

L'usufruit et la nue-propriété à l'épreuve de la nouvelle loi foncière : un changement de paradigme ?

Par Gaëtan Van Elder & Fanny Tsiplakis — Avocats au cabinet Gaëtan Van Elder & Associates



Gaëtan Van Elder —

Avocat & Maître de conférences
à la Solvay Brussels School (ULB)

Notre Code civil vit le jour le 21 mars 1804 et il faudra patienter plus de deux siècles pour qu'un vaste projet de réforme le concernant aboutisse.

Le Livre 3 du nouveau Code intitulé « les biens » est entré en vigueur le 1er septembre dernier. Il se divise en 8 grands titres : dispositions générales, classifications des biens, droit de propriété, copropriété, relations de voisinages, droit d'usufruit, droit d'emphytéose et droit de superficie.

Dans le cadre de la présente contribution, nous mettrons en exergue les principales nouveautés et points d'attention qui affectent l'acquisition d'un bien immobilier en usufruit par une société et en nue-propriété par son administrateur – personne physique, la détention de ces droits par ceux-ci ainsi que les réflexes qu'il importe d'adopter à terme lors de l'extinction de l'usufruit.

L'usufruit et la nue-propriété sont encadrés principalement par les articles 3.138 et 3.166 du Titre 6 du Livre 3 du nouveau Code civil.

L'article 3.1 énonce le principe selon lequel les dispositions sont en règle supplétives sauf celles qui sont relatives aux définitions et si la loi en dispose autrement. Les parties sont ainsi libres de déroger par convention aux règles prévues par le Code. Il est essentiel de garder ce caractère dérogatoire à l'esprit.

L'usufruit se définit comme un droit qui « confère à son titulaire le droit temporaire à l'usage et à la jouissance, de manière prudente et raisonnable, d'un bien appartenant au nu-propriétaire, conformément à la destination de ce bien et avec l'obligation de restituer celui-ci à la fin de son droit »¹.

Nous analyserons l'impact de la réforme sur les trois moments clés de cette structure démembrée : (I) lors la constitution de l'usufruit, (II) en cours de vie et (III) à l'extinction de l'usufruit.

I. CONSTITUTION

L'acquisition de l'usufruit d'un bien immobilier par une société et de la nue-propriété par son administrateur – personne physique – nécessite une vigilance accrue à l'égard de la valorisation de l'usufruit.

¹ Art. 3.138 du nouveau Code civil.



Le premier clignotant est incontestablement la méthode de **valorisation de l'usufruit**.

Le Ministre des Finances a précisé que la valeur de l'usufruit est à déterminer sur la base des données factuelles et juridiques propres à chaque cas et que le produit actualisé des loyers peut constituer un élément pouvant permettre d'évaluer un usufruit.

Quant aux critères et méthodes d'évaluation dégagés par la jurisprudence, le tribunal de première instance de Mons dans son jugement du 28 février 2005 a consacré la formule de Jan VERHOEYE qui vise à évaluer l'usufruit selon la formule suivante : $\text{loyer annuel brut} - \text{frais annuel} \times 1 - 1/(1+i)^n / i^2$.

La Cour d'appel de Mons et d'Anvers adoptent le même raisonnement avec quelques nuances.

La formule de J. Ruysseveldt est également consacrée par le droit positif où l'usufruit (VU) se valorise selon la formule suivante : $(H/(r-i)) \times (1 - (1+i/1+r)^n)^3$.

La réforme du Code civil a parallèlement modifié la **durée de l'usufruit**.

Le nouveau Code civil prévoit que la durée maximale est de 99 ans tandis que l'ancien Code civil prévoyait une durée maximale de 30 ans s'agissant d'un usufruit détenu par une personne morale.⁵

Cette modification a naturellement un impact sur la valorisation de ce droit réel à côté du rendement locatif qui est déterminant.

Un autre apport de la réforme est la précision qu'en cas de faillite de la société, l'usufruit qu'elle détient s'éteint.

A contrario, il importe d'être particulièrement attentif aux méthodes de valorisation

d'usufruit - dont la formule sur année 80/20 appliquée par le notariat et empruntée au Code des droits d'enregistrement qui est à proscrire - qui aboutirait à un surpris. En pareille situation, l'Administration sera encline à considérer qu'il déguise une rémunération d'administrateur.

Par conséquent, l'administrateur se verra taxer à l'impôt des personnes physiques (IPP) sur l'excédent - considéré comme un avantage de toute nature (ATN) - faisant partie de sa rémunération de dirigeant d'entreprise.

C'est notamment ce que la Cour d'appel de Gand a décidé dans un arrêt rendu le 5 mars 2019 estimant que le fait que la

société était disposée à payer nettement plus que la valeur normale de la nue-propriété d'une parcelle de terre ne peut trouver sa cause que dans la position que le vendeur occupait en tant que dirigeant d'entreprise dans la société à l'époque de la vente.

Un risque d'imposition de la société n'est pas à exclure dès lors qu'elle est considérée comme accordant un avantage anormal et bénévole à son administrateur.

Autre écueil auquel s'expose l'entreprise qui survalorise son droit réel est le rejet des amortissements à due concurrence sur pied de l'article 49 du Code des impôts sur les revenus (ci-après CIR).



Photo : Le Ministre des Finances Vincent Van Peteghem (CD&V), demorgen.be

² i : représentant le taux du marché, n : représentant la durée de l'usufruit

³ VU : valeur actualisée d'un usufruit temporaire, H : revenu locatif annuel net,

n : durée de l'usufruit en année,

r : rendement financier pour une durée n,

i : taux d'inflation attendu pour cette durée n

⁴ Art. 3.141 du nouveau Code civil.

⁵ Article 619 de l'ancien Code civil.

L'acquisition de l'usufruit d'un bien immobilier par une société et de la nue-propriété par son administrateur – personne physique – nécessite une vigilance accrue à l'égard de la valorisation de l'usufruit.

II. EN COURS DE VIE

En cours de vie de l'usufruit, une attention toute particulière devra porter sur les éléments suivants : déduction des charges professionnelles, affectation privée, travaux d'entretien et de réparation et mécanisme de la superficie-conséquence.

Les amortissements

Pour que les amortissements et les charges soient déductibles fiscalement, il importe que trois conditions cumulatives soient remplies⁶: (1) le contribuable doit rapporter la preuve qu'il a fait ou supporté les frais ; (2) le contribuable doit avoir fait ou supporté les frais pendant la période imposable et (3) les frais doivent avoir été faits en vue d'acquérir ou de conserver des revenus professionnels imposables.

Si le bien immobilier est entièrement affecté à l'activité professionnelle de l'entreprise, elle pourra déduire 100% de ses amortissements dès lors que les trois conditions susmentionnées sont remplies.

Là où le bât blesse, c'est lorsque le bien immobilier n'est pas affecté à 100% à l'activité professionnelle et qu'une partie est mise à disposition – gratuitement ou pour un loyer réduit – de son administrateur.

Dans cette hypothèse, tant l'Administration fiscale que la Jurisprudence majoritaire appliquent à cette situation la « théorie de la rémunération ». Par conséquent, ils rejettent la déduction en estimant que ces charges ne correspondent pas à des prestations réelles « rémunérées » par la mise à disposition de la partie privée de l'immobilier.⁷

Dès lors qu'il n'existe de corrélation entre les avantages consentis et des prestations effectives et établies, il ne peut y avoir rémunération et partant déduction.

Gedaan dus met de aftrek in hoofde van de vennootschap van de kosten die verband houden met de privéhuysvesting van de bestuurder terwijl de terbeschikkingstelling belast wordt als vergoeding in hoofde van de bestuurder.

Là se situe tout le paradoxe, d'une part, il y a un rejet de la déduction des frais de rémunération et d'autre part, il y a une imposition de cette même rémunération.

Un arrêt récent mais isolé de la Cour d'appel de Gand du 26 octobre 2021 a récemment admis la déduction des frais professionnels dans le chef de la société usufruitière. Cet arrêt est à prendre avec précautions car il s'agissait en l'espèce d'une société où le chiffre d'affaires était réalisé uniquement par les prestations du seul et unique dirigeant d'entreprise – sans autre personnel – et où la société avait exprimé formellement l'intention de rémunérer son dirigeant.

Sur quelle durée ?

Autre pierre d'achoppement : la durée de la période d'amortissement.

La tendance de l'Administration consiste à considérer que les investissements immobiliers réalisés par la société usufruitière s'amortissaient sur une durée qui ne peut être inférieure à 25 ans voire bien au delà. Il est pourtant admis que le droit d'usufruit est amorti sur la durée prévue contractuellement.

Dans son avis du 8 juillet 2015, la Commission des Normes Comptables confirme cette thèse lorsque la société paie anticipativement la totalité de la redevance pour l'usufruit.

C'est également le point de vue de certains tribunaux.

L'occupation gratuite et son implication.

Il convient de souligner que l'occupation gratuite ou pour un loyer réduit par un gérant d'un immeuble acquis en usufruit par sa société est considérée comme constituant un ATN, c'est-à-dire une rémunération imposable à l'IPP.

L'ATN est également soumis à cotisation sociale. L'arrêté Royal d'exécution du CIR prévoit la détermination de la valorisation de cet avantage.

Les travaux.

Énième enjeu de taille, la contribution à la dette des travaux et leur fiscalité.

Deux types de réparation sont à distinguer : les réparations d'entretien, à charge en principe de l'usufruitier, et les grosses réparations ainsi que les charges extraordinaires, à charge en principe du nu-propriétaire.

Le nouveau droit des biens maintient la distinction entre les travaux d'entretien et les grosses réparations mais intègre un nouveau paramètre particulièrement important.

Le nouveau Code civil prévoit que l'usufruitier est tenu d'exécuter, à l'égard du bien, les réparations d'entretien né-

⁶ Art. 49 du CIR.

⁷ Cass. (1^{ère} ch.), 14 octobre 2016, www.cass.be.

cessaires, à court ou à long terme, pour préserver la valeur du bien, sous réserve de l'usure normale, de la vétusté ou d'un cas de force majeure.⁸

Le Code ne donne plus d'énumération de travaux à considérer comme de grosse réparation et prévoit un partage des frais pour les grosses réparations entre l'usufruitier et le nu-proprétaire. Dorénavant, les grosses réparations⁹ sont celles qui portent sur la structure du bien ou de ses composantes inhérentes ou dont le coût excède manifestement les fruits du bien. Le nu-proprétaire doit exécuter ces réparations après concertation avec l'usufruitier. Ce dernier ne peut prétendre à une indemnité pour trouble de jouissance.

En revanche, le nu-proprétaire n'est pas tenu des grosses réparations qui portent sur les ouvrages et plantations réalisés par l'usufruitier (mécanisme de superficie-conséquence), ni des réparations qui sont causées, exclusivement, par l'usufruitier.

Le nouveau droit des biens prévoit que *« le nu-proprétaire qui exécute les grosses réparations peut exiger de l'usufruitier qu'il contribue proportionnellement aux frais de celles-ci. Cette contribution est déterminée en fonction de la valeur du droit d'usufruit par rapport à la valeur de la pleine propriété, calculée conformément à l'article 745sexies, § 3, de l'ancien Code civil (règles de conversion de l'usufruit) »*¹⁰ ¹¹.

Cette répartition entre l'usufruitier et le nu-proprétaire permet ainsi *« d'empêcher que le nu-proprétaire doive supporter seul la charge financière des travaux qu'il a effectués, puisqu'il n'a ni l'usage, ni la jouissance (et ce pour toute sa vie dans certains cas), surtout s'il s'agit d'un jeune usufruitier. Une solution équilibrée est que l'usufruitier et le nu-proprétaire financent ces travaux par rapport à la valeur de l'usufruit ou de la nue-proprété respecti-*

*vement, calculée par rapport à la valeur de la pleine propriété »*¹².

La problématique de cette nouvelle disposition par sa référence à l'article 745 sexies du Code civil est qu'elle semble ne s'adresser qu'à l'usufruitier personne physique. Par conséquent, il importe d'être attentif à l'interprétation que pourrait adopter l'Administration. Il serait, à notre estime, parfaitement discriminatoire de voir cet article appliqué à la seule situation où l'usufruit est une personne physique et pas lorsqu'il s'agit d'une personne morale. En revanche, dans l'hypothèse où la société usufruitière supporte des travaux qui sont à charge du nu-proprétaire, l'Administration pourra taxer l'administrateur qui fait l'économie d'une dépense qui lui incombe.

L'Administration pourrait aussi y voir en vertu de l'article 26 du CIR l'octroi d'un avantage anormal ou bénévole octroyé par la société et taxer le montant de cet avantage dans le chef de la société ou s'opposer.

Enfin, l'usufruitier ne peut aliéner les constructions qu'il aura réalisées – et dont il est propriétaire en vertu du mécanisme de la superficie-conséquence – qu'avec son droit d'usufruit. Réciproquement, l'aliénation de son droit d'usufruit impliquera l'aliénation des constructions réalisées par l'usufruitier.¹³

III. EXTINCTION

A l'extinction de l'usufruit de la société, l'administrateur devient plein propriétaire du bien immeuble et ce, sans payer de droits d'enregistrement. Le « transfert » de la société vers la personne physique n'est soumis en principe à aucune imposition directe. Dès l'usufruit éteint, seul le nu-proprétaire devenu plein propriétaire par consolidation pourra percevoir les fruits et jouir du bien.

La réforme du droit des biens prévoit désormais clairement - même si le pratique jurisprudentielle était acquise avant la réforme - que le nu-proprétaire doit indemniser l'usufruitier, sur la base de l'enrichissement injustifié, pour les ouvrages et plantations réalisés dans les limites de son droit, sans y être obligé et avec le consentement du nu-proprétaire. Jusqu'à indemnisation, l'usufruitier a un droit de rétention sur ces ouvrages et plantations.

Le nu-proprétaire devient propriétaire de ces ouvrages et plantations et ne peut en demander l'enlèvement. L'usufruitier peut toutefois enlever ces ouvrages et plantations pendant la durée de son droit.¹⁴

Dans tous les autres cas, le nu-proprétaire acquiert la propriété des ouvrages et plantations à la fin du droit, sans indemnisation et sans préjudice de l'application des règles relatives à la déchéance.¹⁵

A cet endroit également la vigilance s'impose ; l'Administration pourrait vouloir imposer un avantage de toute nature dans le chef de l'administrateur à l'extinction de l'usufruit. Et ce notamment, lorsque la société usufruitière a transformé le bien alors qu'elle n'en avait pas l'obligation au regard du droit civil et que cette transformation apporte une plus-value pour l'administrateur à l'extinction.

Il reste à valoriser adéquatement la base taxable, ce qui est sujet à bien des contestations.

Si les travaux ont déjà fait l'objet d'une taxation dans le chef de l'administrateur au cours de la vie de l'usufruit, il n'y aura pas de taxation à l'extinction.

⁸ Art. 3.153 du nouveau Code civil.

⁹ Art. 3.154 du nouveau Code civil.

¹⁰ Nous ajoutons.

¹¹ Art. 3.154 du nouveau Code civil.

¹² Doc. Parl, Chambre 2019-2020, n° 55- 0173/001, p. 293.

¹³ Art. 3.142 et 3.182 du nouveau Code civil.

¹⁴ Art. 3.160 du nouveau Code civil.

¹⁵ Art. 3.160 du nouveau Code civil.



L'acquisition d'un bien immeuble en usufruit par une société et en nue-propriété par son administrateur est particulièrement séduisante en raison des avantages fiscaux considérables qu'elle permet.

QU'EN CONCLURE ?

L'acquisition d'un bien immeuble en usufruit par une société et en nue-propriété par son administrateur est particulièrement séduisante en raison des avantages fiscaux considérables qu'elle permet.

Cette opération a toujours nécessité une attention particulière et une approche sur mesure sur différents points : nature des immeubles, valorisation, affectation, contribution aux charges et travaux, indemnisation...

La rédaction de l'offre d'achat, du compromis de vente, de l'acte notarié, des statuts de la société ainsi que des clauses y afférents nécessite un égard pointu en

raison des dispositions impératives et supplétives du code civil, du droit comptable et du droit des sociétés à côté du droit fiscal qui en est profondément influencé.

La nouvelle loi ne révolutionne pas cette structure d'acquisition mais apporte clarifications et nuances et consacre des acquis jurisprudentiels dont il faudra tenir compte lors des acquisitions futures mais également pour les démembrements opérés en amont de son entrée en vigueur et qui sont toujours en cours. •



STEVENS &
DE MUNTER

LUXEMBOURG

120, Boulevard de la Pétrusse
L-2330 Luxembourg
Tel (+352) 453929-1
Fax (+352) 26440143

BELGIQUE

142, Avenue Franklin Roosevelt
B-1050 Bruxelles
Tel (+32) 2 230 32 27
Fax (+32) 2 646 69 31

TVA LU18162363 - BE0861.975.652
R.C. Luxembourg B 56002
info@sdm.lu www.sdm.lu

DESIGN & PRODUCTION vinix.agency

LE POINT FINANCIER

Copyright © 2022 Stevens & De Munter. All rights reserved.

Disclaimer. Ce document est une publication de la société Stevens & De Munter, société réglementée par la CSSF (Commission de Surveillance du Secteur Financier) au Grand-Duché de Luxembourg. Cette publication ne peut être considérée comme une proposition d'investissement. Il s'agit d'un document informatif n'engageant en aucun cas la société. La société Stevens & De Munter ne garantit pas que les instruments financiers utilisés dans ce document vous correspondent. Toutes transactions financières réalisées par vos soins tenant compte des informations financières délivrées dans cette brochure sont exécutées à votre entière responsabilité. Investir dans certains instruments financiers (comme les actions) peut induire certains risques importants. Avant l'exécution de toute transaction, l'investisseur doit disposer d'un niveau de connaissance et d'expérience nécessaire à la compréhension des risques liés à l'utilisation de certains instruments financiers. Dans certains cas, ces risques peuvent conduire à la diminution temporaire voire la perte de tout ou partie du capital investi. Les collaborateurs de la société Stevens & De Munter peuvent vous aider dans la diversification des instruments financiers. Les éventuels rendements qui pourraient figurer dans la présente brochure sont établis sur base du passé. Ceux-ci ne constituent, en aucune manière, une garantie pour le futur. Nous ne sommes, également, aucunement en mesure de garantir que les scénarios attendus et les niveaux de risques explicités dans la brochure ne prendront forme dans la réalité. Ceux-ci doivent uniquement être utilisés comme indicateur informatif. L'ensemble des données qualitatives et quantitatives dans cette brochure sont à considérer comme indicateur et sont également susceptibles d'évoluer dans le temps. Les fluctuations des devises peuvent également influencer les résultats et les rendements affichés. Les informations établies dans cette brochure par l'auteur des articles sont éditées à une date précise. Bien que les analyses émanent de sources fiables, nous ne pouvons garantir de manière absolue l'authenticité, le caractère complet et la mise à jour parfaite des données utilisées. La société Stevens & De Munter ne peut, en aucun cas, être tenue responsable du caractère incorrect ou incomplet des données utilisées dans la présente brochure. Aucun article figurant dans cette brochure ne peut, sans l'autorisation écrite et formelle de la société Stevens & De Munter être reproduite ou publiée à quelque fin que ce soit. Cette publication est soumise aux lois luxembourgeoises sur les publications financières.