

LA LETTRE DE L'IMMOBILIER

Lundi 16 mars 2015

AU SOMMAIRE

Dossier

Le contentieux en immobilier

- Contentieux de l'évaluation immobilière – Les effets discordants de l'intervention des juges judiciaires et administratifs p. 2
- Les particularismes du contentieux en matière de fiscalité locale immobilière p. 4
- Redressements en matière de TVA immobilière p. 5
- Contentieux civil et administratif en matière de constructions : une vigilance extrême s'impose p. 6
- Taux d'imposition et représentant fiscal : une mise en conformité bienvenue du droit français avec le droit de l'Union européenne p. 8
- La prescription en contentieux des baux commerciaux après la loi Pinel p. 9

Actualités

- La mise à jour permanente des loyers : une nouvelle obligation déclarative p. 10
- L'attractivité de l'OPCI confirmée dans le cadre du projet de loi Macron p. 11
- Calcul des droits sur l'achat des sociétés immobilières : retour salubre à la case départ p. 12

EDITORIAL

Procédures immobilières – Certains points de vigilance requièrent une attention spécifique

Qu'il s'agisse de modalités d'imposition, de procédures de rehaussement ou de problématiques contentieuses (fiscales ou juridiques), les règles applicables en matière de procédures immobilières sont variables, selon les domaines, et souvent complexes. Il est donc important de prêter une attention renforcée à certaines particularités auxquelles nous avons choisi de consacrer un numéro de la *Lettre de l'immobilier* en raison de leur importance ou leur actualité.

Sont ainsi présentées les règles applicables aux contentieux portant sur la remise en cause par l'Administration de la valorisation des biens immobiliers, selon qu'ils relèvent des juridictions de l'ordre judiciaire ou des juridictions de l'ordre administratif. Les lecteurs pourront également constater que les procédures concernant le rehaussement et la contestation de la valeur locative des biens assujettis à la taxe foncière ou à la CET portent la trace des imperfections afférentes, d'une part, aux méthodes d'évaluation et d'autre part, aux limitations apportées aux garanties des contribuables en cours de procédure ou aux durées de prescription. Ils pourront par ailleurs prendre connaissance des principales préoccupations des vérificateurs en matière de TVA immobilière dans les contrôles actuels.

Leur vigilance sera également appelée sur les risques contentieux, civil ou administratif, en matière de constructions compte tenu des nombreuses voies de recours ouvertes aux tiers sur différents fondements.

Ils pourront toutefois noter des assouplissements dans le domaine de l'imposition des plus-values immobilières des non-résidents, le législateur ayant notamment mis fin à des discriminations en matière de taux d'imposition des personnes physiques et ayant réduit le champ d'application de l'obligation d'avoir à désigner un représentant fiscal.

Nous exposerons ensuite, dans le contexte particulier des baux commerciaux, l'incidence sur les règles de prescription des dispositions de la loi Pinel du 18 juin 2014 qui conduisent désormais à réputer non écrites les clauses illégales des baux commerciaux statutaires.

Compte tenu de l'actualité, trois articles feront enfin le point sur la mise à jour permanente des loyers en matière d'impôts locaux, sur l'attractivité des OPCI renforcée par la loi Macron et sur la suppression bienvenue des règles particulières relatives à la détermination de l'assiette des droits d'enregistrement en cas de cession de sociétés immobilières. ■

Pierre Carcelero, avocat

Contentieux de l'évaluation immobilière – Les effets discordants de l'intervention des juges judiciaires et administratifs



Par **Richard Foissac**, avocat associé, spécialisé 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 de Paris I et de

Nice Sophia-Antipolis.
richard.foissac@cms-bfl.com

Il n'est pas exceptionnel que des contentieux concomitants ou successifs naissent en matière de fiscalité immobilière, tout particulièrement lorsque l'administration fiscale cherche à remettre en cause la valorisation retenue par les parties dans le cadre de la mutation d'un immeuble. La recherche d'une solution globale ou cohérente ne constitue pas nécessairement la préoccupation principale de l'Administration ou du juge.

Qu'il s'agisse d'asseoir des droits d'enregistrement ou de remettre en cause la plus-value réalisée à l'occasion d'une mutation immobilière, l'administration fiscale est fréquemment amenée à contester la valorisation retenue par les parties. Une telle contestation peut porter sur une dissimulation d'une partie du prix, auquel cas la principale difficulté repose sur une question de preuve qui ne constitue pas l'objet de nos commentaires.

Elle peut également porter sur la question de l'évaluation du bien. Dans ce cas, les règles fixées relativement au rehaussement de la valeur retenue et aux conséquences pouvant en être tirées pour la détermination des impositions exigibles varient selon la nature de ces impositions et peuvent parfois aboutir à des discordances voire à des contradictions.

Nous nous proposons de rappeler ci-après les divergences existant entre les règles de valorisation fixées par la Cour de cassation et celles fixées par le Conseil d'Etat, puis de souligner les principales difficultés susceptibles de naître au cours de la procédure de rectification et lors de l'intervention du juge de l'impôt.

Nous préciserons que, dans l'ensemble, ces développements sont transposables aux sociétés dont l'actif est exclusivement, ou principalement constitué d'immeubles dès lors que la pratique conduit à valoriser les titres de telles sociétés en fonction de la valeur de leurs actifs sous réserve de corrections liées, notamment, à la trésorerie, aux dettes de la société et à la fiscalité latente. Nous rappellerons à titre liminaire que, dans les situations les plus

fréquentes, les litiges portant sur la valorisation des biens immobiliers relèvent, pour chaque ordre de juridiction, de problématiques s'inscrivant dans des contextes bien différents.

Pour les litiges relevant de la compétence du juge judiciaire et ainsi, *in fine*, de la Cour de cassation, juridictions compétentes en matière de droits d'enregistrement (droits de mutation à titre onéreux ou à titre gratuit, ISF, etc.), c'est principalement l'article L. 17 du Livre des Procédures Fiscales (LPF) qui permet à l'administration fiscale de substituer à l'assiette déclarée par les parties la valeur vénale des biens soumis à imposition.

A l'inverse, le Conseil d'Etat et le juge administratif sont généralement amenés à trancher des litiges portant sur la valeur d'un actif à raison des conséquences fiscales d'opérations remises en cause sur le fondement de la théorie de l'acte anormal de gestion.

«L'administration fiscale est fréquemment amenée à contester la valorisation retenue par les parties.»

Les méthodes d'évaluation de la valeur de biens immobiliers

La Cour de cassation et le Conseil d'Etat s'accordent sur le principe selon lequel l'évaluation d'un bien, notamment d'un bien immobilier, doit être réalisée selon la méthode d'évaluation par comparaison mais y apportent des limites d'importances différentes.

Pour la Cour de cassation, l'Administration comme le juge, ne peuvent s'écarter de cette règle qu'après avoir constaté que toute comparaison avec d'autres biens s'avère impossible¹, fût-ce par actualisation de la valeur des biens comparables retenus².

Le Conseil d'Etat admet quant à lui avec moins de rigueur la référence aux caractéristiques propres des biens évalués, à une estimation du service des Domaines³ ou à un prix de revient actualisé et affecté d'un coefficient de vétusté⁴.

Dans les deux cas – et sous réserve de règles spécifiques applicables en particulier en matière d'impôts locaux – les parties peuvent appliquer, lorsqu'il leur est permis de recourir à des méthodes

1 - Cass. com., 10 mai 1988, Dalbos.

2 - Cass. com., 15 juillet 1992, n° 1325 D. Rhinn, RJF 4/91, n° 532.

3 - CE 13 novembre 1987, n° 69967, RJF 1/88, n° 102.

4 - CE 18 mars 1985, n° 36198, RJF 5/85, n° 681.

d'évaluation alternatives, une méthode d'évaluation par le revenu (capitalisation d'un revenu de référence), par réajustement d'une valeur antérieure, par application de barèmes professionnels, voire à partir de données comptables de l'entreprise.

Par ailleurs, la Cour de cassation rejette catégoriquement toute référence à une comparaison avec une vente postérieure au fait générateur de l'impôt⁵, y compris lorsqu'elle porte sur le bien objet de l'évaluation en litige. Cette solution est au demeurant conforme à la doctrine de l'administration fiscale⁶, bien qu'elle ne lui soit néanmoins pas opposable s'agissant de procédure d'imposition et qu'elle soit souvent violée.

Le Conseil d'Etat, quant à lui, admet en revanche que l'Administration ou le juge puissent se fonder sur des mutations postérieures à la transaction en litige (voire au fait générateur de l'impôt), pour autant qu'ils ne traduisent pas une évolution résultant d'événements eux-mêmes postérieurs⁷. On peut sans doute considérer que dans le cadre de rehaussements impliquant la démonstration du caractère intentionnel (établi ou présumé) d'une sous-évaluation, le juge a pu être amené à fixer à l'Administration des limites ainsi moins rigoureuses que celles posées par la Cour de cassation. Néanmoins, même la démonstration du caractère intentionnel devrait tout particulièrement, nous semble-t-il, conduire à écarter des références dont le contribuable ne pouvait pas, par construction, avoir connaissance à la date de réalisation de l'opération contestée.

Les conflits ou divergences susceptibles d'apparaître au cours de la procédure de rectification

Les droits d'enregistrement et l'imposition des bénéfices n'étant pas systématiquement contrôlés par les mêmes services, il n'est pas rarissime que deux services fassent valoir, pour un même bien, deux évaluations différentes. Lorsque les deux procédures ne sont pas concomitantes, le service en charge de la seconde procédure ne s'estime pas systématiquement tenu par la valorisation préalablement opposée, y compris lorsque le rehaussement correspondant a été accepté. Par ailleurs, et plus déroutant, dans l'hypothèse où les procédures de rectifications suivent leur cours selon un calendrier comparable, les services en charge de chacune d'elles ne sont pas tenus de rapprocher leurs positions.

Il peut même arriver que l'un des rehaussements soit abandonné et l'autre maintenu. Une telle situation peut se comprendre lorsque le rehaussement

abandonné, en matière d'impôts directs, résulte de l'absence d'élément intentionnel. A l'inverse, l'abandon d'un rehaussement en matière de droits d'enregistrement implique de la part de l'administration fiscale, s'il n'est pas autrement motivé (par exemple par des considérations de procédure), une reconnaissance implicite du bien-fondé de la valorisation retenue par les parties. Il apparaît alors particulièrement contestable que les rehaussements notifiés en matière d'impôt sur les bénéfices puissent être maintenus au motif que le cédant serait toujours considéré comme ayant intentionnellement minoré la valorisation des biens considérés.

La difficulté est que les conditions dans lesquelles un service vérificateur peut être amené à renoncer à un redressement notifié ne permettent pas toujours de qualifier l'abandon du redressement comme une prise de position opposable au sens de l'article L. 80 B du LPF.

Les conflits ou divergences susceptibles d'apparaître au cours de la procédure juridictionnelle

Nous rappellerons tout d'abord que si la Cour de cassation impose à l'administration fiscale de faire valoir dès la proposition de rectification les éléments de comparaisons de nature à justifier l'évaluation qu'elle retient, le Conseil d'Etat admet pour sa part – sous réserve d'une motivation minimale de la proposition de rectification – que l'assiette de l'imposition supplémentaire soit fixée en considération d'éléments ultérieurement produits.

Au regard d'une motivation identique, la production initiale, par l'Administration, d'éléments de comparaisons non pertinents ou erronés⁸ pourrait ainsi entraîner l'annulation de la procédure au regard des droits d'enregistrement et la confirmation des rappels d'impôts au regard de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur les sociétés (en principe au regard d'éléments ultérieurement produits par l'Administration).

Nous ne pouvons par ailleurs que regretter que l'évaluation fixée par une décision définitive dans une première procédure ne s'impose pas pour la détermination de l'assiette imposable dans la seconde.

Si, sur le plan des principes, la première décision ne présente pas les caractéristiques de l'autorité de la chose jugée vis-à-vis du second litige, en raison d'un objet distinct si ce n'est d'une cause, l'identité de la problématique en débat, à savoir l'évaluation d'un même bien, devrait conduire, au moins en pratique et sauf circonstances exceptionnelles, à une identité de solution que nous ne pouvons qu'appeler de nos vœux. ■



et **Pierre Carcelero**, avocat spécialisé 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-bfl.com

5 - Cass. com., 29 novembre 1994, n° 2216 D, D. Jourdan-Barry, RJF 3/95, n° 416.

6 - Réponse Orvoën : Sénat 2 août 1973, p. 1184, n° 12942.

7 - CE 10 décembre 2010, n° 308050, SARL PRUNUS, RJF 2011, n° 278.

8 - Il n'est en effet pas exceptionnel que les caractéristiques des biens retenus comme comparables soient incorrectes, du fait d'erreurs matérielles dans leur intégration dans les bases de données auxquelles accède l'administration fiscale.

Les particularismes du contentieux en matière de fiscalité locale immobilière

La particularité du contentieux en matière de fiscalité locale immobilière, lequel concerne principalement la taxe foncière et la cotisation foncière des entreprises (CFE), résulte autant de la complexité du contrôle des bases imposées que des règles procédurales elles-mêmes.



Par **Alexis Bussac**, avocat spécialisé en fiscalité locale. Il intervient tant en conseil qu'en contentieux particulièrement en matière de taxe foncière et de CET. alexis.bussac@cms-bfl.com

La valeur locative foncière, qui sert de base à ces deux impositions, est calculée, s'agissant des locaux autres qu'industriels, par comparaison avec les valeurs locatives des locaux de référence retenues à la date du 1^{er} janvier 1970. Ces locaux de référence sont consignés de manière manuscrite sur des procès-verbaux consultables aux services du cadastre de chaque commune. Cette valeur locative est actualisée chaque année.

L'absence d'uniformité ou de centralisation de ces tarifs au niveau national cumulée au caractère empirique du système de pondération des surfaces imposables, rend l'exercice de vérification des bases imposables particulièrement compliqué. Cette complexité est renforcée par l'obsolescence et l'invalidation d'un grand nombre de locaux de référence en raison de leur démolition ou du changement de leur destination. Sur ce point, la loi de finances rectificatives pour 2014 valide, tardivement, les évaluations de locaux réalisés avant le 1^{er} janvier 2015 par comparaison avec ce type de local. Ce manque de lisibilité devrait reculer dans

le cadre de la révision des valeurs locatives foncières des locaux commerciaux avec l'instauration, à compter de 2016, d'un nouveau système d'évaluations basée sur un système de grille tarifaire propre à chaque secteur d'évaluation. Toutefois, il est à craindre que les modalités de délimitation de ces derniers et les critères de détermination des coefficients de localisation limitent la portée de cette simplification. La seconde difficulté du contentieux en fiscalité locale est liée à la brièveté des délais de réclamation. Elles doivent être présentées à l'Administration, en principe, au plus tard le 31 décembre de l'année suivant la mise en recouvrement du rôle contesté (article R. 196-2

du LPF). De son côté, le Service dispose d'un délai de reprise qui expire, en matière de taxe foncière, le 31 décembre de l'année suivant celle au titre de laquelle l'imposition est due (article L. 173 du LPF), et, en matière de CFE, le 31 décembre de la troisième année suivant celle au titre de laquelle l'imposition est due (article L. 174 LPF).

En cas de contrôle, l'article 56 du LPF prévoit que la procédure de rectification contradictoire n'est pas applicable en fiscalité locale. La sévérité de ce texte a été tempérée par le Conseil d'Etat qui, en se fondant sur le principe général des droits de la défense, a jugé que l'Administration ne pouvait établir un rehaussement en matière de taxe professionnelle sans mettre

le contribuable à même de formuler ses observations. Cette règle, qui est transposable en CFE, a été étendue à la taxe foncière sur les propriétés bâties. Rappelons que le contentieux des impositions locales relève du régime de la preuve objective, c'est-à-dire que le juge statue à partir de l'ensemble des éléments figurant au dossier d'instruction sans

mettre la preuve à la charge de l'une des parties. Il appartient à chacune d'elles d'apporter les éléments à l'appui de leurs prétentions. Enfin, la dernière spécificité est liée à l'absence de second degré de juridiction en matière de taxe foncière. A titre d'exception, la Cour administrative d'appel est compétente pour statuer en matière de taxe foncière lorsqu'elle est saisie d'un jugement visant simultanément cette dernière et la CFE.

On ne peut qu'appeler à une modernisation de ces règles dans un sens plus protecteur des droits des contribuables s'agissant d'impositions dont le poids n'a de cesse de croître. ■

«Ce manque de lisibilité devrait reculer dans le cadre de la révision des valeurs locatives foncières des locaux commerciaux»

Redressements en matière de TVA immobilière

Les redressements actuellement notifiés en matière de TVA immobilière concernent les travaux effectués par le preneur moyennant une franchise de loyer, les datations en paiement et les travaux de rénovation.

L'administration centrale n'a pas rédigé d'instruction concernant le cas des travaux effectués par le preneur moyennant une franchise de loyers, ce qui explique la surprise des contribuables notifiés. En effet, les services de vérification procèdent au même raisonnement que pour la clause de renonciation à la faculté de résiliation triennale dont bénéficie le locataire dans le cadre d'un bail commercial : ils considèrent qu'il s'agit en fait de deux prestations croisées qui sont payées par compensation, devant de ce fait être soumises à la TVA tant au niveau du bailleur qu'au niveau du preneur à bail. Pour contester ce redressement, il convient d'examiner la nature des travaux en jeu : ces travaux incombent-ils au bailleur ou bien au preneur ? Dans ce dernier cas, le redressement est souvent contestable car on ne voit pas quel service est rendu par le locataire à son bailleur.

Les datations en paiement ont donné lieu à une instruction administrative publiée au BOI-TVA-IMM-10-20-20-20120912, qui précise :

«En règle générale, la taxe est exigible lors de la réalisation du fait générateur. Toutefois, conformément au a bis du 2 de l'ar-

ticle 269 du Code général des impôts (CGI), pour les livraisons d'immeubles à construire, la taxe est exigible lors de chaque versement des sommes correspondant aux différentes échéances prévues par le contrat en fonction de l'avancement des travaux.

En cas de dation en paiement, dès lors que la livraison des locaux remis en dation relève d'un contrat portant sur un immeuble à construire, l'exigibilité de la taxe due à ce titre intervient à la livraison du terrain qui en constitue la contrepartie.»

Les services de vérification font une application rigoureuse de cette instruction et opèrent un redressement de TVA chaque fois que le promoteur n'a pas payé la TVA dès la signature de l'acte de

vente du terrain, qui emporte dation.

Or, le redressement tendant à exiger le paiement de la TVA dès la signature de l'acte de vente du terrain est contestable chaque fois que le promoteur ne s'engage pas sur une vente d'immeuble à construire mais sur la vente d'un immeuble achevé, car l'article 269-2-a bis du CGI doit s'interpréter à la lettre, c'est-à-dire comme ne visant que les ventes d'immeubles à construire.

Enfin, nous avons connaissance de redressements concernant les rénovations d'immeubles. On sait que l'article 257 du CGI qualifie d'immeubles neufs, les immeubles qui ne sont pas achevés depuis plus de cinq années, qu'ils résultent d'une construction nouvelle ou de travaux portant sur des immeubles existants qui ont consisté en une

«Les services de vérification (...) opèrent un redressement de TVA chaque fois que le promoteur n'a pas payé la TVA dès la signature de l'acte de vente du terrain, qui emporte dation.»

surélévation ou qui ont rendu à l'état neuf soit la majorité des fondations, soit la majorité des éléments hors fondations déterminant la résistance et la rigidité de l'ouvrage, soit la majorité de la consistance des façades hors ravalement, soit l'ensemble des éléments de second œuvre, dans une proportion qui ne peut être inférieure aux deux tiers pour chacun d'entre eux.

Les éléments de second œuvre concernés sont les suivants : les planchers ne déterminant pas la résistance ou la rigidité de l'ouvrage, les huisseries extérieures, les cloisons intérieures, les installations sanitaires et de plomberie, les installations électriques, et, pour les opérations réalisées en métropole, le système de chauffage.

La difficulté est de savoir ce qu'il convient d'entendre par «rendre à l'état neuf». En effet, les services de vérification ont tendance à considérer que la satisfaction de cette condition suppose un remplacement total de l'élément concerné. Or telle n'est pas la lettre du texte et un élément simplement rénové de façon à retrouver les caractéristiques du neuf devrait être accepté. ■



Par **Philippe Tournès**, avocat associé, spécialisé dans les questions de TVA notamment liées à l'immobilier.
philippe.tournes@cms-bfl.com

Contentieux civil et administratif en matière de constructions : une vigilance extrême s'impose



Par **Céline Cloché-Dubois**, avocat, spécialiste en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement. Elle intervient tant en conseil qu'en contentieux auprès d'entreprises et de personnes publiques.
celine.cloche-dubois@cms-bfl.com

Avant de débuter tous travaux de construction, il est nécessaire d'être vigilant quant aux règles opposables aux autorisations d'urbanisme et aux dommages pouvant être causés aux tiers. Ces derniers disposent de nombreuses voies de recours au croisement de différentes législations : droit de l'urbanisme mais également droit privé. Ces voies de recours peuvent tendre à l'annulation des autorisations d'urbanisme, et/ou à l'octroi de dommages et intérêts, voire à la démolition de la construction quand bien même cette dernière serait construite conformément à l'autorisation d'urbanisme délivrée au constructeur.

Les voies de recours en droit de l'urbanisme

Le recours pour excès de pouvoir à l'encontre des autorisations d'urbanisme

Une autorisation d'urbanisme peut être contestée par tout tiers disposant d'un intérêt à agir. Aux termes de l'article L. 600-1-2 du Code de l'urbanisme, a un intérêt à agir tout tiers qui détient ou occupe régulièrement un bien ou qui bénéficie sur ce bien d'une promesse de vente, d'un bail ou d'un contrat préliminaire de vente en l'état futur d'achèvement, à la condition essentielle, cependant, que le projet autorisé soit de nature à affecter directement ses conditions d'occupation ou de jouissance. Cet intérêt à agir s'apprécie à la date d'affichage en mairie de la demande du pétitionnaire.

Le recours des tiers est limité dans le temps. Le délai de recours à l'encontre d'une autorisation d'urbanisme court à l'égard des tiers à compter du premier jour (d'une période continue de deux mois) de son affichage sur le terrain. Il appartient au bénéficiaire de l'autorisation de prouver la régularité et la continuité de l'affichage, et ce par tous les

moyens : attestations sur l'honneur des voisins, attestations par des officiers de police municipale, constats établis par huissiers de justice. L'affichage de l'autorisation d'urbanisme obéit à un certain formalisme quant au lieu et aux mentions que doit comporter le panneau d'affichage. A défaut d'affichage régulier, le délai de recours ne court pas. En tout état de cause, aucune action en vue de l'annulation d'une autorisation d'urbanisme n'est plus recevable à l'expiration d'un délai d'un an «à compter de l'achèvement de la construction ou de l'aménagement».

Un tiers contestant une autorisation d'urbanisme devant le juge administratif ne peut invoquer tout motif pour solliciter et obtenir l'annulation d'une autorisation d'urbanisme ; seuls peuvent être invoqués des motifs tirés

du non-respect des règles d'urbanisme, c'est-à-dire notamment du plan d'occupation des sols, du plan local d'urbanisme ou encore du règlement national d'urbanisme. Ainsi les motifs tirés de la violation de servitudes de droit privé ou les règles du droit civil ne peuvent être invoqués.

Les juges administratifs

disposent de différentes prérogatives : ainsi, lorsque le projet contesté est affecté d'un seul vice susceptible de régularisation, le juge peut n'annuler que partiellement le permis et surtout fixer un délai dans lequel le titulaire du permis sollicitera la régularisation du vice. Le juge peut également, *ab initio*, surseoir à statuer s'il constate qu'une régularisation du permis contesté est possible par la voie d'un permis modificatif. Enfin, le juge peut condamner les personnes physiques ou morales à des dommages-intérêts en cas de recours considéré comme abusif. La condamnation peut être prononcée si l'action «excède la défense des intérêts légitimes du requérant et [cause] un préjudice excessif au bénéficiaire du permis».

«Une autorisation d'urbanisme peut être contestée par tout tiers disposant d'un intérêt à agir.»

Action en démolition et en dommages et intérêts

Le constructeur d'un immeuble édifié conformément à un permis de construire (donc en toute régularité) n'encourt pas uniquement le risque de voir son permis annulé, mais également celui de voir sa construction démolie et d'être condamné à des dommages et intérêts. En effet, l'article L. 480-13 du Code de l'urbanisme précise qu'un propriétaire peut être condamné par le tribunal de l'ordre judiciaire à démolir sa construction dès lors que le permis de construire aura été annulé par le juge administratif. Dans cette hypothèse, l'action en démolition doit être engagée au plus tard dans le délai de deux ans qui suit la décision, devenue définitive, de la juridiction administrative. Ce même article précise que le constructeur peut être condamné à des dommages et intérêts dès lors que le permis de construire a été annulé. Le même délai de deux ans est ouvert pour engager une action en dommages et intérêts.

Les voies de recours en droit privé

Les voisins gênés par l'édification d'une nouvelle construction disposent de plusieurs actions devant les juridictions civiles, soit pour éviter ou retarder l'édification, soit pour obtenir réparation du préjudice qu'elle leur cause.

L'action en responsabilité civile pour violation d'une règle d'urbanisme

Lorsqu'une construction a été édifiée en violation des règles d'urbanisme et que le propriétaire voisin démontre que la violation de ces prescriptions lui cause un préjudice, il peut introduire une action en responsabilité délictuelle devant la juridiction civile sur le fondement des articles 1143 et 1382 du Code civil aux fins d'obtenir la destruction de l'ouvrage en cause. Il est de jurisprudence constante que la violation des règles de l'article R. 111-21 du Code de l'urbanisme peut être invoquée au soutien d'une action en démolition engagée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.

Les actions en responsabilité civile pour violation d'une règle de droit privé

L'autorisation d'urbanisme est délivrée sous réserve des droits des tiers, sans aucune vérification quant au respect des règles de

droit privé. Toutefois, toute personne s'estimant lésée par la méconnaissance de son droit de propriété ou d'autres dispositions de droit privé peut faire valoir ses droits en saisissant les juridictions civiles, et ce même si l'autorisation d'urbanisme respecte les règles d'urbanisme. Le fondement juridique de son action pourra alors varier en fonction des circonstances propres à chaque espèce et s'appuyer, outre sur les règles classiques de la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle, sur notamment la théorie des troubles anormaux de voisinage.

Sur le fondement de cette théorie, le tiers voisin, qui s'estime lésé en raison de la construction voisine, peut requérir soit la suppression totale, soit l'atténuation du trouble anormal de voisinage et/ou la compensation pécuniaire du trouble subsistant, consistant en une perte de valeur de sa propriété. Ce régime autonome repose sur le principe selon lequel «nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage». Chaque fois que le tiers voisin pourra établir l'existence d'un trouble excédant les inconvénients normaux de voisinage résultant des travaux de construction ou de la construction, en tant que telle, il pourra se prévaloir de ce régime qui ne nécessite ni la démonstration d'une faute ni celle de la qualité de gardien. L'action en trouble anormal de voisinage impose que soient démontrées l'existence d'un trouble personnel et l'anormalité du trouble allégué.

L'appréciation du caractère anormal du trouble (par rapport aux obligations ordinaires du voisinage) ou manifestement excessif n'est pas liée à un manquement à des dispositions légales ou réglementaires, mais est fonction des circonstances de temps et de lieu. S'agissant des troubles résultant de la construction d'un immeuble, le fait que celle-ci soit conforme au permis de construire et respecte les servitudes de vue sur les fonds voisins ne fait pas obstacle à une action de la part de la victime pour trouble de voisinage. A l'inverse, l'illégalité de la construction (au regard de l'autorisation d'urbanisme obtenue) ne suffit pas à établir l'existence d'un trouble anormal de voisinage. ■



et **Charlotte Felizot**, avocat en droit immobilier. Elle intervient dans tous les domaines du droit immobilier et plus particulièrement en baux commerciaux, baux d'habitation et professionnels, copropriété, construction et assurance-construction. Elle est chargée d'enseignement à l'Université de Paris X en matière d'avant-contrats et de baux d'habitation. charlotte.felizot@cms-bfl.com

«L'action en trouble anormal de voisinage impose que soient démontrées l'existence d'un trouble personnel et l'anormalité du trouble allégué.»

Taux d'imposition et représentant fiscal : une mise en conformité bienvenue du droit français avec le droit de l'Union européenne

La différence de traitement fiscal entre les personnes physiques résidentes de France et les non-résidents en cas de plus-value de cession d'immeubles situés en France a fait l'objet d'un contentieux considérable.



Par **Julien Saiac**, avocat associé en fiscalité internationale. Il traite plus particulièrement des questions relatives aux restructurations internationales et aux investissements immobiliers.
julien.saiac@cms-bfl.com

«A compter du 1^{er} janvier 2015, les plus-values immobilières réalisées par des personnes physiques, directement ou par l'intermédiaire d'une société de personnes, sont imposées au taux de 19 %, quel que soit le lieu de résidence du cédant.»

En application de l'article 244 bis A du CGI, les plus-values immobilières réalisées en France par des non-résidents étaient en effet traditionnellement soumises à un prélèvement de 33,13 % alors que les résidents de France, de l'Union européenne (UE) et de l'EEE n'étaient soumis à l'impôt qu'au taux de 19 % sur ces mêmes cessions. Dans un arrêt du 26 décembre 2013, le Conseil d'Etat avait jugé que la clause de gel de l'article 64 du Traité sur le Fonctionnement de l'UE, qui autorise en principe les Etats membres à maintenir une restriction à la liberté de circulation des capitaux existante au 31 décembre 1993, ne s'appliquait pas aux investissements immobiliers patrimoniaux réalisés en France par des résidents d'Etats tiers. La discrimination établie par l'article 244 bis A du Code Général des Impôts (CGI) semblait donc condamnée.

Plus récemment, le Conseil d'Etat a jugé le 20 octobre 2014 que la différence de taux d'imposition d'une plus-value de cession

d'un immeuble situé en France par une SCI, selon que les associés personnes physiques résidaient ou non dans l'EEE, constituait également une restriction aux mouvements de capitaux.

Tirant les conséquences de cette jurisprudence, la seconde loi de finances rectificative pour 2014 a modifié le taux d'imposition de

l'article 244 bis A du CGI de sorte qu'à compter du 1^{er} janvier 2015, les plus-values immobilières réalisées par des personnes physiques, directement ou par l'intermédiaire d'une société de personnes, sont imposées au taux

de 19 %, quel que soit le lieu de résidence du cédant (France, UE, EEE ou Etat tiers).

Pour le passé, les contribuables résidents d'Etat tiers peuvent introduire des réclamations contentieuses dans les délais de droit commun afin d'obtenir la restitution partielle (voire totale) du prélèvement qu'ils ont acquitté, en se fondant sur la jurisprudence précitée.

Par ailleurs, on sait que les contribuables non résidents qui cédaient un immeuble en France devaient obligatoirement désigner un représentant fiscal domicilié en France qui devait être accrédité par l'administration fiscale. Ce représentant devait s'engager à remplir les formalités et à acquitter le prélèvement pour le compte du non-résident en cas de défaut. A la suite d'un arrêt de la CJUE du 5 mai 2011 condamnant un mécanisme similaire existant en droit portugais, la Commission européenne avait adressé à la France, le 25 avril 2013, une mise en demeure de modifier sa réglementation, considérant cette obligation de désignation d'un représentant fiscal comme étant lourde et coûteuse et constituant une restriction à la liberté de circulation des capitaux. Afin de tenir compte de cette jurisprudence et de cette mise en demeure, l'article 62 de la seconde loi de finances rectificative pour 2014 a supprimé, pour les cessions intervenues à compter du 1^{er} janvier 2015, l'obligation de désigner un représentant fiscal pour les contribuables personnes physiques résidant dans l'EEE (sauf Liechtenstein). Lorsque le cédant est une société de personnes, la dispense s'apprécie au niveau de chacun des associés. Ainsi, l'obligation de désigner un représentant est supprimée, en particulier, pour les SCI détenues exclusivement par des associés résidents d'Etats membres de l'UE. On ne peut que se féliciter de la mise en conformité du droit français avec le droit de l'Union européenne sur ces deux points. ■

La prescription en contentieux des baux commerciaux après la loi Pinel

L'ensemble des actions relevant du statut des baux commerciaux est soumis au régime unique de la prescription biennale de l'article L. 145-60 du Code de commerce depuis la loi 2014-366 du 4 août 2014, dite LME.

Il en est ainsi notamment de l'action en fixation du loyer de renouvellement (Cass., 3^e civ., 28 février 1979, n° 77-13 394), de l'action en révision triennale du loyer (Cass., 3^e civ., 1^{er} juin 1988, n° 86-14 659), de l'action en paiement des intérêts dus sur les loyers payés d'avance en application de l'article L. 145-40 du Code de commerce (CA Paris, 8 mars 1984, D 1984 IR, p 314) ou de l'action en nullité d'un congé avec refus de renouvellement (Cass., 3^e civ., 15 nov. 2005, n° 04-16 591).

Toutefois, la loi 2014-626 du 18 juin 2014 (loi Pinel) a modifié la sanction applicable à une clause d'un bail commercial qui méconnaîtrait les dispositions impératives du statut des baux commerciaux. Alors que la sanction d'une telle clause consistait jusqu'alors en sa nullité, les articles L. 145-15 et L. 145-16 modifiés du Code de commerce prévoient désormais que les clauses violant ces dispositions sont réputées non écrites¹.

Cette modification entraîne des conséquences importantes sur le plan procédural. En effet, avant la loi du 18 juin 2014, l'action en nullité des clauses contraires aux dispositions d'ordre public était soumise au délai de prescription biennale de l'article L. 145-60 du Code de commerce, spécifique au statut des baux commerciaux. Notons toutefois que, conformément aux règles de procédure civile, le défendeur à une action était en droit d'opposer, de façon perpétuelle la nullité de la clause contraire aux dispositions d'ordre public, mais uniquement comme exception en défense (Cass., civ. 3^e, 2 juin 1999, n° 97-19 324).

Depuis la loi Pinel, toute clause illicite «est réputée non écrite».

La clause réputée non écrite est censée n'avoir jamais existé. En conséquence, aucun délai de prescription ne lui est applicable à la différence de la clause nulle.

Désormais, toutes les actions tendant à l'anéantissement d'une clause à raison de la violation d'une disposition d'ordre public du statut des baux commerciaux échappent à toute prescription. Cela permettra à l'une ou l'autre des parties, à tout moment, au cours du bail initial ou de ses renouvellements d'invoquer l'irrégularité de la clause et de la priver d'effet. Une telle situation est source d'insécurité juridique.

**«La clause
réputée non
écrite est
censée n'avoir
jamais existé.
En conséquence,
aucun délai de
prescription ne
lui est applicable
à la différence de
la clause nulle.»**

Il en est de même de l'action tendant à faire réputer non écrite une clause d'indexation (insérée dans un bail commercial), sur le fondement de l'article L. 112-1 du Code monétaire et financier. La cour d'appel de Paris a ainsi récemment jugé (CA Paris, 2 juillet 2014, n° 12/14759) qu'une telle action n'était enfermée dans aucun délai de prescription.

Par ailleurs, il n'est pas possible, même après la conclusion du contrat, de renoncer au «caractère non écrit» de la clause, celle-ci étant placée hors le champ contractuel.

C'est là une différence essentielle avec la clause nulle qui peut faire l'objet d'une renonciation conventionnelle dès lors que celle-ci intervient une fois que le droit d'invoquer la nullité est acquis et que la renonciation est sans équivoque.

Ainsi, la stratégie consistant à négocier avec son cocontractant la renonciation à une règle impérative ou à laisser s'écouler passivement le délai de prescription biennale sera désormais inefficace. ■

¹ - Voir «Les clauses illégales des baux commerciaux statutaires sont désormais réputées non écrites», dans la Lettre de l'Immobilier du 1^{er} décembre 2014.



Par **Jean-Luc Tixier**, avocat associé, spécialisé en droit immobilier et droit public. Il assiste tant en matière de conseil que de contentieux des entreprises commerciales et industrielles et intervient auprès des promoteurs en matière de droit de l'urbanisme, de construction, de vente et location d'immeubles, de baux emphytéotiques et à construction. Il est chargé d'enseignement à l'Université de Paris I. jean-luc.tixier@cms-bfl.com



et **Sandra Kabla**, avocat spécialisé en baux commerciaux, intervenant tant en conseil qu'en contentieux. Elle est chargée d'enseignement à l'Université de Paris I. sandra.kabla@cms-bfl.com

La mise à jour permanente des loyers : une nouvelle obligation déclarative



Par **Laurent Chatel**, avocat associé fiscaliste, responsable du service impôts locaux. Dans le cadre des opérations immobilières, il est amené à contrôler les valeurs foncières servant d'assiette à la fiscalité locale, à auditer lesdites valeurs dans le cadre des «deals» de cession de parcs immobiliers, à négocier avec les services fiscaux les conditions d'imposition à la fiscalité locale dans le cadre d'opérations de restructurations lourdes.
laurent.chatel@cms-bfl.com

Datant de 1970, les bases de la fiscalité locale actuelles sont devenues obso- lètes, justifiant de multiples contentieux. Les futures évaluations normalement applicables à compter des impositions 2016 (en taxe foncière et en CFE) seront assises sur la moyenne des loyers au 1^{er} janvier 2013 constatée dans chaque catégorie (bureaux, magasins, dépôts, hôtels, etc.), par secteur d'évaluation (résultant de la décomposition des départements en six zones de commercialité).

Rappelons que pour la révision cadastrale en vigueur, les propriétaires des immeubles concernés ont adressé au printemps 2013 des déclarations 6660 REV dans lesquelles ils ont décrit leurs locaux. A partir

des informations recueillies, l'administration fiscale est en train d'établir les nouvelles références cadastrales.

Seuls les locaux commerciaux non industriels, sont concernés, à l'exclusion donc des locaux industriels évalués d'après la méthode comptable et les logements.

Contrairement aux mécanismes actuels d'actualisation au travers d'un taux uniforme voté chaque année par le Parlement dans la loi de finances, le Législateur a adopté une «mise à jour permanente des loyers». Dans le cadre de cette nouvelle révision cadastrale des immeubles, les loyers moyens constatés en 2013 seront actualisés en fonction des loyers que les entreprises disposant de locaux imposables à leur nom à la Cotisation Foncière des Entreprises (CFE) vont devoir satisfaire chaque année et, pour la première fois, début mai 2015.

Il faut bien comprendre que les loyers que les entreprises déclareront chaque année constitueront la seule source d'information pour mettre à jour les grilles tarifaires à partir desquelles les évaluations foncières seront déterminées.

En termes simples, cette mise à jour permanente des loyers consiste à obliger les entreprises imposables à la CFE à déclarer chaque année le

montant des loyers de l'année de déclaration.

Les loyers collectés auprès de ces entreprises ne seront pas utilisés pour taxer directement ces dernières mais permettront à l'Administration d'évaluer (de manière statistique) les variations de loyers qui justifieraient une mise à jour des grilles tarifaires déterminées d'après l'appréciation du marché locatif au 1^{er} janvier 2013.

A ce stade, les organismes non lucratifs imposables à la taxe d'habitation ne sont pas tenus de remplir cette obligation déclarative bien qu'ils occupent des locaux évalués d'après les mêmes grilles tarifaires.

Il serait également normal de ne pas exiger une telle déclaration de la part des sociétés qui sont

exclusivement propriétaires occupants, à défaut pour elles d'avoir des loyers à déclarer.

En effet, pour respecter cette obligation déclarative, les entreprises devront engager des coûts puisqu'elles auront impérativement recours au système EDI-requête, consistant à dématérialiser l'intégralité de la chaîne de déclaration des loyers.

Cette dématérialisation passe donc, comme en matière de déclaration de résultats, par le recours à un partenaire EDI. En effet, la déclaration de loyers prend la forme d'un

formulaire supplémentaire annexé à la déclaration de résultats dont le dépôt est réalisé via la procédure EDI-TDFC.

Les entreprises soumises à la CFE doivent acquiescer auprès de leur partenaire EDI habituel, les applicatifs informatiques qui leur permettront de récupérer auprès de la DGFIP un fichier détaillant tous les locaux qu'elles occupent en différents «invariants» de manière à pouvoir indiquer pour chacun d'eux le loyer qu'elles payent.

Des informations complémentaires devraient être publiées prochainement par le ministère sur la date précise d'ouverture du système EDI-requête, sur la nature des informations qui seront mises à votre disposition via EDI-requête et sur les modalités déclaratives de ces loyers. ■

«Cette mise à jour permanente des loyers consiste à obliger les entreprises imposables à la CFE à déclarer chaque année le montant des loyers de l'année de déclaration.»

L'attractivité de l'OPCI confirmée dans le cadre du projet de loi Macron

Le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (ou encore projet de loi Macron) qui n'avait pas pour vocation initiale d'impacter les véhicules immobiliers, présente désormais un intérêt non négligeable pour l'attractivité des organismes de placement collectif immobilier («OPCI») en étendant la liste de leurs actifs éligibles aux meubles affectés aux immeubles.

Depuis la création des OPCI par l'ordonnance n° 2005-1278 du 13 octobre 2005, l'article L. 214-92 devenu l'article L. 214-36 du Code monétaire et financier (suite à la recodification issue de la transposition de la Directive sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs en France), dressant la liste des actifs éligibles aux OPCI, ne vise pas les meubles meublant des immeubles détenus directement ou indirectement par un OPCI. L'article L. 214-34 du Code monétaire et financier rappelle simplement que l'OPCI a pour objet d'investir dans l'immobilier locatif (construit ou à construire) et l'article L. 214-36 du Code monétaire et financier ne vise, au titre des actifs relevant de la «poche immobilière», que les immeubles, les droits réels portant sur ces immeubles, les droits détenus en qualité de crédit-preneur afférents à des contrats de crédit-bail portant sur ces immeubles, les parts ou actions de sociétés à prépondérance immobilière, les parts ou actions d'OPCI (ou véhicules étrangers équivalents), ou encore les actions de SIIC.

Par un amendement numéro 2119, approuvé en première lecture par l'Assemblée nationale, l'article L. 214-34 du Code monétaire et financier préciserait que les OPCI, en plus de leur investissement dans des immeubles locatifs (construits ou à construire), «à titre accessoire [...] peuvent acquérir directement ou indirectement, en vue de leur location, des meubles meublants, des biens d'équipement ou tous biens meubles affectés aux immeubles détenus et nécessaires à leur fonctionnement, à leur usage ou leur

exploitation par un tiers».

La rédaction de cet amendement présente deux grands intérêts : l'amendement ne prévoit plus, comme il avait été initialement envisagé, un ratio maximum de meubles calculé au regard de l'actif immobilier total. La mise en place d'un tel ratio soulèverait un problème juridique, voire comptable. En effet, qui aurait été désigné par la réglementation pour calculer ce ratio ? Comment aurait dû être traitée la question de l'amortissement des meubles impactant automatiquement la valeur de ces biens ? De plus, l'amendement prévoit également que les meubles, avec l'immeuble auquel ils sont attachés, doivent être donnés en location à un tiers exploitant. L'objectif serait ainsi d'éviter

le risque de voir des OPCI devenir, de fait, des gérants de résidences.

Cette faculté d'acquisition de meubles est également prévue de manière indirecte, puisque le projet de rédaction de l'article L. 214-36 du Code monétaire et financier prévoit expressément le cas des sociétés à vocation

immobilière, investies par l'OPCI, détenant les immeubles «ainsi que les meubles» de ces immeubles.

En toute logique, la contrainte relative à la nature des revenus des OPCI est levée avec l'insertion de la référence aux loyers, issus de biens meublés, parmi les produits de l'OPCI tels que listés à l'article L. 214-51 du Code monétaire et financier.

Cette modification «technique» était une véritable demande de la profession. Espérons que cette clarification des textes soit conservée jusqu'à l'adoption définitive de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. ■



Par **Damien Luqué**, avocat au sein de l'équipe Services Financiers. Il intervient dans la structuration de véhicules immobiliers (OPCI, SCPI, FPS) au bénéfice de sociétés de gestion ou d'établissements financiers.
damien.luque@cms-bfl.com

Calcul des droits sur l'achat des sociétés immobilières : retour salubre à la case départ



Par **Christophe Frionnet**, avocat associé spécialisé en fiscalité. Il conseille notamment les entreprises dans l'ensemble de leurs opérations. Il est chargé d'enseignement en matière de fiscalité immobilière à l'Université de Paris I. christophe.frionnet@cms-bfl.com

Depuis la loi de finances pour 2012 (art. 5-I, 3°), les acquéreurs de titres de sociétés non cotées à prépondérance immobilière étaient tenus de retenir dans la base de calcul des droits de mutation (au taux de 5 %) le prix d'achat majoré de certaines dettes contractées par la cible. Il s'agissait de toutes celles ne se rapportant pas à l'acquisition des biens ou droits immobiliers inscrits à l'actif de la société. Dans sa volonté de s'opposer à certains schémas d'endettement artificiel de structures immobilières (avec pour objectif d'amoindrir les droits d'enregistrement), ce dispositif se révélait non seulement complexe dans sa mise en œuvre (notamment en présence de sous-filiales) mais également d'application beaucoup trop générale. Comment distinguer, parmi les emprunts ou compte courant non soldés, les sommes non directement liées à ces actifs, et était-il logique de pénaliser des situations sans lien direct avec

la volonté initiale du législateur ? Tel était le cas notamment quand une dette en cours avait pu financer des travaux ou des aménagements contribuant à la valorisation des immeubles. Il a donc été décidé de revenir sur ce texte à l'occasion de la loi de finances rectificative pour 2014 dont l'article 55 restaure la base de calcul antérieure, à savoir tout simplement le prix de vente ou la valeur vénale des titres (nouvel art. 726 du Code général des impôts). Ce retour en arrière n'aura pas pour autant comme conséquence de priver les services des impôts de leur droit de contrôle sur la régularité de la détermination de ce prix et des droits, notamment dans toutes les situations dont la perception abusive avait pu motiver le législateur en 2011. Mais on peut espérer que l'analyse des opérations par ces services s'effectuera avec plus de discernement que ce à quoi l'application de la réforme antérieure aboutissait en matière de coût. ■

C/M/S Bureau Francis Lefebvre

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

Retrouvez toutes les informations relatives à notre activité en Immobilier :



Si vous souhaitez contacter les auteurs de cette lettre, vous pouvez vous adresser à la rédaction qui transmettra aux personnes concernées. Vous pouvez également vous adresser à :

M^e Laurent Chatel, laurent.chatel@cms-bfl.com

M^e Richard Foissac, richard.foissac@cms-bfl.com

M^e Christophe Frionnet, christophe.frionnet@cms-bfl.com

M^e Julien Saiac, julien.saiac@cms-bfl.com

M^e Jean-Luc Tixier, jean-luc.tixier@cms-bfl.com

M^e Philippe Tournès, philippe.tournes@cms-bfl.com



Supplément du numéro 1309 du 16 mars 2015

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 44 84 80 45 - Email : abonnement@optionfinance.fr

Impression : Megatop - Naintre - N° commission paritaire : 0416 T 83896