



LE CHARME DES SOCIÉTÉS CIVILES IMMOBILIÈRES : CHARME INTACT OU CHARME FANÉ

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT ET COMMERCE
TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS - 8 DECEMBRE 2003

PAR MAURICE COZIAN*

1. - Il y a dix ans passés, j'avais été amené, dans ce même cadre somptueux du tribunal de commerce de Paris, à vanter “*le charme discret des sociétés civiles immobilières*”⁽¹⁾. N'est-ce pas le moment de s'interroger à nouveau sur ce charme : à dix ans d'intervalle, ce charme est-il toujours intact ou s'est-il quelque peu fané ?

2. - Si l'on s'en tient aux statistiques, on pourrait parler de charme ravageur. Au 1^{er} janvier 2003, on comptait en effet un peu plus de deux millions de sociétés, dont un million de sociétés civiles. Autrement dit, près d'une société sur deux est une société civile⁽²⁾.

3. - Mais les sociétés civiles ne sont pas toutes des sociétés civiles immobilières de gestion. Au premier janvier 2003, ces dernières étaient au nombre de 700 000, ce qui représente tout de même près du tiers de l'ensemble des sociétés, qu'elles soient civiles ou commerciales⁽³⁾. Le plus remarquable - ou le plus inquiétant - c'est que le rythme des créations s'amplifie d'une année sur l'autre. Le nombre des sociétés civiles immobilières a ainsi augmenté de 44 % entre 1999 et 2002, ce qui donne une croissance de 10 % par an⁽⁴⁾. Les sociétés civiles immobilières sont donc à la mode, trop peut-être. Voilà qui mérite réflexion.

4. - On annoncera la couleur dès le départ. Il y a dix ans j'avais insisté sur le charme discret des sociétés civiles immobilières à la fois comme instrument de gestion et comme instrument de transmission des immeubles. Si l'on s'en tient aux effets de mode, c'est un point qui est acquis et il est inutile d'y revenir. Par un mouvement naturel de balancier et pour échapper aux redites, je souhaiterais ce soir mettre l'accent sur les dérives éventuelles des sociétés civiles immobilières.

5. - Il ne s'agit nullement de brûler aujourd'hui ce que l'on a adoré hier. Les sociétés civiles immobilières restent de merveilleux instruments de gestion et de transmission grâce notamment à leur souplesse d'utilisation. Mais ce n'est pas une

*Maurice Cozian est professeur émérite à l'Université de Bourgogne. Ce texte est celui de la conférence prononcée le 8 décembre 2003 devant l'association “Droit et Commerce”.

raison pour mettre en SCI le moindre lopin de terre ou la moindre chambre de bonne. Indéniablement, bien des SCI ne répondent pas à une justification solide.

6. - Tout d'abord, ce qui était vrai hier ne l'est plus nécessairement aujourd'hui, ne serait-ce que parce que la loi a changé. Ainsi, sur le plan fiscal, il était plus avantageux de céder des parts de SCI plutôt que des immeubles. La cession d'immeubles à usage professionnel était soumise à des droits de mutation de l'ordre de 19 % (sans équivalents en Europe) et celle d'immeubles à usage d'habitation à un taux de l'ordre de 9 %. En regard, les sociétés civiles immobilières avaient des allures de petits paradis fiscaux puisque les cessions de parts sociales ne supportaient qu'un droit de 4,80 % sans distinguer selon que la société abritait un immeuble à usage professionnel ou un immeuble à usage d'habitation.

7. - La loi de finances pour 1999 a mis fin à cette forme de discrimination fiscale. La ligne d'évolution n'a rien d'antipathique puisqu'il s'agit d'introduire dans notre fiscalité une dose de neutralité là où le droit antérieur était discriminatoire. Le législateur fait œuvre de réalisme fiscal, au beau sens du terme, quand il soumet une même opération économique à une même fiscalité quelle que soit l'enveloppe juridique de cette opération. Les taux des cessions directes d'immeubles ont été allégés à 4,80 % et alignés sur le taux applicable aux cessions de parts de sociétés immobilières⁽⁵⁾. De ce point de vue, le charme particulier des sociétés civiles immobilières a perdu de son attrait. On ne s'en plaindra pas.

8. - S'agissant du plan juridique, on se bornera à rappeler les deux réformes suivantes datant de la loi NRE du 15 mai 2001 :

- obligation pour les sociétés civiles créées avant 1978 et non immatriculées de se soumettre à la formalité de l'immatriculation avant le 1^{er} novembre 2002 ;
- obligation pour les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique d'organiser un contrôle des conventions passées avec l'un de leurs dirigeants ; à mon sens (mais il s'agit là d'une opinion personnelle), la formule légale englobe notamment les sociétés civiles immobilières ; il en résulte que toutes les conventions, y compris les conventions ordinaires conclues à des conditions normales, devront être approuvées par l'assemblée des associés ; tel sera le cas lorsque la société civile met un immeuble qu'elle possède à la disposition du gérant ou lui consent un contrat de location⁽⁶⁾.

9. - Quoi qu'il en soit de la modification du paysage juridique et fiscal, de plus en plus de personnes succombent au charme des sociétés civiles immobilières. Je pose la question, sacrilège aux yeux de certains : ne s'agit-il pas trop souvent d'un charme vénéneux pouvant engendrer amertume et désolation ?

10. - Je me limiterai aux SCI les plus classiques, les plus banales, à savoir les SCI à caractère familial coiffant soit une résidence principale ou secondaire utilisée par les associés, soit un immeuble de rapport donné en location. On supposera que les associés sont tous des personnes physiques et que la société est une société semi-transparente (d'autres disent translucide) soumise à l'impôt sur le revenu dans la catégorie de revenus fonciers. La société relève donc de la fiscalité des ménages et non de la fiscalité des entreprises.

11. - Le domaine de réflexion étant ainsi délimité, je souhaiterais mettre en exergue les dangers les plus courants qui guettent les sociétés civiles immobilières. Ils tiennent essentiellement à un mode d'emploi défectueux. Certes, la société civile est un merveilleux instrument de gestion ; encore faut-il manier cet instrument avec tout le doigté et la finesse nécessaires. Mettez un Stradivarius entre les mains d'un gougnafier et vous verrez (et entendrez) le résultat.

12. - Pour la démonstration, je sélectionnerai les risques suivants tenant à un mauvais usage des sociétés civiles immobilières :

- les risques liés à la mise en sommeil de la société ;
- les risques liés au maniement de la comptabilité ;
- les risques liés au jeu des démembrements de propriété.

A. - Les risques liés à la mise en sommeil de la société

13. - En général, les rites de la création de société sont bien respectés, surtout lorsque l'on s'adresse à un conseil qualifié. Ce n'est donc pas la naissance de la société qui fait problème, sauf évidemment volonté de fraude. Certains débiteurs aux abois espèrent organiser leur insolvabilité en camouflant les immeubles dont ils sont propriétaires au sein de sociétés civiles immobilières. La ruse est en général contrecarrée par le jeu de l'action paulienne ou de l'action en déclaration de simulation⁽⁷⁾.

14. - C'est après la création de la société que les choses peuvent se gâter. La société civile immobilière ne doit pas être considérée comme un vulgaire "*chiffon de papier*" ; la société, même civile, même patrimoniale, est un être juridique doté d'une vie autonome. Il faut donc faire vivre cette société et respecter scrupuleusement les rituels de cette vie juridique. Il n'y a pas de crainte lorsque l'ordonnancement de cette liturgie est confié à un conseil extérieur. Dans le cas contraire, le risque est que les associés se désintéressent de la vie sociale proprement dite : pas d'assemblée, pas de délibération, pas de comptabilité... Ils ont généralement bonne conscience quand ils ont déclaré au fisc les loyers perçus ; ils ont perçu 100 de loyers, ils ont déclaré 100 au fisc : ce sont donc de parfaits contribuables.

15. - La réalité est malheureusement moins rose. Une société qu'on ne fait pas vivre juridiquement est une société mort-née. Son existence n'est donc pas opposable aux tiers, notamment pas au fisc. On est en présence d'une société fictive. Il existe sur ce point une jurisprudence foisonnante⁽⁸⁾.

16. - Est-ce à dire que le contribuable est à l'abri si la SCI fonctionne de façon régulière en respectant scrupuleusement tous les rites de la liturgie juridique ? Rien n'est moins sûr car il faut compter avec l'autre verset de l'abus de droit qu'est la fraude à la loi. En voici un exemple bien connu, notamment pour sa fragilité. Un couple achète à bas prix une demeure de caractère mais complètement délabrée. Il crée une SCI qui lui loue la demeure en question. La SCI emprunte de quoi

financer les importants travaux de réparation et de modernisation. Ces frais constituant des charges déductibles pour le calcul des revenus fonciers, le couple déclare au fisc de généreux déficits. La jurisprudence, à de multiples reprises, a eu l'occasion de juger qu'un tel montage tombe sous le coup de l'abus de droit du fait que sa seule motivation est fiscale ; le but recherché est à l'évidence de contourner l'interdiction de reporter les déficits fonciers sur le revenu global. En réalité, ce qui est abusif ce n'est pas tant la constitution de la SCI que la location aux associés bénéficiant de la jouissance de l'immeuble.

17. - S'agissant de la fictivité, je m'en tiendrai à un seul exemple concernant le domaine voisin des sociétés civiles agricoles d'exploitation. Les petites exploitations agricoles, celles dont le chiffre d'affaires annuel TTC n'excède pas 76 300 €, sont imposées selon la méthode du forfait. On calcule le bénéfice moyen par hectare et il suffit de multiplier ce chiffre par le nombre d'hectares ; il n'y a donc pas de comptabilité à tenir. Ce bénéfice forfaitaire est déterminé dans le cadre de commissions au sein desquelles les agriculteurs font entendre leurs voix. On a pu dire avec humour que le bénéfice agricole forfaitaire serait *“le bénéfice le plus faible que le cultivateur le plus maladroit peut tirer de la terre la plus maigre au cours de l'année la plus calamiteuse”*⁽⁹⁾.

18. - On conçoit l'angoisse des agriculteurs dont le chiffre d'affaires augmente au point de dépasser le seuil d'application du régime du forfait. Ils seront à l'avenir imposés d'après leur bénéfice réel, ce qui implique la tenue d'une comptabilité en bonne et due forme.

19. - Telle était l'angoisse de Michel Moitié qui, avec ses deux enfants, exploite un domaine agricole en Charente. Avec l'aide de ses conseils, il se livre à un exercice d'optimisation fiscale, exercice qui est le jeu préféré des surdoués de la fiscalité. Il suffit en l'espèce de couper l'exploitation en deux, ce qui permet de ramener chaque chiffre d'affaires en dessous du seuil fatidique. Voici le montage mis en place :

- création d'un GFA (groupement foncier agricole) à qui est apportée l'exploitation agricole ;
- création simultanée de deux SCEA (sociétés civiles d'exploitation agricole) qui prennent chacune à bail la moitié du domaine agricole ; chaque société civile d'exploitation comprend deux associés : le père d'abord et l'un des deux enfants ensuite ; l'égalité est ainsi assurée entre les deux enfants.

20. - Tout allait pour mieux et chaque société civile déclarait un bénéfice forfaitaire supportable comme auparavant. Ce qui n'avait pas été prévu, c'était l'éventualité d'un contrôle fiscal. L'administration n'eut pas de peine à démontrer la fictivité des deux sociétés civiles d'exploitation. Elles avaient en effet été traitées comme de vulgaires *“chiffons de papier”*. Il était en effet difficile de mieux faire :

- les deux sociétés civiles ne versaient pas le fermage convenu au GFA ;
- elles ne tenaient ni assemblée générale, ni comptabilité ;
- elles employaient le même personnel ; elles utilisaient le même matériel et les mêmes bâtiments ;

- les livraisons et les paiements étaient effectués indifféremment au nom de l'une ou l'autre des sociétés.

L'administration a mis en œuvre la procédure de répression des abus de droit, ce qui a entraîné les conséquences suivantes :

- calcul des bénéfices selon la méthode de l'évaluation réelle comme s'il n'y avait qu'une seule exploitation ;
- amende de 80 %, sans compter l'intérêt de retard de 0,75 % par mois.

21. - Le Conseil d'Etat a jugé que l'action de l'administration était pleinement recevable⁽¹⁰⁾. M. Moitié se défendait en alléguant qu'il n'y avait pas abus de droit du fait que le montage ne répondait pas à des motivations exclusivement fiscales. Il avait, disait-il, eu le souci d'assurer dès à présent l'égalité de chacun de ses deux enfants au sein de deux sociétés distinctes. L'argumentation n'était pas recevable ; en effet, quand l'abus de droit est fondé sur la fictivité, peu importe que la motivation ne soit pas exclusivement fiscale. Cette dernière condition ne joue que dans le second volet de l'abus de droit correspondant à la notion civiliste de fraude à la loi.

22. - La distinction est importante. On examinera tout à l'heure le montage consistant à apporter la nue-propriété d'un immeuble à une SCI et à répartir les parts sociales entre les enfants par voie de donation-partage. Selon la jurisprudence des cours d'appel, ce montage n'est pas illégitime parce qu'il répond au souci d'éviter les désagréments futurs d'une indivision entre les enfants ; la motivation n'est donc pas exclusivement fiscale. Mais si la société n'a pas fonctionné, si elle est restée lettre morte (pas d'assemblée générale, pas de délibération, pas de comptabilité ...), la société sera considérée comme fictive et donc comme inopposable à l'administration. On fera comme s'il n'y avait pas eu apport à la SCI et comme si la donation en nue-propriété avait porté directement sur l'immeuble lui-même. Et pour corser le tout, on y ajoutera le piment de l'amende de 80 %.

B. - Les risques liés au maniement de la comptabilité

23. - Une chose est certaine : les sociétés civiles immobilières, même les plus modestes, doivent tenir une comptabilité. Sinon, les articles 1855 et 1856 du Code civil n'auraient aucun sens⁽¹¹⁾.

Article 1855 : *“Les associés ont le droit d'obtenir, au moins une fois par an, communication des livres et documents sociaux”*.

Article 1856 : *“Les gérants doivent, au moins une fois dans l'année, rendre compte de leur gestion aux associés. Cette reddition de compte doit comporter un rapport écrit d'ensemble sur l'activité de la société au cours de l'année ou de l'exercice écoulé comportant l'indication des bénéfices réalisés ou prévisibles et les pertes encourues ou prévues”*.

24. - En revanche, le Code civil n'impose pas de méthode comptable particulière. Une simple comptabilité de trésorerie enregistrant les recettes encaissées et les dépenses payées est suffisante. C'est d'ailleurs selon cette méthode que sont calculés les revenus fonciers imposables tels qu'ils doivent être déclarés à l'administration fiscale. Cette méthode est dans la plupart des hypothèses suffisante. Elle implique seulement un minimum d'organisation : inscrire les encaissements et les décaissements au jour le jour sur un registre, classer et conserver les pièces justificatives. Cela est suffisant pour que le gérant rende compte de sa gestion aux associés au moins une fois dans l'année.

25. - C'est sans doute peu; encore faut-il s'y soumettre. On sait que l'absence de tenue de comptabilité est un indice de fictivité des sociétés civiles.

26. - Les statuts peuvent décider que le gérant devra tenir une comptabilité de type commercial, reposant sur l'enregistrement des créances et des dettes, avec les trois documents comptables classiques : compte de résultats, bilan et annexe. Cela peut être utile dans certains cas précis, notamment lorsque l'on est en présence de grosses sociétés civiles immobilières dépassant le cadre habituel des sociétés familiales de gestion.

27. - La question de l'amortissement mérite quelques réflexions. Tout d'abord, la tenue d'une simple comptabilité de trésorerie n'exige pas que l'immeuble fasse l'objet d'un amortissement annuel. C'est donc une source de simplification. Par ailleurs, dans la plupart des cas, les associés comptent sur une plus-value à terme. Vouloir déprécier comptablement chaque année un immeuble dont par ailleurs la valeur se bonifie avec le temps n'est sans doute pas le meilleur moyen de respecter l'idéal de l'image fidèle.

28. - L'amortissement n'est pas qu'un jeu de l'esprit ; il entraîne de lourdes servitudes financières. Il s'agit en effet d'une charge annuelle qui viendra diminuer, voire supprimer le bénéfice distribuable. Supposons que le rapport d'un immeuble locatif soit de 4 % et que les statuts prévoient un amortissement annuel de 4 % ; cela signifie que pendant les 25 premières années on ne dégagera aucun résultat distribuable alors que la société croulera sous une trésorerie pléthorique. Le système est d'autant plus pervers que les associés auront dû payer chaque année l'impôt correspondant aux revenus fonciers non distribués et calculés hors amortissement.

29. - Il existe néanmoins des hypothèses dans lesquelles l'amortissement peut se révéler une mesure appropriée, spécialement lorsque la société civile finance par voie d'emprunt l'acquisition immobilière⁽¹²⁾. Il va de soi que la tenue d'une telle comptabilité, avec son inévitable jeu de comptes courants d'associés, devra être confiée à un spécialiste averti.

30. - L'obligation de tenir des documents comptables et de rendre compte des résultats aux associés n'est pas qu'un vœu pieux. La jurisprudence commence à apparaître sur ce thème et le rythme va sans doute se prolonger. On citera deux décisions caractéristiques rendues au cours de l'année 2003. Elles concernent

l'une et l'autre des querelles de famille : disputes entre parents et enfants ou disputes entre frères et sœurs.

31. - La première décision a été rendue par la cour d'appel de Paris le 12 février 2003⁽¹³⁾. Madame X était la gérante de deux sociétés civiles immobilières. Mademoiselle X, la fille de Madame probablement, associée de ces deux SCI, se plaignait d'être laissée dans l'ignorance de l'évolution de ces deux sociétés; la gérante ne lui avait adressé ni les livres, ni les documents sociaux, ni le rapport de gestion comme le prescrit le Code civil. Elle demandait donc la désignation d'un expert financier chargé de reconstituer la comptabilité. La cour d'appel de Paris a fait droit à sa demande.

32. - La deuxième décision a été rendue par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 24 septembre 2003⁽¹⁴⁾. Dans cette affaire, deux sociétés civiles immobilières, avaient, semble-t-il, trois frères comme associés (ils portaient le même nom). L'un d'eux remplissait les fonctions de gérant. Les statuts des deux sociétés prévoyaient la tenue d'une comptabilité de type commercial : inventaire, compte de pertes et profits, bilan. Le gérant n'avait tenu aucune comptabilité depuis l'origine, se contentant d'établir les déclarations fiscales. L'un des associés a demandé sa révocation pour cause légitime. La Cour de cassation a confirmé sans surprise que le non-respect des prescriptions statutaires relatives à la tenue des comptes constituait une faute justifiant la révocation du gérant sans indemnité.

33. - Certains parents se croient à l'abri lorsque les statuts stipulent qu'ils sont nommés gérants à vie. S'ils n'ont pas tenu le minimum de comptabilité prévu par le Code civil et s'ils n'ont pas respecté le rituel du jeu social, ils peuvent craindre pour leur position en cas de mésentente familiale.

34. - En dehors des coassociés, il faut également prendre en compte le droit de regard de l'administration fiscale. Le Code général des impôts prévoit que les sociétés civiles immobilières doivent déposer des déclarations spécifiques et qu'elles doivent de même présenter à l'administration sur sa demande tous les documents comptables et pièces justificatives qui sont en sa possession (Art. 46 B à 46 D de l'annexe III). L'administration peut donc contrôler sur place l'existence et la régularité de la comptabilité qui a servi de base au calcul des revenus fonciers imposables.

35. - Le Conseil d'Etat, dans deux décisions du 9 juillet 2003, a eu l'occasion de se prononcer sur la nature exacte de ce contrôle fiscal⁽¹⁵⁾. En l'espèce, M. X. et Mme Y., faisant vie commune, avaient créé à égalité une SCI, dénommée "La Dame Blanche", ayant pour objet l'acquisition et l'exploitation, par voie de location aux associés, d'un domaine immobilier. Le domaine en question était composé d'une maison principale et d'un bâtiment annexe, le tout en mauvais état. M. X. et Mme Y., via leur SCI, décident de transformer le tout. Le bâtiment annexe est détruit et remplacé par un charmant pavillon. Quant à la maison principale, seule la façade et les murs sont conservés. Le toit est refait à neuf, de même que tout l'intérieur. Une piscine est construite en sous-sol et une grande terrasse est aménagée en rez-de-jardin. Le tout a fière allure.

36. - Sur le plan juridique et sur le plan comptable, toutes les prescriptions sont minutieusement suivies à la lettre. Un bail est conclu entre la SCI et les deux associés ; les loyers sont régulièrement acquittés. Toutes les pièces justificatives sont soigneusement conservées. Un simple détail qui a son prix ; la comptabilité a enregistré en tant que charges d'entretien et de modernisation la totalité du coût de la rénovation. On sait que ces charges sont déductibles pour la détermination des revenus fonciers imposables. Autant dire que la SCI déclarait, non des revenus, mais des déficits de grande ampleur⁽¹⁶⁾.

37. - L'administration a décidé de vérifier sur place la comptabilité tenue par la SCI. Comme on s'en doute, elle a rejeté la déduction des frais de rénovation qui en l'espèce avaient la nature de dépenses de reconstruction.

38. - M. X et Mme Y. croyaient pouvoir soulever un vice de procédure de nature à annuler le redressement opéré. L'article L. 52 du Livre des procédures fiscales prévoit en effet que pour les petites entreprises ne dépassant pas un certain volume de chiffre d'affaires la durée de la vérification sur place ne saurait dépasser trois mois à peine de nullité. Or en l'espèce la durée de trois mois avait été dépassée. Mais le Conseil d'Etat s'est livré à une subtile distinction sémantique ; la limitation à trois mois, précise-t-il, ne concerne que la vérification de comptabilité des petites entreprises commerciales, agricoles ou libérales. Elle ne s'applique pas à la vérification des documents comptables que doivent tenir les SCI. Il ne faut pas confondre vérification de comptabilité et vérification de documents comptables, pas plus qu'il ne faut confondre expert en comptabilité et expert-comptable.

C. - Les risques liés au jeu des démembrements de propriété

39. - Les hypothèses de démembrement de propriété se multiplient. Certaines tiennent aux successions entre époux dans lesquelles très souvent le conjoint survivant hérite de l'usufruit et les enfants de la nue-propriété. Le développement de la gestion patrimoniale aboutit de son côté au même résultat. S'agissant des immeubles, on connaît le montage désormais banalisé de l'apport en nue-propriété à une SCI suivi du partage des parts sociales entre les enfants. C'est un montage qui permet de sensibles économies de droits de mutation à titre gratuit.

40. - Ici encore, il convient de mesurer les risques liés au jeu des démembrements de propriété. Il ne faut pas mésestimer en effet les risques de querelles de famille sans compter les querelles avec le fisc. Des décisions récentes de jurisprudence montrent qu'il ne s'agit pas là de risques imaginaires.

1) Les risques liés aux querelles familiales

41. - Il est fréquent qu'au sein d'une société, et pas seulement au sein d'une SCI, les droits sociaux se trouvent démembres, les parents se réservant l'usufruit, la nue-propriété étant attribuée aux enfants. Des parents, exploitant une affaire industrielle ou commerciale au sein d'une société anonyme, souhaitent préparer la transmission de leur patrimoine aux meilleures conditions fiscales. Il est souvent

fait appel à la technique de la donation de la nue-propriété aux enfants, les parents se réservant l'usufruit. Les parents tenant à conserver le contrôle de l'affaire, il est généralement stipulé dans les statuts que le droit de vote appartiendra aux parents tant dans les assemblées générales ordinaires que dans les assemblées générales extraordinaires. Ils possèdent donc tout le pouvoir politique (le droit de vote) et tout le pouvoir financier (droit aux dividendes). Tant que les usufruitiers sont vivants, les nus-propriétaires ne sont donc que des ectoplasmes. Selon l'heureuse formule d'un auteur, "*le nu-propriétaire est plus nu que propriétaire*"⁽¹⁷⁾.

42. - J'évoquerai, sans trop m'y attarder, une querelle doctrinale qui n'est pas encore réglée : l'usufruitier de droits sociaux a-t-il ou non la qualité d'associé ? Dans sa brillante thèse sur la notion d'associé, Alain Viandier a magistralement démontré que la qualité d'associé ne pouvait être reconnue à l'usufruitier. C'est devenu depuis la doctrine dominante, d'ailleurs consacrée par certains juges du fond.

43. - Je ne suis pas convaincu par cette thèse et à mon sens les attributs de la qualité d'associé sont répartis sur la tête du nu-propriétaire et sur celle de l'usufruitier. Nous nous réunissons tous les ans pour la mise au point de notre manuel de droit des sociétés, auquel collabore désormais Florence Deboissy. Nous n'avons pas réussi à nous mettre d'accord et cela fait quinze ans que la controverse dure⁽¹⁸⁾ ; on attend avec impatience que la Cour de cassation nous départage. Les paris sont ouverts...

44. - L'article 1844 du Code civil prévoit que le droit de vote appartient au nu-propriétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier, les statuts pouvant déroger à cette disposition. Peut-on en conclure, comme on l'a cru pendant longtemps, que les statuts peuvent réserver le droit de vote à l'usufruitier dans toutes les assemblées ? Dans l'arrêt De Gaste de 1994, la chambre commerciale a jugé qu'il n'était pas possible de priver le nu-propriétaire du droit de participer aux assemblées⁽¹⁹⁾. Mais participer à l'assemblée est une chose, voter en est une autre. Dans l'arrêt Château d'Yquem rendu en 1999, la Cour de cassation est allée au bout de sa logique en jugeant qu'était nulle la clause des statuts refusant tout droit de vote au nu-propriétaire⁽²⁰⁾.

45. - Comme on peut s'en douter, les nus-propriétaires mis sur la touche ne manqueront pas d'engager des contentieux sur le fondement de cette jurisprudence. C'est ainsi que la cour d'appel de Rennes dans un arrêt du 27 mai 2003 a déclaré qu'était nulle la clause des statuts d'une SCI qui privait les nus-propriétaires de leur droit de vote⁽²¹⁾.

46. - Dans cette affaire, la SCI était propriétaire de six studios et d'un local commercial faisant l'objet d'un bail à construction. La totalité des revenus était attribuée à l'usufruitier, ce qui est normal. Ce dernier trouvait d'ailleurs que cela faisait beaucoup et qu'il payait trop d'impôts. Dans un souci d'optimisation fiscale, il décide donc de vendre les six studios et de remployer le prix dans des placements défiscalisés, du type PEA ou assurances-vie. Les nus-propriétaires, sans doute les enfants de l'usufruitier, ont riposté et demandé la nullité de la clause des statuts attribuant la totalité du droit de vote à l'usufruitier, ce qu'a admis la cour d'appel de Rennes.

47. - Si l'on estime que sont nulles les clauses statutaires privant les nus-propriétaires de tout droit de vote, il convient d'admettre la même solution à l'égard des clauses qui refusent tout droit de vote aux usufruitiers. C'est ce qu'a décidé un arrêt inédit de la cour d'appel de Douai en date du 5 juin 2003. L'arrêt a fait l'objet d'un pourvoi en cassation; on sera donc fixé prochainement sur ce point.

48. - En clair, le droit des sociétés ne saurait avoir pour effet de dénaturer les effets de l'usufruit et de la nue-propriété tels qu'ils sont fixés par le droit des biens. C'est également à cette condition que l'on évitera certaines guerillas familiales.

2) Les risques liés aux querelles fiscales

49. - Fort heureusement, toutes les familles ne sont pas en état de guerre et la plupart savent cultiver un agréable climat de paix. Certains parents non seulement n'abusent pas de leur usufruit mais en profitent au contraire pour favoriser encore davantage leurs enfants nus-propriétaires. Seul le fisc vient troubler cette belle entente.

50. - Voici un exemple de redressement qui n'a pas encore eu les honneurs de la jurisprudence, mais cela ne saurait tarder. Des parents fortunés font donation à leurs enfants de la nue-propriété de parts sociales de SCI possédant des immeubles locatifs. Les loyers perçus sont loin d'être symboliques. Les statuts reproduisent fidèlement les prescriptions du Code civil en ce qui concerne le droit de vote. Ce sont donc les parents usufruitiers qui décident de l'affectation des résultats. Comme ils sont par ailleurs dotés de revenus suffisants, ils décident chaque année la mise en réserve des bénéfices sociaux, lesquels reviennent par conséquent aux nus-propriétaires. Ils paient néanmoins l'impôt sur le revenu qui est dû sur le montant annuel des loyers encaissés par les SCI ; l'imposition des revenus perçus par une société semi-transparente est en effet indépendante de leur distribution. Au décès des parents, les enfants récupèrent hors droits de succession la totalité des bénéfices accumulés et mis en réserve. C'est à ce moment que le fisc se réveille et prétend que la mise en réserve systématique des revenus constitue une donation indirecte au profit des enfants. La question est pour le moins embarrassante.

51. - Je ne ferai qu'évoquer brièvement le montage de l'apport de la nue-propriété d'un immeuble à une SCI suivi de la notion-partage des parts sociales aux enfants. Il est bien connu et a donné lieu à une littérature importante⁽²²⁾.

52. - L'avantage résulte du fait que jusqu'à présent le barème légal de l'évaluation de l'usufruit et de la nue-propriété, qui date de 1901, ne s'appliquait pas aux opérations à titre onéreux. L'apport en nue-propriété était donc évalué à sa valeur économique compte tenu des tables actuelles de mortalité, valeur nettement inférieure à celle qui résultait du barème légal. Les droits de mutation à titre gratuit, au moment de la donation-partage des parts sociales, étaient calculés sur cette valeur économique, ce qui entraînait une appréciable économie fiscale. L'administration fiscale a invoqué l'abus de droit et le Comité consultatif pour la répression des abus de droit lui a donné raison. La Cour de cassation n'a pas encore rendu de décision sur ce point. Mais toutes les cours d'appel ont écarté le

grief d'abus de droit au motif que l'opération s'expliquait, indépendamment des avantages fiscaux, par le souci légitime des parents de mettre les enfants à l'abri des risques de l'indivision. Il a été jugé que cette motivation demeurerait plausible même en cas de donation à un enfant unique⁽²³⁾.

53. - L'administration, agacée par la multiplication de ces montages, a utilisé l'arme fatale de la modification législative. La loi de finances pour 2004 actualise en effet le barème en fonction des tables actuelles de mortalité, ce qui n'est pas un mal. Par ailleurs, ce barème vaut non seulement pour les opérations à titre gratuit, mais encore pour les opérations à titre onéreux. Voilà qui ruine pour l'avenir l'essentiel de l'intérêt des montages reposant sur l'apport de la nue-propriété des immeubles à des SCI.

Notes :

- 1- Conférence prononcée le 16 mars 1992 et reproduite dans la *Revue de Jurisprudence Commerciale* de 1992, p. 229. - On en trouvera une version actualisée dans "Les grands principes de la fiscalité immobilière", Litec, 4^{ème} éd., 1999, au document 23, sous le titre suivant : "Le charme discret des sociétés civiles immobilières".
- 2- V. M. Cozian, A. Viander et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, 16^{ème} éd., 2003, n° 9.
- 3- V. l'intéressant dossier établi par Isabelle Rey-Lefebvre sous le titre suivant : "SCI : attention aux pièges" (*Le Monde*, 27-28 avril 2003).
- 4- Isabelle Rey-Lefebvre, article précité.
- 5- Ce régime vaut pour l'ensemble des sociétés à prépondérance immobilière, qu'il s'agisse de sociétés de personnes relevant de l'impôt sur le revenu ou de sociétés de capitaux relevant de l'impôt sur les sociétés.
- 6- M. Cozian, A. Viander et Fl. Deboissy, *Op. Cit.*, n° 1438.
- 7- Pour un exemple récent, V. Cass. 3^{ème} ch. civ. 4 juin 2003 : *Bull. Joly* 2003, p. 1070, avec une note critique de F.X. Lucas.
- 8- Parmi une littérature abondante, V. notamment P. Fernoux, *SCI: les risques d'abus de droit : Droit et Patrimoine*, juin 1995, p. 20.
- 9- R. Macard, *Echec au fisc!* Gallimard, 1958, p. 329.
- 10- CE 29 avril 2002 : *Dr. Fisc.* 2002, n°39, comm. 737, concl. F. Seners ; *RJF* 7/02, p. 28.
- 11- Pour une étude détaillée, V. J-P. Garcon, *La comptabilité des sociétés civiles immobilières de gestion*: *JCP N* 1996, p. 1707.
- 12- V. par exemple A. Depondt et Y. Chevalier, *Les sociétés civiles de famille dans la gestion de patrimoine*, Maxima, 1995, préface M. Cozian, p. 151.
- 13- *JCPE* 2003, 1555, note J.P. Garcon.
- 14- *JCPE* 2004, 29, n°8, obs. J.J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker.
- 15- *Dr. fisc.* 2004, n°6, comm. 226, concl. G. Bachelier ; *RJF* 11/03, n°1265
- 16- On fera remarquer au passage que l'administration aurait pu invoquer l'abus de droit, au motif que la motivation du montage, et notamment du bail, était exclusivement de nature fiscale (V. *supra*, n° 16).
- 17- M. Sirinelli, *Le quasi-usufruit: LPA*, 26 juillet 1993.
- 18- M. Cozian, *L'usufruitier de droits sociaux a-t-il ou non la qualité d'associé (controversé pour un concert à trois plumes)* : *JCP E* 2003, 946.
- 19- Cass. com. 4 janvier 1994 : *Deffrénois* 1994, p. 556, note P. Le Cannu ; *Bull. Joly* 1994, p. 249, note J.J. Daigre.
- 20- Cass. com. 9 février 1999: *Rev. Sociétés* 1999, p. 79, note P. Le Cannu; *JCP E* 1999, p. 724, note Y. Guyon.
- 21- *Bull. Joly*, 2003, p. 1187, note F.X. Lucas - V. J. P. Garcon, *Variations sur la coexistence non pacifique de titulaires de droits sociaux démembrés* : *JCP N* 2003, 1545.
- 22- V. par exemple en dernier lieu J.M. Mateu et P. Fernoux, *Transmettre la nue-propriété d'un immeuble par apport à une SCI suivi d'une donation des parts : c'est possible* : *JCP E* 2002, 1762.
- 23- CA Bourges 13 mai 2002 : *Dr. Fisc.* 2002, n° 26, comm. 663 ; *RJF* 2/03, n° 240. V. cependant en sens inverse CA Aix-en-Provence, 27 mai 2003 : *RJF* 3/04, n°331