

LA LETTRE DE L'IMMOBILIER

Lundi 3 juin 2013

AU SOMMAIRE

Dossier

Les baux commerciaux

- Les bureaux en Ile-de-france : un marché international et complexe p.2
- Indexation : les indices applicables p.3
- La franchise de loyers ne serait-elle plus une réduction de loyers ? p.4
- La franchise de loyers : un différé de trésorerie sans différé de charges ? p.5
- Bail commercial : une qualification fiscale autonome p.6
- Charges locatives : quelles clauses inclure dans le bail ? p.7
- Le traitement fiscal de l'indemnité d'éviction : une équation à plusieurs inconnues p.8
- Locataires, soyez vigilants quant au contenu de l'annexe environnementale ! p.9
- Prendre en compte le droit de l'environnement lors de la rédaction des baux commerciaux p.10
- Transmission d'un bail commercial dans le cadre d'une fusion ou d'un apport partiel d'actif p.11

Actualité

- Investissement immobilier et discrimination communautaire (suite et pas fin) p.12

C'M'S' Bureau Francis Lefebvre
Supplément du numéro 1224
du 3 juin 2013

EDITORIAL

La pratique des baux commerciaux recouvre des réalités fort diverses qu'il s'agisse des types d'immeubles concernés (boutiques, bureaux, etc.), de leur localisation (centre-ville, centres commerciaux, etc.) ou de l'époque de conclusion du bail (immeuble achevé ou à construire).

Un bail commercial est régi tant par le statut spécifique, codifié dans le code de commerce, que par le droit commun du louage. Comme le statut est d'ordre public pour une partie seulement de ses dispositions, et le droit commun supplétif pour une grande part, la liberté contractuelle trouve, au final, une large possibilité d'expression. Cette liberté s'exprime de façon différente selon que l'auteur de la proposition est le bailleur ou le locataire. La contradiction des intérêts invite néanmoins, en théorie, à la recherche de l'équilibre propice à la signature du bail. Mais des motifs plus opérationnels conduisent l'une ou l'autre de parties à vouloir absolument conclure le bail (qualité de l'emplacement convoité, qualité de signature du preneur) en dépit d'une rédaction pas toujours aussi précise qu'elle devrait l'être sur certains points.

Au-delà de la préconisation élémentaire d'une rédaction du bail devant s'accorder avec les particularités des lieux loués (location d'un immeuble entier ou d'une partie seulement, situation des lieux dans une copropriété, IGH, installations classées, etc.), l'évolution de la pratique contractuelle et celle de la doctrine fiscale invitent à faire preuve de rigueur ; les différentes contributions à la présente livraison de la « Lettre de l'immobilier » illustrent cette réalité.

S'agissant du statut, les difficultés à déterminer les domaines d'application respectifs des différents indices possibles ne doivent pas être sous-estimées ; devant les incertitudes avérées, un comportement prudentiel peut emporter la conviction.

L'interprétation d'une obligation imprécise en faveur de celui qui s'est obligé prévaut toujours avec constance en jurisprudence. Pour les charges stipulées récupérables, les plus récentes décisions confirment que seule une expression claire tant du principe que des modalités de la récupération conduira à un mécanisme fiable et efficace. L'usage de « l'annexe verte » pour transférer au preneur des travaux de mise aux normes qui ne lui incombaient pas jusqu'alors sera fort probablement examiné au travers du même prisme. En matière de dépollution, mise à la charge soit du bailleur au titre de son obligation de délivrance, soit du preneur lors de la restitution du bien loué, cette interprétation induit une définition rigoureuse de l'exigence d'un site « net et exempt de toute pollution ». L'autonomie du droit fiscal perdure avec constance lorsque le bail contient un engagement du bailleur de fournir des prestations de services à son preneur ou lorsque le loyer est indexé sur les résultats du locataire. De la même manière le traitement fiscal de la franchise de loyer, devenue fréquente, réserve aussi son lot d'interrogations (fiscalité directe) sinon de surprises (en matière de TVA).

Bonne lecture ! ■

Jean-Luc Tixier, avocat associé

Les bureaux en Ile-de-france : un marché international et complexe



Par **Denis François**, président
CEO de CBRE Valuation

Le marché des bureaux franciliens représente un parc d'environ 54 millions de m², ce qui en fait le premier en Europe à égalité avec celui du grand Londres. Le marché francilien est devenu très international depuis les années quatre-vingt. Par ailleurs, son autre caractéristique essentielle résulte de la concentration très forte du marché national sur l'Ile-de-France et en explique la complexité et la volatilité. Dans un contexte économique de stagnation-récession, l'impact de l'activité économique sur le bureau se fait ressentir assez rapidement, généralement dans un délai de l'ordre de six mois, l'économie étant très volatile et les entreprises de plus en plus réactives.

Le taux de vacance et la demande placée

Le taux de vacance est le premier indicateur. Ce dernier est globalement sur l'Ile-de-France légèrement inférieur à 7 %, ce qui est généralement considéré comme un bon point d'équilibre. Toutefois ce taux moyen recouvre des disparités très fortes : tandis que la vacance à Paris intramuros s'établit autour de 5 %, il est certains secteurs où le taux de vacance atteint 10 voire 15 %. Dans ces conditions, l'évolution des loyers de marché est évidemment radicalement différente.

Le second indicateur est constitué par la demande placée, c'est-à-dire l'ensemble des surfaces prises par les utilisateurs de bureaux (locataires + acquéreurs-utilisateurs). La demande placée a varié de 2005 à 2012, et ce malgré la crise, entre 2 millions et 2,7 millions de m² (2 380 000 m² en 2012). Toutefois le premier trimestre 2013 traduit un retrait marqué de plus de 20 % par rapport aux chiffres du premier trimestre 2012, ce qui laisse supposer une demande placée plus proche de 2 millions de m². D'une manière générale, on constate des délais de réalisation beaucoup plus longs entre le moment où une recherche est exprimée et la négociation finale avec un propriétaire.

Les valeurs locatives de marché

Celles-ci sont souvent dénommées sous le vocable de loyer de marché ou loyer tout court (ce qui est sujet à mauvaise interprétation puisque les loyers courus constituent une notion différente des loyers constatés dans les transactions de gré à gré sur le marché).

Trop souvent, dans le passé, les professionnels et

surtout la presse se sont essentiellement intéressés aux loyers de marché du «prime», c'est-à-dire des immeubles neufs ou entièrement rénovés, de première qualité et situés dans le quartier central des affaires. De plus en plus aujourd'hui, le regard se porte, à juste titre, sur les moyennes de loyers de marché par grands secteurs qui reflètent mieux la fourchette des valeurs locatives de marché et qui varient suivant la qualité de l'immeuble de 1 à 2 en région parisienne. Le tableau ci-contre donne les loyers moyens au 1^{er} avril 2013 par secteur Immostat¹. Ces moyennes écrètent les loyers les plus élevés et les plus bas (dans Paris centre, les loyers les plus élevés sont autour de 750€/m² HT HC par an). La moyenne de Paris centre et ouest s'établit pour le neuf à 538€/m²/an et à 404€/m²/an pour les immeubles de seconde main. Enfin, lorsqu'on regarde la moyenne globale des loyers de marché sur l'Ile-de-France, on s'aperçoit que celle-ci est en légère régression par rapport aux années précédentes et s'établit à 294€/m² pour le neuf contre 216€/m² pour le seconde main. Enfin, il manque un indicateur au tableau de bord du marché mais peu étudié statistiquement et qui ne fait que très rarement l'objet d'une publicité lors de la conclusion des transactions locatives. Il s'agit de ce qu'on appelle les cadeaux, les avantages locatifs ou les franchises de loyer. Ces avantages commerciaux existent depuis les années 1990 et n'ont jamais disparu, même en période de tensions sur le marché locatif (offre rare / demande abondante). Ils sont aujourd'hui très importants pour les immeubles de grande surface. Il convient donc de bien apprécier la différence entre le loyer dit facial et le loyer économique réel, c'est-à-dire après déduction de l'incidence financière de ces différents avantages. Sur le plan de l'évaluation, le traitement de ces «cadeaux» peut être différent suivant la façon dont ils sont calculés. Ces cadeaux peuvent aussi compliquer l'interprétation d'une valeur de transaction, s'il n'est pas précisé que les «cadeaux» restent à la charge du vendeur ou au contraire sont entièrement assumés par l'acheteur. Les principales données sur les loyers donnent les loyers faciaux.

Tout laisse à penser que l'année 2013, pourtant redoutée, devrait être correcte en termes de flux avec une tendance baissière sur les loyers de marché, mais avec de fortes disparités dans les évolutions. ■



LOYER MOYEN PONDÉRÉ (FACIAL)				
AU 1 ^{er} AVRIL 2013				
	Neuf / Rénové	Variation annuelle	Seconde main	Variation annuelle
Paris Centre Ouest	538 €	=	404 €	+ 0,6 %
Paris Sud	439 €	- 1,6 %	337 €	- 0,3 %
Paris Nord Est	325 €	- 0,4 %	256 €	+ 2,2 %
La Défense	423 €	- 6,6 %	335 €	- 1,5 %
Cressant Ouest	292 €	=	211 €	- 2,4 %
1 ^{ère} Couronne	230 €	=	152 €	- 1,6 %
2 ^{ème} Couronne	154 €	- 1,5 %	106 €	+ 2,4 %
Ile-de-France	294 €	- 1,3 %	216 €	=

1- Immostat est un organisme regroupant les principaux commercialisateurs, qui définit les secteurs géographiques de marché et analyse les flux.

Indexation : les indices applicables

Les possibilités offertes dans le cadre de la stipulation d'une clause d'indexation se sont largement enrichies depuis que le législateur a institué, à côté de l'indice du coût de la construction (ICC), l'indice des loyers commerciaux (ILC) à l'occasion de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, puis l'indice des loyers des activités tertiaires (ILAT) lors de l'adoption de la loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit du 17 mai 2011.

Les parties peuvent aujourd'hui choisir d'indexer le loyer du bail selon l'indice du coût de la construction, ou bien opter pour l'un des deux nouveaux indices dans la limite de leur champ d'application respectif. En effet, si l'indice du coût de la construction demeure l'indice de référence applicable quel que soit l'objet du bail, le recours à l'indice des loyers commerciaux ou à l'indice des loyers des activités tertiaires est strictement encadré par la loi.

Ainsi, l'indice des loyers commerciaux s'applique aux «activités commerciales et artisanales» (CMF art. D. 112-2, al. 1) et l'indice des loyers des activités tertiaires aux «activités tertiaires autres

que les activités commerciales et artisanales [qui] recouvrent notamment les activités des professions libérales et celles effectuées dans des entrepôts logistiques» (CMF art. D. 112-2 al. 2).

En pratique le domaine d'application respectif de ces indices n'est pas toujours aisé à déterminer.

Tout d'abord, les activités industrielles qui étaient expressément écartées du champ d'application de l'indice des loyers commerciaux dans la version initiale de l'article D. 112-2 du code monétaire et financier ont disparu dans sa version actuelle et il n'en est fait aucune mention dans les activités visées au titre de l'indice des loyers des activités tertiaires. Faudrait-il alors considérer que les activités industrielles ne rentrent ni dans le champ d'application de l'indice des loyers commerciaux, ni dans celui de l'indice des loyers des activités tertiaires, de sorte que seul l'indice du coût de la construction serait

applicable ?

Une autre difficulté de la détermination du champ d'application de l'ILAT réside dans le recours à la notion d'«activité tertiaire». En effet, la référence à cette notion présente une relative ambiguïté dans la mesure où elle ne fait l'objet d'aucune définition légale ou réglementaire précise.

Des difficultés se rencontrent également à propos des baux de boutiques relevant des locations à usage exclusif de bureaux que l'on désigne communément sous la formule «bureaux-boutiques» (agences bancaires, agences immobilières, etc.). Faut-il privilégier pour ces derniers la qualité du local (la boutique) et retenir l'application de l'indice des loyers commerciaux ou au contraire faire prévaloir l'activité, ce qui conduirait à l'application de l'indice des loyers des activités

«Le domaine d'application respectif de ces indices n'est pas toujours aisé à déterminer.»

tertiaires ? Le manque de clarté de l'article D. 112-2 du code monétaire et financier ne permet pas en l'état de trancher la question.

Le choix d'un indice suppose une réflexion approfondie sur la nature de l'activité autorisée par le bail, en ayant présent à l'esprit que la sanction est particulièrement lourde de conséquences, puisque si l'indice retenu est erroné, la clause d'indexation se trouve frappée d'une nullité d'ordre public. Dans le doute, le rédacteur d'acte doit donc s'abstenir... et choisir l'ICC qui, rappelons-le, bénéficie d'une présomption légale de licéité, et en tous les cas, prévoir dans le bail un indice de substitution.■



Par **Philippe Riglet**, avocat associé, spécialisé en droit immobilier. Il est le conseil récurrent de grandes enseignes, de groupes hôteliers et de fonds d'investissement, plus particulièrement dans les domaines des baux commerciaux et des transactions immobilières. Il est également le coauteur du Mémento Francis Lefebvre «Baux commerciaux». philippe.riglet@cms-bfl.com



et **Laurent Toulze**, avocat en droit immobilier. Il intervient dans les différentes matières du droit immobilier (ventes, baux, construction, etc.) et plus particulièrement dans la rédaction d'actes, le conseil et le contentieux. laurent.toulze@cms-bfl.com

La franchise de loyers ne serait-elle plus une réduction de loyers ?

Pour certains services fiscaux, la franchise de loyers consentie en contrepartie d'un engagement ferme sur la durée du bail serait un leurre, cachant un paiement des loyers par compensation avec un service rendu par le locataire, consistant dans l'engagement pris sur la durée ferme supérieure au minimum légal. Cette théorie repose sur un fondement très discutable et met en danger la sécurité juridique établie jusqu'alors sur le sujet. Il est donc urgent de clarifier la situation.



Par **Gaëtan Berger-Picq**, avocat associé spécialisé dans les questions de TVA, notamment liées à l'immobilier. gaetan.berger-picq@cms-bfl.com

De nombreux baux commerciaux comportent une période initiale de franchise. Pourtant, certains services fiscaux estiment que cette franchise n'existe pas lorsqu'elle est accordée en contrepartie d'un engagement du locataire sur une durée ferme du bail (ce qui est souvent le cas). Il y aurait compensation entre les loyers et le prix, d'égale montant, d'une créance du locataire sur le bailleur, née du service que constituerait l'engagement ferme sur la durée du bail. En découlent des rehaussements de TVA chez le bailleur qui n'a pas conscience d'avoir perçu des loyers sur la période de la franchise et chez le locataire qui n'a pas imaginé encaisser le prix d'un service taxable rendu au bailleur du seul fait de son engagement.

L'une des particularités des baux commerciaux réside dans l'article L. 145-4 du code de commerce qui prévoit qu'«à défaut de convention contraire», le preneur «a la faculté de donner congé à l'expiration d'une période triennale».

Et puisque «le fait de s'obliger à ne pas faire ou à tolérer un acte ou une situation» est un service taxable à la TVA (article 256 IV du Code général des impôts), l'administration en déduit que le locataire qui accepte de renoncer à la faculté légale de résiliation triennale fournit un service au bailleur au sens de cette taxe.

Cette affirmation paraît pourtant hâtive, car elle omet de vérifier un point essentiel : pour renoncer à un droit, encore faut-il disposer de ce droit... Or, la possibilité de résiliation triennale par le locataire est exclue dès la conclusion du bail. Par conséquent, affirmer que le locataire renonce à son droit à la résiliation triennale suppose d'admettre

que ce droit préexiste au bail, ce qui ne nous paraît pas aller de soi.

En effet, nous pensons que ce droit ne prend naissance qu'avec la conclusion du bail auquel il est susceptible de s'appliquer.

S'il est exclu d'emblée, il n'a jamais existé autrement que virtuellement.

La thèse de la compensation est en outre contraire à la jurisprudence de la CJUE selon laquelle un locataire qui s'engage, même moyennant paiement par le propriétaire, à devenir locataire et à payer le loyer ne fournit pas de service au propriétaire.

Comment expliquer alors que l'engagement de rester locataire puisse constituer un service au regard

de la TVA, lorsque l'engagement de devenir locataire n'en est pas un ?

A supposer d'ailleurs qu'un tel service existe, son paiement par compensation avec une fraction des loyers supposerait encore que ce service soit distinct du bail.

En effet, si ce «service» n'est qu'un élément du bail, la notion de compensation avec le bail n'a au-

cun sens. Or, il n'est pas raisonnable de prétendre que le «service» de renonciation à la résiliation du bail a une existence autonome par rapport au bail. Il n'existe que par le bail et il n'est pas certain que le bail existerait sans cette renonciation.

Les faiblesses de la thèse de la compensation sont d'autant plus regrettables qu'elle crée une insécurité majeure sur l'ensemble des baux commerciaux en cours d'existence ou de négociation.

Il est donc temps d'arrêter l'expérimentation dont les assujettis sont les victimes, car au bout du compte, la franchise de loyers paraît bien n'être que la réduction de loyers que tout le monde voyait jusqu'alors. ■

«Les faiblesses de la thèse de la compensation sont d'autant plus regrettables qu'elle crée une insécurité majeure sur l'ensemble des baux commerciaux en cours d'existence ou de négociation.»

La franchise de loyers : un différé de trésorerie sans différé de charges ?

La franchise de loyers est un instrument de négociation dont la dimension financière avantageuse, tenant à son apparence de gratuité de loyer, d'une durée pouvant parfois atteindre plusieurs dizaines de mois, ne doit pas masquer le soin que le locataire doit apporter à définir sa qualification juridique, comptable et fiscale.

La TVA nous a appris (cf. page 4) que le défaut de loyer dont bénéficie le locataire ne devrait pas être considéré comme le fruit de l'improbable compensation des relations d'un locataire serviable et d'un bailleur oublieux.

Il reste toutefois à définir positivement la cause de cette dispense de loyer, en réservant tout d'abord un sort particulier aux franchises obtenues par un locataire devant réaliser des travaux.

Ce dernier se trouve alors doublement à la peine : il doit supporter des dépenses venant accroître le coût d'une occupation, laquelle ne sera le plus souvent effective, et génératrice d'avantages économiques, qu'au terme de ces travaux. Ne pas constater de loyer apparaît dès lors logique et légitime, non seulement financièrement, mais également comptablement et fiscalement.

Tout autre est la situation du locataire occupant des locaux durant la période de franchise. Cette occupation, identique à celle constatée ensuite lorsque les loyers contractuels seront dus, témoigne que la prestation locative est d'égale intensité pour ces deux périodes.

Pour la détermination des résultats comptable et fiscal, faut-il alors accorder crédit aux échéances juridiques et financières des loyers facturés, en distinguant deux périodes : celle, souvent initiale, de non-loyer, suivie d'une seconde, sujette aux loyers contractuels, indépendante de la première ? Faut-il au contraire consolider ces deux périodes, en les considérant unies par une commune intensité d'occupation ?

C'est précisément cette dernière voie qui a été retenue par les instances comptables, et par la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Les premières préconisent, tant en réglementation comptable nationale qu'en IFRS, de répartir les charges de loyer de manière à rendre compte correctement des avantages économiques procurés par l'immeuble de période en période. Ce qui conduit à retenir la méthode la plus représentative de la façon dont le locataire tire avantage dans le temps de l'utilisation de cet immeuble. Initialement exprimée dans l'avis n° 29 de l'Ordre des experts-comptables, cette analyse a été réitérée en septembre 2010 par la commission de droit comptable du conseil supérieur de cet Ordre.

La seconde (Conseil d'Etat, 29 novembre 2000, n° 192 100 et 192 109) conditionne le rattachement fiscal des loyers à l'exécution de la prestation, écartant une répartition inégale des loyers

lorsque la prestation locative est d'égale intensité au cours des différentes périodes.

Dans cette dernière situation, les loyers sont alors déduits linéairement sur l'ensemble de la période d'occupation, incluant les périodes de franchise.

Atteindre cet objectif comptable et fiscal de linéarisation des loyers conduit tout d'abord à déterminer un loyer mensuel moyen pour l'ensemble de la période

effective d'occupation.

Ensuite, au titre des périodes de franchise, sera déduit en charges à payer l'écart correspondant à l'insuffisance du loyer contractuellement dû au titre de ces périodes, sur le loyer moyen préalablement déterminé.

Puis, au cours des périodes ultérieures rendant exigible le loyer contractuel, le lissage du loyer comptable et fiscal sera préservé grâce à une reprise de la charge à payer, pour la fraction du loyer facturé excédant le loyer moyen.

Ainsi, en cas d'occupation effective et constante, un locataire pourra sans attendre déduire des loyers dont le paiement sera partiellement différé. ■



Par **François Lacroix**, avocat associé, spécialiste en fiscalité. Il intervient plus particulièrement dans les secteurs de la fiscalité immobilière, des services publics, des entreprises et des personnes morales publiques ou privées non lucratives.

francois.lacroix@cms-bfl.com

Bail commercial : une qualification fiscale autonome

Ce n'est pas parce qu'un contrat de bail est conclu entre les parties sous le cadre juridique du bail commercial que les revenus qu'en retire le bailleur doivent être soumis à l'impôt dans la catégorie des bénéfices commerciaux lorsque celui-ci est une personne physique.



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



et **Stéphanie Némarg**, avocat. Elle intervient dans tous les domaines de la fiscalité des entreprises, notamment en matière immobilière. stephanie.nemarg@cms-bfl.com

Si le bailleur est une entreprise commerciale dont les résultats sont soumis aux bénéfices industriels et commerciaux (BIC), il en sera de même des revenus locatifs quelles que soient les caractéristiques du bail.

En revanche, pour un particulier, il y a lieu de rappeler que le Code général des impôts prévoit une qualification des revenus locatifs selon des caractéristiques indépendantes :

- si le bail porte sur des locaux meublés ou équipés, le bailleur est soumis à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des bénéfices industriels et commerciaux ;

- si le bail porte sur des locaux nus, les revenus locatifs relèvent au contraire de la catégorie des revenus fonciers, même si le bail est de nature commerciale au plan juridique.

Des exceptions à cette deuxième hypothèse sont toutefois à relever.

Si le bail prévoit la fourniture par le bailleur d'autres prestations de services (gardiennage, nettoyage, informatique, etc.), la location sera qualifiée de commerciale au plan fiscal.

De même, si le contrat prévoit un loyer, ne

serait-ce qu'en partie indexé sur les résultats du locataire (chiffre d'affaires, bénéfices, etc.), le bailleur sera réputé participer indirectement à l'activité commerciale du preneur, même s'agissant d'une location nue sans prestation de services (en ce sens, CE 11/12/2009 n° 301504, SCI Aristide Briand).

Cette règle impose une grande vigilance, notamment pour les bailleurs qui investissent par l'intermédiaire d'une SCI, laquelle pourrait se trouver automatiquement soumise à l'impôt sur les sociétés (IS) du fait de l'assujettissement de ses résultats à l'impôt dans la catégorie des BIC. Notons à ce sujet que l'administration fiscale admet qu'une société civile puisse exercer une activité commerciale de manière accessoire sans pour autant remettre en cause sa transparence

fiscale si «le montant hors taxes de [ses] recettes de nature commerciale n'excède pas 10 % du montant de [ses] recettes totales HT» (BOI-IS-CHAMP-10-30-20120912 n° 320). Un franchissement occasionnel de ce seuil de 10 % peut même être admis, mais à condition que la moyenne des recettes hors taxes de l'année en cours et des trois années précédentes n'excède pas 10 %. Attention toutefois, ce n'est pas parce que le montant du loyer fixe perçu par une SCI représenterait plus de 90 % de ses recettes – la part variable de loyer étant pour sa part inférieure à 10 % – que la société échappera à l'IS. En effet, l'existence même d'une clause de variabilité impliquera que la totalité du loyer – y compris la partie fixe – relève d'une activité commerciale, la SCI ne pouvant dès lors pas se prévaloir de cette tolérance administrative.

A titre d'exemple, lorsque le loyer a été fixé d'après un pourcentage du bénéfice annuel de la société locataire, payable par acomptes définitivement acquis et s'élevant à 10 % des recettes brutes, le Conseil d'Etat a jugé qu'un tel mode de calcul entraînait la participation de la société

civile bailleresse aux résultats commerciaux de la société locataire. Par suite, elle était passible de l'IS (en ce sens, CE 03/03/1976).

Relevons enfin que, même si, au vu des résultats du locataire, le montant du loyer variable est nul, la seule présence de la clause dans le bail suffira pour que l'intégralité des loyers perçus soit considérée de nature commerciale. De même, la circonstance que le bailleur s'abstienne de percevoir la part variable stipulée au contrat de bail ne suffirait pas à ôter leur caractère commercial aux loyers perçus par la SCI (en ce sens, CE 28/05/1984). ■

«L'existence même d'une clause de variabilité impliquera que la totalité du loyer – y compris la partie fixe – relève d'une activité commerciale.»

Charges locatives : quelles clauses inclure dans le bail ?

Deux récentes décisions conduisent à s'interroger sur la rédaction de la clause relative aux charges récupérables dans les baux commerciaux où le principe est celui de la liberté contractuelle. Plus précisément, la question est celle de savoir si, pour pouvoir exiger le paiement des charges par le locataire, le bail doit mentionner expressément chaque charge ou bien si une répartition précise et sans ambiguïté suffit.

Dans l'arrêt rendu le 13 juin 2012 (n° 11-17114), la question posée était celle de savoir si le bailleur pouvait exiger de son locataire le remboursement de la taxe d'enlèvement des ordures ménagères. La Cour de cassation a cassé la décision d'appel qui avait admis ce remboursement en rappelant que la taxe d'enlèvement des ordures ménagères ne pouvait être mise à la charge

du preneur qu'en vertu d'une stipulation contractuelle.

Dans l'arrêt rendu le 6 mars 2013 (n° 11-27331), il s'agissait de savoir si le bailleur pouvait réclamer le paiement des travaux de ravalement, de réparations de toiture et de remplacement de la chaudière

collective de l'immeuble au prorata de la surface occupée par le preneur dès lors que le bail mettait à la charge de ce dernier non seulement les réparations concernant le local loué, mais encore toutes autres, de quelque nature qu'elles soient, y compris les grosses réparations définies à l'article 606 du Code civil. Là encore, la Cour de cassation a cassé l'arrêt qui avait admis ce remboursement pour ne pas avoir constaté que des stipulations expresses du bail commercial mettaient à la charge du locataire les travaux de ravalement, de toiture et de chauffage collectif. Le conseil donné par quelques commentateurs de ces arrêts d'établir une liste conventionnelle exhaustive des charges récupérables sur le locataire relève de la prudence à laquelle oblige le principe selon lequel une obligation imprécise s'interprète en faveur de celui qui s'oblige (article 1162 du Code civil ; en ce sens, CA Versailles 6 septembre 2007 : RJD 2/08 n° 103 ; CA Paris 2 avril 1992 : Administrer octobre 1992, p. 94). Les clauses des baux en cause n'étaient cependant pas dénuées d'ambiguïté et il n'est pas certain

que tel soit l'enseignement impératif à tirer de ces décisions.

S'agissant plus particulièrement de la taxe foncière ainsi que de la taxe annuelle sur certains locaux en Ile-de-France dont le bailleur est redevable en sa qualité de propriétaire, il est d'usage d'inclure une clause dans le bail permettant leur refacturation au locataire. Cette refacturation répond à la logique selon laquelle le locataire devrait supporter toutes les charges liées aux locaux dont il a la jouissance.

La question de la refacturation de la contribution économique territoriale (CET) est plus complexe et ne va pas de soi dès lors que cette dernière frappe non pas la propriété de l'immeuble, mais l'exercice de l'activité propre des bailleurs.

Ainsi, la refacturation de la CFE du bailleur ne

«Une obligation imprécise s'interprète en faveur de celui qui s'oblige.»

serait pas logique puisque cette taxe est calculée sur la valeur locative foncière des locaux qu'il occupe pour sa propre activité et non sur celle des locaux qu'il donne en location, laquelle est directement imposée au nom du locataire. Concernant la CVAE, celle-ci est calculée sur la base d'un pourcentage

de la valeur ajoutée globalement produite par la société qui est variable en fonction de son chiffre d'affaires. La refacturation de la CVAE acquittée par le bailleur poserait la question de sa répartition entre les différents locataires dès lors qu'elle est calculée en tenant compte de l'ensemble des actifs du bailleur, voire d'autres activités qui n'auraient pas de lien avec la location.

De ce point de vue, la refacturation de la CET pourrait, selon nous, susciter des contestations de la part du locataire, tant au niveau de son principe que des modalités de calcul des sommes refacturées. Contractuellement, seuls les impôts grevant l'immeuble donné en location (taxe foncière, taxe bureaux, etc.) devraient être prévus comme refacturables à l'exclusion de ceux frappant l'activité du bailleur (impôt sur les sociétés, CET, etc.). ■



Par **Brigitte Gaucière**, avocat spécialisé en droit immobilier. Elle intervient tant en conseil qu'en contentieux dans les différents régimes locatifs : les baux d'habitation, les baux professionnels et les baux commerciaux.
brigitte.gauciere@cms-bfl.com



et **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

Le traitement fiscal de l'indemnité d'éviction : une équation à plusieurs inconnues

Le traitement fiscal de l'indemnité d'éviction varie selon son objet et le statut fiscal de son bénéficiaire. Une attention particulière doit donc être portée aux conditions de l'indemnisation et à sa formalisation.



Par **Elisabeth Ashworth**, avocat associé, responsable des questions de TVA au sein du département de doctrine fiscale de CMS Bureau Francis Lefebvre.
elisabeth.ashworth@cms-bfl.com



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

L'indemnité d'éviction, légalement due par le bailleur à l'entreprise locataire dont le bail est résilié ou n'est pas renouvelé (cf. article L. 145 s. du code de commerce), reçoit un traitement fiscal qui dépend, pour le bailleur, du motif de l'éviction, et pour le preneur, de la nature de la charge ou du préjudice qu'elle compense. Pour le bailleur, l'indemnité d'éviction est ainsi susceptible de constituer le prix de revient d'un élément d'actif si elle lui permet de reprendre l'exploitation du locataire, de vendre ou démolir l'immeuble, ou de l'affecter à un usage d'habitation. En revanche, elle constituera une charge déductible de son résultat imposable si l'éviction a pour objet d'améliorer les conditions financières de la location ou d'y exercer une activité différente de celle du locataire.

Pour le preneur, l'indemnité d'éviction représentera un produit d'exploitation immédiatement imposable dans les conditions de droit commun lorsqu'elle aura pour objet de compenser une charge (frais de emploi, frais de déménagement, etc.) ou un manque à gagner (perte de recettes futures). Si elle est destinée à compenser la perte d'un élément d'actif (droit au bail ou fonds de commerce notamment), elle suivra le régime des plus-values : cette qualification pourra avoir un intérêt particulier si les bénéfices de l'entreprise locataire sont soumis à l'impôt sur le revenu (et non à l'IS), puisqu'elle pourra ouvrir droit à un régime d'imposition à taux réduit, voire à une exonération (applicable, sous certaines conditions, aux plus-values réalisées par les PME).

Le cas échéant, l'indemnité sera divisée en deux fractions, l'une compensant la perte d'éléments d'actifs, et l'autre des charges. Pour apprécier la nature de la charge ou de la perte couverte par l'indemnité, seront pris en compte tant la rédaction

de l'acte formalisant l'accord entre les parties que la réalité des faits (conditions de la résiliation du bail, valeur réelle du droit au bail, sort de l'entreprise locataire, etc.).

Au regard de TVA, il y a lieu de rechercher, quelle que soit la qualification donnée par les parties, si la somme versée a pour objet de réparer le préjudice subi par son bénéficiaire ou si elle constitue en réalité la contrepartie d'un service rendu en l'espèce au bailleur.

Dans la première hypothèse, l'indemnité n'est pas imposable à la TVA et n'a pas d'incidence sur la situation de son bénéficiaire au regard des droits à déduction.

Dans la deuxième, la somme entre dans le champ d'application de la taxe et doit éventuellement y être soumise à raison des règles applicables à l'opération dont elle constitue en réalité la contrepartie. Pour distinguer selon que tout ou partie de l'indemnité entre ou non dans le champ d'application de la TVA, il y

«La qualification de l'indemnité sera appréciée tant au regard de la rédaction de l'acte que de la réalité des faits.»

a donc lieu, là aussi, de procéder à une analyse précise des faits et des stipulations convenues entre les parties.

Ainsi, tandis que l'indemnité d'éviction à l'expiration d'une période triennale du bail répare, en tant que telle, le préjudice subi par le preneur et n'est pas en principe imposable à ce titre, la somme perçue par le locataire du fait de la libération anticipée des locaux est susceptible de constituer la contrepartie d'un service rendu au bailleur, le juge communautaire estimant même alors que ce service est couvert par les règles de TVA applicables à la location immobilière. ■

Locataires, soyez vigilants quant au contenu de l'annexe environnementale !

Depuis le 1^{er} janvier 2012, l'annexe environnementale (dite «annexe verte») est obligatoire pour tous les baux conclus ou renouvelés portant sur des bureaux ou des commerces de plus de 2 000 m². A compter du 14 juillet 2013, cette obligation s'appliquera également aux baux en cours. Le contenu de ladite annexe est défini par un décret du 30 décembre 2011. En pratique, on constate deux grandes catégories d'annexes : des annexes «légères» reprenant les obligations d'informations respectives prévues dans le décret précité et d'autres «lourdes» de plusieurs pages (parfois plus d'une dizaine) qui imposent au locataire de nombreuses nouvelles obligations non prévues par les textes réglementaires. Certaines annexes fixent des engagements précis d'amélioration de la performance environnementale et énergétique de l'immeuble, allant même jusqu'à prévoir la possibilité pour le bailleur de mettre en œuvre la clause résolutoire de bail

en cas de manquements aux obligations qu'elles énoncent. Curieusement, de nombreux locataires considèrent l'annexe environnementale comme un document mineur et négligent souvent de la négocier. Cette attitude peut être préjudiciable dans la mesure où certains bailleurs profitent de l'insertion de l'annexe verte lors du renouvellement du bail pour créer de nouvelles obligations à la charge du preneur concernant notamment les travaux de mise aux normes. Rappelons qu'en vertu de la jurisprudence actuelle, les travaux de mise aux normes ne sont à la charge du preneur que si le bail le prévoit expressément. Les clauses imprécises ou rédigées dans des termes trop généraux sont interprétées en faveur du locataire en application des dispositions de l'article 1162 du Code civil. Dès lors, il est tentant pour un bailleur, lorsque le bail initial est rédigé dans un sens qui lui est défavorable concernant la prise en charge des travaux de mise aux normes, d'insérer dans l'annexe verte une clause mettant très

précisément ces travaux à la charge du locataire et de préciser qu'«en cas de divergence existant entre les stipulations de l'annexe environnementale et celles figurant au bail, les stipulations de l'annexe environnementale prévaudront». A titre d'exemple, peut figurer dans une annexe verte la clause suivante : «Toutes les mises en conformité, sécurité, accessibilité, réglementations environnementales et énergétiques, ainsi que les réglementations issues de la loi Grenelle II et de ses décrets d'application notamment énergétiques, acoustiques, qualité de l'air, enseignes

lumineuses, transports, élimination des déchets, qu'elles portent sur l'immeuble, sur les parties communes ou les parties privatives, resteront supportées par le preneur.» Par ailleurs, une certaine catégorie de bailleurs demande aux locataires d'insérer une annexe verte au bail, même lorsque celui-ci porte sur des locaux d'une superficie inférieure à 2 000 m². Il est évident

que locataire et bailleur peuvent avoir un intérêt commun au «verdissement» du bien loué, notamment en ce qui concerne la réduction des charges. Toutefois, il convient de s'assurer que les obligations contractuelles relatives à la performance énergétique et environnementale du bien soient équilibrées entre les parties. Le locataire doit être conscient des nouveaux engagements contenus dans l'annexe environnementale et des impacts financiers y attachés, et ce d'autant plus dans un contexte de crise économique.■



Par **Aline Divo**, avocat associé spécialisé en droit immobilier. Elle intervient dans tous les domaines du droit immobilier et notamment dans la négociation et le contentieux des baux commerciaux, tant côté locataire que côté bailleur. Elle est chargée d'enseignement sur le thème des baux commerciaux à l'Ecole de formation des avocats du barreau de Paris. aline.divo@cms-bfl.com

Prendre en compte le droit de l'environnement lors de la rédaction des baux commerciaux



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

La prise en compte du droit de l'environnement et plus particulièrement du droit des installations classées¹ lors de la rédaction des baux commerciaux mérite une attention particulière tant pour le bailleur que pour le preneur. En effet, souvent occultées, les obligations des parties sont pourtant loin d'être négligeables notamment lorsqu'une installation classée (ICPE) a vocation à être exploitée par le preneur sur le bien donné à bail.

Obligation d'information du bailleur à l'égard du preneur

Aux termes de l'article L. 125-7 du code de l'environnement², le bailleur d'un terrain est tenu d'informer par écrit le locataire des informations rendues publiques par l'Etat faisant état d'un risque de pollution des sols affectant le terrain objet du bail. A défaut, si une pollution est constatée et rend le terrain impropre à sa destination précisée dans le bail, le locataire a la possibilité de demander la résolution du bail ou d'obtenir une réduction du loyer dans un délai de deux ans après la découverte de la pollution.

Délivrance du bien loué

Certains baux peuvent être conclus sous la condition déterminante d'une dépollution préalable du bien par le bailleur. Une telle clause impose au bailleur une véritable obligation de résultat. Aussi, lorsqu'elle est envisagée, il convient d'être particulièrement vigilant et de circonscrire précisément l'étendue de la dépollution à réaliser, d'associer le preneur en lui transmettant l'ensemble des rapports et comptes-rendus et de le convier aux réunions de chantier. La Cour de cassation a en effet écarté la responsabilité du bailleur dans une telle hypothèse alors même que persistait une pollution résiduelle³.

Obligations du preneur en fin de bail

Lorsque l'exploitant d'une installation classée

envisage de mettre fin à son activité sur un site, il est alors assujéti au respect de différentes obligations : notification de la cessation d'activité à l'Administration ; mise en sécurité du site (évacuation des déchets, suppression des risques d'incendie et d'explosion, etc.) ; établissement d'un mémoire de réhabilitation ; remise en état du site. Seul le preneur, en sa qualité de dernier exploitant en titre (c'est-à-dire dûment déclaré/ autorisé par le préfet), est responsable de la remise en état du site à l'égard de l'Administration. De telles obligations en fin de bail ne sont pas neutres. En effet, et en premier lieu, si en droit commun du bail, le simple fait de quitter matériellement les lieux donnés à bail constitue une restitution juridique des lieux, tel n'est pas

le cas lorsque le dernier exploitant a exploité une installation classée. Dans ce cas, le preneur ne sera réputé avoir restitué les lieux qu'une fois qu'il se sera acquitté de son obligation de remise en état des lieux⁴. Par suite, le preneur sera rede-

vable d'une indemnité d'occupation jusqu'à la date à laquelle il aura justifié avoir mis en œuvre l'ensemble des mesures de remise en état. En second lieu, précisons que si l'étendue de l'obligation du preneur est déterminée par rapport à l'usage futur du site dans les conditions fixées par le code de l'environnement, un bail commercial peut être plus exigeant en matière de remise en état et de dépollution. Ainsi, lorsqu'un bail commercial impose au preneur de restituer le bien loué net et exempt de toute pollution, le preneur sera considéré comme n'ayant pas rempli son obligation contractuelle telle que stipulée dans le bail au titre de la clause de restitution des biens loués s'il reste des traces de pollution, et ce, quand bien même il se serait conformé aux dispositions légales et réglementaires de remise en état correspondant à l'usage ainsi fixé⁵. ■

1. Articles L. et R. 511-1 et suivants du code de l'environnement.

2. Un décret en Conseil d'Etat doit encore définir les modalités d'application de cet article.

3. CA Paris, 7 mars 2012 ; confirmé par Cass. 3^e civ. 9 avril 2013, n° 12-20344.

4. Par exemple : Cass. 3^e civ., 10 avril 2002. Ce principe vaut alors même que le locataire commercial aurait été évincé avec offre d'indemnité d'éviction (Cass. 3^e civ., 19 mai 2010).

5. CA Versailles, 3 janvier 2012

Transmission d'un bail commercial dans le cadre d'une fusion ou d'un apport partiel d'actif

La loi prévoit des mesures particulières lorsque la transmission d'un bail commercial intervient dans le cadre de la fusion de la société locataire ou d'un apport partiel d'actif.

Les restructurations ne sauraient être un prétexte pour rompre un contrat de bail. La fusion entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société qui disparaît au bénéfice des sociétés existantes ou nouvelles qui le recueillent (article L. 236-3 du code de commerce). De même, l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions emporte transfert universel de patrimoine.

C'est en raison de l'importance toute particulière du contrat de bail pour l'activité de la société que le législateur a expressément envisagé sa continuation de plein droit en cas d'opérations de restructuration. En application de l'article L. 145-16, alinéa 2 du code de commerce, en cas de fusion de sociétés ou d'apport partiel d'actifs soumis au régime juridique des scissions en application de l'article

L. 236-22 du code de commerce, la société issue de la fusion ou la société bénéficiaire de l'apport est, nonobstant toute stipulation contraire, substituée à celle au profit de laquelle le bail était consenti dans tous les droits et obligations découlant de ce bail.

Selon la cour d'appel de Paris¹, la substitution prévue à cet article s'opère de plein droit, cela «*quelles que soient les clauses contraires ou restrictives du bail, la cession du bail se trouvant englobée dans la transmission d'une universalité*» ; de plus, ce mécanisme de subrogation légale est d'ordre public. En d'autres termes, la transmission du bail est réalisée automatiquement sans aucune autre formalité que celles prévues par le droit des sociétés.

Il en résulte que le bailleur ne peut pas se prévaloir de clauses restrictives du bail imposant des formalités particulières pour une cession de bail. En conséquence, une clause qui imposerait l'agrément du bailleur en cas de cession ne pourrait pas

être appliquée en cas de fusion et d'apport partiel d'actifs soumis au régime juridique des scissions. Le bailleur ne peut pas non plus se prévaloir de l'inobservation des formalités prévues par l'article 1690 du Code civil. La fusion ainsi que l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions n'ont donc pas à être signifiés au bailleur. Le bailleur de locaux loués aux sociétés absorbées ou apporteuses a seulement la faculté de de-

mander au tribunal des garanties supplémentaires, en application de l'alinéa 3 de l'article L. 145-16 susvisé.

La question s'est posée, en outre, de savoir si, au sein des sociétés commerciales, l'alinéa 2 de l'article L. 145-16 du code de commerce s'appliquait aux sociétés à responsabilité limitée (SARL), dans la mesure où l'article L. 236-22 semblait envisager seulement les sociétés

anonymes (SA). La Cour de cassation a affirmé dans un arrêt du 30 avril 2003² que cet alinéa s'applique aux apports partiels d'actifs entre SARL au motif que les SARL, comme les SAS, peuvent décider de les soumettre au régime des scissions. Par suite, cet alinéa a été modifié par l'article 16 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012.

En définitive, l'article L. 145-16 du code de commerce est aujourd'hui applicable à tout apport partiel d'actif entre des sociétés commerciales, même de formes différentes, placé sous le régime des scissions.

En revanche, l'apport par une société d'une partie de ses activités à une autre société, effectué sans que les parties à la convention ne l'aient soumis au régime des scissions, obéit au droit commun de la cession de créance régie par l'article 1690 du Code civil. Il en résulte que le transfert du bail commercial intervenu à l'occasion de cet apport sans avoir été signifié au bailleur est inopposable à ce dernier. ■



Par **Christophe Lefaillet**, avocat associé, spécialisé en fiscalité (droits d'enregistrement et ISF) et en droit des sociétés. Il intervient particulièrement dans les opérations de fusions-acquisitions du secteur immobilier.
christophe.lefaillet@cms-bfl.com

1. CA Paris, 16 juin 2000, RJD 2000, n° 1100.

2. Cass. 3^e civ., 30 avr. 2003, n° 01-16.697.

Investissement immobilier et discrimination communautaire (suite et pas fin)



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

1. Antérieurement 16%.
2. Cf. *Lettre de l'immobilier* du 28 novembre 2011, p. 7

La question du traitement fiscal de la cession d'immeubles situés en France par des personnes physiques non-résidentes a fait l'objet d'une abondante jurisprudence. En effet, les résidents de France bénéficient d'un taux de 19 %¹ (hors prélèvements sociaux), alors que les non-résidents sont soumis au prélèvement du tiers de l'article 244 bis A du Code général des impôts.

On se souvient que le tribunal administratif de Montreuil a jugé le 25 février 2011, sur le fondement de la liberté de circulation des capitaux, que des personnes résidentes d'Etats tiers à l'UE devaient bénéficier d'un traitement identique à celui des résidents². Le tribunal avait écarté l'application de la «clause de gel» prévue par l'article 64 du TFUE, qui permet de maintenir des restrictions existant avant le 31 décembre 1993, au motif que les investissements immobiliers n'étaient pas des «investissements directs» au sens de la nomenclature européenne. Toutefois, le Conseil d'Etat, dans un arrêt Holzer du 28 juillet 2011, a jugé que

ladite «clause de gel» était applicable au motif que l'article 64 du TFUE vise les «investissements directs, y compris les investissements immobiliers». La cour administrative de Marseille, dans quatre arrêts du 13 mars 2012, est entrée en résistance en jugeant que la «clause de gel» n'était pas applicable en cas d'investissements immobiliers purement patrimoniaux, le rapporteur public se livrant à une analyse très circonstanciée de la notion d'investissements immobiliers tout en regrettant que le point n'ait «jamais été en discussion devant le Conseil d'Etat».

La question a été étendue aux cessions de titres de SCI par un arrêt de la cour administrative de Lyon du 29 janvier 2013, qui juge que la différence de taux d'imposition d'une plus-value de cession d'un immeuble par une SCI française selon que les associés résident ou non dans l'EEE constitue une discrimination non couverte par la «clause de gel».

On attend donc avec impatience une décision définitive du Conseil d'Etat sur le sujet. ■

C/M/S Bureau Francis Lefebvre

1-3 villa Emile-Bergerat 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 Elisabeth Ashworth, elisabeth.ashworth@cms-bfl.com
M^e Gaëtan Berger-Picq, gaetan.berger-picq@cms-bfl.com
M^e Aline Divo, aline.divo@cms-bfl.com
M^e Christophe Frionnet, christophe.frionnet@cms-bfl.com
M^e François Lacroix, francois.lacroix@cms-bfl.com
M^e Christophe Lefaillet, christophe.lefaillet@cms-bfl.com
M^e Philippe Riglet, philippe.riglet@cms-bfl.com
M^e Julien Saiac, julien.saiac@cms-bfl.com
M^e Jean-Luc Tixier, jean-luc.tixier@cms-bfl.com



Supplément du numéro 1224 du 3 juin 2013

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 : 123, rue Jules Guesde CS 70029 92309 Levallois Perret Cedex Tél. 01 44 84 80 45

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