

MODE DE DÉTENTION DU PATRIMOINE

Chronique d'actualité



Sara GODECHOT-PATRIS
Professeur à l'Université Paris-Est Créteil

Christophe JUILLET
Professeur à l'Université de Paris



Vivien STREIFF
Président 1^{re} Commission 112^e Congrès
des Notaires de France,
Membre de l'Institut d'Etudes Juridiques
du Conseil Supérieur du Notariat

Démembrement de propriété

- > **Bail commercial** - La Cour de cassation met à la charge de l'usufruitier le paiement de l'indemnité d'éviction en cas de non-renouvellement du bail commercial (V. § 4).
- > **Cession temporaire d'usufruit** - Le Comité de l'abus de droit fiscal considère, dans l'affaire qui lui était soumise,

que les cessions temporaires de l'usufruit de parts de SCI à une holding imposée à l'impôt sur les sociétés, suivie d'augmentations de capital des SCI à la valeur des immeubles acquis, constituaient des montages artificiels ayant permis aux redevables d'échapper à une imposition aux revenus fonciers (V. § 7).

Ingénierie sociétaire

Questions générales

1. À NOTER

> **Société unipersonnelle en formation - Reprise des actes - Bail commercial - Clause de substitution** - La Cour de cassation valide la reprise, par une société unipersonnelle, d'un contrat de bail commercial assorti d'une clause

de substitution au profit de la société bien que les formalités de la reprise, tant automatique que volontaire, n'ont pas été accomplies.

Cass. com., 15 janv. 2020, n° 17-28.127 (V. annexe 1)

Cet arrêt détonne un peu dans le paysage jurisprudentiel, non pas qu'il ne puisse se justifier mais parce qu'il apparaît comme étant à rebours d'une solution que l'on croyait fermement établie. Il avait pour toile de fond la reprise, par la société, des actes accomplis pour son compte avant son immatriculation et, plus précisément, la reprise d'un contrat de bail commercial par une société unipersonnelle. La question est classique mais présentait

néanmoins deux particularités : d'une part, le contrat de bail était assorti d'une clause de substitution au profit de la société ; d'autre part, la contestation de la reprise n'émanait pas du tiers contractant, comme c'est souvent le cas lorsque celui-ci cherche en la personne de l'associé un autre redevable de l'acte, mais de l'associé fondateur lui-même qui voulait soustraire le bail de la procédure collective frappant la société.

Au soutien de sa demande, l'associé fondateur faisait valoir que les formalités de la reprise, tant automatique que volontaire, n'avaient pas été accomplies. À le supposer conclu avant la signature des statuts, l'acte n'y avait pas été annexé ; à le supposer conclu après la signature des statuts, l'acte n'avait pas été passé en vertu d'un mandat. En outre, les registres de la société ne comportaient aucune trace d'une décision de reprise postérieure à l'immatriculation. Au regard de la jurisprudence antérieure, qui refusait systématiquement toute forme de reprise tacite¹, il ne semblait faire aucun doute qu'au cas d'espèce, la reprise n'avait pas pu avoir lieu. En particulier, le fait que la société se soit comportée, durant plusieurs années, comme le véritable locataire, en payant les loyers, en inscrivant le bail à son bilan, en le mentionnant dans l'assiette d'un nantissement de son fonds, semblait insuffisant à fonder une reprise.

C'est pourtant une solution inverse que retient ici la Haute juridiction en insistant cependant sur la clause de substitution figurant à l'acte qui, selon elle, « dispensait de faire application des dispositions de l'article 1843 du code civil ». Certes, comme l'énonce la Cour de cassation, cette clause peut manifester la volonté des parties de procéder à une reprise de l'acte après l'immatriculation de la société. Au fond, le tiers co-contractant ne peut être lésé par le changement de débiteur qu'opère la reprise puisque, précisément, il a accepté la clause de substitution. Néanmoins, cette explication n'est pas totalement suffisante. En effet, dans la reprise, la protection du tiers ne passe pas par les modalités légales de celle-ci mais par la condition selon laquelle l'acte doit avoir été passé pour le compte de la société « en formation ». C'est cette mention qui l'avertit et qui montre qu'il a accepté le futur changement de contractant qu'opèrera la reprise. De leur côté, les modalités de la reprise ont pour fonction de protéger les autres associés en s'assurant de leur accord pour qu'il y ait reprise.

Avant l'immatriculation, lorsque la société n'est encore qu'un contrat, cet accord doit être unanime. Ainsi s'explique l'annexion aux statuts des actes conclus avant leur signature puisque, par hypothèse, si les statuts sont signés et que l'acte est annexé c'est que tous les associés en étaient d'accord sans quoi ils auraient refusé de signer les statuts. Ainsi s'explique aussi que pour les actes conclus après la signature des statuts, ils doivent l'être grâce à un mandat spécial donné par tous les associés. Là encore, par le mandat, ils expriment leur consentement à une reprise de l'acte. D'ailleurs, à la place du mandat, on pourrait tout à fait imaginer que tous les associés ratifient l'acte *a posteriori*². Dès lors qu'ils expriment tous leur consentement, l'acte peut être repris³. Après

l'immatriculation, les choses ne sont guère différentes. Là encore, la reprise repose sur une volonté des associés réunis en assemblée générale. Simplement, puisque la société présente désormais une dimension institutionnelle, la reprise ne se fait plus à l'unanimité mais à la majorité. Finalement, on le voit, les modalités de la reprise visent à recueillir l'accord des associés.

À l'aune de ces éléments, il nous semble qu'en l'espèce, la Cour de cassation aurait dû insister sur le fait que, dès l'origine, la société était unipersonnelle. Dans ce cas, en effet, la reprise repose sur la seule volonté de l'associé unique. Partant, prétendre qu'il aurait dû annexer son acte aux statuts ou qu'il aurait dû être investi d'un mandat pour passer l'acte n'a pas beaucoup de sens. Si sa volonté de faire reprendre l'acte par la société est certaine et non-équivoque, rien ne s'oppose à la reprise. La clause de substitution ne doit être qu'un indice de cette volonté et on imagine assez mal qu'il puisse être retenu dans une société pluripersonnelle. Il faut d'ailleurs observer que l'influence exercée par la clause de substitution sur la présente solution est ambiguë : la clause a-t-elle seulement manifesté la volonté d'une reprise ou a-t-elle, elle-même, permis que l'acte passe sur la tête de la société ? La réponse à cette question est importante car de cette réponse dépend l'étendue de la transmission du contrat à la société. S'il s'agit d'une véritable reprise, la transmission opère rétroactivement et libère de plein droit l'auteur de l'acte. S'il s'agit d'une substitution intervenue en application de la clause, l'opération s'apparente à une cession de contrat qui, par principe, ne joue que pour l'avenir et ne libère pas l'auteur de plein droit.

Pour conclure, on se permettra une remarque : si les parties ont pris la peine de stipuler une clause de substitution et que celle-ci n'a pas été matériellement mise en œuvre, on devrait pouvoir considérer que l'associé n'a précisément pas eu la volonté de faire passer l'acte sur la tête de la société. Par où l'on voit que l'interprétation de volonté mène parfois à ce que l'on veut bien y voir.

C. JUILLET ■

Société civile

2. À NOTER

> Société civile - Liquidation amiable - Statut du liquidateur - La Cour de cassation juge que le mandat du liquidateur d'une société civile n'est enfermé dans aucun délai et que l'action sociale *ut singuli* ne peut être engagée que contre les gérants.

Cass. civ. 3^e, 5 déc. 2019, n° 18-26.102 (V. annexe 2)

Même s'il n'intéresse pas directement les modes de détention du patrimoine, cet arrêt mérite d'être signalé pour l'apport qu'il réalise au droit des sociétés civiles⁴. L'espèce concernait une société civile dont la liquidation amiable dure depuis plus de 45 ans ! Le premier liquidateur est demeuré en fonctions pendant 20 ans, jusqu'à son décès, et son remplaçant n'est pas encore parvenu à clôturer la liquidation. Lassé par la situation, l'un des associés, ou plutôt son ayant cause, a demandé en justice le remplacement du

1 V. par ex. Cass. com., 13 déc. 2011, n° 11-10.699. *Adde*, pour le cas précis d'une EURL, Cass. com., 31 mai 2005, n° 01-00.720.

2 Cass. com., 1^{er} juill. 2008, n° 07-10.676.

3 V. cependant Cass. com., 6 déc. 2005, n° 03-16.853, décidant curieusement que le fait que tous les associés passent l'acte ensemble, sans mandat, ne permet pas la reprise.

4 Sur cet arrêt, v. égal. D. 2020, p. 462, note Tisseyre.

liquidateur et, au passage, a voulu mettre en jeu sa responsabilité civile pour le compte de la société.

Sur le premier point, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir décidé que **le mandat du liquidateur d'une société civile n'est enfermé dans aucun délai** de telle sorte qu'à défaut de faute de sa part, pouvant conduire à sa révocation, le liquidateur qui n'a pas achevé la liquidation dans les trois ans impartis par l'article 1844-8 du code civil peut demeurer en fonctions. Inédite pour les sociétés civiles, cette solution, qui s'appuie sur une lecture exégétique des textes, est sans doute excessive. Il est vrai qu'à proprement parler, l'article 1844-8 du code civil ne limite pas le mandat du liquidateur mais exige simplement que la liquidation soit clôturée dans les trois ans de la dissolution. À titre de comparaison, l'article L. 237-21 du code de commerce, qui concerne la liquidation des sociétés commerciales, prévoit bien que le délai de trois ans concerne la durée du mandat du liquidateur. Au premier abord, les textes suggèrent donc bien la solution retenue par la Cour de cassation. Cependant, cette lecture rigoureuse pose la question de savoir pourquoi le législateur a pris la peine de préciser qu'une liquidation doit être clôturée dans les trois ans de la dissolution de la société. Si aucune sanction ne peut en être tirée, la règle n'a pas vraiment de sens. Or, la seule sanction envisageable réside précisément par une reprise en main de la liquidation par le juge. Au demeurant, on ne voit pas bien pourquoi seules les fonctions de liquidateur d'une société commerciale, à l'exclusion de celles du liquidateur de société civile, devraient être enfermées dans un délai dans la mesure où leur mission n'est pas différente d'une société à une autre. Quoi qu'il en soit, pour éviter d'en arriver à des liquidations qui, comme en l'espèce, durent plusieurs dizaines d'années, les associés de la société civile qui nomment le liquidateur auront tout intérêt à limiter son mandat à un certain nombre d'années quitte à le reconduire dans ses fonctions le moment venu.

Sur le second point, l'arrêt du 5 décembre 2019 est un peu plus convaincant en dépit des difficultés pratiques qu'il pose. Pour rejeter **l'action sociale engagée par l'associé contre le liquidateur** (la fameuse action sociale *ut singuli* visée à l'article 1843-5 du code civil), la Cour de cassation, comme avant elle la cour d'appel, a retenu que cette action ne peut être engagée que contre les gérants. C'est effectivement ce que prévoit littéralement l'article 1843-5 du code civil et c'est également ce qu'avait retenu la chambre commerciale dans un arrêt du 21 juin 2016⁵. D'ailleurs, si l'action sociale *ut singuli* peut être engagée contre d'autres dirigeants que des gérants, c'est toujours sur le fondement d'un texte spécial. Ainsi en va-t-il pour les administrateurs et le directeur général d'une SA⁶, les membres du directoire⁷ ou encore les dirigeants de SAS et en particulier son président⁸. D'un point de vue théorique, cette lecture restrictive des textes se conçoit assez bien dans la mesure où l'action sociale *ut singuli* présente un caractère exceptionnel. En principe, c'est au dirigeant, qui a seul le pouvoir légal de représenter la société, d'agir en justice en son nom et pour son compte. Les associés ne disposent pas d'un tel pouvoir. On comprend donc pourquoi la Cour de cassation refuse que l'action sociale *ut singuli* puisse être

engagée contre un liquidateur : à action exceptionnelle, interprétation stricte des textes. D'un point de vue plus pratique, cependant, il ne faut pas perdre de vue que le liquidateur, comme le dirigeant, peuvent commettre des fautes de même nature et qu'ils sont, l'un comme l'autre, peu enclin (c'est un euphémisme !) à engager leur propre responsabilité pour le compte de la société. À cela s'ajoute, d'ailleurs, que tant que la société existe, l'associé conserve cette qualité et qu'il devrait donc pouvoir, pour les besoins de la liquidation, faire reconnaître la créance de dommages-intérêts de la société contre le liquidateur. À défaut, et sauf à le spolier, il faudrait au moins reconnaître à l'associé le bénéfice de l'action personnelle pour récupérer, par des dommages-intérêts, ce qu'il ne récupérerait pas dans le cadre de la liquidation.

C. JUILLET ■

Indivision

3. À NOTER

> **Indivision - Copropriété - Assemblée générale** - L'ordonnance du 30 octobre 2019 réformant le statut de la copropriété clarifie les règles de représentation aux assemblées générales en cas d'indivision et de démembrement du droit de propriété.

Ord. n° 2019-1101, 30 oct. 2019 portant réforme du droit de la copropriété des immeubles bâtis, art. 22 : JO 31 oct. 2019, texte n° 3

L'article 215, II de la loi n° 2018-1021 du 30 octobre 2019, dite ELAN avait autorisé le gouvernement à réformer par voie d'ordonnance le droit de la copropriété et la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965. C'est désormais chose faite. Dans le cadre de cette chronique, une disposition mérite d'être signalée, l'article 22. Elle vient modifier l'article 23 de la loi de 1965 portant sur les règles de fonctionnement des assemblées générales en cas d'indivision et de démembrement de propriété. On rappellera que ce texte dans sa rédaction issue de la loi du 24 mars 2014 disposait « *qu'en cas d'indivision ou de démembrement du droit de propriété, les intéressés doivent, être représentés par un mandataire commun qui est, à défaut d'accord, désigné par le président du tribunal de grande instance à la requête de l'un d'entre eux ou du syndic* ». Le nouveau texte tend désormais à **distinguer l'indivision des cas de démembrement**. Si pour l'indivision l'ancienne règle est reconduite, il est désormais prévu « *qu'en cas d'usufruit, les intéressés sont, à défaut d'accord, représentés par le nu-propriétaire* ». Ce n'est qu'en cas de pluralité de nus-propriétaires que le recours au mandataire commun est maintenu à défaut d'accord et ce dans les mêmes conditions que pour l'indivision. Précision d'importance, le texte vient indiquer qui supporte les frais de justice liés à la désignation d'un mandataire judiciaire : ils sont à la charge des indivisaires et des nus-propriétaires, alors qu'ils étaient auparavant

5 Cass. com., 21 juin 2016, n° 14-26.370. *Adde*, Cass. com., 6 déc. 2017, n° 16-21.005.

6 C. com., art. L. 225-252.

7 C. com., art. L. 225-256.

8 C. com., art. L. 227-8.

supportés par le syndic. Enfin, l'article 23 de la loi de 1965 dispose *in fine* que dans les autres hypothèses de démembrement du droit de propriété, à défaut d'accord, les intéressés sont représentés par le propriétaire.

Le nouveau texte appelle **quelques observations**. Tout d'abord, la nouvelle règle, en faisant dans la mesure du possible l'économie d'un détour judiciaire a le mérite de la simplicité. Par ailleurs, en privilégiant le nu-propiétaire sur l'usufruitier, l'article 23 dans sa nouvelle rédaction semble ainsi tirer les conséquences de l'article 578 du code civil aux termes duquel « *l'usufruit est le droit de jouir de la chose dont un autre a la propriété* ». Ceci étant, la solution fait sans doute peu de cas des droits et obligations de l'usufruitier qui, conformément à l'article 605 du code civil, demeure tenu des dépenses d'entretien⁹. On rappellera en ce sens que le ravalement d'une façade est généralement considéré comme une dépense d'entretien. De plus, cette mise à l'écart automatique de l'usufruitier peut étonner si on veut bien se rappeler les modifications apportées à l'article 1844 du code civil par la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 qui ont conduit à l'inverse à renforcer la position de l'usufruitier¹⁰. Il est fort probable que ce sont des considérations pragmatiques qui ont présidé à l'arbitrage du gouvernement en faveur du nu-propiétaire. Quoiqu'il en soit, cette nouvelle règle ne remet pas en cause les régimes spéciaux ; on pense notamment à l'usufruit locatif social (CCH, art. L. 253-1-1). Enfin, en dernier lieu, il y a fort à parier que le choix de faire supporter non plus aux syndics mais aux intéressés les frais de justice liés à la désignation d'un mandataire, devrait conduire à réduire les désaccords. La mesure est pour le moins habile !

S. GODECHOT-PATRIS ■

> Indivision - Action en bornage - Acte d'administration - La Cour de cassation considère que l'action en bornage est un acte d'administration ; elle peut donc être exercée à la majorité des 2/3 des droits indivis.

Cass. civ. 1^{re}, 12 févr. 2020, n° 18-14.672 (V. annexe 3)

Deux époux avaient requis la démolition d'un abri-voiture construit par leurs voisins et le bornage judiciaire de leur propriété respective. Le mari était décédé en cours d'instance et seul deux des quatre enfants avaient souhaité poursuivre l'action. La recevabilité de l'action dépendait de sa nature : s'agissait-il d'un acte de disposition, auquel cas l'unanimité était requise ou d'un acte d'administration pour lequel la majorité des 2/3 des droits indivis suffisait ?

Alors que la Cour d'appel a privilégié la qualification d'acte de disposition, la Cour de cassation retient celle d'acte d'administration. Qu'en penser ? Il est vrai que traditionnellement l'action en justice entre dans la catégorie des actes d'administration. Ce principe n'en est pas moins assorti d'exceptions. Ainsi considère-t-on que la saisie immobilière est un acte de disposition, puisque le créancier saisissant risque d'être déclaré adjudicataire de l'immeuble. En vérité, l'hésitation pouvait ici être permise au regard de la nature particulière de l'action en bornage qui touche

intrinsèquement au droit de propriété. Comme le souligne Carbonnier, « *délimiter l'immeuble, c'est délimiter la sphère d'action du propriétaire foncier, c'est fixer, par l'objet, des limites à ses droits* »¹¹. D'ailleurs une telle action peut conduire à restituer à l'un des voisins quelques mètres carrés dont l'autre avait, en fait, la possession. Pour autant, le bornage a pour objet « *de mettre le droit de propriété non en question mais en application* »¹². À ce titre, il ne s'agit pas d'une action en revendication mais d'une action réelle immobilière pétitoire qui n'emporte donc pas de conséquence sur la propriété de l'immeuble. C'est sans doute cette dimension qui a emporté la conviction de la Cour de cassation.

S. GODECHOT-PATRIS ■

Démembrement de propriété

4. Démembrement de propriété - Bail commercial - Refus de renouvellement - Redevable de l'indemnité d'éviction - La Cour de cassation met à la charge de l'usufruitier le paiement de l'indemnité d'éviction en cas de non-renouvellement du bail commercial.

Cass. civ. 3^e, 19 déc. 2019, n° 18-26.162 (V. annexe 4)

5. Dans un arrêt promis à une large publication, la Cour de cassation apporte des précisions sur le régime du bail commercial portant sur un local détenu en démembrement. Si classiquement la conclusion d'un bail, acte d'administration par excellence, relève de la compétence exclusive de l'usufruitier, il en va différemment des baux portant sur un fond rural ou un immeuble à usage commercial, industriel ou commercial. De tels baux, en raison de leur régime et du « droit au maintien » dont bénéficient les preneurs, s'apparentent à des actes de disposition. Les prérogatives accordées au preneur qui seront opposables au nu-propiétaire à l'extinction de l'usufruit, portent en effet atteintes aux droits de ce dernier. C'est pourquoi l'article 595, alinéa 4 du code civil subordonne en principe la conclusion de tels baux au concours du nu-propiétaire. À défaut d'accord, l'usufruitier peut néanmoins être autorisé par justice à passer seul l'acte.

Au fil du temps, la jurisprudence est venue apporter un certain nombre de précisions sur les contours de cette autorisation. Quoique la lettre du texte n'exige le concours du nu-propiétaire que pour la datation à bail, elle est venue également l'imposer pour le renouvellement¹³ de même que pour

11 J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II : PUF 2004, coll. Quadrages, n° 796.

12 G. Cornu, *Droit civil*, Les biens : Montchrestien, coll. Domat droit privé, 13^e éd. 2007, p. 197.

13 Cass. civ. 3^e, 24 mars 1999, n° 97-16.856 : JCPN 1999, II, 1081, note J.-F. Pillebout ; JCP 1999, I, 175, note H. Périnet-Marquet ; JCPN 2000, II, 814, note B. de Saint-Affrique.

9 V. sur la question, A. Lebatteux, Les dispositions de l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019 applicables aux assemblées générales de copropriété : Loyer Copro. 2020, comm 5, spéc. n° 22 et s.

10 V. nos observations in IP 3-2019, n° 3, § 6.

l'exercice du droit de repentir¹⁴. La solution paraît justifiée, dès lors que ces actes emportent les mêmes conséquences que le bail initial. La question s'est aussi posée de savoir si la faculté de donner congé ou le refus de renouvellement étaient soumis aux mêmes conditions, suivant une logique de parallélisme des formes. La Cour de cassation a répondu par la négative¹⁵. Là encore, la solution mérite approbation. De tels actes ne sauraient porter préjudice au nu-propiétaire, bien au contraire. Comme le relève M. Périnet-Marquet, s'agissant du refus de renouvellement, « cet acte n'a, dès lors, que des avantages pour le nu-propiétaire puisque celui-ci est alors assuré, en cas de fin prochaine de l'usufruit, de récupérer son bien sans que celui-ci ne soit loué dans des conditions de nature à porter atteinte à sa valeur »¹⁶.

6. Dans l'espèce commentée, le refus de renouvellement avait été conjointement établi par l'usufruitier et le nu-propiétaire. La difficulté tenait au fait que ce refus était dépourvu de motifs graves ou légitimes et ouvrait donc droit à une indemnité d'éviction au profit du preneur en application de l'article 125-4 du code de commerce. D'où la question posée à la Cour de cassation de savoir qui était tenu au paiement de cette indemnité. La cour d'appel avait condamné *in solidum* le nu-propiétaire et l'usufruitier, considérant que l'acte de refus de renouvellement excédait les pouvoirs du seul usufruitier. Au vu de la jurisprudence antérieure, la censure était inévitable. La Cour fait œuvre de pédagogie dans sa motivation. Elle prend soin dans un premier temps de rappeler que si le concours du nu-propiétaire est nécessaire pour la conclusion ou le renouvellement du bail, l'usufruitier peut seul mettre fin au bail. Dans un second temps, elle souligne que l'usufruitier a seul qualité de bailleur, dont il assume toutes les obligations à l'égard du preneur. De ce fait, l'indemnité d'éviction qui a pour objet de compenser le préjudice causé au preneur par le défaut de renouvellement du bail, ne peut être qu'à sa charge. L'intervention du nu-propiétaire est indifférente. À l'appui de cette « une telle solution, il a été souligné qu'une telle indemnité était étroitement liée à la perte de jouissance du bien ; or cette jouissance est au centre de l'institution de l'usufruit¹⁷. De surcroît, si le nu-propiétaire est invité à concourir à la conclusion d'un tel bail, ce n'est pas au titre de cette jouissance actuelle mais simplement pour sauvegarder ses propres droits de plein propriétaire à venir. Concourir à l'établissement de l'acte ne fait donc pas de lui un bailleur¹⁸.

S. GODECHOT-PATRIS ■

14 Cass. civ. 3^e, 31 mai 2012, n° 11-17.534 : Loyers et copr. 2012, comm. 267, obs. Ph.-H. Brault.

15 Cass. civ. 3^e, 29 janv. 1974, n° 72-13.968 : Bull. civ. III, n° 48. - Cass. civ. 3^e, 20 mai 1974, n° 73-10.761 : Bull. civ. III, n° 216. - Cass. civ. 3^e, 16 mars 1988, n° 86-16.995 : Bull. civ. III, n° 61 ; RTD civ. 1989. 104, obs. Rémy. - Cass. civ. 3^e, 9 déc. 2009, n° 08-20.512 : JCPN 2010, 1017, spéc. n° 10, obs. H. Périnet-Marquet.

16 H. Périnet-Marquet, obs. préc.

17 N. Kilgus, note ss Cass. civ. 1^{re}, 19 déc. 2019, n°18-26.162 : JCP 2020, 232.

18 Rapp. du consentement à caution pour des époux communs en biens (C. civ., art. 1415).

7. Démembrement de propriété - Cession temporaire d'usufruit - Parts de SCI - Abus de droit -

Le Comité de l'abus de droit fiscal considère, dans l'affaire qui lui était soumise, que les cessions temporaires de l'usufruit de parts de SCI à une holding imposée à l'impôt sur les sociétés, suivie d'augmentations de capital des SCI à la valeur des immeubles acquis, constituaient des montages artificiels ayant permis aux redevables d'échapper à une imposition aux revenus fonciers.

CADF, 15 nov. 2019, séance n° 2, avis n° 2019-42, 2019-46, 2019-47, 2019-48, 2019-49, 2019-50, 2019-51, 2019-52, 2019-53, 2019-54, 2019-55, 2019-56, 2019-57, 2019-58, 2019-59 (V. annexe 5)

8. Si l'administration est tenue au respect des actes de droit privé¹⁹, que l'on sait couverts d'une présomption de sincérité, elle n'en demeure pas moins en capacité de leur restituer leur véritable caractère dès lors qu'ils s'inscrivent dans le cadre d'opérations destinées à faire échec à la loi fiscale. C'est ainsi que sur le fondement de l'article L. 64 du LPF, elle est en droit d'écarter comme ne lui étant pas opposables et comme caractérisant un abus de droit, d'une part, les **actes** qui ont un **caractère fictif** et, d'autre part, les actes qui, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'**éluder** ou d'atténuer **les charges fiscales** que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles.

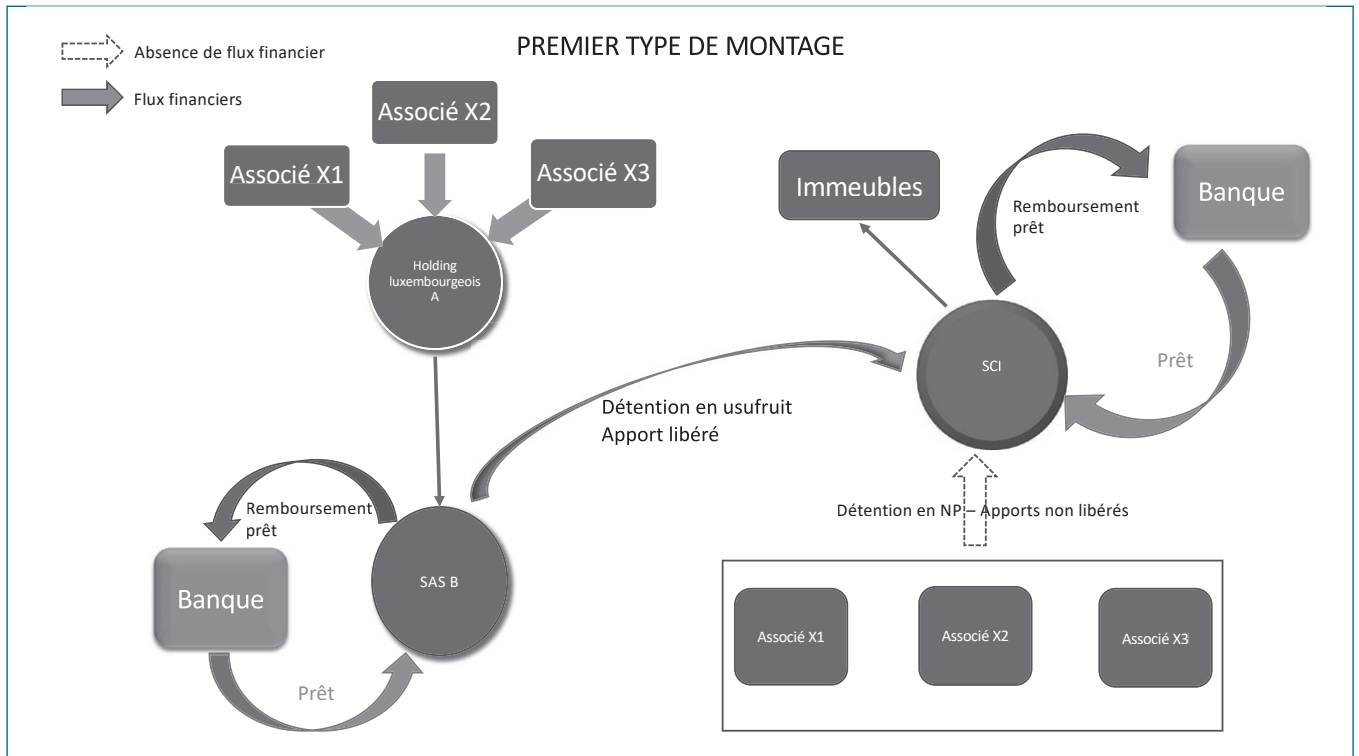
9. C'est au titre de la seconde branche de l'abus de droit, celle de la fraude à la loi, que le Comité de l'abus de droit fiscal a été amené à rendre plusieurs avis impliquant une série de montages reposant sur la concession d'usufruits à durée fixe par des sociétés civiles immobilières assujetties à l'impôt sur le revenu au profit d'une société assujettie à l'impôt sur les sociétés. L'affaire impliquait un père et ses deux enfants, détenant respectivement 50 %, 25 % et 25 % du capital d'un holding luxembourgeois. Cette société détiendra, par le biais de prises de participations successives, l'intégralité d'une SAS française (la société B) soumise à l'impôt sur les sociétés, se trouvant 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.

19 CE, sect., 27 sept. 2006, n° 260050, Sté Janfin : Rec. Lebon, p. 401 ; Dr. fisc. 2006, n° 47, comm. 744, concl. L. Olléon ; Procédures 2006, comm. 284, note J.-L. Pierre ; RJF 12/2006, n° 1583, chron. Y. Bénard, p. 1083 ; BJS 2007, n° 12, p. 104, note S. Reeb-Blanluet ; BGFE 12/2006, p. 30 et s., obs. N. Chahid-Nourai ; RTD com. 2006, p. 934, obs. P. Martin. - V. égal. O. Fouquet, Fraude à la loi et abus de droit : Dr. fisc. 2006, n° 47, étude 65. - P. Dibout, Répression des abus de droit en matière fiscale et principe de fraude à la loi : JCP 2006, 2820. - P. Collin, Procédures fiscales, in L'année fiscale : Dr. fisc. 2007, n° 25, étude 631

Pour parvenir au démembrement des parts des SCI, **deux types de montage ont été mis en œuvre** :

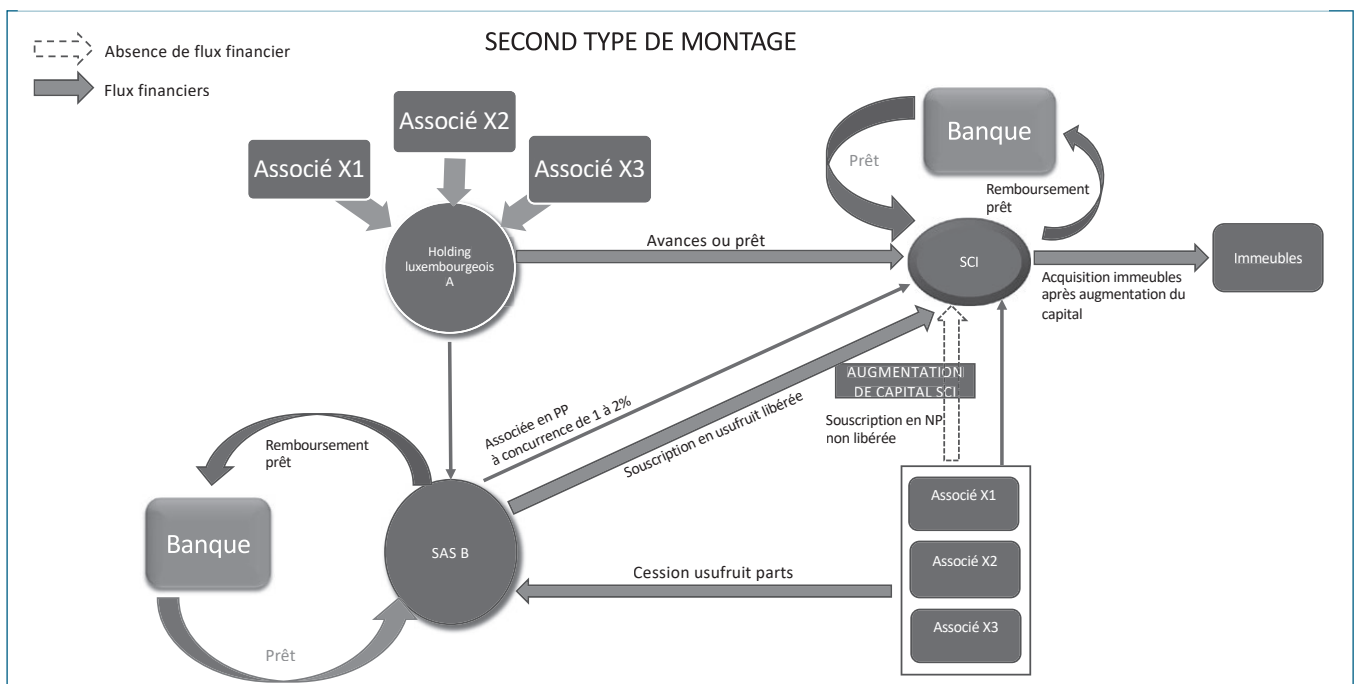
> le premier avait consisté en un **démembrement des titres dès la création de la SCI**, en nue-propiété au profit des contribuables personnes physiques et en usufruit au profit

de la société B pour une durée fixe. La valeur de l'usufruit fut fixée par application du barème de l'article 669 du CGI. Les nus-proprétaires n'ayant pas libéré leur souscription au capital de la SCI, fixé à 4 millions d'euros, celle-ci a dû recourir à due concurrence à un financement bancaire pour lui permettre d'acquérir plusieurs immeubles à usage de bureaux ;



> le second avait consisté en la **création de SCI à faible capital**, très majoritairement détenues par les personnes physiques, suivie d'une cession de l'usufruit des parts détenues dans lesdites sociétés au profit de la société B. Là encore

le prix de cession de ces titres fut déterminé par référence à l'article 669 du CGI. L'opération fut à son tour suivie d'une **augmentation de capital pour un montant équivalent à la valeur des immeubles que la SCI envisageait d'acquérir**.



10. Le Comité approuve l'administration d'avoir invoqué l'abus de droit pour écarter tant les actes de démembrement des parts que les augmentations de capital ayant concouru à ce schéma d'organisation patrimoniale, et d'en avoir tiré toutes les conséquences en rétablissant les impositions 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.

11. Rappelons en préambule que le recours à l'arme de l'abus de droit fiscal suppose que soient mis en évidence les effets fiscaux réellement produits par le montage²⁰. Cette recherche constitue un préalable visant à établir que l'usage d'artifices a véritablement eu pour résultat d'éluider ou d'atténuer la charge fiscale du contribuable incriminé. En l'espèce, l'application de l'article 238 bis K du CGI a eu pour effet radical de supprimer totalement la charge fiscale que les contribuables auraient eu à supporter au titre de l'imposition des revenus fonciers en l'absence de démembrement des titres. Mieux, la prise en compte des charges d'intérêts d'emprunts bancaires ainsi que les amortissements comptabilisés par la société usufruitière suite à l'acquisition de son droit ont conduit à dégager un résultat structurellement déficitaire et, par voie de conséquence, à une absence totale d'impôt sur les sociétés. L'intérêt fiscal du montage ne faisait donc aucun doute.

Il restait alors à s'assurer de la réunion des critères objectif et subjectif de l'abus de droit pour fraude à la loi.

◆ Le critère objectif

12. L'examen de ce critère suppose de **rechercher quel a été l'objectif poursuivi par les auteurs du texte**²¹.

Le dispositif de l'article 238 bis K du CGI 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. Ce type de montage avait permis – par le truchement des abattements pour durée de détention - d'atténuer, voire de supprimer, la charge fiscale affectant les plus-values de cession d'actifs immobiliers de ces sociétés²². En d'autres termes, l'introduction de ce dispositif avait eu pour objectif de lutter contre une forme d'évasion fiscale par le biais d'une taxation homogène à l'impôt sur les sociétés des personnes morales qui se trouvaient assujetties à cet impôt, pour l'ensemble des gains – courant 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. La perfection n'étant pas de ce monde, il semble que

les auteurs de ce texte n'aient guère anticipé ses interactions avec des opérations impliquant un démembrement de titres.

13. Nous **distinguerons les effets de ce type d'opération selon que l'on se place dans la phase de détention ou postérieurement, lors de la phase d'extinction de l'usufruit.**

> Nous savons en effet qu'au cours de la première de ces phases, le résultat courant de la société fiscalement de personnes est, en application de l'article 238 bis K du CGI, taxé au niveau de la société soumise à l'impôt sur les sociétés au bilan de laquelle est inscrit l'usufruit des parts sociales et se trouve – à la faveur des principes gouvernant la taxation à cet impôt - ainsi imposé après prise en compte notamment des frais d'acquisition et de l'amortissement de l'immeuble appartenant à la SCI. On pourrait à première vue penser que dans la mesure où, en l'espèce, les résultats avaient bien vocation à subir une taxation à l'impôt sur les sociétés au niveau de la société usufruitière, les dispositions de l'article 238 bis K n'ont pas été appliquées contrairement aux objectifs poursuivis par les auteurs de ce texte. Mais encore eut-il fallu que la société soit susceptible de dégager un résultat taxable ! Tel n'était pas en l'espèce le cas puisque l'opération présentait bien au contraire un caractère structurellement déficitaire pour la société usufruitière. Or si les mots ont un sens, le droit de jouir accordé à l'usufruitier par l'article 582 du code civil combiné à la défense qui est faite au nu-proprétaire par l'article 599 du même code de nuire aux droits de l'usufruitier implique que les prérogatives reconnues au premier ne soit pas troublées par l'action du second. Il ne s'agit là que d'une illustration du principe d'indépendance des droits réels. On observe en l'espèce que **si la SCI usufruitière a bien libéré le capital qu'elle a souscrit, tel ne fut pas le cas des nus-proprétaires**. L'observation est essentielle dans la mesure où le capital social avait été déterminé en fonction de la valeur des biens que les SCI envisageaient d'acquérir. Ne disposant pas à cette fin d'une trésorerie suffisante, ces SCI n'ont en conséquence eu d'autres alternatives que de recourir à un emprunt bancaire ainsi qu'à des avances auprès de la société holding A. Faute pour les nus-proprétaires d'avoir libéré leur souscription, les SCI ont dû supporter un accroissement de leur charge financière dont le poids a définitivement entamé la vocation de la société usufruitière à percevoir les fruits de son investissement. Les inconvénients de ce montage pour les associés, dans la mesure où ceux-ci se trouvaient également être associés en nue-proprété dans les SCI. Les pertes enregistrées par celle-ci se sont en effet trouvées largement compensées à leur niveau par le double mécanisme, d'abord fiscal, d'absence de taxation des revenus fonciers entre les mains des personnes physiques associées des SCI alors dépossédées de l'usufruit de leurs parts, puis juridique, de maintien de la vocation certaine de ceux-ci à recueillir à terme l'enrichissement des SCI lors de l'extinction de l'usufruit.

> Ce second mécanisme marque également la seconde phase de l'opération de démembrement dont il convient toutefois de rappeler qu'elle n'était pas directement en cause dans

20 M. Cozian, F. Deboissy, M. Chadefaux, Précis de fiscalité des entreprises : LexisNexis, 42^e éd., 2018/2019, n° 2558 et s. : « Autrement dit, pour pouvoir être sanctionné, l'abus de droit de droit doit modifier la charge fiscale de l'intéressé ; à défaut, si l'acte ne produit pas l'effet fiscal escompté, l'administration n'a pas à le remettre en cause sur le fondement de l'abus de droit pour opérer une rectification qui n'a pas lieu d'être ».

21 M. Cozian, F. Deboissy, M. Chadefaux, préc., n° 2556 : « À l'instar des pharisiens que fustige la bible, on peut respecter la lettre de la loi et en violer l'esprit ».

22 V. E. Simon-Michel, La détermination du résultat d'une société fiscalement de personnes - Retour sur 40 ans d'article 238 bis K du CGI : RFP 2019, n° 11, étude 27.

la présente affaire. L'extinction de l'usufruit par l'arrivée de son terme marque en effet la fin de la période de démembrement. Le mode de détermination du résultat cessant alors d'être influencé par l'article 238 bis K du CGI, la plus-value de cession de l'actif immobilier détenu pas la SCI pourra le moment venu bénéficier de l'abattement pour durée de détention. 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 autrement, les pertes enregistrées du côté de la société usufruitière ne pesaient pas lourd face à la perspective tant d'un gain fiscal à effet immédiat ainsi que du maintien de la vocation des nus-proprétaires à bénéficier d'un double gain fiscal et financier à terme, ces derniers étant assurés de bénéficier d'un enrichissement certain certes différé, mais net d'impôts.

Il n'en fallait pas davantage pour démontrer que les concepteurs de ce montage calamiteux pour la société usufruitière, mais dont ils avaient entendu tiré le meilleur parti fiscal pour eux-mêmes, se sont livrés à une interprétation littérale de l'article 238 bis K à l'encontre des objectifs poursuivis par les auteurs de ce texte.

◆ Le critère subjectif

14. Il s'agit ici de **s'assurer que les actes n'ont été inspirés par aucun autre objectif que celui d'éluider ou d'atténuer la charge fiscale.** Ces motifs peuvent être d'ordre juridique, économique, ou financier. L'examen de ce critère nous amène à rappeler les mécanismes consubstantiels à la technique de démembrement de propriété dont l'objet consiste notamment à assurer à l'usufruitier qu'il reçoive, en contrepartie de son investissement, un droit aux revenus. Cette prérogative participe - faut-il le rappeler ? - de la qualification de ce droit réel. De son côté, le nu-proprétaire bénéficie d'un enrichissement certain à raison de sa vocation à la pleine propriété à l'issue de la période de démembrement.

Dans l'espèce soumise au Comité de l'abus de droit fiscal, on décèle 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. Comment aurait-il pu en aller autrement dès lors que, comme le relève à juste titre le Comité, les nus-proprétaires se sont abstenus de verser dans la caisse des SCI les fonds correspondant au montant de leur souscription alors que dans le même temps la société usufruitière a, de son côté, honoré ses engagements ? Couplée à la nécessité pour les SCI d'emprunter pour pallier la défaillance des nus-proprétaires, l'augmentation de capital de ces sociétés a, à raison de la nécessité pour la société usufruitière de s'endetter à son tour, majoré l'impact fiscal du montage à mesure qu'elle l'a vidée de sa substance économique. La charge du financement des immeubles a, ainsi que le constate le Comité, été *de facto*, par un astucieux mécanisme de vases communicants, transféré des SCI vers la société usufruitière de sorte que celle-ci n'a pas été en mesure de dégager un quelconque bénéfice.

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 foncière²³, et que la seule méthode pertinente est celle consistant à actualiser les flux de revenus futurs attendus, dite méthode DCF²⁴ (« *Discounted cash flow* »)²⁵ ? Or nous savons par ailleurs qu'il y a lieu de ne prendre en compte, pour déterminer la valeur de l'usufruit selon cette méthode, que les revenus attendus des seuls flux de trésorerie²⁶ ; 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. 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 pas le biais de l'économie d'impôt réalisée, et dont la vocation à percevoir des fruits a ainsi été réduite à néant, la démonstration de l'absence d'intérêt autre que fiscal s'imposait avec la force de l'évidence.

15. On notera tout de même qu'il y a lieu de relativiser la portée de l'avis commenté à un double titre :

- en premier lieu car **le montage a été mis en place avant le 14 novembre 2012, date à laquelle est entré en vigueur l'article 13, 5^e du CGI**²⁷, dont on sait qu'il conduit à taxer comme un revenu le produit de la première cession d'un usufruit à durée fixe lorsque le cédant est assujéti à l'impôt sur le revenu. Le caractère confiscatoire de ce dispositif devrait à lui seul décourager la multiplication des montages s'inspirant de celui ayant donné lieu à l'avis commenté ;

- en second lieu car **il faut 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 du bien immobilier

23 V. toutefois S. Glogowski, Discours de la méthode d'évaluation de l'usufruit de titres : RTD com. 2019, p. 807 et s.

24 Pour l'exposé de cette méthode, v. J. Aulagnier, *Usufruit et nue-proprété dans la gestion patrimoniale* : Éd. Laurent du Mesnil - Maxima, 1994, p. 65.

25 Bien qu'il demeure des discussions tant autour de la méthode à retenir que de sa mise en œuvre, le Conseil d'État a récemment rappelé que l'évaluation des titres doit être « appréciée compte tenu de tous les éléments dont l'ensemble permet d'obtenir un chiffre aussi voisin que possible de celui qu'aurait entraîné le jeu normal de l'offre et de la demande à la date où la cession est intervenue » (CE, 30 sept. 2019, n° 419855, Hôtel Restaurant Luccotel, concl. É. Bokdam-Tognetti : IP 1-2020, n° 3, § 44, comm. V. Streiff ; L. Benoudiz, L'évaluation d'une SCI par la méthode DCF : tous les flux, rien que les flux ! ; Dr. fisc., 2020, n° 2, étude 52.

26 L. Benoudiz, L'évaluation d'une SCI par la méthode DCF : tous les flux, rien que les flux !, préc.

27 L. n° 2012-1510, 29 déc. 2012, art. 15.

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 l'évaluation de l'usufruit par une actualisation de ces flux, ainsi que de renforcer les prérogatives de la société usufruitière afin de lui garantir une jouissance pérenne des locaux où s'exercent son activité.

V. STREIFF ■

16. À NOTER

> Démembrement de propriété - Copropriété - Assemblée générale - L'ordonnance du 30 octobre 2019 réformant le statut de la copropriété clarifie les règles de représentation aux assemblées générales en cas d'indivision et de démembrement du droit de propriété (V. § 3).

> Démembrement de propriété - Copropriété - Fonds de travaux - Clé de répartition - Le ministre de la justice apporte des précisions sur la répartition entre nu-propriétaire et usufruitier de la cotisation obligatoire au fonds de travaux.

RM Rauch, n° 20810 : JOAN 3 déc. 2019, p. 10559 (V. annexe 6)

L'article 58, II de la loi ALUR impose dans les immeubles à usage d'habitation la mise en place d'un fonds de travaux pour faciliter leur réalisation hors budget prévisionnel (art. 14, II de la loi du 10 juillet 1965). C'est donc un outil d'épargne contraint destiné à prévenir la carence des syndicats de copropriétaires en cas de dépenses imprévues ou de mise en application d'obligations légales ou réglementaires non provisionnées. L'objectif est d'assurer le maintien en

bon état des parties communes. La liste des travaux concernés figure à l'article 44 du décret du 17 mars 1967. Cette cotisation constitue en elle-même une masse monétaire indifférenciée tant qu'aucuns travaux n'ont été effectivement adoptés par l'assemblée générale.

Le Ministre de la justice a été interrogé sur le point de savoir comment répartir entre nu-propriétaire et usufruitier le paiement de cette cotisation annuelle obligatoire dès lors que, par définition, la nature des travaux à venir n'est pas connue au moment de son règlement. Faut-il retenir l'acceptation de grosses réparations au sens de l'article 606 du code civil ou à l'inverse l'assimiler à une forme d'assurance, entraînant la charge de la provision pour l'usufruitier ? C'est aussi la question de la possible récupération des fonds lorsqu'une levée a été effectuée à tort à l'encontre d'une des parties qui est posée à la Ministre de la Justice.

Après avoir relevé qu'en cas de clause de solidarité inscrite dans les règlements de copropriété la question n'a pas lieu d'être, celle-ci prend acte dans l'hypothèse inverse de l'absence de jurisprudence en ce sens. Elle considère dès lors qu'il appartient aux juges de trancher dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation. En revanche, elle rappelle que les recours existants en cas d'erreur de ventilation des charges doivent pouvoir s'appliquer à la cotisation obligatoire au fonds de travaux, indépendamment de l'acquisition définitive des sommes versées à ce titre au syndicat des copropriétaires. C'est ainsi qu'un copropriétaire peut toujours contester le montant des charges qui lui sont imputés sur son compte individuel (art. 42 al. 1 de la loi du 10 juillet 1965). De même, dans les rapports entre usufruitiers et nus-propriétaires, des recours sont possibles dès lors que l'un a réglé des charges qui incombaient à l'autre²⁸.

En d'autres termes, s'il n'est sans doute pas possible d'anticiper une répartition entre nu-propriétaire et usufruitier, des remèdes *a posteriori* existent qui devraient, à terme, permettre de garantir à chacun le respect strict de ses obligations.

S. GODECHOT-PATRIS ■

²⁸ C. civ., art. 609 pour l'action de l'usufruitier. - Cass. civ. 1^{re}, 21 mars 1962 : Bull. n°175 pour l'action du nu-propriétaire.

Annexes (disponibles sur le site internet de la Revue)

Annexe 1 : Cass. com., 15 janv. 2020, n° 17-28.127

Annexe 2 : Cass. civ. 3^e, 5 déc. 2019, n° 18-26.102

Annexe 3 : Cass. civ. 1^{re}, 12 févr. 2020, n° 18-14.672

Annexe 4 : Cass. civ. 3^e, 19 déc. 2019, n° 18-26.162

Annexe 5 : CADF, 15 nov. 2019, séance n° 2, avis n° 2019-42, 2019-46, 2019-47, 2019-48, 2019-49, 2019-50, 2019-51, 2019-52, 2019-53, 2019-54, 2019-55, 2019-56, 2019-57, 2019-58, 2019-59

Annexe 6 : RM Rauch, n° 20810 : JOAN 3 déc. 2019, p. 10559