

redressement, à une liquidation voire à un rétablissement personnel. De même, une cession de l'entreprise, perspective naguère réservée en procédure collective, pourra être envisagée dès la conciliation. L'ordonnance du 12 mars 2014 prévoit une telle possibilité, que la

pratique connaît déjà. Elle élargit en effet la mission du conciliateur qui désormais peut être chargé d'organiser une cession partielle ou totale de l'entreprise (*C. com., art. L. 611-7*), ce qui n'est pas sans offrir au notaire des perspectives d'intervention renouvelées.

## FISCALITÉ

1336

# La nouvelle fiscalité des cessions d'usufruit

Le nouvel article 13-5 du Code général des impôts (CGI), pose le principe de l'imposition, au nom du cédant, du prix de cession d'un usufruit temporaire au barème progressif de l'impôt sur le revenu, selon le régime d'imposition des revenus procurés par le bien démembré.

Le champ d'application de ce nouveau texte pourrait se révéler à plusieurs égards piègeux pour les praticiens tandis que les modalités d'imposition devront être clarifiées. Sur ces deux aspects, nous attendons les précisions de l'Administration.

Sans surprise, cette nouvelle fiscalité, particulièrement défavorable, suscite déjà des stratégies de contournement : il nous faut connaître ces schémas pour en déjouer les pièges.



Étude rédigée par :  
Sylvain Guillaud-Bataille,  
notaire à Paris

**Ndlr** : Le style oral de l'intervention a été conservé. L'auteur remercie tout particulièrement Me Pascal Julien Saint-Amand pour ses précieux avis.

1 - L'article 15 de la loi de finances rectificative du 29 décembre 2012 a introduit dans le Code général des impôts (CGI) un nouveau dispositif modifiant fondamentalement les modalités d'imposition à l'IR du produit de cession à titre onéreux d'un usufruit temporaire.

C'est ainsi que le Code général des impôts comporte un article 13-5 ainsi rédigé :

« (...) 1°. Pour l'application du 3 et par dérogation aux dispositions du présent code relatives à l'imposition des plus-values, **le produit résultant de la première cession à titre onéreux d'un même usufruit temporaire ou, si elle est supérieure, la valeur vénale de cet usufruit temporaire est imposable au nom du cédant, personne physique ou société ou groupement qui relève des articles 8 à 8 ter, dans la catégorie de revenus à laquelle se rattache, au jour de la cession,**

**le bénéfice ou revenu procuré ou susceptible d'être procuré par le bien ou le droit sur lequel porte l'usufruit temporaire cédé.**

(...) ».

2 - Avant d'examiner le contenu de ce nouveau texte et ses conséquences pratiques, rappelons en brièvement l'origine.

Lors du conseil des ministres du 14 novembre 2012, l'exécutif indique avoir identifié un schéma à bannir, schéma décrit de la façon suivante dans l'exposé des motifs du projet de loi de finances susvisée : « L'usufruit d'un bien productif de revenus (...) est cédé, par exemple pour dix ans, à une société imposée à l'IS et contrôlée par le contribuable. Le produit de la cession est ainsi perçu en franchise d'IR, soit du fait de la minoration de la base de l'usufruit, soit du fait de l'application des abattements pour durée de détention (...) ».

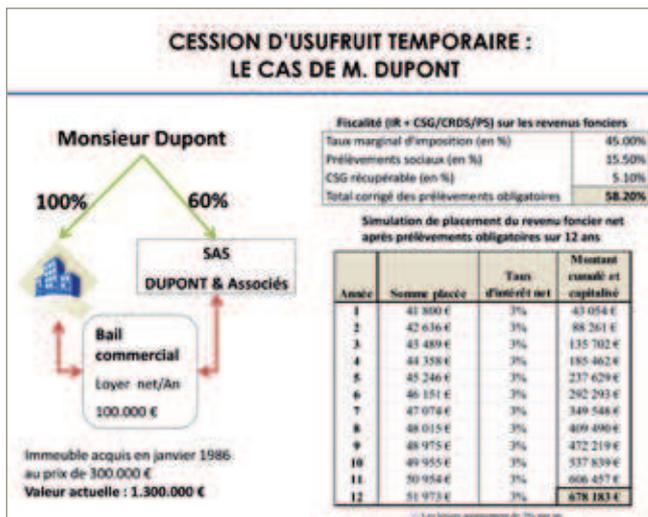
Le schéma évoqué permet effectivement de substituer à la perception périodique d'un flux de revenus fortement fiscalisé celle d'un capital soumis à une fiscalité plus favorable.

3 - Un bref **exemple chiffré** permet de mieux saisir l'enjeu du procédé :

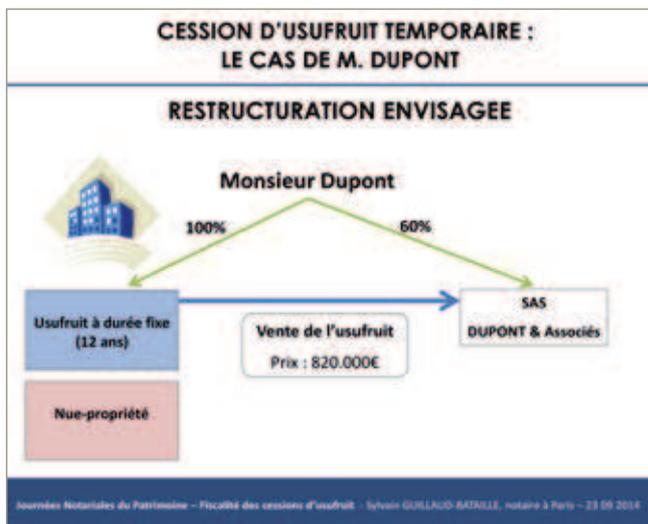
M. Dupont détient depuis 27 ans un bien immobilier loué au profit d'une société d'exploitation dont il est également l'un des associés, moyennant un loyer annuel net de 100 000 euros.

La valeur vénale du bien immobilier, acquis il y a 27 ans pour 300 000 euros, est actuellement de 1 300 000 euros.

Sur ce flux annuel de 100 000 euros, les divers prélèvements obligatoires (PO) représentent environ **58,20 %** des loyers perçus<sup>1</sup>. Si, chaque année, M. Dupont place le montant des loyers perçus nets de PO, sur un support de capitalisation au taux de rendement net d'impôt supposé de 3 %, il disposera au terme d'une période de 12 ans d'un capital d'environ 680 000 euros, outre bien sûr la pleine propriété du local professionnel.



Afin de limiter le montant des PO, M. Dupont décide de céder l'usufruit temporaire du bien pour une durée de 12 ans par exemple, au profit de la société locataire moyennant un prix de 820 000 euros<sup>2</sup> ce qui générerait **avant le 14 novembre 2012** un IPV de l'ordre de 55 000 euros.



Le capital restant, soit 765 000 euros, est alors placé sur un support de capitalisation au taux net supposé de 3 % de sorte qu'après 12 ans, M. Dupont dispose d'un capital de 1 100 000 euros outre la pleine propriété du local professionnel.

- Compte tenu de la tranche d'imposition atteinte au barème progressif, des prélèvements sociaux et de la fraction déductible de ces prélèvements sociaux.
- Valeur déterminée selon la méthode d'actualisation des flux de revenus futurs que ce droit d'usufruit permet d'appréhender.

**CESSION D'USUFRUIT TEMPORAIRE :  
LE CAS DE M. DUPONT**

**RESTRUCTURATION ENVISAGEE AVANT LE 14 NOVEMBRE 2012**

Simulation du placement du prix de cession de l'usufruit net après prélèvements obligatoires, sur 12 ans

Année	Somme placée	Taux d'intérêt net	Montant cumulé et capitalisé
1	765 000 €	3%	787 950 €
2	787 950 €	3%	811 589 €
3	811 589 €	3%	835 936 €
4	835 936 €	3%	861 014 €
5	861 014 €	3%	886 845 €
6	886 845 €	3%	913 450 €
7	913 450 €	3%	940 854 €
8	940 854 €	3%	969 079 €
9	969 079 €	3%	998 151 €
10	998 151 €	3%	1 028 096 €
11	1 028 096 €	3%	1 058 939 €
12	1 058 939 €	3%	<b>1 090 787 €</b>

**Fiscalité avant le 14 novembre 2012**

Plus-value immobilière (environ)	55.000 €
Montant net imposable	<b>265.000 €</b>

L'entreprise y trouve également son avantage puisque cette opération lui permet de diminuer le coût d'occupation de ses locaux<sup>3</sup>.

4 - La multiplication de ces opérations, parfois dans des conditions hasardeuses (valeur excessive de l'usufruit, non-respect de l'intérêt de l'entreprise, etc.) a motivé l'intervention du législateur.

L'article 13-5 du CGI est récent, relativement mal écrit et peu commenté, ce qui justifie une analyse de ce nouveau régime fiscal (1) avant d'examiner la pertinence et l'opportunité des schémas alternatifs qui n'ont pas manqué de faire leur apparition depuis (2).

## 1. Analyse de la nouvelle fiscalité des cessions d'usufruit

5 - Du nouveau texte, nous examinerons successivement le champ d'application (A) puis les modalités d'imposition (B).

### A. - Champ d'application

#### 1° Quant aux personnes concernées

6 - Relevons immédiatement qu'aucune condition particulière ne concerne le cessionnaire : l'application du texte n'est donc pas limitée aux opérations consenties au cessionnaire « contrôlé » par le cédant<sup>4</sup>.

7 - En revanche, le cédant est concerné dès lors :

- soit qu'il est une **personne physique**, résident de France ou non, en ce compris le cédant entrepreneur individuel ;
- soit qu'il est une **personne morale relevant des articles 8 à 8 ter du CGI**<sup>5</sup> : dans ce cas et malgré la rédaction maladroite du texte, il faut comprendre que le produit de cession sera imposable non pas directement entre les mains de la société mais entre les mains des associés personnes physiques de la société fiscalement translucide, à proportion de la quote-part du résultat leur revenant.

3 Les échéances du remboursement de l'emprunt contracté pour l'acquisition de l'usufruit temporaire doivent être inférieures aux loyers antérieurement à la charge de la société ; le respect de l'intérêt de l'entreprise est ici fondamental.

4 Situation pourtant initialement visée dans l'exposé des motifs de la loi.

5 Il s'agit des sociétés suivantes lorsqu'elles ne sont pas soumises à l'IS sur option : SNC, société en commandite simple, société civile, SARL de famille, EURL, SCP et sociétés transparentes de l'article 1655 ter.

## REMARQUE

→ Le texte ne sera pas applicable au cédant soumis à l'impôt sur les sociétés et cela, quelle que soit la qualité du cessionnaire (notamment lorsque le cessionnaire est une société contrôlée par le cédant).

### 2° Quant à la nature juridique de l'opération concernée

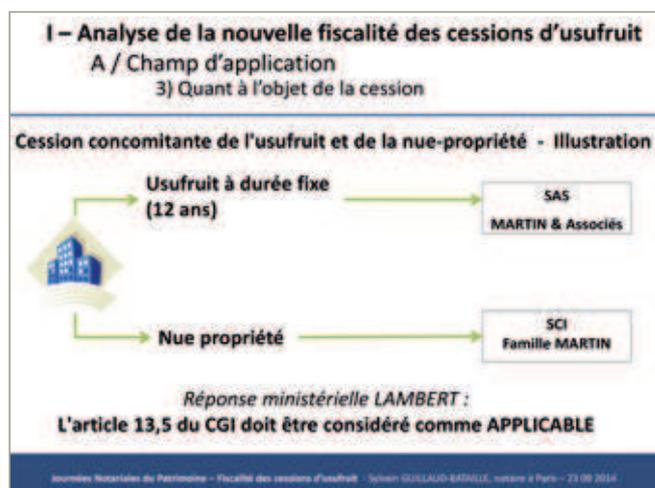
8 - Le nouveau texte vise la **cession à titre onéreux**. Il faut comprendre que les opérations d'échange et d'apport en société sont comprises dans son champ d'application dont sont, à l'inverse, clairement exclues, les mutations à titre gratuit.

9 - **Entrée en vigueur** - Les nouvelles dispositions s'appliquent aux cessions intervenues depuis le 14 novembre 2012.

### 3° Quant à l'objet de la cession : première cession à titre onéreux d'un usufruit temporaire

10 - **Précision terminologique** : l'usufruit est **par essence temporaire** ; il ne fait pas de doute que par le terme d'*usufruit temporaire*, l'article 13-5 du CGI fait maladroitement référence à un usufruit « à terme » ou « à durée fixe » ; est donc exclue du texte la cession d'un droit d'usufruit viager.

11 - **Les praticiens doivent se familiariser avec les cas particuliers suivants : Cas de la cession concomitante de l'usufruit et de la nue-propriété** - L'administration fiscale a pris position dans une réponse ministérielle *Lambert* du 2 juillet 2013 pour affirmer qu'une telle opération est concernée par le nouveau dispositif. Nous avons eu l'occasion d'exposer qu'à notre sens une telle interprétation, même si elle était rendue possible sur le plan juridique par une rédaction maladroite, n'était pas souhaitable car **radicalement contraire à l'esprit du texte** et l'objectif poursuivi par le législateur<sup>6</sup>.



Par la réponse ministérielle *Lambert* précitée, l'administration fiscale prétend également à l'application du nouveau texte en cas de **cession**

6 S. Guillaud-Bataille, *Première cession à titre onéreux d'un usufruit temporaire* : JCP N, 2013, n° 1075 ; *Contra* : J. Aulagnier, *Les acquisitions d'usufruit non concernées par les nouvelles dispositions de l'article 13-5 du CGI* : JCP N, 2013, n° 1076.

d'un usufruit viager au profit d'une société au motif qu'il ne peut alors, par l'effet de la loi<sup>7</sup>, excéder trente ans. On pourrait objecter que l'applicabilité de l'article 13-5 du CGI s'apprécie, notamment, en considération de l'objet de la cession (un usufruit à durée fixe) et sans égard à la qualité du cessionnaire (non visé par le texte). Or, l'application du nouveau texte à l'apport en société d'un usufruit viager ne peut être justifiée qu'en prenant en compte la qualité du cessionnaire (ce qui semble ajouter au texte).

### 12 - Cession d'un usufruit préalablement retenu pour une durée fixe - Une illustration permettra de saisir ce nouveau piège pour les praticiens et les contribuables.

En 2008, Mme Dupont a consenti au profit de son fils une donation de la nue-propriété d'un bien immobilier, acquis en 1983, se réservant un usufruit pour une durée limitée de 10 ans, soit jusqu'en 2018. En 2014, Mme Dupont et son fils décident de vendre, conjointement, leurs droits démembrés. Les conditions d'application de l'article 13-5 du CGI sont réunies. Le rôle de conseil du notaire sera également tant lors de la cession que lors de la constitution d'un tel démembrement (par rétention ou par translation<sup>8</sup>).

### 13 - Seule la première cession d'un même usufruit est imposable.

Pour l'application de cette disposition, il faut souligner que :

- pour déterminer si une cession est la première, il convient de tenir compte seulement de celles intervenues à compter du 14 novembre 2012 ;
- si la deuxième cession d'un même usufruit temporaire est exclue, ce n'est pas le cas de la première cession d'un deuxième usufruit temporaire constitué consécutivement sur un bien déterminé. Dit autrement, cela signifie que, pour être exclue du nouveau texte, la **deuxième cession** devra intervenir **avant l'extinction** de l'usufruit à durée fixe précédemment cédé puisqu'il doit s'agir du **même usufruit** temporaire.

#### Illustration :

- en 2013, cession à titre onéreux de l'usufruit, pour une durée de six ans, d'un bien.
- en 2020, nouvelle cession à titre onéreux de l'usufruit, pour une durée de six ans, du même bien.

Le nouveau texte est applicable à chaque opération dès lors qu'en 2020 il ne s'agit pas de céder le même usufruit qu'en 2013, lequel s'est éteint en 2019.

## REMARQUE

→ L'usufruit locatif social, organisé par les articles L 253-1 et suivants du CCH n'est pas concerné lorsqu'il s'agit d'une acquisition séparée *ab initio* de la nue-propriété par un investisseur et de l'usufruit de logements par des bailleurs, notamment sociaux<sup>9</sup>.

7 C. civ., art. 619 : « L'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers ne dure que trente ans ».

8 Par exemple, lors d'une donation d'usufruit à durée fixe (il faut anticiper l'éventuelle cession conjointe des deux droits démembrés).

9 Cette précision a été apportée lors des débats parlementaires.

**14 - Cas particulier : apport conjoint de droits démembreés et report du démembreement** - Parmi les opérations pour lesquelles l'application du texte demeure douteuse, figure l'apport conjoint par un usufruitier et un nu-propiétaire de leurs droits réels démembreés au profit d'une société dont le capital social est alors démembreé par **report du démembreement** en vertu d'une clause de **subrogation réelle conventionnelle**.

Cette hypothèse se présente souvent en pratique après une donation de la nue-propiété avec réserve d'usufruit viager d'un actif dont on souhaite ensuite « reconstituer » la pleine propriété au sein d'une société civile.

**15** - Les premières prises de position de l'administration fiscale selon lesquelles l'apport est assimilé à une cession, la cession concomitante de l'usufruit et de la nue-propiété ne permet pas d'échapper au nouveau texte et tout usufruit cédé à une société est par principe « temporaire », pourrait faire craindre l'application de l'article 13-5 du CGI à ces opérations ce qui aurait des conséquences calamiteuses sur le plan économique compte tenu notamment du nombre important d'entreprises familiales exploitées par des sociétés dont le capital social est, en tout ou partie, démembreé.

**16** - Selon nous, l'application de la nouvelle fiscalité à cette hypothèse doit être nettement réfutée. En cas d'apport conjoint de droits réels démembreés chaque apporteur se voit, par principe, attribuer la pleine propriété de titres sociaux. Il s'agit d'une déclinaison du principe posé à l'article 621 du Code civil. Supplétive de volonté, cette disposition autorise le report de l'usufruit sur le prix ; au cas particulier d'apport en société, il faut admettre que ce report puisse avoir lieu sur les titres attribués en contrepartie de l'apport<sup>10</sup>.

Précisons que certains auteurs considèrent que plusieurs dispositions du droit des sociétés s'opposent à la possibilité de reporter un démembreement sur les parts d'une société par subrogation réelle conventionnelle<sup>11</sup>.

**17** - Si nous admettons la validité d'une telle opération<sup>12</sup>, il faut alors exclure nettement l'application de l'article 13-5 du CGI. En effet, à l'instant où sont réalisés les apports conjoints de droits démembreés, la société bénéficiaire de ces apports se trouve détenir la pleine propriété du bien préalablement démembreé et ce, quelle que soit l'analyse retenue en droit des biens, parmi les deux conceptions suivantes :

- **Selon une première analyse**<sup>13</sup>, il s'opère au sein du patrimoine de la société, à l'instant de l'apport, une **consolidation** par la réunion sur la même tête de la qualité de propriétaire et de titulaire du

droit réel d'usufruit, laquelle entraîne extinction de l'usufruit. Cette première analyse place l'opération hors de portée du nouveau texte dès lors que l'usufruit, par hypothèse viager au moment de l'apport, ne se retrouve pas dans le patrimoine de la société ce qui fait échec à toute application de l'article 619 du Code civil rappelé ci-dessus, fondement de l'interprétation extensive de l'administration fiscale<sup>14</sup>. En effet, dans le patrimoine du cédant l'usufruit était viager ; dans le patrimoine du cessionnaire l'usufruit, par l'effet de la consolidation, n'existe plus : on ne peut donc pas prétendre taxer une cession d'usufruit à durée fixe.

- **Selon une seconde analyse**<sup>15</sup> (que nous pensons minoritaire), le droit transféré à la société est, par l'effet de la « rétention de l'usufruit » sur la contrepartie, **le droit de propriété**. La société ne recevrait pas l'usufruit et la nue-propiété mais la pleine propriété<sup>16</sup> (de sorte qu'il n'y a pas d'extinction de l'usufruit par consolidation). Pour le professeur Thierry Revet le report de l'usufruit est exclusif de son extinction. Si l'on s'en tient à cette seconde analyse, l'opération étudiée est encore hors du champ d'application de l'article 13-5 du CGI, faute de cession ayant pour objet un usufruit.

## REMARQUE

➔ **Dans l'attente d'une prise de position favorable de l'administration fiscale, il nous semble nécessaire de différer ces opérations d'apports conjoints de droits démembreés.**

## B. - Modalités d'imposition

### 1° La détermination de la catégorie de revenus de rattachement

**18** - Avant de déterminer le revenu imposable, il est nécessaire de fixer la **catégorie de revenus de rattachement** conformément au principe posé par l'article 13-5 selon lequel le produit de la cession (ou sa valeur vénale si elle est supérieure) est imposable dans la même catégorie de revenus que celle à laquelle se rattache le revenu généré (ou susceptible d'être généré) par le bien sur lequel porte l'usufruit. Illustrations : le produit de cession de l'usufruit à durée fixe :

- d'un bien immobilier loué nu, relève de la catégorie des revenus fonciers (RF) ;
- d'un bien immobilier loué meublé, devrait relever de la catégorie des bénéfices industriels et commerciaux (BIC) ;
- de parts d'une société à prépondérance immobilière (SPI) non soumise à l'IS, relève de la catégorie des RF ;
- de parts d'une SPI soumise à l'IS, relève de la catégorie des revenus capitaux mobiliers (RCM).

**19** - L'article 13-5 du CGI précise que : « Lorsque l'usufruit temporaire cédé porte sur des biens ou droits procurant ou susceptibles de

<sup>10</sup> En ce sens Th. Revet, *Le sort de l'usufruit en cas d'apport conjoint de la nue-propiété et de l'usufruit* : RTD civ. 2012, p. 745, comm. sous Cass. civ., 3<sup>e</sup>, 5 sept. 2012. - J. Prieur, *Société civile de gestion de portefeuille, outil de gestion et de transmission* : Actes prat. ing. sociétaire 1996, dossier 4.

<sup>11</sup> Ph. Rémy, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 oct. 1987 : JCP N 1988, II, p. 165. - Pour une validation de la subrogation réelle sur les parts sociales : Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 sept. 2012, non publié au Bulletin.

<sup>12</sup> Ce qui est le cas, sans réserve, de l'administration fiscale : BOI-RPPM-PVB-MI-30-10-20, n°30 (même si une doctrine fiscale ne peut en aucun cas conforter une analyse civile !).

<sup>13</sup> T. Massart, *Apport de l'usufruit d'un immeuble et attribution de l'usufruit de parts sociales* : Bull. Joly Sociétés 2012, p. 840. - J. Prieur, *Société civile de gestion de portefeuille, outil de gestion et de transmission*, préc.

<sup>14</sup> V. supra

<sup>15</sup> Th. Revet, préc. note (10).

<sup>16</sup> Selon Th. Revet [préc. note (10)] : « L'opération n'est pas constitutive d'un double apport simultané de nue-propiété et d'usufruit mais d'un apport de la pleine propriété reconstituée grâce à l'accord donné par l'usufruitier à l'aliénation du bien que son droit réel grève ».

procurer des revenus **relevant de différentes catégories**, le produit résultant de la cession de cet usufruit temporaire, ou le cas échéant sa valeur vénale, est imposable dans chacune de ces catégories à proportion du rapport entre, d'une part, la valeur vénale des biens ou droits dont les revenus se rattachent à la même catégorie et, d'autre part, la valeur vénale totale des biens ou droits sur lesquels porte l'usufruit temporaire cédé ».

## 2° La détermination du revenu imposable

20 - Le produit de la cession est imposé selon les règles de la catégorie de revenus à laquelle il se rattache. Seront donc admis en déduction les dépenses et abattement habituellement admis selon les règles propres à la catégorie de revenu considérée.

21 - **Précisions** - L'abattement de 40 % applicable en matière de revenus de capitaux mobiliers devrait, selon nos informations, être écarté par l'administration fiscale à défaut de constituer des « distributions régulières » au sens de l'article 158 du CGI. Un tel argument peu étonner : si le prix de cession de l'usufruit relève du barème progressif ce n'est que par détermination de la loi ; il serait contradictoire de refuser ensuite l'application de l'abattement de 40 % au motif que la cession d'usufruit n'a pas la **nature** d'une distribution régulière !

- Le revenu net catégoriel devrait pouvoir bénéficier du système du quotient prévu par l'article 163-0 A du CGI pour les revenus exceptionnels c'est-à-dire les revenus qui, par leur nature, ne sont pas susceptibles d'être recueillis annuellement ;

- ce revenu sera pris en compte pour la détermination du revenu fiscal de référence du foyer fiscal sur la base duquel est calculée l'éventuelle contribution exceptionnelle sur les hauts revenus prévue par l'article 223 sexies du CGI<sup>17</sup>.

22 - Ce nouveau régime se révèle, en quelque sorte, le pendant, en matière de fiscalité patrimoniale, de la vente d'immeuble à rénover en droit immobilier : un régime conçu pour enrayer certaines pratiques.

Cette technique législative génère **deux risques** :

- basculer dans son champ d'application sans véritablement s'en apercevoir, c'est pourquoi il nous semblait utile de souligner quelques cas particuliers à intégrer à notre pratique ;

- vouloir continuer à atteindre, mais par « des chemins de traverses », le résultat produit par une opération à présent prohibée, ce qui nous conduit à examiner les nouveaux schémas permettant d'éviter l'application de la disposition étudiée.

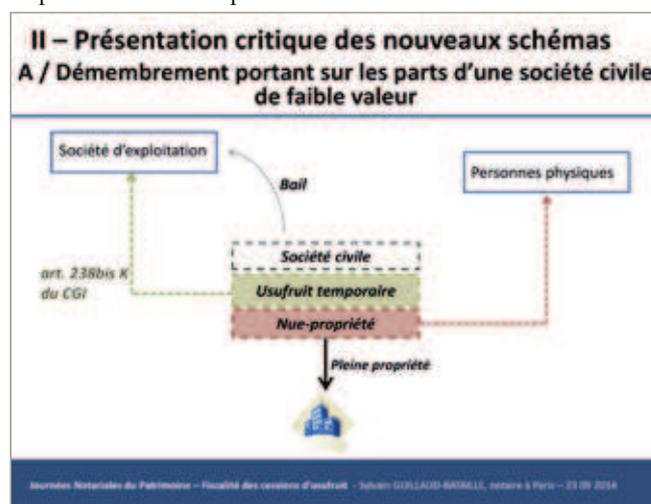
## 2. Présentation critique des contournements de la nouvelle fiscalité

### A. - Démembrement portant sur les parts d'une société civile

23 - Ce schéma est pratiqué depuis longtemps mais connaît depuis l'entrée en vigueur de l'article 13-5 du CGI un nouvel éclairage.

Reprenons le cas étudié il y a quelques instants. M. Martin souhaite faire l'acquisition de ses locaux professionnels mais son vendeur est une personne physique et ne souhaite pas procéder à deux cessions de droits démembrés.

24 - Une alternative est présentée au dirigeant : il s'agit de constituer une société civile (le plus souvent dotée d'un faible capital social) qui procédera à l'**acquisition de la pleine propriété** des locaux d'activités et dont les parts sociales seront démembrées entre la société d'exploitation qui détendra l'usufruit à durée fixe de la quasi-totalité des parts sociales, et le dirigeant ou sa famille pour la nue-propriété de ces mêmes parts sociales. Un bail sera consenti par la société civile au profit de la société opérationnelle.



27 - Les **principaux attraits** d'une telle organisation sont les suivants :

- conférer à l'entreprise des pouvoirs plus importants et plus souples sur l'actif social qu'en cas de démembrement portant directement sur le bien immobilier ;

- permettre à la société d'exploitation, dans certains cas, de percevoir de sa filiale quelques dividendes ;

- le financement de la nue-propriété des parts sociales (par hypothèse de faible valeur) permet de contourner la difficulté du financement de la nue-propriété du bien immobilier ;

- enfin, une telle stratégie n'est pas dénuée de sens sur le plan fiscal car elle permet, pendant la durée du démembrement, la détermination du résultat fiscal de la société civile (SC) par application des règles avantageuses<sup>18</sup> de l'IS avant que, lors de l'extinction de l'usufruit, cette SC ne soit à nouveau soumise aux règles de l'IR. Ainsi, les deux régimes fiscaux se succèdent opportunément dans le temps : IS pendant la « phase de financement », IR ensuite. Lors de l'extinction de l'usufruit, aucune imposition particulière n'est due, le régime fiscal applicable à la détermination du résultat de la société civile redeviendra alors celui des RF<sup>19</sup> sans qu'il ne s'opère

<sup>17</sup> Lequel dispositif connaît également un **mécanisme de quotient**.

<sup>18</sup> Par application de l'article 238 bis K du Code général des impôts. Cela permet en quelque sorte de profiter d'une « option temporaire » pour l'IS, le temps du démembrement.

<sup>19</sup> En effet, la quote-part de résultat revenant aux associés personnes physiques est déterminée au niveau de la société suivant les règles propres à la catégorie de

aucun « rattrapage » des amortissements pratiqués sur la valeur des constructions pour déterminer le résultat fiscal de la société civile. Au surplus, en cas de cession de l'immeuble par la société civile ou des parts de celle-ci par le dirigeant, la plus-value éventuellement exigible sera déterminée par application des règles du régime des PV des particuliers ; le point de départ du délai de détention sera la date d'acquisition des titres par le vendeur s'agissant de la cession des parts, et la date d'acquisition de l'immeuble s'agissant de la cession de l'immeuble par la société civile.

28 - Mais ce schéma soulève également quelques **difficultés particulières - Exclusion du démembrement *ab initio* lors de la constitution de la société.** L'attribution, en rémunération d'apports consentis en pleine propriété (en numéraires le plus souvent) d'un droit d'usufruit à durée fixe sur les parts sociales est débattue en doctrine<sup>20</sup>. Dans le doute, la prudence doit conduire à écarter nettement ce schéma.

29 - **La valorisation de l'usufruit à durée fixe de parts sociales** - Il s'agit sans doute de la difficulté principale de ce schéma. La question de la valorisation de l'usufruit de parts sociales nous semble présenter une difficulté variable selon que l'acquisition des parts intervient avant ou après l'acquisition du bien immobilier par la société civile.

- Si le démembrement des parts est effectué **avant l'investissement** : la valorisation de l'usufruit présente un enjeu assez faible compte tenu de la valeur de la société au moment de l'opération : il peut être défendu que la valeur de la société sera alors égale ou proche de celle de son capital social (ce capital social sera lui-même souvent assez faible). L'inconvénient de cette chronologie est, selon nous, de **rendre moins cohérente la justification globale de l'opération** : la société d'exploitation n'a, *a priori*, que peu d'intérêt à faire l'acquisition de l'usufruit des parts sociales d'une « coquille vide ». Et si l'on justifie cet intérêt par le projet d'investissement très avancé de ladite société civile, les difficultés de valorisation (énoncées ci-après) pourraient apparaître.

- Si le démembrement des parts est effectué **après l'investissement**, il s'ajoute à la question de la justification de l'opération, la difficulté de la valorisation des parts.

La méthode économique d'évaluation de l'usufruit et de la nue-propriété sera d'application plus incertaine et cela pour deux raisons principales : d'une part, le **flux qu'il s'agit d'actualiser** ne sera pas le revenu locatif net du bien immobilier mais sera fonction du résultat de la société civile ou plus précisément du résultat distribué de la société : doit-on raisonner sur la base d'une distribution intégrale ou sur une distribution limitée, année après année, à la seule trésorerie disponible. Si le montant du résultat distribué excède la trésorerie (par le recours à une inscription en compte courant d'associé), il faudra prendre en compte le décalage dans le temps pour l'actualiser ; à ce titre, il faut souligner que la politique de distribution du résultat

revenu dont relève l'activité de la société.

20 Dans le sens du rejet du schéma : J.-P. Garçon, *Un montage inquiétant : le démembrement ab initio du capital social souscrit en numéraire* : JCP N 2003, n° 48, p. 1734. - Contra A. Depondt, *Les sociétés civiles de famille dans la gestion de patrimoine* : Maxima, 1996, p. 202 et s. - J. Derruppé, *Un associé méconnu : l'usufruitier de parts ou actions* : Defrénois 1994, art. 35894, spéc. n° 5 et s.

devra ménager les intérêts de la société civile et de la société d'exploitation ce qui ne sera pas toujours évident.

30 - Précisons également que l'évaluation des parts sociales et l'intérêt de la société opérationnelle, usufruitière de parts sociales, doit être appréciée sur la durée globale du démembrement compte tenu non seulement des flux perçus (distributions de dividendes) mais aussi de l'**obligation de régler l'impôt correspondant** à la totalité du résultat et non seulement celui correspondant à la fraction effectivement distribuée<sup>21</sup>, conséquence du caractère translucide de la société civile démembrée.

### EXEMPLE

→ Si la société civile dégage un résultat positif de 30 mais ne dispose que d'une trésorerie de 10, une distribution de 10 ne permet aucun enrichissement de la société d'exploitation compte tenu du « surcoût » d'IS, de 10 (30 × 33,33 %).

31 - D'autre part, le **taux d'actualisation à retenir** doit-il être le taux de rendement du bien immobilier (actif sous-jacent) ou celui de l'argent majoré d'une prime de risque (qu'il faudra alors définir)<sup>22</sup> ?

32 - Si la technique du démembrement de propriété appliquée aux parts de SC se révèle parfois une variante intéressante au démembrement du bien immobilier, l'alternative n'est pas sans risque et il sera parfois difficile de justifier des vertus d'un tel schéma, à l'aune de l'intérêt supérieur (autre que fiscal) de l'entreprise.

## B. - Création du démembrement ...

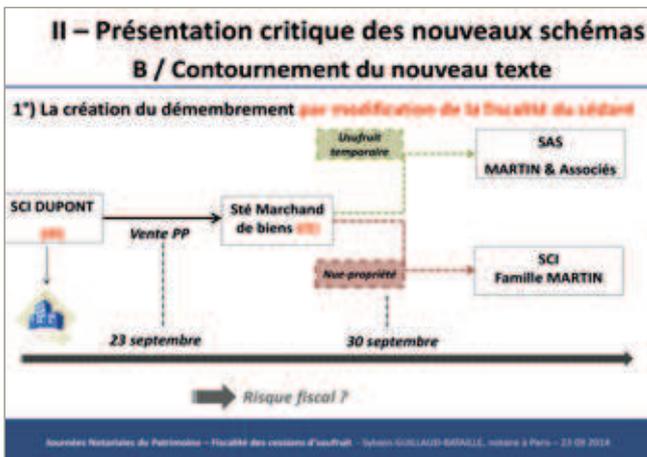
### 1°) ... par modification de la fiscalité du cédant

33 - Il s'agit de faire en sorte que l'article 13-5 du CGI ne soit pas applicable à la cession concomitante de droits réels démembrés : ce sont les conséquences de la réponse ministérielle Lambert qu'il s'agit d'éviter.

Comme la nouvelle fiscalité n'est pas applicable lorsque le cédant est soumis à l'IS, il a été proposé, lorsque le propriétaire actuel est une personne physique ou une société translucide, de faire précéder les cessions des deux droits réels démembrés, de la vente de la pleine propriété du bien au profit d'une société soumise à l'IS exerçant l'activité de marchand de biens, laquelle procéderait ensuite aux cessions des droits réels démembrés.

21 À l'inverse, il faut aussi prendre en compte l'effet positif pour la société usufruitière de l'appréhension du résultat négatif de la société civile en tant qu'il est imputable intégralement sur son résultat (si une telle attribution du résultat négatif est prévue dans les statuts de la société civile filiale).

22 Sur l'évaluation des parts d'une société lorsque le passif est égal au prix d'acquisition, V. P. Julien Saint-Amand, *Abus de droit et démembrement de propriété* : Dr. et patrimoine 2011, n° 205, p. 80.



34 - S'il est difficile d'apprécier précisément le risque fiscal d'une telle opération, il nous semble nécessaire, *a minima* :

- de prévoir une marge significative au profit du marchand de biens (10 % serait un minimum) ce qui permet de justifier d'un véritable intérêt économique donc du caractère non fictif de la vente intercalaire,
- d'éviter ce schéma s'il existe un lien capitalistique ou des dirigeants communs entre, d'une part, la société marchand de biens et, d'autre part, le vendeur ou l'acquéreur de l'un des droits démembrement.

## 2° ...par modification de l'objet de la cession : l'usufruit constitué per retentionem

35 - Il s'agit ici de créer le démembrement de propriété non par cession de l'usufruit temporaire mais par rétention de celui-ci : c'est la nue-propriété qui est cédée.

L'appréciation du risque fiscal d'une telle opération suppose d'analyser le contexte global dans lequel elle intervient.

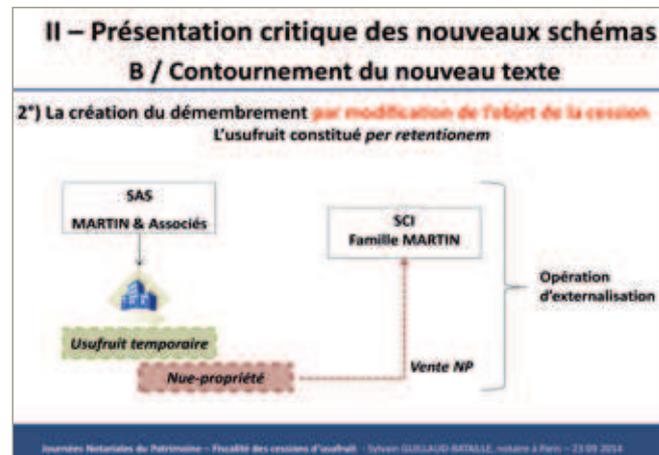
36 - Il peut s'agir tout d'abord d'une véritable opération d'externalisation de locaux professionnels dont on sait que, réalisée sur la pleine propriété, elle présente un coût fiscal très lourd. L'application de la technique du démembrement de propriété à une opération d'externalisation d'un actif immobilier permet au dirigeant de faire l'acquisition de la propriété à terme d'un actif immobilier, ce qui présente un intérêt patrimonial certain, notamment pour extraire du risque de l'entreprise un actif important, pour préparer sa retraite ou la transmission de son patrimoine, sans pour autant lui conférer le droit aux fruits, source d'un flux de revenus fortement fiscalisé.

Corrélativement, cette opération constitue pour l'entreprise une source de trésorerie lui permettant de se concentrer sur son cœur d'activité sans pour autant abandonner la maîtrise de ses locaux dont elle continue de jouir pour un coût moindre que par une simple location et au moyen de prérogatives adaptées à ses besoins ; enfin, la PV professionnelle générée par l'opération, proportionnelle à la valeur des droits transférés, s'en trouve nécessairement diminuée, ce qui rend l'opération plus acceptable sur le plan financier.

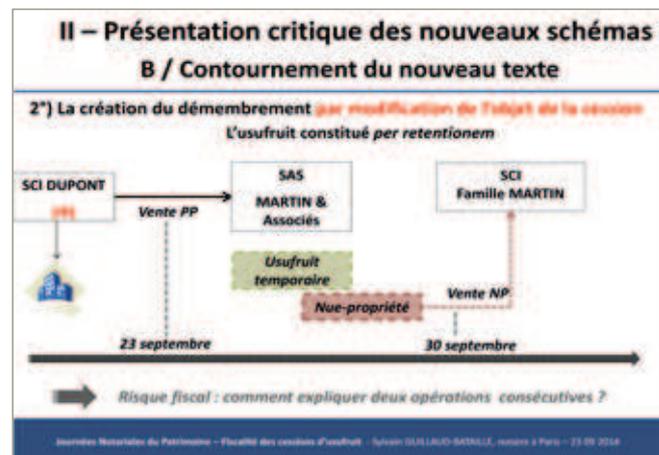
## EXEMPLE

→ La SAS Martin & Associés, société d'exploitation propriétaire de ses locaux, en cède la nue-propriété au profit

d'une société civile de la famille Martin, se réservant un usufruit d'une durée de 15 ans. Une telle opération présente des intérêts significatifs mais aussi quelques difficultés d'application qui dépassent le cadre de cette étude<sup>23</sup>.



37 - D'autres cas sont plus contestables, par exemple la cession de la pleine propriété d'un bien immobilier, consentie par la SC Dupont au profit d'une société d'exploitation Martin & Associés, laquelle revend, dans un bref délai, la nue-propriété à la SC Famille Martin.



Nous recommandons d'éviter ce type de contournement de l'article 13-5 du CGI.

38 - Enfin, d'autres schémas sont à l'évidence abusifs comme celui consistant pour M. X à céder la pleine propriété d'un bien immobilier au profit d'une société d'exploitation B, laquelle, dans un bref délai, revendrait la nue-propriété de ce même bien immobilier à M. X en conservant un usufruit à durée fixe.

39 - Nous attendons une prochaine prise de position de l'administration fiscale sur une partie des questions ici traitées, en espérant qu'il sera tenu compte de ce que la neutralité juridique et fiscale de certains choix patrimoniaux contribue à la pérennité des entreprises familiales donc au bon fonctionnement de l'économie.

<sup>23</sup> Pour des développements, V. S. Guillaud-Bataille, *L'immobilier professionnel et l'organisation patrimoniale du dirigeant* : LexisNexis, 2013, n° 435 et s.