été mis à l'honneur par le juge français de l'impôt, notamment par un certain nombre d'arrêts rendus en 2011 et qui ont permis un regain de cette théorie en précisant sa notion et clarifiant son régime de preuve.

3.2. Le domaine de la fraude fiscale en cas d'appauvrissement anormal de la société aux dépens de l'intérêt social

Il faudrait entendre par l'appauvrissement de l'entreprise les actes anormaux de gestion que peuvent conclure des dirigeants malveillants et partant ces actes seront refusés en déduction par l'Administration fiscale.

La théorie de l'acte anormal de gestion et une arme à la fois redoutable de l'Administration et redoutée des entreprises, l'acte anormal de gestion a été mis en place et montée de toute pièce par le juge le juge de l'impôt français.

Les dirigeants d'une entreprise sont à la fois maîtres et responsables de sa gestion. Ce principe de liberté de gestion de l'entreprise a été affirmé de façon constante par le juge¹⁹. Il en résulte un corollaire, le principe de non-immixtion de l'Administration dans la gestion de l'entreprise, qui implique qu'elle ne peut porter de jugement sur la qualité ou les résultats de la gestion de l'entreprise et lui reprocher un comportement trop audacieux ou trop prudent. Il s'agit donc d'un contrôle de régularité, non d'opportunité.

Si l'Administration n'est pas un contrôleur de gestion, elle ne va pas pour autant se contenter de laisser s'évaporer la matière imposable du fait d'une gestion fantaisiste du contribuable. Afin de permettre à celle-ci de procéder à la reconstitution d'une base imposable indûment minorée, le juge a borné la liberté de gestion par la théorie de l'acte anormal de gestion, construction prétorienne illustrant particulièrement les pouvoirs exorbitants du fisc²⁰.

Tandis qu'une décision de gestion relève de la sphère comptable, un acte de gestion a trait à la vie et au management de l'entreprise, ce type d'acte, présumé être effectué dans l'intérêt de l'entreprise, peut parfois y être contraire. En raison de son caractère anormal, un tel acte sera justement rectifié par l'Administration²¹.

¹⁸ Cour administrative d'appel de Paris., 22 juin 1995, „Revue de jurisprudence fiscale”, 1996, p. 216; voir également : Bernard Hatoux., *Droits du contribuable, Etats des lieux et perspectives*, Editions Economica, 2002, p. 38.

¹⁹ Conseil d'Etat (Paris), 7 juillet 1958, n° 35977, „Revue de droit fiscal”, n° 44, conclusions de Pierre Dupont, p. 575.

²⁰ Maurice Cozian, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, éditions LITEC, 4ème édition, 1999, p. 91.

²¹ Christian Bur, *L'acte anormal de gestion ou le premier risque pour l'entreprise*, éditions E.F.E Diffusion, 1999, p. 33.

La location-gérance est une technique juridique par laquelle le propriétaire d'un fonds de commerce le donne en location-gérance moyennant redevance²².

La théorie de l'acte anormal de gestion, d'origine jurisprudentielle, autorise l'Administration dans des cas bien précis à refuser le bénéfice de la loi fiscale de déduction lorsque la dépense considérée est contraire à l'intérêt de l'entreprise²³. Sur son fondement, le fisc peut refuser au locataire gérant le décompte des redevances qui, versées au propriétaire, ne correspondent pas à la valeur locative réelle du fonds²⁴.

Les loyers doivent être raisonnables et correspondre à la valeur locative réelle du fonds ; en cas de redevances excessives ou insuffisantes, l'Administration sera en droit d'invoquer l'acte anormal de gestion ; bien entendu, le fisc supporte la charge de la preuve de cette anomalie²⁵, c'est en quelques sorte une garantie de la sécurité juridique que ce corollaire des prérogatives exorbitantes qu'a l'Administration en la matière.

Tout d'abord, le principe ainsi dégagé a vocation à réprimer les déviations de certains contribuables qui fixent un taux de redevances annuelles anormalement bas. Les prestations rendus sont alors analysées comme des libéralités et ont des conséquences fiscales redoutables à la fois pour le bailleur et pour le locataire du fonds. En effet, le premier subira un manque à gagner et le second un avantage financier manifeste et indu²⁶.

4. Conclusion

Si la location gérance, modalité d'exploitation du fonds, permet à son titulaire d'en conserver la propriété tout en s'assurant un revenu grâce à la perception des redevances, elle présente également un risque fiscal non négligeable pour les contribuables, notamment les groupes de sociétés qui, à défaut de texte de loi permettant la consolidation des résultats, usent et abusent de montages lésant les droits du trésor publics.

Notre réflexion est un essai d'aide de prise de conscience afin d'arrêter le tableau idyllique de la location gérance car depuis quelques années les pouvoirs publics, notamment en France, ont adopté des dispositions fiscales défavorables à cette forme d'exploitation du fonds ; tellement défavorables, qu'elles nous conduisent aujourd'hui à nous interroger sur son intérêt.

²² Naima Fakir, *Le contrat de gérance libre : étude de mise en œuvre et des risques encourus par les parties*, Mémoire, (ISCAE) Institut Supérieur de Commerce et d'Administration des Entreprises, 2005, p. 10.

²³ Sanaa Degdeg, *L'acte anormal de gestion et l'abus de bien social*, Mémoire, Université Evry Val d'Essonne, 2008, p. 19.

²⁴ Louise- Julie Christophe, *Acte anormal de gestion et groupe de sociétés*, Mémoire, Bordeaux IV, 2009, p. 25.

²⁵ Fériel Kamoun, *La preuve en droit fiscal*, Mémoire, Université de Sfax, Tunisie, 2002, p. 27.

²⁶ T. Malesys, *La théorie de l'acte anormal de gestion et le droit international*, Thèse, Université Paris II, 1990, p. 239.

A plus fortes raison, les législations ignorant les mécanismes d'intégration fiscale et ne reconnaissant aux groupes de sociétés la personnalité juridique, voient d'un mauvais œil ce montages intragroupes ; c'est du Maroc où la société mère vit avec ses filles en famille, les filles sont mineurs mais au niveau fiscal chacun ses bourses²⁷.

En guise de conclusion de notre réflexion, il est à constater que la location gérance demeure bel et bien un instrument de gestion de son fonds de commerce en vertu de la liberté de gestion de son patrimoine tant qu'elle s'arrête au niveau de la liberté contractuelle ; cependant, le fisc la regarde avec suspicion si, par des actes de gestion, elle sert une intégration sauvage dans les relations intra-groupes ou tout simplement dans des buts exclusivement, voire essentiellement fiscaux²⁸.

Bibliography

1. Anne-Gaëlle Van Walleghem., *L'abus de droit et la fraude à la loi : les moyens de répression de l'Administration fiscale dans le cadre des transmissions d'entreprises sociétaires, ou les principaux schémas d'optimisation en matière de transmission d'entreprises sociétaires à l'épreuve de la nouvelle définition de l'abus de droit*, Mémoire, Université du droit et de la santé de Lille, 2011
2. Bruno Pays, *De la location-gérance à la cession du fonds de commerce*, „Annales des loyers”, n°2, 2003
3. Bernard Hatoux, *Droits du contribuable, Etats des lieux et perspectives*, Editions Economica, 2002
4. Christian Bur, *L'acte anormal de gestion ou le premier risque pour l'entreprise*. Editions E.F.E Diffusion, 1999
5. Cour administrative d'appel de Paris., 22 juin 1995, „Revue de la jurisprudence fiscale”, n° 95/133
6. Cour administrative d'appel de Lyon, 24 juin 1988, „Revue de la jurisprudence fiscale”, n° 88/361
7. Maurice Cozian, Florence Deboissy, Alain Viandier, *Droit des sociétés*, Editions LITEC, 23^{ème} éditions, 2010
8. Conseil d'Etat (Paris), 17 septembre 2010, „Revue de droit fiscal”, n°2010/3576
9. Florence Deboissy, *La simulation en Droit fiscal*, Thèse Bordeaux IV, 1997
10. Fériel Kamoun, *La preuve en droit fiscal*, Mémoire, Université de Sfax, Tunisie, 2002
11. Louise- Julie Christophe, *Acte anormal de gestion et groupe de sociétés*, Mémoire, Bordeaux IV, 2009
12. Maurice Cozian, *Location-gérance, acte anormal de gestion et abus de droit*, „Petites affiches”, n°48, 22/04/1998
13. Mohamed El Gdaihi, *Comprendre le droit*, éditions Edilivres, 2014

²⁷ Mohamed El Gdaihi, *Comprendre le droit*, éditions Edilivres, 2014, p. 157.

²⁸ Anne-Gaëlle Van Walleghem., *L'abus de droit et la fraude à la loi : les moyens de répression de l'Administration fiscale dans le cadre des transmissions d'entreprises sociétaires, ou les principaux schémas d'optimisation en matière de transmission d'entreprises sociétaires à l'épreuve de la nouvelle définition de l'abus de droit*, Mémoire, Université du droit et de la santé de Lille, 2011, p. 45.

14. Naima Fakir, *Le contrat de gérance libre au Maroc: étude de mise en œuvre et des risques encourus par les parties*, Mémoire, (ISCAE) Institut Supérieur de Commerce et d'Administration des Entreprises, 2005
15. Patrick Morgenstern, *L'intégration fiscale*, Edition Revue judiciaire, dernière édition, 2013
16. Pierre Malaurie, Laurent Aynes, *Contrats spéciaux*, Editions Defrenois, 2006
17. Rémi Gouyet, *La location-gérance: un mode de gestion fiscale à part entière*, Juris Classeur Pro, 2001
18. Sanaa Degdeg, *L'acte anormal de gestion et l'abus de bien social*, Mémoire, Université Evry Val d'Essonne, 2008