

L'usus et le fructus... sans l'abusus !

Laurent Benoudiz
lbenoudiz@fgec.com



Le mode privilégié de détention de l'immobilier d'entreprise a connu ces dernières années une évolution vers la détention du seul usufruit temporaire. Cette technique consiste à faire acquérir l'usufruit du bien (ou celui des parts sociales d'une société civile détenant elle-même la pleine propriété des biens) par la société tandis que le propriétaire de l'entreprise, personne physique, acquiert, pour sa part, la seule nue-propriété.

Les praticiens habituels (experts-comptables, notaires, avocats, banquiers et CGP) se divisent généralement en trois catégories sur cette stratégie très à la mode :

- ceux qui s'en détournent en raison des risques supposés d'abus de droit et qui n'envisagent pas de recommander une pratique n'ayant pas encore donné des preuves de sa totale immunité (la prudence est mère de sûreté),
- ceux qui la pratiquent à outrance en poussant leurs calculs dans des zones à risques,
- et enfin, ceux qui, comme l'a souvent rappelé notre estimé confrère, Serge Anouchian, ont comme amis un italien et un arménien, c'est-à-dire qu'ils en usent avec parcimonie et à bon escient !

Bref rappel des faits

L'entrepreneur qui souhaite acquérir le bien immobilier nécessaire à l'exploitation de son entreprise a le choix entre l'inscription à l'actif de celui-ci ou l'acquisition, à titre personnel ou au travers d'une SCI, et sa mise en location à la société.

L'impact fiscal de ces choix n'est pas neutre. En cas d'acquisition directe par l'entreprise, celle-ci pourra déduire de son résultat l'amortissement du bien et les charges d'intérêts de l'emprunt qu'elle a réalisé pour son financement. Le coût de possession se trouve ainsi significativement réduit grâce aux économies d'impôts réalisées par la déduction totale de l'ensemble de ces charges et, bien évidemment, aucune imposition ne sera due par le chef d'entreprise.

Le principe est le même en cas de détention du bien au travers d'une SCI, elle-même détenue par la société : en vertu de l'article 238 bis K du CGI, le bénéfice de la SCI est déterminé selon les règles des BIC et imposé au niveau de la société. Dans ce cas, l'entreprise déduit le loyer qu'elle verse à la SCI qui procède, pour sa part, à la détermination du revenu remontant dans la société d'exploitation après déduction des amortissements, des intérêts et de l'ensemble des charges admises en déduction en matière de BIC⁽¹⁾.

L'affaire risque par contre de prendre une mauvaise tournure lors de la cession du bien immobilier, cession quasiment inéluctable car il faudra bien un jour transmettre l'entreprise... Ce jour-là, le poids de l'actif immobilier risque d'être un handicap. Nous avons vu dans les articles publiés dans les numéros précédents d'Ouverture les conséquences d'une telle cession (imposition à l'IS de l'intégralité de la plus-value immobilière ou au taux progressif de l'impôt sur le revenu de la plus-value à court terme avec une exonération selon la durée de la plus-value à long terme (article 151 septies B du CGI) et les solutions permettant de les amoindrir. Elles n'en restent pas moins largement dissuasives, toute l'économie réalisée durant la phase de possession disparaissant lors de l'imposition à la sortie. Plus grave encore, la plus-value, dans le cadre d'une entreprise à l'IS, se trouve imposable à 33,33 % puis, après distribution, à 30,1 %.

Dans l'hypothèse, par contre, où notre chef d'entreprise a décidé d'acquérir le bien immobilier à titre personnel et qu'il perçoit un loyer versé par son entreprise, il pourra

(1) Une proposition de modification législative visant la détermination des revenus des sociétés de personnes est actuellement en consultation jusqu'au 15 juin 2010. Celle-ci ne prévoit pas de modification des principes précédents pour les sociétés soumises à l'IS mais prévoit de distinguer à l'avenir le traitement des revenus patrimoniaux des actifs non affectés à l'exploitation pour les associés BIC.

bénéficiaire du régime d'imposition des plus-values immobilières des particuliers accordant, pour le moment, une exonération totale d'imposition au-delà de 15 ans de détention. Situation, on en conviendra, sans comparaison avec la précédente !

Cependant, durant la phase de remboursement de l'emprunt, notre chef d'entreprise va devoir déclarer à l'impôt sur le revenu le bénéfice foncier qu'il aura réalisé, celui-ci étant déterminé par différence entre les loyers reçus et, quasi uniquement, les seules charges d'intérêts. Pourtant, il est fréquent que le montant du loyer couvre juste le remboursement de l'emprunt : aucune trésorerie n'est donc disponible. Notre chef d'entreprise se trouve au final devoir déclarer un revenu imposable et acquitter un impôt alors qu'il ne perçoit aucun encaissement pendant toute la durée de l'emprunt.

Le coût de détention, en tenant compte d'un impôt de 52,1 % (TMI de 40 % majoré des contributions sociales de 12,1 %) sur ces revenus, se trouve en fait majoré d'en-

viron la moitié de la valeur du bien acquis. En d'autres termes, l'acquisition d'un bien immobilier d'un montant de 1 million d'euros coûtera à notre dirigeant environ 500.000 euros d'impôts sur les 15 ans durant lesquels il remboursera l'emprunt, somme qu'il devra trouver sur ses autres revenus.

“ L'acquisition d'un bien immobilier d'un montant de 1 million d'euros coûtera au dirigeant environ 500 000 euros d'impôt.

De la même manière qu'il est souvent recommandé de vivre en séparation de biens mais de mourir en communauté, dans un monde parfait, notre chef d'entreprise souhaiterait vivre à l'IS durant la phase de remboursement de l'emprunt pour sortir, le moment venu, dans un régime d'impôt sur le revenu...

Ce monde idéal existe : c'est le démembrement de propriété. D'ailleurs, l'intérêt de cette stratégie est tel qu'elle en fait justement un suspect idéal pour les sceptiques : un trop plein d'optimisation fiscale serait la preuve d'un abus de droit...

Pourtant, et sous réserve d'opérer dans les règles de l'art, l'abus de droit est à écarter sans hésitation. Mais, avant d'en discuter plus avant, rappelons les bases légales qui permettent de réussir cette opération.

La première technique consiste à procéder à l'acquisition par l'entreprise de l'usufruit de l'immeuble, le dirigeant procédant à l'acquisition de la seule nue-propriété. Facile à comprendre, cette solution présente deux difficultés importantes en pratique : disposer à titre personnel et au comptant d'une somme suffisante pour l'acquisition de la seule nue-propriété et faire comprendre au ban-

quier qu'il va devoir prêter à l'entreprise pour l'acquisition d'un usufruit et non de la pleine propriété du bien. D'expérience, il ne m'a pas été possible de pratiquer ou même de rencontrer ce type de démembrement. C'est pourtant la solution qui présente l'effet fiscal le plus important. Elle s'adresse cependant uniquement aux riches, population assez rare comme chacun sait.

La deuxième technique consiste à créer une SCI qui procédera à l'acquisition en pleine propriété du bien immobilier. A l'issue de cette acquisition, financée sans difficulté par la banque (qui a consenti un prêt à une SCI propriétaire d'un immeuble sur lequel elle a pu prendre toutes les garanties nécessaires), le dirigeant, propriétaire des parts de la SCI, procède à la cession de l'usufruit des parts sociales pour une durée temporaire à la société d'exploitation.

La société se trouve donc usufruitière des parts d'une SCI qui détient un immeuble qu'elle occupe en sa qualité

de locataire. Elle déduit donc de son bénéfice un loyer, versé à la SCI, puis procède concomitamment à l'amortissement de l'usufruit acquis.

De son côté, le dirigeant nu-propriétaire n'a qu'une chose à faire : attendre l'extinction de l'usufruit temporaire. A titre personnel, il ne perçoit aucun revenu et n'en a aucun à déclarer.

En effet, en vertu de l'article 238 bis K précité, c'est l'usufruitier qui va remonter dans ses comptes les résultats de la SCI, ceux-ci étant calculés selon les règles qui lui sont propres (BIC et non revenu foncier).

A l'extinction de l'usufruit, l'associé nu-propriétaire des parts redevient plein propriétaire sans acquitter le moindre impôt. En effet, le nu-propriétaire ne s'est pas plus enrichi le jour de l'extinction de l'usufruit que les jours précédents : chaque jour passant, la durée de l'usufruit se réduit valorisant d'autant la nue-propriété. Convenons-en ensemble, il faut mieux être nu-propriétaire d'un immeuble dont l'usufruitier est un fumeur de 90 ans que d'une usufruitière en pleine santé de 50 ans... De la même manière, le nu-propriétaire d'un bien dont l'usufruit temporaire est d'une durée résiduelle de 5 ans est bien plus riche que celui dont l'usufruit temporaire a une durée résiduelle de 25 ans.

Bien qu'il ne se passe rien le jour de l'extinction de l'usufruit, l'enrichissement du nu-propriétaire ayant été progressif durant toute la durée du démembrement, le code général des impôts a pourtant prévu l'article 1133 qui

dispose que « la réunion de l'usufruit à la nue-propriété ne donne ouverture à aucun impôt ou taxe lorsque cette réunion a lieu par l'expiration du temps fixé pour l'usufruit ou par le décès de l'usufruitier ».

Enfin, précision utile, l'extinction de l'usufruit aura pour conséquence le changement d'associés, et incidemment, du régime fiscal des associés de la SCI (elle passe d'un mode de détermination de son résultat selon les règles de l'IS à celui des revenus fonciers). Cette modification des associés n'entraîne pas les effets d'une cessation d'entreprise. Précision utile car il n'en est pas de même d'une SCI qui aurait développé une activité commerciale et qui l'abandonnerait. Lorsque plus de 10 % de ses recettes sont de nature commerciale, la SCI se trouve obligatoirement imposable à l'IS (article 206-2 du CGI). Le retour dans le régime des revenus fonciers entraîne les conséquences d'une cessation d'entreprise et, entre autres, rend imposable les plus-values latentes.

Rien de tel lorsque le changement de régime a pour origine un changement d'associé (2)

Les principes de base de cette stratégie étant désormais fixés, voyons maintenant les raisons qui conduisent à écarter l'hypothèse d'un abus de droit.

Depuis un arrêt de principe de 1981 (CE 10 juin 1981 n° 19079) repris à l'article L. 64 du LPF, l'abus de droit peut être mis en œuvre lorsque les actes, bien que non fictifs « n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éviter ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées eu égard à sa situation et à ses activités réelles ».

Que la réalisation des opérations précédentes ait pour conséquence un allègement de la charge fiscale globale est un fait. Pour autant, n'existe-t-il « aucun autre motif que celui d'éviter ou d'atténuer les charges fiscales » ? Il semble au contraire que cette stratégie présente d'indéniables atouts qu'il est possible de classer d'une part et prioritairement, entre les avantages économiques et, d'autre part, les avantages politiques accordés à l'usufruitier.

Pour apprécier ces derniers, les avantages d'ordre politique, il convient de bien connaître les droits et les pouvoirs dont disposent l'usufruitier et le nu-propriétaire. Il faut également procéder aux aménagements des statuts donnant à l'usufruitier les prérogatives nécessaires à l'administration et à la disposition du bien, s'il s'agit d'un démembrement de parts sociales. Les droits d'administration et de disposition du bien doivent ainsi être supé-

(2) A priori, cette situation ne devrait pas être modifiée par le projet de modification législative actuellement en consultation publique qui prévoit que « Le changement de régime fiscal s'apprécie au niveau de la société qui par exemple opte pour l'impôt sur les sociétés. Il pourrait être apprécié également au niveau des associés de la SDP (Société De Personne). Ainsi, à titre d'exemple, la cession de ses parts par un associé IS à un associé qui n'y est pas soumis entraînerait un changement partiel de régime fiscal. Cela étant, cette solution risquerait d'être complexe en termes de suivi, et il serait certainement préférable de s'en tenir à n'apprécier le changement de régime fiscal qu'au seul niveau de la SDP »

rieurs à ceux qui résulteraient des droits dont dispose tout preneur d'un bail commercial. S'il s'agit d'un bail commercial portant sur un commerce (et non sur des bureaux), la protection accordée au bailleur est déjà particulièrement forte (droit au renouvellement, encadrement des hausses de loyer, etc.). Par contre, dans l'hypothèse d'un bail commercial portant sur des bureaux, les droits du locataire sont significativement réduits.

Dans l'hypothèse où le professionnel envisage la réalisation de travaux d'embellissement dans des bureaux, il aurait un avantage indéniable à disposer d'un usufruit sur une période de 15 ans, par exemple, plutôt que d'un simple bail commercial d'une durée de 9 ans.

De la même manière, il est fréquent qu'un bailleur mette à la charge du locataire les grosses réparations des articles 605 et 606 du code civil. Le sort de l'usufruitier est sur ce point préférable puisque l'article 605 dispose que celles-ci sont à la charge du nu-propriétaire, l'usufruitier n'étant tenu qu'aux réparations d'entretien.

Certains pourraient penser que les compétences en matière civile de l'administration fiscale, voire, pourquoi pas, du juge de l'impôt ne permettent pas, avec de tels arguments, de démontrer l'existence d'un réel motif autre que fiscal. C'est pourquoi, il est indispensable que la motivation soit également économique.

“ Les principes de base de cette stratégie étant désormais fixés, voyons maintenant les raisons qui conduisent à écarter l'hypothèse d'un abus de droit.

Un démembrement de propriété correctement réalisé permet d'optimiser non seulement la situation du dirigeant personne physique mais également celle de l'entreprise qui voit la charge qu'elle consacre à ses locaux globalement réduite par rapport à une situation locative.

Dans l'hypothèse de l'acquisition de l'usufruit du bien, un simple calcul comparatif doit permettre de démontrer l'intérêt économique de cette stratégie par rapport à une solution consistant à acquitter un loyer durant plusieurs années, loyer qui sera en outre indexé significativement chaque année (l'indice du coût de la construction qui sert de principale référence à l'indexation des loyers

commerciaux a progressé de plus de 40 % sur les 10 dernières années...).

La méthode préconisée par les meilleurs praticiens consiste à actualiser les flux futurs au taux de rendement net du bien. Ainsi, un bien générant un rendement locatif net de charges de 6 % par exemple aura un usufruit économique calculé par actualisation des flux futurs au taux de 6 % l'an.

En pratique, cela consiste à réaliser un placement au taux de 6 %. Il semble difficile de trouver mieux sur le marché pour un placement sans risques...

Dans l'hypothèse d'un emprunt réalisé pour financer l'acquisition de l'usufruit, le total des charges supportées (amortissement de l'usufruit et charges financières) doit au final, et après actualisation, être inférieur au montant des loyers indexés qui auraient été supportés.

Dans l'hypothèse où le démembrement porte sur les parts d'une société civile, les principes restent les mêmes. Le prix d'acquisition de l'usufruit des parts sociales porte en général, lorsque la cession de celui-ci intervient rapidement après la constitution de la société, sur quelques milliers d'euros tout au plus. Là encore, il convient d'actualiser les flux futurs qui remonteront dans la société d'exploitation pour mesurer l'intérêt économique d'une telle acquisition.

Enfin, et c'est un argument particulièrement pertinent, l'acquisition de l'usufruit pour quelques milliers d'euros permet de faire disparaître, grâce à la remontée des revenus de la SCI, les effets de l'indexation du loyer (le loyer augmente mais les revenus de la SCI aussi). L'entreprise maîtrise avec certitude l'évolution du coût d'utilisation de ses locaux sur une période souvent comprise entre 15 et 25 ans.

On aura compris à la lecture de ce qu'il convient de faire pour bien faire, ce qu'il ne faut pas faire et qu'on rencontre malheureusement trop souvent.

Parmi les méthodes à écarter définitivement, celle consistant à valoriser l'usufruit sur la base du barème fiscal de l'article 669 du CGI est évidemment à proscrire. L'article 669 valorise un usufruit temporaire à 23 % par période de 10 ans. L'usufruit d'un bien pour 11 ans vaut 46 % de la valeur du bien en pleine propriété, il vaudra autant pour 19 ans. Cela n'a évidemment aucun sens et le recours à une valeur aussi éloignée de la réalité économique interdit en pratique toute démonstration sur l'intérêt économique de l'opération pour l'entreprise.

Autre pratique dangereuse, celle consistant à retenir des taux d'actualisation faibles portant sur des rendements élevés et des durées longues : le résultat des calculs peut permettre de donner une valeur à l'usufruit représentant

parfois 80 %, voire 90 % du bien (certains m'ont fait part de valeur d'usufruit représentant 99,5 % de la valeur du bien en pleine propriété...). Si l'intérêt d'une telle stratégie peut éventuellement être démontré sur le plan économique par rapport à la prise en location directe du bien, une telle valeur ne résiste pas à l'analyse contraire : pourquoi l'entreprise n'a-t-elle pas acquis, pour 0,5 % du prix en plus, la pleine propriété du bien ? En effet, dans ce cas, elle se serait réservée l'usage du bien pour une durée illimitée tout en bénéficiant à la sortie de la plus-value réalisée.

Quelle est la valeur limite ? Chacun apprécie celle qu'il pense pouvoir justifier. Maître Pascal Julien Saint-Amand, expert en la matière et notaire bien connu des participants du séminaire gestion de patrimoine, ne traite pas de dossiers lorsque le montant de l'usufruit dépasse 70 % de la valeur du bien en pleine propriété.

Si le choix de la valeur est important pour justifier l'intérêt économique de l'opération, le choix de la durée et les conditions de la détention le sont tout autant pour valider l'intérêt politique de l'opération. Sauf cas exceptionnel, une durée inférieure à 9 ans donne moins de droits qu'un bail commercial. De la même manière, la conservation par les nus-proprétaires, dans la rédaction des statuts de la société civile, de l'essentiel des pouvoirs d'administration et de disposition du bien peut rendre l'opération aléatoire en mettant l'entreprise dans une situation qui peut se révéler inconfortable, l'administration qualifiant parfois l'inconfort d'acte anormal de gestion.

Outil d'optimisation particulièrement performant, la pratique du démembrement de propriété nécessite par contre une solide formation ou le recours à des partenaires maîtrisant le sujet.

Tout d'abord, il convient d'écarter définitivement l'attitude, préjudiciable tant à titre personnel qu'à titre collectif pour l'image de la profession, consistant à rejeter en bloc ces opérations au prétexte « *qu'on ma dit que...* » ou parce que « *holà, mon bon Monsieur, c'est des soucis à n'en plus finir...* ».

En effet, deux voies s'offrent à l'expert-comptable en la matière. La première consiste à investir le temps nécessaire pour compléter sa formation, notamment en passant le Diplôme Universitaire de gestion de patrimoine de l'université de Clermont-Ferrand qui propose des sessions réservées aux experts-comptables sur Lyon, Lille, Aix-en-Provence et Clermont-Ferrand⁽³⁾. La deuxième solution, également complémentaire de la première, consiste à travailler en interprofessionnalité avec nos amis notaires, avocats, CGPI, banquiers, etc. Calcul des valeurs, rédaction des statuts, actes de cession d'usufruit, achat d'immobilier démembrement, ... les opérations à réaliser sont suffisamment complexes et nombreuses pour que l'addition des compétences permette l'optimisation des solutions.

3) Renseignements et inscription sur le site de l'Aurep : www.aurep.com