

L'Immobilier d'entreprise

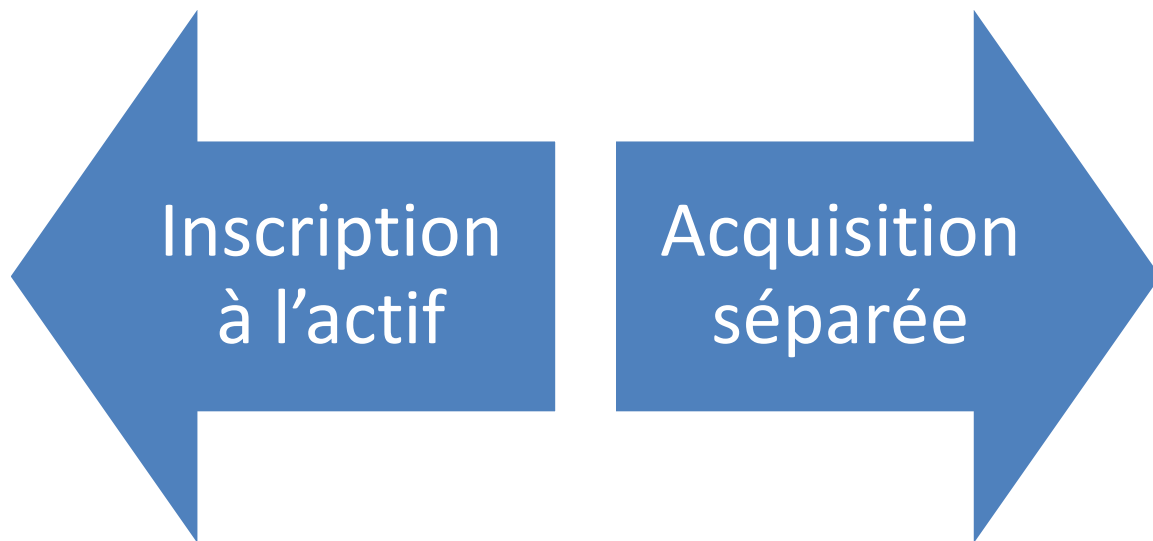
Laurent Benoudiz & Serge Anouchian - Experts-comptables

Sécuriser, anticiper et optimiser
sa détention, sa gestion et sa cession

Une liberté de choix

Mais choisir, c'est renoncer !

Deux grands choix possibles...



...Selon les objectifs du client

- Inscription à l'actif pour :
 - Faciliter le **financement** et l'exploitation ;
 - Disposer d'un actif professionnel « homogène » (Hôtel, Industrie...) plus facile à **transmettre**.
- Acquisition séparée pour :
 - Préserver l'immeuble des **risques** professionnels ;
 - Faciliter la **cession** future de l'entreprise ;
 - Préparer et améliorer sa **retraite** ;
 - Permettre la **transmission** à ses enfants sans compétences de chef d'entreprise ;

Liberté de choix ?

- « La qualification d'abus de biens social peut-elle être retenue en cas d'acquisition du bâtiment par une SCI dont l'associé principal est par ailleurs le principal actionnaire de la société locataire, société locataire ayant en théorie les moyens financiers d'acquérir ce bâtiment » ?
- « Si l'opération semble pouvoir être réalisée dans l'intérêt du dirigeant de la société, elle ne sera pas pour autant forcément contraire à l'intérêt social. [...] La capacité de la société à acquérir la pleine propriété du bien est inopérante pour déterminer si les faits en cause peuvent recevoir la qualification d'abus de biens sociaux.»

(Rép. min. n° 28171 à M. Éric **Straumann** : JOAN Q 5 mai 2009, p. 4357)

Liberté de choix ?

- Le souhait patrimonial de **séparer le bien immobilier de la société d'exploitation** a parfois fait l'objet d'une tentative de redressement par l'Administration lorsque des opérations ont été conduites en vue de séparer l'un de l'autre, **au meilleur coût fiscal**, alors même qu'ils étaient confondus dans la même entité. Ainsi, dans le cas d'un contribuable qui a procédé à une suite d'opérations d'apport et de fusion en vue de séparer l'immobilier de l'exploitation, l'Administration a tenté de requalifier ces opérations en cession directe de l'immeuble. La cour d'appel de Paris a estimé que « *La succession des opérations réalisées avait pour objectif de faciliter la cession du groupe industriel en séparant l'immobilier des actifs économiques.* »

(CA Paris, 1re ch., sect. B, 16 sept. 2005 n° 03-8922, Cts *Logeais*)

Liberté de choix ?

- Pour le rapporteur public, l'objectif de **faire sortir les immeubles du bilan** de l'entreprise est une « situation que l'on rencontre souvent qui procède plutôt d'une **gestion patrimoniale prudente** en cas d'éventuelles difficultés financières, voir même d'ouverture de procédure collective ».
- La Cour suit les conclusions : « Fait valoir, sans être sérieusement contredite, qu'en raison d'événements familiaux et professionnels survenus les années antérieures, elle a décidé, pour **des raisons patrimoniales et dans un souci de sécurité**, d'assurer, par la création d'une SCI, le « reclassement » des constructions inscrites à l'actif de l'entreprise.... Que dans ces conditions l'administration n'établit pas que l'ensemble des opérations aurait été réalisé dans un but exclusivement fiscal... »

(CAA Lyon, 2e ch., 10 févr. 2005, n° 99-1416, Servagent)

Les Critères de choix ?

Structure dédiée : SCI ou autre

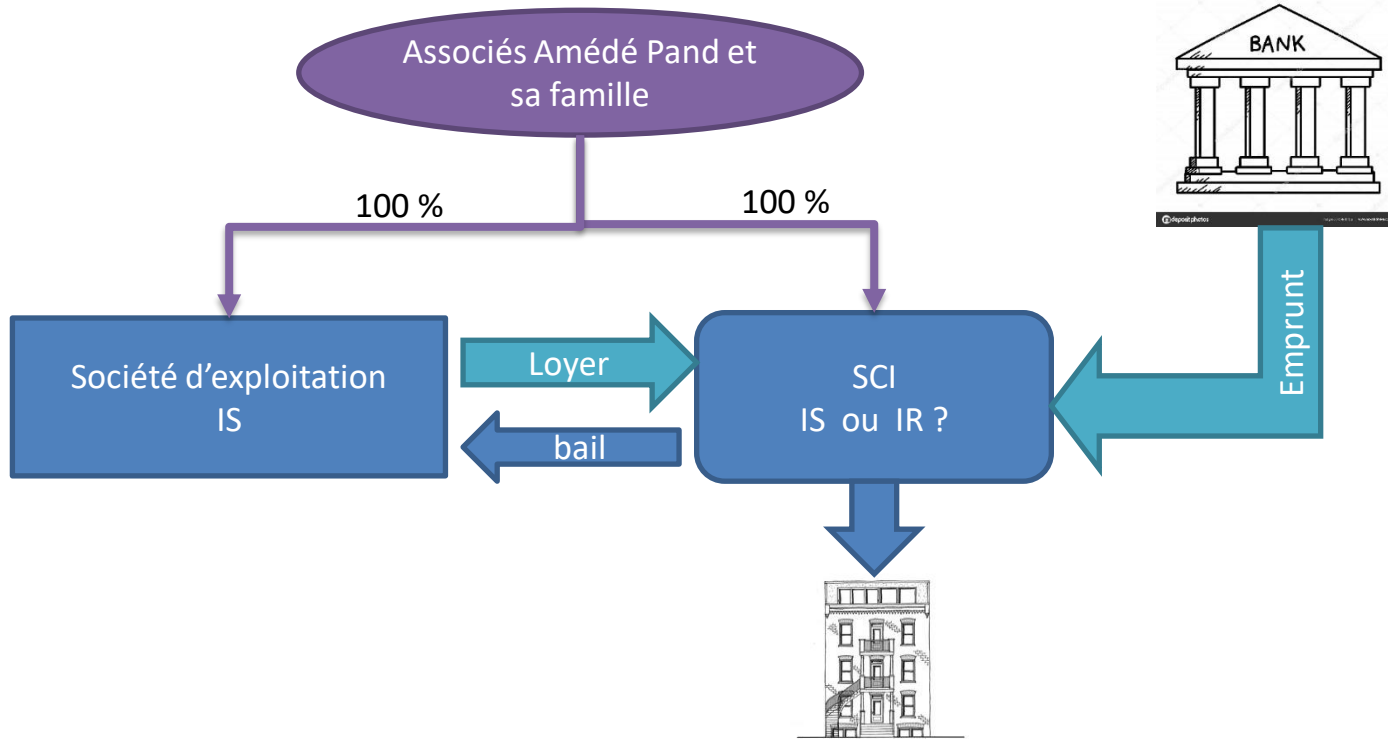
- Capital fermé
- Pouvoir de décision conservé au sein de la famille
- Immeuble banalisé et/ou à forte PV potentielle
- Financement complémentaire par actionnariat familial
- Transmission par cession à un tiers envisageable

Inscription à l'actif

- Capital ouvert, morcelé
- Pouvoir de décision confié à des dirigeants extérieurs
- Immeuble spécialisé
- Investissement lourd
- Possibilités d'obtention de subventions ou aides publiques
- **Transmission familiale sous pacte Dutreil envisageable**

L'acquisition via une SCI

Un schéma classique



To be IS or not to be ?

That is the question !

Le match IR/IS

- **Du coté de l'IR**
 - Un TMI pénalisant
 - Une déduction forfaitaire faible
 - Une imposition sur un résultat dégagé
 - Une fiscalité pénalisant l'acquisition
 - **Mais...une exonération pour les plus (très) patients !**
- **Du coté de l'IS**
 - Un taux attractif
 - La déduction des frais réels **et** l'amortissement
 - Seule la distribution rend exigible un impôt complémentaire
 - La prise en compte des frais d'achat
 - **Mais... une sortie souvent très pénalisante !**

Est-ce que ça va durer ?

- Mise en place d'un PFU... mais un amendement sénatorial (d'Eric Mongolfier, adopté puis écarté par la commission des finances en 2018) limitait celui-ci à 10% du capital ;
- Un IS au taux de 15% jusqu'à 38.120 €... y compris demain pour les SCI ?
- Une exonération à terme des PVI... mais selon le rapport du CPO, il convient de supprimer les abattements sur les PVI : « *Aucune dépense fiscale ou sociale n'est légitime en matière d'investissements immobiliers* »

Un exemple chiffré

- Les hypothèses :
 - Prix d'acquisition : 500.000 €
 - Frais et droits : 40.000 €
 - Emprunt : 500.000 € sur 15 ans au taux de 1,2%/an
 - Rendement locatif : 7,5% soit 37.500 € de loyer annuel
 - TMI : 41% + 17,20%
 - Prix de cession dans 15 ans : 672.934 (+2% par an)

Un exemple chiffré

Coût de détention	IS	IR
Loyer sur 15 ans	562 500	562 500
- frais d'acquisition	- 40 000	-
- Amortissement	- 198 000	- 300
- charges financières	- 46 599	- 46 599
Résultat sur 15 ans	277 901	515 601
Résultat moyen / an	18 527	34 373
Impôt (15% / 41%+17,2%)	2 779	20 005
Impôt sur 15 ans	41 685	300 080

Sur 15 ans, le surcout IR/IS est de 258.395 € - environ **50% du prix d'acquisition** du bien...

Un exemple chiffré

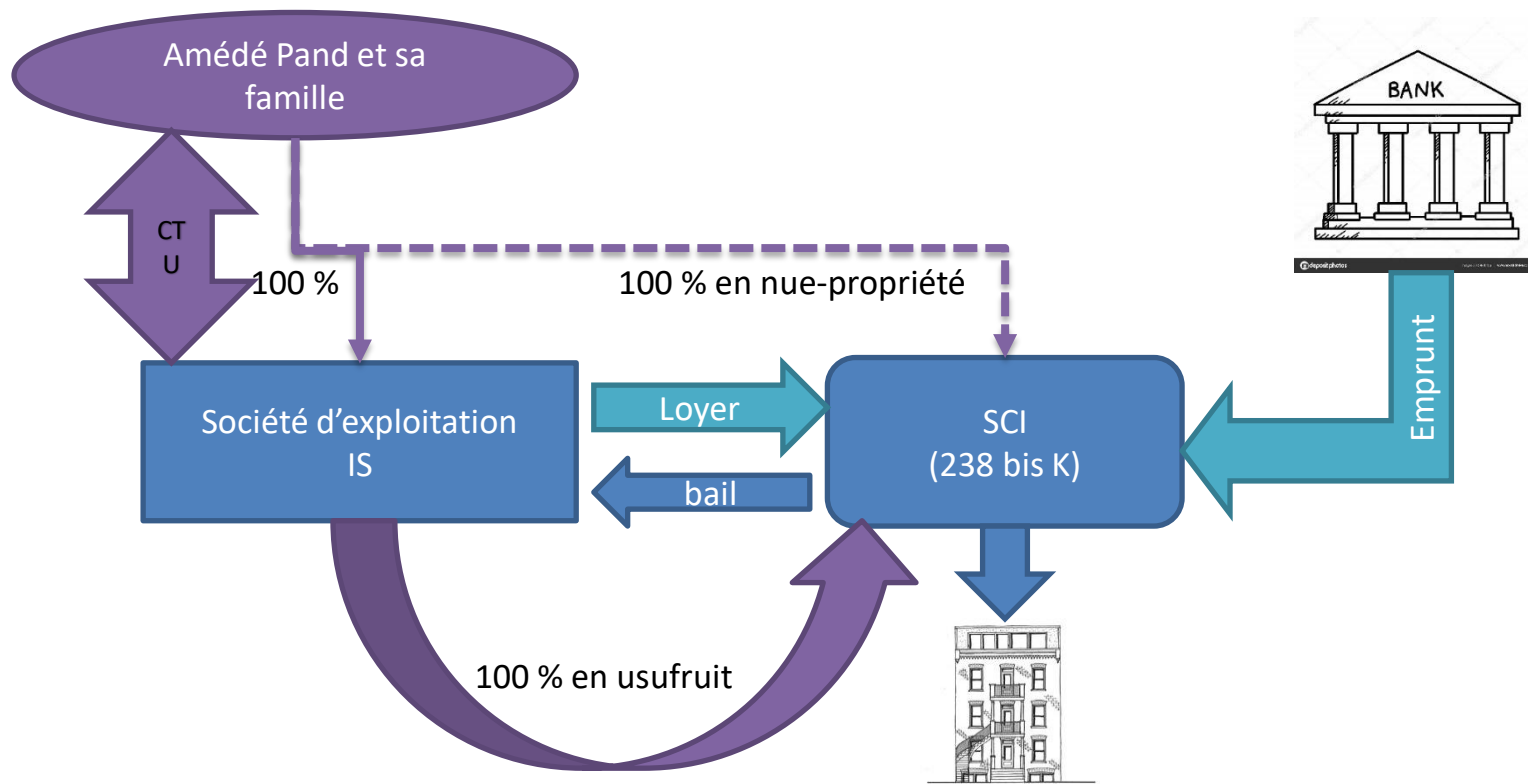
Coût de sortie	IS	IR
Prix de vente	672 934	672 934
Prix de revient fiscal	302 000	612 500
Impôt de Plus-value	71 688	5 016
Impôt de distribution	180 374	-
PV net d'impôt	420 872	667 918

A l'issue des 15 ans, le surcout IS/IR est de 247.047 € - environ **50% du prix d'acquisition** du bien...

Quelle solution ?

... c'est là qu'on démembre !

Un schéma (moins) classique



La détermination du résultat de la SCI (art. 238 bis K CGI)

- « Lorsque **des droits** dans une société ou un groupement [semi-transparent] sont **inscrits à l'actif** d'une personne morale passible de **l'impôt sur les sociétés** dans les conditions de droit commun ou d'une entreprise industrielle, commerciale, artisanale ou agricole imposable à l'impôt sur le revenu de plein droit selon un régime de bénéfice réel, **la part de bénéfice correspondant à ces droits est déterminée selon les règles applicables au bénéfice réalisé par la personne ou l'entreprise qui détient ces droits.** »
 - Les bénéfices réalisées par la SCI seront déterminées selon les règles des BIC
 - Les bénéfices seront imposés entre les mains de la Sté IS

Pourquoi faire compliqué ?

- La Loi de finances pour 2019 a ouvert la possibilité de **renoncer à une option IS** qui était, avant, irrévocable !
- A partir de 2019, possibilité de révocation :
 - Dans les 5 ans de l'option au plus tard, ensuite l'option est irrévocable,
 - Avant la fin du mois précédant la date limite de versement du premier acompte d'impôt société de l'exercice au titre duquel s'applique la renonciation (28/02),
 - Impossible d'opter à nouveau en cas de dénonciation de l'option.
 - Donc SCI IR puis IS puis IR, possible
 - Mais SCI IS puis IR, puis IS Impossible
- Mais la révocation entraîne les effets d'une **cessation d'entreprise** :
 - Taxation des plus-values latentes et des bénéfices non encore taxés,
 - Distribution des réserves.
- **Pas de cessation d'entreprise à l'extinction de l'usufruit** et reconstitution de la PP entre les mains du NP sans taxation (article 1133 du CGI).

Les questions...

- **Combien** vaut l'usufruit cédé ?
- **Qui** paie quoi ?
 - Quelle imposition sur le prix de cession ?
 - Quels droits d'enregistrement sur le prix de cession ?
- **Quand** faut-il procéder à la cession de l'usufruit temporaire ?
- **Pourquoi** faut-il vraiment démembrement ?
 - Quel est le risque d'acte anormal de gestion ?
 - Quel est le risque d'abus de droit ?
- **Quelles** précautions complémentaires ?

Valeur économique et valeur fiscale

Schéma d'un démembrement

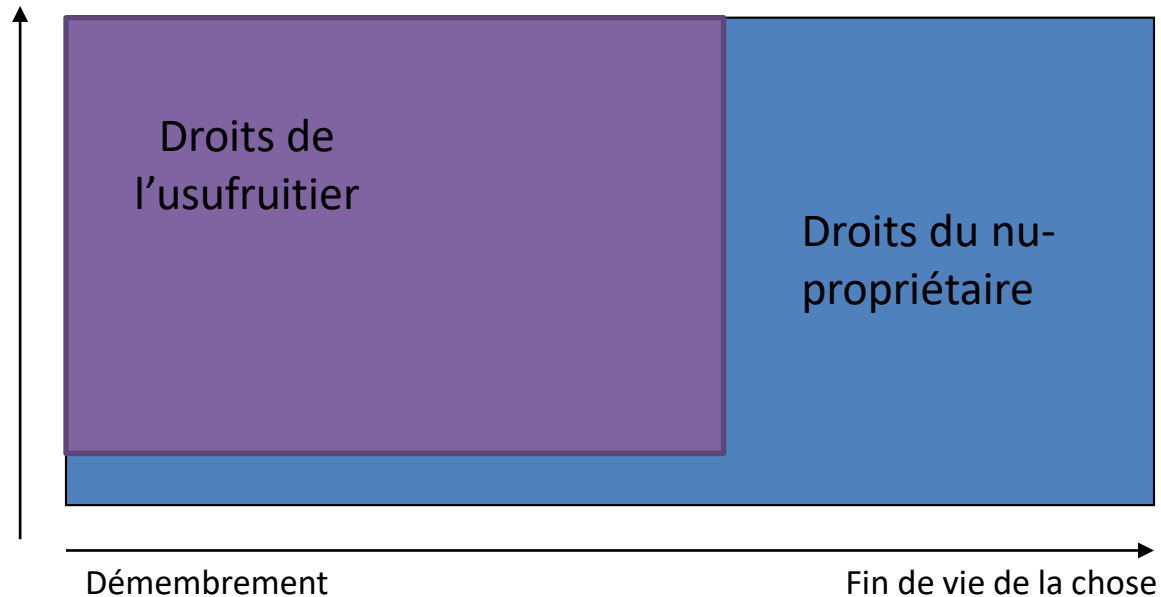
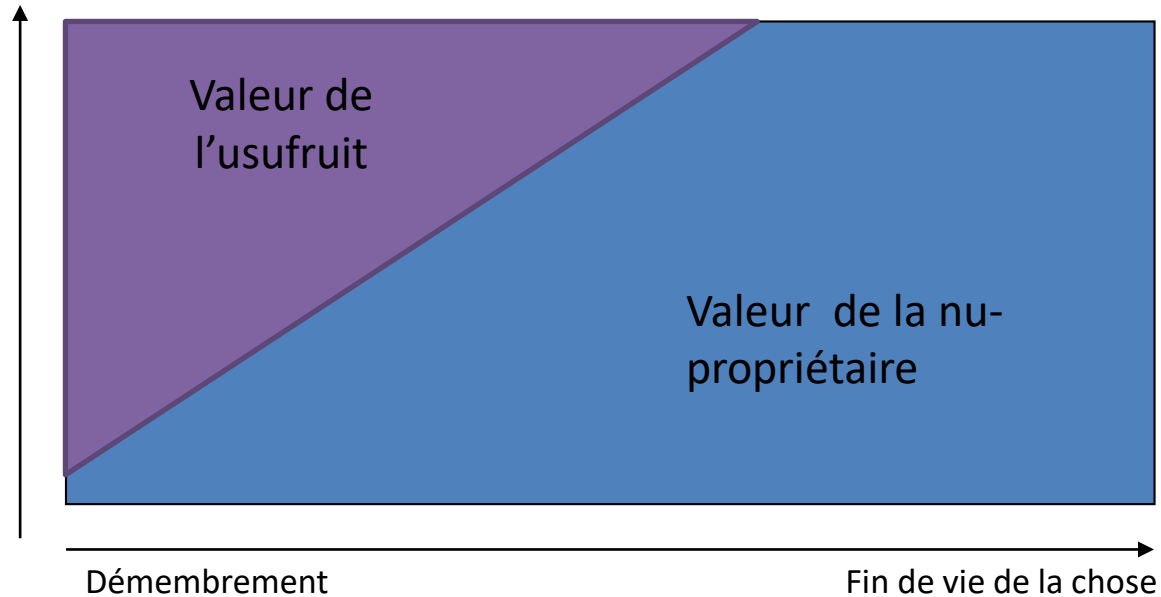


Schéma d'un démembrement



Valeur économique de l'usufruit

La valeur d'un usufruit dépend :

- du taux d'actualisation (taux de rendement du bien)
- de la durée du démembrement

Taux	1	5	10	15	20	25	50	100	Infini
6%	5,6	25	44	58	69	76	94	99,7	100
7%	6,5	28,7	49	64	74	81	96	99,8	100
8%	7,4	32	54	68	78	85	97	99,9	100

Valeur fiscale de l'usufruit

- La valeur des biens transmis en usufruit et en nue-propiété est fixée forfaitairement à une fraction de la valeur de la propriété entière d'après l'âge de l'usufruitier, conformément au barème de l'article 669 du CGI.
- Le barème déterminant les valeurs fiscales de l'usufruit et de la nue-propiété (qui date de 1901) a été actualisé par la loi de finances pour 2004 pour tenir compte de l'allongement de la durée de vie et étendu aux mutations à titre onéreux.
- **Le barème fiscal ne s'applique QUE pour le calcul des droits d'enregistrement :**
 - Lors d'une cession d'un usufruit temporaire
 - Lors de la liquidation des droits de donation

Art. 669.1 du CGI

Age de l'usufruitier (art. 669 CGI)	Valeur de l'usufruit (en %)	Valeur de la nue- propriété (en %)
Moins de 21 ans	90	10
De 21 à 30 ans	80	20
De 31 à 40 ans	70	30
De 41 à 50 ans	60	40
De 51 à 60 ans	50	50
De 61 à 70 ans	40	60
De 71 à 80 ans	30	70
De 81 à 90 ans	20	80
A partir de 91 ans	10	90

Art. 669.2 du CGI

- Usufruit temporaire : La loi de finances rectificative pour 2003 porte le taux applicable à l'usufruit temporaire de 20 % à **23 % de la valeur en pleine propriété par période de 10 ans** (sans égard à l'âge de l'usufruitier).

COMBIEN VAUT L'USUFRUIT TEMPORAIRE ?

C'est LA question d'actualité !

Le litige portait sur l'usufruit d'un immeuble

- Valeur de la PP : 730.000 €
- Durée du démembrement : 22 ans
- Taux de rendement du bien : 5,26% soit 38.398 € / an de loyer
- Indexation du loyer : 3%
- Calcul du contribuable : Actualisation au taux de 5,26% du loyer indexé au taux de 3%, soit une valeur de l'usufruit de 645.000 €
- Calcul de l'administration : actualisation au taux de 5,26% du loyer sans indexation soit une valeur de l'usufruit de 500.000 €
- Quel est la bonne méthode ?

Le contribuable marque des points...

- Le Tribunal Administratif de Strasbourg (*TA Strasbourg, 29 sept. 2015, n° 1201626*) puis la Cour Administrative d'Appel de Nancy (*CAA Nancy, 2^e ch., 11 mai 2017, n° 15NC02356.*) lui donne raison !
 - « La méthode de calcul [de l'administration] est faite à loyers constants alors que les parties à l'acte de cession du 4 septembre 2008 ont évalué l'usufruit litigieux en intégrant dans la formule de calcul, basée selon la méthode dite du « cash flow actualisé », une augmentation annuelle de 3 % des loyers ;
 - que la prise en considération, parmi les paramètres de la formule de calcul, d'une telle augmentation ne peut être regardée, contrairement à ce que le ministre soutient, comme effectuée avec le taux de rentabilité de 5,26 % retenu par l'administration fiscale dans sa méthode ;
 - que l'administration fiscale ne peut non plus s'opposer à la prise en compte de cette augmentation au motif que la valeur de l'usufruit excèderait au terme des vingt-deux années, durant lesquelles la SC Sacajisme aura eu la jouissance de cet usufruit, la valeur de 730 000 euros dès lors que cette valeur est celle de la pleine-propriété de l'immeuble en 2008 et non pas en 2030 ;
 - qu'il s'ensuit que la méthode d'évaluation employée par l'administration fiscale pour justifier de la surévaluation du prix versé pour l'acquisition de l'usufruit n'est pas plus pertinente que celle employée par les parties à l'acte de cession du 4 septembre 2008 ;

Le Conseil d'état clarifie la situation !

- « En l'absence de toute transaction ou de transaction équivalente, l'appréciation de la valeur vénale doit être faite en utilisant les méthodes d'évaluation qui permettent d'obtenir un chiffre aussi voisin que possible de celui qu'aurait entraîné le jeu normal de l'offre et de la demande à la date ou l'acquisition est intervenue. **Dans le cas de l'acquisition d'un bien en démembrement de propriété, constitue une telle méthode d'évaluation celle qui définit des prix de la nue-propriété et de l'usufruit tels qu'ils offrent le même taux de rendement interne (TRI) de l'investissement pour l'usufruitier et le nu-propriétaire.** »

CE, 8^e et 3^e ch., 24 oct. 2018, n° 412322.

Faut-il indexer le loyer ?

- En synthèse, peu importe... dès lors que la méthode est cohérente en ce qu'elle donne un même taux interne de rentabilité à l'usufuitier et au nu-propriétaire car

Usufuit + nue-propriété = pleine propriété

Actualisation de 38.398 € indexé de 3% par an au taux de 5,26% à l'infini : 1.505.000 € hors la valeur de la PP est de 730.000 € (moins de la moitié !)

Valeur de l'usufuit avec une indexation du loyer de 3% mais un taux d'actualisation de 8,26% (5,26%, taux de rendement du bien + 3 % taux d'indexation) : 486.187 €

Valeur de l'usufuit sans indexation du loyer avec un taux d'actualisation égal au taux de rendement du bien (5,26%) : 493.664 €

Deux méthodes différentes mais un même résultat (écart de 1,5% !)

Quel taux retenir ?

- Le taux à retenir pour évaluer la valeur d'un usufruit doit être le taux interne de l'investissement et celui-ci doit être identique pour l'usufruitier et le nu-proprétaire.
- Ni le seul taux de rentabilité du bien, ni un taux externe (construit sur la base d'un taux sans risque majoré d'une prime de risque dépendant des marchés financiers) n'est acceptable dès lors qu'ils conduiront à un partage de la valeur entre l'usufruitier et le nu-proprétaire déséquilibré, au donc au bénéfice ou au détriment de l'un ou de l'autre.
- Le taux d'actualisation doit être le **TRI**, soit **le taux de rendement du bien majoré de l'indexation du loyer !**

Mais qu'en est-il pour un SCI ?

La jurisprudence et la doctrine penchaient vers un taux externe...

- Mais c'était avant la décision du Conseil d'Etat d'octobre 2018 😊
- La cour d'appel de Nantes retient :
 - le **15 février 2018** un taux de 5 % correspondant « au bas de la fourchette comprise entre 5 % et 7 % habituellement retenue [...] par agrégation, d'une part, d'un taux couvrant l'inflation et le coût du temps par référence au taux du marché des emprunts et, d'autre part d'une prime de risque » (*CAA Nantes, 1^{re} ch., 15 févr. 2018, n° 16NT01325*) et,
 - le **31 mai 2018** un « taux d'actualisation de 8 % intégrant un taux sans risque et une prime de risque » tout en rajoutant « l'indexation du loyer sur l'indice du coût de la construction évaluée à 1,5 % par an sur l'ensemble de la période, sans que ce taux se confonde avec celui de l'inflation » (*CAA Nantes, 1^{re} ch., 31 mai 2018, n° 16NT04184.*)

La jurisprudence et la doctrine penchaient vers un taux externe...

- Le rapporteur public Thurian Jouno (conclusion dans l'affaire **Luccotel** – CAA Nantes du 15/02/2018) considère que pour la **détermination du taux d'actualisation des flux** :
- « le **taux d'actualisation à retenir** lorsque les droits démembrés sont ceux d'une SCI ne correspond pas à la somme pondérée du rendement locatif brut des biens qu'elle détient (contra. L. Benoudiz, ibid.). Dès lors qu'il s'agit d'actualiser des dividendes (ou des dividendes minorés de l'impôt à payer par l'associé), il nous semble que le taux à appliquer est le coût des capitaux propres (Kcp), et non pas d'ailleurs le « wacc », qui prend aussi en compte le coût de l'endettement net. »

Sauf depuis le 24 oct. 2018...

- CAA de NANCY, 2ème chambre - formation à 3, **14/05/2019**, 18NC00107
- « En outre, la société requérante a déterminé **un taux de rendement, compris entre 8,5% et 18 % selon les immeubles** [à savoir 8,5 % pour l'immeuble situé à Brunstatt et respectivement 12 % et 18 % pour les deux immeubles situés à Mulhouse], qui a été appliqué, dans le cadre de la méthode du cash-flow actualisé, aux flux futurs attendus par l'usufruitier. Ce taux de rendement, **qui n'est pas remis en cause par l'administration**, prend en considération, selon la société requérante, le risque financier lié notamment à l'aléa de la location d'un immeuble commercial dans le secteur géographique où se situent les biens en cause. »
- Mais il s'agissait bien du démembrement d'un immeuble et non de parts d'une SCI...

Quel taux retenir ?

- Nous préconisons de retenir **le taux de rendement du bien majorée du taux d'indexation des loyers net d'impôt** pour plusieurs raisons :
 - C'est la méthode qui ouvre le moins la porte à l'arbitraire ;
 - C'est la méthode qui se rapproche le plus de celle préconisée par le Conseil d'Etat : rechercher le même taux de rendement interne pour l'usfruitier et le nu-propiétaire.
 - Le taux de rendement du bien n'est-il pas en réalité le taux de marché afférent à ce bien, tenant compte de ces spécificités (localisation, état du bien...) et de l'appétence des investisseurs pour ce type d'investissement ?
 - La prise en compte de l'impôt reste un sujet encore débattu...

Quels flux retenir ?

- Dans la méthode des DCF, on actualise :
 - Tous les flux de trésorerie
 - Rien que les flux de trésorerie
- Il faut donc :
 - Tenir compte de l'impôt acquitté par l'usufruitier sur les revenus imposable de la SCI
 - Tenir compte du remboursement de l'emprunt qui impacte les cash-flows de la SCI
- Et pourtant, tout le monde n'est pas (encore) d'accord... 😞

LA décision de la CAA de Nantes, Luccotel

- L'administration, suivi par la Cour (toujours CAA Nantes 15/02/2018 - Luccotel) a actualisé des... résultats comptables !
- Pour la cour, la prise en compte « d'un résultat comptable distribuable et d'une situation de trésorerie disponible » pour « déterminer une valeur de rendement » ne serait « applicable qu'aux seules sociétés de capitaux rémunérant leurs actionnaires ou porteurs de parts par des distributions [...] »
- Malgré les conclusions très claires du rapporteur public : « l'administration a erré dans son application de la méthode DCF ». Ainsi, la critique faite à l'Administration « de n'avoir pas tenu compte des remboursements du capital emprunté [...], exacte au plan des faits, est fondée. »
- En toute logique Thurian Jouno considère qu'en « recourant, pour évaluer l'usufruit des droits sociaux détenus par les requérantes, à la seule méthode DCF tout en l'appliquant de manière viciée, l'administration ne démontre pas que cet usufruit était sous-évalué ».

Pourquoi une telle erreur ?

- Parce que « dans le cas où l'usufruitier de parts sociales est à même de déterminer la politique de distribution, il est raisonnable de lui prêter une volonté de maximisation de ses gains. Volonté qui implique, dans une société de personnes, une absence complète de mise en réserve, lorsque les statuts ne contraignent pas les associés à y procéder (« réserves statutaires ») » (Thurian Jouno, ibid)
- La difficulté est en pratique facile à résoudre lorsque **le bénéfice distribuable est statutairement limité**. En effet, si les statuts limitent le montant du bénéfice distribuable au montant de la trésorerie disponible à la clôture, alors dans ce cas, l'usufruitier ne dispose pas d'autres alternatives que d'affecter en réserve la différence entre le résultat comptable et la trésorerie disponible.

Le conseil d'état remet les pendules a l'heure !

- Conseil d'État, 9ème - 10ème chambres réunies, 30/09/2019, 419855 – Luccotel
- « ...l'évaluation du revenu futur attendu par un usufruitier de parts sociales ne peut avoir pour objet que de déterminer le montant des **distributions prévisionnelles qui peut être fonction notamment des annuités prévisionnelles de remboursement d'emprunts ou des éventuelles mises en réserves pour le financement d'investissements futurs, lorsqu'elles sont justifiées par la société.** »
- Pour certains (Pierre Fernoux), le CE écarte implicitement la prise en compte de l'impôt dans les SCI transparentes... Pour d'autres (S. Anouchian, L. Benoudiz, BPAT EFL, Lise Chatain...), elle valide juste explicitement la prise en compte des distributions de cash-flows et non des résultats comptables.

En synthèse

- Il faut évaluer l'usufruit temporaire en retenant la méthode DCF ;
- Il faut tenir compte de l'impôt sur les sociétés acquitté par l'usufruitier ;
- Il faut retenir comme taux d'actualisation le taux de rendement net du bien majorée de l'indexation du loyer diminué du taux d'impôt ;
- Il faut sur le plan juridique limiter les revenus distribuables à la trésorerie disponible à la clôture des comptes ;

QUI PAIE ?

C'est toujours les mêmes !

L'IMPOT DE PLUS-VALUE

Sur la cession de l'usufruit temporaire

L'article 13.5 du CGI

- « 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. »

Qui était visé ?

Les cessions à titre onéreux d'usufruit temporaire, imposées dans la catégorie des plus-values, peuvent être utilisées dans des montages qui se développent rapidement permettant de faire échapper les revenus correspondants à toute imposition. En effet, par le jeu de la cession à titre onéreux de l'usufruit temporaire d'un bien à une société placée sous leur contrôle, des contribuables peuvent percevoir en une seule fois et sans imposition sur le revenu ni contributions sociales, ou avec une imposition très réduite, l'équivalent des revenus que produira le bien en question sur toute la durée sur laquelle porte la cession de l'usufruit.

L'acquisition de l'usufruit par la société contrôlée se faisant le plus souvent par endettement, les revenus annuels procurés par le bien et perçus par ladite société sont de surcroît « effacés » par les charges financières déductibles, ce qui permet également d'effacer l'impôt au niveau de la société en question.

Actuellement, l'administration fiscale ne peut remettre en cause ces opérations que par le biais de l'abus de droit, lorsque les conditions propres à cette procédure sont réunies.

La disposition proposée vise à rétablir la réalité économique de l'opération et à imposer le revenu qui est cédé sous forme d'usufruit temporaire, selon les modalités propres à chaque catégorie de revenu, à la fois à l'impôt sur le revenu et aux prélèvements sociaux.

Exposé des motifs de la LFR du 14 novembre 2012 visant la modification de l'article 13.5

Un train de retard...

- La LFR 2011 a modifié le 21 septembre 2011 l'abattement sur les PVI...
- Avant cette date, l'exonération totale était acquise au terme de 15 années.
- Désormais, l'exonération pour durée de détention n'est acquise qu'au bout de 22 ans (IR) et de 30 ans (PS).
- Cette stratégie était très efficace pour un dirigeant:
 - préparant sa retraite,
 - la cession de son entreprise,
 - la transmission de son patrimoine.
- C'est à dire vers l'âge de 50/55 ans.
- Il aurait donc du acheter le bien à 20/25 ans !!!

Mais des conséquences larges !

- RM Lambert du 2 juillet 2013 (1/2) :
- Cette mesure, qui s'applique aux cessions à titre onéreux d'un même usufruit temporaire intervenues à compter du 14 novembre 2012, poursuit une double finalité :
 - d'une part, elle contribue à **lutter contre des stratégies d'optimisation fiscale** détournant l'esprit de la loi ; [...];
 - d'autre part, elle vise aussi à **rétablir la réalité économique** de l'opération et à permettre l'imposition du revenu cédé sous forme d'usufruit temporaire, en tant que revenu (et non plus comme une plus-value), selon les modalités propres à chaque catégorie de revenu, à la fois à l'impôt sur le revenu et aux prélèvements sociaux.
- Les **cessions d'usufruit viager ne sont pas concernées par ces nouvelles dispositions.**
- Sont en revanche concernées les cessions d'un usufruit temporaire, qui s'entend du droit, consenti pour une durée fixe, d'utiliser le bien et d'en percevoir les fruits. *A cet égard, l'usufruit consenti à une société constituée **par principe** un usufruit temporaire, la durée de cet usufruit ne pouvant excéder trente ans conformément aux dispositions de l'article 619 du code civil.*¹

1) La cour de cassation dit aujourd'hui l'inverse - Cassation commerciale 26/9/2018, N°16-26.503

Mais des conséquences larges !

- RM Lambert du 2 juillet 2013 (2/2) :
- L'usufruit temporaire cédé est souvent constitué sur un bien détenu en pleine propriété, le propriétaire cédant conservant la nue-propiété dans son patrimoine et ayant vocation à recouvrer la pleine propriété du bien à l'extinction du terme de l'usufruit cédé.
- Certes, la cession d'un usufruit temporaire peut conduire au dessaisissement définitif du cédant des attributs attachés à ce droit. Tel est le cas lorsque **le propriétaire cède concomitamment l'usufruit temporaire du bien à un premier cessionnaire et la nue-propiété à un second.**
- Pour autant, **même si dans cette situation l'usufruit n'a pas vocation à faire retour au cédant, la cession, qui porte sur un usufruit temporaire, entre dans le champ** d'application des dispositions fiscales issues de l'article 15 précité de la troisième loi de finances rectificative pour 2012.
- En tout état de cause, **la qualité du cessionnaire, la nature et l'affectation du bien sur lequel porte l'usufruit temporaire cédé sont sans incidence sur l'application de ce nouveau régime d'imposition.**

En synthèse

- L'acquisition en démembrement (l'usufruit à la société d'exploitation et la nue-propriété aux associés) n'est plus possible sauf à ce que le vendeur détienne le bien à l'actif d'une société à l'IS.
- En ce qui concerne les cessions d'usufruit temporaire portant sur les parts d'une SCI, l'article 13.5 s'applique mais l'impact est négligeable car la valeur de l'usufruit temporaire est généralement très faible !
- Avant la plus-value était taxée à 19% + 17,5%, désormais elle est taxée à 45% + 17,5% mais sur une assiette de 10.000 €, par exemple, l'impact est de 2.600 €.

LES DROITS D'ENREGISTREMENT

Le barème de l'article 669.2

Les droits d'enregistrement

- Les droits sont dû au taux de 5% (SPI) sur 23%, 46% ou 69% de la valeur de la pleine propriété selon la durée du démembrement (moins de 10, 20 ou 30 ans).
- Mais quel est la valeur de la pleine propriété d'une SCI au capital de 1.000 € constitué quatre mois avant la cession et ayant :
 - Acquis un immeuble financé à 100% par emprunt et/ou par compte-courant ;
 - Supporté entre 8% et 15% de frais d'acquisition.
- La réponse apportée par la Cour d'Appel d'Orléans, le 20 mars 2019, est surprenante... surtout pour ce pauvre Luccotel (encore lui !)

Quel est la valeur vénale ?

- « Attendu que les parties s'accordent pour indiquer que la valeur vénale des parts doit être appréciée en tenant compte de tous les éléments permettant d'obtenir un chiffre aussi proche que possible de celui qu'aurait entraîné le jeu normal de l'offre et de la demande ;
- Qu'elles s'accordent également pour retenir que les parts sociales litigieuses peuvent en l'espèce être valorisées en appliquant une **combinaison entre la valeur mathématique**, qu'elles sont également d'accord pour voir fixer à 0 euro, **et la valeur de productivité** sur laquelle elles sont en désaccord ;
- Attendu que cette valeur de productivité se définit par la capitalisation du résultat net d'impôt de l'entreprise suivant l'hypothèse d'une rente infinie dudit bénéfice selon la formule: $VP = \text{revenu} / \text{taux de capitalisation}$; »

Une VR à la carte...

- « Que [Luccotel] prétend cependant qu'il convient de prendre en considération les règles comptables et fiscales qui s'imposent à l'acquéreur ;
- Qu'elle déduit dès lors des revenus de la SCI un amortissement annuel de 94.832 euros selon les règles BIC-IS et aboutit à un revenu annuel net nul ;
- Mais attendu que cette méthode repose sur la nécessité d'un résultat comptable distribuable et d'une situation de trésorerie disponible ce qui conduit [Luccotel] à prendre en considération, non la valeur de productivité d'une SCI mais une valeur de rendement-distribution non prise en compte pour une telle société ;
- Qu'elle ne saurait dès lors être approuvée dans cette démonstration qui consiste à appliquer à des revenus perçus par une SCI des règles comptables appliquées à une SAS ; »

Une valeur fantaisiste

- Qu'il convient donc de retenir un coefficient de risque de 0,95% qui conduit à appliquer un taux de capitalisation de 6,88% ;
- Que la valeur de productivité est donc : $R (50.793) / \text{taux de capitalisation } (6,88\%) = 7.382,70 \text{ euros}$
- Que la moyenne entre la valeur mathématique (0) et la valeur de productivité (7.382,70) conduit à retenir une valeur unitaire des parts s'élevant à 3.691,35 euros ;
- Que les parties sont d'accord pour retenir que l'usufruit s'élève, en application de l'article 669 II du code général des impôts à 46% de la valeur de la part en pleine propriété ;
- Que la valeur de l'usufruit par part sera donc fixée à 1.698 euros

Conséquences financières ?

- Montant des droits pour le contribuable : $1.000 \times 46\% \times 5\% = 23$ €
 - Montant des droits pour la Cour : $1.698 \times 100 \times 5\% = 8.490$ €
- (La SCI venait d'acquérir un bien pour 1.996.000 financé par emprunt à hauteur de 1.880.000 € et par compte-courant pour le solde)

En vérité, un enjeux financier relativement faible !

Quelle est la bonne méthode ?

Le guide d'évaluation de Bercy

Les SCI de gestion qui perçoivent des revenus.

- La **valeur patrimoniale** correspond comme indiqué ci-dessus à la valeur actualisée des actifs diminuée du passif exigible.
- La **valeur de productivité** résulte de la capitalisation des revenus nets (Pour les S.C.I. non soumises à l'I.S., la déduction d'un impôt fictif permet de prendre en compte l'inégalité des situations) selon le taux de productivité. Celui-ci correspond au taux de base, taux de rendement à l'émission des obligations garanties par l'état, diminué du taux d'inflation et majoré éventuellement d'une prime de risque, le risque de la gestion immobilière est faible.
- Pour les S.C.I. soumises à l'I.S. et qui distribuent des dividendes, la valeur de rendement peut être utilisée.

Pondération des méthodes

- Les pondérations doivent prendre en compte la nature de la S.C.I et le pourcentage de titres à valoriser. Ainsi, s'agissant de titres majoritaires, la pondération doit permettre de privilégier largement la valeur patrimoniale. Dans ce cas, la pondération indicative de **4V.M. pour une 1V.P.** peut être retenue.

Le guide : https://www.impots.gouv.fr/portail/files/media/3_Documentation/guides_notices/guide_eval_entreprises.pdf

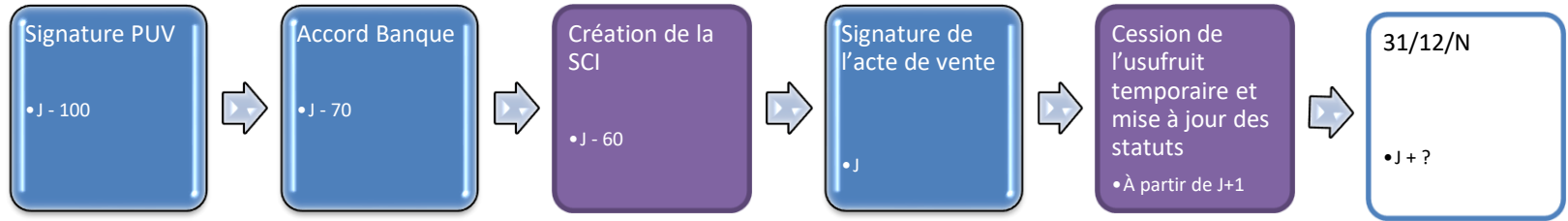
La solution... faute de mieux !

- Retenir uniquement la VM n'est pas réaliste...
- Utiliser une approche combinant VM et VR ne semble pas raisonnable !
- Idéalement, utiliser la méthode DCF à l'infini ... mais est-ce réaliste en terme de pérennité des flux au-delà de 25 ou 30 ans ? Comment faire concrètement ?
- La solution provisoire : déterminer la valeur de la PP par utilisation à rebours du barème fiscal.
- Si l'usufruit économique est évalué à 10.000 €, la valeur de la PP est de $10.000/46\% = 21.740$ €.
- Montant des droits : 21.740 € x 46% = 10.000 € x 5% = 500 €

QUAND ?

Il n'est jamais trop tard pour être en retard !

Quand faut-il démembrer ?



Dans les sociétés de personnes et assimilées relevant de l'impôt sur le revenu, la part des bénéfices sociaux qui revient à chaque associé doit être regardée comme étant **acquise dès la clôture de chaque exercice**. Il en est ainsi, même si à cette date les bénéfices n'ont pas encore été appréhendés.

*En conséquence, la convention par laquelle un associé de société en nom collectif ayant cédé ses parts a prévu que la cession portait aussi sur ses droits aux bénéfices réalisés au cours des années antérieures à celle de la cession et non encore appréhendés par le cédant est **inopposable à l'Administration** (CE, arrêt du 27 novembre 1974, req. n° 88113, RJ n° II, p. 164). (BOI-BIC-CHAMP-70-20-10-20-20120912)*

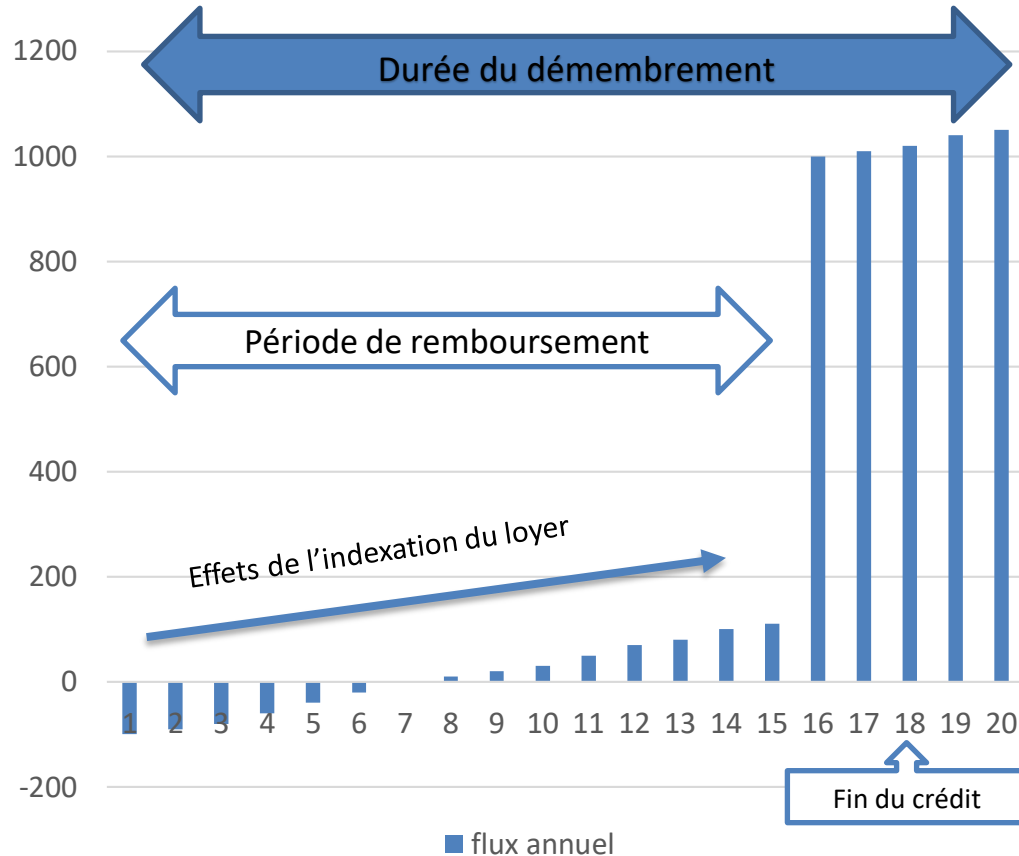
POURQUOI ?

Les bonnes raisons pour démembrer !

3 bonnes raisons de démembrer

1. Un avantage économique
 - Le coût d'occupation sur la durée du démembrement est plus faible en étant locataire et usufruitier qu'en étant uniquement locataire...
2. Une garantie du coût d'occupation
 - Le coût d'occupation sur la durée du démembrement est capé : toute augmentation du loyer au-delà de l'indice de revalorisation se traduira par une augmentation du revenu de la SCI et donc, une augmentation du revenu de l'usufruitier ;
3. Des droits et des pouvoirs sur le bien immobilier exploité par la société
 - L'usufruitier, par un **aménagement des droits de vote** dans la SCI, disposera de droits et de pouvoirs plus étendus qu'en étant simple locataire (réalisation de travaux, renégociation du bail, vente de l'immeuble...) ;

L'avantage économique



Il convient de calculer la durée du démembrement de telle sorte que la somme des flux actualisés est positive :

$$\sum_1^n \frac{\text{Flux } n}{(1 + \text{TRI})^n} > 0$$

Si l'équation est respectée, alors la somme des seuls loyers sur la durée du démembrement est supérieure à la somme des loyers et des revenus de l'usufruit.

Le coût d'occupation en étant locataire et usufruitier est donc moins élevée qu'en étant locataire.

L'ABUS DE BIENS SOCIAL

Reprenons la réponse STraumann...

- « M. Éric Straumann interroge Mme la garde des sceaux, ministre de la justice, sur la question de savoir si une **acquisition démembrée** constitue un abus de bien social. Ce système permet aux dirigeants de société d'acquérir la nue-propriété du bâtiment, l'usufruit étant acquis pour quinze ans par la société, dont le nu-propiétaire du bâtiment est, par ailleurs, le principal actionnaire. Cette **solution** est **économiquement plus intéressante que la location** par bail commercial. [...]
- Une interrogation demeure quant au montage juridique, qui pourrait constituer un abus de bien social, selon certains spécialistes, car la société a, en théorie, les moyens financiers d'acquérir la pleine propriété de ce bâtiment. »

Réponse du garde des sceaux

- « Pour exercer son activité économique, une société doit avoir des locaux à sa disposition. Différents types de contrats permettent à une entreprise de bénéficier de tels locaux : contrat de vente, contrat de bail.
- Dans le cadre de la gestion de la société, les dirigeants sociaux sont libres de choisir les modalités contractuelles qui leur paraissent les plus adaptées à la situation de leur entreprise.
- [...] Sous réserve de l'appréciation souveraine des juges du fonds, il ne semble pas que ces montages juridiques constitueraient en tant que tels des abus de biens sociaux.
- En effet, si l'opération semble pouvoir être réalisée dans l'intérêt du dirigeant de la société, elle ne sera pas pour autant forcément contraire à l'intérêt social.
- Elle dépendra, en réalité, des conditions économiques dans lesquelles seront réalisées les transactions.
- Il conviendra, par exemple, d'analyser le montant de l'acquisition du bien, à la fois par l'usufruitier et le nu-propriétaire, l'origine des fonds, la durée de l'usufruit ainsi que les conditions dans lesquelles l'usufruit prendra fin.
- La capacité de la société à acquérir la pleine propriété du bien est inopérante pour déterminer si les faits en cause peuvent recevoir la qualification d'abus de biens sociaux. »

L'ABUS DE DROIT

L'abus de clause anti-abus nuit à la santé...

L'article L.64

- Afin d'en restituer le véritable caractère, l'administration peut écarter, comme ne lui étant pas opposables les actes constitutifs d'un abus de droit,
 - soit que ces actes ont un **caractère fictif**,
 - soit que, recherchant le bénéfice d'une **application littérale** des textes ou de décisions **à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs**, ils n'ont pu être inspirés par **aucun autre motif** que celui d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées...

L'abus de droit

1. Il faut distinguer les deux branches de l'abus de droit : fictivité et fraude à la loi.
2. Dans sa seconde branche, la fraude à la loi, deux critères :
 - À l'encontre des objectifs poursuivis par leur auteur...
 - Aucun autre motif que fiscal

Le raisonnement du conseil d'état

- Olivier Fouquet, Président de Section (h) au Conseil d'Etat :
- *« Que fait aujourd'hui le Conseil d'Etat pour apprécier si le seul motif d'une opération est fiscal ? Il compare l'avantage économique et l'avantage fiscal retirés respectivement par le contribuable de l'opération critiquée. Si l'avantage fiscal est **prépondérant** par rapport à l'avantage économique (réel), il considère que le contribuable a été inspiré par un motif exclusivement fiscal. »*
- La réforme de l'abus de droit : pour quoi faire ? Par Olivier Fouquet – FR 39/13

Le raisonnement du conseil d'état - illustration

- Décision Garnier Choiseul Holding* de juillet 2013 :
- L'avantage économique ou politique ne doit pas être jugé « négligeable », « minime » ou « sans commune mesure avec l'avantage fiscal tiré de ces opérations »

« aucun autre motif » ou « pour motif principal » ?

- Pour Olivier Fouquet, « *Dès lors, pour ceux qui connaissent la jurisprudence, il ne paraîtrait pas invraisemblable que le Conseil d'Etat, en cas de réforme, ne change rien de son raisonnement, puisqu'en somme il fait déjà ce que des parlementaires ou un ministre voudraient qu'il fasse* ».
- * CE, 9e et 10e ss-sect., 17 juillet 2013, n°360706 et n°356523, min. c/SARL Garnier Choiseul Holding

A quoi sert L'article L. 64 A ?

- Afin d'en restituer le véritable caractère [...], l'administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes qui,
 - recherchant le bénéfice d'une **application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs**, ont **pour motif principal** d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles.

ET LA JURISPRUDENCE ?

CADF, avis n° 2016-11

- Dans cet avis, le Comité, rappelant que « l'option d'une société pour l'assujettissement de ses bénéficiaires à l'impôt sur les sociétés n'est pas en elle-même constitutive d'un abus de droit » estime que seule l'existence d'un « montage dans lequel la société ayant opté pour l'impôt sur les sociétés est dépourvue de toute substance économique » permettrait à l'Administration de qualifier l'opération d'abus de droit.
- Abus de droit pour fictivité

CAA Nantes, 31 mai 2018

- La cour administrative d'appel de Nantes retient la **même approche** en considérant même « que l'existence d'un prix surévalué ne [serait] de nature à établir la fictivité » de l'opération.
- Le ministre soutenait pourtant que l'opération constituait un abus de droit dès lors « qu'elle relève d'une situation de fictivité juridique du fait de son économie générale compte tenu notamment d'un prix de cession manifestement surévalué, de l'absence d'intérêt économique avéré pour les deux sociétés et de la substitution du droit temporaire d'usufruit au bail commercial alors en cours sans modification significative sur le droit de la SAS d'utiliser l'immeuble pour son exploitation ».
- « le ministre n'établit pas, ni même n'allègue, que l'opération n'a pas eu pour effet de transférer effectivement l'usufruit temporaire de la propriété du bâtiment avec l'ensemble des obligations en résultant dans le cadre de l'acte de cession qui prévoit, notamment la prise en charge par l'usufruitier des grosses réparations ».

CAA Marseille - 11 déc. 2018

- Pour l'Administration, « ces opérations étaient constitutives d'un abus de droit en se fondant sur la proximité temporelle entre [elles], la sous-valorisation de l'usufruit temporaire des parts de la SCI, les incohérences juridiques résultant de la modification statutaire de la répartition de ses profits exceptionnels et le but fiscal des opérations ».
- Malgré le faisceau d'éléments apportés par le ministre, la cour reste concentrée sur la recherche et l'existence d'un **avantage économique réel**.
- Ainsi, elle relève que « l'apport de l'usufruit temporaire des parts de la SCI a conduit à un renforcement des fonds propres de la SARL nécessaire à la continuité de son exploitation et que le produit de la cession ultérieure des parcelles a été réinvesti dans l'activité de cette société, permettant d'assurer sa survie. »
- De ce fait, « l'Administration n'apporte pas la preuve, dont la charge lui incombe, de ce que les opérations en cause n'ont pu être inspirées par aucun motif autre que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales des associés de la SCI. »

CAA Versailles - 3 nov. 2011

- Dans cette affaire, « les bénéfices de la SCI ont été effectivement comptabilisés au compte courant de la société usufruitière » mais « la trésorerie de cette société n'en a pas pour autant été améliorée en l'absence de virement financier ».
- De même, la « cession en cause n'a généré aucun flux financier au profit du [cédant] dès lors que le prix de la cession d'usufruit temporaire est demeuré inscrit sur son compte courant ».
- La substance économique de l'opération, l'avantage économique pour la société, qui détiendra l'usufruit temporaire, doit être bien réel ; les juges appréciant cette réalité au regard de la trésorerie effectivement appréhendé par l'usufruitier

Et Iuccotel ?

- L'Administration n'a pas cherché à qualifier l'opération d'abus de droit malgré l'importance de l'écart entre le prix de cession déclaré (460 €) et le prix qu'elle avait déterminé de 632.533 €...

EN CONCLUSION

Tout a une fin...

Avant de conclure...

- Le démembrement est aussi un outil efficace:
 - Pour sortir un bien immobilier de l'actif d'une entreprise à l'IS:
 - Par cession
 - Par distribution de dividendes
 - Par réduction de capital
 - Le démembrement inversé ?
 - Pour échapper aux conséquences du 13-5 du CGI
 - Donner d'abord la NP à ses héritiers,
 - Apporter (ou céder) l'usufruit viager à la Société d'exploitation
 - Et quelques autres utilités encore....

En guise de conclusion !

- La société civile et démembrement: **Un duo Gagnant**
- Outil merveilleux lorsque l'on s'en sert judicieusement!
- **Trilogie à respecter:**
 - Aspect civil
 - Aspect économique
 - Aspect fiscal
- Réalité de la société, mais plus encore de la substance !
- Parcimonie et bon escient, et de la substance
- et surtout, du bon sens !
- Science sans substance n'est que ruine du contribuable !

Merci

Questions / réponses