



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

ACTUALITÉ DES STRATÉGIES FISCALES FONDÉES SUR L'ARTICLE 238 BIS K DU CGI

MICHEL LEROY

Référence de publication : Gaz. Pal. 18 avril 2017, n° 292q3, p. 57

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

ACTUALITÉ DES STRATÉGIES FISCALES FONDÉES SUR L'ARTICLE 238 BIS K DU CGI

En se plaçant dans le champ d'application de l'article 238 bis K du Code général des impôts (CGI), le redevable peut combiner les avantages de l'impôt sur les sociétés et de l'impôt sur le revenu. Cependant, l'opération ne lui sera profitable que s'il évite l'application des dispositions de l'article 13, 5°, du CGI, à savoir une imposition forte résultant de la mise en œuvre de ce texte. La stratégie doit, dans sa mise en place, éviter également le risque de redressement fondé sur un abus de droit fiscal.

Le traitement fiscal des revenus d'un redevable ne s'envisage pas de la même manière selon qu'il s'agit de revenus nécessaires au règlement des charges et au maintien du train de vie ou de revenus excédentaires. Ces derniers, le plus souvent d'origine patrimoniale, doivent être neutralisés afin de limiter l'imposition, tout en tenant cependant compte de l'évolution possible des besoins du redevable dans le temps.

Cette neutralisation des revenus excédentaires peut se réaliser de plusieurs façons, par exemple par la cession du bien fructifère et le remploi du prix de cession dans un support de capitalisation afin d'éviter l'imposition en phase d'épargne, ou encore par la donation, fut-ce temporaire, de l'usufruit dudit bien à une personne non rattachée à son foyer fiscal.

Parmi les techniques propres à satisfaire cet objectif, figure évidemment l'apport ou la cession du bien à une société à l'IS. Cette opération permet de supprimer l'imposition du bénéfice à l'IR, par l'absence de translucidité fiscale de la structure.

Cependant, le choix d'une société à l'IS pour la gestion d'un patrimoine privé n'est pas recommandé, pour des raisons évidentes tenant aux conséquences en termes de plus-value ; celle-ci sera imposée au titre des plus-values professionnelles sur une base très élevée, en raison des effets de l'amortissement sur la valeur nette comptable.

Il serait par conséquent idéal, pour le redevable, de pouvoir combiner les avantages de la société à l'IR (application, lors de la cession des titres ou du bien, des plus-values privées) avec ceux de la société à l'IS, en termes d'imposition sur le revenu.

Cette combinaison des avantages semble possible dès lors que les conditions de l'article 238 bis K du CGI se trouvent réunies. Selon le I, alinéa 1er, de ce texte, « lorsque des droits dans une société ou un groupement mentionnés aux articles 8, 8 quinquies, 239 quater, 239 quater B, 239 quater C ou 239 quater D sont inscrits à l'actif d'une personne morale passible de l'impôt sur les sociétés dans les conditions de droit commun ou d'une entreprise industrielle, commerciale, artisanale ou agricole imposable à l'impôt sur le revenu de plein droit selon un régime de bénéfice réel, la part de bénéfice correspondant à ces droits est déterminée selon les règles applicables au bénéfice réalisé par la personne ou l'entreprise qui détient ces droits ».

Il résulte de ces dispositions qu'en cédant l'usufruit de tout ou partie des parts d'une société à l'IR à une société à l'IS (éventuellement constituée à cette fin), la part de résultat de la première société

correspondant aux droits de la seconde est déterminée selon les règles applicables en matière d'impôt sur les sociétés.

En clair, pour prendre l'exemple d'une société civile immobilière (SCI), en cas de cession de la totalité de l'usufruit des parts, les sommes distribuées par la SCI seront imposées à l'IS, pour la durée de cet usufruit. Et pour la détermination du résultat imposable à l'IS, il sera tenu compte de la possibilité d'amortir, pour le temps prévu à l'acte de cession, l'usufruit des parts. Après l'extinction de l'usufruit, la plus-value de cession sera imposée selon les règles des plus-values privées.

Le montage semble donc correspondre aux objectifs du redevable. Cependant, deux écueils majeurs sont à éviter : le premier est relatif aux dispositions de l'article 13, 5°, du Code général des impôts (I), le second concerne le risque d'abus de droit (II).

I – LA FISCALITE APPLICABLE A LA CESSION DE L'USUFRUIT TEMPORAIRE

Le montage repose sur une cession d'usufruit de parts sociales à une société à l'IS. Or, selon l'article 13, 5°, du CGI, le produit résultant de la première cession d'un même usufruit temporaire est imposé, non selon les règles applicables aux plus-values, mais dans la catégorie de revenus à laquelle se rattache, au jour de la cession, le bénéfice ou le revenu procuré par le bien ou le droit sur lequel porte l'usufruit.

L'application de ce texte serait évidemment parfaitement contraire à l'objectif du redevable qui est de neutraliser ses revenus excédentaires, puisque le produit de la cession ou, si elle est supérieure, sa valeur vénale, est imposable.

Or, a priori, le montage envisagé rentre pleinement dans les prévisions de l'article 13, 5°, du CGI. Ce texte s'applique, en particulier, aux cédants personnes physiques agissant dans le cadre de la gestion de leur patrimoine privé ou aux associés personnes physiques de sociétés ou groupements qui relèvent des articles 8, 8 bis ou 8 ter du CGI¹. Alors que la qualité du cessionnaire est sans incidence pour l'application des dispositions du 5° de l'article 13 du même code². Quant aux actes, il convient d'entendre par cessions à titre onéreux toutes les transmissions qui comportent une contrepartie en faveur du cédant. Elles comprennent, notamment, en dehors des ventes proprement dites, les échanges et les apports en société, qu'il s'agisse d'un apport à une société soumise à l'IS ou à une société soumise à l'IR³.

L'article 13 vise cependant l'usufruit temporaire, ce qui signifie un usufruit consenti pour une durée à terme fixe. Or, selon l'article 619 du Code civil, « l'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers ne dure que trente ans ». Ce droit semble donc nécessairement consenti pour une durée fixe.

Cependant, selon l'administration fiscale, si l'usufruit est préconstitué sur la tête du cédant antérieurement à la cession, celle-ci porte sur un usufruit viager et, à ce titre, n'entre pas dans le champ

d'application des dispositions du 5° de l'article 13 du CGI, à moins que l'usufruit ne soit consenti pour une durée fixe⁴.

Il en résulte que les cessions portant sur un usufruit viager cédé sans terme fixe, c'est-à-dire un usufruit dont la seule cause d'extinction est le décès de son titulaire, ne sont pas concernées par les dispositions de l'article 13 du CGI (seule l'imposition de plus-values s'applique).

Cela serait évidemment le cas si le redevable, soucieux de neutraliser ses revenus excédentaires, était donataire, légataire ou héritier de l'usufruit des parts : dans ce cas, la cession de l'usufruit est réalisée au profit de la société, sans mention de durée : l'apport n'est pas dans le champ d'application des dispositions du 5° de l'article 13 du CGI, s'agissant d'une cession d'usufruit viager préconstitué.

Cependant, cette situation sera rare en pratique. Le plus souvent, le redevable sera le propriétaire des titres. La cession rentre donc dans les prévisions du texte. Il serait évidemment possible de procéder à un échange d'usufruit entre les associés de la société à l'IR, préalablement à l'apport des parts, mais il sera difficile pour eux d'établir que l'opération ne poursuit pas un but exclusivement fiscal⁵.

Le redevable peut-il échapper aux rigueurs de l'article 13, 5°, du CGI en stipulant, dans l'acte d'apport, une clause d'extinction de l'usufruit au décès d'une personne physique, le plus souvent lui-même ? Dans ce cas, en effet, le droit acquis par la société à l'IS semble borné dans le temps par la durée de la vie humaine, et relever par conséquent de la qualification d'usufruit viager.

La cour d'appel de Paris a récemment jugé en ce sens que la cession d'usufruit opérée entre personnes morales, dont la durée contractuellement prévue correspond à la durée de vie des associés de la société cessionnaire, est bien de nature viagère⁶.

Dans cette espèce, une SCI avait cédé à titre onéreux l'usufruit d'un immeuble de rapport, l'acte précisant que l'acquéreur serait bénéficiaire de l'usufruit jusqu'au décès du survivant des gérants des deux sociétés. Pour la liquidation des droits de mutation à titre onéreux dus sur cette vente, fallait-il se soumettre aux dispositions de l'article 669, I, du CGI, applicable aux usufruits viagers ou, au contraire, comme le pensait l'administration fiscale, déterminer les droits de mutation à titre onéreux sur le montant du prix exprimé dans l'acte, au motif que l'article 669 n'est pas applicable à une telle vente qui relève plutôt de l'article 683, 2, du CGI⁷ ? Le TGI saisi de l'affaire⁸ confirma la décision de rejet de l'administration. Le jugement fut réformé en appel.

A priori, l'arrêt de la cour d'appel de Paris peut surprendre : une telle clause semble heurter de front les dispositions précitées de l'article 619 du Code civil. Or, selon la Cour de cassation, aux termes d'un arrêt du 7 mars 2007, cet article est d'ordre public, ce qui s'oppose à toute prorogation volontaire du terme légal⁹. Ne doit-on pas en déduire que la stipulation est par essence inefficace et que l'usufruit constitué pour une personne morale est toujours temporaire ? Ce n'est pas certain. Ce qu'exprime l'arrêt de 2007, c'est l'inefficacité des stipulations entrant dans le domaine d'application de l'article 619, c'est-à-dire de clauses rédigées après la constitution de l'usufruit sur la tête de la personne morale. Or, l'objet de la stipulation est tout autre. Il s'agit de borner, dès la constitution de l'usufruit au profit de la personne morale, le droit d'usufruit à la durée de la vie humaine. Comme l'exprime un éminent auteur, « lorsqu'un

usufruit est constitué au profit d'une société pour la durée de vie d'une personne physique, le risque de perpétuité n'existe pas. On doit en conclure que l'article 619 du Code civil ne s'y applique pas »10.

Cependant, il paraît certain que l'administration fiscale n'écartera pas l'application de l'article 13, 5°, du CGI sur le constat d'une telle clause. En effet, le BOFIP n'exclut du domaine d'application de cet article que les usufruits préconstitués sur la tête du cédant antérieurement à la cession11. Il faudra donc attendre la position du Conseil d'État sur la question pour pouvoir recommander une telle stratégie.

S'il n'est pas possible d'éviter la qualification d'usufruit temporaire, une stratégie classique consiste en la dévalorisation du droit cédé. Le revenu imposable est en effet constitué, soit du prix stipulé dans l'acte, soit de la valeur vénale de l'usufruit temporaire, laquelle est déterminée par application du barème de l'article 669, II, du CGI selon lequel la valeur d'un usufruit constitué pour une durée fixe est estimée à 23 % de la valeur de la propriété entière pour chaque période de 10 ans de la durée de l'usufruit, sans fraction et sans égard à l'âge de l'usufruitier.

Si donc les associés créent une SCI à l'IR à capital social faible, et cèdent immédiatement l'usufruit temporaire des titres à la société assujettie à l'IS, la valeur de cet usufruit sera très faible. Par la suite, la société à l'IR acquiert par emprunt le bien fructifère des associés (lesquels replacent le prix de cession sur un contrat de capitalisation ou d'assurance-vie par exemple). Si la durée de l'emprunt est égale ou supérieure à la durée de l'usufruit temporaire, le flux des revenus réellement produits par la société, pendant la durée de l'usufruit à terme fixe, sera pratiquement nulle. Il reste cependant à financer le coût des charges et le remboursement des emprunts

II – LE RISQUE D'ABUS DE DROIT FISCAL

Dans l'hypothèse que nous envisageons, c'est-à-dire la neutralisation des revenus excédentaires du redevable, l'opération semble être envisagée pour ses avantages fiscaux.

Ce constat ne suffit pas cependant à établir l'existence d'un abus de droit. En effet, la mise en place de la stratégie suppose la constitution d'une société à l'IS et le transfert de l'usufruit des parts. Or, « l'option d'une société pour l'assujettissement de ses bénéfices à l'impôt sur les sociétés n'est pas en elle-même constitutive d'un abus de droit alors même que le régime d'imposition qui résulte de cette option est plus favorable au contribuable »12.

Cependant, pour éviter l'abus de droit, il faut que l'apport ou la vente de l'usufruit présente un intérêt pour la société à l'IS ; en effet, pour le Comité de l'abus de droit fiscal, « si une telle option [pour l'IS] s'exerçait dans le cadre d'un montage dans lequel la société ayant opté pour l'impôt sur les sociétés est dépourvue de toute substance économique13 et n'a été créée que dans le seul but d'atténuer la charge fiscale du contribuable par une application littérale des dispositions légales pertinentes, contraire aux objectifs qu'en les adoptant, le législateur a entendu poursuivre (même référence que précédemment) »14.

Le risque d'abus de droit est d'autant élevé que la cession de l'usufruit ne se fait pas au bénéfice de la société d'exploitation utilisatrice de l'immeuble (c'est-à-dire la locataire) mais au profit d'une société spécialement constituée à cette fin. Particulièrement si cette société n'a pas d'autre objet social que la gestion du patrimoine des associés (identiques dans les deux structures).

Dans l'idéal, il est souhaitable que les associés des deux sociétés ne soient pas les mêmes et/ou que la composition du capital social s'explique par une stratégie patrimoniale indépendante de l'avantage fiscal dont les redevables vont effectivement bénéficier.

À cette fin, concernant la constitution de la société, il faut en particulier attirer l'attention des redevables sur les moyens dont disposera effectivement la société civile à l'IS et sur les charges qu'elle supportera en pratique.

Ainsi, le comité de l'abus de droit fiscal, dans l'affaire précitée, a considéré comme dépourvue de substance économique, une société qui :

- ne disposait d'aucun compte bancaire, ni de trésorerie ;
- qui ne bénéficiait de distributions du résultat de la SCI que pour des montants limités représentant, dans le meilleur des cas, celui des charges – essentiellement fiscales – dont elle était redevable.

De plus, les charges de la société propriétaire de l'immeuble étaient supportées par la société usufruitière des titres, de sorte que les montants distribués, inscrits au compte courant de la société à l'IR étaient compensés par ces paiements.

Enfin, la société à l'IS n'avait développé, depuis sa création, aucune autre activité que la seule détention temporaire de l'usufruit des titres de la SCI propriétaire de l'immeuble.

Pour éviter cela, il faut donc veiller à ce que la société à l'IS :

- a) dispose d'un compte bancaire distinct ;
- b) dispose d'une trésorerie ;
- c) ait une autre activité que la seule détention temporaire de l'usufruit des titres de la SCI détentrice de l'immobilier ;
- e) bénéficie de distributions du résultat de la société à l'IR pour des montants supérieurs aux charges dont elle est redevable.

En résumé, lorsque le montage se justifie par des objectifs patrimoniaux dont la réalisation même suppose que la société à l'IS ait les moyens effectifs de son fonctionnement, le risque de l'abus de droit est écarté, comme le rappelle le Comité d'abus de droit fiscal dans l'affaire n° 2016-1115.

Dans cette affaire le comité avait relevé que :

- a) les deux sociétés disposaient chacune d'un compte bancaire et d'une trésorerie abondante résultant des résultats dégagés par les SCI à proportion des droits en usufruit qu'elles détiennent temporairement dans leur capital ;
- b) ces ressources permettaient notamment aux deux sociétés de payer les impositions dont elles sont redevables, comme de procéder à des placements financiers.

Compte tenu du contexte dans lequel l'opération s'inscrivait, il apparaissait qu'indépendamment de l'économie fiscale qu'elle procure par ailleurs, la cession des titres répondait à des préoccupations familiales et patrimoniales ainsi qu'au souhait des époux d'accompagner leurs enfants dans le développement de leur activité professionnelle respective dans le cadre d'une stratégie propre à chacun d'eux, en leur permettant de disposer des ressources financières à cette fin, sans pour autant se défaire eux-mêmes de leur propre patrimoine.

En conclusion, le montage envisagé par un redevable qui souhaite neutraliser les revenus excédentaires, consistant en la cession de l'usufruit temporaire des parts à une société à l'IS constituée à cette fin, qui n'aurait pour raison d'être que la gestion des titres apportés ou d'autres actifs des associés de la société à l'IR, présente de nombreux risques fiscaux. D'autres stratégies plus simples, telles que la donation d'usufruit temporaire, sont préférables¹⁶.

NOTES DE BAS DE PAGE

1 –

BOI-IR-BASE-10-10-30-20150805, § 10.

2 –

BOI-IR-BASE-10-10-30-20150805, § 30.

3 –

BOI-IR-BASE-10-10-30-20150805, § 40.

4 –

BOI-IR-BASE-10-10-30-20150805, § 90.

5 –

À moins que, par exemple, la société civile à l'IR ne soit constituée par des concubins ou des frères et sœurs. Entre concubins, l'opération est classique et a pour objet de permettre à l'associé survivant de bénéficier de l'usufruit sur la totalité des parts de la société (v. par ex. CA Reims, 7 juin 2016, n° 15/00277 : Juris-Data n° 2016-022484).

6 –

CA Paris, 13 sept. 2016, n° 13/13840 : JCP N 2016, 1572, obs. Hovasse H.

7 –

Selon ce texte, les actes civils et judiciaires translatifs de propriété ou d'usufruit de biens immeubles à titre onéreux sont assujettis à une taxe de publicité foncière ou à un droit d'enregistrement au taux prévu à l'article 1594 D du CGI. La taxe ou le droit sont liquidés sur le prix exprimé, en y ajoutant toutes les charges en capital ainsi que toutes les indemnités stipulées au profit du cédant, à quelque titre et pour quelque cause que ce soit, ou sur une estimation d'experts, dans les cas autorisés par le présent code.

8 –

TGI Paris, 15 mai 2013, n° 12/04627.

9 –

Cass. 3e civ., 7 mars 2007, n° 06-12568 : Bull. civ. III, n° 36 ; D. 2007, p. 2084, note Julienne F.

10 –

Hovasse H., in JCP N 2016, 1572, obs. préc.

11 –

BOI-IR-BASE-10-10-30-20150805, préc.

12 –

Par ex. : CADF, avis n° 2014-33, séance du 29 janv. 2015.

13 –

NDA : nous mettons en italique.

14 –

CADF, avis préc., note 12.

15 –

CADF, avis n° 2016-11 : Dr. fisc. 2016, n° 41, 538. Sur cet avis, v. par ex. Fernoux P., « La substance d'une société dans la mécanique de l'abus de droit », JCP N 2017, 1136.

16 –

À condition bien évidemment d'éviter le risque d'abus de droit. Par ex. pour la donation temporaire : CA Reims, 4 oct. 2016, n° 15/01792 : JCP N 2016, act. 1284 (donation d'un usufruit de courte durée non productif de revenus).