

OPTIMISER L'ACQUISITION DES LOCAUX PROFESSIONNELS ! (TROISIEME PARTIE) POURQUOI PAS DEMEMBREDER ?

Etude rédigée par Me Yann JUDEAU

L'acquéreur de locaux professionnels s'interroge très souvent sur les modalités de son acquisition : doit-il acquérir les locaux en direct ou via une société ? Chacune des techniques présente avantages et inconvénients qui ont été abordés au cours de nos précédentes études. Le démembrement de propriété reste-t-il la panacée ?

Une stratégie mixte : le démembrement de propriété

1.— Entre l'acquisition par la société d'exploitation et l'achat de l'immeuble par le dirigeant directement ou via une société civile mobilière, il existe une troisième voie : le démembrement « ab initio » de l'actif immobilier. L'usufruit est acquis par la société d'exploitation et la nue-propriété par le chef d'entreprise (en direct ou via une SCI). Cette technique présente des avantages (A) pour les parties et n'est donc pas à l'abri de critiques de l'Administration fiscale (B).

A- Utilités de l'acquisition en démembrement

1- Pour le nu-propriétaire

2. Absence de revenu imposable et de charges déductibles— Le nu-propriétaire, personne physique ou société civile semi-transparente, ne percevant aucun revenu imposable, ne sera pas assujéti ni à l'impôt sur le revenu au titre des revenus fonciers ni aux prélèvements sociaux. Par contre, il y a un revers à la médaille : il devra emprunter le montant de la nue-propriété et remboursera l'emprunt à l'aide de sa trésorerie personnelle, ne bénéficiant pas des loyers.

L'usufruit bénéficiant à la société d'exploitation, il ne pourra pas déduire les charges de la nue-propriété de ses autres revenus fonciers. En effet, l'administration¹ autorise le nu-proprétaire à déduire les grosses dépenses qu'il a supportées au sens de l'article 606 du code civil ou les dépenses incombant normalement à l'usufruitier que si l'immeuble est donné en location dans des conditions normales et que l'usufruitier est imposé dans la catégorie des revenus fonciers. De même, elle lui refuse la déduction des intérêts d'emprunts² sauf à remplir cumulativement les deux conditions d'un bien loué et d'un usufruitier imposé en revenus fonciers. Les organismes sociaux usufruitiers peuvent également déduire les intérêts d'emprunt car ils sont imposés à l'IS.

3. Absence d'ISF— Le nu-proprétaire est dans une situation attractive au regard de l'ISF. D'une part, le redevable légal de l'ISF est l'usufruitier du bien (CGI, art. 885 G). Il n'est donc pas redevable de l'ISF sur la nue-propriété de l'immeuble d'exploitation s'il la détient en direct. En effet, si la nue-propriété est détenue par une société civile dont le chef d'entreprise est l'associé : ce dernier devra déclarer au titre de l'ISF la pleine propriété des parts de la société civile. Il est peu probable qu'il puisse efficacement revendiquer l'exonération au titre des biens professionnels. D'autre part la Cour de Cassation³ a reconnu au nu-proprétaire personne physique le droit de déduire de ses biens taxables à l'ISF, le solde du capital de l'emprunt ayant servi à financer l'acquisition de la nue-propriété. En l'espèce, l'ISF n'était pas dû par la personne morale usufruitière : le bien démembré n'était donc pas un bien exonéré et le nu-proprétaire pouvait donc déduire de son actif taxable l'emprunt contracté pour acquérir la nue-propriété. L'article 13 de la loi de finances pour 2013⁴ contre cette jurisprudence. En effet, le nouvel article 885 G quater du CGI limite la déduction des dettes de l'actif taxable aux dettes se rapportant à des biens taxables. Depuis le 1^{er} janvier 2013, le nu-proprétaire ne peut plus déduire de son actif taxable à l'ISF le passif se rapportant à la nue-propriété.

¹ BOI-RFPI-BASE-30-20-20-20120912 n°1 à 60

² BOI-RFPI-BASE-20-80-20120912 n°170

³ Cass. Com. 31 mars 2009 « Theillier et associés » N°08-14.645 : Juris Data n°2009-047730 : DF 2009 n°23 comm.358 ; RFN n°6/2009 com.106

⁴ A. DELFOSSE, Loi de finances pour 2013 Présentation schématique et non exhaustive de certaines dispositions : JCP N 2013 n°1-2 étude 1000 § 174 ; J. DUHEM, Impôt de solidarité sur le fortune 2013 – Chronique annuelle : JCP N 2013 n°20 étude 1137 §15.

4. Réunion de la pleine propriété– A l’extinction de l’usufruit, le nu-proprétaire se retrouve plein propriétaire, sans fiscalité complémentaire (CGI, art. 1133). De plus, en cas de cession de l’immeuble après réunion de la pleine propriété, il bénéficiera de l’exonération des plus-values immobilières des particuliers au bout de trente années de détention (CGI, art. 150 VC). Le délai de détention est calculé à compter de l’acquisition de la nue-propriété⁵.

2- Pour l’usufruitier

5. Charges supplémentaires déductibles– La société d’exploitation en sa qualité d’usufruitière sera redevable de la taxe foncière (C. civ., art. 608). Dans le cadre d’un bail commercial, elle est très souvent mise à la charge du locataire. Etant une personne morale, elle n’est pas redevable de l’ISF. L’usufruit de l’immeuble d’exploitation l’autorisera à minorer son résultat d’exploitation des frais et droits d’acquisition, des intérêts de l’emprunt souscrit, de l’impôt foncier, des assurances du bâtiment et des frais d’entretien.

6. Nature de l’usufruit : une immobilisation incorporelle - L’inscription de l’usufruit à l’actif immobilisé de la société possible est autorisé tant par le nouveau plan comptable que par les critères posés par le Conseil d’Etat. L’article 211-3 du nouveau plan comptable précise qu’une immobilisation incorporelle résulte « d’un droit légal ou contractuel et même si ce droit n’est pas transférable ou séparable de l’entité ou des autres droits et obligations. » Cette définition, implique la présence de l’un des critères suivants :

soit l’immobilisation est distincte de l’activité et cessible ;

soit elle a pour origine une protection juridique résultant d’un droit légal ou contractuel.

L’usufruit d’immobilier d’entreprise remplit les critères posés par le Conseil d’Etat⁶ permettant à un droit incorporel d’être immobilisé à l’actif d’une entreprise :

. ce droit est une source régulière de profit (l’immeuble est utilisé par l’entreprise pour réaliser son activité ; l’usufruit lui permet d’économiser une charge de loyer) ;

. ce droit est doté d’une pérennité suffisante (l’usufruit devrait avoir une durée supérieure à celle d’un bail commercial (9 ans) sans pouvoir excéder 30 ans)

. et ce droit est susceptible de faire l’objet d’une cession.

⁵ BOI-RFPI-PVI-20-20-20121119 n°40

⁶ CE 21 août 1996 RJF 10/96 n°1137

7. Le caractère amortissable de l'usufruit - Pour l'Administration, un droit incorporel ne peut être amorti car il ne se déprécie pas du fait de l'usage et du temps ; s'il subit une dépréciation réelle en raison de circonstances exceptionnelles, elle sera constatée par une provision⁷. Elle admet, cependant, qu'un droit incorporel puisse être amorti s'il est certain, dès sa création ou son acquisition, que ses effets bénéfiques sur l'exploitation prendront fin nécessairement à une date déterminée⁸. La durée de l'usufruit temporaire étant fixée dans l'acte d'acquisition, la société d'exploitation devrait être autorisée à pratiquer un amortissement sur la durée de l'usufruit. C'est la solution retenue par de nombreux auteurs⁹.

La jurisprudence administrative y est favorable. Un jugement du TA de Poitiers¹⁰ a admis l'amortissement de l'usufruit de titres de participation « s'il est normalement prévisible lors de son acquisition par l'entreprise que ses effets bénéfiques sur l'exploitation prendront fin à une durée déterminée. » Le Conseil d'Etat par un arrêt du 19 février 2003¹¹ a jugé que l'usufruit d'immeuble constituait une immobilisation incorporelle amortissable. Plus récemment, le TA de Paris¹² a retenu la même solution concernant un usufruit sur un immeuble d'une durée de trente ans dès lors que la société ne pouvait se prévaloir d'un droit à en conserver la jouissance au-delà de cette date.

A l'extinction de l'usufruit, la société d'exploitation constatera la sortie d'un élément d'actif de son bilan, rendant exigible un impôt sur les plus-values professionnelles. Comme l'a démontré Pierre Fernoux¹³, l'usufruit ayant été amorti sur toute sa durée, sa valeur nette comptable sera nulle. Le compte d'immobilisation incorporelle ainsi que le compte d'amortissement seront soldés. « Aucune plus-value taxable n'apparaîtra ! ».

Ce schéma présentant des avantages tant pour la société d'exploitation que pour son dirigeant nu-propriétaire, devra être mis en œuvre avec prudence.

⁷ BOI-BIC-AMT-10-20-20121231 n°320

⁸ BOI-BIC-AMT-10-20-20121231 n°340

⁹ M. COZIAN F. DEBOISSY, Précis de fiscalité des entreprises, éd. LITEC 2012-2013 n°279 ; J. TUROT, L'usufruit d'actions peut s'amortir : BF Lefebvre 6/97 p.374 ; P. FERNOUX, Monsieur le Juge, persistez... l'usufruit est un bien amortissable : BF Lefebvre 2/98 p.77 ; A. RAYNOUARD, P. CENAC, Acquisition par la société d'exploitation de l'usufruit de l'immeuble d'entreprise détenu par le dirigeant : Actes Pratiques & Stratégie Patrimoniale 2010 p.41

¹⁰ TA Poitiers 21 novembre 1996 n°95-1701 : RJF 1/97 n°7

¹¹ CE, 19 février 2003 : DF 2003 n°28 comm. 524, concl. S. Austray ; RJF 5/2003 n°573

¹² TA Paris 6 juillet 2009 n°04-19716 SELARL GROSSIN et associés : RFN 3/2010 comm.20 ; JCP N 13/2010 n°1162

¹³ P. Fernoux, Stratégie de gestion de l'immobilier d'entreprise et démembrement de propriété : RF compt. 2000 p.69

B- Les limites de l'acquisition en démembrement

8.- L'administration pourrait contester cette technique d'acquisition de l'immobilier d'entreprise sur le fondement de l'abus de droit en démontrant que l'opération est fictive ou réalisée dans un but exclusivement fiscal. L'acte anormal de gestion pourrait être invoqué pour contester l'économie réalisée par la société usufruitière. Ces deux balises (abus de droit et acte anormal de gestion) inciteront les conseils à faire preuve de prudence quant à la durée et la valorisation de l'usufruit (**2**). Il convient de rappeler, au préalable, que la dernière loi de finances rectificative a rendu la cession d'usufruit temporaire « plus onéreuse » pour le cédant (**1**).

1- La cession d'usufruit temporaire taxée comme un revenu

9.- Régime antérieur - Jusqu'au 13 novembre 2012, la cession par le dirigeant de l'usufruit temporaire de l'immeuble à la société d'exploitation était particulièrement intéressante. En effet, la cession permettait de transformer un flux de revenus en un capital immédiat. La plus-value immobilière réalisée par le cédant était imposée selon le régime des plus-values immobilières des particuliers (CGI, art. 150 U à 150 VH du CGI). S'il détenait l'immeuble depuis plus de trente ans, par le jeu de l'abattement, il était exonéré d'impôt et de prélèvements sociaux.

10.- Régime applicable à compter du 14 novembre 2012- L'article 15 de la dernière loi de finances pour 2012 modifie les modalités d'imposition de la cession à titre onéreux d'usufruit temporaire (CGI, art. 13 5). Il est désormais prévu que : *« 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... »*

Le cédant n'est plus taxé au titre des plus-values immobilières mais son prix de cession est imposé à l'impôt sur le revenu et aux prélèvements sociaux comme un revenu. La catégorie de revenu dépendra de la nature du bien grevé de l'usufruit :

- . revenus fonciers si l'usufruit porte sur un immeuble ou des parts de sociétés IR à prépondérance immobilière ;
- . revenus de capitaux mobiliers s'il porte sur des parts sociales ou des actions ;
- . bénéfices non commerciaux dans les autres cas.

La taxation au titre de l'impôt sur le revenu est limitée à la première cession onéreuse d'un usufruit temporaire réalisée par une personne physique ou une société de personnes. Ce nouveau dispositif est applicable aux opérations intervenues à compter du 14 novembre 2012. La cession donne toujours lieu au paiement des droits de mutation dont l'assiette reste constituée par la valeur de l'usufruit déterminée selon le barème de l'article 669 du CGI.

La majorité des auteurs¹⁴ considéraient que le montage incriminé par l'article 13-5 du CGI se limitait aux situations dans lesquelles le cédant cède l'usufruit temporaire à une société qu'il contrôle et recouvre la pleine propriété aux termes de l'usufruit. Ne seraient pas visées par l'article 13-5 les opérations de cession de la pleine propriété d'un immeuble, à deux acquéreurs : l'usufruit d'une durée fixe étant acquis par la société d'exploitation et la nue-propriété par une société civile ou une personne physique. Mon confrère, Maître GUILLAUD-BATAILLE¹⁵, soutenait au contraire, que l'article 13-5 s'appliquait également à la cession concomitante de l'usufruit temporaire et de la nue-propriété d'un même bien par une personne non soumise à l'IS. L'Administration¹⁶ est intervenue récemment pour préciser que la cession concomitante de l'usufruit à une société et la nue-propriété à un second cessionnaire entrainait dans le champ d'application du texte !

L'acquisition d'un usufruit temporaire conserve son utilité ; le risque de remise en cause par l'administration soit au titre de l'abus de droit soit au titre de l'acte anormal de gestion demeure.

¹⁴ H. HOVASSE, Le nouveau régime fiscal de la cession d'un usufruit temporaire : RFN mars 2013 étude 9 ; J. AULAGNIER, Les acquisitions d'usufruit non concernées par les nouvelles dispositions de l'article 13-5 du CGI : JCP N 2013 n°14 étude n°1076 ; S. LEROND, G. DUMONT, Les nouveautés en matière de fiscalité patrimoniale : Dr. et patrimoine fév. 2013, p.36

¹⁵ S. GUILLAUD-BATAILLE, Première cession à titre onéreux d'un usufruit temporaire. Le cas de la cession concomitante de l'usufruit temporaire et de la nue-propriété : JCP N 2013 n°14 étude n°1075

¹⁶ Rép. min. budget n°15540 à M. Jérôme Lambert : JOAN Q 2 juill. 2013 p.6919 ; S. GUILLAUD-BATAILLE, Cession concomitante de l'usufruit à durée fixe et de la nue-propriété : l'Administration prend position : JCP N 2013 n°28 act. 782

2- Une remise en cause par l'Administration

11. Abus de droit par fictivité– L'Administration peut tout d'abord démontrer que **l'opération est fictive**. Si la nue-propriété est acquise non pas directement par le dirigeant mais par une société civile, le risque est avéré. En effet, le comité de l'abus de droit¹⁷ et la Cour de Cassation¹⁸ qualifient de sociétés fictives les sociétés civiles détentrices exclusivement de la nue-propriété de biens, en raison de leur absence d'autonomie financière et d'activité économique réelle. Si l'acquisition de la nue-propriété ne peut pas être réalisée directement par le dirigeant, les associés de la société civile devront être réunis en assemblée générale qui donnera lieu à l'établissement de procès-verbaux. Il serait préférable de réaliser des apports en numéraire ou de biens frugifères permettant à la société civile d'exercer une véritable activité.

12. Abus de droit par fraude à la loi– L'abus de droit serait également avéré s'il était établi que les parties poursuivaient **un but exclusivement fiscal**. L'opération présente un double intérêt fiscal : pendant le portage du bien, on bénéficie de l'impôt sur les sociétés ; lors de la revente du bien, on relève du régime des plus-values des particuliers. Mais l'acquisition en démembrement présente des avantages économiques, financiers et juridiques pour les parties. La société d'exploitation sera titulaire d'un usufruit, ce qui accroît ses prérogatives juridiques par rapport à celles du locataire commercial : son usufruit sera très souvent d'une durée plus longue qu'un bail commercial de neuf années. L'usufruitier n'encourt pas les risques d'une résiliation du bail et son éviction. Il a certes le droit d'occuper le bien mais également de le louer ; or le statut des baux commerciaux interdit par principe la sous-location. Le nu-propiétaire échappe aux contraintes de la location : vacances locatives, retards ou impayés de loyer...

13. L'acte anormal de gestion– En se plaçant sur ce terrain l'administration n'invoque ni la fictivité de l'opération ni le but exclusivement fiscal. Elle prétend que l'acte est contraire à l'intérêt de l'entreprise et lui est donc inopposable pour le calcul de l'impôt. La société d'exploitation doit trouver un avantage financier à acquérir l'usufruit des locaux par rapport à la conclusion du bail. Le plus souvent, son résultat d'exploitation augmentera :

¹⁷ Rapport 2006 Aff. 2005-16

¹⁸ Cass. Com. 15 mai 2007 n°06-14.262 Saunier Streck : Juris Data n°2007-038954.

ses charges (amortissement de l'usufruit, déduction des intérêts d'emprunt) seront moindres que ses charges locatives.

Pour éviter les foudres de l'administration fiscale, les conseils veilleront à bien calibrer l'usufruit en termes de durée et de valorisation.

3- les précautions à prendre

14. Une durée comprise entre 10 et 30 ans– L'usufruit acquis par la société d'exploitation est nécessairement temporaire. L'article 619 du code civil prévoit que « l'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers ne dure que **trente ans**. » La Cour de cassation¹⁹ a rappelé que cette règle était d'ordre public et qu'un usufruit d'une durée supérieure serait nul. L'article 253-1 du code de la construction et de l'habitation prévoit une durée minimale de **quinze ans** pour l'usufruit social. Pour que l'opération ait un intérêt pour la société d'exploitation, la durée de l'usufruit doit être plus longue que celle d'un bail commercial. La durée recommandable de l'usufruit serait comprise entre dix et trente ans.

15. Une valorisation pragmatique– La valorisation de l'usufruit est un paramètre délicat à manier. Si l'on se réfère au barème fiscal de l'usufruit, l'article 669 II du CGI, l'usufruit temporaire est estimé à 23% de la pleine propriété pour chaque période de 10 ans. Ce barème ne s'impose que pour la liquidation des droits d'enregistrement et la taxe de publicité foncière : les parties sont donc libres de recourir à une approche économique de l'usufruit. Le risque est que cette méthode valorise l'usufruit à une valeur proche de la pleine propriété. Maître Marceau CLERMON²⁰ propose une méthode plus pragmatique (la valorisation comparative des flux intrinsèques) : « Les mensualités du crédit souscrites pour acquérir l'usufruit acheté à crédit au taux de marché sur la période ne devront pas dépasser celles du loyer : cette référence constitue un nouveau seuil. »

Il convient dès la constitution du démembrement, d'anticiper la situation de la société d'exploitation à l'extinction de l'usufruit. Il serait prudent d'assortir la vente d'une promesse de bail commercial pour permettre à la société d'exploitation de se maintenir dans les lieux.

¹⁹ Cass. 3^{ème} civ. 07 mars 2007 : JCP N 2007 n°29, 1219 note H. Hovasse ; D.2007 p. 2084

²⁰ M. CLERMON : « Acquisition en démembrement : entre usage abusif et abus d'usage », Actes Pratiques et Stratégie patrimoniale juillet-septembre 2009 p.53

Pour rendre la promesse de bail opposable à l'administration en lui conférant date certaine, il serait opportun de recourir à l'acte authentique ou à l'acte sous seing privé enregistré.

16. Conclusion- Le schéma d'acquisition démembrée de l'immobilier d'entreprise est une technique financièrement intéressante pour la société d'exploitation et qui permet au dirigeant resté nu-propiétaire de relever des plus-values immobilières des particuliers. Ces avantages sont à mettre en balance avec l'impôt et les prélèvements sociaux qui seront à régler par le cédant au titre de l'année de cession de l'usufruit. Les conseils doivent par ailleurs fixer la durée de l'usufruit et sa valeur de manière raisonnable.