

Démembrer c'est bien... anticiper c'est mieux !!!!

PARTIE 2

NEWSLETTER 14 214 du 26 AOUT 2014



ANALYSE PAR STEPHANE PILLEYRE

Si vous n'avez pas lu la première partie de cette newsletter publiée la semaine dernière, vous pouvez la retrouver [en cliquant ICI](#).

La répartition du prix de cession d'un actif démembré

Pour céder un actif démembré, il ne suffira pas de d'obtenir l'accord de tous... En effet, d'autres difficultés peuvent apparaître (et doivent être anticipées) pour mener à bien la vente. La principale contrainte porte sur le sort du prix de cession.

L'aliéna 1 de l'article 621¹ du Code civil fixe le principe de répartition du prix de cession. Cependant l'application de ce principe nous laisse une marge de liberté, qu'il conviendrait de présenter et d'expliquer à nos clients.

¹ Article 621 du Code civil alinéa 1 : *En cas de vente simultanée de l'usufruit et de la nue-propiété d'un bien, le prix se répartit entre l'usufruit et la nue-propiété selon la valeur respective de chacun de ces droits [...]*

1. La répartition par défaut résultant de l'article 621 ci code civil

Il convient de s'attarder sur les conséquences de l'application des dispositions de l'article 621 du Code civil pour l'usufruitier d'une part et pour le nu-proprétaire, d'autre part.

a) Du point de vue du nu-proprétaire

Le nu-proprétaire ne pourra a priori que se réjouir de la répartition du prix de cession... En effet, dans cette situation, il n'aura plus à attendre l'extinction de l'usufruit (donc le décès de l'usufruitier dans la majeure partie des cas) pour jouir pleinement de son droit. Il percevra immédiatement un capital dont il sera pleinement propriétaire. Il pourra alors en jouir et en disposer de la manière la plus absolue (article 544² du Code civil).

Cette jouissance immédiate comporte cependant des contreparties :

- Le nu-proprétaire jouira immédiatement d'un capital. Mais ce dernier sera plus faible que s'il avait patienté. En effet, le capital attribué ne représentera qu'une partie de la valeur de la pleine propriété.
- L'usufruitier deviendra plein propriétaire du capital. De ce fait, le nu-proprétaire n'aura aucune garantie de récupérer cette somme au décès de l'ex-usufruitier. De plus, s'il venait à hériter de la quote-part attribuée à l'usufruitier les droits de mutation à titre gratuit seraient dus.

La répartition du prix de cession présente donc un intérêt majeur pour le nu-proprétaire, plus particulièrement s'il a un besoin immédiat de liquidités.

b) Du point de vue de l'usufruitier

L'usufruitier, quant à lui, risque de voir la répartition d'un mauvais œil car cette solution risque très probablement d'amputer son train de vie ou son cadre de vie puisqu'il ne disposera que d'une quote-part de la valeur en pleine propriété.

En effet, si l'usufruitier ne récupère que 30% du prix de cession, il ne pourra probablement pas acheter une nouvelle résidence principale ou secondaire offrant les mêmes prestations que la précédente (situation, quartier, niveau de confort, etc.).

S'agissant du train de vie, la problématique est la même. Jusqu'alors l'usufruitier percevait les revenus d'un bien d'une valeur de 100 000 € par exemple dont le rendement était de 4% soit 4 000 € par an. Une fois le bien cédé, l'usufruitier disposera d'un capital de 30 000 € et il lui sera impossible de continuer à percevoir 4 000 € de revenus par an.

Pour conserver le même flux, il lui faudra consommer le capital ou envisager une rente viagère.

La situation devient paradoxale car l'usufruitier demande l'accord du nu-proprétaire pour céder un actif qui ne correspond plus à ses besoins et se retrouve ensuite avec un capital trop faible pour maintenir le cadre ou le train de vie qu'il avait avant la cession.

Pour éviter cette situation, l'usufruitier aurait dû anticiper le sort du prix de cession afin d'écarter la répartition...

² Article 544 du 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.*

c) Problématique commune à l'usufruitier et au nu-proprétaire : l'évaluation du droit de chacun

Lorsque les parties souhaitent procéder à une répartition du prix de cession, une nouvelle problématique apparaît: Comment évaluer le droit de chacun ?

L'évaluation d'un droit d'usufruit ou de nue-proprété peut être faite selon deux possibilités :

- L'évaluation fiscale par application du barème de l'article 669 du Code général des impôts ;
- L'évaluation économique par application de la méthode d'actualisation des flux ou de cash-flow.

L'évaluation fiscale est obtenue en fonction de l'âge de l'usufruitier. Elle est imposée par le Code général des impôts lorsqu'il s'agit de déterminer l'assiette taxable aux droits d'enregistrement parmi lesquels on retrouve les droits de mutation à titre gratuit (en cas de donation ou succession), les droits de mutation à titre onéreux (en cas d'acquisition de bien immobilier, d'actions ou de parts sociales), mais également l'ISF (en cas d'imposition séparée de l'usufruitier et du nu-proprétaire).

L'évaluation économique est plus complexe à expliquer (ou à comprendre). Elle est calculée en utilisant plusieurs paramètres :

- la durée de l'usufruit ;
- le rendement de l'actif ;
- l'évolution de ce rendement ;
- la valorisation du bien.

Il est extrêmement rare d'obtenir le même résultat avec les deux méthodes. Au contraire les écarts constatés sont souvent importants. D'une manière générale, la méthode économique augmente la valeur de l'usufruit au détriment de celle de la nue-proprété. La méthode fiscale favorise la valorisation de la nue-proprété au détriment de celle de l'usufruit.

Dans une telle situation, quelle méthode d'évaluation faut-il retenir ?

En pratique le recours à l'évaluation fiscale est souvent privilégié. La solution est-elle fondée ?

Lors de la cession d'un actif démembré une plus-value imposable est souvent constatée. Dans cette situation l'évaluation fiscale par le biais de l'article 669 du CGI doit-elle être retenue ?

La réponse nous est donnée par le BOFiP. Ce dernier nous précise que la plus-value est déterminée en fonction du prix de cession de chacun des droits, prix mentionné dans l'acte de vente³.

Le même BOFiP ajoute: « **A titre de règle pratique**, il est admis que cette ventilation **puisse** être effectuée en appliquant le barème prévu par l'article 669 du CGI, en tenant compte de l'âge de l'usufruitier au jour de la vente. »

L'Administration fiscale nous rappelle que l'évaluation fiscale de chacun des droits n'est qu'une faculté (« puisse ») à utiliser pour des raisons pratiques. L'évaluation fiscale n'est donc aucunement une obligation. Elle est généralement utilisée par les praticiens, *pour des raisons de simplification*.

Il n'en demeure pas moins que la doctrine administrative est en contradiction avec le contenu de la loi (Article 621 du Code civil)

De nouvelles interrogations peuvent naître après cette analyse :

³ BOI-RFPI-PVI-20-10-10 §300 : *Le prix de cession à retenir est le prix réel tel qu'il est stipulé dans l'acte (article 150 VA du CGI). Il est librement déterminé par les parties.*

« Peut-on prévoir une clause permettant à l'usufruitier de choisir le sort du prix de cession ? »

« En cas de répartition du prix de cession, où et quand mentionner les modalités de détermination du droit de chacun ? »

« Peut-il y avoir défaut de conseil lorsqu'un professionnel répartit le prix de cession sans proposer les solutions alternatives aux cédants ? »

« Peut-il y avoir défaut de conseil lorsqu'un professionnel ne retient pas la méthode d'évaluation de chacun de droits permettant de minorer le poids de la fiscalité ? »

2. Le emploi sous condition d'accord

La répartition du prix de cession n'est probablement pas la solution à retenir lorsque l'usufruitier souhaite maintenir son train de vie ou son cadre de vie. En revanche, c'est une solution tout à fait pertinente, lorsque ce dernier souhaite que le nu-proprétaire puisse profiter immédiatement d'une partie du prix de cession.

Il est donc primordial d'expliquer aux cédants les conséquences des solutions alternatives ouvertes par l'alinéa 1 de l'article 621 du Code civil : *« sauf accord des parties pour reporter l'usufruit sur le prix. »*

En cas d'accord des cédants, le prix de cession pourra faire l'objet d'une subrogation de telle sorte que le démembrement sera maintenu sur l'actif acquis après emploi.

Nous vous proposons de nous attarder sur ses conséquences vis-à-vis de l'usufruitier et du nu-proprétaire.

a) Du point de vue du nu-proprétaire

Le nu-proprétaire est maintenu dans la situation précédente. Il continuera d'attendre l'extinction de l'usufruit pour entrer en possession de l'actif démembré. Cette patience sera récompensée par la certitude de devenir propriétaire d'un bien qui se sera valorisé et/ou qui aura acquis une *maturité fiscale* s'il s'agit d'un placement bénéficiant d'une antériorité fiscale (assurance vie ou contrat de capitalisation).

De plus, l'article 1133⁴ du Code général des impôts assure au nu-proprétaire l'attribution de la pleine propriété en franchise de droits de mutation.

b) Du point de vue de l'usufruitier

L'usufruitier continue de jouir de l'actif objet de la subrogation :

- S'il s'agit d'un actif immobilier, il pourra l'occuper gratuitement ou le donner en location et percevoir les loyers ;
- S'il s'agit d'un actif financier, il pourra percevoir les produits/intérêts générés par le placement.

⁴ Article 1133 du Code général des impôts : *Sous réserve des dispositions de l'article 1020, la réunion de l'usufruit à la nue-proprété ne donne ouverture à aucun impôt ou taxe lorsque cette réunion a lieu par l'expiration du temps fixé pour l'usufruit ou par le décès de l'usufruitier.*

c) Problématique commune à l'usufruitier et au nu-proprétaire : le placement objet du emploi

Si les parties (i.e. les cédants) ont donné leur accord pour céder l'actif démembré, mais également pour la subrogation, ils devront également s'entendre sur l'objet du emploi.

En effet, un emploi de capitaux démembré nécessitera l'intervention de tous. Usufruitier et nu-proprétaire doivent apporter le capital représentatif de leur droit respectif.

Deux dernières interrogations apparaissent ici :

« Peut-on prévoir une clause octroyant à l'usufruitier le droit de déterminer l'objet du emploi de capitaux démembrés ? »

« Quelles sont les précautions à prendre en fonction du placement objet de la subrogation ? »

3. Le quasi-usufruit : Une situation qui comporte des risques...

L'article 621 du Code civil permet de « reporter l'usufruit sur le prix ». Il offre la possibilité de remployer les capitaux via une subrogation ou via un quasi-usufruit conventionnel.

a) Du point de vue de l'usufruitier

Le quasi-usufruit a pour particularité d'octroyer à l'usufruitier les prérogatives d'un plein propriétaire. Il aura donc la jouissance mais également la libre disposition des capitaux. La contrepartie de cette liberté porte sur la créance de restitution exigible à son décès et à faire valoir sur sa succession.

Le quasi-usufruit permet donc à l'usufruitier de profiter à plein des capitaux démembrés afin de maintenir son cadre et/ou son train de vie. Son droit ne se limitant pas à la perception des revenus, il pourra consommer le capital en cas de besoins accrus.

b) Du point de vue du nu-proprétaire

Le nu-proprétaire peut être perdant... En effet, en cas de emploi, il conservera un droit de nu-proprétaire lui assurant la pleine propriété au terme de l'actif démembré. Mais en présence d'un quasi-usufruit, son droit se limitera à récupérer sur la succession de l'usufruitier un actif d'une valeur égale à la créance de restitution.

Le risque majeur pour le nu-proprétaire réside dans l'insolvabilité de l'usufruitier qui laisserait dans sa succession un actif inférieur au montant de la créance. En présence de ce risque, le législateur ouvre au nu-proprétaire des voies de recours :

- la possibilité de demander à ce que caution soit fournie ;
- à défaut à imposer l'emploi des sommes. (ce qui conduit à la fin du quasi-usufruit et à la mise en place d'un démembrement classique).

c) Problématique issue du quasi-usufruit

Le recours à un quasi-usufruit n'est pas sans poser quelques difficultés, plus particulièrement à deux niveaux :

- La déductibilité de la créance de restitution ;
- Le risque d'abus de droit fiscal.

Le risque de non déductibilité résulte des commentaires de l'Administration fiscale s'agissant de l'article 773⁵ du Code général des impôts. En effet, ledit article stipule que sont non déductibles les « *dettes consenties par le défunt au profit de ses héritiers.* »

La créance de restitution est bien une dette consentie par le défunt au profit de ses héritiers. Dans ce cas, la dette n'est pas déductible.

L'Administration fiscale a apporté des commentaires⁶ publiés au BOFiP dans lesquels elle précise : « *Enfin, la prohibition du 2° de l'article 773 du CGI n'est applicable qu'aux seules dettes d'origine contractuelle et ne peut viser celles résultant d'un quasi-usufruit qui trouve sa cause dans la loi (Code civ., art. 587) [Cass. com., arrêt du 4 décembre 1984].* »

Il apparaît que la non déductibilité de la créance de restitution ne concerne que les quasi-usufruits qui ne trouvent pas leur cause dans la loi. En d'autres termes, la créance issue d'un quasi-usufruit légal est déductible, celle issue d'un quasi-usufruit conventionnel ne l'est pas.

La mise en place d'un quasi-usufruit sur le prix de cession d'un actif démembré est conventionnelle. De ce fait, la déductibilité de la créance ne sera possible que si elle est constatée dans un acte authentique ou si elle a fait l'objet d'un enregistrement préalable auprès des services fiscaux comme le stipule le 2^{ème} alinéa du 2° de l'article 773 du Code général des impôts.

Le second risque se situe sur le terrain de l'abus de droit. Les derniers avis du comité de l'abus de droit fiscal et les jurisprudences récentes démontrent la vigilance de l'Administration lors de la mise en place d'un quasi-usufruit conventionnel.

En effet, dans les affaires présentées au comité de l'abus de droit ou à la justice, le quasi-usufruit conventionnel faisait suite à une donation de titres en nue-propriété avec obligation de emploi. Une fois les titres démembrés cédés, un quasi-usufruit conventionnel est mis en place au lieu du emploi. L'Administration fiscale y voit une réappropriation des capitaux par le donateur usufruitier (ou plutôt quasi-usufruitier) remettant en cause l'intention libérale de ce dernier. L'Administration conteste donc les effets de la donation ayant minoré la plus-value imposable.

Au vu de ces derniers commentaires, on peut légitimement se poser les questions suivantes :

« Peut-on envisager sans risque la mise en place d'un quasi-usufruit conventionnel ? »

« Quels placements peut-on réaliser en quasi-usufruit et quelles précautions doivent être prises ? »

⁵ Article 773 du Code général des impôts : *Toutefois ne sont pas déductibles :*
[...]

2° Les dettes consenties par le défunt au profit de ses héritiers ou de personnes interposées. Sont réputées personnes interposées les personnes désignées dans l'article 911, dernier alinéa, du code civil. Néanmoins, lorsque la dette a été consentie par un acte authentique ou par un acte sous-seing privé ayant date certaine avant l'ouverture de la succession autrement que par le décès d'une des parties contractantes, les héritiers, donataires et légataires, et les personnes réputées interposées ont le droit de prouver la sincérité de cette dette et son existence au jour de l'ouverture de la succession ;[...]

⁶ BOI-ENR-DMTG-10-40-20-20 §60

CONCLUSION

Comme nous pouvons le constater, le démembrement de propriété résultant notamment d'une donation avec réserve d'usufruit doit être manié avec beaucoup de prudence et nécessite que le donateur prenne un certain nombre de précautions et ce, dès la libéralité, c'est-à-dire dans l'acte authentique de donation afin de répondre aux problématiques suivantes :

- Peut-on prévoir une clause permettant à l'usufruitier d'imposer au nu-propiétaire la cession de l'actif ?
- Peut-on prévoir une clause interdisant au nu-propiétaire de céder son droit avant le décès de l'usufruitier ?
- Peut-on prévoir une clause permettant à l'usufruitier de choisir le sort du prix de cession ? »
- En cas de répartition du prix de cession, où et quand mentionner les modalités de détermination du droit de chacun ?
- *Peut-il y avoir* défaut de conseil lorsqu'un professionnel répartit le prix de cession sans proposer les solutions alternatives aux cédants ?
- *Peut-il y avoir* défaut de conseil lorsqu'un professionnel ne retient pas la méthode d'évaluation de chacun de droits permettant de minorer le poids de la fiscalité ?
- Peut-on prévoir une clause octroyant à l'usufruitier le droit de déterminer l'objet du emploi de capitaux démembrés ?
- Quelles sont les précautions à prendre en fonction du placement objet de la subrogation ?
- Peut-on envisager sans risque la mise en place d'un quasi-usufruit conventionnel ?
- Quels placements peut-on réaliser en quasi-usufruit et quelles précautions doivent être prises ?

Nous vous proposons d'aborder sous un angle pratique l'ensemble de ces points lors de la formation animée par Stéphane PILLEYRE qui aura lieu :

[Le 10 septembre 2014 à Rennes](#)

[Le 11 septembre 2014 à Paris](#)

[Le 2 octobre 2014 à Bordeaux](#)

