4

Démembrement de propriété et abus de droit

L'analyse tant de décisions se rapportant à la version « classique » de la procédure de l'abus de droit, que du commentaire de l'administration sur la récente réforme dont celle-ci a fait l'objet offre l'occasion de revenir sur la question récurrente – devenue presque oppressante – de cette procédure.

Vivien STREIFF
Président de commission du 112e Congrès des Notaires

Démembrement de propriété et abus de droit pour fraude à la loi

1 C'est sur la seconde branche de l'abus de droit, celle de la fraude à la loi, que la période récente a livré une actualité riche d'enseignements. Rappelons que pour parvenir à une telle qualification, encore faut-il s'assurer de la réunion des critères posés par l'article L 64 du LPF. Le premier de ces critères, dit objectif, consiste à démontrer que le contribuable a recherché le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs. À ce critère s'ajoute celui, dit subjectif, de la recherche d'un objectif exclusivement fiscal.

Concession d'usufruit à durée fixe de parts de SCI pour éviter l'imposition de revenus fonciers

2 Dans une première affaire, le comité de l'abus de droit fiscal s'est prononcé sur une série de montages reposant sur la concession d'usufruits à durée fixe par des sociétés civiles immobilières assujetties à l'impôt sur le revenu **au profit d'une société assujettie à l'impôt sur les sociétés** (Avis CADF nos 2019-46 à 2019-59 du 15-11-2019). Le dossier impliquait un père et ses deux enfants détenant, à proportion respectivement de 50 %, 25 % et 25 %, la totalité du capital d'un holding luxembourgeois amenée à détenir, par le biais de prises de participations successives, l'intégralité d'une SAS française (société B) soumise à l'impôt sur les sociétés, elle-même titulaire de participations tantôt en pleine propriété tantôt en usufruit dans de multiples **SCI propriétaires d'immeubles** situés en France et relevant chacune du **régime fiscal des sociétés de personnes** (le père et ses deux enfants conservant la nue-propriété des parts démembrées).
Le comité approuve l'administration d'avoir écarté les actes ayant concouru à ce schéma d'organisation patrimoniale et d'avoir rétabli l'imposition que les associés personnes physiques de ces SCI auraient normalement dû supporter au titre des revenus fonciers si ces actes n'avaient pas été passés.

3 L'examen du critère objectif suppose de rechercher quel a été l'objectif poursuivi par les auteurs du texte. Le dispositif de l'**article 238 bis K du CGI**, dont l'application au montage a permis de soumettre le résultat des SCI aux règles applicables en matière de bénéfices industriels et commerciaux, avait à l'origine été conçu comme une parade destinée à lutter contre la tentation pour les sociétés soumises à l'IS de créer des structures sociales écran fiscalement translucides destinées à atténuer, voire à supprimer, la charge fiscale affectant les plus-values de cession d'actifs immobiliers de ces sociétés par l'application des abattements pour durée de détention. Ce dispositif visait à assurer une taxation homogène à l'impôt sur les sociétés des personnes morales assujetties à cet impôt, pour l'ensemble des gains – courants au titre des loyers encaissés et exceptionnels tirés de la plus-value de cession d'éléments d'actifs inscrits au bilan – produits par ces biens.

4 Il faut croire que les interactions de ce dispositif avec des opérations impliquant un démembrement de titres n'ont certainement pas été anticipées. Nous savons en effet qu'au cours de la phase de détention de l'usufruit le résultat courant de la société soumise au régime fiscal des sociétés de personnes est, en application des dispositions de l'article 238 bis K du CGI, taxé au niveau de ses associés, en l'espèce la société soumise à l'impôt sur les sociétés au bilan de laquelle est inscrit l'usufruit des parts sociales après prise en compte notamment des frais d'acquisition et de l'amortissement de l'immeuble appartenant à la SCI.
Le problème venait en l'occurrence de ce que l'opération présentait un **caractère structurellement déficitaire pour la société usufruitière** des parts des SCI. En effet alors que celle-ci avait bien libéré le capital qu'elle avait souscrit, tel ne fut pas le cas des nus-propriétaires. Or le capital social avait été déterminé en fonction de la valeur des biens que les SCI envisageaient d'acquérir.

5 Ne disposant pas à cette fin d'une trésorerie suffisante, ces SCI n'ont eu d'autre alternative que de recourir à un emprunt bancaire ainsi qu'à des avances auprès de la société holding A. C'est donc faute d'avoir pu compter sur la libération par les nus-propriétaires de leur souscription au capital que les SCI ont dû supporter un accroissement de leur charge financière dont le poids a définitivement entamé la vocation de la société usufruitière de leurs parts à percevoir les fruits de son investissement. S'y ajoute que les pertes enregistrées par cette société se sont trouvées largement compensées au niveau des associés personnes physiques par le double mécanisme, à effet immédiat d'absence de taxation des revenus fonciers entre leurs mains, et à effet différé de maintien de la vocation certaine de ceux-ci à recueillir l'enrichissement des SCI

à l'extinction de l'usufruit. Ce terme marquant la fin de la période de démembrement, et le mode de détermination du résultat cessant alors d'être dicté par les dispositions de l'article 238 bis K du CGI, la plus-value de cession de l'actif immobilier détenu par la SCI peut le moment venu bénéficier de l'abattement pour durée de détention.

6 La simple concession d'un usufruit à durée fixe permet ainsi de maîtriser et d'optimiser la fiscalité tant en **phase de détention**, via l'organisation d'une situation structurellement déficitaire, qu'en **phase de cession du bien immobilier** pour autant que cette cession intervienne postérieurement à l'extinction de l'usufruit. Pour le dire plus simplement, les pertes enregistrées du côté de la société usufruitière des parts ne pesaient pas lourd face à la perspective de tels gains fiscaux.

> **« Il est possible de préserver ce schéma des foudres de l'administration au prix du respect de certaines précautions**

7 Il n'en fallait pas davantage pour démontrer que, ayant tiré le meilleur parti fiscal pour eux-mêmes de l'opération au détriment de la situation financière de la société usufruitière, les concepteurs de ce montage se sont livrés à une interprétation littérale de l'article 238 bis K du CGI à l'encontre des objectifs poursuivis par les auteurs de ce texte. L'espèce soumise au comité de l'abus de droit fiscal a permis de mettre en exergue une série d'anomalies de nature à priver l'usufruitier de ses plus élémentaires prérogatives. Comme nous l'avons indiqué, l'opération présentait un caractère structurellement déficitaire pour la société titulaire de l'usufruit. La **charge du financement** des immeubles a ainsi été de facto, par un astucieux mécanisme de vases communicants, **transférée des SCI vers la société usufruitière,** de sorte que celle-ci n'a pas été en mesure de dégager un quelconque bénéfice.

8 À cette observation s'en ajoute une autre relative à la détermination de la **valeur de l'usufruit des parts** acquises par la société B par référence au barème de l'article 669 du CGI. Est-il encore utile de rappeler que ce barème n'a qu'une portée fiscale circonscrite à l'évaluation de l'assiette de perception des droits d'enregistrement et de la taxe de publicité foncière et que la seule méthode d'évaluation économiquement pertinente est celle consistant à actualiser les flux de revenus futurs attendus, dite méthode DCF pour « Discounted cash flow ». Il n'y a de surcroît lieu de ne prendre en compte, pour déterminer la valeur de l'usufruit selon cette méthode, que les revenus attendus des seuls flux de trésorerie ; et à supposer que l'on puisse concevoir la mise en distribution d'un résultat y compris en l'absence de trésorerie permettant de désintéresser l'usufruitier de sa créance, encore faut-il qu'il subsiste un résultat distribuable.

9 En l'espèce, le poids de l'endettement des SCI propriétaires des immeubles combiné à celui des intérêts d'emprunt afférent à l'acquisition de l'usufruit ainsi qu'à l'amortissement de l'usufruit acquis par la société usufruitière pour un prix sans rapport avec la valeur économique de ce droit, n'ont pas permis de dégager un résultat excédentaire.

Face à un montage impliquant une société ayant acquis un **usufruit dont le rendement est économiquement nul**, si ce n'est par le biais de l'économie d'impôt réalisée, et dont la vocation à percevoir des fruits a ainsi été réduite à néant, la démonstration du critère subjectif d'absence d'intérêt autre fiscal s'imposait avec la force de l'évidence.

10 Il faut toutefois selon nous se garder de craindre la remise en cause systématique, par contagion, des montages couramment pratiqués dans le domaine de l'immobilier d'entreprise. Rappelons que ces schémas d'organisation patrimoniale combinent l'acquisition d'un bien immobilier par une SCI relevant de l'impôt sur le revenu constituée par le dirigeant, la cession au profit de la société d'exploitation soumise à l'impôt sur les sociétés de l'usufruit à durée fixe des parts que celui-ci détient dans la SCI, et la conclusion d'un bail entre la SCI et la société d'exploitation. Nous pensons qu'il demeure possible de préserver ce schéma des foudres de l'administration fiscale, au prix du respect d'un certain nombre de précautions.

Il s'agira, à grands traits, de s'assurer de la réalité des flux de trésorerie entre la SCI et la société usufruitière, de la pertinence de l'évaluation de l'usufruit par une actualisation de ces flux, et de renforcer les prérogatives de la société usufruitière afin de lui garantir une jouissance pérenne des locaux où s'exerce son activité.

11 Ce sont précisément ces considérations qui ont conduit la cour administrative d'appel de Douai, saisie d'un montage très proche de cession d'usufruit de part de SCEA et de SCI pour une durée de 21 ans au profit d'une SARL d'exploitation, à considérer que ces actes (rédigés en la forme authentique) répondaient à des préoccupations économiques et ce, indépendamment de l'économie fiscale procurée par l'amortissement de l'usufruit des parts acquises ainsi que de la déduction des intérêts de l'emprunt souscrit pour procéder à cette acquisition (CAA Douai 1-7-2019 n° 17DA01029 : RJF 11/19 n° 1064).

L'administration fiscale ayant par ailleurs soutenu que la SARL avait recherché l'application littérale de l'**article 619 du Code civil** relative à la durée de l'usufruit, la cour vient également rappeler – et la solution est inédite – que la fraude ne peut résulter que de l'utilisation abusive de dispositifs fiscaux et que les dispositions de ce texte n'ont « aucun objet ni aucune portée fiscale ». La solution doit cependant être relativisée eu égard aux commentaires administratifs relatifs à la réforme de l'abus de droit fiscal (voir n^{os} 15 s.) dont la formulation conduit à apprécier la fraude à l'aune non plus des seuls dispositifs fiscaux, mais plus largement à celle des objectifs poursuivis par les auteurs de textes fiscaux ou civils. Le Bofip justifie l'exclusion des donations avec réserve d'usufruit de la nouvelle procédure de l'abus de droit par le fait que « le législateur » et, selon certains auteurs, non plus la loi fiscale, « a entendu favoriser ce type de transmission » (BOI-CF-IOR-30-20 n° 70 ; F. Fruleux, Réforme de l'abus de droit fiscal : des commentaires administratifs « mesurés » : JCP N 2020, n° 10, 1063).

Concession d'usufruit à durée fixe pour éviter l'impôt sur la fortune

12 La lecture d'un arrêt rendu le 4 décembre 2019 par la chambre commerciale de la Cour de cassation nous donne une nouvelle illustration de la rigueur avec laquelle sont examinés les deux critères de l'abus de droit par fraude à la loi (Cass. com. 4-12-2019 n° 18-19.969). Suite à l'**apport à une société civile agricole** qu'ils contrôlaient **de l'usufruit à durée fixe d'un immeuble de rapport**

situé à Paris, des époux, devenus nus-propriétaires, ne déclaraient plus cet actif dans leur déclaration d'**ISF** par application de l'article 885 G du CGI. Les personnes morales n'étant pas assujetties à l'ISF, l'assiette de l'impôt de ces contribuables s'est ainsi réduite à la seule valeur des parts de la société usufruitière remises en rémunération de l'apport. Autrement dit, c'est l'essentiel de la valeur de l'immeuble que ce montage a permis de soustraire à l'impôt.

13 Y ayant décelé un abus de droit, l'administration avait réintégré la valeur en pleine propriété de l'immeuble dans le patrimoine taxable du couple. Selon le couple, l'apport se justifiait pourtant par la nécessité pour la société de disposer des loyers procurés par l'immeuble afin d'obtenir un prêt pour financer la réalisation de travaux importants dans un château lui appartenant. Dans sa décision du 4 décembre 2019, la chambre commerciale de la Cour de cassation bat en brèche l'argumentaire développé par les auteurs du pourvoi. Elle relève que le montant des loyers encaissés allait bien au-delà des besoins de financement générés par l'entretien et la restauration du château, puisque ces loyers se sont élevés à plus de trois fois le coût des travaux réalisés. À cela s'ajoute que les revenus des contribuables permettaient de financer les travaux sans avoir recours à cet acte d'apport. La Cour de cassation pointe enfin la faible durée (10 ans) pour laquelle l'usufruit a été concédé à la SCA. Il n'en fallait là encore pas davantage pour démontrer que le montage ne présentait aucune justification tant sur le plan économique, que patrimonial ou familial (déjà en ce sens : Cass. com. 7-12-2010 n° 10-10.054 : RJF 4/11 n° 526) et que les contribuables avaient, en transférant leur capacité contributive à une personne morale non assujettie à l'ISF qu'ils contrôlaient, recherché le bénéfice d'une application littérale d'un texte à l'encontre de l'objectif recherché par ses auteurs.

14 Notons que cet arrêt, rendu en matière d'ISF, est transposable à l'**IFI**, puisque l'article 968 du CGI reprend le principe de taxation de l'usufruitier figurant à l'ancien article 885 G du CGI. Précisons toutefois que l'apport à une SCI de l'usufruit temporaire d'un immeuble pourrait avoir un but autre que celui d'éluder l'impôt. On pourrait ainsi imaginer le cas de plusieurs propriétaires indivis en quête de stabilité, dont certains seulement seraient assujettis à l'IFI, envisageant l'apport d'un usufruit à durée fixe à une personne morale afin de soumettre, pour un temps suffisamment long mais néanmoins limité, la gestion de l'immeuble aux règles sociétaires plutôt qu'à l'indivision. Encore conviendra-t-il de composer avec la nouvelle procédure dite du « mini abus de droit ».

Démembrement de propriété et « mini abus de droit »

15 L'administration fiscale a, le 31 janvier 2020, commenté la nouvelle procédure codifiée à l'article L 64 A du LPF dite de « mini abus de droit » (BOI-CF-IOR-30-20). Rappelons que ce texte, dont le commentaire était très attendu par les praticiens, permet à l'administration d'écarter les actes passés à compter du 1er janvier 2020 qui ont pour motif principal d'éluder ou d'atténuer la charge fiscale qui aurait normalement dû être supportée si l'acte n'avait pas été passé ou réalisé. Sa rédaction est calquée, pour sa partie fraude à la loi, sur celle de l'article L 64 du LPF. Mais là où ce dernier texte se réfère au but exclusivement fiscal, l'article L 64 A vise à sanctionner les montages dont le but est principalement fiscal.

On retiendra que le Bofip vient néanmoins rappeler la nécessité de combiner à ce critère subjectif celui – objectif – de l'utilisation d'un texte (que ce texte soit celui de la loi, d'une convention internationale, ou encore d'un texte réglementaire venant en préciser les conditions d'application) à l'encontre de l'intention du législateur ou de l'auteur de la décision.

16 La précision est de nature à rassurer le praticien. Celui-ci n'aura ainsi à s'interroger quant à l'appréciation du délicat critère subjectif que dans l'hypothèse où il suspectera l'opération dont il a la charge de contourner les objectifs poursuivis par l'auteur d'un texte à portée civile ou fiscale.

Autrement dit, la question relative au fait de savoir si le contribuable poursuit un objectif principalement fiscal ne se posera pas sitôt que celui-ci ne fera qu'agir conformément aux incitations qui lui sont adressées par le législateur. L'administration vient ainsi logiquement rappeler – et c'est heureux – que ce texte n'a pas pour objet d'interdire au contribuable de choisir le cadre juridique le plus favorable du point de vue fiscal. Ainsi en va-t-il de la **donation avec réserve d'usufruit**, soutenue par un dispositif fiscal avantageux, que l'on ne saurait reprocher au contribuable de consentir y compris lorsqu'elle répond à l'objectif principal de réaliser une économie d'impôt (en ce sens, dès avant la parution du Bofip, Rép. Straumann : AN 18-6-2019 n° 17239).

17 Le praticien devra, avant tout, rechercher l'**intention du législateur** en s'en remettant tant à la lettre du texte que, le cas échéant, aux travaux préparatoires. Il examinera les décisions créatrices de droit telles que les instructions administratives favorables au contribuable ainsi que les réponses ministérielles. C'est uniquement si un doute subsiste à cette étape qu'il devra sonder les **objectifs poursuivis par le contribuable**. On notera ici que l'administration s'est bornée à livrer deux exemples de donation d'usufruit temporaire : la première au profit d'un enfant majeur et la seconde au profit d'un organisme sans but lucratif.

Faut-il pour autant s'en émouvoir ? Nous ne le pensons pas pour deux raisons. Il paraît d'une part impossible de livrer une liste exhaustive de montages susceptibles d'entrer ou non dans le champ d'application de ce texte. Les praticiens y verront d'autre part une marge de manœuvre qu'ils pourront mettre à profit pour mesurer l'importance des **intérêts autres que fiscaux** présidant à la mise en place de chaque opération. Les deux exemples donnés illustrent fort opportunément que l'importance de l'économie fiscale réalisée n'est pas le seul élément à prendre en compte. Dans les deux cas, l'opération est assortie d'une incontestable **substance économique** dont témoignent le dépouillement irrévocable du donateur associé à l'enrichissement réel du bénéficiaire de la donation.