

Faut-il démembler son actif immobilier professionnel ?

Un entrepreneur envisage d'acquérir un local professionnel pour loger son entreprise au moyen d'un démembrement « ab initio » selon le schéma suivant :

- la société d'exploitation (la SCM) acquiert le droit d'usufruit sur une durée de X années ;
- simultanément, lui et plusieurs de ses confrères achètent, en direct ou via une SCI, la nue-propriété du même bien.

Ce schéma présente à l'évidence certains avantages, tant fiscaux que financiers.

En tant que détentrice de l'usufruit, la SCM n'a plus de loyers à payer pendant toute la période couverte par le droit d'usufruit ; le cas échéant, elle peut avoir à faire face au paiement d'intérêts si elle a contracté un emprunt pour acquérir l'usufruit. De plus, il est généralement admis en pratique, même si la question de l'amortissement de l'usufruit reste un sujet contentieux, que la société puisse amortir le droit d'usufruit, considéré comme un élément incorporel de l'actif immobilisé de la société.

De leur côté, les associés nus-propriétaires retrouveront la pleine propriété du bien au terme du démembrement, et ce sans imposition.

Cette opération présente toutefois une certaine complexité juridique et fiscale qui nécessite une analyse préalable exhaustive avant de la mettre éventuellement en œuvre.

Il importe tout d'abord de souligner qu'à l'occasion de la 3^{ème} loi de finance rectificative pour 2012 (dispositif dit de l'article 13-5 du code général des impôts), le législateur a mis un frein au schéma ci-dessus évoqué. Par ailleurs, même si, entre plusieurs solutions possibles, le contribuable n'est jamais tenu de choisir celle générant l'imposition la plus élevée, il convient de prendre garde à ce que le schéma retenu ne tombe pas sous le coup soit de l'acte anormal de gestion, soit de l'abus de droit.

Reprenons chacun de ces trois points.

1/ Dispositif de l'article 13-5 du CGI

Rappelons que ce dispositif prévoit l'imposition du produit de la première cession d'un usufruit temporaire dans la catégorie des revenus à laquelle se rattache le revenu procuré par le bien sur lequel porte l'usufruit (par exemple, revenus fonciers lorsque l'usufruit porte sur un immeuble loué nu).

Ce régime s'appliquant aux cessions d'usufruits temporaires, la question s'est posée de savoir si une acquisition en démembrement ab initio entrait dans le champ d'application de l'article 13-5. Dans une réponse ministérielle Lambert du 2 juillet 2013, l'administration fiscale a fait savoir qu'une acquisition démembrée relevait bien des

dispositions de l'article 13-5. En outre, dans sa doctrine BOI-IR-BASE-10-10-30-20170406, l'administration a apporté les précisions suivantes :

- . si l'usufruit est constitué « sur la tête » de la société, la cession entre dans le champ du régime de l'article 13-5 puisque l'usufruit est dans ce cas nécessairement consenti pour une durée fixe ;
- . si, en revanche, l'usufruit est préconstitué sur la tête du cédant antérieurement à la cession, alors la cession porte sur un usufruit viager et, à ce titre, n'entre pas dans le champ de l'article 13-5.

Bien que cette doctrine administrative ne constitue qu'une interprétation de la loi et soit éminemment contestable, il n'en demeure pas moins qu'elle existe : il s'ensuit qu'en cas d'acquisition en démembrement ab initio, il importe d'avoir présent à l'esprit le risque de contentieux fiscal. Difficulté supplémentaire, il faudra trouver un notaire qui acceptera d'établir l'acte sans application du dispositif de l'article 13-5.

A mon avis, le seul moyen de sécuriser l'opération serait de trouver un cédant assujéti à l'impôt sur les sociétés, auquel cas le dispositif de l'article 13-5 serait totalement écarté.

2/ Quid de l'acte anormal de gestion ?

Selon une jurisprudence constante, le critère retenu pour qualifier un acte d'anormal au plan fiscal est celui de la contrariété à l'intérêt de l'entreprise : dans cette situation, le fisc peut alors soit refuser la déduction de certaines charges, soit imposer des produits que l'entreprise a négligé de percevoir.

Pour écarter tout risque de voir le fisc contester l'opération sur le terrain de l'acte anormal de gestion, il est impératif de s'abstenir de toute approximation sur la valorisation des droits démembrés. En cas de surévaluation de l'usufruit, l'administration pourrait contester la valeur d'inscription de l'usufruit au bilan et rectifier le montant des amortissements pratiqués. De plus, une surévaluation de l'usufruit aurait pour corollaire une sous-valorisation de la nue-propriété, ce qui permettrait au fisc d'assimiler l'avantage ainsi accordé par la société aux associés nus-propriétaires à une libéralité taxable.

Le risque inhérent à l'acte anormal de gestion sera définitivement écarté si la société démontre qu'elle a un intérêt économique à l'acquisition d'un usufruit temporaire par rapport à la charge que représenterait un loyer : dans le cas qui nous intéresse, cette preuve ne serait guère difficile à établir.

3/ Appréciation de l'opération au regard de l'abus de droit

Actuellement, un acte peut tomber sous le coup de l'abus de droit si, hormis l'hypothèse rare en pratique d'acte fictif, il n'a pu être inspiré par aucun autre motif que celui d'éluider ou d'atténuer l'impôt (but exclusivement fiscal). Toutefois, les actes passés à compter du 1^{er} janvier 2020 seront susceptibles d'être attaqués par le fisc sur le terrain de la fraude à la loi au motif de leur but principalement fiscal.

L'opération dont il s'agit pourrait-elle prêter le flanc à la critique sous l'angle de l'abus de droit ?

Par rapport au schéma classique qui est celui de la location d'un bien par le(s) dirigeant(s) ou par une SCI à la société opérationnelle, la solution de l'acquisition en démembrement ab initio de l'usufruit de l'immeuble ne génère pas de charges supplémentaires pour cette dernière. Au contraire, cette solution permet à la société opérationnelle d'inscrire dans ses charges les frais financiers liés à l'acquisition (pour le cas où elle financerait à crédit l'acquisition de l'usufruit) et un amortissement qui ne se traduit aucunement par un flux financier sortant, l'amortissement étant une pure charge comptable.

Au final, la charge globale se révélera souvent moins lourde que celle occasionnée par le paiement des loyers.

En conclusion, cette solution paraît totalement étrangère à la volonté d'éluider l'impôt : l'abus de droit est donc sans objet.