



Bachelor responsable d'agence

Thème: Le démembrement de propriété - Les stratégies d'ingénierie patrimoniales immobilières

*Jérôme Baptizet
Ingénieur patrimonial*

Introduction générale

Le démembrement de propriété est une technique désormais parfaitement connue et maîtrisée. Véritable droit réel, l'usufruit est issu d'une division ou d'un partage de la propriété, permettant à son titulaire de pouvoir jouir d'un bien « dont un autre a la propriété ».

C'est une technique désormais parfaitement connue et maîtrisée qui a investi le champ de la gestion de patrimoine pour s'y révéler être une approche de toute première importance.

Tout à la fois outil de gestion patrimoniale, de transmission patrimoniale simple ou transgénérationnelle, et enfin formidable instrument d'optimisation fiscale, le démembrement de propriété offre de belles opportunités.

C'est traditionnellement en droit de la famille que le démembrement trouve son application pour la gestion et la transmission du patrimoine. Cependant, son domaine d'application est désormais beaucoup plus large puisqu'il permet des schémas d'optimisations relatifs au patrimoine professionnel dans le cadre de la détention de l'immobilier d'entreprise.

Première partie : LA NOTION JURIDIQUE DE PROPRIÉTÉ : Quelques précisions et rappels...

I / Le droit de propriété et ses attributs

Le droit de propriété est le plus important et le plus complet des droits réels : il est le seul à permettre à son titulaire de retirer l'ensemble des usages que peut procurer la chose. Selon le Code Civil :

« La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

1) « la propriété est le droit de jouir... »

Le droit de jouissance, premier attribut du propriétaire énoncé, se scinde en réalité en deux :

- *à la jouissance directe de la chose, l'usage (usus : le droit pour le propriétaire d'habiter sa maison)*
- *fait écho la jouissance indirecte de la chose, à savoir le droit d'en percevoir les fruits (fructus : le droit pour le propriétaire de louer sa maison et d'en retirer un loyer).*

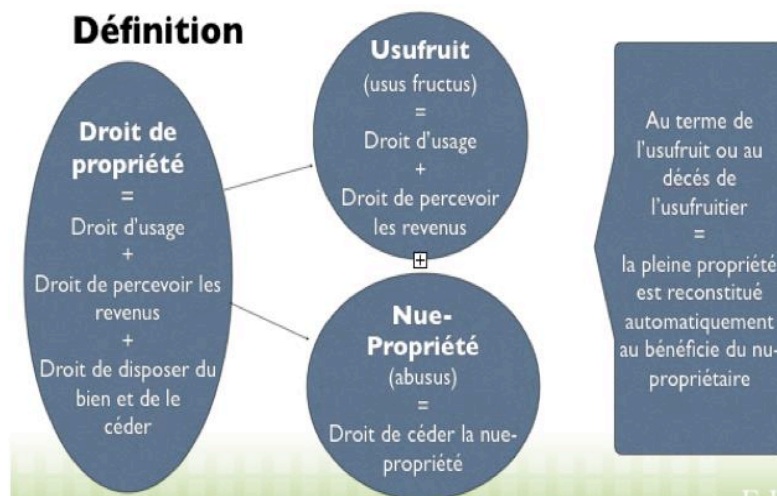
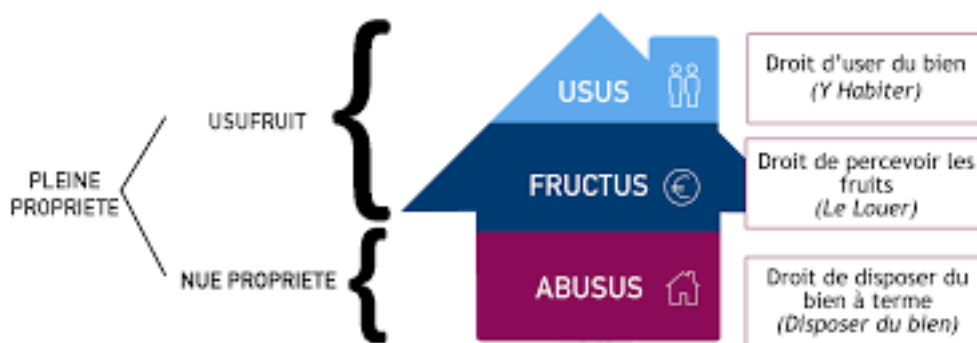
2) « ... et disposer des choses... »

Le droit de disposer de la chose (abusus), attribut de droit de propriété, est une prérogative à la fois juridique et matérielle : le propriétaire peut aussi bien aliéner son bien, en disposer juridiquement, que le détruire, l'anéantir. En ce sens, il a un pouvoir sur la substance même de la chose.

II / La propriété démembrée

Selon le Code civil, « l'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre à la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance ».

La propriété d'un bien peut ainsi être démembrée entre deux personnes : à l'usufruitier le droit de jouissance (l'usus et le fructus) ; au nu-propriétaire le droit de disposition (l'abusus), entendu, comme le droit de porter une atteinte matérielle au bien démembré.



Deuxième partie : La durée du démembrement et l'évaluation des droits démembreés

I / La durée de l'usufruit : Usufruit viager / Usufruit temporaire

Une distinction fondamentale doit être ici faite selon que la personne sur la tête de laquelle l'usufruit a été constitué est une personne physique ou une personne morale.

A / Usufruitier personne physique

- Lorsque l'usufruit est constitué sur la tête d'une personne physique, **il présente un caractère essentiellement viager** et a donc vocation à s'éteindre avec le décès de l'usufruitier.

- **Toutefois, l'usufruit peut également présenter un caractère temporaire. Ce caractère temporaire est cependant nécessairement subordonné au caractère viager de l'usufruit.**

En conséquence de quoi, un usufruit temporaire conféré pour une durée de 10 ans, par exemple, s'éteint avec le décès de son titulaire, même si ce décès intervient avant l'expiration de la durée de 10 ans.

B / Usufruitier personne morale

Lorsque l'usufruit est constitué sur la tête d'une personne morale, qui a vocation, sinon à l'immortalité, du moins à une espérance de vie largement supérieure à l'espérance de vie humaine, **l'usufruit est d'une durée maximale de 30 ans.**

II / La valorisation du démembrement : les aspects fiscaux / Les aspects économiques et financiers

A / La valorisation fiscale des droits démembreés : le barème fiscal

Démembrer la pleine propriété d'un bien impose de conférer une valeur à chacun des deux droits ainsi créés : cette exigence s'impose tant au plan civil qu'au plan fiscal, dès lors que le fisc a vocation à prélever des impôts lors de la mutation à l'origine du démembrement.

A cet égard, le code général des impôts édicte un barème visant à valoriser respectivement l'usufruit et la nue-propriété. Le nouveau barème inscrit dans l'article 669 retient, en pourcentage de la pleine propriété du bien, les valeurs des droits d'usufruit et de nue-propriété suivantes :

a) Usufruit viager (article 669 I du Code général des impôts)

Age de l'usufruitier	Valeur de l'usufruit	Valeur de la nue-propriété
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 %
Supérieur à 91 ans	10 %	90 %

Exemple 1 :

Une personne âgée de 59 ans possède un appartement d'une valeur de 190 000 euros. Elle décide de donner la nue-propriété à son unique enfant et de conserver l'usufruit.

Evaluation de l'usufruit et de la nue-propriété :

- Valeur de l'usufruit =
- Valeur de la nue-propriété =
- Fiscalité applicable à cette donation =
-
- Au décès du parent = Son usufruit s'éteint, la pleine propriété revient à l'enfant, en exonération totale de droits de succession.

Exemple 2 :

Une personne âgée de 68 ans possède un appartement d'une valeur de 300 000 euros. Elle décide de donner la nue-propriété à ses deux enfants et de conserver l'usufruit.

Evaluation de l'usufruit et de la nue-propriété :

- Valeur de l'usufruit =
- Valeur de la nue-propriété =
- Fiscalité applicable à cette donation =
- Au décès du parent = Son usufruit s'éteint, la pleine propriété revient aux enfants, en exonération totale de droits de succession.

b) Usufruit temporaire

La valeur de celui-ci est de 23 % de la valeur de la propriété entière pour chaque période de dix ans de la durée de l'usufruit, sans fraction et sans égard à l'âge de l'usufruitier (article 669 II du code général des impôts). Il convient toutefois de préciser :

- L'usufruit temporaire pour une personne MORALE : conformément à l'article 619 du Code civil, l'usufruit constitué au profit d'une personne morale ne peut dépasser 30 ans, si bien que, corrélativement, la valeur de cet usufruit ne peut elle-même excéder 69 % (3*23%)

- L'usufruit temporaire pour une personne PHYSIQUE : l'usufruit constitué pour une durée fixe au profit d'une personne physique **ne peut conduire à obtenir une valorisation supérieure à celle qui aurait résulté de la constitution d'un usufruit à caractère viager**. Le paragraphe deux de l'article 669 est donc, de manière parfaitement logique, subordonné à son paragraphe premier : on n'ose pas imaginer la fraude qui aurait pu résulter au plan fiscal d'une solution différente (ainsi, par exemple, de la constitution d'un usufruit à durée fixe de 30 ans au profit d'une personne de 85 ans...).

La valeur de l'usufruit temporaire ne peut pas dépasser celle qui résulterait de l'application de l'usufruit viager.

Exemple 1 :

Une personne donne à son fils âgé de 45 ans l'usufruit temporaire d'un immeuble d'une valeur de 100 000 euros pour une durée de 16 ans.

Evaluation de l'usufruit temporaire sur 16 ans

- Valeur de l'usufruit temporaire =
- Comparaison avec l'usufruit viager =
- Conclusion = La valeur de l'usufruit temporaire ne dépasse pas la valeur de l'usufruit viager. Donc pas de problème pour transmettre l'usufruit temporaire pour une valeur de 46 000 euros à son fils.

Exemple 2 :

Une personne donne à une personne âgée de 65 ans l'usufruit temporaire d'un immeuble d'une valeur de 100 000 euros pour une durée de 18 ans.

Evaluation de l'usufruit temporaire sur 18 ans

- Valeur de l'usufruit temporaire =
- Comparaison avec l'usufruit viager =
- Conclusion = La valeur de l'usufruit temporaire dépasse la valeur de l'usufruit viager. Donc l'usufruit temporaire sera limité pour une valeur de 40 000 euros à son fils.
-

c / Champ d'application du barème

Le barème fixé par l'article 669 est obligatoire pour la perception des droits d'enregistrement c'est-à-dire les droits de mutation à titre onéreux (cessions et apport à une société) ou à titre gratuit (donations et successions) et de la taxe de publicité foncière.

Dés lors qu'il s'agit de calculer un droit à payer, le barème fiscal est obligatoire.

Plus largement, le barème ne concerne que la matière fiscale.

Il l'est aussi pour la détermination de l'assiette taxable de certaines plus-values immobilières, à savoir des plus-values immobilières dégagées par la cession d'un droit démembré portant sur un bien précédemment acquis en pleine propriété.

Dans toutes autres opérations, notamment à titre onéreux (cessions et apports à une société de droits démembrés), on se trouve en dehors de son champ d'application.

Dans le cadre de la liberté contractuelle, les parties ont alors la liberté absolue de figer la valeur de l'usufruit et de la nue-propriété comme elles l'entendent.

Ainsi, dans le cas d'une mutation à titre onéreux, l'évaluation de l'usufruit et de la nue-propriété peut être réalisée selon la méthode économique.

Troisième partie : Le démembrement dans les opérations d'ingénierie patrimoniale

La transmission des droits démembrés

Chacun des deux titulaires de droits démembrés, usufruitier et nu-propiétaire, peut normalement librement transmettre/céder son droit à autrui.

I/ Les aspects juridiques

Nous envisagerons successivement la transmission des droits démembrés à titre gratuit, puis leur transmission à titre onéreux.

A / LA TRANSMISSION A TITRE GRATUIT (Donation / succession)

Il est possible de transmettre aussi bien et aussi facilement un droit d'usufruit qu'un droit de nue-propriété.

Les deux cas de figure se rencontrent d'ailleurs aussi fréquemment l'un que l'autre.

1 / La transmission de la nue-propriété

Le propriétaire d'un bien quelconque peut décider de faire donation de la nue-propriété de ce bien, soit en s'en réservant l'usufruit, soit en s'en réservant le quasi-usufruit. Chacune de ces situations suscitant des interrogations juridiques spécifiques.

a) La donation avec réserve d'usufruit

Les avantages de la formule ne sont plus à démontrer : celle-ci permet en effet à des parents de transmettre à leurs enfants, par anticipation et à un moindre coût fiscal, la propriété de biens figurant dans leur patrimoine, tout en conservant jusqu'à leur décès les revenus générés par ces biens. En outre, la réserve d'usufruit permet souvent aux

usufruitiers de conserver une certaine maîtrise sur la gestion des biens donnés, ce qui répond à une autre de leurs préoccupations parmi les plus fréquemment rencontrées.

Dans la cadre d'une transmission de patrimoine, la donation de la nue-propiété avec réserve d'usufruit présentera les avantages suivants :

- Maintenir au donateur ses prérogatives financières : la réserve d'usufruit permet de maintenir sensiblement le niveau de vie du donateur. Le démembrement va permettre au donateur d'anticiper la transmission de son patrimoine de son vivant, mais en dissociant capital et revenus.
- Minorer le coût fiscal de la transmission : le démembrement de propriété permettra d'atténuer la fiscalité, d'une part lors de la donation car l'assiette de taxation ne portera que sur la nue-propiété, d'autre part au moment du décès de l'usufruitier puisque les nus-propiétaires deviennent pleins propriétaires sans droits à acquitter. Par ailleurs, les droits de mutation relatifs à la nue-propiété peuvent faire l'objet d'un paiement différé et/ou fractionné.

Exemple :

Une personne âgée de 62 ans souhaite anticiper la transmission d'un immeuble locatif dont il est propriétaire à ses deux enfants. La valeur de l'immeuble est de 300 000 euros. Il souhaite continuer à bénéficier des loyers afin de compenser sa perte de revenus liée à son départ en retraite.

Quelle solution est envisageable ?

Donation de la nue-propiété avec réserve d'usufruit : Valeur de l'usufruit viager et de la nue-propiété.

- Valeur de l'usufruit =
- Valeur de la nue-propiété =

Abattement en ligne directe (donation) :

2 / La transmission de l'usufruit

a) La donation d'usufruit

A la différence de la donation de nue-propiété, qui réalise une transmission anticipée de patrimoine, la donation d'usufruit réalise pour sa part une transmission de revenus, soit à titre viager, soit pour une durée limitée lorsque l'usufruit objet de la donation est un usufruit à terme fixe (usufruit temporaire).

C'est ainsi que des parents peuvent donner, pour une durée limitée à la durée prévisible des études d'un enfant, l'usufruit d'un immeuble de rapport pour financer lesdites études.

Outre que cette technique permet de conférer une autonomie financière à l'enfant gratifié, elle présente au plan fiscal des avantages certains : pendant la durée du démembrement, en effet, les parents nus-propiétaires n'auront à supporter aucune fiscalité sur les revenus dégagés par le bien, ni aucune fiscalité sur le patrimoine démembre

Certes, l'enfant sera alors susceptible de supporter cette double fiscalité, mais il est le plus souvent dans une tranche de revenus et de patrimoine sans commune mesure avec celle de ses parents, si bien que le schéma est fiscalement très avantageux.

B / LA TRANSMISSION A TITRE ONEREUX (vente ou apport à une société)

Nous envisagerons à nouveau successivement la question de la transmission de l'usufruit, puis celle de la transmission de la nue-propriété.

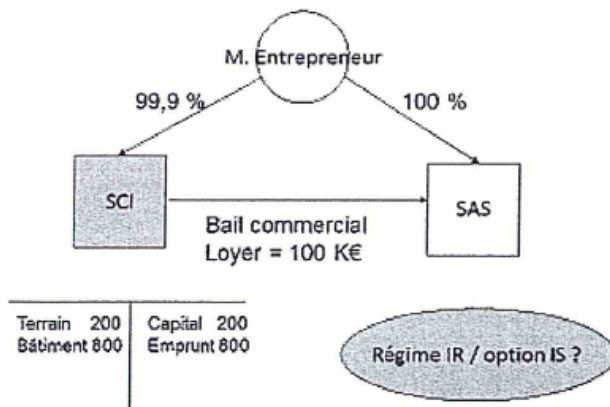
1 / La transmission de l'usufruit

a / La cession de l'usufruit

Le propriétaire d'un bien, notamment immobilier, supporte souvent une lourde fiscalité découlant tant des revenus générés par ce bien que la simple présence dudit bien dans son patrimoine (IFI).

Prenons l'exemple d'un chef d'entreprise propriétaire d'une participation majoritaire au sein à la fois de sa société d'exploitation et d'une société civile immobilière dans laquelle se trouve logé l'immeuble d'exploitation.

Cession de l'usufruit d'un bien immobilier / hypothèse de travail



Dans cette situation, un bail commercial est conclu entre la société civile et la société commerciale générant un revenu tiré de la location pour la première, et une charge pour la seconde.

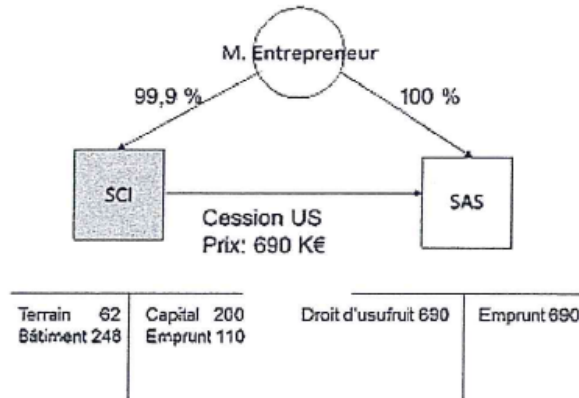
Lorsque la SCI n'a pas opté pour l'impôt sur les sociétés, la fiscalité des revenus fonciers qui trouve alors à s'appliquer est particulièrement désavantageuse, puisque le Code général des impôts refuse alors l'amortissement fiscal de l'immeuble et que, de surcroît, l'imposition des revenus est effectuée au niveau des associés.

Une solution alternative à l'option de la SCI pour l'impôt sur les sociétés (qui présente le double inconvénient d'être irréversible et fiscalement coûteuse lors de la revente de l'immobilier ou des parts sociales) peut consister à céder l'usufruit de l'immeuble, ou des parts sociales de la SCI, à la société d'exploitation. Plusieurs avantages importants s'attachent à cette opération :

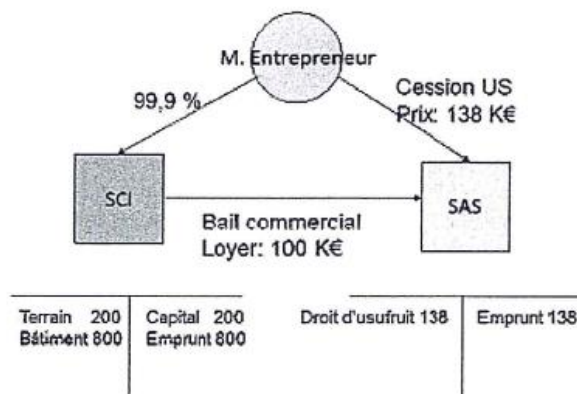
- le premier consiste dans la perception, par la SCI ou par le chef d'entreprise lui-même, de liquidités qui pourront être placées et produire des revenus taxés suivant une fiscalité plus attractive que celle des revenus fonciers.
- Si le cédant est assujéti à l'IFI, la cession d'usufruit devrait conduire à une diminution de l'assiette de cet impôt, dont les règles prévoient que le redevable, en cas de démembrement de propriété, est l'usufruitier du bien.

- Enfin, la cession d'usufruit ne présente pour le cédant aucun caractère irréversible puisque l'usufruit a vocation à rejoindre, au terme convenu entre les parties, la nue-propriété du bien.

Variante n°1: cession par la SCI à la SAS de l'usufruit du bien immobilier pour une durée de 23 ans, moyennant une valorisation de l'usufruit égale à 69 %



Variante n°2: cession par M. Entrepreneur à la SAS de l'usufruit des parts sociales pour une durée de 23 ans, moyennant une valorisation de l'usufruit égale à 69 %



b / L'apport en société de l'usufruit

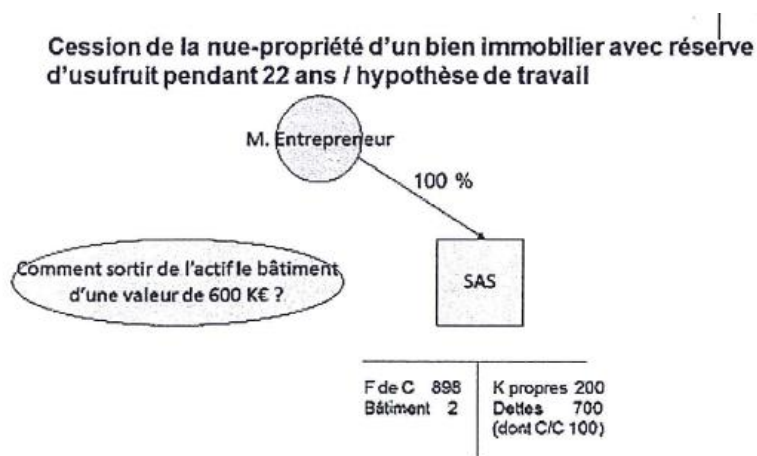
L'apport en société de l'usufruit de titres de sociétés peut servir de support particulièrement efficace à un pacte d'associés ou d'actionnaires : en effet, l'usufruit des titres étant transmis pour une durée temporaire, à convenir entre les apporteurs, au profit d'une société existante ou créée à cet effet, il peut permettre, pendant toute la durée de l'usufruit, de coordonner entre les associés apporteurs la prise de décision et d'aménager les droits de vote.

2 / La transmission de la nue-propriété

a) La cession de la nue-propriété

Cession de la nue-propiété d'un bien inscrit à l'actif d'une société ou d'une entreprise commerciale

Une situation parmi les plus fréquemment rencontrées à l'origine d'une opération de cession de la nue-propiété d'un bien immobilier est la suivante : lorsqu'un immeuble commercial se trouve inscrit à l'actif d'une société ou d'une entreprise commerciale, par exemple à la suite d'une levée d'option à l'issue d'un contrat de crédit-bail immobilier, cette situation est très souvent pénalisante ; en effet, le fonds de commerce et l'immobilier commercial étant inscrits à l'actif de la même entreprise, il devient très difficile de les séparer sans un coût fiscal exorbitant. De la sorte, le chef d'entreprise, lorsqu'il viendra à céder son entreprise ou sa société, ne pourra faire autrement que céder dans le même temps l'immobilier inscrit à l'actif de celle-ci. Il risque de surcroît de « brader » cet immobilier : en effet, l'acquéreur n'a souvent pas les moyens de financer à la fois l'acquisition du fonds de commerce et de l'immobilier d'exploitation, si bien que ce dernier est fréquemment valorisé à un montant nettement inférieur à sa valeur réelle.

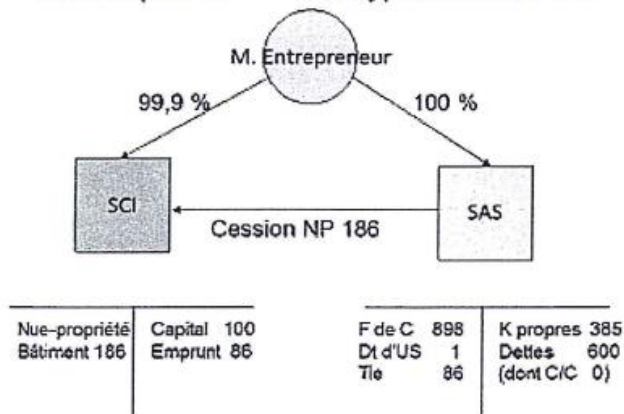


En amont de cette échéance, le recours au démembrement de propriété peut permettre utilement de dissocier l'immobilier d'exploitation du fonds de commerce.

En effet, il s'agira pour l'entreprise ou pour la société de céder à une société civile immobilière constituée par le chef d'entreprise ou son groupe familial la seule nue-propiété du bien immobilier et de s'en réserver l'usufruit sur une durée raisonnablement longue.

De la sorte, l'impact fiscal de sortie du bien immobilier de l'actif d'exploitation, tant en ce qui concerne la fiscalité directe qu'indirecte, pourra s'en trouver notablement diminué.

Cession de la nue-propiété d'un bien immobilier avec réserve d'usufruit pendant 22 ans / hypothèse de travail



L'inconvénient majeur de ce schéma réside cependant dans l'obligation faite au chef d'entreprise, ou à la société civile immobilière constituée par lui, **de procéder à l'acquisition d'un bien stérile (la nue-propiété de l'immeuble d'exploitation)**. Dès lors, ce schéma ne peut se concevoir en ayant recours à un financement classique par emprunt, mais par la seule utilisation des ressources financières personnelles du chef d'entreprise.

Si le chef d'entreprise ne dispose pas d'apports personnels suffisants, le schéma pourra être amélioré en ayant recours non pas à une vente, mais à un apport en société de la nue-propiété du bien.

b) L'apport en société de la nue-propiété

La technique de l'apport en société de la nue-propiété d'un bien immobilier est utilisée aussi bien lorsque l'immeuble est inscrit à l'actif d'une société commerciale que lorsqu'il figure au sein d'un patrimoine privé. Les deux situations seront donc successivement abordées.

a) Immeuble inscrit à l'actif d'une entreprise ou d'une société commerciale

Le point de départ du raisonnement est le même que précédemment : il s'agit de procéder, à moindre coût fiscal, à la dissociation du fonds de commerce et de l'immobilier d'exploitation inscrits à l'actif du bilan d'une même entreprise ou société commerciale.

Toutefois, si le chef d'entreprise ne dispose pas des apports personnels suffisants pour acquérir la nue-propiété du bien immobilier, l'idée va ici consister à réaliser, non pas une vente, mais un apport en société de la nue-propiété du bien, qui présente l'avantage de ne générer aucun flux financier en contrepartie du transfert de propriété ainsi opéré.

b) Immeuble figurant au sein d'un patrimoine privé

Le cas, particulièrement classique, est celui de parents qui détiennent dans leur patrimoine privé la propriété d'un immeuble de rapport dont ils souhaitent donner la nue-propiété à leurs enfants, tout en se réservant les revenus pour leur retraite.

Or nous savons que le barème fiscal de l'article 669 du Code général des impôts est obligatoire pour calculer l'assiette des droits d'enregistrement, lesquels peuvent par ailleurs être particulièrement élevés (jusqu'à 40 % en ligne directe).

L'idée est donc, plutôt que de donner la nue-propriété de l'immeuble lui-même, d'apporter celle-ci à une société civile immobilière créée pour l'occasion puis de donner aux enfants la pleine propriété des parts de cette SCI.

Schéma 1 : Apport en pleine propriété de l'immeuble puis donation de la nue-propriété des titres

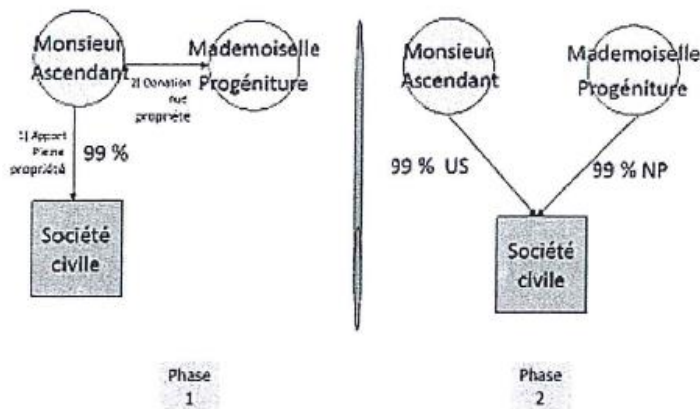
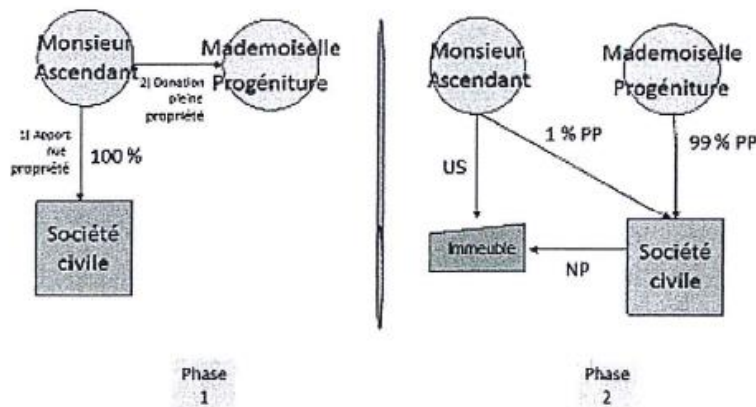


Schéma 2 : Apport en nue-propriété de l'immeuble puis donation de la pleine propriété des titres



3 / La transmission conjointe de l'usufruit et de la nue-propriété

Il convient à présent d'évoquer une opération qui tend à se développer, à savoir l'acquisition simultanée, par deux personnes différentes, de l'usufruit et de la nue-propriété d'un bien auprès d'un vendeur qui en a la pleine propriété.

Un tel schéma se rencontre principalement dans un cadre familial, mais peut également être mis en place entre deux acquéreurs n'ayant aucun lien de parenté. Dans l'un et l'autre cas, les motivations sont cependant sensiblement différentes.

a) Acquisition démembrée d'un bien dans un cadre familial

L'objectif est ici de réaliser une transmission patrimoniale des parents vers les enfants, tout en diminuant de manière parfois substantielle la fiscalité générée par cette transmission.

On comprend dans ces conditions que cette technique ne soit pas regardée avec une extrême bienveillance par l'administration fiscale.

Or celle-ci dispose d'une arme redoutable pour la combattre :

Il s'agit de la présomption de l'article 751 du Code général des impôts, selon lequel « est réputé, au point de vue fiscal, faire partie, jusqu'à preuve contraire, de la succession de l'usufruitier, toute valeur mobilière, tout bien meuble ou immeuble appartenant, pour l'usufruit, au défunt, et, pour la nue-propriété, à l'un de ses présomptifs héritiers ou descendants (...), à moins qu'il y ait eu donation régulière et que cette donation, si elle n'est pas constatée dans un contrat de mariage, ait été consentie plus de trois mois avant le décès. »

Or cette présomption est susceptible de ruiner tous les avantages fiscaux attachés à l'utilisation du démembrement comme technique de transmission patrimoniale : si le bien est considéré comme figurant dans le patrimoine de l'usufruitier lors de son décès, il devra être pris en considération dans sa succession, et taxé à ce titre.

Ceci explique que les praticiens ont, à leur tour, tenté de faire échec à l'application de l'article 751.

Une parade bien connue résulte du fait que cet article nécessite, pour être mis en oeuvre, que le démembrement sur le bien soit réalisé entre **des présomptifs héritiers**.

L'idée consiste alors à interposer une personne morale (société civile de gestion le plus souvent) qui, même si elle est intégralement détenue et gérée par un présomptif héritier, ne saurait pour autant recevoir cette qualification. La notion même de personnalité morale s'y oppose.

b) Acquisition démembrée d'un bien hors du cadre familial

L'acquisition démembrée d'un bien par deux personnes n'ayant entre elles aucun lien de parenté poursuit souvent également une motivation fiscale.

Il va s'agir ici, pour chacun des acteurs de l'opération, à la poursuite d'un objectif économique diamétralement opposé, de parvenir à réaliser cet objectif au moindre coût fiscal.

L'acquéreur de l'usufruit, souhaitera pour l'essentiel bénéficier de revenus complémentaires tout en minimisant le coût d'acquisition du bien générateur de ces revenus.

Quant à l'acquéreur de la nue-propriété, sa préoccupation est toute différente : disposant déjà de revenus, il entendra privilégier l'acquisition différée d'un patrimoine complémentaire tout en réduisant, par l'imputation des intérêts de l'emprunt contracté lors de l'acquisition, ses revenus fiscaux actuels.