

SOCIÉTÉ CIVILE IMMOBILIÈRE À L'IMPÔT SUR LES SOCIÉTÉS ET LA MISE EN ŒUVRE DE L'OWNER BUY OUT (OBO) IMMOBILIER



PAR **ALI GUENFICI**, FISCALISTE, ENSEIGNANT VACATAIRE À L'UNIVERSITÉ DE PERPIGNAN VIA DOMITIA (UPVD) ET **KADA MEGHRAOUI**, ANCIEN ÉLÈVE DE L'ÉCOLE NATIONALE DES IMPÔTS, ENSEIGNANT EN DROIT FISCAL À L'UNIVERSITÉ PARIS 13 ET À L'ENOE

Littéralement traduit, l'OBO est une vente à soi-même. *In concreto*, la terminologie anglo-saxonne induit bien plus qu'une vente à soi-même, et sa traduction française ne rend que maladroitement justice à son esprit.

En effet, le « soi-même » dépasse la personne en tant que telle pour se référer davantage au noyau familial dans la plus pure tradition de la transmission patrimoniale familiale anglo-saxonne.

Une personne de ce noyau va vendre son bien immobilier à une société existante ou constituée pour l'occasion dans laquelle elle va s'associer avec les membres de sa famille.

L'OBO, ersatz juridique de l'ancienne

dynastie, reproduit ainsi cette ancestrale entité en permettant à une personne morale, potentiellement infinie dans le temps, de se substituer à une personne physique par nature finie dans le temps, dans la détention du patrimoine immobilier.

Cette technique d'ingénierie fiscale et financière répond à des objectifs de diversification patrimoniale dont l'efficacité peut être optimisée. L'OBO permet à la fois de « racheter » un crédit immobilier (s'il est présent) ou d'en contracter un, afin d'optimiser ou réaliser des placements et investissements, tout en facilitant la transmission familiale.

Il autorise des déductions de charges orientées et pertinentes qui permettent de limiter l'endettement et de libérer par une réaction opposée des produits.

L'OBO offre une solution encourageant la transmission d'un patrimoine immobilier à sa famille sans pour autant subir une imposition conséquente qui entraînerait sa perte ou une diminution conséquente de substance.

Une opération de ce type nécessite pour un rendement optimal que :

- les biens immobiliers qui font partie du patrimoine de la SCI soient exempt d'emprunt afin qu'un nouvel emprunt soit contracté ;
- la plus-value applicable lors de la vente du bien à la SCI soit faible ;

- que la SCI opte à l'impôt sur les sociétés. Un OBO appliqué à une SCI aux revenus fonciers serait moins rentable.

Ce mécanisme peut présenter toutefois deux écueils majeurs :

- le premier est qu'il est à la frontière entre la bonne gestion et l'abus de droit, d'où la nécessité de se faire accompagner par un professionnel aguerri (1) ;
- le second est qu'ipso facto il est onéreux à mettre en place.

Avant de se lancer dans la mise en place d'un OBO, il faut anticiper toutes les conséquences économiques, financières, juridiques et fiscales d'une telle opération sur son patrimoine.

Ce mécanisme mû par une série de leviers, à la fois financiers (emprunt), juridiques (personne morale) et fiscaux (déductions de certaines charges) permet de mettre en œuvre la transmission en minimisant la perte de patrimoine.

Même si l'opération d'OBO est particulièrement fructifiante pour un particulier disposant d'un patrimoine très important, surtout s'il s'approche ou dépasse le seuil de 1 300 000 euros (2) applicable aux

NOTES

(1) V. en ce sens l'article de G. DE LA TAILLE, maître des requêtes au Conseil d'État, « Abus, doctrine et artifices », *RJF*, sur un arrêt du CE ass. du 28 oct. 2020, n° 428048.59.

(2) CGI, art. 964 et art. 977 à 980.

personnes imposables à IFI, il ne faut surtout pas s'interdire de demander une étude de cas à un professionnel (3).

Nous verrons que la pertinence et l'intérêt de la mise en place de l'OBO (I) sont la condition sine qua non de la structuration (II) d'un OBO et par voie de conséquence d'une limitation de ses risques (III).

I - PERTINENCE ET INTÉRÊT DE LA MISE EN PLACE D'UN OBO

Il s'agit d'abord de s'assurer que les motivations ne sont pas exclusivement fiscales, ensuite de considérer les gains financiers qui détermineront in fine les effets fiscaux.

A - MOTIVATIONS PATRIMONIALES LIÉES AU NOYAU FAMILIAL

Ces arguments doivent être réels, car ils protégeront les porteurs du projet d'une rectification pour abus de droit.

L'OBO doit permettre aux dirigeants, généralement les parents, de conserver le patrimoine au sein de la famille, tout en développant d'autres activités. Cette motivation doit permettre d'intéresser les cédants à l'opération.

Il appert ainsi simultanément un intérêt intergénérationnel et un intérêt immédiat.

Les avantages principaux de recourir à cette structuration et à une SCI doivent être les suivants :

- cette opération d'OBO doit faciliter la transmission du bien aux proches sans avoir à dissoudre la SCI ;
- elle doit éviter l'indivision entre héritiers lors du décès du (ou des) parent(s).

B - GAINS FINANCIERS

Dès lors que le préalable patrimonial est fondé, le principal objectif de l'OBO est de dégager des liquidités permettant la réalisation de placements et d'investissements diversifiés, dans une optique de gestion

du patrimoine intergénérationnelle. En effet, l'inconvénient majeur de l'investissement immobilier est sa rigidité physique et son manque de liquidité récurrent.

L'investissement immobilier est onéreux en entretien et soumis à une fiscalité croissante et importante.

Économiquement, l'investissement immobilier repose sur un double objectif : premièrement le rendement locatif et deuxièmement la revente du capital et/ou sa transmission.

Cette dernière motivation explique l'invention de l'OBO et justifie économiquement en dehors de tout abus et de préoccupation exclusivement fiscale sa mise en place.

C - CONSÉQUENCES FISCALES

D'un point de vue fiscal, le propriétaire cédant son bien immobilier voit le montant de ses revenus fonciers contemporains diminuer à la suite du montage qui sera judicieusement combiné à des opérations de démembrement.

Tout d'abord, la SCI opte à l'impôt sur les sociétés entraînant de plein droit la soustraction au revenu global du revenu anciennement imposé à l'impôt sur le revenu.

Ensuite, les parts de la SCI sont démembrées de telle manière que les parents conservent l'usufruit des parts.

À l'inverse, les enfants obtiennent la nue-propriété des parts.

Ainsi, les parents peuvent arbitrer dans la distribution des dividendes lorsque leurs autres revenus baissent.

Enfin, et pour mémoire, le compte courant est démembré entre nu-propriétaire et usufruitier dès la donation en cas de donation réduisant encore la taxation.

Dans ce dernier cas, l'effet de levier de l'OBO par l'emprunt est moins important.

En effet et de manière générale, les parents génèrent les plus hauts revenus et ont un taux marginal d'imposition (TMI) élevé (montant de revenu imposé dans la tranche

la plus haute) ; contrairement aux enfants au début de leur carrière.

Par voie de conséquence, cela diminue le TMI mais également l'importance des patrimoines immobiliers réciproques.

En revanche, la SCI, même à l'IS, ne permet pas d'échapper à l'impôt sur la fortune immobilière (IFI) par sa simple existence.

Néanmoins, dès lors que les parts sont démembrées, leur valeur nominale diminue et les détenteurs peuvent se retrouver sous le seuil d'imposition à l'IFI.

En résumé, ce mécanisme est pertinent pour les gros revenus et patrimoines mais non exclusivement dans la mesure où il permet de :

- limiter les frais de succession, ce qui remplit pleinement l'objectif de transmission ;
- préparer l'avenir et ainsi la future succession en mettant en réserve des dividendes ;
- verser des dividendes aux associés et ainsi ménager le présent.

II - CONSTRUCTION ET MISE EN ŒUVRE DE L'OBO EN HUIT ÉTAPES

Bâtir un OBO passe par huit étapes successives.

Chacune d'elles favorise alternativement et parfois cumulativement un effet de levier juridique, fiscal et financier.

Première étape : existence d'une SCI, transmission et démembrement

Tout d'abord, la SCI permet la transmission du bien d'une personne à une autre.

La réalisation d'un OBO implique la création d'une structure juridique adaptée.

NOTES

(3) « OBO immobilier : une stratégie attrayante... subordonnée à des réglages fins (1^{re} partie) », *La revue fiscale du patrimoine* n° 7-8, juill. 2018 ; « Étude 17 et OBO immobilier : la dette sous surveillance (2^e partie) », *La revue fiscale du patrimoine* n° 10, oct. 2018 ; « Étude 24 », O. DE SAINT-CHAFFRAY, avocat associé CMS FRANCIS LEFEBVRE AVOCATS.

(4) CGI, art. 206.

La SCI familiale est la plus à même de répondre aux objectifs de mise en œuvre de l'OBO.

Soit elle existe déjà, soit elle doit être constituée.

Cette SCI doit opter à l'impôt sur les sociétés (4) afin que cette opération soit le plus rentable possible.

Toutefois, si la SCI reste aux revenus fonciers, l'OBO reste possible.

La SCI prend dans cette hypothèse le rôle de la holding familial.

Elle réunit le ou les futurs investisseurs personnes physiques ainsi que les membres de sa famille ; cela afin d'atteindre l'objectif de transmission patrimoniale.

Généralement, les parents sont désignés gérants ou cogérants.

C'est cette SCI qui acquière le ou les biens immobiliers en contractant un emprunt et par les apports en fonds propres des propriétaires membres de la famille et intéressés au projet de transmission.

C'est à ce stade que doit être menée une réflexion sur le montant du capital.

En effet, il peut être constitué par un faible capital social. L'intérêt de recourir à un faible capital social est de souscrire des parts sociales de faible montant ; ce qui impacte le montant de la nue-propiété des parts sociales transmises.

Il en ressort des droits à payer et des frais d'acte à la mesure de cette valeur nominale.

Ensuite, au sein de la SCI, les parents restent détenteurs de l'usufruit de l'ensemble des parts sociales ; ils donnent les parts avec réserve d'usufruit aux enfants.

Ils donnent donc aux enfants la nue-propiété des parts.

Les droits de donation seront réduits grâce au démembrement des parts sociales.

Le montant des droits de mutation applicables lors de la donation de l'usufruit est calculé suivant les barèmes en vigueur (5) qui dépendent du lien de parenté, ligne directe.

Conformément à l'article 669 du CGI, le tarif est applicable sur la base de la valeur fiscale nette de la

nue-propiété : « I. – Pour la liquidation des droits d'enregistrement et de la taxe de publicité foncière, la valeur de la nue-propiété et de l'usufruit est déterminée par une quotité de la valeur de la propriété entière, conformément au barème... » qu'il institue.

Toujours selon l'article 669, « pour déterminer la valeur de la nue-propiété, il n'est tenu compte que des usufruits ouverts au jour de la mutation de cette nue-propiété.

II - L'usufruit constitué pour une durée fixe est estimé à 23 % de la valeur de la propriété entière pour chaque période de dix ans de la durée de l'usufruit, sans fraction et sans égard à l'âge de l'usufruitier. » (6)

Le calcul des droits de mutation effectué, il est possible, sous conditions, de bénéficier d'un abattement de 100 000 euros par enfant et par parent, selon les dispositions de l'article 779 du CGI qui dispose : « I. - Pour la perception des droits de mutation à titre gratuit, il est effectué un abattement de 100 000 € sur la part de chacun des ascendants et sur la part de chacun des enfants vivants ou représentés par suite de prédécès ou de renonciation ».

Le montant des droits de mutation à titre gratuit est à payer par les donataires (enfants). Selon l'article 1712 du CGI, il peut néanmoins en être décidé autrement au sein de l'acte de donation à condition que cela soit précisé.

Ce qui revient *in concreto* à faire une donation aux enfants afin qu'ils honorent les impôts sur cette même donation.

Deuxième étape : choix du régime fiscal idoine

L'OBO est plus efficace lorsque la SCI constituée est soumise à l'impôt sur les sociétés. Dans ce cas, il est possible de déduire les amortissements et les charges d'intérêts qui découlent de l'emprunt contracté, en plus des autres frais déductibles.

La fiscalité est également moins pesante avec un résultat fiscal faible en début de période.

L'opération reste intéressante tant que le taux de l'impôt sur les sociétés reste inférieur au barème progressif. De même, les associés ont le choix d'arbitrer sur l'opportunité ou non du versement d'un dividende.

Comme pour le LBO, l'objet du montage est d'assurer l'autofinancement (loyer supérieur au crédit contracté) de l'opération, voire de dégager un excédent de trésorerie qu'il est possible de mobiliser ou de faire fructifier.

Troisième étape : le levier financier, bonus de l'OBO

C'est à ce stade que la vente du bien détenu en propre sera faite à la SCI. L'opération ne doit pas conduire la personne physique à vendre un bien à un prix ne facilitant pas une location à un prix attractif. Si le bien est vendu à un prix trop au-dessus du marché, le crédit sera trop élevé pour être compensé par le loyer à recevoir.

Inversement, la valeur du bien ne doit pas être sous-évaluée.

La première étape passe donc par la transmission à cette SCI des biens et par conséquent par le paiement des droits de mutations y afférents.

Cette étape est décisive car elle permet de dégager du cash-flow familial grâce à l'emprunt réalisé pour acheter le bien.

L'objectif est ici de dégager de la trésorerie à investir.

Une autre option est que les parents disposant de trésorerie prêtent de l'argent à la société qui rémunère ce prêt.

Pour mémoire, notons que la SCI pourra déduire la charge d'intérêt et le versement de ces intérêts sera taxé dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers (7).

NOTES

(5) CGI, art. 777.

(6) Sur ces aspects du démembrement et l'article 669 du CGI, v. « La donation d'usufruit d'un bien antérieurement donné en nue-propiété : aspects fiscaux », étude par X. GROSJEAN, *La Semaine juridique notariale et immobilière* n° 52, 25 déc. 2020, 1266 1266.

(7) CGI, art. 39 et 212.

Dans ce dernier cas, l'effet de levier de l'OBO par l'emprunt est moins important.

Afin de financer cette acquisition immobilière, la SCI peut contracter l'un des deux emprunts suivants.

1 - L'emprunt in fine

D'une part, une première fraction du prix de vente peut être utilisée dans le cadre d'un contrat de capitalisation. L'échéance de ce contrat est opportunément alignée sur la durée de l'emprunt in fine. Quant aux intérêts procurés par le contrat de capitalisation, ils sont apportés à la SCI afin de rembourser l'emprunt à l'échéance.

D'autre part, une seconde fraction du prix de vente peut être utilisée pour souscrire un contrat d'assurance-vie.

2 - L'emprunt « classique »

Dans cette hypothèse, la totalité du prix de vente est placée dans un contrat d'assurance-vie. Il est procédé à des rachats partiels échelonnés dans le temps, plus avantageux fiscalement que les revenus fonciers, pour le particulier (ou le couple). Lors du décès, les enfants récupèrent la pleine propriété des parts sociales dont la valeur augmente une fois l'emprunt remboursé. Les frais de succession sont moindres.

Quatrième étape : gestion de la plus-value de cession

Temporellement, la question de la plus-value va se poser d'une part lors de la création de la SCI et de la transmission du bien à cette SCI, et d'autre part lors de la cession éventuelle du bien par la SCI.

D'une part au stade de l'achat par la SCI, le choix de l'emprunt pour acquérir le ou les biens produit son plein effet.

La valeur des parts est calculée sur l'actif net de la SCI qui lors de cette donation est grevé du montant de l'emprunt réalisé.

Cet emprunt au passif vient en diminution de l'actif brut composé des immobilisations inscrites à l'actif.

Dès lors, l'assiette imposable des parts, fractions représentatives de cet actif net, est faible.

Lors de la cession du bien immobilier à la SCI, la personne physique paie les impôts sur la plus-value immobilière au taux de 19 % (8) auquel vient s'ajouter le montant des prélèvements sociaux au taux de 17,2 %. Il est précisé que des abattements relatifs à la durée de détention sont applicables (9), ainsi qu'une surtaxe, lorsque la plus-value réalisée est supérieure à 50 000 euros (10).

L'acquéreur étant la SCI, des droits d'enregistrement sont exigibles au taux de 5,09 % (11).

Il faut aussi considérer les frais de notaires à déboursier lors de la vente du bien à la SCI, ainsi que l'impôt sur la plus-value lors du transfert du bien immobilier du patrimoine personnel vers la SCI.

D'autre part en cas de cession du bien par la SCI.

À l'impôt sur les sociétés, et en cas de cession du bien, le régime de l'impôt sur les sociétés risque d'être désavantageux car la plus-value réalisée est imposée selon le régime des plus-values professionnelles.

Néanmoins, si l'objectif est de conserver le patrimoine immobilier au sein de la famille, le choix de l'impôt sur les sociétés est pertinent économiquement.

Cinquième étape : investissement des fonds

Cette cinquième étape, levier financier s'il en est, nous confirme l'intérêt de l'opération.

Les fonds obtenus par les cédants (souvent les parents) et résultant de la vente sont investis dans différents produits de placement.

L'objectif recherché étant de répartir les investissements afin d'en optimiser les rendements tout en diminuant les risques par cette diversification.

À mettre en relation avec l'effet de levier de l'OBO caractérisé par le mode d'emprunt vu supra dans la troisième étape.

Sixième étape : mise en location du bien vendu à la SCI

La sixième étape, financière et fiscale, est la poursuite de la vocation locative et condition sine qua non de la validité de l'opération afin d'éviter la sanction de l'abus de droit.

À ce stade, le bien vendu est soit déjà loué, soit le sera à l'issue de l'opération.

Les revenus perçus compensent le montant des intérêts de l'emprunt qui sont déductibles (12). Les charges d'intérêts diminuent le montant imposable et ipso facto l'impôt. L'objectif recherché est de dégager du cash-flow à faire fructifier ou à générer et/ou augmenter une capacité d'autofinancement (CAF).

Cet effet se produit lorsque le taux de rentabilité de l'opération est supérieur au taux d'endettement.

Ainsi, le prêt remboursé et un bénéfice dégagé, les associés peuvent se verser des dividendes (imposables à la flat tax à l'impôt sur le revenu, après paiement de l'impôt sur les sociétés par la SCI).

Septième étape : remboursement du crédit immobilier

La septième étape, financière, permet de rembourser l'emprunt.

Un OBO judicieusement piloté conduit à faciliter le remboursement de l'emprunt contracté via les loyers perçus en actionnant de concert les leviers financiers et fiscaux.

Huitième étape : transmission et remembrement des parts par succession

Cette huitième et dernière étape motive l'OBO. N'oublions pas que l'objectif final est la réunion des droits démembrement en une pleine propriété au profit des successeurs.

L'OBO permet de combiner les leviers fiscaux, juridiques, financiers

NOTES

(8) CGI, art. 200 B.

(9) CGI, art. 150 VC.

(10) CGI, art. 1609 nonies G.

(11) CGI, art. 1594 D, 1584, 1595 bis et 1647 V a.

(12) CGI, art. 39-1.

et économiques dans le but de préserver et de transmettre un patrimoine le plus entier et substantiel possible.

Cela, tant il est vrai que les frottements, dus à fiscalité française de la transmission patrimoniale, entraînent une érosion de matière lors de ce flux.

Lors du décès des parents, la pleine propriété des parts de la SCI est reconstituée au profit des usufruitiers.

Il n'y a pas de droits de mutation applicables sur la succession conformément à l'article 1133 du CGI qui dispose que : « *Sous réserve des dispositions de l'article 1020, la réunion de l'usufruit à la nue-propriété ne donne ouverture à aucun impôt ou taxe lorsque cette réunion a lieu par l'expiration du temps fixé pour l'usufruit ou par le décès de l'usufruitier* ».

III - IDENTIFICATION DES RISQUES POTENTIELS ET DE LEUR TRAITEMENT

Suite aux différents rapports de la Commission de l'abus de droit fiscal (CADF) (13), nous pouvons relever les éléments concordants suivants qui sont mis en avant afin de démontrer que le projet n'a qu'un objectif purement fiscal et dès lors, est considéré par l'administration fiscale comme abusif.

Cela étant, c'est à l'administration de démontrer l'abus.

Cette démonstration passe par une démarche de collationnement des éléments qui permet de réunir un faisceau d'indices démontrant cet abus.

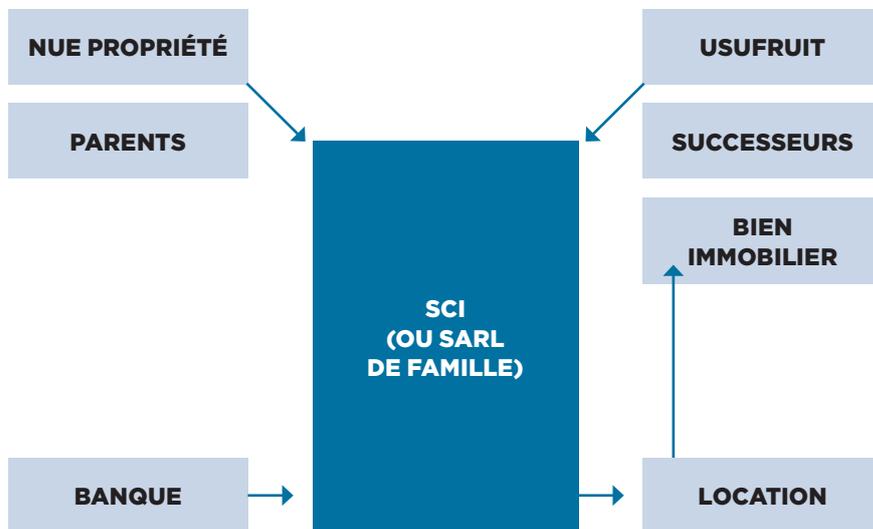
Afin d'éviter les aléas dommageables, il faut les identifier puis les neutraliser.

A - SIX RISQUES RELIÉS ENTRE EUX

1 - L'abus de droit fiscal de l'article L64 du LPF

Dans ce type de montage, il existe un risque fiscal réel d'abus de droit.

EXEMPLE DE SCHÉMA ILLUSTRANT L'OPÉRATION D'OBO



L'article L64 du LPF dispose que : « *Afin d'en restituer le véritable caractère, l'administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes ont un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éviter ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles.* »

L'administration fiscale est attentive à la mise en place d'un OBO immobilier et peut mettre en œuvre cette procédure de l'abus de droit si l'objet de l'OBO est détourné.

Une majoration de 80 % est applicable, même si elle peut être ramenée à 40 % lorsque le contribuable n'en est pas l'instigateur principal ou qu'il n'est pas le principal bénéficiaire du montage (14).

2 - Réalité de l'existence de la SCI

L'administration fiscale peut invoquer l'abus de droit fiscal en justifiant l'inexistence d'objet social de la SCI et donc la « fictivité » de la société.

Cette irréalité peut être prouvée notamment par l'absence d'assemblées ou d'opérations bancaires sur les comptes de la SCI et a fortiori, l'absence de produits locatifs.

Pour invalider le projet, l'administration peut démontrer l'absence de volonté locative.

Notamment, si l'opération vise à se louer le bien à soi-même à l'issue de la vente, le montage est remis en cause. Précisons que la déduction des charges est interdite dans ce cas précis (15).

3 - Justification d'un intérêt financier et patrimonial durable

S'il existe un « *intérêt financier et patrimonial durable* » à recourir à l'OBO, il n'est pas considéré comme abusif. En effet c'est l'exclusivité fiscale qui est prohibée. L'objectif recherché ne doit pas être exclusivement fiscal, ce afin d'éviter l'impôt. L'intérêt du montage peut résider dans l'obtention de « *meilleures conditions de financements* » et une « *capacité d'emprunt supérieure à celle des associés* » dans le cadre d'une transmission patrimoniale par exemple. Un arrêt du Conseil d'État

NOTES

(13) www.impots.gouv.fr/portail/documentation.

(14) CGI, art. 1729 b.

(15) Arr. CE 8 févr. 2019, n° 407641.

a été rendu en ce sens en excluant l'application de l'abus de droit sur un montage de LBO assimilé à un OBO et contredisant l'administration fiscale. Cette dernière a invoqué que les associés ont organisé le montage pour faciliter une distribution de bénéficiaires et ne pas payer le taux progressif à l'impôt sur le revenu.

4 - Immeuble évalué à un prix trop faible ou trop élevé lors de la réalisation de l'OBO

D'une part, l'opération d'OBO ne doit pas avoir pour effet de vendre un immeuble à un prix trop faible. En effet, il existe un risque réel de rectification à l'impôt sur le revenu, au niveau des plus-values immobilières réalisées ou bien à celui l'IFI. L'administration fiscale risque d'invoquer une insuffisance de prix ou d'évaluation.

D'autre part et inversement, le prix ne doit pas être au-dessus du marché.

Un prix artificiellement trop élevé peut être fixé pour obtenir un prêt plus important et par voie de conséquence une trésorerie conséquente et disponible.

Ce financement est investi dans divers produits pendant que la SCI en supporte le coût et subit un déficit anormalement important puisque non compensable par des loyers impossibles à atteindre.

Cela étant, même en l'absence de lien de causalité entre le coût du prêt et l'absence de locataires, ou même en présence de loyers compensant les charges, l'administration fiscale peut remettre en cause le montant du prêt et rejeter les charges d'intérêt et les autres charges (amortissements, etc.) sur le fondement de l'abus de droit et a minima de l'acte anormal de gestion.

Ainsi, il ne saurait être créé de dette anormale au risque qu'elle soit remise en cause par l'administration fiscale.

En effet, dans une situation normale, une SCI ne supporterait des charges contre son intérêt.

L'administration doit démontrer que

le prix payé pour l'achat des biens est artificiellement élevé.

Pour maîtriser ce risque, une évaluation en bonne et due forme de la valeur de l'immeuble doit être établie.

5 - Existence d'un droit de préemption

Nous sommes ici en présence d'une vente entre au moins deux personnes.

En conséquence, un risque de préemption externe et/ou interne est toujours possible.

Il y a lieu de prendre en compte le risque d'un droit de préemption public (mairie, etc.) ou privé (locataire, etc.) qui peut être actionné et faire échouer l'opération.

Il faut donc sécuriser et fiabiliser cette étape de la vente.

6 - La volonté d'échapper aux créanciers

En aucun cas l'OBO ne peut prospérer si son objectif est de contourner ou d'échapper le droit des créanciers ; l'OBO ne doit pas avoir pour objectif d'organiser l'insolvabilité des cédants.

D'ailleurs, même si l'opération est réalisée avec succès, les créanciers peuvent mettre en œuvre l'action paulienne par référence à l'article 1167 du Code civil.

B - LES MOYENS MIS EN ŒUVRE POUR RÉDUIRE OU ANÉANTIR CES RISQUES

Ils sont de quatre natures différentes et complémentaires.

1 - Les moyens juridiques : statut et vie de la SCI

L'administration fiscale surveille attentivement ce type de montages en raison des incidences fiscales qui y sont afférentes.

Il faut démontrer que l'objectif recherché n'est pas exclusivement fiscal.

Les statuts doivent faire référence de façon précise aux propriétaires des parts sociales en usufruit et nue-propriété.

Par ailleurs il convient de prouver

la réalité de l'objet social de la SCI en tenant régulièrement des assemblées générales.

Le caractère fictif de l'activité peut être source d'abus de droit.

2 - Les moyens comptables : tenir une comptabilité

Il y a lieu de tenir une comptabilité précise et sincère retraçant l'activité de la SCI. Par ailleurs, il y a lieu d'avoir des comptes bancaires bien distincts entre ceux de la SCI et ceux de la ou des personnes physiques.

De même, l'enregistrement des produits est un élément déterminant de la sincérité de cette comptabilité.

3 - Valorisation au prix du marché du bien immobilier

Il y a lieu de réduire le risque fiscal en recourant aux services d'un expert-immobilier ou d'un notaire. Par ailleurs, le particulier souhaitant procéder par lui-même à l'évaluation de l'immeuble peut utiliser le logiciel PATRIM de l'administration fiscale qui est dédié à la simulation d'un prix fixé par comparaison avec d'autres biens similaires.

4 - L'accompagnement par un professionnel

Devant les différents enjeux comptables, fiscaux et juridiques du cédant et du cessionnaire, un professionnel de la fiscalité est un interlocuteur privilégié pour mener à bien le projet d'OBO ; qu'il soit expert-comptable, avocat ou notaire. L'accompagnement par des professionnels durant ce montage est l'une des clés de la réussite et du succès de cette opération.

Ils interviennent également pour guider le cédant et le cessionnaire dans le choix de la structure juridique appropriée à ériger.

Ils tiennent compte enfin des besoins et des objectifs recherchés par les porteurs du projet.

Il ne saurait être question dans ce cadre d'un projet passe-partout mais bien d'un OBO sur mesure. L'OBO n'est pas du prêt-à-porter mais bien de la haute couture.