

Minutes pratiques

> QUESTION/ RÉPONSE

Démembrement

Usufruit accordé à une personne morale : contraintes juridiques, fiscales, comptables et solutions alternatives

Inf. 14

LA QUESTION

Quelles sont les incidences juridiques, fiscales et comptables de la détention d'un usufruit par une personne morale ?

LA RÉPONSE

La réponse diffère selon qu'elle fait l'acquisition de l'usufruit auprès d'un propriétaire ou de celui sur la tête duquel ce droit aura été pré-constitué. À la technique du démembrement en usufruit s'ajoute désormais une nouvelle alternative : la constitution d'un démembrement sur mesure dont le régime juridique a récemment été précisé par la Cour de cassation.

Quelle est la durée maximale d'un usufruit détenu par une personne morale ?

1. L'article 619 du Code civil énonce un principe a priori clair : l'usufruit accordé à une personne morale ne dure que trente ans. Il en va d'ailleurs de même d'un droit d'usage puisque celui-ci prend fin de la même manière que l'usufruit en application de l'article 625 du même Code. Alors qu'une cour d'appel avait par le passé admis que l'article 619 n'avait qu'un caractère supplétif (CA Caen 24-1-1995 n° 93-2503 ; Defrénois 1996, art. 36278, note Ch. Atias), c'est dans la voie opposée que s'est engagée la Cour de cassation en 2007 (Cass. 3° civ. 7-3-2007 n° 06-12.568 ; RJDA 7/07 n° 793 ; JurisData n° 2007-037924). L'affaire à l'origine de



Vivien Streiff,
notaire à Condé-sur-
l'Escaut, président
de commission
du 112° Congrès des
notaires (Nantes,
5-8 juin 2016)

cet arrêt opposait deux sociétés civiles qui avaient acquis en démembrement un bien immobilier plus de trente ans auparavant. Il avait été stipulé à l'acte d'acquisition que l'usufruit s'éteindrait lors du décès de plusieurs personnes physiques. Autrement dit, l'usufruit avait été conçu comme viager. Mais alors que les personnes physiques sur la tête desquelles ce droit avait été constitué n'étaient pas décédées trente ans plus tard, la société nue-propriétaire avait estimé que l'usufruit était désormais éteint en application des dispositions de l'article 619 du Code civil. La Cour de cassation lui a donné raison

en énonçant le caractère impératif de cette règle. Si la décision est limpide, sa portée mérite toutefois d'être précisée au regard des différentes circonstances dans lesquelles une personne morale peut détenir un usufruit.

Quel est le régime juridique et fiscal d'un usufruit constitué ou retenu au profit d'une personne morale ?

Sur le plan juridique

2. L'hypothèse visée est celle dans laquelle le propriétaire d'un bien consent à démembrement son droit de propriété en constituant un usufruit au profit d'une personne morale, par voie d'apport ou de cession. La personne morale se trouvant alors titulaire de l'usufruit, ce cas entre sans aucune hésitation dans le champ d'application des dispositions d'ordre public de l'article 619 du Code civil : l'usufruit ne peut être constitué pour une durée supérieure à trente ans. Il semble que le plafonnement de la durée à trente ans – d'ailleurs fixé dans l'esprit des rédacteurs du Code civil par référence à l'espérance de vie humaine à la fin du XVIII^e siècle – s'impose également dans l'hypothèse où la personne morale détient l'usufruit par rétention. S'il devait en aller autrement, un tel usufruit, retenu pour une durée alignée sur celle de la personne morale, confinerait à la perpétuité.

Sur le plan fiscal

3. L'article 13, 5 du CGI est-il applicable ?

La première cession à titre onéreux de l'usufruit temporaire d'un bien, entendu comme un usufruit consenti pour une durée à terme fixe, par un cédant assujéti à l'impôt sur le revenu est exclusive du régime des plus-values, le flux des revenus futurs étant imposable dans la catégorie à laquelle ils se rattachent conformément à l'article 13, 5 du CGI et ce, indépendamment de la qualité du cessionnaire (*Loi 2012-1510 du 29-12-2012 : JO 30 art. 15*). L'administration n'a pas hésité à faire une interprétation extensive, pour ne pas dire extrêmement sévère, de ce texte puisqu'elle y inclut l'hypothèse dans laquelle le plein propriétaire dispose concomitamment de la nue-propriété au profit d'un second cessionnaire (*Rép. Lambert : AN 2-7-2013 n° 15540, BOI-IR-BASE-10-10-30 n° 90*), donc hors de tout schéma d'optimisation fiscale. Véritable piège pour le cédant, le spectre de l'article 13, 5 devra inciter le rédacteur d'avant-contrat à prohiber toute substitution en démembrement. Reste le cas où l'usufruit est retenu par la personne morale à l'occasion de la cession de la nue-propriété d'un bien qu'elle détient en pleine propriété. Bien que limité à une durée de trente ans, un tel schéma n'entre pas dans le champ d'application de l'article 13, 5, lequel ne vise que l'hypothèse de la cession d'un usufruit.

4. **Comment sont liquidés les droits d'enregistrement ?** Les droits d'enregistrement sont liquidés en application du barème fiscal de l'usufruit temporaire, soit au taux de 23 % de la valeur de la pleine propriété pour chaque période de dix ans de la durée de l'usufruit (*CGI art. 619 II*). La cour d'appel de Paris s'est prononcée (*CA Paris 13-9-2 016 N° 2013/13840 : Sol. Not. 11/16 inf. 216*) sur l'évaluation fiscale d'un usufruit cédé par une société civile, propriétaire, à une seconde société civile par

référence à la durée de vie du survivant de deux personnes physiques, respectivement gérantes de la société cédante et de la société cessionnaire. À rebours de la position défendue par l'administration fiscale, laquelle soutenait qu'il y avait lieu de faire application de l'article 683 du CGI et de liquider les droits de mutation sur la valeur économique de l'usufruit – autrement dit sur le prix exprimé à l'acte – la cour estime, d'une part, que la valeur fiscale de cet usufruit doit au contraire être déterminée par application des règles édictées à l'article 669, et, d'autre part, que c'est bien le I de ce texte qu'il convient d'appliquer à ce

droit viager. On retiendra que dans l'hypothèse où l'usufruit est cédé à une personne morale par référence à la durée de vie de personnes physiques, l'évaluation fiscale doit être faite en appliquant à la valeur en toute propriété de l'immeuble le pourcentage fixé par l'article 669, I du CGI eu égard à l'âge du ou des usufruitier(s).

5. **L'usufruit à durée fixe est-il amortissable ?** L'usufruit à durée fixe constitue une immobilisation incorporelle inscrite à l'actif du bilan qui peut donner lieu à une dotation annuelle à un compte d'amortissement dans la mesure où l'usufruit est une source régu-

lière et pérenne de profits et qu'il est inéluctablement amené à se déprécier par l'écoulement du temps. Notons que l'analyse comptable de l'usufruit conduit à amortir le terrain d'assiette, non amortissable lorsqu'il est détenu en pleine propriété. L'amortissement doit être pratiqué de manière linéaire par référence à la durée de l'usufruit. L'amortissement ainsi pratiqué est déductible des résultats de la société lorsque celle-ci est soumise à l'impôt sur les sociétés ou aux règles des BIC (*en ce sens, TA Poitiers 21-11-1996 n° 95-1701 : RJF 1/97 n° 7 ; TA Paris 6-7-2009 n° 04-19716 : RJF 1/10 n° 5*).

Pour quelle durée un usufruit préconstitué peut-il être cédé à une personne morale ?

Sur le plan civil

6. Il faut imaginer la cession d'un usufruit préconstitué au profit du cédant personne physique, qu'il en soit titulaire par rétention ou par translation. Ce démembrement ne saurait survivre au décès de l'usufruitier quand bien même il aurait été constitué pour une durée déterminée. L'extinction de l'usufruit à l'arrivée du terme fixé par la convention étant ainsi subordonnée à la condition de survie de l'usufruitier, il conviendra d'attirer l'attention des parties sur la fragilité de la stipulation d'un terme déterminé. Il reste que le principe du plafonnement de l'usufruit à trente ans n'interdit nullement la cession ou l'apport de ce droit à une personne morale pour un terme fixé uniquement par référence à la durée de la vie du cédant, autrement dit sans mention de durée fixe. Une solution permettra aux parties de supprimer l'aléa lié à la durée de la vie de l'usufruitier cédant : elle consiste à faire intervenir le nu-propriétaire à l'opération pour lui faire accepter la consti-



Véritable piège pour le cédant, le spectre de l'article 13, 5 du CGI devra inciter le rédacteur d'avant-contrat à prohiber toute substitution en démembrement



tution d'un usufruit dont la naissance sera subordonnée au prédécès de l'usufruitier en premier.

Sur le plan fiscal

7. L'article 13, 5 est-il applicable ? L'administration fiscale fait une distinction selon que la cession est consentie avec ou sans mention de durée. Dans le premier cas, elle assimile la stipulation d'un terme déterminé à la cession d'un usufruit pour une durée fixe entrant dans le champ d'application de l'article 13, 5. Si cette position est pour le moins contestable – un tel usufruit ne perdant pas fondamentalement son caractère viager – elle doit inciter les parties à éviter de se référer à une durée autre que celle devant expirer au décès du cédant. En effet, seul ce second cas n'entre pas, selon la doctrine administrative, dans le champ d'application de l'article 13, 5.

8. Comment sont liquidés les droits d'enregistrement ? Dans une telle hypothèse il convient de faire application de l'article 669, I pour les raisons évoquées plus haut. La qualité du cessionnaire étant à cet égard indifférente, l'usufruit demeure par essence viager au regard du cédant, véritable titulaire de ce droit. Si, par exemple, l'usufruit est cédé pour une durée de 15 ans par un usufruitier âgé de 75 ans, ce droit sera évalué fiscalement à 30 % et non à 46 %.

9. L'usufruit viager est-il amortissable ? Par un jugement du 14 mars 2017, le tribunal administratif de Strasbourg a considéré qu'un usufruit viager peut faire l'objet d'un amortissement déductible par référence à l'espérance de vie de l'usufruitier, dès lors qu'il est possible de déterminer la date prévisible à laquelle le droit cessera de produire ses effets bénéfiques à partir de bases statistiques (*TA Strasbourg 14-3-2017 n° 1602812 : Sol. Not. 7/17 inf. 184*). On peut en déduire qu'en raison de sa durée aléatoire, l'acquisition par une personne morale d'un usufruit préconstitué au profit d'une personne physique, fût-elle réalisée à terme fixe pour trente ans, permet d'envisager d'abréger la durée de l'amortissement par référence à la durée prévisible de l'espérance de vie du titulaire de l'usufruit. La société peut ainsi, lorsque l'espérance de vie du titulaire de l'usufruit est inférieure au terme fixé par la convention, procéder à un amortissement à un taux supérieur à celui qu'elle pourrait pratiquer pour un usufruit dont la durée serait garantie. Notons que le décès du titulaire de l'usufruit avant l'expiration de la durée prévisible de ce droit aura pour conséquence de faire apparaître une moins-value sur le plan comptable.

L'alternative du démembrement sur mesure

Sur le plan civil

10. Parmi tant d'autres avantages, le recours à un droit réel sur mesure consacré par la Cour de cassation (*Cass. 3^e civ. 31-10-2012, n° 11-16.304, Maison de poésie c/ SACD : Sol. Not. 1/13 inf. 3 ; JCP G 2013, I, 429, H. Périnet-Marquet ; RTD civ. 2013, p. 141, W. Dross ; RLDC 2013/101, J. Dubarry et M. Julienne ; RDI 2013, p. 80, J.-L. Bergel*) permet de s'affranchir du carcan de la durée de trente ans applicable à l'usufruit détenu par une

personne morale. La Cour a confirmé (*Cass. 3^e civ. 8-9-2016, n° 14-26.953 : RTD civ. 2016, P. 894, W. Dross ; JCP N 2016, 1294, J. Dubarry et V. Streiff ; JCP 2016, p. 1191, H. Périnet-Marquet ; Defrénois 2016, n° 21, p. 9, H. Périnet-Marquet*) que le droit réel de jouissance spéciale n'est pas régi par les dispositions des articles 619 et 625 du Code civil, d'où la possibilité d'envisager un démembrement original « viager » dont la durée peut être alignée sur celle de la personne morale ou par référence à celle d'une personne physique qui pourrait être l'usufruitier cédant ou apporteur. Encore faut-il préciser qu'il ne s'agit que de l'une des alternatives envisageables. D'abord faute pour les parties d'avoir prévu un terme, ce droit est censé avoir été constitué pour une durée de trente ans, la Cour de cassation ayant pris soin de conférer à l'article 619 un caractère supplétif. Les parties ont ensuite la possibilité de stipuler une durée fixe à condition de ne pas conférer à ce droit un caractère perpétuel. Nous avons déjà démontré qu'un tel démembrement pouvait être constitué pour une durée pouvant atteindre 99 ans (*J. Dubarry et V. Streiff, note préc.*). L'option pour la stipulation d'une durée fixe présente l'avantage d'éviter l'extinction du droit réel de jouissance spéciale en cas de disparition de la personne morale et, ce faisant, de stabiliser l'actif social pour intégrer ce droit à l'actif liquidé. Il s'agit là d'une différence fondamentale avec l'usufruit dont la durée est régie par des principes d'ordre public. Il est impossible de dresser une liste de démembrements dont l'originalité justifierait la qualification de droit réel de jouissance spéciale. Nous en donnons ci-après deux exemples.

11. Exemples de droit réel de jouissance spéciale :

- **cas proche de celui qui a donné lieu à l'affaire Maison de poésie** : un droit réel de jouissance sur un immeuble est assorti de la possibilité pour le propriétaire d'en récupérer la pleine propriété à charge pour lui de mettre à la disposition de la société pour le temps restant à courir des locaux d'une surface équivalente dans un périmètre déterminé par le contrat. Le contrat prévoira bien évidemment la prise en charge par le propriétaire des éventuelles moins-values générées par cette substitution ;

- **constitution d'un droit conférant des prérogatives évolutives** : imaginons un chef d'entreprise dont le départ à la retraite est programmé dans quelques années. Un droit réel de jouissance spéciale pourra être constitué pour une durée de quarante ans à des conditions avantageuses pour la société, sauf à réserver l'encaissement par le propriétaire des fruits qui seront perçus au cours des cinq années qui suivront son départ à la retraite.

Le praticien devra bien entendu s'abstenir de créer un droit réel de jouissance pour des motivations exclusivement fiscales ou pour contourner artificiellement le régime juridique d'ordre public de l'usufruit. Il s'agit avant tout d'ouvrir le champ de la liberté contractuelle en concevant un démembrement dont les caractéristiques présentent un réel intérêt juridique et économique en comparaison avec les modèles répertoriés par le Code civil.

Sur le plan fiscal

12. Pour écarter la qualification d'acte anormal de gestion et maintenir l'intérêt de l'opération pour la personne morale, les parties devront bien évidemment évaluer le droit cédé ou apporté à sa juste valeur. Dans la mesure où ce démembrement offrira à son titulaire des prérogatives proches de celles d'un usufruit, sa valeur subira une décote, d'une part, par rapport à celle d'un loyer et, d'autre part, par rapport celle à laquelle serait estimé un démembrement en usufruit. Cette précaution permettra également de conserver à l'opération son caractère licite, la constitution d'un droit réel de jouissance spéciale ne devant pas, à l'exemple de la constitution d'un usufruit, servir à éviter l'application du statut d'ordre public des baux commerciaux ou des baux ruraux (*pour le caractère illicite d'un usufruit d'une durée de cinq ans moyennant le versement de cinq années de ferme, voir : CA Bourges 23-3-2017 n° 16/00045 : JurisData n° 2017-006617*).

13. L'article 13, 5 du CGI est-il applicable ?

L'article 13, 5 du CGI visant la cession d'un usufruit temporaire, il ne serait selon nous pas applicable à la constitution d'un droit réel spécial qui ne répondrait pas à la définition de l'usufruit. Toutefois, l'administration fiscale pourrait mettre en œuvre la procédure de répression des abus de droit de l'article L 64 du LPF si, sous l'apparence d'un droit réel de jouissance spéciale, les parties ont en réalité dissimulé un démembrement répondant aux caractéristiques d'un usufruit. La prudence invitera le rédacteur d'acte amené à réfléchir à la constitution d'un droit réel innommé à se livrer à un « rigoureux travail d'identification des seuls éléments de régime qui participent de la définition des prérogatives offertes sur la chose d'autrui par chacun des modèles répertoriés par le Code civil » (*NVP, mai-juin 2017 n° 324, Actes du colloque du 18-1-2017, V. Streiff, La genèse, travaux du 112^e Congrès des notaires*).



La stipulation d'une durée fixe présente l'avantage d'éviter l'extinction du droit réel de jouissance spéciale en cas de disparition de la personne morale

14. Comment sont liquidés les droits d'enregistrement ? La cession ou l'apport d'un droit réel de jouissance spéciale entre selon nous dans le champ d'application de l'article 683 du CGI comme emportant mutation d'un immeuble par l'objet auquel il s'applique au sens de l'article 526 du Code civil. Le droit réel de jouissance spéciale intègre cette catégorie dont nous savons désormais qu'elle n'est pas fermée par suite de la confirmation de l'absence de *numerus clausus* des droits réels sur la chose d'autrui. C'est d'ailleurs la position adoptée par la doctrine administrative selon laquelle la liste donnée par l'article 526 « n'est pas limitative » (*BOI-ENR-DM-TOI-10-10-10 n° 280*). Par suite les droits d'enregistrement devront être liquidés sur le prix exprimé à l'acte.

Le droit réel de jouissance spéciale est-il amortissable ?

15. Le Conseil d'État a jugé qu'un élément incorporel de l'actif immobilisé ne peut faire l'objet d'un amortissement que s'il est normalement prévisible, dès sa création ou son acquisition, que ses effets bénéfiques sur l'exploitation prendront fin nécessairement à une date déterminée (*CE 4-4-1979 n° 8153 : RJF 6/79 n° 339*). Le droit réel de jouissance



spéciale obéit à ces conditions puisqu'il est inéluctablement amené à se déprécier et que l'on peut prévoir, dès sa création ou son acquisition, qu'il prendra fin à une date déterminée que ce soit par référence à la durée fixe pour laquelle il sera constitué ou, lorsqu'il sera viager, par référence à l'espérance de vie de son titulaire. Tel sera nécessairement le cas lorsqu'un droit réel de jouissance spéciale sera constitué par un usufruitier, lequel ne peut céder davantage de droit qu'il n'en a lui-même. Le rédacteur devra enfin s'assurer que les prérogatives accordées au titulaire du droit réel de jouissance spéciale constitueront une source régulière de profits (un droit aux fruits), susceptibles de faire l'objet d'une cession (*CE 21-8-1996 n° 154488 : RJF 10/96 n° 1137*).



Le conseil : La constitution (ou la cession) d'un usufruit au profit d'une personne morale est soumise à un régime juridique et fiscal très contraignant. S'il entend saisir l'opportunité d'y substituer un droit réel sui generis, le praticien devra s'assurer de l'incontestable spécificité du démembrement envisagé eu égard aux modèles répertoriés par la loi. Il veillera également à rédiger la clause relative à la durée avec soin s'il entend écarter l'application de l'article 619 du Code civil.