

LA LETTRE DE L'IMMOBILIER

Mardi 22 mai 2018

AU SOMMAIRE

Dossier

Mutations d'immeubles avec effet différé

- Le traitement fiscal des ventes à réméré d'immeubles p. 2
- Opérations de promotion immobilière : conditions et limites du différé d'imposition p. 4
- Ventes en état futur d'achèvement : les dispositions du projet de loi ELAN p. 6
- Ventes à effet différé et prépondérance immobilière : un jeu à combinaisons multiples p. 8
- Les mutations différées face à la domanialité publique p. 9
- Vente d'immeuble à construire et taxe foncière : quelles obligations pour les parties au contrat ? p. 10

Actualité internationale

- Nouvelle convention franco-luxembourgeoise : impacts et enjeux pour les investissements immobiliers français p. 11

Actualités

- Accord des parties sur le loyer révisé : incidence sur la fixation du loyer de renouvellement p. 13
- Patrim : un service bientôt accessible aux entreprises ? p. 14
- Les fonds d'investissements alternatifs peuvent-ils accorder des prêts immobiliers ? p. 15
- Nouvelles précisions concernant le régime de neutralité des transmissions d'immeubles p. 16

C/M/S/ Francis Lefebvre

Avocats

Supplément du numéro 1463
du 22 mai 2018

EDITORIAL

Ce nouveau numéro de la Lettre de l'Immobiliér, nous l'avons souhaité riche et dense comme à l'accoutumée et avons consacré son thème principal aux mutations d'immeubles avec effet différé.

Au-delà des ventes en l'état futur d'achèvement, nous nous sommes intéressés à l'utilisation du réméré, institution ancienne du Code civil, qui connaît actuellement un regain d'utilisation en tant qu'instrument de financement par le biais de cessions temporaires d'immeubles et il nous est apparu intéressant de préciser le cadre fiscal dans lequel ces opérations s'inscrivent.

Nous avons également pensé utile de faire le point sur les différents dispositifs permettant de reporter ou de différer les plus-values ou gains de cession de terrains non bâtis ou assimilés, dispositifs très utilisés par les promoteurs immobiliers, et de s'interroger par ailleurs sur les conséquences au regard des différentes définitions de la prépondérance immobilière du différé de prise d'effet des ventes immobilières.

Les impôts locaux ne sont pas ignorés et une attention particulière doit être prêtée aux obligations déclaratives incombant à l'acquéreur dans le cadre des ventes à terme ou en état futur d'achèvement.

Au titre de l'actualité fiscale internationale, la signature de la nouvelle convention fiscale franco-luxembourgeoise maintient certains avantages d'imposition de la fortune immobilière française des résidents mais aggrave substantiellement l'imposition des revenus d'organismes de placement collectif immobilier français détenus par des actionnaires luxembourgeois.

Toujours en matière d'actualité fiscale immobilière, nous abordons les nouvelles possibilités d'utilisation de la base de données Patrim. Nous apportons aussi de nouvelles précisions sur le régime de neutralité en matière de TVA des transmissions d'immeubles.

Au plan juridique, nous avons choisi d'évoquer le projet de loi ELAN, dont un des objectifs est de moderniser la vente en l'état futur d'achèvement, mais aussi l'arrêt de la Cour de cassation du 15 février 2018 qui tire des conséquences importantes de la fixation conventionnelle du loyer en matière de procédure de déplaçonnement des loyers. Nous traitons également la possibilité nouvelle pour les personnes publiques d'envisager des cessions de biens sous condition de déclassement ou de désaffectation. Enfin, nous faisons un focus sur la question de savoir si les fonds d'investissement alternatifs peuvent accorder des prêts immobiliers.

Nous vous souhaitons une bonne lecture. ■

Richard Foissac, avocat associé

Le traitement fiscal des ventes à réméré d'immeubles



Par **Richard Foissac**, avocat associé en fiscalité.

Il traite notamment des dossiers d'acquisition et de restructuration de groupes immobiliers cotés ou non cotés et les conseille sur leurs opérations. Il est chargé d'enseignement en droit fiscal aux Universités Paris I et Nice Sophia-Antipolis.
richard.foissac@cms-fl.com



et **Philippe Tournès**, avocat associé en fiscalité. Il conseille et assiste les entreprises dans l'ensemble des sujets relatifs à la TVA, notamment liés à l'immobilier.
philippe.tournes@cms-fl.com

La vente à réméré est prévue à l'article 1659 du Code civil, aux termes duquel «*la faculté de rachat est un pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal et le remboursement dont il est parlé à l'article 1673*». Le réméré est une institution ancienne du Code civil, qui connaît actuellement un regain d'utilisation en tant qu'instrument de financement, par le biais d'une cession temporaire d'un immeuble. Aussi, se développe la pratique de telles ventes d'immeubles, proposées par des investisseurs personnes morales, et il nous est apparu intéressant de préciser le cadre fiscal dans lequel ces opérations s'inscrivent.

«Il faut considérer que la possibilité d'exercer le droit de rachat dans le délai stipulé constitue seulement une condition résolutoire replaçant les parties dans le même état où elles se trouvaient avant la vente.»

En matière d'impôts directs

Lorsque dans un contrat de vente (et ceci vaut pour une vente d'immeuble), le cédant s'est réservé la faculté de reprendre la chose vendue moyennant restitution du prix et des accessoires dans un délai n'excédant pas cinq ans (C. civ., art. 1659, 1660 et 1673), il faut considérer que la possibilité d'exercer le droit de rachat dans le délai stipulé constitue seulement une condition résolutoire replaçant les parties dans le même état où elles se trouvaient avant la vente¹. Ainsi, à la suite de l'exercice de la faculté de rachat, la résolution de la vente qui en découle doit replacer les parties dans leur situation initiale. Il en résulte les conséquences suivantes.

● S'agissant des acquéreurs (cessionnaires), personnes morales

Lorsque la faculté de rachat est exercée en temps utile, elle annule le contrat de vente et le transfert de propriété qui en avait été la conséquence. L'annulation de la vente doit donc être constatée dans les résultats de l'exercice en cours à la date de l'exercice de la faculté de rachat.

– Lors de conclusion de la vente

L'acquéreur a acquis l'immeuble pour le prix stipulé dans l'acte et l'a inscrit à l'actif de son bilan

comme s'il s'agissait d'une acquisition ordinaire.

– Lors de l'exercice de la faculté de rachat

Lors de l'annulation de la vente, l'entreprise cessionnaire se voit restituer le prix qu'elle a acquitté pour acquérir le bien objet de la vente annulée et doit en contrepartie remettre le bien au cédant.

En pratique, il est le plus souvent constaté que

le cessionnaire ne réalise pas, à l'occasion de la résolution, de profit ou de perte économique compte tenu du fait que le vendeur s'engage en principe à rembourser non seulement le prix principal, mais encore les frais et loyaux coûts de la vente, les réparations nécessaires, etc.

Il n'en demeure pas moins que compte tenu de l'annualité des exercices fiscaux, la société cession-

naire peut réaliser un profit au titre de l'exercice de résolution de la vente.

Par ailleurs, il faut tenir compte de l'impact des amortissements antérieurement déduits si le bien acquis a fait l'objet d'amortissement et de la réintégration des provisions le cas échéant constatées et qui deviennent sans objet du fait de l'annulation de la vente, dont les montants majorant à due-concurrence le produit de «résolution» de la cession d'immeuble.

● S'agissant des cédants

– Lors de la conclusion de la vente

Lors de la vente à réméré, le vendeur constate une plus-value ou une moins-value correspondant à la différence entre le prix de d'acquisition et le prix de cession de l'immeuble relevant soit du régime des BIC/IS² soit de celui des plus-values immobilières des particuliers selon que le cédant est une personne physique ou une entreprise.

– Lors de l'exercice de la faculté de rachat

Dans l'hypothèse où le contrat de vente est résolu ou rescindé, le cédant peut obtenir, sur réclamation, une restitution des impositions initialement acquittées. La demande de dégrèvement de l'imposition initialement établie peut être présentée dans un délai dont le point de départ est

1. BOI-ENR-DMTOI-10-10-30-40 n° 60.

2. Bénéfices industriels et commerciaux/impôts sur les sociétés.

3. BOI-RFPI-PVI-10-30 n° 30, 11 février 2013.

constitué par la date de la résolution et qui expire le 31 décembre de la deuxième année suivant cette date³.

Par ailleurs, dès lors que l'anéantissement rétroactif du contrat, qui résulte de la résolution de la vente portant sur un immeuble, a en principe pour effet de replacer les parties dans la situation antérieure à la vente, l'Administration avait indiqué qu'en cas de revente ultérieure du même immeuble, la plus-value imposable devait être calculée sur la base du prix d'acquisition initial et que, de même, la date d'acquisition de l'immeuble à retenir devait correspondre à la date d'entrée d'origine du bien dans le patrimoine du cédant. A titre d'exemple, l'administration fiscale avait précisé que ces principes étaient notamment applicables pour le calcul de

la plus-value réalisée lors de la revente d'un bien acquis par une société civile immobilière lorsqu'une résolution judiciaire avait été prononcée à son profit pour défaut de remboursement du solde du prix de vente par l'acquéreur⁴. Si cette solution n'a pas été reprise dans la base BOFiP⁵, elle paraît conserver son bien-fondé.

En matière de TVA

Il résulte de l'article 1673 du Code civil

que «le vendeur qui use du pacte de rachat doit rembourser non seulement le prix principal, mais encore les frais et loyaux coûts de la vente, les réparations nécessaires, et celles qui ont augmenté la valeur du fonds, jusqu'à concurrence de cette augmentation. Il ne peut entrer en possession qu'après avoir satisfait à toutes ces obligations».

Au plan de la TVA, l'administration fiscale a précisé que, sous réserve que la faculté de rachat ait été prévue dans le contrat de vente lui-même et que le rachat soit effectué dans le délai stipulé audit contrat, l'exercice du réméré est considéré comme l'accomplissement d'une condition résolutoire.

Il ne fait alors aucun doute que l'exercice du réméré faisant jouer une clause résolutoire, la restitution de l'immeuble et du prix au vendeur initial ne constituent pas une nouvelle mutation de l'immeuble, qui relèverait de la TVA si celui-ci

est achevé depuis moins de cinq ans, et l'acte est simplement enregistré au droit fixe de 125 euros. Plus énigmatique est la question du régime de TVA des sommes s'ajoutant au prix restitué : s'agit-il de dommages et intérêts réparant un préjudice, donc de sommes hors du champ d'application de la TVA ? Ou bien d'agios exonérés de TVA car rémunérant une forme de crédit ? Ou bien encore d'une prestation de services soumise à la TVA ?

La seule jurisprudence existant, à notre connaissance sur ce point, est un jugement du tribunal administratif de Nantes en date du 29 septembre 2017, ayant jugé que cette «marge» est la contrepartie d'une prestation soumise à la TVA car : «la base de la taxe litigieuse constitue la contrepartie de la possibilité de résolution de l'acte authentique

de cession immobilière». Mais, cette solution méritera d'être confirmée, car à vrai dire nous ne voyons pas en quoi cette caractéristique, inhérente à cette forme de vente, constituerait une prestation de services détachable de la vente elle-même !

Au plan des droits d'enregistrement

L'acte constatant le réméré est passible de la taxe de publicité foncière au taux fixe de 125 euros prévu par l'article 680 du Code général des impôts.

Mais, la perception de cette taxe fixe, à l'exclusion du droit proportionnel, est subordonnée

à l'accomplissement des conditions suivantes :

- la faculté de réméré doit avoir été stipulée dans le contrat même de vente ;
- le retrait doit être exercé dans le délai stipulé qui ne peut excéder cinq années ;
- l'acte constatant le retrait doit revêtir la forme authentique ou avoir date certaine avant l'expiration du délai, même autrement que par l'enregistrement ;
- le retrait doit être exercé par le vendeur lui-même ou son ayant cause à titre universel et non par un tiers cessionnaire de la faculté de rachat.

En conclusion, il apparaît que la vente à réméré est un contrat qui permet une solution de crédit intéressante autorisée par la garantie que constitue le transfert de propriété de l'immeuble, mais qui nécessite d'anticiper différentes problématiques fiscales. ■

4. Rép. Houillon : AN 22 août 1994 p. 4272 n° 15716.

5. Bulletin officiel des finances publiques.

Opérations de promotion immobilière : conditions et limites du différé d'imposition



Par **Pierre Carcelero**, avocat associé en fiscalité.

Il traite notamment des dossiers d'acquisition et de restructuration de groupes immobiliers cotés et non cotés et les conseille sur leurs opérations. Il est chargé d'enseignement en droit fiscal à l'Université de Montpellier. pierre.carcelero@cms-fl.com



et **Armelle Abadie**, avocat en fiscalité. Elle conseille et assiste les entreprises, notamment en immobilier, dans l'ensemble des sujets relatifs à la TVA ainsi que dans le suivi et la gestion de contrôles fiscaux et de contentieux. armelle.abadie@cms-fl.com

La réalisation d'une opération de promotion immobilière implique fréquemment la mutation préalable de l'assiette destinée à recevoir les nouvelles constructions (terrain à bâtir, droits à construire, etc.).

En application des principes généraux, une telle mutation peut notamment entraîner l'imposition de la plus-value latente ainsi que des conséquences en matière de TVA alors que les recettes attendues ne sont perçues qu'à l'issue des opérations de construction des nouveaux bâtiments et de leur vente.

Pour faciliter la réalisation de ces opérations dans certaines situations, le législateur a prévu l'application de dispositifs permettant de différer dans certaines conditions et limites l'imposition des plus-values afférentes à la cession de biens immobiliers. Cependant et bien que plusieurs dispositifs en faveur de la construction de logement, notamment la cession de droits de surélévation, se soient succédés ces dernières années, l'application de ces régimes à la cession de droits à construire soulève des difficultés.

Cession de biens immobiliers

Trois dispositifs similaires permettent de reporter le paiement de l'impôt résultant de la mutation d'un « terrain non bâti ou d'un bien assimilé au sens du A de l'article 1594-0 G du Code général des impôts » (CGI).

● Le I de l'article 238 decies du CGI prévoit tout d'abord que l'imposition de la plus-value d'apport de terrains non bâtis à une société civile de construction-vente visée à l'article 239 ter du même code est différée à la date de la dernière cession des immeubles construits par elle sur le terrain (ou l'assise foncière) faisant l'objet de l'apport.

A défaut de cession dans un délai plus court, l'imposition doit en tout état de cause être éta-

blie au titre de la cinquième année suivant celle de l'achèvement des constructions.

En outre, la plus-value devient immédiatement imposable en cas de cession par le redevable des droits reçus en rémunération de son apport ou des immeubles reçus en représentation de ses droits (2 du I de l'article 238 decies du CGI).

● Le II de l'article 238 decies du CGI prévoit par ailleurs qu'un régime similaire est applicable en cas d'apport de terrains comparables à une société d'attribution visée à l'article 1655 ter du CGI.

En cas d'apport réalisé dans ces conditions,

l'impôt est également différé à la date de la dernière cession des droits reçus ou des immeubles reçus en représentation de ses droits et, au plus tard, au titre de la cinquième année suivant celle de l'achèvement des constructions.

● Enfin, l'article 238 undecies du CGI prévoit qu'en cas de cession de terrains de même nature rémunérée par la remise d'immeubles ou de fractions d'immeubles à

édifier sur ce terrain, l'imposition de la plus-value est également différée et établie au titre de la cinquième année suivant celle de l'achèvement des constructions.

Toutefois, en cas de cession antérieure des immeubles ou fraction d'immeubles ainsi reçus, l'imposition est établie au titre de l'année de la dernière cession.

Nous précisons que lorsque le contribuable est une personne physique, son décès entraîne l'expiration anticipée du report d'imposition éventuellement appliqué.

Par ailleurs, les dispositions précitées prévoient leur application à des entités relevant de l'impôt sur les sociétés (IS) mais le Conseil d'Etat a jugé (CE, 2 juin 1982, n° 18829 et CE, 29 juillet 1983, n° 29506) que les entreprises passibles de l'IS ne pouvaient pas bénéficier des mesures de report précitées. Se fondant sur les débats parlemen-

«Trois dispositifs similaires permettent de reporter le paiement de l'impôt résultant de la mutation d'un "terrain non bâti" ou d'un bien assimilé au sens du A de l'article 1594-0 G du Code général des impôts.»

taires, la Haute assemblée a estimé que la rédaction de ces articles résulterait sur ce point d'une erreur de codification.

Cependant :

- les dispositions considérées ont été modifiées par la loi de finances pour 1999 et il semble possible de soutenir que ces modifications, qui n'ont pas porté sur le périmètre des entreprises éligibles, auraient constitué une confirmation implicite du législateur ;

- en outre, les commentaires de l'Administration confirment l'éligibilité des entreprises assujetties à l'IS (BOI-BIC-PVMV-40-10-50 n° 20 et suivants) et sont à notre sens opposables à l'administration fiscale dans les conditions prévues par l'article L 80 A du Livre des procédures fiscales.

Cession de droits à construire

S'agissant des droits à construire, l'application de ces dispositifs implique cependant de pouvoir les qualifier de terrain à bâtir au sens de l'article 1594-0 G du CGI.

A cet égard, l'on peut se référer aux commentaires proposés par l'Administration au sujet des droits à construire, bien que ceux-ci ne soient pas d'une clarté exemplaire.

Le BOFIP BOI-TVA-IMM-10-10-10-40 (n° 30) précise en effet que : «*Quand bien même des droits à construire résiduels (notamment par surélévation) sont attachés à un immeuble bâti, la cession de celui-ci verra son régime déterminé non comme celui d'un terrain à bâtir, mais comme*

immeuble neuf ou comme immeuble achevé depuis plus de cinq ans en fonction de la date d'achèvement du bâti existant. Tel est le régime ainsi applicable à la cession d'un lot de volume d'immeuble bâti».

A notre sens, ces commentaires ne concernent que les lots de volumes incluant des immeubles bâtis. Il en résulte que la mutation de droits de surélévation d'un immeuble achevé depuis plus de cinq ans suit le régime de TVA applicable à la cession du sous-jacent existant, i.e. une exonération de TVA avec possibilité d'option.

S'agissant des lots de volumes qui ne comprennent aucune construction, il semble raison-

nable de les assimiler à des terrains nus, lesquels sont analysés comme des terrains à bâtir au sens de l'article 257-I-2-2° du CGI lorsqu'ils se situent en zone constructible. En effet, ledit article 257-I-2-2° dispose que sont considérés comme terrains à bâtir «*les terrains sur lesquels des constructions peuvent être autorisées en application d'un plan local d'urbanisme, d'un autre document d'urbanisme en tenant lieu, d'une carte communale ou de l'article L.111-3 du Code de l'urbanisme*».

S'agissant des droits de mutation, l'engagement souscrit par l'acquéreur de lots de volume d'achever des constructions neuves ou de réaliser des travaux de rénovation aboutissant à la production d'un immeuble neuf dans le délai de quatre ans lui permet de n'avoir à supporter que le droit fixe de 125 euros. Ainsi, il convient de se référer au sous-jacent existant pour déterminer, au regard de la TVA et des droits de mutation, si des droits à construire peuvent être qualifiés de terrain à bâtir.

Il résulte de ce qui précède que les régimes

de report précités ne pourraient, selon la lettre du texte, être appliqués à des droits à construire portant sur des immeubles déjà bâtis dès lors que ces derniers ne peuvent pas être qualifiés de terrains à bâtir au sens de la TVA.

Néanmoins, nous retenons que l'intention du législateur – favoriser la construction de nouvelles surfaces – récemment rappelée, en par-

ticulier par l'extension du taux réduit prévu par l'article 210 F du CGI aux terrains à bâtir, nous conduit à considérer que devraient être visées l'ensemble des opérations permettant l'édification de constructions nouvelles. Il semblerait ainsi opportun que l'administration fiscale puisse confirmer, dans le cadre de commentaires ou en réponse à un rescrit qui lui serait présenté en ce sens, l'application des différés d'imposition décrits aux opérations portant sur des droits à construire en surélévation. ■

«La mutation de droits de surélévation d'un immeuble achevé depuis plus de cinq ans suit le régime de TVA applicable à la cession du sous-jacent existant, i.e. une exonération de TVA avec possibilité d'option.»

Ventes en état futur d'achèvement : les dispositions du projet de loi ELAN



Par **Jean-Luc Tixier**, docteur en droit, avocat associé en droit immobilier et droit public. Il assiste – conseil et contentieux – les entreprises commerciales et industrielles, et intervient auprès des promoteurs en matière de droit de l'urbanisme et de la construction, de ventes immobilières et de baux commerciaux, de baux emphytéotiques et à construction. Il est chargé d'enseignement à l'Université Paris I.
jean-luc.tixier@cms-fl.com



et **Simon Estival**, avocat en droit immobilier. Il intervient dans tous les domaines du droit immobilier, notamment en matière de baux commerciaux, copropriété, construction et avant-contrats immobiliers.
simon.estival@cms-fl.com

Le projet de loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (ELAN), dans sa version enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 4 avril 2018, s'articule autour de quatre grands axes, à savoir «*construire plus, mieux et moins cher*», faire évoluer le «*secteur du logement social*», «*répondre aux besoins de chacun et favoriser la mixité sociale*» et «*améliorer le cadre de vie*». Dans ce dessein, le projet de loi ELAN a notamment pour objectif annoncé de moderniser la vente en l'état futur d'achèvement (VEFA). A cet égard, et comme l'indique l'exposé des motifs introduisant la réforme précitée, celle-ci entend consacrer deux séries de dispositions destinées à :

– «*sécuriser l'acquéreur dans le cadre de la garantie financière d'achèvement*» ; et

– «*permettre à l'acquéreur et au vendeur de se mettre d'accord pour permettre à l'acquéreur d'assurer lui-même certains travaux de finition*».

En effet, l'article 22 du projet de loi ELAN entend modifier le Code de la construction et de l'habitation (CCH) et, plus particulièrement, son article L.261-15 en prévoyant que : «*Le contrat préliminaire peut prévoir qu'en cas de conclusion de la vente, l'acquéreur se réserve l'exécution de travaux de finition ou d'installation d'équipements qu'il se procure par lui-même. Le contrat comporte alors une clause en caractères très apparents par laquelle l'acquéreur accepte la charge et le coût de ces travaux, qu'il réalise après la livraison de l'immeuble*».

Cet article 22 n'a pas pour objectif d'introduire un nouveau contrat de vente d'immeuble à construire correspondant à une vente en état futur d'inachèvement (VEFI - cf. proposition de loi

n° 2821 enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 18 octobre 2011) mais de permettre à l'acquéreur, dans le cadre juridique existant des articles L.261-1 et suivants du CCH relatifs aux ventes d'immeubles à construire, de se réserver, avant la conclusion de l'acte de vente définitif, «*l'exécution de travaux de finition ou d'installation d'équipements qu'il se procure par lui-même*».

Dans cette hypothèse, en application de l'article L.261-15 modifié du CCH, le contrat préliminaire de réservation devra indiquer, dès l'origine, la décomposition précise du prix du local réservé, à savoir «*le prix de vente convenu*», «*le coût des travaux dont l'acquéreur se réserve l'exécution, ceux-ci étant décrits et chiffrés par le vendeur*», ainsi que «*le coût total de l'immeuble égal à la somme du prix convenu et du coût des travaux*»

dont l'acquéreur se réserve l'exécution. Si ces dispositions sont de nature à permettre aux acquéreurs de personnaliser d'avantage leur futur logement ou encore d'en limiter le coût d'acquisition en leur permettant de réaliser eux-mêmes certains travaux, il demeure, selon nous, plusieurs difficultés juridiques à lever au regard des dispositions existantes des articles L.261-1 et suivants du CCH.

Nous pouvons, en effet, nous interroger sur l'application de ces

«Cet article 22 n'a pas pour objectif d'introduire un nouveau contrat de vente d'immeuble à construire [...] mais de permettre à l'acquéreur [...] de se réserver, avant la conclusion de l'acte de vente définitif, "l'exécution de travaux de finition ou d'installation d'équipements qu'il se procure par lui-même".»

nouvelles dispositions de l'article 22 du projet de loi ELAN au regard de la définition de l'article R.261-1 du CCH qui précise que : «*L'immeuble vendu à terme ou en l'état futur d'achèvement est réputé achevé au sens de l'article 1601-2 du Code civil, reproduit à l'article L.261-2 du présent code, et de l'article L.261-11 du présent code lorsque sont exécutés les ouvrages et sont installés les éléments d'équipement qui sont indispensables à l'utilisation, conformément à*

sa destination, de l'immeuble faisant l'objet du contrat».

Il n'est pas contestable qu'il ressort de cette définition réglementaire que l'exécution de travaux «d'installation d'équipements» peut être une condition *sine qua none* de l'achèvement de l'immeuble au sens de l'article R.261-1 du CCH. Aussi, la coexistence des nouvelles dispositions de l'article 22 du projet de loi ELAN avec les dispositions existantes de l'article R.261-14 du CCH relatif à l'échéancier de paiement de la VEFA interpelle.

Cet article R.261-14 du CCH précise que : «Les paiements ou dépôts ne peuvent excéder au total : [...] 95 % à l'achèvement de l'immeuble». Il est donc loisible de s'interroger sur la manière dont se combinera l'exécution des travaux par l'acquéreur pouvant concourir à l'achèvement de l'immeuble avec ce jalon de paiement du prix à l'achèvement de l'immeuble, ainsi qu'avec l'obligation légale pesant sur le vendeur de fournir une garantie financière d'achèvement.

Dès lors, et aux fins d'assurer une compatibilité entre les textes existants du CCH et les nouvelles dispositions de l'article 22 précitées, il

nous semble qu'il serait judicieux que le législateur limite, dans son projet, les travaux pouvant être exécutés par l'acquéreur aux seuls «travaux de finition ou d'installation d'équipements qu'il se procure par lui-même» ne concourant pas à l'achèvement de l'immeuble (papiers muraux, peintures, revêtements des sols, etc.).

On relèvera d'ailleurs que l'article 22 du projet de loi ELAN est étonnamment silencieux quant aux assurances devant être souscrites par l'acquéreur ayant opté pour «l'exécution de travaux de finition ou d'installation d'équipements qu'il se procure par lui-même.», lesquels peuvent incontestablement être à l'origine de désordres.

Il convient de souligner que, sans attendre cet article 22 relatif au secteur protégé du logement, la pratique s'est lancée dans le montage spécifique du bail en l'état futur d'inachèvement (BEFI), concernant les immeubles commerciaux, industriels et de bureaux.

Dans cette hypothèse, un encadrement juridique préalable à la réalisation des travaux du pre-

neur est indispensable, notamment quant aux modalités d'organisation de la mise à disposition anticipée des locaux.

En effet, et outre qu'il est recommandé de réaliser un état des lieux afin de s'assurer que les travaux du preneur ne porteront pas atteinte à ce qui a été fait par le bailleur, il est nécessaire de décrire les travaux envisagés par le preneur, lesquels pourront contribuer à l'achèvement des lieux loués, ainsi que les assurances afférentes à souscrire, afin de s'assurer que lesdits travaux ne seront pas de nature à porter atteinte à la conformité contractuelle et administrative de l'immeuble.

Aussi, il est judicieux de prévoir que la mise à disposition anticipée vaudra constatation de l'achèvement des travaux du bailleur, afin d'éviter une possible confusion avec les travaux faits

par le preneur.

Cette vigilance dans la rédaction des clauses se justifie également par l'obligation de délivrance du bailleur, dont ce dernier ne peut s'exonérer.

Dans un arrêt récent, en date du 18 janvier 2018, la Cour de cassation a en effet confirmé

«La pratique s'est lancée dans le montage spécifique du bail en l'état futur d'inachèvement (BEFI), concernant les immeubles commerciaux, industriels et de bureaux.»

sa jurisprudence antérieure en considérant :

«Qu'en statuant ainsi, alors que les obligations pesant sur le promoteur immobilier envers le preneur, au titre des travaux de réhabilitation d'un immeuble loué, n'exonèrent pas le bailleur, tenu d'une obligation de délivrance, de la prise en charge des travaux nécessaires à l'activité stipulée au bail, sauf clause expresse contraire, la Cour d'appel, qui s'est déterminée par des motifs impropres à caractériser une exonération du bailleur, a privé sa décision de base légale» (Cass. 3^e civ., 18 janvier 2018, n° 16-26.011).

Dans ces circonstances, et à la lumière de ce qui vient d'être exposé, les interrogations précitées témoignent que l'article 22 du projet de loi ELAN relatif au secteur protégé du logement, dont certaines dispositions ont d'ores et déjà été pensées par la pratique dans le secteur non protégé, est discutable et inachevé sur plusieurs sujets fondamentaux du régime de la VEFA. ■

Ventes à effet différé et prépondérance immobilière : un jeu à combinaisons multiples



Par **Frédéric Gerner**, avocat associé en fiscalité. Il intervient tant en matière de conseil que de contentieux dans les questions relatives aux impôts directs, notamment celles liées aux restructurations intra-groupes et à l'immobilier. frederic.gerner@cms-fl.com



et **Jean-Charles Benois**, avocat counsel en fiscalité. Il intervient tant à destination des groupes de sociétés que des particuliers, notamment sur l'ensemble de leurs problématiques immobilières. jean-charles.benois@cms-fl.com

Les ventes à effet différé d'immeubles ou de droits immobiliers ont un impact sur la date du transfert de leur propriété juridique, et donc sur la date de leur entrée ou sortie du bilan du cessionnaire ou du cédant.

Au-delà de certains effets comptables déconsolidants et des éventuelles conséquences en matière de transfert immédiat ou différé des risques opérationnels entre les parties, le recours à cette technique est également susceptible d'avoir des conséquences sur la qualification de l'entité cédante ou cessionnaire au regard de la notion de société à prépondérance immobilière (SPI). Or, les conséquences fiscales susceptibles de découler d'une telle qualification sont nombreuses (éligibilité ou non au régime des plus-values sur titres de participation, déductibilité des provisions pour dépréciation de titres, impossibilité en France des plus-values sur cessions de titres réalisés par un non-résident, taux des droits d'enregistrement sur les ventes de droits sociaux, etc.).

Si le droit fiscal français fourmille de définitions distinctes de la notion de prépondérance immobilière selon les redevables ou impôts concernés, toutes ont pour principe de calculer cette prépondérance via un ratio comprenant au numérateur, notamment, les immeubles et droits immobiliers, et au dénominateur l'ensemble des actifs de la société concernée. Les ventes d'immeubles à effet différé peuvent ainsi conduire à modifier ledit ratio, à la hausse comme à la baisse, en fonction des modalités de transfert envisagées (vente à terme, vente en l'état futur d'achèvement, vente à réméré, etc.) et des stipulations contractuelles retenues. Cependant, l'impact de ces ventes à effet différé sur la qualification de SPI est susceptible de varier selon les définitions retenues, qui conduisent à apprécier la prépondérance immobilière à des dates différentes.

Il pourra être significatif lorsque la prépondérance immobilière est appréciée à date fixe, comme par

exemple en matière de taxe de 3 % sur la valeur vénale des immeubles (appréciation au 1^{er} janvier de l'année considérée), ou de prélèvement sur les plus-values réalisées par des non-résidents sur la cession de titres de SPI (prépondérance immobilière en cas de ratio supérieur à 50 % à la clôture de chacun des trois exercices précédant la cession).

Il sera moindre (mais pourra néanmoins jouer, compte tenu du temps long dans lequel s'inscrivent les projets immobiliers) lorsque le ratio est calculé de manière continue ou mobile, afin d'éviter des comportements optimisants. C'est notamment le cas en matière de plus-values sur titres de participation, le ratio étant en principe

calculé à la date de la cession des titres ainsi qu'à la clôture de l'exercice précédant ladite cession. Des dispositifs analogues existent également en matière de droits d'enregistrement (le ratio étant calculé à la date de la cession, ainsi qu'à tout moment au cours de l'année précédant ladite cession), ou encore dans la convention franco-luxembourgeoise conclue le 20 mars 2018¹.

Cet impact pourra enfin être doublement favorable (ou défavorable) en matière

de provisions pour dépréciation de titres lorsque l'effet différé attaché à ces ventes conduit une même société dont les titres sont dépréciés à passer successivement de SPI (provision déductible du résultat imposable à l'impôt sur les sociétés) à non-SPI (provision non déductible), ou inversement, à des dates auxquelles la provision est dotée puis reprise. Encore faudra-t-il savoir à quelle date doit être calculé le ratio de prépondérance immobilière, question qui paraît loin d'être tranchée depuis 2015².

Les effets fiscaux des ventes différées en matière de prépondérance immobilière sont ainsi susceptibles d'être multiples, favorables ou défavorables. Les acteurs économiques sont donc appelés à en apprécier la complexité et à en anticiper les conséquences. ■

«L'impact de ces ventes à effet différé sur la qualification de SPI est susceptible de varier selon les définitions retenues, qui conduisent à apprécier la prépondérance immobilière à des dates différentes.»

1. Voir à ce titre l'article «Nouvelle convention franco-luxembourgeoise : impacts et enjeux pour les investissements immobiliers français» par Julien Saïac et Mary Lédée en p.11 de cette lettre.

2. CE, 14 octobre 2015 n° 387249, société L'Auxiliaire.

Les mutations différées face à la domanialité publique

Il est en principe impossible de se porter acquéreur d'un bien relevant du domaine public des personnes publiques en raison de son inaliénabilité. Toutefois, des contrats ayant pour objet une mutation différée ont été rendus possibles par le législateur et la jurisprudence. En réalité, il s'agit moins de déroger au principe de l'inaliénabilité des biens du domaine public que de sécuriser un processus de désaffectation et de déclassement, autrefois laissé à la discrétion de l'Administration, au bénéfice des acquéreurs potentiels.

Les biens du domaine public sont affectés à l'usage direct du public ou au service public (article L.2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques -

C3P), ce qui justifie leur inaliénabilité (art. L.3111-1).

A ce titre, leur cession n'est possible que s'ils ont été préalablement désaffectés de leur usage public, puis déclassés par un acte exprès (article L.2141-1). Seul ce transfert dans le domaine privé de la personne publique permet leur cession ou la conclusion de droits de nature civile, qui seraient à défaut nuls.

Si ce processus reste la norme, l'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques a ouvert des possibilités nouvelles de

déclassement ou de désaffectation anticipés permettant d'envisager des cessions ou des promesses de vente de biens du domaine public sous conditions résolutoires ou suspensives.

Premièrement, l'article L.2141-2 du CG3P permet désormais aux collectivités territoriales de constater par anticipation le déclassement d'un bien, sous réserve que sa désaffectation intervienne dans un délai de trois ans ou de six ans lorsqu'elle dépend de la réalisation de constructions. Ce bien du domaine public déclassé de manière anticipée peut ainsi être cédé, moyennant une condition résolutoire selon laquelle, dans le délai convenu, le bien ne devra plus être affecté au service public ou à l'usage direct du public.

Cette clause résolutoire pèsera comme une épée de Damoclès sur les épaules du cocontractant de l'Administration, d'autant qu'elle s'articule avec des conditions spécifiques : clauses organisant la désaffectation du bien, étude d'impact, délibération spéciale. Seule garantie : la convention doit prévoir les conditions dans lesquelles l'acquéreur sera indemnisé en cas de résolution de la vente. Deuxièmement, l'article L.3112-4 du CG3P encadre désormais une possibilité reconnue par la jurisprudence : la promesse de vente ou d'attribution d'un droit réel civil sur un bien du domaine public (CE, 15 novembre 2017, commune d'Aix-en-Provence, n° 409728). Dans ce cas, la

collectivité doit préalablement décider la désaffectation du bien, laquelle ne prendra effet que dans un délai fixé par la promesse pour des raisons tenant aux nécessités du service public ou de l'usage direct du public. On comprend que, dans ce cas, la mutation du bien est différée, conditionnée à son déclassement ultérieur. La personne publique conserve la possibilité de ne pas exécuter la promesse pour un motif tiré de la continuité des services publics ou de la protection des libertés, impliquant le maintien du

bien dans le domaine public. Là encore, dans ce cas, le bénéficiaire de la promesse sera indemnisé. Ainsi, ces dispositions peuvent ouvrir le champ à de nouveaux montages contractuels sur le domaine public tels que des locations avec option d'achat. Ces montages comportent en effet un contrat de location et une promesse de vente, qui est désormais possible dans les conditions rappelées ci-dessus sur un bien du domaine public. Le cocontractant de l'Administration devra néanmoins garder à l'esprit que ces contrats paraissent relever d'un régime exorbitant de droit public, ce qui implique, en cas de litige, la saisine du juge administratif *a priori* soucieux des intérêts de l'Administration. ■

«L'ordonnance du 19 avril 2017 [...] a ouvert des possibilités nouvelles de déclassement ou de désaffectation anticipés permettant d'envisager des cessions ou des promesses de vente de biens du domaine public sous conditions résolutoires ou suspensives.»



Par **Yves Delaire**, avocat associé en droit public de CMS Francis Lefebvre Lyon Avocats. Il conseille et assiste les personnes publiques, les entreprises, les associations et les particuliers, notamment en matière de contrats publics, de droit des biens des personnes publiques, de droit de l'urbanisme, de l'environnement et de l'énergie. yves.delaire@lyon.cms-fl.com



et **Benjamin Achard**, avocat en droit public de CMS Francis Lefebvre Lyon Avocats. Il intervient notamment en matière de droit de l'intercommunalité, des services publics, de la mutualisation des moyens et des compétences, des aides publiques et des finances publiques. benjamin.achard@lyon.cms-fl.com

Vente d'immeuble à construire et taxe foncière : quelles obligations pour les parties au contrat ?

Acquéreurs comme vendeurs doivent, dès la conclusion d'un contrat de vente d'immeuble à construire, s'interroger sur leurs formalités déclaratives à accomplir auprès de l'administration fiscale.



Par **Cathy Goarant-Moraglia**, avocat associé en fiscalité. Elle intervient dans le cadre de la gestion des impôts locaux grevant les programmes immobiliers ainsi que dans le cadre de restructurations lourdes ou de commercialisations. Elle mène également des missions d'audit, d'assistance, de conseil technique et de défense des entreprises dans tous les secteurs d'activité.
cathy.goarant@cms-fl.com



et **Virginie Roche**, avocat en fiscalité. Elle intervient plus particulièrement dans les dossiers de conseil et de contentieux en matière de fiscalité locale.
virginie.roche@cms-fl.com

L'acquéreur d'un immeuble à construire se pose couramment la question de savoir à quel moment et dans quelles conditions il deviendra redevable de la taxe foncière due au titre de cet immeuble. Si la taxe foncière sur les propriétés bâties sera dans tous les cas supportée par l'acquéreur à compter de l'achèvement de l'immeuble, la situation peut varier pendant la phase de construction selon le type de contrat conclu.

En effet, l'article 1400 du Code général des impôts (CGI) pose un principe selon lequel toute propriété, qu'elle soit bâtie ou non bâtie, est imposée au nom du propriétaire au 1^{er} janvier de l'année d'imposition. En cas de vente à terme, le transfert de propriété de l'immeuble objet du contrat s'opère par la constatation, par acte authentique, de l'achèvement de l'immeuble. L'acquéreur sera ainsi redevable de la taxe foncière sur les propriétés bâties au titre de l'immeuble construit à compter du 1^{er} janvier suivant son achèvement.

Pendant toute la phase des travaux de construction, c'est donc le vendeur qui restera redevable de la taxe foncière sur les propriétés non bâties, au titre du terrain supportant la construction en cours.

Une clause particulière tendant à faire supporter cette taxe sur le non bâti à l'acquéreur de l'immeuble objet de la vente à terme est inopposable à l'administration fiscale et n'a d'effet qu'entre les parties.

La situation est différente en cas de vente en état futur d'achèvement.

Dans cette seconde hypothèse, la propriété du terrain est transférée à l'acquéreur dès la conclusion du contrat. Durant la phase de construction, la taxe foncière sur les propriétés non bâties, due

au titre du terrain supportant la construction en cours, sera donc mise à la charge de l'acquéreur. Ce dernier deviendra par la suite redevable de la taxe foncière sur les propriétés bâties, à compter du 1^{er} janvier suivant l'achèvement de l'immeuble. Rappelons que ces règles s'appliquent sous réserve que l'acte de vente ait été régulièrement publié auprès du service de la publicité foncière. Ainsi, tant que la mutation cadastrale n'a pas été enregistrée par les services fiscaux, le vendeur reste le redevable et sera imposé au rôle et peut être contraint au paiement de la taxe foncière. Il

appartient donc au vendeur d'être attentif à la publication par le notaire de l'acte de vente car cette démarche a pour effet de rendre la vente opposable aux tiers et à l'administration fiscale.

L'acquéreur doit également prêter une attention particulière aux obligations déclaratives qui lui incombent à l'achèvement de la construction, que la vente soit conclue à terme ou en état futur d'achèvement.

En effet, le propriétaire d'une construction nouvelle est tenu, dans un délai de quatre-vingt-dix jours suivant l'achèvement

«L'acquéreur doit également prêter une attention particulière aux obligations déclaratives qui lui incombent à l'achèvement de la construction, que la vente soit conclue à terme ou en état futur d'achèvement.»

de cette construction, de la déclarer au service du cadastre de l'administration fiscale. Cette déclaration est essentielle dans la mesure où elle conditionne le bénéfice d'une exonération partielle et temporaire (deux ans) de la taxe foncière sur les propriétés bâties (CGI, art. 1383).

Dans la mesure où, pour les ventes à terme ou en état futur d'achèvement, le transfert de propriété intervient respectivement à la conclusion du contrat ou à l'achèvement de la construction, cette obligation déclarative pèse nécessairement sur l'acquéreur, qui ne saurait donc invoquer une négligence du constructeur, sauf si ce dernier s'est engagé à effectuer les obligations déclaratives. ■

Nouvelle convention franco-luxembourgeoise : impacts et enjeux pour les investissements immobiliers français

La signature d'une nouvelle convention le 20 mars 2018 entre la France et le Luxembourg, destinée à remplacer la convention actuelle, a suscité la surprise des investisseurs ayant structuré, de façon classique, leurs investissements au travers d'entités luxembourgeoises.

En effet, ce nouveau texte, qui entrera en vigueur au 1^{er} janvier de l'année suivant celle de sa ratification par les deux Etats (soit au plus tôt le 1^{er} janvier 2019, mais plus vraisemblablement le 1^{er} janvier 2020), modifie en profondeur les règles du jeu, en particulier pour les fonds d'investissements immobiliers.

L'objectif clairement affirmé est la lutte contre l'évasion fiscale.

Pour atteindre cet objectif, la nouvelle convention a procédé à une refonte des clauses relatives à la résidence et à l'élimination des doubles impositions et à l'introduction d'une clause générale anti-abus. Ces clauses générales sont susceptibles de s'appliquer à tous les types d'investissement y compris immobiliers.

Ainsi, l'actuelle référence au centre effectif de direction ou à défaut au lieu du siège social, qui permet de déterminer la résidence fiscale des personnes morales, va disparaître au profit d'une définition classique basée sur le lieu d'assujettissement à l'impôt et le siège de direction effective. Cette nouvelle définition aura pour effet d'empêcher l'application des dispositions de la convention aux entités exonérées d'impôt ainsi qu'aux entités transparentes fiscalement. Sur ce dernier point, la France a toutefois introduit un bémol reflétant la spécificité de la transparence des sociétés de personnes françaises qui sont considérées comme résidentes de France

sous certaines conditions.

En ce qui concerne l'élimination des doubles impositions, la méthode du crédit d'impôt est généralisée du côté français et son application est conditionnée par une imposition effective au Luxembourg. Cette nouvelle rédaction devrait en pratique avoir peu de répercussions pour les investissements réalisés dans l'immobilier français dès lors que les revenus immobiliers et les plus-values immobilières sont déjà imposables en France sous l'empire de la convention actuelle.

Enfin, la nouvelle convention introduit une

«La nouvelle convention introduit une clause anti-abus générale au titre de laquelle les avantages conventionnels peuvent être refusés "si l'on peut raisonnablement conclure [...] que l'octroi de cet avantage était un des objets principaux d'un montage ou d'une transaction ayant permis [...] de l'obtenir"».

clause anti-abus générale au titre de laquelle les avantages conventionnels peuvent être refusés «si l'on peut raisonnablement conclure, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances propres à la situation, que l'octroi de cet avantage était un des objets principaux d'un montage ou d'une transaction ayant permis, directement ou indirectement, de l'obtenir».

Cet arsenal anti-abus général est par ailleurs complété par des dispositifs spécifiques visant le secteur de l'investissement immobilier.

La clause relative aux distributions de dividendes

est substantiellement revue.

Ainsi, la nouvelle convention pose toujours le principe général d'une retenue à la source de 15 % sur les dividendes de source française distribués à un bénéficiaire luxembourgeois mais elle introduit la notion de bénéficiaire «effectif». Par ailleurs, la retenue à la source est supprimée dès lors que le bénéficiaire effectif est une société ayant détenu directement au moins 5 % du capital de la société distributrice pendant une période de 365 jours. Cette rédaction est plus favorable que celle prévue dans la convention actuelle qui prévoit une retenue à la source de



Par **Julien Saïac**, avocat associé en fiscalité. Il traite plus particulièrement des questions relatives aux restructurations internationales et aux investissements immobiliers.
julien.saïac@cms-fl.com



et **Mary Lédée**, avocat en fiscalité. Elle intervient en matière de fiscalité transactionnelle et conseille les entreprises au quotidien, principalement dans le secteur immobilier (structuration des acquisitions, accompagnement dans le cadre des négociations et en matière de rédaction des clauses fiscales des actes, réalisation d'audits).
mary.ledée@cms-fl.com

5 % sous réserve que le bénéficiaire détienne au moins 25 % du capital d'une société de capitaux française.

En outre, deux clauses spécifiques sont applicables aux véhicules d'investissement.

La première clause est insérée à l'article 10.6 de la nouvelle convention. Elle prévoit que les dividendes payés à partir de revenus ou gains immobiliers par un véhicule d'investissement établi dans un Etat contractant, qui distribue la plus grande partie de ses revenus annuellement et qui bénéficie d'une exonération d'impôt à

raison de ses revenus ou gains immobiliers, sont soumis à une retenue à la source de 15 % si le bénéficiaire effectif est un résident de l'autre Etat contractant détenant directement ou indirectement au moins 10 % du capital de ce véhicule. Lorsque le seuil de 10 % est dépassé, la retenue à la source de droit interne s'applique. Cette clause, qui fait référence au lieu d'établissement de l'entité distributrice et non à sa résidence fiscale, a vocation à s'appliquer en pratique aux sociétés

d'investissement immobilier cotées (SIIC) et aux sociétés de placement à prépondérance immobilière à capital variable (SPPICAV) de droit français alors même que ces dernières ne seraient pas considérées comme des résidentes au sens conventionnel.

La référence aux dividendes payés à partir des seuls revenus ou gains immobiliers pourrait être interprétée littéralement comme excluant les dividendes payés à partir de dividendes reçus des filiales du véhicule d'investissement (à l'instar des distributions des filiales SIIC réalisées au profit d'une SPPICAV). Il est cependant peu probable que cette approche soit retenue *in fine* par l'administration fiscale française. En conséquence, il convient de considérer que dès lors que l'actionnaire luxembourgeois détiendra plus de 10 % du capital d'une SIIC ou d'une SPPICAV, la retenue à la source prévue par l'article 119 bis du Code général des impôts s'appliquera, que la détention des actifs immobiliers par la SIIC ou la SPPICAV soit directe ou indirecte. En pratique,

cela signifie que la retenue à la source sera de 15 % si l'actionnaire luxembourgeois est un organisme de placement collectif (OPC) comparable à un OPC français¹. A cet égard, la doctrine administrative liste les critères permettant de justifier d'une comparabilité entre les OPC français et étrangers. Dans le cas où cette comparabilité ne pourrait pas être établie, la retenue à la source appliquée serait de 30 %. Néanmoins, la loi de finances pour 2018 a prévu une réduction du taux de la retenue à la source à compter de 2020 afin de l'aligner sur le taux de droit commun de

l'impôt sur les sociétés².

La seconde clause spécifique est prévue au point 2 du protocole. En substance, elle permet d'appliquer la retenue à la source conventionnelle, nonobstant toute autre disposition de la convention, aux dividendes de source française versés à un véhicule d'investissement établi au Luxembourg et assimilé par le droit interne français à un OPC et ce, à hauteur des revenus correspondant aux droits détenus par des porteurs résidents de France, du Luxem-

bourg ou d'un Etat ayant signé avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre l'évasion fiscale («les porteurs éligibles»). En pratique, cette clause devrait permettre d'appliquer la retenue à la source conventionnelle en cas de distribution de dividendes réalisée par une société française, hors SIIC ou SPPICAV, au profit d'un OPC luxembourgeois qui, en raison de son exonération ou de sa transparence, ne serait pas considéré comme résident au sens conventionnel et ce, à hauteur des droits détenus par des porteurs éligibles. On remarquera toutefois que, dans de telles situations, le droit interne français exonère déjà les dividendes (article 119 bis 2) et les intérêts de toute retenue à la source.

Enfin, en matière de plus-values, la définition de la prépondérance immobilière des sociétés est modifiée puisque le seuil des 50 % d'actifs immobiliers est apprécié à tout moment au cours des 365 jours précédant la cession. ■

1. BOI-RPPM-RCM-30-30-20-70, 20170607.

2. Le taux sera ainsi de 28 % en 2020, 26,5 % en 2012 et 25 % en 2022.

Accord des parties sur le loyer révisé : incidence sur la fixation du loyer de renouvellement

La fixation conventionnelle du loyer révisé par les parties constitue une modification des obligations respectives des parties en cours de bail entraînant le déplaçonnement du loyer du bail révisé.

Le loyer du bail commercial peut faire l'objet d'une modification, soit en cours de bail par le biais d'une action en révision du loyer, soit à la fin du bail commercial dans le cadre d'une fixation du loyer de renouvellement.

S'agissant de la fixation du loyer de renouvellement, l'article L. 145-34 du Code de commerce stipule qu'à moins d'une modification notable des obligations respectives des parties, le loyer de renouvellement doit être fixé au montant du loyer plafond. Par un arrêt du 15 février 2018, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a jugé que la fixation conventionnelle du loyer intervenue entre les parties emportait renonciation à la procédure en révision judiciaire du loyer et constituait une modifi-

cation notable des obligations respectives des parties intervenues en cours de bail (Cass. 3^e civ., 15 février 2018, n^o 17-11866, 17-11867). Dans ces conditions, la Haute juridiction a considéré que cette fixation conventionnelle constituait un motif de déplaçonnement entraînant la fixation du loyer du bail renouvelé à la valeur locative. Au cas particulier, deux baux commerciaux portant sur des locaux contigus avaient été conclus le 3 juin 2003. Le bailleur avait engagé le 17 janvier 2012 une procédure en fixation des loyers révisés sur le fondement de l'article L. 145-39 du Code de commerce, étant précisé que l'expert judiciaire avait retenu une valeur locative de 120 000 euros hors taxes hors charges. Le 21 février 2013, le locataire avait initié une procédure en renouvellement des deux baux à compter du 1^{er} avril 2013 aux conditions antérieures. Les parties avaient signé le 7 mars 2017, deux avenants par lesquels elles avaient convenu de réajuster le loyer du bail en cours à la somme annuelle

en principal de 100 000 euros par an pour la période du 1^{er} janvier 2012 au 31 mars 2013, ces avenants ayant emporté renonciation des parties aux procédures de révision des loyers.

Si la Cour de cassation avait déjà eu l'occasion d'affirmer ce principe (Cass. 3^e civ., 24 mars 2004, n^o 366), il n'en demeure pas moins que cet arrêt constitue un rappel intéressant de l'incidence de la conclusion d'un avenant de révision en cours de bail commercial sur la fixation du loyer de renouvellement. Rappelons que le loyer n'aurait pas été déplaçonné si les parties

«Cet arrêt constitue un rappel intéressant de l'incidence de la conclusion d'un avenant de révision en cours de bail commercial sur la fixation du loyer de renouvellement.»

avaient été au bout de la procédure en fixation du loyer du bail révisé sur le fondement de l'article L. 145-39 du Code de commerce puisque cette fixation relève d'une modification légale ne constituant pas une modification conventionnelle des parties ouvrant droit à déplaçonnement. En pratique, il est conseillé aux parties de prévoir, lors de la

conclusion d'un avenant de révision emportant renonciation à leur demande de révision, une clause expresse stipulant que cette modification conventionnelle du loyer ne pourra pas être prise en compte pour déterminer l'existence d'un motif de déplaçonnement lors de la fixation du loyer du bail renouvelé. En effet, les dispositions de l'article L. 145-34 du Code de commerce relatives à la fixation du loyer de renouvellement ne sont pas d'ordre public puisqu'elles ne sont pas visées par l'article L. 145-15 du Code de commerce, les parties pouvant donc librement encadrer le mécanisme de fixation du loyer de renouvellement. ■



Par **Géraldine Machinet**, avocat en droit immobilier. Elle intervient tant en conseil qu'en contentieux, notamment en matière de baux commerciaux. geraldine.machinet@cms-fl.com



et **Apolline Coly**, avocat en droit immobilier. Elle assiste des investisseurs, français et internationaux, et des promoteurs sur l'ensemble des aspects, tant privés que publics, du droit immobilier. apolline.coly@cms-fl.com

Patrim : un service bientôt accessible aux entreprises ?



Par **Stéphanie Némard-Attias**, avocat en fiscalité. Elle intervient dans tous les domaines de la fiscalité des entreprises, notamment en matière immobilière.
stephanie.nemard-attias@cms-fl.com

L'épineuse question de l'évaluation des biens immobiliers se pose à l'approche de la campagne déclarative 2018, avec une importance accrue depuis l'adoption de l'impôt sur la fortune immobilière (IFI). En effet, l'immobilier représente désormais l'intégralité de la base taxable de l'IFI. Il convient donc de recenser les biens ou droits immobiliers détenus directement ou indirectement par l'intermédiaire de sociétés ou d'organismes, quel que soit le nombre de niveaux d'interposition. Un important travail d'évaluation doit donc être mené par les particuliers, mais également par les entreprises ainsi que les établissements financiers qui proposent des placements incluant des valeurs immobilières.

Pour déterminer au plus juste la valeur vénale d'un bien immobilier, on peut notamment utiliser la méthode du comparable. Mais confronter les prix de ventes similaires dans un secteur géographique donné suppose de disposer d'une information fiable et précise. Parmi

les outils à connaître, la Direction générale des finances publiques a mis en place dès janvier 2014 un service en ligne dénommé «Patrim – Rechercher des transactions immobilières». En application de l'article L 107 B du Livre des procédures fiscales, l'accès à cette base de données est à l'origine ouvert aux personnes physiques dans des cas limités :

- une déclaration ISF ;
- une déclaration de succession ;
- un acte de donation ;
- une procédure d'expropriation ; et
- un contrôle fiscal.

Sous réserve de s'identifier sur son espace personnel via le site des impôts, un contribuable a la possibilité d'effectuer une recherche multicritères (localisation du bien, période de construction, superficie, nombre de pièces, étage, ascenseur, etc.). Reste que la fiabilité de cette analyse repose sur le nombre de transactions similaires qui figurent sur cette base qui est enrichie des transactions recensées par les

services de la publicité foncière et la documentation cadastrale.

Depuis le 1^{er} mai 2017, Patrim est également ouvert à toute personne physique qui souhaite vendre ou acquérir un bien immobilier. Ainsi, la loi pour une République numérique (article 24 I 2° de la loi 2016-1321 du 7 octobre 2016) a permis non seulement d'étendre le bénéfice du télé-service à tous les particuliers mais également de communiquer des données plus précises : les références cadastrales et l'adresse complète du bien. Néanmoins, l'utilisation du service reste soumise à un enregistrement via l'espace personnel de l'utilisateur et est limitée à cinquante consultations tous les trois mois.

Le projet de loi pour un État au service d'une société de confiance, plus connu comme le projet de loi pour «le droit à l'erreur», propose de rendre librement accessibles au public les informations détenues par l'Administration

«L'information ne profiterait plus seulement aux particuliers mais à tous les acteurs de l'urbanisme, de l'aménagement et de l'immobilier.»

s'agissant des mutations intervenues dans les cinq dernières années. Ainsi, l'information ne profiterait plus seulement aux particuliers mais à tous les acteurs de l'urbanisme, de l'aménagement et de l'immobilier. Cette modification – qui avait été adoptée l'an passé dans le cadre de la seconde loi de finances pour 2017 puis jugée cavalier budgétaire par le Conseil constitutionnel – devrait être votée avant l'été 2018.

Dans cette perspective, doit-on comprendre que l'enregistrement du profil utilisateur ne serait plus obligatoire ? Après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) afin de s'assurer de la protection des données personnelles, un décret devrait préciser les modalités d'application de cette évolution majeure. ■

Les fonds d'investissements alternatifs peuvent-ils accorder des prêts immobiliers ?

Le droit français reconnaît aujourd'hui diverses formes de fonds d'investissement alternatifs (FIA) relevant de la directive 2011/61/UE pouvant réaliser des prêts en lien avec des opérations immobilières. Au-delà des seuls organismes de placement collectifs immobiliers (OPCI ou, pour ceux réservés aux clients professionnels, OPPCI) pouvant accorder des avances en comptes courant aux sociétés immobilières qu'ils contrôlent, le droit français reconnaît pour les FIA dont les caractéristiques sont fixées par le Code monétaire et financier (CMF) deux régimes distincts : les FIA pouvant accorder des prêts dès lors qu'ils sont agréés comme fonds européen d'investissement à long terme (ELTIF) et les FIA spécifiquement autorisés à accorder des prêts.

ELTIF

En application du règlement (UE) 2015/760, tout FIA agréé en application dudit règlement peut bénéficier du label ELTIF et :

- investir directement dans des actifs physiques dès lors que ces actifs possèdent une valeur liée à leur substance et à leurs propriétés produisant des avantages économiques ou sociaux, et ne comprenant l'immobilier à usage commercial ou résidentiel que s'il fait partie intégrante ou est un élément accessoire d'un projet d'investissement à long terme qui contribue à l'objectif d'une croissance intelligente, durable et inclusive et d'une valeur d'au moins dix millions d'euros (immobilier éligible) ; et
 - accorder des prêts à une entreprise détenant un immobilier éligible et qui n'est ni une entreprise financière, ni admise à la négociation sur un marché réglementé ou dans un système multilatéral de négociation ou a une capitalisation boursière ne dépassant pas 500 millions d'euros.
- A cet égard, ces véhicules peuvent désormais, en application du règlement délégué (UE) 2018/480 du 4 décembre 2017 couvrir leurs risques découlant d'expositions aux actifs précités dès lors que l'utili-

sation de l'instrument financier dérivé entraîne une réduction vérifiable et objectivement mesurable de ces risques au niveau de l'ELTIF.

Certains FIA visés au CMF

Les FIA déclarés tels que les fonds professionnels de capital investissement, les fonds professionnels spécialisés (FPS - qui incluent les sociétés de libre partenariat) ainsi que les organismes de titrisation (OT) et les organismes de financement spécialisés (OFS) peuvent accorder des prêts aux entreprises non financières dans des conditions et limites fixées par un décret en Conseil d'Etat qui n'a pas encore à ce jour été publié.

Ces FIA peuvent octroyer des prêts à des entreprises

individuelles ou des personnes morales de droit privé exerçant à titre principal une activité commerciale, industrielle, agricole, artisanale ou immobilière, à l'exclusion des activités financières et des placements collectifs ou à des personnes morales de droit privé ayant pour objet exclusivement ou, selon les cas, principalement de financer ou de détenir directement ou indirectement une ou plusieurs participations dans le capital de personnes morales précitées.

S'agissant des OFS en particulier, cette nouvelle forme de

FIA paraît particulièrement attractive compte tenu de l'étendue des possibilités d'investissements qui lui sont offertes : ils peuvent en effet comme les FPS investir dans tout bien ainsi que dans des sous-participations en risque ou en trésorerie.

En outre, ils sont susceptibles comme les OT d'émettre des titres de créances et peuvent également conclure des contrats constituant des instruments financiers à terme, ou encore recourir à l'emprunt ou à toute autre forme de ressources, de dettes ou d'engagements. Ainsi, s'il reste encore à attendre les précisions sur le régime des OFS, le droit français offre une gamme variée de véhicules susceptibles d'intervenir dans le financement immobilier. ■



Par **Jérôme Sutour**, avocat associé, responsable de l'équipe services financiers.
jerome.sutour@cms-fl.com

Nouvelles précisions concernant le régime de neutralité des transmissions d'immeubles

Par **Philippe Tournès**,
avocat associé en fiscalité.
philippe.tournes@cms-fl.com

et **Armelle Abadie**,
avocat en fiscalité.
armelle.abadie@cms-fl.com

L'Administration a mis à jour, le 3 janvier 2018, sa base BOFiP¹ relative aux transmissions d'immeubles dans le cadre d'un contrat de crédit-bail. Un certain nombre de situations sont désormais réglées, et notamment la situation du crédit-preneur qui lève l'option d'achat d'un immeuble auprès d'un crédit-bailleur afin de poursuivre l'activité locative (l'immeuble étant auparavant affecté à une activité de sous-location taxée en TVA - rescrit n° 2018/01). Dans ce premier rescrit, l'Administration prend acte de la jurisprudence rendue par le Conseil d'Etat le 23 novembre 2015 (SCI JM3 FOR et JM5 SAR, n° 375054 et 375055). Le BOFiP confirme également l'application de l'article 257 bis du Code général des impôts (CGI) au transfert d'un immeuble donné en location en TVA réalisé pour le changement de crédits-bailleurs, par l'intermédiaire de la levée d'option par le crédit-preneur, puis de la cession à un groupement de crédits-bailleurs (rescrit n° 2018/02). En revanche, la doctrine publiée le 3 janvier 2018 ne règle toujours pas la situation plus délicate

de la levée d'option par un crédit-preneur suivie d'une revente immédiate de l'immeuble, situation qui n'était pas, hélas, abordée par le Conseil d'Etat dans ses décisions du 23 novembre 2015 précitées. Cette problématique a toutefois été soulevée dans le cadre d'une question écrite (question n° 7359 de Monsieur Romain Grau, publiée au Journal officiel du 10 avril 2018), dont l'objet est d'obtenir des clarifications à la suite de la publication de cette doctrine et de mettre un terme aux difficultés d'interprétation générées par cette situation.

La réponse du ministre de l'Economie et des Finances, dont l'Administration a fait savoir qu'elle veillerait à une publication rapide, sera également l'occasion de lever une difficulté rencontrée par les assujettis ayant une activité d'achat-revente d'immeubles : la souscription d'un engagement de revendre (article 1115 du CGI) ou de construire (1594-0 G, A-I du CGI) est-elle un obstacle au bénéfice de la dispense de TVA ? ■

1. Bulletin officiel des finances publiques (BOFiP TVA-DED-60-20-10 n° 286).

C/M/S/ Francis Lefebvre
Avocats

2 rue Ancelle 92522 Neuilly-sur-Seine Cedex
Tél. 01 47 38 55 00
cms.law/fl

 [linkedin.com/company/cms-francis-lefebvre-avocats](https://www.linkedin.com/company/cms-francis-lefebvre-avocats)

 twitter.com/cms_fl

Retrouvez toutes les
informations relatives à notre
activité en immobilier :



Supplément du numéro 1463 du Mardi 22 mai 2018

Option Finance - 10, rue Pergolèse 75016 Paris - Tél. 01 53 63 55 55

SAS au capital de 2 043 312 € RCB Paris 343256327 - Directeur de la publication : Jean-Guillaume d'Ornano

Service abonnements : 10, rue Pergolèse 75016 Paris - Tél. 01 53 63 55 58 Fax : 01 53 63 55 60 - Email : abonnement@optionfinance.fr

Impression : Megatop - Naintre - Origine du papier : France - Taux de fibres recyclées : 100 % - Certification FSC Recycled.

Impact sur l'eau : Ptot : 0,008 kg/tonne

N° commission paritaire : 0922 T 83896



PEFC™ 10-31-1523 / Certifié PEFC / Ce produit est issu de forêts gérées durablement et de sources contrôlées. / pefc-france.org

