

LA LETTRE DE L'IMMOBILIER

Lundi 1^{er} décembre 2014

AU SOMMAIRE

Dossier

Le démembrement de propriété en matière immobilière

- Cessions de biens démembrés : comment déterminer le redevable de l'impôt et l'assiette imposable ? p. 2
- Aspects réglementaires autour du démembrement de titres financiers p. 4
- De la nécessité d'identifier le redevable légal de la taxe foncière en cas de démembrement du droit de propriété p. 5
- L'investissement immobilier en nue-propriété : pour quel profil d'investisseurs ? p. 6
- Les clauses incompatibles avec le bail à construction : la qualification du contrat supplante désormais la clause p. 8
- Régime de TVA applicable aux droits réels immobiliers démembrés : les complexités de la nue-propriété p. 9

Actualités

- Fiscalité des particuliers : le plan de relance du logement permettra-t-il une libération rapide et massive du foncier constructible ? p. 10
- Le décret d'application de la loi «Pinel» du 3 novembre 2014 p. 11
- Les clauses illégales des baux commerciaux statutaires sont désormais réputées non écrites p. 12

CMS Bureau Francis Lefebvre
Supplément du numéro 1295
du 1^{er} décembre 2014

EDITORIAL

Le démembrement de propriété. Simple méthode de gestion patrimoniale pour les uns, outil d'optimisation fiscale pour les autres, il reste une situation juridique dont le traitement fiscal pour les titulaires de droits démembrés méritait assurément qu'on lui consacre un numéro de la Lettre de l'Immobilier.

C'est en effet en matière immobilière que les démembrements de propriété portant tant sur les immeubles que sur les titres de sociétés immobilières ont été les plus nombreux ces dernières années.

Ce sont également certains de ces mêmes démembrements que le législateur a souhaité restreindre en traitant depuis 2012 les plus-values de cession d'usufruit temporaire comme des revenus de droit commun.

Ainsi les lecteurs pourront apprécier l'opportunité de l'acquisition de la nue-propriété d'un immeuble, par des investisseurs particuliers résidents ou non-résidents souhaitant développer leur patrimoine immobilier sans alourdir leur charge fiscale à court terme, que ce soit au titre de l'impôt sur le revenu ou au titre de l'ISF. Ils accompagneront lesdits investisseurs dans l'identification du redevable légal de la taxe foncière en cas de démembrement du droit de propriété. Il apparaît en effet que dans certains cas de démembrement du droit de propriété, la loi a tranché la question de l'identité du redevable légal de l'impôt foncier. Il en va ainsi pour l'usufruitier, l'emphytéote ou le preneur d'un bail à réhabilitation ou à construction qui sont expressément visés à l'article 1400 du Code général des impôts.

Ils ne pourront que constater la complexité du traitement en matière de TVA des droits démembrés depuis que la loi de réforme de la TVA immobilière du 9 mars 2010 a fait passer les droits réels immobiliers du régime des prestations de services à celui de l'immeuble auquel ils se rattachent.

Nous exposerons également, dans le contexte propre aux investissements immobiliers, les principales difficultés afférentes à l'identification du redevable de l'impôt et à la détermination du revenu imposable dans des situations courantes telles que la cession de titres de sociétés immobilières ou la constitution d'un usufruit temporaire.

Actualité oblige, nous consacrerons un article à la réforme de la fiscalité des terrains à bâtir et examinerons si les mesures prévues dans le projet de loi de finances pour 2015 sont de nature à permettre une libération rapide et massive du foncier constructible.

Trois articles juridiques de fond permettront enfin à nos lecteurs de prendre connaissance, d'une part, des nombreuses interrogations que suscitent le décret d'application de la loi «Pinel» du 3 novembre 2014 et l'arrêt de la Cour de cassation du 24 septembre 2014 qui a jugé qu'en matière de bail à construction, la clause qui soumet la cession à l'agrément du bailleur constitue une restriction au droit de céder du preneur contraire à la liberté de cession et est donc nulle et de nul effet, d'autre part, des conséquences découlant de l'article 6 I et II de la loi 2014-626 qui répute non écrites les clauses contraires aux règles d'ordre public du statut des baux commerciaux, rendant de fait toute action à leur encontre imprescriptible.

Bonne lecture et très bonnes fêtes de fin d'année de la part de toute l'équipe rédactionnelle.

Richard Foissac, avocat associé

Cessions de biens démembres : comment déterminer le redevable de l'impôt et l'assiette imposable ?

Les mesures fiscales de ces dernières années n'ont pas permis de trancher certaines difficultés rencontrées en cas de cession de biens démembres ; de nouvelles sont même apparues. Nous présentons ici les principaux écueils fréquemment rencontrés.



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



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

Qu'il s'agisse de réformer ou de lutter contre l'optimisation fiscale, le régime d'imposition des plus-values réalisées par des personnes physiques a connu de nombreuses modifications, parfois votées sans examen préalable approfondi.

Le législateur aurait pu saisir l'occasion de lever certaines interrogations pesant sur le traitement d'opérations de cessions de biens démembres ; nous constatons à l'inverse l'émergence de nouvelles problématiques. Nous nous proposons de rappeler, dans le contexte propre aux investissements immobiliers, les principales difficultés afférentes à l'identification du redevable de l'impôt et à la détermination du revenu imposable dans des situations courantes telles que la cession de titres de sociétés immobilières ou la constitution d'un usufruit temporaire. Les principes exposés sont, sauf exception, transposables aux prélèvements sociaux.

Cession de titres de sociétés immobilières assujetties à l'impôt sur les sociétés¹

Une jurisprudence établie² permet de définir le redevable de l'impôt établi dans les conditions visées aux articles 150-0 A et suivants du Code général des impôts (CGI).

En cas de cession isolée de l'usufruit ou de la nue-propriété d'un bien, le redevable de l'impôt est, logiquement, le cédant.

En cas de cession de la pleine propriété réalisée conjointement par l'usufruitier et le nu-propriétaire, l'impôt est alors dû :

– par l'usufruitier et le nu-propriétaire, à proportion de leurs droits, si le produit de la vente est

réparti entre eux³ ;

– par le nu-propriétaire si le produit de la vente est remployé dans un bien démembre⁴ ;

– par l'usufruitier s'il bénéficie d'un quasi-usufruit sur le produit de la vente⁵.

Dans ces deux dernières situations, ces principes⁶ désignent le redevable de l'impôt mais les règles relatives à son assiette n'intègrent qu'imparfaitement les caractéristiques des droits cédés.

L'administration fiscale a proposé des solutions quant à la détermination du prix de revient des biens cédés⁷, mais ces commentaires ne fixent pas la réglementation applicable.

En outre, la réglementation ne précise pas si le revenu imposable doit être déterminé distinctement pour les droits d'usufruit et de nue-propriété ou bien si ce

revenu doit être déterminé globalement au titre de l'ensemble des droits portant sur le bien cédé. Prenons l'exemple de l'annulation par une société d'une partie de ses propres titres démembres à la suite de la donation de leur nue-propriété, les donateurs-fondateurs s'étant réservé l'usufruit. Si la société dispose de réserves importantes, les sommes réparties à ses associés dans le cadre de la liquidation constitueront pour l'essentiel des revenus distribués au sens des dispositions de l'article 112 du CGI.

Au titre de la nue-propriété, la valeur de donation permettra de limiter le montant du revenu imposable conformément aux dispositions de l'article 161 du CGI ; une moins-value pourrait même, selon le cas, être constatée.

S'agissant de l'usufruit⁸, le prix de revient retenu sera limité à une quote-part de l'investissement initial. Le boni de liquidation, en principe im-

«L'administration fiscale a proposé des solutions quant à la détermination du prix de revient des biens cédés, mais ces commentaires ne fixent pas la réglementation applicable.»

sable selon le régime des dividendes, pourrait être limité s'il est admis de tenir compte du prix de revient global des droits démembrés et notamment, des droits de mutation supportés lors de la transmission de la nue-propriété.

Dans de telles situations, les parties à la cession auront intérêt à examiner par anticipation l'opération envisagée et à mettre en œuvre les modalités permettant de retenir la solution la plus favorable.

Cession d'immeubles ou de parts de SCI non IS*

Depuis la réforme de 2004, les plus-values de cession d'immeubles ou de parts de sociétés immobilières non assujetties à l'impôt sur les sociétés sont soumises à une imposition proportionnelle et quasi libératoire.

Vis-à-vis de l'Administration, l'impôt est davantage afférent au bien cédé qu'aux cédants et elle se préoccupe peu de la répartition de la charge fiscale entre les intéressés.

La contribution exceptionnelle de 3 % ou 4 % visée à l'article 223 sexies du CGI impose toutefois, en cas de cession d'un bien démembré, de déterminer si la plus-value réalisée sera rattachable à l'usufruitier ou au nu-propriétaire¹⁰.

Les principes précités pourraient être transposés mais, en l'absence de jurisprudence arrêtée, des doutes persistent, selon les situations, sur l'analyse à retenir en fonction des circonstances.

Les parties à la cession trouveront ici encore intérêt à procéder à un examen circonstancié de leur projet afin de retenir les modalités optimales de mise en œuvre.

Première cession à titre onéreux d'un usufruit temporaire

Le législateur a souhaité s'opposer aux opérations d'optimisation consistant à céder l'usufruit temporaire de biens (immeubles ou parts de SCI notamment) tout en bénéficiant en particulier du régime des plus-values immobilières (potentiellement exonérées selon la durée de détention des biens) au lieu de percevoir des revenus relevant de l'imposition au barème progressif.

Le nouvel article 13-5 du CGI vise dans ce but à soumettre à l'impôt progressif, sans préjudice des prélèvements sociaux, «le produit résultant de la première cession à titre onéreux d'un même usufruit temporaire».

En l'absence de précisions sur la détermination de l'assiette imposable, ces dispositions pourraient rendre imposable le prix (ou la valeur) de

cession de l'usufruit, sous déduction des seules charges liées à la cession.

Cette rigueur ne semble pas légitime dès lors que l'opération bénéficie généralement à l'acquéreur et non au cédant de l'usufruit (bien qu'ils soient parfois liés), d'autant que l'Administration entend interpréter extensivement ce dispositif. Elle vise ainsi en particulier¹¹ la cession concomitante à deux cessionnaires de l'usufruit temporaire et de la nue-propriété ; elle reconnaît pourtant que l'usufruit n'a alors pas vocation à

revenir au cédant, circonstance qui constitue le fondement principal de l'assimilation du produit de cession à la perception anticipée de revenus futurs.

Ces deux analyses, si elles devaient perdurer, conduiraient à des conséquences qui nous paraissent devoir être dénoncées. Le cédant n'optimise en effet en rien sa situation fiscale mais se trouverait alors imposé :

– à un taux nettement plus élevé, pour ce qui est de la cession de l'usufruit, que s'il avait cédé la pleine propriété du bien¹² ;

– et sur un revenu partiellement fictif, supérieur au profit réalisé en cas de cession de la pleine propriété du bien ; en effet, le produit de cession de l'usufruit temporaire ne serait minoré que des charges liées à la cession sans que la fraction du prix d'acquisition du bien afférente à ce droit ne soit prise en considération, la plus-value rattachable à la cession de la nue-propriété n'étant minorée qu'à hauteur de la fraction correspondante du prix d'acquisition.

Des distorsions similaires ou complémentaires apparaissent également dans des situations aussi légitimes que des opérations d'apport de biens démembrés.

Ce dispositif s'avère certes dissuasif mais les cibles ont été incorrectement identifiées et le législateur comme l'Administration devraient prendre conscience des obstacles mis sans motif à la réalisation d'opérations économiquement justifiées.

Les parties se trouveront dès lors avisées de manipuler avec précaution la constitution d'un usufruit pour éviter qu'elle ne conduise à des conséquences lourdes et difficilement réparables. ■

«Cette rigueur ne semble pas légitime dès lors que l'opération bénéficie généralement à l'acquéreur et non au cédant de l'usufruit.»

1. Sous réserve des cessions d'un premier usufruit temporaire, voir paragraphe ci-après.

2. Elle remonte en particulier à une décision du Conseil d'Etat du 28 octobre 1966, n° 68280.

3. Voir, notamment, Conseil d'Etat, 30 décembre 2009, n° 307165.

4. Voir, notamment, CAA Paris 3 février 2000, n° 96-339.

5. Voir, notamment, Conseil d'Etat, 8 novembre 1967, n° 69696.

6. Repris par l'Administration, BOI-RP-PM-PVBMI-20-10-20-60.

7. Ibidem.

8. Si le démembrement est postérieur au 3 juillet 2001, les règles antérieures étant plus favorables.

9. Cf. note 1.

10. Une problématique de même nature préexistait en matière de plafonnement d'ISF ou de bouclier fiscal.

11. Réponse ministérielle Lambert, Assemblée nationale, 2 juillet 2013, n° 15540.

12. Taux marginal de 64,5% si l'on tient compte de la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus à comparer avec un taux marginal de 38,5%, après abattements pour durée de détention.

Aspects réglementaires autour du démembrement de titres financiers

Si le régime de commercialisation des titres financiers n'est a priori pas impacté par une offre des titres en démembrement, les prestataires et intermédiaires impliqués dans cette offre doivent toutefois veiller à fournir à l'investisseur une information claire, précise et non trompeuse et disposer des agréments requis.



Par **Alexandre Marion**, avocat spécialisé dans les services financiers. Il conseille notamment des entreprises commerciales et industrielles ou des sociétés de gestion dans les aspects réglementaires de la structuration de fonds immobiliers. alexandre.marion@cms-bfl.com

Dans le cadre d'une gestion patrimoniale dynamique et/ou successorale, un investisseur peut avoir intérêt à démembrer les titres financiers qu'il détient ou en acquérir en démembrement.

Dans le premier cas, il en conserve l'usufruit et transmet à ses héritiers la nue-propriété.

Dans le second, il acquiert la seule nue-propriété, en offrant à un autre investisseur souhaitant profiter des revenus stables et réguliers associés à ces titres la possibilité d'acquérir temporairement l'usufruit, dans le cadre d'une convention de démembrement limitée dans le temps.

En cas d'acquisition de titres en nue-propriété, il peut – lorsque certaines conditions sont réunies – limiter temporairement sa base d'imposition à l'impôt de solidarité sur la fortune

et l'impôt sur le revenu, tout en se garantissant, à la fin de la période de démembrement, la disponibilité des titres financiers «remembrés», avec leur liquidité et leurs droits financiers retrouvés.

Du point de vue du prestataire ou de l'intermédiaire qui répond aux aspirations de ces investisseurs, voire qui les anticipe, la prudence s'impose compte tenu des services réglementés potentiellement rendus à l'occasion de cette offre de titres financiers en démembrement.

En particulier, selon que le prestataire ou l'intermédiaire est associé ou non à l'émission de titres financiers, les services potentiellement rendus sont soumis à agrément et incluent le démarchage bancaire et financier. S'agissant des services d'investissement potentiellement rendus, qui dépendent parfois de la nature des titres financiers ou des modalités de leur acquisition par l'investisseur, on peut citer la prise ferme, le placement, la réception-transmission d'ordres pour compte de tiers ou leur exécution, voire la négociation pour compte propre, ainsi que le conseil en investissement, si le

titre financier a été suggéré par le prestataire ou l'intermédiaire.

Sans reprendre l'ensemble des situations où ces services d'investissement seront rendus, on peut évoquer le service d'exécution d'ordres. Il y aura notamment prestation d'un tel service lorsque le prestataire ou l'intermédiaire anime un marché secondaire sur le titre démembré pour offrir de la liquidité à l'investissement de son client : il pourrait en effet être amené à s'engager auprès de l'investisseur à lui trouver un acquéreur si ce dernier souhaite céder ses parts démembrées. Il pourrait aussi

s'engager auprès d'un prospect à trouver un vendeur de titres financiers démembrés.

Par ailleurs, même si la loi Hamon du 17 mars 2014 a exclu les titres financiers du régime des biens divers, on peut se demander si l'offre organisée de l'usufruit associé au démembre-

ment s'analyse comme une commercialisation de «biens divers», soumise au visa de l'Autorité des marchés financiers (AMF). Il nous semble que certains arguments juridiques militent pour considérer que le démembrement de titres financiers n'atteint pas la nature des titres offerts.

En revanche, ce démembrement nous semble impacter le devoir de conseil dû à l'investisseur. A fortiori, lorsque les titres financiers d'origine ont la qualité de «produits d'épargne» au sens que l'AMF attribue à cette expression, le prestataire ou l'intermédiaire veillera à informer correctement l'investisseur des risques associés à cet investissement, particulièrement sur la faible liquidité de celui-ci, compte tenu de la période de démembrement fixée.

Le prestataire ou l'intermédiaire habilité veillera enfin à se conformer aux exigences en matière de rémunération, notamment sur la transparence qu'il doit à l'investisseur, en accord avec les textes transposant la Directive MIF et bientôt la Directive MIF 2. ■

«Ce démembrement semble impacter le devoir de conseil dû à l'investisseur.»

De la nécessité d'identifier le redevable légal de la taxe foncière en cas de démembrement du droit de propriété

La nature a horreur du vide... et le fisc aussi. C'est pourquoi en toute circonstance et sauf à ce qu'une exonération s'applique, un immeuble, qu'il soit bâti ou non bâti, est imposable à la taxe foncière. Ceci étant acquis, reste à identifier, du propriétaire au locataire, à l'emphytéote, au crédit-preneur, à l'usufruitier, etc., qui est le débiteur légal de l'impôt.

L'article 1400 du Code général des impôts prévoit expressément que la taxe foncière est due par le propriétaire du bien au 1^{er} janvier de l'année

d'imposition. Ainsi, dans le cas d'un crédit-bail immobilier ou d'un bail ordinaire, le propriétaire des locaux reste celui au nom duquel l'impôt foncier est mis en recouvrement et ce, quelle que soit la rédaction du contrat. En effet, la jurisprudence et la doctrine administrative s'accordent sur une application stricte de l'article 1400 refusant d'inscrire au rôle des personnes ayant prévu contractuellement de payer la taxe foncière. Néanmoins, ces dispositions conventionnelles conservent toute leur portée entre les parties.

Dans certains cas de démembrement du droit de propriété, la loi a tranché la question de l'identité du redevable légal de l'impôt foncier. Tel en est ainsi pour l'usufruitier, l'emphytéote ou le preneur d'un bail à réhabilitation ou à construction qui sont expressément visés à l'article 1400, pour autant, faut-il le noter, que les actes constatant ces démembrements ont été publiés au Service des hypothèques par le notaire qui les a établis.

A défaut pour l'article 1400 de viser toutes les situations possibles, la jurisprudence et la doctrine administrative ont notamment dû trancher la question du redevable dans des contextes spécifiques mais pourtant classiques.

Ainsi, lorsque le locataire vient à réaliser, sur l'immeuble qu'il loue, des constructions ou amélio-

rations par ailleurs comptabilisées dans ses immobilisations, la détermination du débiteur légal de l'impôt dépend de la rédaction du bail. Dans l'hypothèse où il est indiqué que les constructions reviennent sans indemnité au bailleur à l'issue du contrat, ce dernier doit seul être imposé tant sur le terrain que sur les bâtiments. Inversement, s'il est prévu que les constructions/améliorations reviennent contre indemnité au propriétaire ou qu'elles doivent être enlevées au terme du bail, la taxe foncière est partagée entre

le bailleur, à raison du sol et des constructions initiales, et le locataire au titre des édifications qu'il a réalisées. En outre et en cas d'acquisition, dans un ensemble immobilier, d'un lot d'une copropriété donnant droit à la jouissance privative d'un terrain, à la propriété des constructions bâties sur celui-ci et à une quote-part des parties communes, il a été jugé que l'acquéreur,

n'étant pas propriétaire du terrain, n'est pas le redevable de la taxe foncière y afférente. Toutefois et contractuellement, le propriétaire du sol et les acquéreurs des droits en volumes peuvent, même avant l'achèvement des constructions, convenir que l'impôt foncier relatif au terrain sera supporté, selon une clé de répartition à définir, par les acquéreurs.

Dès lors que diverses obligations déclaratives incombent au redevable légal de la taxe foncière (surface ou prix de revient des biens fonciers taxables), la question de son identité ne doit pas être négligée. Par ailleurs, c'est de la parfaite maîtrise de ce sujet en amont d'une opération ou d'un contrat que dépendra l'opportunité ou non de rédiger des clauses particulières. Enfin, précisons que ces diverses observations sont transposables à la taxe sur les locaux situés en Ile-de-France. ■

«La jurisprudence et la doctrine administrative ont dû trancher la question du redevable dans des contextes spécifiques.»



Par **Vanessa Chiffert**, avocat spécialisé en fiscalité locale. Elle intervient tant en matière de conseil et d'assistance que de contentieux dans les questions relatives aux impôts directs locaux, qu'il s'agisse de taxe foncière, taxe professionnelle, CFE, CVAE, taxe d'habitation et taxe sur les locaux en Ile-de-France.
vanessa.chiffert@cms-bfl.com

L'investissement immobilier en nue-propriété : pour quel profil d'investisseurs ?

L'acquisition de la nue-propriété d'un immeuble est un investissement attractif pour les investisseurs particuliers souhaitant développer leur patrimoine immobilier sans alourdir leur charge fiscale à court terme, que ce soit au titre de l'impôt sur le revenu ou au titre de l'ISF. L'opportunité d'un tel investissement doit toutefois être analysée au regard de la situation personnelle de chaque investisseur, en ce compris son lieu de résidence fiscale.



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

Longtemps cantonné à la gestion d'un patrimoine immobilier dans un cadre familial, le démembrement de propriété est devenu ces dernières années un moyen d'investissement immobilier rencontrant un succès grandissant, notamment en raison de l'évolution de la fiscalité des particuliers. Le principe d'un tel investissement est le suivant : un particulier acquiert la nue-propriété d'un bien en bénéficiant d'une décote fréquemment comprise entre 40 % et 50 % de la valeur vénale de l'immeuble tandis que l'usufruit est confié à un bailleur institutionnel pour une durée généralement comprise entre 15 et 20 ans. L'investisseur ne perçoit aucun loyer au cours de la période d'usufruit temporaire, mais récupère à son terme la pleine propriété du bien sans coût supplémentaire.

L'intérêt fiscal de l'investissement en nue-propriété est lié à l'absence d'imposition pendant la période de démembrement.

En premier lieu, l'investisseur nu-propriétaire ne perçoit aucun revenu foncier taxable à l'impôt sur le revenu. Corrélativement, il ne peut déduire aucune charge afférente à cet investissement, sauf lorsque l'usufruit est confié à un bailleur social. En effet, souhaitant développer l'offre de logements sociaux tout en limitant les engagements financiers des organismes d'HLM, le législateur a mis en place un régime de faveur permettant à l'investisseur, dans une telle situation, de déduire les intérêts afférents à l'acquisition de la nue-propriété dans la catégorie des revenus fonciers (article 31,

I-1°-d du CGI). Partant, lorsque la nue-propriété est acquise par emprunt, ce dispositif permet à un particulier disposant par ailleurs d'investissements immobiliers productifs de revenus fonciers de minorer ses revenus imposables.

En second lieu, la valeur de la nue-propriété n'entre pas dans l'assiette taxable de l'ISF (article 885 G du CGI), sauf dans certaines conditions si l'investisseur acquiert la nue-propriété

auprès d'un propriétaire conservant l'usufruit, ce qui ne sera pas le cas en principe pour de tels investissements. Toutefois, et ce depuis l'ISF 2013, la dette éventuellement contractée pour l'acquisition de la nue-propriété n'est plus déductible de l'assiette imposable, diminuant ainsi un avantage fiscal qui reste néanmoins tangible.

Enfin, l'usufruitier est seul redevable de la taxe foncière (article 1400, II du CGI).

L'intérêt fiscal de l'investissement n'est en outre pas limité à la période

d'usufruit temporaire. En effet, en cas de cession de l'immeuble dont l'investisseur sera devenu l'entier propriétaire, ce dernier pourra bénéficier d'une méthode avantageuse de calcul de la plus-value imposable. En premier lieu, l'administration fiscale admet de retenir comme prix d'acquisition du bien la valeur vénale de la pleine propriété de l'immeuble à la date d'acquisition de la nue-propriété, le gain résultant de la décote dont a bénéficié l'investisseur sur le prix d'acquisition de la nue-propriété échappant ainsi à l'impôt. En second lieu, l'abattement pour durée de détention sur les plus-values immobilières est décompté à partir de l'acquisition de la nue-propriété.

L'acquisition de la nue-propriété d'un bien situé en France peut également être envisagée par

«L'intérêt fiscal de l'investissement en nue-propriété est lié à l'absence d'imposition pendant la période de démembrement.»

un investisseur non résident. Ce dernier sera généralement soumis en France aux mêmes règles d'imposition qu'un résident, la plupart des conventions fiscales internationales attribuant à la France le droit d'imposer les revenus, les plus-values et la fortune résultant de la détention d'immeubles situés en France.

Pour un non-résident, la question cruciale est de savoir si le régime fiscal de son pays de résidence ne vient pas supprimer ou réduire l'avantage

offert par les règles fiscales françaises. L'analyse portera principalement sur l'impôt sur le revenu car rares sont les Etats à avoir maintenu un impôt sur la fortune. Elle devra être faite, de façon classique, à la fois au regard du droit interne du pays considéré et, le cas échéant, au regard de la convention fiscale signée entre la France et le pays étranger.

En droit local, il se peut que les personnes physiques résidentes de l'Etat étranger en cause bénéficient d'un

régime de territorialité sur les revenus qu'elles perçoivent. Dans cette hypothèse, les revenus et plus-values perçus dans un autre Etat (en l'espèce la France) ne seraient pas imposables dans l'Etat étranger (sous réserve, le cas échéant, du non-rapatriement des sommes). Dans ce cas, l'avantage fiscal accordé par la France jouerait à plein.

Si le droit local n'exclut pas l'imposition des revenus immobiliers de source française, il sera également nécessaire d'examiner les stipulations de la convention fiscale éventuellement applicable, et notamment, la clause d'élimination de la double imposition. En synthèse, deux cas de figure peuvent alors se présenter :

- soit la convention attribue le droit d'imposer exclusivement à la France et elle fera échec à toute nouvelle taxation par l'Etat de résidence étranger (par le biais d'une clause d'exonération ou d'un crédit d'impôt égal à l'impôt étranger) ;
- soit la double imposition est éliminée par l'attribution, par l'Etat de résidence, d'un crédit d'impôt égal à l'impôt payé en France. Dans ce cas, et en fonction des règles d'imposition locales, l'avantage fiscal accordé par la France risque d'être réduit, voire annulé, par l'imposition étrangère. En particulier, on peut douter de la reprise, en droit

fiscal étranger, de la tolérance de l'administration française qui admet de retenir comme prix d'acquisition du bien la valeur vénale de la pleine propriété de l'immeuble à la date d'acquisition de la nue-propriété.

L'intervention d'un conseil en fiscalité locale est donc absolument nécessaire afin de déterminer la qualification qui est donnée et le traitement qui est appliqué aux revenus et plus-values afférents à un bien immobilier dont, d'une part, la

propriété est démembrée et qui, d'autre part, se situe en France.

De manière générale, le régime fiscal de l'investissement en nue-propriété apparaît, à l'heure actuelle, incontestablement attractif. L'investisseur devra néanmoins intégrer qu'il s'agit d'un investissement de long terme, qui n'est pas immédiatement productif de revenus et n'a pas vocation à dégager rapidement une plus-value, et dont la fiscalité peut naturellement

se trouver modifiée en fonction de l'évolution de la législation ou de la résidence fiscale de l'investisseur. L'investissement en nue-propriété mérite donc une réflexion attentive, l'investisseur devant en analyser l'opportunité au regard des possibles évolutions de sa situation personnelle, financière et géographique. ■

«Pour un non-résident, la question cruciale est de savoir si le régime fiscal de son pays de résidence ne vient pas supprimer ou réduire l'avantage offert par les règles fiscales françaises.»

Les clauses incompatibles avec le bail à construction : la qualification du contrat supplante désormais la clause



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

Le bail à construction confère au preneur un droit réel immobilier spécial sur un immeuble ; les libres hypothèques et cessions, la liberté de consentir certaines servitudes, le caractère saisissable, la propriété des constructions édifiées en découlent directement. Corrélativement, c'est au preneur qu'il incombe de conserver les constructions édifiées en bon état d'entretien et de supporter les charges et réparations. Jusqu'alors, les clauses contrevenant à ces caractéristiques essentielles entraînaient la disqualification en bail ordinaire ou, le cas échéant, commercial statutaire.

Sur ces différents points, rien ne semblait devoir différencier le bail à construction du bail emphytéotique¹ ; c'est pourquoi les solutions affirmées en matière de bail emphytéotique ont toujours été considérées comme transposables, *mutatis mutandis*, au bail à construction.

Toute stipulation organisant (solidarité par exemple), limitant² ou prohibant la cession d'un bail emphytéotique entraînait sa disqualification³. Il en était de même si le bailleur prévoyait de se substituer au preneur et faisait exécuter les réparations⁴. Enfin, la Cour de cassation affirmait que

la stipulation d'une clause de résiliation de plein droit de l'emphytéose en cas de non-paiement du loyer conférait à la jouissance de l'emphytéote une précarité incompatible avec la constitution d'un droit réel⁵ et entraînait la disqualification du contrat.

Un arrêt récent vient bouleverser cet ordonnement en affirmant que le bail à construction conférant au preneur un droit réel immobilier, la clause qui soumet la cession à l'agrément du

bailleur constitue une restriction au droit de céder du preneur contraire à la liberté de cession et elle est nulle et de nul effet (Cass. 3^e civ. 24 septembre 2014 n^o 13-22 357 [n^o 1082 FS-PB], Carrefour c/ SCI Synergie HM).

La Cour de cassation adopte ainsi une interprétation large de la liberté de cession édictée par l'article L. 251-3 du CCH, lequel est d'ordre public (art. L. 251-8), mais fait surtout désormais prévaloir la qualification du contrat sur les clauses incompatibles et neutralise ces dernières en conséquence, rompant avec la jurisprudence antérieure rappelée plus haut.

Ce revirement suscite plusieurs interrogations :
– la sanction de la clause limitant irrégulièrement la cession différerait-elle désormais, selon qu'elle

est insérée dans un bail à construction (nullité de la clause) ou dans un bail emphytéotique (disqualification du bail), sachant que pour ce dernier la libre cession n'est pas d'ordre public ? Est-elle au contraire nulle dans les deux cas ? La très grande proximité des situations contractuelles semble devoir militer en faveur d'une réponse positive à cette dernière question ;
– la sanction de la clause limitant irrégulièrement la cession est-elle aussi susceptible de s'appliquer aussi aux clauses d'un bail à construction qui ne sont pas d'ordre public mais

sont considérées comme essentielles en raison du caractère de droit réel immobilier (libre location, libre hypothèque, obligation d'entretien et de réparation, etc.) ? ■

La Cour de cassation (...) fait désormais prévaloir la qualification du contrat sur les clauses incompatibles et neutralise ces dernières en conséquence, rompant avec la jurisprudence antérieure.»

1. A l'exception de la stipulation d'une destination des constructions contractuelles, jugée valable en matière de bail à construction (Cass. civ. 3^e, 7 avril 2004).

2. Un bail non librement cessible ne peut pas être emphytéotique, compte tenu du caractère essentiel présenté par la libre cession dans un tel contrat – V. Cass. 3^e civ. 10-4-1991 : RJDA 6/91 n^o 471 et Cass. civ. 3^e, 29 avril 2009 n^o 08-10.944 jurisdata 2009-047969.

3. V. *supra* note 2.

4. Cass. 3^e civ. 7 octobre 1992 : RJDA 12/92 n^o 1113.

5. 3^e civ. 14 novembre 2002, n^o 1655 : RJDA 2/03 n^o 124.

Régime de TVA applicable aux droits réels immobiliers démembrés : les complexités de la nue-propriété

Le régime des droits réels immobiliers a été profondément remanié par la loi de réforme de la TVA immobilière du 9 mars 2010 qui, au plan de la TVA, les a fait passer du régime des prestations de services à celui de l'immeuble auquel ils se rattachent. Cette assimilation peut conduire à un régime complexe, notamment au niveau du nu-proprétaire.

L'article 257 du Code général des impôts (CGI) assimile les droits réels immobiliers (à l'exception des locations résultant de baux qui confèrent un droit de jouissance) à des biens corporels, qui suivent le régime du bien immeuble auquel ils se rapportent. Cette disposition vise donc les droits réels démembrés (nue-propriété, usufruit, etc.), le droit de construire attaché à un terrain (droit de surélévation, servitude, etc.), ou même un droit réel conférant simplement le bénéfice d'une jouissance spéciale du bien, distinct du droit d'usage et d'habitation. Il résulte donc de l'article 257 que la constitution ou la cession de ces droits réels suit le régime de l'immeuble auxquels ils se rattachent : TVA applicable de plein droit s'il s'agit d'un immeuble achevé depuis moins de cinq ans, exonération avec possibilité d'option si l'immeuble est achevé depuis plus de cinq ans. La cession, par un promoteur à des investisseurs, de l'usufruit ou de la nue-propriété d'un immeuble neuf est assimilée à la cession de l'immeuble auxquels ils se rapportent.

La cession portant sur un immeuble achevé depuis moins de cinq ans est donc de plein droit passible de la TVA sur le prix total de vente. De plus l'acquéreur est redevable de la taxe de publicité foncière de 0,715 %.

L'usufruitier peut récupérer la TVA qui grève son acquisition dans les conditions de droit commun, c'est-à-dire s'il utilise l'immeuble pour réaliser des opérations soumises à TVA (location assujettie à la TVA...).

En revanche, la personne qui acquiert la nue-propriété de l'immeuble ne peut, elle-même, récupérer la TVA y afférente, faute, selon l'administration fiscale, d'utiliser la nue-propriété pour la réalisation d'opérations économiques soumises à la TVA. Toutefois, l'administration fiscale admet que le nu-proprétaire peut transmettre cette taxe, au moyen d'une attestation, à l'usufruitier pour que

ce dernier la récupère, à la condition que l'immeuble soit immobilisé tant au niveau de l'usufruitier que du nu-proprétaire, et que les parties se situent dans des conditions analogues à celles de l'article 207-III-3 de l'annexe II au CGI.

La référence à cette disposition pose problème, puisqu'elle suppose que, non seulement l'usufruitier utilise l'immeuble pour la réalisation d'une activité économique, mais également le nu-proprétaire, ce qui écarte la possibilité de transfert lorsque le nu-proprétaire est un non-assujetti. Cette précision est également difficilement conciliable avec l'affirmation précédente de l'administration fiscale selon laquelle le nu-proprétaire n'affecte pas son droit réel à une activité économique. Les hypothèses dans lesquelles la TVA est transférable par le nu-proprétaire à l'usufruitier devraient donc être clarifiées par l'administration fiscale, afin d'éliminer toute source d'incertitude. Par ailleurs, les parties devront régler contractuellement les modalités selon lesquelles

l'usufruitier reversera au nu-proprétaire la TVA récupérée pour son compte, ainsi que les modalités de reversement de la TVA par le nu-proprétaire à l'usufruitier dans l'hypothèse où des régularisations seraient exigibles.

Enfin, que se passe-t-il en cas de revente de la nue-propriété dans le délai de cinq ans de l'achèvement de l'immeuble ?

En d'autres termes, le nu-proprétaire peut-il revendre la nue-propriété dans le cadre d'une activité économique ?

La réponse est assurément négative s'il s'agit d'un particulier. Mais la réponse n'est pas non plus assurée si le nu-proprétaire est par ailleurs un assujetti, puisque nous avons vu que l'administration fiscale considère qu'il n'agit pas en tant que tel en investissant dans la nue-propriété d'un immeuble... ■



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

«Les hypothèses dans lesquelles la TVA est transférable par le nu-proprétaire à l'usufruitier devraient être clarifiées par l'administration fiscale, afin d'éliminer toute source d'incertitude.»

Fiscalité des particuliers : le plan de relance du logement permettra-t-il une libération rapide et massive du foncier constructible ?

Les députés ont pris conscience du fait que la définition restrictive des terrains à bâtir allait restreindre les possibilités de bénéficier des mesures incitatives mises en place mais l'amendement adopté subordonne l'extension de l'avantage à des conditions strictes.



Par **Agnès Rivière-Durieux**,
avocat conseil en fiscalité
spécialisé dans les questions
d'impôts sur le revenu et sur les
sociétés, notamment liées
à l'immobilier.
agnes.riviere-durieux@cms-bfl.com

Estimant que l'exonération des plus-values sur terrains à bâtir au terme de 30 ans de détention favorise la rétention spéculative, le plan de relance du logement annoncé cet été par le Premier ministre et dont les dispositions – pour certaines déjà en vigueur – sont incluses dans le projet de loi de finances pour 2015 prévoit l'alignement du régime applicable aux plus-values sur terrains à bâtir sur celui des immeubles bâtis qui, par le jeu des abattements, sont exonérées d'impôt sur le revenu après 22 ans de détention et de prélèvements sociaux au terme de 30 ans de détention.

En vue d'encourager une cession massive et rapide des terrains constructibles, le plan prévoit également :

– l'institution d'un abattement exceptionnel de 30 % pour les cessions de terrains à bâtir précédées d'une promesse de vente ayant acquis date certaine entre le 1^{er} septembre 2014 et le 31 décembre 2015 sous réserve que le cessionnaire ne soit pas lié au cédant et que la cession intervienne au plus tard le 31 décembre de la deuxième année suivant celle de la promesse ;

– un abattement de 100 000 euros en cas de donation entre vifs de terrains à bâtir constatée par un acte authentique signé entre le 1^{er} janvier 2015 et le 31 décembre 2015 si le donataire s'engage à réaliser des logements neufs dans un délai de quatre ans à compter de l'acte.

Pour l'application de ces dispositions, les terrains à bâtir sont ceux définis au 1^o du 2 du I de l'article 257 du Code général des impôts : il s'agit donc des terrains à bâtir au sens de la TVA sur les opérations

immobilières.

Or seul peut constituer un terrain à bâtir un terrain qui ne comporte aucune construction incorporée au sol, sous réserve que cette construction se trouve en

état d'être utilisée en tant que telle pour un usage quelconque.

Au sens de la TVA, un terrain supportant une construction ne peut être qualifié de terrain à bâtir et ce, même si cette construction est destinée à être démolie par l'acquéreur.

En l'état du projet de texte déposé par le gouvernement, de nombreuses cessions de terrains destinés pourtant à la construction d'immeubles neufs n'auraient pas été considérées comme portant sur des terrains à bâtir, privant non seulement le cédant du bénéfice de l'abattement exceptionnel de 30 % sur la plus-value ou de l'abattement sur les droits en cas de donation mais attrayant de surcroît la cession dans le champ d'application de la taxe sur les plus-values immobilières élevées.

Conscients de la difficulté, les députés ont adopté un amendement étendant l'abattement de 30 % aux cessions d'immeubles situés dans des communes appartenant à une zone d'urbanisation continue de plus de 50 000 habitants. Mais cet abattement est subordonné à la condition que le cessionnaire s'engage à démolir les constructions existantes en vue de réaliser et d'achever, dans un délai de quatre ans à compter de l'acquisition, des locaux destinés à l'habitation dont la surface de plancher est au moins égale à 90 % de celle autorisée par le COS. En cas de manquement à cet engagement, le cessionnaire est redevable d'une amende d'un montant égal à 10 % du prix de cession.

L'adoption de cet amendement améliore de peu et prolonge dans le temps le dispositif existant qui prévoit déjà – et aux mêmes conditions strictes – l'application d'un abattement exceptionnel de 25 % aux plus-values de cession d'immeubles bâtis réalisées jusqu'au 31 décembre 2016 ayant fait l'objet d'une promesse signée avant le 31 décembre 2014.

Mais suffira-t-elle à provoquer l'onde de choc recherchée ? ■

«Un terrain supportant une construction ne peut être qualifié de terrain à bâtir et ce, même si cette construction est destinée à être démolie par l'acquéreur.»

Le décret d'application de la loi «Pinel» du 3 novembre 2014

Le décret du 3 novembre demeure porteur de nombreuses interrogations.

Lorsque le congé prévu à l'article L. 145-9¹ est donné par LR/AR, la date du congé est celle de la première présentation de la lettre (art. R. 145-1-1). En dépit du choix offert désormais entre cette forme de congé et l'acte d'huissier, le congé par voie d'huissier demeure préférable ; les exemples jurisprudentiels en matière de baux d'habitation illustrent les multiples incidents contentieux auxquels donne lieu la notification par lettre recommandée. L'article R 145-35 dispose que ne peuvent être imputés au locataire les dépenses relatives aux «grosses réparations» mentionnées à l'article 606 C.civ. ainsi que, le cas échéant, les honoraires liés à leur réalisation. La jurisprudence récente s'est écartée en matière de stipulations contractuelles d'une lecture littérale de cet article ; dès lors le décret «Pinel» vise-t-il uniquement les «grosses réparations» énumérées limitativement à l'article 606 ou telles qu'issues de la jurisprudence ? La jurisprudence raisonnera-t-elle à propos du décret de la même façon, extensive, qu'elle le faisait jusqu'alors lorsque c'était le contrat qui renvoyait à l'article 606 précité ?

Ne peuvent pas non plus être imputées au locataire les dépenses relatives aux travaux qui remédient à la vétusté ou mettent le bien loué ou l'immeuble dans lequel il se trouve en conformité avec la réglementation dès lors que ces travaux «relèvent» des grosses réparations mentionnées à l'article 606 C. civ. *A contrario*, si ces mêmes travaux imposés ne relèvent pas dudit article ils pourront être imputés conventionnellement. Il semble que le terme «relèvent» doive s'entendre comme «affectent les éléments objets» ; là, la terminologie est incertaine, voire inadaptée. Les travaux de mise aux normes d'accessibilité aux handicapés seront, selon les opérations nécessaires, non répercutables ou répercutables seulement partiellement.

Le remboursement des honoraires acquittés par le

bailleur au titre de la gestion des loyers du local ou de l'immeuble faisant l'objet du bail est aussi prohibé. Sont seuls visés les honoraires d'administration de biens relatifs à la gestion comptable, financière et administrative du loyer ; ceux de «gestion technique» et ceux des syndics de copropriété et des gestionnaires d'ASL et d'AFUL demeureront donc remboursables (hors ceux afférents à des missions liées à l'exécution de grosses réparations de l'article 606 C. civ.).

Les taxes, coûts ou charges relatifs aux locaux vacants dans l'ensemble immobilier de situation des lieux loués ne peuvent plus être mis à la charge du preneur par le bailleur.

La répartition entre les locataires des charges, des impôts, taxes et redevances et du coût des travaux

peut être l'objet de pondérations portées à leur connaissance.

Selon le dernier alinéa de l'article R. 145-35 : «Ne sont pas comprises dans les dépenses mentionnées aux 1° et 2° celles se rapportant à des travaux d'embellissement dont le montant excède le coût du remplacement à l'identique.»

Une lecture littérale conduit à déduire que, curieusement, lorsque le montant de dépenses d'embellissement² excède le coût du remplacement à l'identique, il peut être

imputé au locataire, alors que, lorsque ce montant égale ou demeure inférieur à ce coût, pareille imputation serait impossible !

Un état récapitulatif de charges doit être transmis au plus tard le 30 septembre de l'année suivante et pour les charges de copropriété dans les trois mois de leur reddition.

La portée effective du décret reste donc étroitement dépendante de l'interprétation qu'en feront la doctrine, dans un premier temps, puis la jurisprudence dans un second temps. ■

«Un état récapitulatif de charges doit être transmis au plus tard le 30 septembre de l'année suivante et pour les charges de copropriété dans les trois mois de leur reddition.»

1. Tous les articles cités (L ou R) sont ceux du Code de commerce.

2. Notion elle-même difficile à définir.

Par **Jean-Luc Tixier**, avocat associé, spécialisé en droit immobilier et droit public.
jean-luc.tixier@cms-bfl.com

Les clauses illégales des baux commerciaux statutaires sont désormais réputées non écrites

Par **Jean-Luc Tixier**, avocat associé, spécialisé en droit immobilier et droit public.
jean-luc.tixier@cms-bfl.com

Jusqu'à présent, les clauses contraires aux règles d'ordre public du statut des baux commerciaux étaient nulles (C. com. art. L. 145-15 et art. L. 145-16, al. 1). De ce fait, les actions en nullité exercées contre ces clauses étaient soumises à la prescription biennale (C. com. art. L. 145-60).

La Cour de cassation avait ainsi confirmé le caractère tardif de l'action d'un contractant sollicitant la requalification d'une location-gérance en bail commercial statutaire, car celle-ci était soumise à la prescription biennale de l'article L. 145-60 et que le délai de prescription courait à compter de la conclusion du contrat (Cass. com. 11 juin 2013, n° 12-16 103, F-P+B). Il avait été raisonné de la même manière à propos d'une demande de requalification d'un bail professionnel en bail commercial (Cass. 3^e civ., 23 nov. 2011, n° 10-24 163, Bull. civ. III, n° 199), et à propos d'une demande de requalification d'un bail emphytéotique en bail

commercial assujéti aux dispositions statutaires (CA Limoges, 10 mars 2011 : AJDI 2011, p. 694). Pour que les clauses illégales ne deviennent plus inattaquables au-delà de deux ans, la loi «Pinel» modifie la sanction attachée à ces clauses. Elles sont désormais réputées non écrites (C. com. art. L. 145-15 modifié ; loi 2014-626 art. 6, I et II-1^o). N'ayant pas d'existence, aucune prescription n'est susceptible de courir à leur égard. Rappelons que les articles L. 145-15 et L. 145-16, alinéa 1 du Code de commerce, visent les clauses qui font échec au droit au renouvellement du bail (C. com. art. L. 145-8 s.) mais aussi celles qui sont contraires aux règles édictées en matière de révision du loyer (C. com. art. L. 145-37 s.), de déspecialisation (art. L. 145-47 s.), de mise en œuvre des clauses résolutoires (C. com. art. L. 145-41) et surtout en matière de cession du bail à l'acquéreur du fonds de commerce ou de l'entreprise du preneur. ■

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 Richard Foissac, richard.foissac@cms-bfl.com

M^e Julien Saïac, 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 1295 du 1^{er} décembre 2014

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