

4 SCI support de l'immobilier d'entreprise

	§§		§§
Constitution d'une SCI			
• Maintien au bilan ou SCI ?		– extinction de l'usufruit	97
– inscription au bilan	80	– abus de bien social, acte anormal de gestion : non	98
– immobilier frein à la transmission	81	• Intérêt du démembrement des parts :	
– aspect financier	82	– situation envisagée	99
• Les avantages de la SCI :		– usufruit économique	100
– détention de l'immeuble en SCI	83	– répartition des bénéfices – Notion de bénéfice distribuable	101
– séparation des patrimoines	84	– conséquences pour la SCI	102
– allègement de la valeur de l'entreprise	85	– conséquences pour la société d'exploitation	106
– procurer des revenus à la SCI	86	– risques d'abus de droits	108
– risques fiscaux liés aux relations entre la SCI et la société commerciale	87	• Acquisition d'un terrain et construction	109
Immobilier d'entreprise et SCI : utilisations diverses		Les relations entre la SCI et son locataire	
• Acquisition de l'immeuble et bail commercial :		• Bail commercial	110
– situation envisagée	88	• Loyer commercial	111
– imposition des revenus fonciers : une fiscalité lourde	89	• Améliorations	112
• Intérêt du démembrement de l'immeuble :		• Confusion des patrimoines :	
– situation envisagée	90	– autonomie des deux sociétés	113
– usufruit économique	91	– deux critères fondamentaux	114
– coût global réduit pour la société d'exploitation	92	– confusion des comptes	115
– une condition d'occupation plus favorable que celle de locataire	95	– relations financières anormales	116
– absence de revenus fonciers pour la SCI	96		

Constitution d'une SCI

Maintien au bilan ou SCI ?

► Inscription au bilan

- 80 L'inscription au bilan d'une entreprise de biens immobiliers permet leur amortissement (voir § 103). La société civile propriétaire des immeubles d'exploitation ne peut amortir, sauf si elle opte pour l'impôt sur les sociétés.

L'inscription au bilan permet une déduction des frais d'acquisition permettant, éventuellement la première année, de générer un déficit imputable sur les autres revenus du chef d'entreprise. Lorsque l'immeuble est inscrit au bilan d'une entreprise, les intérêts des emprunts contractés pour acquérir cet immeuble sont déductibles et diminuent d'autant le revenu imposable.

En fait, la détention d'un immeuble au travers d'une société civile immobilière non soumise à l'IS est attractive dans une perspective de cession dégageant une plus-value ; lorsque la société est à prépondérance immobilière, la taxation des plus-values de vente de l'immeuble ou de cession des parts relève du régime des plus-values immobilières et est totalement exonérée si la cession intervient plus de 15 ans après son acquisition.

► Immobilier frein à la transmission

- 81 L'inscription des immeubles au bilan de la société commerciale peut être un frein à une bonne transmission du patrimoine ; la valeur du patrimoine professionnel se trouve augmentée par la présence des immeubles ; le désintéressement des héritiers non repreneurs de l'entreprise est plus difficile et l'on pourra être conduit à éclater les droits sociaux de la société commerciale entre tous les héritiers.

En cas de cession à titre onéreux des droits sociaux, le prix des titres de la société commerciale est normalement plus élevé en présence d'immeubles ; le nombre d'acquéreurs potentiels s'en trouve limité. En outre, l'acquéreur des titres de la société ne pourra amortir l'immeuble social pour la valeur du surplus qu'il aura payé ces titres en raison du patrimoine immobilier.

Dans certains cas, les immeubles affectés à l'entreprise ont une valeur très faible et ne sont pas un élément déterminant du prix de cession. Dans d'autres cas, ils peuvent constituer un des atouts de la société commerciale.

Le repreneur non intéressé par le patrimoine immobilier pourra aussi demander de sortir les immeubles de l'actif de la société commerciale. Cette opération est généralement coûteuse.

On peut également se trouver dans la situation où le repreneur aura racheté les éléments d'exploitation et la société commerciale n'aura plus comme élément d'actif qu'un patrimoine immobilier ; très vite, l'imposition des loyers perçus deviendra lourde et la dissolution de la société, corrélative à la vente des immeubles sociaux, entraînera également une charge fiscale importante.

La constitution d'une société civile permet à cet égard de mieux maîtriser la cession des droits sociaux de la société d'exploitation ; les immeubles compris dans la société sont, en principe, hors négociation. La discussion ne peut porter avec le repreneur que sur des modifications éventuelles des conditions du bail commercial consenti à la société commerciale par la société civile.

- **Droits d'enregistrement.** La société civile constituée, la cession portera sur des parts taxables au taux de 5 % sans abattement, taux comparable à celui applicable aux ventes d'immeubles (5,09 % en général).
- **Régime des plus-values.** Lorsque l'immeuble est inscrit au bilan de la société commerciale, la plus-value nette constitue un élément du résultat imposable et est donc soumise à l'IS dans les conditions de droit commun.
- **Entreprise individuelle.** Les plus-values immobilières à long terme dégagées lors de la vente de l'immeuble inscrit au bilan d'une entreprise exerçant une activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, sont imposées après application d'un abattement de 10 % par année de détention au-delà de la cinquième (CGI art 151 septies B).

► Aspect financier

82 L'aspect financier est certainement un des points importants du choix. En effet, en inscrivant au bilan de la société les immeubles, celle-ci augmente sa surface financière ; elle flatte en quelque sorte ses créanciers. Elle peut offrir des sûretés réelles immobilières sans l'intervention de tiers.

En plaçant les immeubles dans le patrimoine d'une société civile, les « hauts de bilan » de l'entreprise commerciale seront affaiblis. Aussi les établissements financiers auront-ils tendance à demander le cautionnement de la société civile afin de garantir des découverts ou prêts consentis à la société commerciale ; ils le seront d'autant plus que l'on retrouve très souvent les mêmes personnes au sein des deux sociétés.

Le cautionnement conféré par la société civile est possible ; il présente néanmoins certaines difficultés, surtout s'il devient habituel ou s'il est hors objet social ou s'il porte atteinte à l'intérêt social. Il peut entraîner, dans ces différents cas, une requalification du régime fiscal de la SCI et de l'impôt sur les sociétés.

Dès lors que la société civile se porte caution des activités de la société commerciale, la finalité juridique souhaitée ne pourra être atteinte, à savoir : le cloisonnement des patrimoines.

- **Conventions réglementées.** La séparation des patrimoines peut également conduire à demander une caution à la société commerciale associée de la société civile ; ces conventions, risquant d'entraîner une confusion des patrimoines, sont particulièrement réglementées dans les SARL (c. com. art. L. 223-21) et dans les sociétés anonymes (c. com. art. L. 225-43).

- **Abus de biens sociaux.** Les retraits de trésorerie effectués sur une des deux sociétés afin d'apurer le passif de l'autre société relèvent de l'abus de biens sociaux ; en présence d'un groupe lié par un intérêt commun, la notion de l'intérêt de groupe peut légitimer cet abus (cass. crim. 4 février 1985, n° 84-91581), mais si l'existence d'un groupe est une condition nécessaire, elle n'est pas suffisante. L'intérêt de groupe ne justifie l'usage des biens sociaux qu'à la condition :

- qu'il existe un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe ;

- et que le concours financier ne soit pas démuné de contrepartie et ne rompe pas l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés du groupe (cass. crim. 4 février 1996, n° 95-83718 ; cass. crim. 20 mars 2007, n° 05-85253 ; cass. crim. 10 février 2010, n° 09-83691).

Les avantages de la SCI

► Détention de l'immeuble en SCI

- 83 Le dirigeant qui ne conserve pas l'immeuble d'exploitation dans son patrimoine privé ni ne l'inscrit à l'actif de son entreprise peut décider de le « loger » dans une SCI.

► Séparation des patrimoines

- 84 En créant une SCI propriétaire de l'immeuble, le foncier sort à la fois du patrimoine privé de l'entrepreneur et du patrimoine de son entreprise. Le chef d'entreprise transforme des biens immobiliers en biens mobiliers représentés par les parts de la SCI.

En outre, la création d'une SCI permet :

- une meilleure stabilité du droit de propriété par opposition à l'indivision ;
- une dissociation de la propriété et du pouvoir, organisés par les statuts ;
- une transmission juridique et fiscale optimisée des parts sociales représentatives des immeubles détenus.

• **Accord des créanciers.** Cette opération peut être délicate en présence d'hypothèques garantissant un emprunt, par exemple ; l'accord du créancier sera alors sollicité. Dans certains cas, il pourra exiger des garanties supplémentaires. Au regard du droit de l'urbanisme, les opérations de fusion ou de scission se traduisant en des échanges de droits sociaux ne donnent pas lieu à l'exercice du droit de préemption urbain.

• **Absence de déclaration d'insaisissabilité.** Lorsque le logement ou un bien immobilier non affecté à un usage professionnel appartient à une SCI dont le chef d'entreprise détient des parts, l'autonomie patrimoniale de cette société ne lui permet pas de procéder à une déclaration d'insaisissabilité (c. com. art. L. 526-1 et L. 526-2 ; voir § 52, rubrique « Insaisissabilité des biens immobiliers »).

• **ISF.** L'immeuble de l'entreprise détenu à travers une société civile n'est pas considéré comme un bien professionnel ; toutefois, les parts de la société civile assurant la location ou la mise à disposition d'immeubles professionnels au profit d'une société dont les actions ou parts constituent pour le contribuable des biens professionnels sont aussi assimilées à des biens professionnels et ne sont pas soumises à cet impôt.

► Allègement de la valeur de l'entreprise

- 85 La valeur du patrimoine professionnel est diminuée par l'absence des immeubles. Ainsi, un éventuel repreneur n'aura à déboursier que la valeur de l'exploitation commerciale. Lorsque les biens immobiliers sont la propriété de société civile depuis une certaine durée, le repreneur personne physique pourra souhaiter acheter les parts de la SCI. Il attendra l'expiration du délai de 15 ans afin de procéder à la vente par la SCI de l'immeuble en exonération de toute plus-value immobilière.

► Procurer des revenus à la SCI

- 86 La constitution de la SCI permet à ceux qui en détiennent le capital d'encaisser les revenus provenant des loyers versés par l'entreprise commerciale locataire, étant entendu que les loyers doivent correspondre à la valeur locative normale de l'immeuble compte tenu de sa nature, de sa situation et de l'état du marché locatif.

Si l'acquisition a été réalisée par la SCI au moyen d'un emprunt, les loyers encaissés servent à rembourser les mensualités de l'emprunt dont les intérêts sont déductibles des revenus fonciers.

► Des risques fiscaux liés aux relations entre la SCI et la société commerciale

- 87 L'impôt sur les sociétés sera exigible si la société civile :
- loue un local muni du matériel et du mobilier nécessaires à son exploitation ;
 - participe aux résultats de l'entreprise au moyen d'un loyer indexé sur le chiffre d'affaires ou les bénéfices ;
 - se porte de façon habituelle caution de l'entreprise.

Le risque de requalification est une sorte d'épée de Damoclès suspendue sur la tête des sociétés civiles dites « familiales » qui louent l'immeuble professionnel à l'entreprise.

Ainsi, au cours de la vie sociale, on ne peut exclure qu'une indexation du loyer à travers le chiffre d'affaires soit retenue ; de même, la société civile peut être souvent sollicitée pour donner sa caution afin de garantir des opérations commerciales.

Immobilier d'entreprise et SCI : utilisations diverses

Acquisition de l'immeuble par la SCI et bail commercial

► Situation envisagée

- 88 Le dirigeant qui ne conserve pas l'immeuble d'exploitation dans son patrimoine privé ni ne l'inscrit à l'actif de son entreprise peut décider de le « loger » dans une SCI qui le louera elle-même à l'exploitant ou à la société d'exploitation.

► Imposition des revenus fonciers : une fiscalité lourde

- 89 Les loyers perçus par la SCI sont imposables dans le patrimoine des associés dans la catégorie des revenus fonciers, dès lors que le bénéfice est constaté même s'il n'est pas distribué. Ces revenus s'ajoutent aux revenus professionnels et alourdissent l'impôt sur le revenu.

Si la SCI a emprunté, les intérêts d'emprunt sont déductibles des revenus fonciers imposables (CGI art. 31 1^o-d).

En revanche, le capital n'est pas déductible, de sorte que lorsque le prêt arrive en phase de remboursement de capital, les associés sont taxés sur un loyer qu'ils ne perçoivent pas, celui-ci étant affecté au remboursement du prêt, sans rien déduire.

Enfin, les charges déductibles étant limitées (non déductibilité des frais d'acquisition, absence d'amortissement fiscal de l'immeuble), les revenus fonciers et les impôts conséquents sont majorés à due concurrence.

Il en résulte pour les associés un coût fiscal important et la nécessité de recapitaliser la SCI au moyen de leurs fonds personnels.

→ **EXEMPLE** Une SCI acquiert un immeuble moyennant un prix de 500 000 € financé entièrement au moyen d'un emprunt sur 15 ans au taux de 4,5 % donné à bail à une société commerciale pour un loyer annuel de 48 000 € indexé à 1,5 %. Par hypothèse, le taux de l'impôt est de 40 % auquel s'ajoute les prélèvements sociaux (12,1 %).

Ainsi qu'il ressort du tableau ci-dessous, l'opération entraîne pour le contribuable un supplément d'impôt de 211 456 € sur 15 ans, soit une moyenne de 14 097 € par an.

Années	Loyer	Intérêts	Revenu	Encaissement	Emprunt	Impôt	Solde	Cumul en K€
1	48000	22500	25500	48000	46557	13286	- 11842	- 11842
2	48720	21417	27303	48720	46557	14225	- 12062	- 23904
3	49451	20288	29165	49451	46557	15195	- 12301	- 36205
4	50193	19104	31089	50193	46557	16197	- 12561	- 48766
5	50945	17869	33077	50945	46557	17233	- 12844	- 61611
6	51710	16578	35132	51710	46557	18304	- 13151	- 74762
7	52485	15229	37257	52485	46557	19411	- 13482	- 88244
8	53273	13819	39454	53273	46557	20555	- 13840	- 102084
9	54072	12346	41726	54072	46557	21739	- 14225	- 116309
10	54883	10806	44077	54883	46557	22964	- 14638	- 130947
11	55706	9197	46509	55706	46557	24231	- 15082	- 146029
12	56542	7516	49025	56542	46557	25542	- 15558	- 161586
13	57390	5759	51630	57390	46557	26899	- 16067	- 177653
14	58251	3923	54327	58251	46557	28304	- 16611	- 194264
15	59124	2505	57119	59124	46557	29759	- 17192	- 211456

Pendant la phase de détention, le recours à une SCI soumise à l'IS est plus avantageux : résultat fiscal déterminé suivant les règles de l'IS, déductibilité des frais d'acquisition, amortissement de l'immeuble, taux d'imposition plus faible. En revanche, en phase de cession, le régime de l'IR sera plus intéressant (plus-values immobilières des particuliers au lieu du régime des plus-values réalisées par les sociétés soumises à l'IS). L'option à l'IS étant irrévocable, il sera impossible de cumuler le bénéfice des deux régimes.

La constitution d'un démembrement permet de réduire le coût d'utilisation de l'immobilier d'entreprise. Le démembrement peut porter sur l'immeuble détenu par la SCI ou sur les parts de la SCI.

Intérêt du démembrement de l'immeuble

► Situation envisagée

- 90 La SCI achète la nue-propriété de l'immeuble. Au même moment, l'usufruit est acquis par la société d'exploitation pour une durée déterminée sans excéder 30 ans, qui peut coïncider avec la durée de remboursement du prêt éventuellement sollicité. A la fin de l'usufruit, la SCI redevient propriétaire de l'intégralité de l'immeuble.

► Usufruit économique

- 91 Il convient de recourir à une évaluation économique de l'usufruit. En pratique, il est tenu compte de l'actualisation des flux futurs. C'est un des points les plus délicats de l'opération.

La valeur de la nue-propriété (NP) peut être déterminée à partir de la valeur en pleine propriété (PP), de la durée de l'usufruit (n) et du taux de rendement du bien (rapport entre le loyer et l'investissement – i), au moyen de la formule suivante :

$$NP = PP / (1 + i)^n$$

La valeur économique de l'usufruit (U) peut se résumer à la formule suivante :
$$U = R1/(1 + i) + R2/(1 + i)^2 + Rn/(1 + i)^n$$

L'addition de la nue-propriété et de l'usufruit doit être égale à la valeur de la pleine propriété.

La majoration de la valeur de l'usufruit par la société bénéficiaire peut constituer un acte anormal de gestion, et la minoration, une libéralité déguisée.

La valorisation fiscale qui détermine la valeur de l'usufruit à 23 % de la valeur de la propriété entière pour chaque période de 10 ans dans la limite de 30 ans pour les personnes morales est obligatoire pour la liquidation des droits d'enregistrement et de la taxe de publicité foncière (CGI art 669).

→ **EXEMPLE** Acquisition d'un immeuble de 500 000 € démembre sur 15 ans.

Valeur de l'usufruit : $500\,000 \times 46\% = 230\,000 \text{ €}$.

Valeur de la nue-propriété : $500\,000 - 230\,000 = 270\,000 \text{ €}$.

► Pour la société d'exploitation : un coût global réduit par rapport à une location

- 92 **Frais et droits de mutation.** Lors de l'acquisition, les frais et droits de mutation sont calculés sur la valeur fiscale de l'usufruit.

La société acquéreur du droit d'usufruit est en droit de déduire de ses résultats taxables les frais d'acquisition de ce droit perçu lors de l'enregistrement de l'acte notarié, soit l'année d'acquisition, soit en l'étalant sur la durée d'amortissement du bien.

- 93 **Déduction des intérêts d'emprunt.** Si la société recourt à un emprunt pour financer l'acquisition, les intérêts d'emprunt sont déductibles.

- 94 **Amortissement de l'usufruit sur la période fixée.** Au lieu de payer un loyer, la société va amortir l'usufruit de l'immeuble.

Le droit d'usufruit représente un actif non monétaire sans substance physique devant être comptabilisé à la signature de l'acte en immobilisation incorporelle et amorti sur la durée de celui-ci.

Pour présenter le caractère d'élément incorporel de l'actif immobilisé, l'usufruit doit constituer une source régulière de profits dotée d'une pérennité suffisante et être susceptible de faire l'objet d'une cession (CE 21 août 1996, n° 154488).

La constatation de l'amortissement de l'usufruit suppose qu'il soit normalement prévisible lors de son acquisition par l'entreprise, que ses effets bénéfiques sur l'exploitation prennent fin à une date déterminée, ce qui est le cas de l'usufruit temporaire qui prend fin à son terme (TA Paris 6 juillet 2009, n° 04-19716).

L'usufruit sera amorti plus rapidement qu'en cas d'acquisition de la totalité de l'immeuble.

► Une condition d'occupation plus favorable que celle de locataire

- 95 En sa qualité d'usufruitière, la société d'exploitation peut ainsi occuper les locaux sans qu'il ait été conclu de bail. La société est certaine de disposer de l'immeuble pendant la durée de l'usufruit. Si elle n'en a plus l'utilité, elle peut donner l'immeuble en location et recueillir les loyers correspondants.

S'agissant d'un immeuble commercial, le concours du nu-propriétaire est nécessaire, sauf à obtenir une autorisation judiciaire (c. civ. art. 595). En qualité de bailleur,

la société sera tenue de faire toutes les réparations nécessaires pour entretenir la chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée ; dans cette hypothèse, ce sont les règles du louage qui s'appliquent et non celles relatives aux relations entre l'usufruitier et le nu-propiétaire.

En sa qualité d'usufruitier, la société ne peut modifier la destination du bien immobilier et doit restituer le bien dans l'état où il se trouvait à l'ouverture de l'usufruit (c. civ. art. 578). L'usufruitier ne peut réclamer aucune indemnité pour les améliorations faites, même si la valeur de l'immeuble a été augmentée par celles-ci (c. civ. art. 599).

Sauf convention contraire, l'usufruitier ne peut contraindre le nu-propiétaire à effectuer les grosses réparations (cass. civ. 3 mai 1989, n° 88-10716).

En conséquence, il conviendra d'arrêter dans une convention les conditions de jouissance, les droits et obligations respectives du nu-propiétaire et de la société usufruitière quant aux gros travaux et ceux d'entretien. Cette convention précisera les conditions de restitution des locaux lors de l'extinction de l'usufruit ; il sera également dérogé à l'obligation de fournir caution par l'usufruitier et de dresser inventaire.

► Pour la SCI : absence de revenus fonciers

- 96 Lors de l'acquisition, la SCI doit payer le prix correspondant à la nue-propiété et les frais d'acquisition. Pendant la phase de détention, aucune perception de revenus locatifs n'est constatée, de sorte que les associés ne sont pas imposables dans la catégorie des revenus fonciers.

Corrélativement, les intérêts de l'emprunt de l'acquisition de la nue-propiété ne sont pas déductibles. La déduction des intérêts en cause n'est justifiée que par le fait que l'immeuble est donné en location à titre onéreux dans des conditions normales (BOI 5 D-2-07, fiche 5, n°18).

La possibilité pour le nu-propiétaire de déduire de ses autres revenus fonciers les intérêts du ou des emprunts qu'il a contractés pour l'acquisition de ses droits n'est réalisable qu'à la condition que l'usufruitier soit un bailleur social (CGI art. 31-1-1° d ; BO 5 D-2-07, fiche n° 3).

Il apparaît donc que le démembrement de l'immeuble nécessite que la SCI dispose d'une trésorerie suffisante pour acquérir la nue-propiété ; l'absence de loyer rend difficile le remboursement d'un emprunt éventuel.

► À l'extinction de l'usufruit

- 97 En apportant une participation réduite, la SCI devient pleine propriétaire de l'immeuble au terme de l'usufruit temporaire, sans coût fiscal.

Si la convention d'usufruit temporaire a été assortie d'un bail au profit de la société d'exploitation, la SCI percevra ensuite des loyers.

Enfin, en cas de cession de l'immeuble, les associés de la SCI bénéficient pour le calcul de la plus-value immobilière d'un abattement pour durée de détention dont le point de départ est constitué par l'acquisition du droit de nue-propiété (CGI art. 150 VC).

► Abus de biens social, acte anormal de gestion : non

- 98 Sous réserve de l'appréciation souveraine des juges du fond, l'acquisition démembrée de l'immeuble par une SCI dont l'associé est le principal actionnaire de la société locataire, laquelle dispose des moyens financiers d'acquérir la pleine propriété, ne constitue pas un abus de bien social (Rép. Straumann n° 28171, JO du 5 mai 2009, AN p. 4357).

Il est cependant essentiel que l'opération soit motivée par des raisons non exclusivement fiscales (raisons économiques : pour la société exploitante, l'amortissement de l'usufruit temporaire coûtera moins cher que le versement d'un loyer indexé pour la même durée, optimisation de transmission) et qu'elle présente pour la société d'exploitation comme pour la SCI, un réel intérêt, afin d'éviter tout contentieux.

Intérêt du démembrement des parts

► Situation envisagée

- 99 Il s'agit de constituer une SCI dont les parts sont démembreées, la société d'exploitation possédant l'usufruit temporaire des parts, et les associés de la SCI, la nue-propriété, ou encore, si la SCI est déjà constituée, de céder l'usufruit temporaire des parts à la société d'exploitation. En parallèle, la SCI donne à bail l'immeuble à la société d'exploitation moyennant versement d'un loyer.

► Usufruit économique

- 100 Comme dans le cas du démembrement de l'immeuble (voir § 91), il s'agit de retenir la valeur économique de l'usufruit, laquelle tient compte de l'actualisation des flux de revenus réellement encaissés par la SCI.

Le taux d'actualisation correspond au taux de rendement brut du bien. La durée prise en compte doit permettre à la société de réaliser une opération financière satisfaisante, elle sera en général supérieure à la durée de l'emprunt contracté par la société d'exploitation pour financer l'usufruit des titres.

Les droits d'enregistrement seront quant à eux calculés suivant le barème fiscal (CGI art. 669).

► Répartition des bénéfices – Notion de bénéfice distribuable

- 101 Lors du démembrement des titres, il est important de définir par une clause des statuts quel est le bénéfice distribuable et quelle doit en être la répartition entre le nu-propriétaire et l'usufruitier (voir § 856). La clause classique consistera à attribuer à l'usufruitier le bénéfice courant déterminé dans les statuts et le nu-propriétaire sera attributaire des bénéfices exceptionnels et donc du bénéfice prélevé sur les réserves. On peut s'interroger sur la valeur de cette répartition contractuelle au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle les bénéfices réalisés par une société n'ont pas d'existence juridique avant leur distribution régulière (cass. com. 10 février 2009, n° 07-21806).

Il peut être utile pour la SCI de conserver une part en toute propriété, et d'en céder une autre en toute propriété à la société d'exploitation afin d'éviter tout risque de contestation quant à la qualité d'associé de l'usufruitier. En l'état de la jurisprudence actuelle, la qualité d'associé est reconnue au nu-propriétaire mais rien n'est dit sur le statut de l'usufruitier (cass. com. 4 janvier 1994, n° 91-20256 ; voir § 67).

► Conséquences pour la SCI

- 102 **Optimisation de la gestion du patrimoine privé.** En cédant son droit d'usufruit portant sur les parts de la SCI, l'associé nu-propriétaire recueille des liquidités lui permettant d'optimiser la gestion de son patrimoine privé. À l'issue de l'usufruit, le dirigeant retrouve la pleine propriété des parts, sans coût fiscal. Il perçoit les revenus de la location qui s'ajouteront à ceux capitalisés lors de la cession de l'usufruit des parts, d'où un effet de levier financier.

Pendant toute la durée de l'usufruit, les conditions de transmission des parts sont optimisées, leur valeur étant minorée de l'usufruit temporaire au profit de la société d'exploitation.

- 103 Incidence de l'inscription des parts à l'actif d'une société IS ou d'une entreprise.** Lorsque les droits dans une SCI sont inscrits au bilan d'une société soumise à l'IS ou d'une entreprise industrielle, commerciale ou artisanale, la part de bénéfice revenant à cette dernière doit être déterminée dans la catégorie dont dépend sa propre activité (CGI art. 238 bis).

Ainsi, pour les résultats remontant à la société d'exploitation usufruitière, la SCI devra les déterminer selon la règle des BIC (voir § 860).

La SCI pour calculer son résultat relatif à la location de l'immeuble, bénéficie des règles favorables de l'IS, sans pour autant être soumise à cet impôt (CGI art. 209-1). Ainsi, elle peut déduire des loyers acquis toutes les charges imputables suivant les règles de l'IS, à savoir :

- l'amortissement relatif à l'immeuble donné en location (CGI art. 39-1-2° CGI) ;
- les frais d'acquisition dudit immeuble.

Ce qui oblige la SCI à tenir une comptabilité commerciale au moins sur la durée de l'usufruit.

- 104 Absence de revenus fonciers.** L'associé qui détient la nue-propiété des titres de la SCI ne perçoit pas les revenus fonciers appréhendés par la société exploitante usufruitière des parts, et par suite n'acquiesce pas l'impôt à raison des revenus de l'immeuble.
- 105 Extinction de l'usufruit.** À l'extinction de l'usufruit, les loyers perçus sont imposables dans la catégorie des revenus fonciers.

En outre, les associés de la SCI peuvent faire vendre l'immeuble par la SCI ou céder leurs parts en bénéficiant du régime favorable des plus-values immobilières des particuliers. Le délai de détention des parts pour calculer les abattements se décompte à partir de l'acquisition de la nue-propiété.

► Conséquences pour la société d'exploitation

- 106 Déduction du loyer.** D'un côté, la société d'exploitation déduit de son résultat le loyer versé à la SCI.

De l'autre, elle y ajoute, le résultat net de la SCI, constitué des loyers versés déduction faite de la quote-part d'amortissement de l'immeuble, qui remonte à la société d'exploitation (CGI art. 238 bis K). Cette part nette est comptabilisée par la société d'exploitation.

- 107 Amortissement des parts détenues en usufruit.** Le résultat ainsi obtenu est ensuite compensé pour partie par la déduction de l'amortissement de l'usufruit des parts, et soumis à l'impôt.

En effet, comme l'usufruit de l'immeuble, l'usufruit des parts doit être amorti sur la durée de l'usufruit en tant qu'immobilisation incorporelle.

► Risques d'abus de droit

- 108** L'opération pourrait être remise en cause par l'administration fiscale dans la mesure où il ressort que le coût de l'opération est financé intégralement par la société d'exploitation. Il convient en conséquence de prévoir une durée d'usufruit

plus longue que celle de l'emprunt, permettant ainsi à la société d'exploitation de récupérer en trésorerie ce qu'elle a acquitté d'impôt. L'opération doit présenter pour la société exploitante un réel intérêt.

Acquisition d'un terrain et construction

109 La société civile pourra aussi acquérir un terrain et construire dessus. Cette acquisition sera soumise à TVA (CGI art 257).

Enfin, lorsque la société aura fait édifier l'immeuble, la TVA sera exigible sur le coût de la construction au titre de la livraison à soi-même.

Par ailleurs, la TVA acquittée sur le prix d'acquisition du terrain et des travaux de construction est récupérable.

- **Locaux équipés.** La location de locaux équipés du matériel et du mobilier nécessaires à son exploitation rendrait la société passible de l'IS et lui permettrait d'amortir, mais aucune imputation des déficits sur le revenu global n'est possible.

- **SARL de famille.** La création d'une société à responsabilité limitée de caractère familial propriétaire des immeubles afin de permettre une imputation des déficits sur l'ensemble des revenus n'est pas possible puisque l'option pour le régime fiscal des sociétés de personnes est réservée aux seules sociétés exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale ou agricole.

Une société louant des locaux équipés serait soumise de plein droit à l'impôt sur les sociétés et ne pourrait prétendre bénéficier du régime fiscal des sociétés à caractère familial.

- **Bail avec autorisation de construire et bail à construction.** La société civile n'édifie pas l'immeuble.

Pour des raisons financières et notamment l'impossibilité de réunir les fonds nécessaires, la société civile peut seulement acquérir l'assise foncière nécessaire pour l'édification du bâtiment. Elle transfère alors la charge de la construction sur la société commerciale à qui elle consentira un droit de jouissance avec autorisation de construire.

Les relations entre la SCI et son locataire

Le bail commercial

110 La société civile immobilière consentira un bail commercial d'une durée minimale de 9 ans à l'entreprise. Ce bail sera soumis au statut des baux commerciaux, statut qui comprend un certain nombre de dispositions d'ordre public (voir « Le bail commercial », RF 2010-5 à paraître).

Les relations entre la société civile propriétaire des murs qui a souvent pour principal associé le chef d'entreprise et l'entreprise commerciale locataire appartenant au chef d'entreprise ou dont il dirige la société d'exploitation ne peuvent s'inscrire dans des rapports souvent opposés d'un contrat de louage classique.

Ainsi, les parties auront tendance à s'affranchir d'un formalisme attaché aux baux commerciaux. Les procédures de révision du loyer ou de renouvellement apparaîtront comme des contraintes inutiles ; ni le bailleur ni le locataire qui ont des intérêts liés n'iront a priori se prévaloir de telle ou telle irrégularité.

Les problèmes peuvent surgir au moment de la vente de l'entreprise ou de l'immeuble (ou des parts de la SCI), les intérêts devenant divergents.

En outre, cette idylle entre la SCI et l'entreprise commerciale entre les mêmes mains peut évoluer en fonction du contexte familial. La SCI au fil du temps peut regrouper des héritiers qui ne sont pas intégrés dans l'entreprise commerciale.

- **Conventions réglementées.** La procédure des conventions réglementées applicable selon la forme de la société (SARL, SA, SAS) sera généralement suivie dans la mesure où la société civile et la société commerciale ont des dirigeants communs et des participations réciproques. Par ailleurs, au sein de la SCI, l'opération relèvera des conventions conclues entre la société et l'un de ses gérants ou une personne morale interposée.

- **Départ de l'entreprise.** Le poids des charges importantes devant être supporté par l'entreprise dans le cadre d'un bail adapté à la situation de fait pourra, face à un marché plus tendu, devenir insupportable et entraîner son départ ; l'immeuble ainsi libéré pourra être difficilement reloué ou vendu et la société civile pourra être privée d'une de ses principales sources de revenus.

Le loyer commercial

111 Dans la situation envisagée, dès l'origine du bail, le loyer peut ne pas correspondre à la valeur locative du marché ; il convient de réduire les charges de l'entreprise en phase de création. La technique des baux commerciaux et le système de calcul du loyer révisé puis plafonné lors des renouvellements conduiront, au fil du temps, à un loyer très éloigné de la valeur locative de l'époque.

À l'inverse et dans l'intérêt de la société civile et de ses associés, le loyer peut être très élevé.

Des rattrapages ou ajustements peuvent intervenir au cours de la période d'occupation.

Toutefois, les points suivants doivent être pris en compte :

- toute stipulation du bail destinée à faire échec à la réglementation légale sur les révisions du loyer est frappée de nullité (c. com. art. L. 145-15). Les parties ne peuvent dans le bail renoncer ou interdire la révision du loyer. Après une notification de révision, les parties peuvent seulement procéder à l'amiable à la révision du loyer dans des conditions différentes de celles prévues par les articles L. 145-37 et L. 145-38 du code de commerce ;

- sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec au droit de renouvellement institué par le code de commerce (c. com. art. L. 145-15). Ainsi, est nulle la renonciation par un preneur de tout droit à indemnité d'éviction concomitamment à la conclusion d'un nouveau bail. Cette prohibition ne concerne pas la fixation du loyer renouvelé. Les parties peuvent arrêter à l'avance les conditions du loyer renouvelé, cette modification conventionnelle du loyer intervenue au cours du bail expiré, dans des conditions étrangères tant à la loi qu'au bail initial, s'analyse en une modification notable des obligations respectives des parties justifiant à elle seule l'exclusion de la règle du plafonnement (cass. civ. 24 mars 2004, n° 02-16933). Pour sortir des règles de plafonnement des loyers commerciaux, la durée du bail initial peut être légèrement supérieure à 9 années ; les dispositions de l'article L. 145-34 fixant les règles de plafonnement du loyer renouvelé ne sont pas applicables aux baux d'une durée supérieure à 9 ans (cass. civ. 20 mars 1991, n° 89-19483) ;

- un loyer faible valorise la valeur du droit au bail et, par voie de conséquence, le montant de l'indemnité d'éviction due au locataire en cas de refus de renouvellement. Les relations financières anormales entre la société civile et l'entreprise commerciale constituent une cause d'extension d'une procédure collective sur le fondement de la confusion de patrimoine (voir §§ 113 et 693).

- **Clauses recettes.** Les parties éviteront les « clauses recettes » permettant au propriétaire de bénéficier de la prospérité du locataire ; en effet, la clause selon laquelle le loyer du bail commercial variera en tout ou en partie en fonction du chiffre d'affaires du locataire est souvent retenue comme un critère de commercialité pour la société civile ; tel est le cas lorsque la clause a pour résultat un transfert indirect des bénéfices ou une participation aux pertes du locataire.

Le Conseil d'État s'attache à l'importance de la participation aux résultats et à la composition de la société civile et de la société commerciale locataire ; le fait que les deux sociétés aient des associés communs est un critère de requalification souvent mis en avant.

- **Charges et travaux.** Selon les objectifs des parties, soit l'entreprise locataire supporte les charges classiques d'un preneur à bail, soit le locataire supporte toutes les charges, le bailleur souhaitant un bail net de toutes charges. Dans ce dernier cas, le locataire paiera l'impôt foncier, les assurances de l'immeuble et la taxe sur les bureaux en Ile-de-France. Le bail pourra même prévoir que le locataire paiera non seulement les travaux d'entretien, mais également les gros travaux. Ce transfert de charges incombant au bailleur sur la tête du preneur constitue une charge augmentative du loyer qui sera retenue pour le calcul de la valeur locative en cas de litige sur la fixation du bail renouvelé.

Les améliorations

112 Le bail contient généralement une clause selon laquelle les améliorations et aménagements réalisés par le preneur reviendront au bailleur sans indemnité à l'expiration du bail.

L'accession des améliorations s'effectuera à l'occasion du premier renouvellement qui suivra leur réalisation, le renouvellement donnant naissance à un nouveau bail. Cette accession des améliorations permet au bailleur de dé plafonner le loyer lors du deuxième renouvellement consécutif à la période où ces améliorations ont été réalisées. Les effets de l'accession sont reportés au deuxième renouvellement, mais pas au troisième.

Pour le cas où le bailleur a supporté directement ou indirectement (réduction de loyers) la charge des travaux d'amélioration, il peut se prévaloir de ces travaux pour dé plafonner le loyer à l'occasion du renouvellement du bail au cours duquel ils ont été réalisés ; il n'a pas à attendre le deuxième renouvellement et donc un délai de l'ordre de 18 années.

La confusion des patrimoines

► L'autonomie des deux sociétés

113 Les immeubles inclus dans la société civile ne sont pas, en principe, affectés par le prononcé d'une procédure collective à l'encontre de la société commerciale locataire ; la séparation des patrimoines au sein de deux entités juridiques différentes conduit à ce résultat. En fait, le cloisonnement n'est pas toujours aussi étanche dans la mesure où la société civile a pu se porter caution de la société commerciale et donner en garantie les immeubles.

Les mandataires judiciaires et les créanciers ont souvent des velléités à l'encontre des sociétés civiles immobilières donnant à bail des locaux à une société commerciale, lorsque ces deux personnes morales ont des dirigeants communs ou des liens en capital.

Dans le cadre du régime des procédures collectives, la procédure de sauvegarde peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de

leur patrimoine ou de fictivité de la personne morale (c. com. art. L 621-2). Ces dispositions sont applicables à la procédure de redressement (c. com. art. L 631-7) et à la liquidation judiciaire (c. com. art. L 641-1).

Les deux patrimoines sont confondus et doivent répondre ensemble du passif. Dans cette perspective, les actifs immobiliers de la société civile ayant une valeur significative servent à désintéresser les créanciers commerciaux de l'autre société dont le patrimoine était insuffisant pour répondre des dettes.

La Cour de cassation dans le cadre du contentieux lié aux affaires de confusion de patrimoines s'est attachée avant tout à préserver l'autonomie et la continuité des deux personnes morales mises en cause ; la réunion des deux patrimoines ne peut être qu'une exception à ce principe qui doit être traitée selon une interprétation restrictive. Les nouvelles dispositions ne devraient pas modifier fondamentalement cette interprétation et les solutions dégagées par cette jurisprudence.

D'une façon générale, ne suffit pas à caractériser l'existence d'une confusion de patrimoines entre deux sociétés ou plus le fait qu'elles aient eu :

- des objets sociaux identiques ou complémentaires ;
- des associés et/ou des dirigeants communs ;
- une centralisation de leur gestion en un même lieu ;
- des relations commerciales et des relations financières usuelles, dès lors que ces sociétés ont conservé une activité indépendante, un actif et un passif propres et qu'aucun flux financier anormal n'existait entre elles.

Loyer versé par la société commerciale. L'extension de la procédure collective a aussi été refusée à l'encontre d'une société civile qui ne disposait pas d'autres ressources que le loyer versé par une SARL à qui elle avait donné à bail l'immeuble lui appartenant (cass. com. 25 novembre 1997, n° 95-17864).

► Deux critères fondamentaux

114 Selon la jurisprudence, deux critères sont révélateurs d'une confusion de patrimoines :

- la confusion des comptes, d'une part ; cette confusion existe lorsqu'il n'est plus possible de savoir à quelle société rattacher tel bien ou telle dette, les deux patrimoines étant tellement imbriqués ;
- les flux financiers anormaux ou, selon une nouvelle approche, les relations financières anormales, d'autre part, l'absence de contrepartie étant généralement mise en avant.

Ces deux critères dégagés par la Cour de cassation ne sont pas totalement hermétiques ; une comptabilité régulière peut en fait dissimuler une opération anormale.

La jurisprudence recensée sous ces deux critères est riche d'enseignement pour les créateurs ou dirigeants de SCI ; son étude doit permettre d'éviter les risques de requalification.

► La confusion des comptes

115 Du fait de l'existence d'un imbroglio entre les comptes de deux sociétés civiles immobilières et d'une SARL démontrant que cette dernière n'était en réalité qu'un écran destiné à assumer le passif, en laissant le soin aux SCI de préserver l'actif, les procédures de redressement judiciaire ont été jointes aux trois sociétés (cass. com. 23 janvier 1996, n° 93-14684).

Dans le cadre du couple SCI/société commerciale, ce sont surtout les relations financières anormales qui sont retenues. Le désordre généralisé des comptes

concerne plus des accords entre des sociétés proches ou des relations entre un commerçant et son locataire-gérant, domaines dans lesquels la confusion de patrimoines est également prononcée.

Interpénétration des sociétés civiles et commerciales. La confusion de patrimoines a été prononcée à l'encontre d'une SCI en raison de l'interpénétration existant entre cette société et une société commerciale, sa locataire et du fait que la dépendance de la SCI à l'égard de la société commerciale était totale (cass. com. 12 octobre 1993, n° 89-17509). Au cas considéré, des marchés de travaux intéressaient les bâtiments pour lesquels la SCI était titulaire d'un bail emphytéotique ; par bail commercial, elle avait donné ces bâtiments en location à la société commerciale pour l'exploitation d'un centre de loisirs et d'une discothèque ; les marchés étaient conclus indifféremment par l'un ou l'autre des dirigeants des deux sociétés pour les mêmes travaux sans que la part revenant à chacune d'elles puisse être déterminée.

► Relations financières anormales

- 116** Au vu de mouvements de fonds manifestement anormaux entre une société civile et une SARL dirigées par la même personne et formant en réalité une seule entreprise dont le patrimoine immobilier avait été constitué grâce aux ressources de la SARL, les deux sociétés ont été mises en liquidation judiciaire (cass. com. 26 mai 1998, n° 96-10582).

Les situations où des flux financiers anormaux entre deux sociétés ont permis aux créanciers d'obtenir l'extension de la procédure collective à l'encontre de la société civile immobilière propriétaire des murs sont assez nombreuses. Mais des faits isolés sont insuffisants, il faut établir l'existence prolongée de flux financiers anormaux, caractérisés notamment par des transferts de fonds sans aucune contrepartie d'une société vers une autre.

La Cour de cassation retient l'expression « relations financières anormales » au lieu et place de « flux financiers anormaux » pour caractériser la confusion des patrimoines. Une société civile immobilière loue, moyennant un loyer qualifié d'excessif, des locaux à une SARL ; selon les clauses du bail, celle-ci restait propriétaire, en fin de bail, des travaux d'embellissement effectués par le preneur. La SARL cesse de régler les loyers pendant plus de 2 ans tandis que la SCI n'en a pas réclamé le paiement, se mettant ainsi dans l'impossibilité de faire face au remboursement de ses emprunts ; en outre, la SCI s'abstient de délivrer à la SARL un commandement de payer visant la clause résolutoire, la faisant ainsi bénéficier, sans contrepartie, de la mise à disposition de son seul actif (cass. com. 7 janvier 2003, n° 00-13192). Au cas considéré, il n'existait plus de flux financiers entre les deux sociétés ; c'est surtout l'absence de paiement de loyer puis de poursuite qui faisait naître des relations financières anormales entre un bailleur et son locataire.

- **Loyer excessif servant à rembourser un emprunt.** Le loyer très élevé destiné à rembourser l'emprunt contracté par la SCI constituée par les associés de la société commerciale pour acquérir ou financer des travaux de l'immeuble donné en location à la société commerciale est également un révélateur de mouvements financiers anormaux (cass. com. 17 décembre 1991, n° 91-11998 ; cass. com. 14 mars 2000, n° 96-21497).
- **Encaissement de loyers et octroi de garanties.** Démonstre l'existence d'une confusion de patrimoines entre deux sociétés le fait qu'une des deux sociétés ait encaissé des loyers de certains immeubles appartenant à l'autre et que sur les biens de cette dernière elle ait consenti, sans aucune contrepartie, des hypothèques et nantissements (cass. com. 22 octobre 1996, n° 94-18285).

- **Dépôt de garantie important.** La confusion de patrimoines a été prononcée au vu du versement d'un dépôt de garantie représentant plus du quart de la valeur du bien loué et plus de 2 ans de loyer pour le paiement duquel la société locataire a fait un emprunt cautionné par la SCI, sa propriétaire (cass. com. 14 mars 2000, n° 97-21375).
- **Détournement de ressources.** La confusion de patrimoines est encore plus évidente en présence de deux sociétés dirigées par les mêmes personnes dont le patrimoine immobilier de l'une avait été constitué grâce aux ressources de la société commerciale et que la SCI avait pour unique finalité de faire échapper la partie immobilière aux créanciers de la société commerciale (cass. com. 1^{er} octobre 1997, n° 95-14578).
- **La SCI s'est enrichie grâce aux travaux de la société commerciale.** La confusion de patrimoines entre une SCI bâilleresse et une société commerciale locataire a été retenue notamment du fait que la société commerciale avait procédé à une rénovation complète des locaux pour une somme importante. Suite à la mise en liquidation judiciaire de la société et la résiliation du bail, la SCI a bénéficié des travaux ainsi effectués sans payer d'indemnités conformément aux clauses du bail, bénéficiant ainsi d'un flux financier annuel au détriment des créanciers de la société commerciale (cass. com. 26 mai 2010, n° 09-66615).