

Les aspects fiscaux de l'usufruit immobilier

par

Thierry De Mitri

Expert fiscal diplômé, conseiller fiscal à Lausanne

I. Introduction.....	130
II. Quelques principes de la fiscalité immobilière.....	131
A. Impôts au moment de l'acquisition.....	132
B. Impôts pendant la période de détention.....	133
C. Impôts au moment de l'aliénation.....	135
III. Fiscalité de l'usufruit immobilier.....	137
A. Constitution de l'usufruit.....	137
1. Constitution à titre onéreux.....	137
2. Constitution à titre gratuit.....	142
B. Pendant la période de détention.....	142
1. Perception d'une prestation périodique.....	144
2. Perception d'une prestation en capital.....	145
C. Renonciation à l'usufruit.....	149
1. Abandon contre une indemnité.....	149
2. Abandon à titre gratuit.....	154
D. Vente d'un bien immobilier grevé d'un usufruit.....	154
E. Impôt sur la fortune.....	155
F. Usufruit sur des parties d'immeubles.....	156
G. Usufruit immobilier et impôt sur les successions.....	156
IV. Conclusion.....	157

I. Introduction

1. L'actif immobilier constitue sans aucun doute le bien patrimonial préféré des autorités fiscales. En effet, rares sont les objets qui génèrent une fiscalité au moment de leur acquisition, de leur détention et de leur aliénation.
2. Cela étant, malgré une certaine harmonisation apportée par la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (ci-après « LHID »)¹, il faut bien admettre que de grandes disparités persistent au niveau des cantons, notamment s'agissant des impôts relevant strictement de leur souveraineté fiscale comme en matière de droits de mutation ou encore en matière d'impôt sur les successions ou sur les donations.
3. Ces différences sont particulièrement marquées dans le domaine de l'usufruit immobilier dans la mesure où – comme on le verra – certaines options sont laissées à l'appréciation du législateur cantonal. C'est la raison pour laquelle des phénomènes similaires trouvent des réponses différentes selon la législation cantonale applicable.
4. Quand bien même l'usufruit en matière immobilière commence à être une institution de plus en plus utilisée par les personnes morales, le champ d'investigation de la présente contribution sera limité en principe à l'investissement immobilier détenu par une personne physique.
5. Dans ce contexte, il sera déterminant de bien distinguer les situations dans lesquelles l'immeuble appartient à la fortune privée du contribuable de celles où l'immeuble se situe dans sa fortune commerciale. Ces concepts devront être définis plus loin.
6. Après avoir survolé brièvement les principes fondamentaux de la fiscalité immobilière, nous examinerons les conséquences fiscales de la constitution d'un usufruit immobilier. Par la suite, nous présenterons le traitement fiscal du rendement immobilier découlant d'un usufruit et distinguerons la relation – complexe au

demeurant – entre le propriétaire et l'usufruitier respectivement entre l'usufruitier et son locataire le cas échéant. Nous examinerons également les conséquences fiscales de la renonciation à l'usufruit, qu'elle soit gratuite ou à titre onéreux. Enfin, avant de conclure, nous aborderons le traitement fiscal de l'usufruit limité à des parties d'immeuble et la constitution et l'extinction de l'usufruit dans le contexte de l'impôt sur les successions.

II. Quelques principes de la fiscalité immobilière

7. En matière de fiscalité immobilière, la plupart des cantons ont adopté des dispositions légales spécifiques prévoyant un prélèvement au moment de l'acquisition du bien immobilier ou d'un droit réel limité en relation avec le bien immobilier. Pendant la période de détention, des impôts sont prélevés sur le rendement net généré par l'actif immobilier. Enfin, au moment de l'aliénation, la plus-value découlant de la cession du bien immobilier est en principe soumise à une imposition spécifique.
8. Comme esquissé plus haut, l'appartenance d'un bien immobilier à la fortune commerciale ou à la fortune privée du contribuable est une question déterminante du droit fiscal. En vertu de l'art. 18 al. 2 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (ci-après « LIFD »)² et de l'art. 8 al. 2 LHID, la fortune commerciale comprend tous les éléments qui servent, entièrement ou de manière prépondérante, à l'exercice de l'activité lucrative indépendante. De ce fait, un bien appartient à la fortune commerciale dès lors que, cumulativement, le contribuable exerce une activité lucrative indépendante et que le bien en question sert entièrement (critère de l'utilisation effective) ou de manière prépondérante (critère de la prépondérance) à l'exercice de l'activité lucrative indépendante. A l'inverse, un bien sera attribué à la fortune privée dès lors qu'il n'est pas utilisé dans le contexte de l'activité lucrative

¹ RS 642.14.

² RS 642.11.

indépendante. C'est donc une définition négative qu'il convient d'adopter en matière de fortune privée.

9. Cette distinction est particulièrement importante s'agissant de la fiscalité applicable lors de la détention du bien immobilier et au moment de l'aliénation de ce dernier³. Ainsi, le passage d'un immeuble de la fortune commerciale à la fortune privée, par exemple en vertu du principe de la prépondérance, ou vice versa n'est pas sans conséquences fiscales⁴.

A. Impôts au moment de l'acquisition

10. Les droits de mutation sont des impôts perçus par les cantons sur les transferts de la propriété immobilière. Il s'agit d'impôts indirects dont la souveraineté relève strictement des cantons et des communes⁵. Il n'y a donc pas de mandat constitutionnel d'harmonisation fiscale en faveur de la Confédération.
11. Les droits de mutation sont perçus en cas de transfert entre vifs et à titre onéreux de la propriété d'un immeuble ou d'une part d'immeuble situé dans le canton.
12. En règle générale, l'impôt est perçu au moment de l'inscription du transfert du bien immobilier au registre foncier.

³ La notion de réalisation fiscale est large, cf. THIERRY OBRIST, Le concept de réalisation systématique en droit fiscal suisse, changement de système fiscal et impôt sur le revenu et le bénéfice, Bâle 2012, p. 187 ss.

⁴ Le législateur a souhaité, dans le cadre de la Réforme de l'imposition de l'entreprise II, réduire les effets néfastes de la réalisation systématique. Cf. THIERRY DE MITRI/RAPHAËL GANI, Passage de l'immeuble de la fortune commerciale dans la fortune privée – Questions choisies concernant l'application du nouvel article 18a LIFD, RF vol. 66 (2011), N 7/8, p. 564-580.

⁵ A noter que les cantons de Zoug, Zurich, Schwytz, Uri, Schaffhouse et Glaris ne prélèvent pas de droits de mutation. Des frais de registre foncier peuvent néanmoins être prélevés.

13. Le champ d'application des droits de mutation peut être étendu à d'autres objets et les particularités cantonales sont nombreuses⁶. Dans ce contexte, la question de la perception d'un droit de mutation au moment de la constitution de l'usufruit se posera, comme on le verra plus loin.

B. Impôts pendant la période de détention

14. En vertu de l'art. 21 LIFD, le législateur a distingué l'imposition des revenus en relation avec la cession de l'usage, soit les revenus provenant de la location, de l'affermage, de l'usufruit ou d'autres droits de jouissance (art. 21 al. 1 let. a LIFD, art. 7 al. 1 LHID), de l'imposition découlant de l'usage propre d'un bien immobilier. Dans ce cas, le contribuable se voit imputer un revenu en nature dénommé valeur locative (art. 21 al. 1 let. b LIFD, art. 7 al. 1 LHID). Le législateur a également prévu l'imposition des droits de superficie (art. 21 al. 1 let. c LIFD)⁷ ainsi que des revenus provenant de l'exploitation de gravières, sablières ou d'autres ressources du sol (art. 21 al. 1 let. d LIFD).
15. S'agissant de l'imposition de la valeur locative, le législateur a donc souhaité soumettre à imposition – sous la forme d'un revenu en nature – le fait pour le contribuable d'employer lui-même son propre bien immobilier. Si, classiquement, on considère que cette imposition se justifie par le fait de vouloir mettre sur un pied d'égalité les propriétaires fonciers entre eux⁸, l'imposition de la valeur locative cherche également à rétablir une certaine égalité de traitement entre les locataires et les propriétaires fonciers, compte

⁶ Par exemple, le transfert de la majorité du capital-actions d'une société immobilière peut être soumis à la perception des droits de mutation (Fribourg, Berne, Jura, mais non Vaud ni Neuchâtel).

⁷ Pour un exposé complet sur le sujet, cf. THIERRY OBRIST, La fiscalité des droits de superficie, in : Guillaume/Pradervand-Kernen (édit.), Le droit de superficie, Questions pratiques et d'actualité, Bâle 2016, p. 143 ss.

⁸ Le propriétaire qui loue un bien immobilier est imposable sur le rendement qu'il retire de son bien. Le fait d'en jouir devrait conduire à la même conséquence fiscale.

tenu du fait que les locataires ne peuvent pas déduire le montant de leur loyer⁹.

16. La question de la valeur locative revêt toute son importance dans le contexte de l'usufruit immobilier. En effet, il conviendra de déterminer qui du propriétaire ou de l'usufruitier doit se voir imputer la valeur locative, dès lors que le bien immobilier ne fait pas l'objet d'une location.
17. Concernant les biens immobiliers faisant partie de la fortune commerciale, le législateur n'a pas prévu de dispositif particulier. Il s'agit de revenus entrant dans le cadre de l'activité lucrative indépendante au sens large pour une personne physique ou de l'impôt sur le bénéfice s'agissant des personnes morales. Dans la mesure où le contribuable est tenu de présenter une comptabilité en la forme commerciale, les revenus immobiliers sont donc soumis à imposition du fait qu'ils ont été comptabilisés dans le compte de résultats à la base de la taxation du contribuable.
18. Enfin, le bien immobilier constitue un actif entrant dans l'assiette de l'impôt sur la fortune que tous les cantons suisses sont obligés de prélever en vertu de la LHID¹⁰. Dans ce domaine encore, les particularités cantonales sont nombreuses. En règle générale, chaque canton procède à une estimation du bien immobilier selon des règles propres aboutissant à la détermination d'une estimation fiscale, valeur fiscale ou autre valeur cadastrale. Dans ce contexte, l'appartenance des biens immobiliers à la fortune commerciale ou à la fortune privée est *a priori* non pertinente.
19. Dans le cas de l'usufruit immobilier, il conviendra également de déterminer qui du propriétaire ou de l'usufruitier doit s'acquitter de l'impôt sur la fortune.

⁹ A l'inverse, les propriétaires peuvent déduire les frais d'entretien d'immeuble (art. 32 LIFD) et les intérêts passifs (art. 33 al. 1 let. a LIFD). Pour une démonstration convaincante, voir JEAN-MARC RIVIER, *Droit fiscal suisse, L'imposition du revenu et de la fortune*, 2^e éd., Lausanne 1998, p. 436.

¹⁰ Art. 2 al. 1 let. a LHID, art. 13-14 LHID. La Confédération ne dispose plus de compétence constitutionnelle depuis 1959.

C. Impôts au moment de l'aliénation

20. Au moment de l'aliénation d'un bien immobilier, il se pose la question du traitement fiscal du gain immobilier résultant de cette opération. Cette question est relativement complexe et suscite chaque année une abondante jurisprudence en la matière.
21. En substance, au niveau fédéral, le gain en capital résultant de la vente d'un bien immobilier appartenant à la fortune privée est exonéré d'impôt en vertu de l'art. 16 al. 3 LIFD. A l'inverse, le bénéfice en capital de la fortune commerciale d'une personne physique ou d'une personne morale est pleinement imposable au titre de l'impôt sur le revenu pour la personne physique (art. 18 al. 2 LIFD) ou de l'impôt sur le bénéfice pour la personne morale (art. 58 LIFD).
22. Ainsi, l'appartenance à la fortune privée ou à la fortune commerciale du bien immobilier est une question cruciale en matière d'impôt fédéral direct eu égard au fait que le législateur a adopté un système dual.
23. En matière d'impôt cantonal et communal, la plus-value immobilière est également exonérée de l'impôt sur le revenu (art. 7 al. 4 let. b LHID), mais est soumise à l'impôt sur les gains immobiliers (art. 12 al. 1 LHID). A cet égard, on distingue deux modèles d'imposition, une harmonisation complète n'ayant pas pu être atteinte en la matière.
24. Le premier est le système dualiste qui appréhende les gains provenant de l'aliénation de biens immobiliers appartenant à la fortune privée au moyen d'un impôt spécial¹¹. L'impôt sur les gains immobiliers a pour objet la différence résultant entre le prix d'aliénation et la dépense d'investissement, soit le prix d'acquisition ou toute autre valeur s'y substituant plus les éventuelles impenses (art. 12 al. 1 LHID). Les gains immobiliers réalisés sur des éléments faisant partie de la fortune commerciale

¹¹ Tous les cantons romands appliquent le système dualiste, à l'exception du canton du Jura.

sont imposés par le biais de l'impôt ordinaire sur le revenu s'agissant des personnes physiques (art. 8 al. 1 LHID) ou de l'impôt sur le bénéfice en présence d'une personne morale (art. 24 al. 1 LHID).

25. Les cantons ont également la possibilité d'opter pour le système moniste au moyen duquel les gains immobiliers sont en principe toujours frappés d'un impôt spécial sans distinction quant à la question de savoir si le bien appartient à la fortune commerciale ou à la fortune privée (art. 12 al. 4 LHID)¹². Toutefois, le système moniste connaît une exception importante lorsque la plus-value immobilière est également constituée d'un gain comptable, à savoir la différence entre la dépense d'investissement et la valeur comptable du bien immobilier figurant au bilan. En pareilles circonstances, ce gain comptable appelé plus-value structurelle et correspondant généralement à une reprise d'amortissements ou de provisions est soumis à une imposition ordinaire du fait que leur constitution a été déduite du compte de résultats dans les exercices commerciaux précédents. En revanche, la plus-value dite conjoncturelle – soit la différence entre le prix d'aliénation et la dépense d'investissement – est toujours soumise à l'impôt spécial sur les gains immobiliers, que la plus-value soit commerciale (personne physique ou morale) ou privée.
26. Cela étant dit, il faut souligner que l'art. 12 al. 2 let. c LHID prévoit que sont assimilées à une aliénation « la constitution de servitudes de droit privé sur un immeuble ou les restrictions de droit public à la propriété foncière, lorsque celles-ci limitent l'exploitation ou diminuent la valeur vénale de l'immeuble de manière durable et essentielle et qu'elles donnent lieu à une indemnité ». Dès lors, il se posera la question de savoir si la constitution d'un usufruit ou la renonciation à titre onéreux à un usufruit peut donner lieu au prélèvement d'un impôt sur les gains immobiliers.

¹² Les cantons de Zurich, de Berne, du Jura ou du Tessin appliquent le système moniste.

III. Fiscalité de l'usufruit immobilier

A. Constitution de l'usufruit

27. Au moment de la constitution d'un usufruit, les situations diffèrent selon que l'usufruit a été constitué à titre onéreux ou à titre gratuit. Ces deux cas de figure doivent donc être distingués.

1. Constitution à titre onéreux

28. Potentiellement, la constitution d'un usufruit immobilier est susceptible d'être soumise à la perception d'un droit de mutation.
29. En principe, le droit de mutation étant perçu sur le transfert de la propriété, la constitution d'un usufruit ne devrait pas donner lieu à la perception d'un droit de mutation, sauf si la loi cantonale le mentionne expressément.
30. De ce fait, rares sont les cantons qui perçoivent un droit de mutation au moment de la constitution de l'usufruit. A titre d'exemple, on peut citer les cantons de Vaud¹³, de Fribourg¹⁴ et du Valais¹⁵ qui ont adopté des dispositions légales spécifiques permettant de prélever un droit de mutation lors de la constitution. Pour déterminer la base imposable, une lecture attentive des lois cantonales s'avère nécessaire. En effet, des modalités différentes sont prévues lorsque l'usufruit est payé sous la forme d'une prestation unique ou sous la forme de prestations périodiques.

¹³ Art. 2 al. 3 let. a de la loi vaudoise du 27 février 1963 concernant le droit de mutation sur les transferts immobiliers et l'impôt sur les successions et donations (ci-après « LMSD »).

¹⁴ Art. 3 al. 1 let. b de la loi fribourgeoise du 1^{er} mai 1996 sur les droits de mutation et les droits sur les gages immobiliers (ci-après « LDMG »).

¹⁵ Art. 6 al. 2 let. b de la loi valaisanne du 15 mars 2012 sur les droits de mutation (ci-après « LDM »).

31. Si un montant unique a été convenu entre les parties, ce montant est considéré comme une contre-prestation soumise aux droits de mutation¹⁶.
32. Dans l'hypothèse du versement de prestations périodiques et afin de déterminer la base imposable, certaines lois cantonales prévoient qu'il convient de capitaliser les montants versés¹⁷.
33. Il arrive parfois que le propriétaire cède à titre onéreux la propriété de l'immeuble, tout en conservant un droit réel restreint comme un usufruit sur le bien immobilier. D'un point de vue économique, la base imposable devrait tenir compte du fait que le bien immobilier est grevé d'une charge d'usufruit. Toutefois, il se peut que le droit cantonal prévoit une imposition sans déduction de la valeur de cette charge¹⁸, en particulier si son extinction (par exemple au décès de l'usufruitier) n'est pas soumise à imposition¹⁹.
34. S'agissant du propriétaire qui octroie l'usufruit en faveur de l'usufruitier, la question se pose de savoir si cette transaction est soumise à l'impôt ordinaire sur le revenu ou à l'impôt sur les gains immobiliers.
35. La doctrine majoritaire²⁰ est d'avis que la perception d'une prestation lorsque l'usufruit a été constitué à titre onéreux n'est pas soumise à la perception de l'impôt sur les gains immobiliers²¹, mais à l'impôt ordinaire sur le revenu au sens de l'art. 21 LIFD comme on le verra plus loin.
36. L'absence de prélèvement de l'impôt sur les gains immobiliers se justifie par le fait que l'octroi d'un usufruit ne constitue pas une aliénation (voir art. 12 al. 2 let. c LHID).
37. Or, dans le cas de l'usufruit, force est de constater que les droits sont par définition octroyés pour un temps limité et ne sont pas de nature à entamer la substance de l'immeuble. En effet, la doctrine estime qu'il n'y a pas de diminution de valeur durable et essentielle permettant de justifier une imposition au titre du gain immobilier.

¹⁶ Voir par exemple l'art. 6 al. 1 LMSD, l'art. 12 al. 1 LDMG, l'art. 11 al. 1 let. b LDM.

¹⁷ La capitalisation facilite la perception et permet d'éviter un prélèvement annuel. Dans le canton de Vaud, en vertu de l'art. 9 al. 1 LMSD, la valeur de l'usufruit est estimée selon un barème de capitalisation. Le barème de capitalisation est prévu à l'art. 32 de l'Arrêté d'application de la loi du 27 février 1963 concernant le droit de mutation sur les transferts immobiliers et l'impôt sur les successions et donations (ALSMD). Cette disposition permet de capitaliser une rente quel qu'en soit le terme de paiement et prend en compte l'espérance de vie du bénéficiaire. Selon l'art. 34 ALMSD, un autre barème permet de déterminer la valeur capitalisée d'un droit réel restreint dépendant uniquement de la durée du droit fixée préalablement. A cet égard, il faut souligner que la valeur capitalisée de l'usufruit au moment de la constitution, et sur laquelle le droit de mutation sera prélevé, ne doit toutefois pas dépasser la valeur vénale du bien estimé sans tenir compte du droit réel restreint (art. 34 al. 2 ALMSD). Dans les cantons de Fribourg (art. 16 LDMG) et du Valais (art. 11 al. 1 let. b LDM), un système similaire est prévu lorsque des prestations périodiques sont versées pour une durée déterminée ou en fonction de l'espérance de vie du bénéficiaire.

¹⁸ Art. 6 al. 5^{bis} LMSD entré en vigueur le 1^{er} janvier 2018 ; voir aussi l'art. 35 al. 3 de la loi genevoise du 9 octobre 1969 sur les droits d'enregistrement (ci-après « LDE »).

¹⁹ Comme c'est le cas dans le canton de Vaud selon l'art. 32 al. 2 LMSD ou dans le canton de Genève.

38. Il faut donc considérer que la prestation unique perçue par le propriétaire de l'immeuble constitue un rendement de la fortune immobilière dont l'imposition dépendra de certaines modalités particulières²².

39. A noter que le canton de Vaud se distingue en matière d'impôt sur les gains immobiliers dans le contexte de la constitution d'un

²⁰ NICOLAS MERLINO, in : Noël/Aubry-Girardin (édit.), *Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct - Commentaire romand*, 2^e éd., Bâle 2017, art. 21 LIFD N 21 ; F. RICHNER/W. FREI/S. KAUFMANN/H.U. MEUTER, *Handkommentar zum DBG*, Berne 2016, art. 21 LIFD N 31 ; BASTIEN VERREY, *Commentaire de l'ATF 139 II 363, RDAF 2013 II 607 ; RIVIER (n. 9)*, p. 431.

²¹ A titre d'exemple, l'absence d'imposition au titre du gain immobilier est expressément prévue à l'art. 137 al. 3 de la loi bernoise du 21 mai 2000 sur les impôts.

²² On verra en effet plus bas que la perception d'une indemnité en capital ne sera pas imposable en vertu du principe de praticabilité quand bien même il est incontestable qu'il s'agit d'un revenu de la fortune immobilière imposable.

usufruit à titre onéreux. La loi prévoit certes, à l'instar de l'art. 12 al. 2 let. c LHID, le principe de la perception d'un impôt sur les gains immobiliers lors de la constitution de servitudes de droit privé, notamment d'un droit d'usufruit (art. 64 al. 2 let. e LI-VD), contre versement d'une indemnité lorsque la servitude « diminue la valeur vénale de tout ou partie de l'immeuble de manière durable et importante ». Toutefois, cette imposition se heurtera bien souvent au critère de la diminution de valeur durable et essentielle (ou importante selon les termes de la loi vaudoise) qui est un élément constitutif de l'imposition au titre de l'impôt sur les gains immobiliers.

40. Cela étant, l'art. 71 al. 2 LI-VD prévoit un mécanisme particulier d'ajustement en mentionnant que « sont ajoutées au produit de l'aliénation les prestations obtenues par l'aliénateur pour la constitution ou l'abandon de servitudes ou pour des restrictions de droit public à la propriété foncière, lorsque les indemnités obtenues n'ont pas été imposées selon l'article 64, alinéa 2, lettre e ». Cela signifie concrètement que, au moment de la vente effective du bien immobilier par le propriétaire, il convient d'ajouter au prix d'aliénation le montant de l'usufruit qui n'a pas donné lieu à imposition au moment de la constitution, ce qui a pour effet d'augmenter le gain immobilier imposable. En d'autres termes, si le propriétaire n'est pas imposable lors de la constitution de l'usufruit, cette imposition est en définitive différée et reportée au moment de l'aliénation effective de l'immeuble donnant lieu à la perception de l'impôt sur les gains immobiliers.
41. La constitution d'un usufruit sans imposition au titre de l'impôt sur les gains immobiliers génère ainsi une charge fiscale latente qui se réalisera ultérieurement au moment d'une aliénation imposable du bien immobilier.
42. Cette imposition ultérieure du montant perçu lors de la constitution de l'usufruit au moment de l'aliénation ne va pas sans poser de problèmes.
43. D'une part, il est constant que le montant perçu dans le cadre de la constitution d'un usufruit est soumis à l'impôt sur le revenu du fait qu'il s'agit en réalité d'un rendement de la fortune

immobilière. Ainsi, la constitution de l'usufruit donne lieu immédiatement à une imposition au titre de l'impôt sur le revenu puis, dans un second temps, à une imposition au titre de l'impôt sur les gains immobiliers au moment de l'aliénation de l'immeuble par l'adjonction du montant de l'usufruit au prix d'aliénation. Cela génère donc une double imposition inadmissible.

44. D'autre part, on peut se poser la question de savoir si la notion de produit d'aliénation prévue à l'art. 12 LHID peut être étendue à une prestation d'usufruit qui n'a pas été soumise dès l'origine à l'impôt sur les gains immobiliers, faute d'avoir été qualifiée d'aliénation au moment de sa constitution en raison de l'absence de diminution durable et importante de la valeur du bien immobilier.
45. En d'autres termes, il paraît douteux que le législateur cantonal, dans le cadre de la concrétisation de l'art. 12 LHID, puisse en définitive soumettre à l'impôt sur les gains immobiliers, sous couvert d'un mécanisme d'ajustement du prix d'aliénation, un montant perçu lors de la constitution d'un usufruit qui n'a pas pu être soumis à l'impôt sur les gains immobiliers au moment de sa perception²³.
46. En définitive, cela revient à considérer que la constitution d'un usufruit est toujours soumise à l'impôt sur les gains immobiliers, soit au moment de sa constitution, car elle génère une diminution durable et essentielle de la valeur de l'immeuble, soit ultérieurement au moment de l'aliénation de l'immeuble dans la prise en compte du prix d'aliénation du montant d'usufruit perçu dans le passé par le propriétaire.

²³ Selon la jurisprudence et la doctrine, la marge de manœuvre du législateur cantonal est limitée s'agissant de la question de la détermination du gain immobilier imposable, en particulier lorsque l'impôt sur les gains immobiliers et l'impôt sur les revenus sont étroitement liés. Cf. BASTIEN VERREY, *L'imposition différée du gain immobilier : harmonisation fédérale et droit cantonal comparé*, Genève/Zurich/Bâle 2011, p. 7 et les références citées.

2. Constitution à titre gratuit

47. Lors de la donation d'un bien immobilier, il est fréquent que le donateur transfère la propriété du bien immobilier et se réserve l'usufruit.
48. Sous réserve d'exonérations prévues par les législations cantonales²⁴, le transfert immobilier à titre gratuit est soumis à l'impôt sur les donations ou à l'impôt sur les successions.
49. Dans cette hypothèse, il se pose la question de savoir si le fait de procéder à une donation immobilière avec réserve d'usufruit est de nature à modifier la base imposable.
50. Dans certains cantons, la donation immobilière avec réserve d'usufruit donne lieu à une imposition pleine et entière sans qu'il y ait lieu de tenir compte de la réserve d'usufruit, comme c'est le cas, par exemple, dans le canton de Vaud²⁵.
51. Dans d'autres cantons, l'imposition a lieu sous déduction du montant de l'usufruit en valeur capitalisée, comme dans le canton de Neuchâtel²⁶ ou dans le canton du Valais²⁷.

B. Pendant la période de détention

52. De manière générale, le rendement immobilier est à imputer au propriétaire du bien immobilier qui le met à disposition en faveur d'un tiers à titre onéreux.

53. La situation de l'usufruit ne faillit pas à cette règle et le propriétaire est imposable sur la prestation perçue de l'usufruitier. Cette imposition relève expressément de l'art. 21 al. 1 let. a LIFD.
54. Cela étant, en cas d'octroi d'usufruit, il convient de bien distinguer deux situations, à savoir la relation entre le propriétaire et l'usufruitier d'une part, et la relation entre l'usufruitier et une tierce personne à qui l'usufruitier aurait concédé le droit d'usage du bien immobilier d'autre part.
55. Si la première relation (i.e. le propriétaire et l'usufruitier) a bien été envisagée par le législateur (art. 21 al. 1 let. a LIFD), la loi ne dit rien du traitement fiscal de la seconde. En effet, l'usufruitier ayant un droit de jouissance complet sur le bien immobilier peut à son tour louer le bien immobilier à un tiers ou s'en réserver l'usage pour ses propres besoins.
56. Dans la seconde relation, et même si la loi est muette²⁸, la prestation relève également de l'art. 21 al. 1 let. a LIFD si l'usufruitier loue le bien immobilier à un tiers. En revanche, et ce cas sera plus fréquent, si l'usufruitier se réserve l'usage du bien immobilier, l'usufruitier est imposable sur la valeur locative découlant dudit usage en vertu de l'art. 21 al. 1 let. b LIFD.
57. Ce traitement fiscal repose sur l'application de l'art. 765 al. 1 CC²⁹. Ainsi, en cas de location d'un bien en faveur d'un tiers, le revenu est imputé à l'usufruitier et non au propriétaire.
58. Comme indiqué ci-dessus, l'octroi d'un usufruit provoque une imposition en chaîne entre, d'une part, le propriétaire et l'usufruitier et, d'autre part, l'usufruitier et le tiers à qui le bien est

²⁴ Par exemple, en raison du degré de parenté entre le donateur et le donataire. A l'exception notoire des cantons de Vaud, de Neuchâtel ou encore d'Appenzell Rhodes-Intérieures, tous les cantons exonèrent les dévolutions en faveur de la ligne directe descendante.

²⁵ Voir l'art. 27 LMSD. Cette disposition est le pendant de l'art. 6 al. 5^{bis} LMSD lorsque la constitution est effectuée à titre onéreux.

²⁶ Art. 17 de la loi neuchâteloise du 1^{er} octobre 2002 instituant un impôt sur les successions et sur les donations entre vifs.

²⁷ Art. 115 de la loi fiscale valaisanne du 10 mars 1976.

²⁸ Contrairement à l'ancien art. 21 al. 5 de l'Arrêté du Conseil fédéral concernant la perception d'un impôt fédéral direct (AIFD) qui le mentionnait expressément.

²⁹ Selon l'art. 765 al. 1 CC, l'usufruitier supporte les frais ordinaires d'entretien et les dépenses d'exploitation de la chose, ainsi que les intérêts des dettes dont elle est grevée, et il est tenu d'acquitter les impôts et autres redevances, le tout en proportion de la durée de son droit.

loué. Il est donc indispensable d'éviter les situations de double imposition en pareilles circonstances³⁰.

59. La pratique fiscale, subtile en la matière, fait la distinction entre les prestations périodiques et les indemnités uniques perçues par le propriétaire de la part de l'usufruitier, étant souligné que cette dernière situation est la plus épineuse.

1. Perception d'une prestation périodique

60. En cas de perception de prestations périodiques par le propriétaire, le risque de double imposition est facilement évitable.
61. Lorsque l'usufruit est constitué contre le versement d'une prestation périodique par l'usufruitier, le propriétaire est ordinairement imposable sur le rendement immobilier ainsi perçu en vertu de l'art. 21 al. 1 let. a LIFD. Cet aspect n'est pas controversé.
62. De son côté, l'usufruitier ayant un droit de jouissance complet sur le bien immobilier peut également louer ledit bien à une tierce personne. Il a été mentionné plus haut que le versement d'un loyer en faveur de l'usufruitier constitue un revenu immobilier imposable également sur la base de l'art. 21 al. 1 let. a LIFD, même si cette situation n'a pas été expressément couverte par le législateur.
63. Du fait de cette imposition, l'usufruitier peut clairement prétendre aux déductions ordinaires en relation avec le bien immobilier comme les frais d'entretien d'immeuble, les frais d'exploitation ou autres contributions de droit public liées à la détention du bien immobilier (art. 32 al. 2-4 LIFD) ainsi que les intérêts passifs (art. 33 al. 1 let. a LIFD).
64. A cet égard, c'est le lieu de préciser que, sauf convention contraire expresse, l'usufruitier supporte la charge de l'entretien usuel du bien immobilier (en vertu des art. 764 et 765 CC) et peut donc les

³⁰ MERLINO (n. 20), art. 21 LIFD N 59.

défalquer de son revenu imposable alors que le propriétaire est tenu de prendre en charge les travaux extraordinaires. Dans cette dernière hypothèse, le propriétaire peut déduire, au titre de frais d'entretien d'immeuble, les travaux extraordinaires même s'il ne se voit pas imputer de revenus immobiliers imposables³¹.

65. Cela étant, l'usufruitier a dû également s'acquitter d'une prestation périodique en faveur du propriétaire qui diminue le revenu brut immobilier perçu du locataire. Dans ce cas, l'usufruitier se trouve dans la situation similaire à celle de la sous-location.
66. En cas de sous-location, il est acquis que le locataire peut déduire le montant du loyer afférent à la partie du bien immobilier qu'il met lui-même en sous-location et n'est imposable que sur la différence positive qui peut en résulter le cas échéant.
67. La situation de l'usufruitier est similaire. Il est imposable sur l'intégralité du revenu perçu du locataire, mais peut déduire l'indemnité périodique versée au propriétaire au titre de frais d'acquisition du revenu selon le principe de l'art. 25 LIFD³². En effet, pour permettre la réalisation d'un revenu de location, l'usufruitier a dû engager des frais, parmi lesquels fait partie l'indemnité versée au propriétaire.
68. Il va sans dire que si l'usufruitier ne verse aucune prestation périodique au propriétaire en raison d'une acquisition à titre gratuit de l'usufruit, l'usufruitier est imposable pleinement sur le revenu perçu du locataire sans possibilité de déduire un quelconque montant du fait de l'usufruit.

2. Perception d'une prestation en capital

69. La question du traitement fiscal du versement d'une indemnité en capital est objet de controverse en doctrine et il n'y a pas

³¹ MERLINO (n. 20), art. 32 LIFD N 40 s. Il convient de ne pas confondre travaux extraordinaires déductibles et travaux apportant une plus-value au bien immobilier qui ne sont pas déductibles. Cf. MERLINO (n. 20), art. 32 LIFD N 43 ss pour les subtilités de cette distinction.

³² MERLINO (n. 20), art. 21 LIFD N 59.

unanimité sur la manière d'éviter la double imposition induite par la relation en chaîne.

70. En principe, en cas de perception d'une prestation en capital, cette dernière constitue un revenu immobilier au sens de l'art. 21 al. 1 let. a LIFD.
71. Selon la doctrine majoritaire³³ et la pratique de l'Administration fédérale des contributions³⁴, la double imposition est évitée en application du principe de praticabilité, lequel s'oppose au principe de la rente³⁵ qui ne devrait plus pouvoir être appliqué dans les cas d'usufruit et de droit d'habitation.
72. L'application du principe de praticabilité découle de l'adoption de la loi fédérale relative au programme de stabilisation 1998 au moyen de laquelle le législateur a modifié l'art. 22 al. 3 LIFD en supprimant la mention de l'usufruit et du droit d'habitation comme des revenus bénéficiant d'une imposition partielle prévue pour les rentes. C'est ainsi que la doctrine majoritaire considère que le législateur a remplacé, de ce fait, la méthode de la rente en matière d'usufruit et de droit d'habitation par le principe de praticabilité.
73. En vertu du principe de praticabilité qui doit permettre d'éviter une double imposition, lorsque le propriétaire perçoit une indemnité unique dans la cession d'un usufruit, le propriétaire n'est pas imposable sur cette prestation dans la mesure où on considère qu'il s'agit d'une permutation de fortune fiscalement neutre³⁶. On part du principe que l'octroi de l'usufruit par le

propriétaire lui fait subir une moins-value qui est compensée par le paiement en capital versé par l'usufruitier. En d'autres termes, en vertu de la théorie de l'accroissement du patrimoine, le propriétaire ne se trouve pas enrichi et ne réalise de ce fait aucun revenu.

74. Ainsi décrit, ce concept consiste à ignorer purement et simplement le propriétaire et la perception du capital. On part de la fiction que le propriétaire n'a rien reçu sur le plan fiscal. De ce fait, seul l'usufruitier est pris en considération et est traité comme s'il était le seul propriétaire. En d'autres termes, le paiement de la prestation en capital par l'usufruitier en faveur du propriétaire est neutre fiscalement. Cette prestation n'est donc pas imposable chez le propriétaire, quand bien même il s'agit incontestablement d'un revenu immobilier pour ce dernier eu égard au fait qu'il s'agit en réalité de prestations périodiques qui ont été capitalisées³⁷.
75. De son côté, l'usufruitier qui remet le bien immobilier en location perçoit un revenu immobilier totalement imposable au sens de l'art. 21 al. 1 let. a LIFD. Ainsi, l'usufruitier se comporte comme un propriétaire³⁸ sans possibilité de déduire une quelconque prestation au titre du paiement de l'indemnité en capital.
76. Dans l'hypothèse plus probable où l'usufruitier utilise le bien immobilier pour son propre usage, il est imposé sur la valeur locative découlant du bien immobilier en application de l'art. 21 al. 1 let. b LIFD au même titre qu'un propriétaire.
77. Dans la mesure où l'usufruitier est imposé sur le rendement immobilier, il est en droit de porter en déduction du revenu imposable – à l'instar de la situation en cas de versement d'une prestation périodique au propriétaire – les frais habituellement déductibles chez le propriétaire, à savoir les frais d'entretien d'immeuble au sens de l'art. 32 al. 2-4 LIFD ainsi que les intérêts hypothécaires en vertu de l'art. 33 al. 1 let. a LIFD.

³³ PETER LOCHER, *Kommentar zum DBG, I. Teil, Therwil/Bâle 2004*, art. 21 LIFD N 28 ; MERLINO (n. 20), art. 21 LIFD N 59 ; RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (n. 20), art. 21 LIFD N 56.

³⁴ Séminaire Schwarzenbourg 2002, Thème 5 : rendements immobiliers, cas pratique N 1 dans lequel l'Administration fédérale des contributions consacre l'application du principe de praticabilité.

³⁵ MARKUS REICH, in : Zweifel/Beusch (édit.), *Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden*, 3^e éd., Bâle 2017, art. 7 LHID N 73.

³⁶ LOCHER (n. 33), art. 21 LIFD N 28 ; MERLINO (n. 20), art. 21 LIFD N 66.

³⁷ MERLINO (n. 20), art. 21 LIFD N 66.

³⁸ MERLINO (n. 20), art. 21 LIFD N 67.

78. Dans un cas comme dans l'autre (location ou usage propre), l'usufruitier est considéré comme seul propriétaire du bien immobilier, sous l'angle fiscal, et est imposable à ce titre. Du fait de la pleine imposition du revenu immobilier, l'usufruitier devrait logiquement tenir compte de la charge fiscale latente au motif qu'il ne peut pas déduire l'indemnité versée au propriétaire. En d'autres termes, le montant de l'indemnité en capital devrait prendre en compte le fait que l'usufruitier subira une fiscalité sur les revenus immobiliers qui lui seront pleinement imputables. Lors du paiement de l'indemnité, il n'est pas aisé de déterminer la charge fiscale latente et cette question sera sans doute l'objet d'une négociation entre le propriétaire et l'usufruitier. Cela dit, la détermination de l'indemnité en capital sous déduction d'une charge fiscale latente est nécessaire afin d'éviter une surévaluation de l'indemnité. Celle-ci devrait être calculée par actualisation des revenus nets immobiliers après déduction de l'impôt payé par l'usufruitier. C'est ainsi que l'usufruitier pourra éviter un effet de double imposition sur le revenu immobilier perçu³⁹, ce qui permettra également de reporter une partie de la charge fiscale sur le propriétaire.
79. Avec la doctrine majoritaire à laquelle nous nous rallions, il faut admettre que le principe de praticabilité a désormais pris le dessus sur le concept de la rente. Néanmoins, il subsiste une partie de la doctrine⁴⁰ qui considère que le concept de la rente devrait encore être appliqué dans la mesure où il est plus équitable et plus juste techniquement.
80. En vertu du principe de la rente, on considère que le propriétaire est imposable sur l'indemnité perçue de l'usufruitier, que celle-ci soit versée sous la forme d'une prestation en capital ou de

prestations périodiques, en application de l'art. 21 al. 1 let. a LIFD qui n'effectue aucune différenciation à cet égard.

81. En cas de perception d'une prestation en capital correspondant à l'actualisation de prestations périodiques, le propriétaire est immédiatement imposable sur l'intégralité de la prestation en capital. Toutefois, s'agissant d'une prestation en capital remplaçant des prestations périodiques, le propriétaire peut faire valoir l'art. 37 LIFD⁴¹ lors de la détermination du taux d'imposition, disposition légale qui serait applicable dans le cas d'espèce.
82. Concernant l'usufruitier, ce dernier est pleinement imposable sur les revenus immobiliers qu'il encaisse, soit d'une tierce personne ou par imputation d'une valeur locative s'il se réserve l'usage du bien immobilier. A l'instar de la solution applicable en matière de sous-location, l'usufruitier est imposable sur la différence entre la prestation reçue du locataire et le montant versé au propriétaire. De cette façon, la double imposition est évitée par une correction opérée au niveau de l'usufruitier sur son revenu net. Cette correction est effectuée indépendamment de la question de savoir si le propriétaire perçoit une prestation en capital ou des prestations périodiques.
83. Cela étant, il convient, avec la doctrine majoritaire, de considérer que le principe de la rente ne peut désormais être appliqué que pour d'autres types de servitudes et non plus pour l'usufruit ou le droit d'habitation⁴².

C. Renonciation à l'usufruit

1. Abandon contre une indemnité

84. La question se pose de savoir comment doit être traitée l'extinction d'un usufruit contre paiement d'une indemnité en

³⁹ MERLINO (n. 20), art. 21 LIFD N 70 ; LOCHER (n. 33), art. 21 LIFD N 26-28.

⁴⁰ REICH (n. 35), art. 7 LHID N 73 ; BERNHARD ZWAHLEN/ALBERTO LISSI, in : Zweifel/Beusch (édit.), Kommentar Zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, art. 21 LIFD N 21 ss qui évoquent également le modèle du coût d'acquisition (« *Gewinnungskostenmodell* »).

⁴¹ MERLINO (n. 20), art. 21 LIFD N 79.

⁴² On peut penser au droit de superficie ; voir OBRIST (n. 7), N 51 ss.

- faveur de l'usufruitier. En effet, dans certaines circonstances, il se peut que le propriétaire, désireux d'aliéner le bien immobilier, verse une indemnité à l'usufruitier afin de faire radier la servitude d'usufruit grevant le bien immobilier.
85. Deux conceptions pourraient être défendues.
 86. Cette indemnité constitue un revenu imposable, en se fondant sur le fait que l'indemnité est versée en échange de la renonciation à l'exercice d'un droit selon l'art. 23 let. d LIFD. A l'inverse, on pourrait opposer à cette appréciation que l'indemnité représente tout simplement la réalisation d'un gain en capital exonéré provenant d'un élément de la fortune privée conformément à l'art. 16 al. 3 LIFD⁴³.
 87. Ce cas a été tranché par le Tribunal fédéral dans un arrêt de principe du 21 juin 2017⁴⁴. Dans le cas d'espèce, le contribuable qui réside dans le canton du Valais reçoit une indemnité de CHF 703 000 en 2013 versée par son ex-concubine en vue de faire radier la servitude sur un immeuble situé à Genève, servitude d'usufruit constituée en 1998. Il se pose dès lors la question de savoir comment doit être traitée fiscalement cette prestation.
 88. En premier lieu, le Tribunal fédéral souligne clairement que le mode d'acquisition de l'usufruit – à titre gratuit ou à titre onéreux – n'est nullement pertinent pour juger du traitement fiscal de l'indemnité.
 89. Le Tribunal fédéral relève que l'usufruitier est imposable au titre de l'impôt sur la fortune (art. 13 al. 2 LHID). En d'autres termes, l'imposition de la fortune grevée d'usufruit est effectuée auprès de l'usufruitier et non pas auprès du nu-propiétaire. Ainsi, cet usufruit avait une certaine valeur pour l'usufruitier. Bien qu'incessible, la valeur pour l'usufruitier peut être établie en capitalisant, en fonction de la durée du droit, le montant produit par la jouissance de l'objet grevé pendant un an.
 90. Selon notre Haute Cour, deux solutions sont envisageables. L'indemnité versée par le nu-propiétaire est soit égale ou inférieure à la valeur de l'usufruit, soit elle est supérieure. Dans la dernière hypothèse, le montant perçu représente un accroissement du patrimoine de l'usufruitier (qui est le recourant dans le cas d'espèce). Si la valeur est égale ou inférieure, il ne peut *a priori* pas y avoir de problématique d'impôt sur le revenu chez l'usufruitier faute d'accroissement net de la fortune (art. 16 al. 1 LIFD)⁴⁵.
 91. Quand bien même l'arrêt ne précise pas s'il y a une différence de valeur entre l'indemnité et la valeur capitalisée de l'usufruit, les instances inférieures n'ayant pas élucidé ce point, le Tribunal fédéral estime que cette question n'est de toute manière pas pertinente. En effet, il estime que l'art. 16 al. 3 LIFD trouve application dans la mesure où il s'agit d'un accroissement net du patrimoine du recourant qui ne saurait être imposé. En d'autres termes, l'usufruitier ne réalise pas un revenu visant à compenser la renonciation à l'exercice d'un droit (en vertu de l'art. 23 let. d LIFD), mais bénéficie d'une permutation d'actifs, à savoir une diminution de son patrimoine avec la disparition de l'usufruit contre une somme d'argent. Si le montant perçu est supérieur à la valeur de l'usufruit, on est face à une augmentation de la fortune qui doit être appréhendée sous l'angle d'un gain en capital exonéré d'impôt (art. 16 al. 3 LIFD) et non pas comme un revenu imposable.
 92. Est-ce à dire que cette indemnité doit être considérée comme un gain en capital immobilier soumis à l'impôt cantonal sur les gains immobiliers au sens de l'art. 12 al. 2 let. c LHID ?
 93. Malheureusement, le Tribunal fédéral ne se prononce pas sur cette question dans la mesure où la prérogative pour prélever un éventuel impôt sur les gains immobiliers n'appartenait pas au domicile fiscal principal de l'usufruitier (canton du Valais), mais

⁴³ De cet avis : MERLINO (n. 20), art. 21 LIFD N 31.

⁴⁴ ATF 143 II 402.

⁴⁵ On pourrait se demander s'il n'y a pas perception d'un impôt sur les donations lorsque la valeur de l'indemnité est inférieure à la valeur capitalisée de l'usufruit.

- au canton de situation de l'immeuble (canton de Genève). Or, cette question ne faisait pas partie du litige.
94. Toutefois, la lecture de l'arrêt du Tribunal fédéral devrait conduire à une réponse positive en matière d'impôt sur les gains immobiliers. S'il s'agit d'un gain en capital provenant de la fortune privée, l'impôt sur les gains immobiliers devrait être prélevé sur l'indemnité⁴⁶.
95. Pourtant, cette conclusion ne va pas de soi, même si l'arrêt précité n'exclut pas l'assujettissement de l'indemnité à l'impôt sur les gains immobiliers en vertu de l'art. 12 al. 2 let. c LHID. Or, comme on l'a dit plus haut, cette disposition assimile à une aliénation la constitution de servitudes de droit privé (comme l'usufruit) et non la renonciation.
96. Dans un arrêt plus ancien du 3 juin 2013⁴⁷, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion que la renonciation d'une servitude d'interdiction de construire⁴⁸ contre le paiement d'une somme ne génère pas un revenu imposable, mais un gain en capital de la fortune privée exonéré d'impôt en vertu de l'art. 16 al. 3 LIFD.
97. Bien que l'art. 12 al. 2 let. c LHID ne parle que de constitution d'une servitude sur un immeuble et non de renonciation, le Tribunal fédéral estime que l'esprit de cette disposition est de frapper de l'impôt les cessions d'un droit réel limité réduisant les propres droits du contribuable dans la même mesure que s'il avait constitué une servitude. En d'autres termes, cette disposition devrait soumettre de manière égale les situations conduisant à une diminution durable des droits du contribuable. La constitution d'une servitude ou la renonciation à celle-ci représente une restriction traitée de la même manière en droit civil. Ainsi, comme le droit civil traite ces actes de la même manière, le Tribunal fédéral estime « que le droit fiscal doit s'y tenir ».
98. Par ailleurs, comme la renonciation à une servitude (d'usufruit ou d'interdiction de construire) représente une aliénation au sens de l'art. 16 al. 3 LIFD, l'application du principe de l'harmonisation verticale impose de retenir par analogie les mêmes conclusions. Or, en présence d'une plus-value immobilière de type conjoncturel provenant de la fortune privée, c'est l'art. 12 LHID qui est applicable et qui constitue le pendant de l'art. 16 al. 3 LIFD.
99. Cette approche n'est pas exempte de toute critique tant il est vrai que la lettre de l'art. 12 al. 2 let. c LHID semble claire en évoquant uniquement la constitution comme fait générateur de l'impôt⁴⁹. De plus, si le versement d'une indemnité constitue l'une des conditions d'application, ce versement doit s'expliquer par une diminution de la valeur vénale de l'immeuble d'une manière durable et essentielle. Or, on peine à percevoir une telle diminution dans le cadre de la renonciation à un usufruit contre un paiement. Enfin, dans la mesure où il est acquis que la constitution d'un usufruit à titre onéreux ne constitue pas une aliénation imposable au titre de l'impôt sur les gains immobiliers, on voit mal comment la renonciation à ce même usufruit pourrait être soumise à une telle imposition.
100. A supposer que l'impôt sur les gains immobiliers doive être perçu sur l'indemnité versée en cas de renonciation à l'usufruit, nous sommes d'avis que le montant acquitté par le propriétaire doit être considéré comme une impense augmentant la dépense d'investissement du bien immobilier susceptible d'être vendu ultérieurement avec plus-value par le propriétaire, sans quoi il y a un risque d'imposer deux fois la même plus-value.

⁴⁶ De cet avis : MERLINO (n. 20), art. 21 LIFD N 31.

⁴⁷ ATF 139 II 363.

⁴⁸ Qualifiée dans l'arrêt de servitude foncière négative de durée indéterminée au sens de l'art. 730 al. 1 CC.

⁴⁹ Le législateur vaudois a été plus prudent en prévoyant spécifiquement, outre le cas de la constitution, le cas de l'abandon et de la cession de la servitude (art. 64 al. 2 let. e LI-VD). Cela étant, on peut se poser la question si l'extension des motifs d'aliénation prévue par le législateur vaudois est conforme à l'harmonisation tant il apparaît que les cas d'aliénation prévus à l'art. 12 al. 2 LHID représentent une liste exhaustive. Voir VERREY (n. 23), p. 11.

101. Du côté du propriétaire, on a vu plus haut que cette prestation est soumise à la perception d'un droit de mutation dans certains cantons⁵⁰.

2. Abandon à titre gratuit

102. Lors de l'abandon à titre gratuit d'un usufruit, c'est-à-dire sans versement d'une quelconque prestation de la part du propriétaire, cette situation n'est pas soumise à l'impôt sur les gains immobiliers, faute de caractère onéreux de l'abandon.
103. En revanche, un éventuel impôt sur les donations peut être prélevé selon la législation fiscale applicable. Ainsi, dans le canton de Vaud ou dans le canton de Genève, l'abandon ou la renonciation à titre gratuit d'un usufruit acquis à titre gratuit n'est pas soumis à la perception d'un impôt sur les donations, alors que tel est le cas si cet abandon ou cette renonciation porte sur un usufruit acquis à titre onéreux.

D. Vente d'un bien immobilier grevé d'un usufruit

104. En cas de vente d'un immeuble grevé d'un usufruit⁵¹ par le propriétaire, il se pose la question de savoir comment doit être traitée cette transaction sous l'angle de l'impôt sur les gains immobiliers.
105. En réalité, il s'agit uniquement d'une question de fixation du prix de vente qui doit tenir compte de la moins-value provenant de la servitude d'usufruit rattachée à l'immeuble. En d'autres termes, le prix d'aliénation déterminant pour le calcul du gain immobilier

sera simplement réduit, d'entente entre les parties, du montant de la valeur capitalisée de l'usufruit⁵².

E. Impôt sur la fortune

106. L'impôt sur la fortune est un impôt strictement cantonal et communal. Il a pour objet l'ensemble de la fortune nette, c'est-à-dire les actifs bruts du contribuable, déduction faite des dettes.
107. En vertu de l'art. 13 al. 2 LHID, la fortune grevée de l'usufruit est imposable auprès de l'usufruitier. Le législateur, dans le respect des dispositions du Code civil, a prévu d'imputer la fortune imposable d'un bien grevé d'usufruit auprès de l'usufruitier et non du propriétaire. Cela provient du fait que l'usufruitier jouissant des rendements de la fortune immobilière est en mesure d'acquitter l'impôt sur la fortune tout comme les charges en relation avec le bien immobilier (frais d'entretien d'immeuble, intérêts hypothécaires, etc.).
108. Ainsi, contrairement à la situation qui prévaut en matière de droit d'habitation ou de droit de superficie, le législateur a clairement prévu une règle d'attribution.
109. S'agissant de l'évaluation, la fortune est estimée à la valeur vénale. Toutefois, la valeur de rendement peut être prise en considération de façon appropriée (art. 14 al. 1 LHID). Concrètement, ce sont les cantons qui établissent des normes dans le respect des

⁵⁰ Comme dans le canton de Vaud, en vertu de l'art. 2 al. 3 let. a LMSD.

⁵¹ Cette situation est à distinguer de celle de la renonciation à un usufruit à titre onéreux qui a été examinée plus haut.

⁵² Cette approche n'est pas celle des autorités fiscales zurichoises qui ajoutent le montant de la valeur capitalisée de l'usufruit ou du droit d'habitation au prix d'aliénation. Voir F. RICHNER/W. FREI/S. KAUFMANN/H. U. MEUTER, *Kommentar zum Zürcher Steuergesetz*, 3^e éd., Zurich 2013, art. 220 N 40 ss. La pratique zurichoise est soumise à une virulente critique du fait que cette solution aboutit à une incohérence dans la mesure où l'octroi de l'usufruit est soumis à l'impôt sur le revenu au sens de l'art. 21 LIFD et n'est potentiellement exonéré qu'en vertu du principe de praticabilité. Voir MADELEINE SIMONEK, *Die Steuerliche Rechtsprechung des BGer betr. dBSt im Jahre 2002*, Archives de droit fiscal, vol. 73 (2004-2005), p. 11. On a aussi vu plus haut que le canton de Vaud connaissait une règle similaire, voir les N 39 ss ci-dessus.

prescriptions de la LHID afin de procéder à l'évaluation des immeubles.

110. La dette hypothécaire, quant à elle, est déductible par le débiteur effectif de l'emprunt. En principe, l'usufruitier sera le preneur de crédit du fait de la perception des revenus immobiliers.

F. Usufruit sur des parties d'immeubles

111. En vertu de l'art. 745 al. 3 CC, l'usufruit d'un immeuble peut être limité à une partie définie d'un bâtiment ou de l'immeuble. Dans ce cas – que l'on peut qualifier d'usufruit restreint – il se pose la question de savoir comment les impôts doivent être ventilés entre l'usufruitier et le propriétaire.
112. A supposer que la partie de l'immeuble soumise à un usufruit restreint soit parfaitement individualisée par les actes notariés et les extraits du registre foncier, il convient de bien respecter la réalité juridique de la situation.
113. Ainsi, l'usufruitier est tenu de payer l'impôt sur la fortune sur la partie de l'immeuble précisément grevée de l'usufruit. Le solde de l'immeuble doit être imposé auprès du propriétaire. La dette hypothécaire sera déduite par le débiteur effectif selon les modalités prévues dans le contrat.
114. Les rendements immobiliers rattachés à la partie grevée d'usufruit sont imputables à l'usufruitier, que ce soient des revenus locatifs ou une valeur locative. La répartition des frais d'entretien d'immeuble entre l'usufruitier et le propriétaire suit la règle de répartition usuelle⁵³.

G. Usufruit immobilier et impôt sur les successions

115. Tous les cantons possèdent des dispositions légales particulières concernant l'imposition des biens grevés d'usufruit acquis par succession. En principe, la plupart des cantons prévoient que

l'usufruitier doit acquitter l'impôt, calculé d'après son degré de parenté avec le défunt, sur la valeur capitalisée de l'usufruit.

116. En cas de succession, il est fréquent de prévoir que la propriété de l'immeuble est attribuée à une personne (en règle générale les descendants) alors que l'usufruit est octroyé à une autre personne (en principe le conjoint survivant).
117. L'héritier auquel le bien immobilier est dévolu est imposé sur la différence entre le montant du capital grevé de l'usufruit et la valeur capitalisée de ce dernier au taux correspondant au degré de parenté entre le défunt et le nu-propriétaire⁵⁴.
118. Au moment de l'extinction de l'usufruit par décès de l'usufruitier, certains cantons prélèvent à nouveau un impôt sur les successions calculé sur la valeur capitalisée de l'usufruit. D'autres cantons considèrent l'extinction de l'usufruit comme un événement non taxable⁵⁵.
119. En pratique toutefois, la question de l'extinction n'aura qu'une portée toute relative dans la mesure où la plupart des cantons ne connaissent pas l'imposition du conjoint survivant et de la ligne directe descendante.

IV. Conclusion

120. A l'issue de cette contribution, on ne peut s'empêcher de constater que la fiscalité de l'usufruit immobilier est une matière complexe dont bien des aspects demeurent encore controversés même si les arrêts récents du Tribunal fédéral ont apporté des éclaircissements décisifs dans le domaine de l'impôt sur le revenu.

⁵³ Voir le N 64 ci-dessus et la note de bas de page.

⁵⁴ C'est la position adoptée par les cantons de Vaud (art. 32 al. 1 LMSD), de Fribourg (art. 22 al. 3 LISD) et de Neuchâtel (art. 17 al. 1 LSucc). Dans le canton de Genève, l'impôt doit être payé en partie par l'usufruitier et en partie par l'héritier grevé en fonction de l'âge de l'usufruitier (art. 27 LDS).

⁵⁵ Il en va ainsi du canton de Vaud (art. 32 al. 2 LMSD) et du canton de Genève, selon la pratique administrative, du fait que l'impôt sur les successions est payé tant par l'usufruitier que le nu-propriétaire au moment de l'ouverture de la succession (art. 27 LDS, voir note 54).

121. En revanche, s'agissant de la fiscalité dont la souveraineté relève strictement des cantons et des communes (droits de mutation, impôt sur les successions et sur les donations), la multiplication des règles et des solutions adoptées par les législations respectives constitue assurément une source de risques (mais également d'opportunités). Le praticien sera bien avisé d'effectuer une lecture attentive des législations applicables.
122. Même en matière d'impôt sur les gains immobiliers, en grande partie harmonisé grâce à l'art. 12 LHID, on a pu constater que les solutions cantonales divergent dans certaines situations, par exemple en cas de renonciation ou de vente du bien immobilier.
123. Incontestablement, la fiscalité de l'usufruit en matière immobilière constitue un sujet d'investigation riche et propice à la réflexion. Nul doute que de nouvelles évolutions et éclaircissements seront nécessaires.

Les droits des créanciers du nu-propiétaire et de l'usufruitier en cas d'exécution forcée

par

Alexandra Farine Fabbro

Dr en droit, avocate à Estavayer-le-Lac

I. Les droits des créanciers du nu-propiétaire	160
A. La poursuite par voie de saisie ou en réalisation de gage. 160	
1. L'usufruit est antérieur au droit de gage.....	161
a) <i>Les droits de l'usufruitier</i>	161
b) <i>Les droits des créanciers</i>	161
2. L'usufruit est postérieur au droit de gage.....	163
a) <i>La radiation de l'usufruit</i>	164
b) <i>Le maintien de l'usufruit</i>	165
B. La poursuite par voie de faillite.....	166
1. L'immeuble est grevé d'un droit de gage.....	166
2. L'immeuble n'est pas grevé d'un droit de gage	167
II. Les droits des créanciers de l'usufruitier	167
A. La poursuite par voie de saisie	167
1. La saisie de « l'usufruit ».....	168
a) <i>L'art. 93 LP</i>	168
b) <i>Les conséquences</i>	170
2. La saisie des fruits	171
a) <i>L'usufruit est viager</i>	172
b) <i>L'usufruit est constitué pour une durée déterminée</i>	173
B. La poursuite par voie de faillite.....	173
1. Le sort des fruits	174
2. Le sort de l'usufruit	174
III. Conclusion	175