

LA LETTRE DE L'IMMOBILIER

Lundi 11 février 2019

AU SOMMAIRE

Dossier

L'immobilier collectif

- *Coworking*, exonération d'IFI et pacte Dutreil : la nature de l'activité déterminante p. 2
- Quelles modalités d'imposition aux taxes locales pour les espaces de *coworking* ? p. 3
- Le *crowdfunding* immobilier : opportunités et perspectives p. 4
- Renouveau de l'offre hôtelière : quelles problématiques juridiques et fiscales ? p. 6
- L'OPCI, véhicule idoine d'investissement dans l'immobilier collectif ? p. 8
- Le *coworking* est-il soluble dans le droit de l'urbanisme ? p. 10
- Co-investissement et développement d'immeuble : quelles modalités de gestion du projet immobilier ? p. 12

Actualités

- Plus que jamais pour les SCI, la (juris) prudence est mère de sûreté p. 13
- Loi PACTE et baux commerciaux : solidarité inversée, clap de fin ? p. 14
- Le grand flou de la TVA sur indemnités de résiliation p. 16

C/M/S' Francis Lefebvre

Avocats

Supplément du numéro 1497
du 11 février 2019

EDITORIAL

Le «collectif» est-il désormais la source principale de l'attrait pour la pierre ? A n'en pas douter, la crise financière couplée à l'essor technologique a fait émerger de nouveaux modes de consommation. Qu'il s'agisse de logement, de travail, de loisir ou d'investissement, la co-construction d'un projet immobilier est la promesse d'une baisse des coûts, de gain d'espace et d'une synergie des expertises. Il n'en reste pas moins que ce modèle économique d'un nouveau genre suscite des interrogations, voire des craintes, qu'il est essentiel de cerner.

Les professionnels du secteur, les plus traditionnels (promoteurs immobiliers, marchands de biens, hôteliers, etc.) comme les plus innovants qui officient dans la Fintech, ont identifié de nouvelles opportunités offertes par la mutualisation. Le plus souvent, ces opportunités naissent de la combinaison d'esprits créatifs et d'une rupture légale et/ou réglementaire. Ce fut le cas en 2014 lorsque, par voie d'ordonnance, furent autorisées les plates-formes de *crowdfunding* (financement participatif ou financement par la foule) en créant une brèche dans le monopole bancaire. Une fois la méthode de la collecte éprouvée, on constate que c'est le secteur immobilier qui enregistre la plus forte croissance. Quant aux particuliers, ils ne sont pas en reste : non seulement l'immobilier collectif réduit le ticket d'entrée à l'achat mais, en plus, il ouvre la porte à des investissements diversifiés et à forte rentabilité.

Il s'agira, dans ce numéro, de *coworking*, de *crowdfunding* immobilier, de véhicules immobiliers réglementés (de type organisme de placement collectif immobilier) ou non réglementés (*joint-venture*), de *co-living* ainsi que d'hôtels hybrides ; autant d'activités qui sont en train de redéfinir le paysage urbain et l'offre d'investissement pour les entreprises, les collectivités et les particuliers.

Au plus près des préoccupations de nos clients, nous devons nous interroger sur la qualification légale de ces activités, en raisonnant parfois par analogie avec des concepts maîtrisés. La juste définition des régimes fiscaux applicables en dépend, en matière d'impôt sur la fortune immobilière (IFI), de droits de mutation, de TVA, d'impôt sur le revenu ou de taxes locales.

Notre rôle est également de rester vigilants face aux évolutions législatives et réglementaires. En effet, toute la problématique pour les pouvoirs publics tient à la nécessité d'adapter – ou non – les textes de loi à cette nouvelle économie, sans pour autant freiner la croissance du fait d'un excès de régulation.

En marge de cette thématique, l'actualité nous conduit également à nous intéresser à la loi PACTE et à son impact sur les clauses de solidarité inversée, ainsi qu'à plusieurs décisions relatives aux indemnités de résiliation en matière de TVA et concernant des sociétés civiles immobilières en matière d'impôts directs. ■

Stéphanie Némard-Attias, avocat

Coworking, exonération d'IFI et pacte Dutreil : la nature de l'activité déterminante



Par **Richard Foissac**,

avocat associé en fiscalité.

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



et **Pierre Carcelero**,

avocat associé en fiscalité.

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

Si la loi de finances pour 2019 a assoupli sur un certain nombre de points le régime dit du pacte Dutreil Transmission, elle n'a pas modifié en revanche l'obligation pour les sociétés, dont la transmission à titre gratuit des parts ou actions est recherchée et quel que soit leur régime fiscal, d'exercer une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale.

Quant à l'impôt sur la fortune immobilière (IFI), il frappe le patrimoine immobilier détenu indirectement, notamment via des sociétés, à hauteur de la fraction de leur valeur représentative de biens ou droits immobiliers détenus non affectés à l'activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale de la société qui les détient ou d'une société qui lui est liée selon certaines modalités. Sont également exonérés les actifs immobiliers nécessaires à l'exercice

de sa profession par le redevable de l'IFI et ceux affectés à l'activité d'une société dans laquelle il exerce sa profession ou dont il est dirigeant.

Dans les deux situations (transmission sous le régime du pacte Dutreil et IFI), la question de l'activité de la société et ainsi de l'affectation des immeubles à l'activité se pose en des termes quasiment identiques.

Il s'agit donc de savoir si l'activité de *coworking* est une activité commerciale (en effet, elle ne peut pas être artisanale, ni agricole, ni libérale).

L'Administration a précisé depuis longtemps certains principes¹.

Les activités professionnelles à prendre en compte s'entendent de celles qui entrent dans le champ d'application de la contribution économique territoriale.

Si les activités commerciales doivent normalement s'entendre de celles revêtant ce caractère en droit privé, il y a cependant lieu de prendre également en considération les activités qui sont regardées comme telles au sens du droit fiscal. Sous l'ancien régime des biens professionnels en matière d'impôt de solidarité sur la fortune, il était admis que présentaient un caractère commercial

les activités dont les résultats sont classés dans la catégorie des bénéfices industriels et commerciaux en application des articles 34 et 35 du Code général des impôts (CGI) et, notamment, les activités de loueurs d'établissements commerciaux ou industriels munis d'équipements nécessaires à leur exploitation. Ce principe est désormais énoncé à l'article 966 du CGI.

De ce fait, si les activités qui mettent en œuvre l'exploitation d'immeubles donnés en location, à l'état nu, par un contribuable, dans le cadre de la gestion de son patrimoine, sont considérées comme civiles, il en va différemment lorsque la location s'accompagne de la fourniture d'équipements ou de prestations.

S'agissant des loueurs d'établissements industriels ou commerciaux munis du mobilier et du matériel

nécessaires à leur exploitation, l'Administration a pu indiquer que les immeubles donnés en location doivent, pour qualifier une activité professionnelle, être dotés d'équipements qui, par leur importance et leur consistance, peuvent permettre au locataire de poursuivre l'exploitation à laquelle ils sont destinés.

Le *coworking* combine en règle générale la mise à disposition d'espaces de travail meublés et équipés et la fourniture de services qui peuvent différer selon

les cas (accueil, restauration légère, Wifi/Internet/télécommunications, etc.). Le nombre élevé d'utilisateurs n'est pas en soi le critère prépondérant².

En revanche, c'est dans la nature des prestations offertes et dans leur importance relative par rapport à la simple mise à disposition de locaux que la qualification d'une activité commerciale, le cas échéant professionnelle, doit être recherchée.

Ainsi, la multiplication des espaces de *coworking* ne doit pas faire oublier aux propriétaires des immeubles concernés qu'il convient d'offrir aux utilisateurs de véritables moyens d'exercer leurs propres activités et non un simple espace de travail plus ou moins aménagé. A défaut, l'éligibilité aux avantages susceptibles d'être revendiqués en matière d'IFI ou de droits de mutation à titre gratuit pourrait être remise en cause. ■

«C'est dans la nature des prestations offertes et dans leur importance relative par rapport à la simple mise à disposition de locaux que la qualification d'une activité commerciale [...] doit être recherchée.»

1. BOI-PAT-ISF-30-30-10-10.

2. Voir Cass. com., 18-12-1990, n° 1546 P, Feingold : RJF 2/91 n° 229.

Quelles modalités d'imposition aux taxes locales pour les espaces de *coworking* ?

Les multiples formules d'occupation des lieux dédiés au *coworking* complexifient la question de la détermination du redevable et de l'assiette.

Le développement des espaces de travail partagé ou d'immeubles dédiés au *coworking* et les multiples formules d'occupation à l'année, au mois, à la semaine, à la journée ou même à l'heure, avec ou non des services annexes payants tels que l'accès aux salles de réunion, secrétariat, reprographie, matériel de visio-conférence, restauration, etc., nécessitent pour les propriétaires et les utilisateurs de tels lieux de s'interroger sur leur imposition respective à la taxe foncière, la taxe sur les bureaux en Ile-de-France et la cotisation foncière des entreprises (CFE).

La taxe foncière, due par le propriétaire de l'immeuble, étant établie annuellement d'après la superficie existante et un tarif au m² propre à la catégorie des locaux

déclarée par ce dernier, il lui appartient dès l'achèvement d'en fournir une description détaillée à l'administration fiscale de sorte que son imposition soit la plus fine et la plus conforme possible. Le propriétaire doit être ainsi particulièrement vigilant sur :

- la répartition des surfaces qu'il déclare, entre celles dites essentielles à l'activité exercée dans les locaux et celles dites secondaires ; et

- sur la catégorie des locaux qu'il choisit dont dépend la grille tarifaire applicable.

Cette nécessaire maîtrise du découpage et de l'affectation des surfaces lui permettra de déterminer efficacement quel est le montant de la taxe sur les bureaux en Ile-de-France qu'il devra annuellement déclarer et payer, étant observé que les dépendances et annexes des bureaux revêtant le caractère de parties communes d'immeubles à occupants multiples sont exclues de ladite taxe. Cela étant, l'imposition à ces deux taxes des lieux de *coworking* ne devrait pas soulever de réelles problématiques. Il en va différemment pour la CFE,

laquelle est due par celui qui exerce au 1^{er} janvier de l'année une activité professionnelle non salariée, au titre des surfaces dont il a la disposition privative et exclusive.

La question est donc celle de l'identification du véritable exploitant des espaces de *coworking* : qui de la société de *coworking* ou de l'utilisateur doit être finalement imposé sur les surfaces des bureaux et locaux communs ?

S'il ne fait pas de doute que c'est à l'utilisateur d'être imposé à la CFE au titre de bureaux identifiés qui lui sont loués et personnellement attribués à l'année ou sur une durée supérieure à six mois dans les cas d'abonnements à un unique espace de *coworking*, la difficulté d'identification du

redevable de la CFE est bien réelle dans tous les autres cas.

Ainsi, les surfaces des bureaux utilisés ponctuellement et celles des locaux annexes (salle de restauration, réunion ou conférence, sport, hall de réception, espaces de reprographie, etc.) devraient être exploitées par la société de *coworking* dans le cadre de son activité commerciale de location équipée et donc entrer dans l'assiette de sa CFE. Doivent-elles en revanche l'être dans celle des utilisateurs qui

louent régulièrement des bureaux dans un même immeuble dont l'adresse peut en outre constituer leur lieu de domiciliation, de sorte que ces locaux constituent un établissement au sens de la CFE ?

Enfin, qu'en est-il en cas d'abonnement annuel auprès d'une société dédiée au *coworking* en vue d'avoir l'accès ponctuel à différents lieux de *coworking* en France ?

En conclusion, il apparaît que la question de l'identification du redevable et de l'assiette de la CFE ne peut être résolue qu'au cas par cas en fonction des modalités particulières propres à chaque formule d'occupation des locaux. ■



Par **Vanessa Chiffert**, avocat en fiscalité. Elle intervient auprès d'une clientèle diversifiée (acteurs des secteurs industriel et commercial, énergies renouvelables, organismes à but non lucratif) tant en matière de conseil et d'assistance, notamment lors des contrôles fiscaux, que de contentieux dans les questions relatives aux impôts directs locaux, qu'il s'agisse de taxe foncière, CFE, CVAE, taxe d'habitation, IFER, TASCOT et de taxes sur les locaux en Ile-de-France.

vanessa.chiffert@cms-fl.com

Le crowdfunding immobilier : opportunités et perspectives

Le crowdfunding a enregistré sa plus grosse croissance en volume de fonds collectés dans le secteur immobilier en 2018. Les promoteurs immobiliers, soumis au durcissement des conditions de prêt, le considèrent comme une source de financement alternatif pour renforcer leurs fonds propres. Les investisseurs qui plébiscitent la pierre y voient un placement à court terme et facile d'accès qui affiche une rentabilité attractive. Analyse des dernières réformes réglementaires et fiscales qui impactent ce financement d'avenir.



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



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

Le crowdfunding immobilier consiste en la mise en commun de fonds par des personnes physiques et/ou des personnes morales (de droit privé ou public), au travers d'une plate-forme Internet spécialisée, dans le but de financer un projet immobilier. Il couvre plusieurs régimes juridiques et répond à des règles fiscales correspondant à chacun d'eux.

En ce qui concerne les supports d'investissement, le promoteur

peut avoir recours à des outils de type « dette », sous forme d'obligations. A la signature du contrat, l'investisseur et le porteur de projet ont connaissance d'un échéancier de remboursement et du taux d'intérêt prévu. L'investissement peut aussi prendre la forme d'une souscription d'actions, le rendement sera alors fonction des performances de l'entreprise. On peut donc légitimement s'interroger sur l'unicité des régimes fiscaux applicables aux gains et aux pertes de ces deux formes de crowdfunding immobilier.

Selon le modèle proposé, l'investisseur peut espérer percevoir, une fois le projet livré et vendu (en moyenne au bout de douze à trente-six mois), soit le remboursement *in fine* du capital investi et des intérêts liés à ses obligations, soit une plus-value de cession de ses actions et, éventuellement, des dividendes. Dans les deux cas, l'investisseur sup-

porte le risque de perdre tout ou partie du capital investi en cas de faillite.

Plus récemment, certaines plates-formes ont entrepris de proposer aux investisseurs de devenir actionnaires de sociétés foncières qui réalisent des investissements locatifs et d'être rémunérés grâce aux loyers générés, la plate-forme s'occupant des aspects administratifs. Ce *crowdinvesting* se rapproche conceptuellement de la « pierre-pa-

pier » de type SCPI (société civile de placement immobilier) qui entre dans l'assiette de l'impôt sur la fortune immobilière. Ici, on peut observer que certaines opérations de crowdfunding sont susceptibles de relever d'une qualification de fonds d'investissements alternatifs requérant un agrément spécifique par rapport au régime « classique » de ce type d'opérations.

Une réglementation en constante évolution

Si l'organisation de l'activité de crowdfunding repose sur une exception nationale au régime de l'offre au public, permettant aux offres de titres financiers, par le biais de plates-formes agréées, d'être réalisées sans

l'établissement d'un prospectus d'offre, l'intérêt de ce régime spécifique peut apparaître moins évident que par le passé depuis que le règlement Prospectus¹ autorise la réalisation d'offres de titres financiers jusqu'à 8 millions d'euros, offres pour lesquelles l'établissement d'un prospectus visé par l'Autorité des marchés financiers ne serait pas requis. Cette avancée laisse toutefois entière l'interdiction de réaliser des offres de titres financiers par le biais de démarchages en l'absence

« Selon le modèle proposé, l'investisseur peut espérer percevoir, une fois le projet livré et vendu [...], soit le remboursement in fine du capital investi et des intérêts liés à ses obligations, soit une plus-value de cession de ses actions et [...] des dividendes. »

1. Règlement (UE) 2017/1129 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017.

2. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Crowdfunding Service Providers (ECSP) for Business.

d'un tel prospectus, difficulté qui est «contournée» dans le régime classique du *crowdfunding* par le biais des plates-formes.

Par ailleurs, on peut noter que le *crowdfunding* fait actuellement l'objet d'un projet de règlement au niveau européen² et que les opérations de levée de capitaux, qu'il s'agisse de *securities tokens offering* ou d'*utility tokens*, peuvent apparaître comme une alternative aux formes classiques de *crowdfunding*.

La fiscalité des gains issus du *crowdfunding* immobilier

La première question pour déterminer le régime fiscal applicable aux gains est celle de la nature du produit : financière ou immobilière. Cette préoccupation est

d'autant plus prégnante que ce nouveau mode de financement est en mutation, avec l'apparition du *crowdfunding* immobilier locatif dont les rendements pourraient être couplés aux loyers perçus.

La fiscalité des gains dépend nécessairement du type de structuration juridico-financière mise en place par le promoteur et la plate-forme. Si l'investissement se matérialise toujours sous la forme d'une souscription de titres de sociétés non cotées, plusieurs montages sont possibles.

Les plus utilisés sont :

- la prise de capital dans une holding qui prend des parts dans une société civile de construction-vente (SCCV), ce qui présente l'avantage pour l'investisseur de ne pas être solidairement responsable des dettes de la SCCV ;
- la souscription d'obligations auprès d'une holding qui détient des parts dans une SCCV ; ou
- la souscription d'obligations auprès d'une société par actions simplifiée (SAS) qui se charge de la gestion du chantier et de la promotion du projet immobilier.

Les produits du *crowdfunding* immobilier - qu'ils soient issus d'actions ou d'obligations - ont donc une nature mobilière. Chez les personnes morales, les gains comme les pertes sont intégrés au résultat imposable et imposés en fonction du régime fiscal de l'entité. Chez les particuliers, ces gains entrent dans le champ de la taxation forfaitaire. Depuis le 1^{er} jan-

vier 2018, l'investisseur en *crowdfunding* immobilier a donc le choix entre deux modes d'imposition de ses gains : le prélèvement forfaitaire unique de 30 % (PFU ou *flat tax*), ou bien l'application du barème progressif de l'impôt sur le revenu, dans le cadre d'une option globale visant tous ses revenus de capitaux mobiliers et toutes ses plus-values mobilières de l'année. Les foyers redevables de la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus (CEHR de 3 % ou 4 %) doivent garder à l'esprit que cette contribution s'ajoute au prélèvement de 30 %.

Des précisions attendues sur le traitement fiscal des pertes

La loi de finances rectificative pour 2015 a prévu que

la perte en capital subie par des particuliers en cas de non-remboursement d'un prêt consenti dans le cadre d'un financement participatif est imputable sur les intérêts produits par des prêts de même nature au cours de la même année ou des cinq années suivantes.

Le *crowdfunding* immobilier sous forme de souscription en actions ne relève pas de ce dispositif codifié à l'article 125-00 A du Code général des impôts. *Quid du crowdfunding immobilier lorsqu'il est structuré sous la forme d'une émission obligataire qui génère des intérêts comme un prêt ?* Il serait opportun que l'Administration (ou le législateur) se prononce

sur le traitement de ces pertes avant la prochaine campagne déclarative.

Vers une ouverture à de nouveaux avantages fiscaux

La plupart des investissements en *equity crowdfunding*³ sont éligibles à des avantages fiscaux dès lors qu'ils représentent un investissement au capital de PME (le dispositif «Madelin», par exemple). Le *crowdfunding* immobilier serait donc également éligible à condition que le support financier retenu soit la souscription d'actions, et non d'obligations.

En outre, il est prévu, dans le projet de loi PACTE⁴ en cours de débat parlementaire, d'ouvrir le PEA-PME aux obligations à taux fixe, aux actions et aux minibons acquis par le biais de plates-formes de financement participatif. De fait, le législateur intègre de plus en plus ces nouveaux outils d'investissement dans notre corpus légal. ■

3. *Crowdfunding par voie d'acquisition d'actions ou autres titres donnant accès au capital.*

4. *Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises.*

Renouveau de l'offre hôtelière : quelles problématiques juridiques et fiscales ?



Par **Philippe Riglet**, avocat associé 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-fl.com

Après une période de standardisation des produits hôteliers qui avait vocation à rassurer le consommateur, ce secteur se heurte à un besoin croissant d'expérience exclusive et inclusive¹. La proposition d'hébergement hôtelier est aujourd'hui en plein renouvellement.

Sont ainsi désormais proposés des immeubles alliant de multiples fonctions et usages, des concepts hybrides et modulables. Si les nouvelles propositions d'offres en hébergement reposent toujours sur des fondamentaux simples et communs d'hébergement, elles s'accompagnent désormais de diverses propositions de services alliant mixité et souplesse : espaces de *coworking* ; vitrines commerciales (restauration, bien-être, etc.) reposant sur un véritable aspect communautaire, écologique, artistique ou culturel ; *co-living*

assemblant des chambres en colocation, des studios, des T2 au service d'une communauté incluant diverses prestations (cinéma, salle de sport, salle de jeux, espaces bureaux selon les cibles de clientèle).

Ces nouveaux concepts d'hébergement hôtelier combinant une mixité d'usages ne sont pas sans poser de véritables questionnements juridiques et fiscaux à plusieurs titres.

Du point de vue du droit immobilier

Le droit de l'urbanisme repose sur les destinations et sous-destinations des constructions. Des règles distinctes (hauteur, emprise au sol, stationnement, etc.) sont énoncées par les plans locaux d'urbanisme (PLU) selon ces destinations et sous-destinations. Pour rappel, le décret n° 2015-1783 du 28 décembre 2015 a opéré une réécriture de la partie réglementaire du Code de l'urbanisme relative aux destinations des

constructions. En application des lois ALUR et ACTPE, coexistent ainsi, aujourd'hui, cinq destinations² et vingt sous-destinations telles que prévues par les articles R.151-27 et R.151-28 du Code de l'urbanisme.

Par principe, et ainsi que cela ressort de l'article R.151-29 du Code de l'urbanisme, les locaux accessoires sont réputés avoir la même destination et sous-destination que le local principal, même si le code reste silencieux sur les seuils à partir desquels un local doit être

considéré comme accessoire au bâtiment principal. Certains PLU établissent donc des règles de surfaces de plancher spécifiques à partir desquelles un local est considéré comme accessoire et doit donc se voir attribuer la même destination ou sous-destination.

Dans le cas des nouveaux types d'hébergements hôteliers mixant, par exemple, chambres d'hôtel et espaces de *coworking*, doit-on alors considérer que les surfaces dédiées au *coworking* sont des locaux accessoires aux chambres d'hôtel ? Il est certain que, pris

séparément, les chambres d'hôtel relèvent de la destination «commerce et activité de service» et de la sous-destination «hébergement hôtelier et touristique»³, alors que les espaces de *coworking* relèvent quant à eux de la destination «autres activités des secteurs secondaire ou tertiaire», sous-destination «bureau».

De façon plus aigüe, le *co-living* pose la question de son appartenance à la destination «habitat», sous-destination «logement» ou à la destination «commerce et activité de service», sous-destination, «hébergement hôtelier et touristique» et ce, notamment, en fonction de la durée des séjours.

L'originalité de ces nouveaux concepts risque de se heurter à la rigidité des règles impératives du droit français en matière de baux d'habitation. Rappelons que la loi ALUR du 24 mars 2014 a institué un corpus de règles impératives applicables à la location meublée lorsqu'elle constitue

«Dans le cas des nouveaux types d'hébergements hôteliers [...], doit-on alors considérer que les surfaces dédiées au coworking sont des locaux accessoires aux chambres d'hôtel ?»

1. KPMG, *L'industrie hôtelière française en 2018*.

2. *Habitation ; Commerce et activité de service ; Equipements d'intérêt collectif et services publics ; Exploitation agricole et forestière ; Autres activités des secteurs secondaire ou tertiaire*.

3. Cette sous-destination s'applique à tous les hôtels ainsi qu'à toutes les constructions démontables ou non destinées à délivrer des prestations hôtelières (petit-déjeuner, nettoyage régulier des locaux, fourniture de linge de maison et réception de la clientèle).

la résidence principale du locataire, laquelle s'entend du logement occupé au moins huit mois par an. N'échappent donc à cette contrainte que les baux conclus pour une durée inférieure à huit mois, les baux consentis à un étudiant et, depuis la loi ELAN du 23 novembre 2018, le bail dit «bail mobilité» qui peut être conclu pour une durée comprise entre un mois et dix mois mais uniquement au profit d'un locataire justifiant être en formation professionnelle, en études supérieures, en contrat d'apprentissage, en stage, en engagement volontaire dans le cadre d'un service civique, en mutation professionnelle ou en mission temporaire, ce qui élargit les possibilités, mais reste néanmoins restrictif.

Du point de vue du droit fiscal et de la TVA en particulier

Les locations occasionnelles, permanentes ou saisonnières de logements meublés ou garnis à usage d'habitation sont en principe exonérées de TVA en vertu du premier alinéa de l'article 261 D, 4° du Code général des impôts (CGI).

Cette exonération comporte néanmoins des exceptions. Par dérogation, les activités hôtelières et toutes celles qui concurrencent l'hôtellerie traditionnelle sont soumises à la TVA. Les loyers perçus au titre de la location d'un immeuble à usage d'hôtel sont donc soumis à la TVA de plein droit puisque la destination du logement meublé remplit les critères d'une activité commerciale.

Ces recettes sont soumises à la TVA au taux intermédiaire de 10 % en application de l'article 279 a. du CGI⁴.

Or, dans le cas des nouveaux concepts d'hébergements hôteliers comprenant notamment des espaces de *coworking*, qu'en est-il de la location des locaux autres que ceux d'hébergement (bar, salle de restaurant, salle de réunion, autres espaces de détente, etc.) ?

Deux qualifications paraissent possibles. Il convient de se demander si, au regard de la TVA, le bailleur d'un immeuble combinant une mixité d'usages fournit à l'exploitant hôtelier plusieurs

prestations distinctes ou une prestation unique assortie de prestations accessoires partageant le sort fiscal de l'opération principale⁵.

Dans la première hypothèse, chaque prestation doit en principe être appréciée séparément et suivre le régime de TVA qui lui est propre, le prix global devant être ventilé. Ce raisonnement aboutit à qualifier les locaux autres que ceux d'hébergement de locaux nus à usage professionnel, dont le régime de TVA est le suivant : location exonérée sauf :

- option pour l'assujettissement des loyers à la TVA formulée par le bailleur dans les conditions prévues par l'article 260-2° du CGI ; ou
- taxation à la TVA de plein droit en cas de location aménagée.

Les loyers afférents à ces locaux devraient ainsi être soumis à la TVA au taux normal et non au taux intermédiaire comme les locaux d'hébergement.

C'est à ce jour la position exprimée par la Direction de la législation fiscale (bien qu'elle ne soit pas reprise au BOFIP), qui préconise, en

cas de location d'un immeuble à usage d'hôtel comportant des locaux d'un autre usage, une ventilation du loyer au prorata des surfaces utilisées par lesdits locaux, à défaut de quoi la TVA serait due sur l'intégralité des locaux au taux le plus élevé, soit le taux normal de TVA. Cependant, si la location des autres locaux, tels que les espaces de *coworking*, ne constitue pas

pour la clientèle une fin en soi mais le moyen de bénéficier dans les meilleures conditions de la prestation principale, à savoir l'utilisation des chambres d'hôtel, ces locaux pourraient être considérés comme accessoires aux locaux d'hébergement.

Dans cette seconde hypothèse, ces locaux devraient être soumis à la TVA de plein droit au taux intermédiaire dans les mêmes conditions que les locaux d'hébergement et il ne serait alors nullement nécessaire d'en ventiler le prix. ■



Céline Cloché-Dubois, avocat conseil en droit de l'urbanisme et de l'environnement. Elle intervient tant en conseil qu'en contentieux auprès d'opérateurs publics et privés (investisseurs, promoteurs, aménageurs) dans le cadre de projets de développement et d'aménagement.
celine.cloche-dubois@cms-fl.com



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

4. BOI-TVA-LIQ-30-20-10-10-20140924.

5. Analyse reprise notamment par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire n° 349/96, le 25 février 1999.

L'OPCI, véhicule idoine d'investissement dans l'immobilier collectif ?

L'immobilier collectif prend des formes de plus en plus variées, qui conduisent à s'interroger sur les modalités de son financement et de sa détention. Différents types de véhicules ont été institués pour investir spécifiquement dans l'immobilier. Ils présentent chacun des contraintes ou particularités juridiques ou fiscales qui les rendent plus ou moins adaptés à l'investissement envisagé. Dans ce contexte, l'organisme de placement collectif immobilier (OPCI) s'impose à côté des sociétés civiles de placement immobilier (SCPI) comme un acteur majeur pour l'investissement dans l'immobilier collectif.



Par **Benjamin Bill**, avocat associé en droit immobilier.

Il conseille, tant sur le secteur privé que public, les investisseurs, les gestionnaires d'actifs et les sociétés immobilières et les accompagne dans le cadre de leurs projets immobiliers nationaux et transfrontaliers.
benjamin.bill@cms-fl.com



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

Institués par l'ordonnance 2005-1278 du 13 octobre 2005, les OPCI ont pour objet principal l'acquisition ou la construction d'immeubles en vue de leur location ou la détention de participations dans des sociétés à prépondérance immobilière. Une réforme récente (loi 2015-990 du 6 août 2015, art. 139) les a autorisés, à titre accessoire, à acquérir, directement ou indirectement, en vue de leur location, des meubles meublants, des biens d'équipement ou tous biens meubles affectés aux immeubles détenus et nécessaires au fonctionnement, à l'usage ou à l'exploitation de ces derniers par un tiers.

En pratique, les OPCI peuvent donc aujourd'hui exercer une activité de location meublée.

Les OPCI peuvent prendre la forme soit de sociétés anonymes ou de sociétés par actions simplifiées à capital variable (sociétés de placement à prépondérance immobilière à capital variable ou SPPICAV), soit, ce qui est rare dans la pratique, de copropriétés non dotées de la personnalité morale (fonds de placement immobilier ou FPI). Ils peuvent être ouverts aux investisseurs non professionnels ou être réservés aux investisseurs professionnels (OPPCI) ; dans ce dernier cas, la souscription est réservée aux investisseurs qui, selon l'article L.533-16 du Code monétaire et financier (CMF), possèdent l'expérience, les connaissances et la compétence nécessaires pour prendre leurs propres décisions d'investissement et évaluer correctement les risques encourus. Contrairement à d'autres types de véhicules

immobiliers (société civile immobilière ou SCI, société civile de placement immobilier ou SCPI, société d'investissement immobilier cotée ou SIIC, etc.), les OPCI sont réglementés, non seulement en ce qui concerne la nature de leur activité mais, également, la composition de leur actif. Celui-ci doit en effet être composé d'actifs immobiliers à hauteur d'au moins 60 % (CMF, art. L.214-37). Les 40 % d'actifs restants peuvent être investis, notamment dans :

- certains titres financiers admis sur un marché réglementé ou organisé ;

- des parts ou actions d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) ; et
- des instruments financiers liquides.

L'endettement de l'OPCI est par ailleurs encadré. Ce cadre apparemment contraignant masque en réalité une souplesse plus importante qu'il n'y paraît. Outre le choix qu'ils offrent sur la typologie des investisseurs (cercle restreint d'institutionnels ou véhicule ouvert au public), les OPCI ont accès à des actifs et des activités qui ne sont pas

toujours envisageables avec d'autres types de véhicules immobiliers. L'exercice d'une activité de location meublée, par exemple, n'est pas possible dans le cadre d'une SCI ou SCPI sans la perte du régime de transparence fiscale, qui fait généralement leur intérêt, et n'est pas formellement envisagée par la loi pour les SIIC (qui, par ailleurs, peuvent exercer des activités accessoires à l'activité foncière mais sous réserve, selon l'administration fiscale, qu'elles ne représentent pas plus de 20 % de l'actif brut de la société).

«Les OPCI ont accès à des actifs et des activités qui ne sont pas toujours envisageables avec d'autres types de véhicules immobiliers.»

Du point de vue juridique, un OPPI présente toute la flexibilité réclamée par les investisseurs personnes morales dans la gestion de leurs investissements immobiliers, marquée entre autres par une grande liberté des statuts, une dérogation aux règles d'endettement et l'absence de limites pour les participations non contrôlées ou les terrains nus non constructibles.

Enfin, il est possible de créer, le cas échéant, au sein d'un OPPI des compartiments avec différentes classes d'actions, autre souplesse appréciée des investisseurs et des opérateurs qui structurent les OPPI. Cette souplesse se retrouve dans le régime fiscal de l'OPPI. Qu'il prenne la forme d'une SPICAV ou d'un FPI, l'OPPI est intégrale-

ment exonéré d'IS, sous condition d'obligations de distribution, et ses profits sont imposés au niveau des investisseurs lorsqu'ils leur sont distribués. Le bénéfice de ce régime est exclusivement conditionné au respect par l'OPPI de la réglementation juridique à laquelle il est soumis. Contrairement à la plupart des autres véhicules

d'investissements immobiliers, l'OPPI bénéficie donc d'un régime fiscal favorable qui n'est pas susceptible d'être remis en cause par l'exercice d'une activité qui serait juridiquement autorisée, mais ne satisferait pas les conditions restrictives de la loi fiscale ou des interprétations de l'Administration.

Il n'est donc pas étonnant de constater que la part des OPPI dans l'investissement immobilier commercial représente aujourd'hui environ 15 % du marché français. Au-delà de ce fait, la flexibilité des OPPI a contribué à la perception du marché immobilier français comme étant adapté aux attentes des investisseurs. Au niveau européen, l'OPPI est devenu un réel challenger au fonds allemand en tant que véhicule d'investissement.

S'agissant plus précisément de l'immobilier collectif, le cadre de fonctionnement de l'OPPI est susceptible de représenter un avantage au regard des formes variables, et potentiellement complexes ou novatrices, que peut prendre l'exploitation de l'immobilier collectif. La faculté

offerte à l'OPPI de donner en location des meubles ou des biens d'équipement s'inscrivant dans l'exploitation des actifs immobiliers détenus peut permettre d'envisager une structuration de l'investissement à géométrie variable entre les différents opérateurs impliqués dans l'immobilier collectif (investisseurs, exploitants, utilisateurs). Pour autant, il ne faut pas perdre de vue l'objet fondamental d'un OPPI, qui est de servir de support à un investissement dans une activité locative, et non pas d'exercer une activité d'exploitation qui pourrait être qualifiée de commerciale. Comme on l'observe par ailleurs dans ce dossier, la qualification de l'activité exercée par chaque partie impliquée dans l'exploitation

d'une résidence service, ou de bureaux exploités en *coworking*, peut s'avérer délicate. L'exploitation directe d'une résidence service ou d'un centre de *coworking* n'entre pas dans le cadre de l'objet social de l'OPPI, ce qui pose la problématique de la structuration de ladite exploitation. Plusieurs options peuvent se présenter. Classiquement, l'OPPI peut consentir un bail à un exploitant tiers.

«Il ne faut pas perdre de vue l'objet fondamental d'un OPPI, qui est de servir de support à un investissement dans une activité locative.»

Cette solution est régulièrement appliquée en France avec les acteurs du *coworking* qui ensuite sous-louent les locaux en fonction des besoins des utilisateurs finaux.

L'OPPI peut aussi créer des structures distinctes, ayant respectivement pour objet de louer les murs (et le cas échéant les meubles) de la résidence et d'exploiter celle-ci (le cas échéant via un contrat de location-gérance de fonds de commerce). L'OPPI peut en effet détenir une filiale foncière soumise au régime SIIC, qui peut elle-même avoir une participation dans une société exploitante, sous réserve que la valeur des actifs non fonciers de la filiale SIIC (dont les titres de la filiale exploitante) reste inférieure à 20 % de son actif brut. Ce mode de structuration peut permettre à l'OPPI de garder un lien indirect avec l'exploitation et aider à céder, à terme, la société exploitante à des opérateurs qualifiés. ■

Le coworking est-il soluble dans le droit de l'urbanisme ?



Par **Florence Chérel**, avocat associé en droit immobilier et droit public. Elle accompagne les entreprises (investisseurs, promoteurs, aménageurs) dans le cadre de projets de développement notamment en matière de maîtrise foncière, de montages contractuels, de suivi des procédures d'aménagement, de l'intégration des contraintes environnementales ou de l'obtention des autorisations administratives préalables.
florence.cherel@cms-fl.com



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

De puis 2000, le droit de l'urbanisme tend à atténuer les effets d'une répartition spatiale trop rigide des activités dans un zonage qui résulte de l'élaboration et de la mise en œuvre des documents d'urbanisme opposables aux constructeurs, notamment le plan local d'urbanisme. La diversité des fonctions urbaines figure en effet parmi les objectifs généraux de l'urbanisme (Code de l'urbanisme, article L.102-1) et le règlement du plan local d'urbanisme peut prendre en compte un objectif de mixité fonctionnelle (Code de l'urbanisme, article L.151-16).

Cette préoccupation avait été invoquée en vue de fixer les nouvelles définitions des destinations et sous-destinations légales des bâtiments eux-mêmes. La liste de ces destinations et sous-destinations, mise à jour par le décret du 28 décembre 2015 et son arrêté d'application du 10 novembre 2016, doit notamment permettre de distinguer plus finement l'usage des constructions – tels que les locaux destinés à des bureaux, ceux destinés à des commerces et ceux destinés à des activités de services où s'effectue l'accueil d'une clientèle – et surtout la répartition de ces usages. Dès lors, le règlement du plan local d'urbanisme peut notamment définir :

- des règles permettant d'imposer une mixité des destinations ou sous-destinations au sein d'une construction ou d'une unité foncière ;
- pour certaines destinations et sous-destinations, des majorations de volume constructible qu'il détermine en référence à l'emprise au sol et la hauteur ;
- et des règles différenciées entre le rez-de-

chaussée et les étages supérieurs des constructions (Code de l'urbanisme, article R.151-37). Ainsi, le droit de l'urbanisme permet aux règles locales d'imposer, par exemple, une mixité de la destination «habitation» avec celle concernant les «activités des secteurs secondaire ou tertiaire» qui comprend une sous-destination «bureau» dans laquelle pourront être identifiées par exemple des activités de *coworking*. A cet égard, le plan local de l'urbanisme et de l'habitat de la Métropole de Lyon, en cours

«Le droit de l'urbanisme permet aux règles locales d'imposer [...] une mixité de la destination "habitation" avec celle concernant les "activités des secteurs secondaire ou tertiaire" qui comprend une sous-destination "bureau" dans laquelle pourront être identifiées [...] des activités de coworking.»

d'élaboration, prend en compte cette nouvelle réalité en évoquant, dans son rapport de présentation, l'émergence d'espaces de *coworking* et du télétravail. Plus précisément, le diagnostic général du plan local de l'urbanisme et de l'habitat indique avoir recensé huit espaces de *coworking* sur le Grand Lyon, comprenant 700 adhérents, et relève que le développement potentiel de cette nouvelle organisation du travail reste important. La Métropole de Lyon qualifie aussi de «tiers-lieux» les espaces qui facilitent tout à la fois l'accès à distance aux données numériques et

l'interconnaissance, voire la créativité de leurs multiples usagers. Il peut s'agir d'espaces de *coworking*, de télécentres de travail, de points d'accès multi-services ou de sites d'apprentissage social des outils numériques. Le schéma de cohérence territoriale (SCOT) de l'agglomération lyonnaise préconise une plus forte mixité fonctionnelle en dehors des «sites économiques» pour des activités et services à faibles nuisances, et notamment, lorsque le contexte urbain le permet, notamment par la desserte en transports collectifs. Pour autant, si la création d'espaces de *coworking* est possible dans toutes les zones

du projet de plan local de l'urbanisme et de l'habitat, les outils permettant une multifonctionnalité des immeubles en zone urbaine doivent être trouvés dans les dispositions relatives aux «linéaires toutes activités», c'est-à-dire le niveau de rez-de-chaussée des constructions nouvelles ou existantes, délimités par les documents graphiques du règlement.

Parmi les activités autorisées figure en effet l'activité de bureau. En outre, le règlement du plan local de l'urbanisme et de l'habitat métropolitain comporte des «secteurs de mixité fonctionnelle» délimités par les documents graphiques dans lesquels il peut imposer, selon les cas, qu'un pourcentage de la

surface de plancher d'un projet soit affecté à une destination ou une sous-destination déterminée.

Le respect de cette règle s'apprécie à l'échelle du terrain faisant l'objet du projet ou de chaque construction. Le règlement peut aussi imposer que le rez-de-chaussée et/ou les étages des constructions soient affectés à une destina-

tion ou à une sous-destination déterminée ou, au contraire, le cas échéant, interdire que certains rez-de-chaussée des constructions concernées soient destinés à une ou plusieurs destinations particulières.

Néanmoins, cette différenciation, voire la promotion de cette différenciation des usages à l'échelle d'une zone, ou d'un même immeuble, ne suffit pas à couvrir l'ensemble des situations et ne permet notamment pas d'appréhender le partage d'espaces.

Le plan local d'urbanisme de Paris a ainsi été

spécialement adapté pour permettre la prise en compte de nouveaux usages protéiformes, notamment en faisant référence au *coworking*. Néanmoins, cet usage est retenu dans un cadre juridique précis – à savoir au titre des CINAS-PIC (constructions et installations nécessaires aux services publics et d'intérêt collectif) – et restreint puisque recouvrant les locaux destinés à héberger des entreprises ou des travailleurs indépendants dans le contexte d'une politique de soutien à l'emploi (hôtels d'activités, pépinières, incubateurs, espaces de *coworking*).

L'on constate en effet que l'évolution des usages conduit à une utilisation diversifiée, soit succes-

sive, soit concomitante, des mêmes surfaces.

Il en est ainsi des espaces communs d'un immeuble de bureau dans lesquels peuvent être proposés des prestations commerciales, des services de restauration ou de mise à disposition d'espaces ouverts à d'autres usagers que les utilisateurs de l'immeuble de bureau, ou encore de salles de réunions ou de confé-

rences d'un immeuble utilisées successivement, soit par les occupants des bureaux, soit par une école également présente dans l'immeuble.

L'exercice consistera donc à définir *in concreto*, au cas par cas, à quelle catégorie de destination ou sous-destination il convient de rattacher les locaux. Le recours au caractère accessoire de tel ou tel usage des locaux concernés ne sera en effet pas toujours approprié.

Le *coworking* n'est donc pas complètement miscible avec les autres usages de l'immeuble dans lequel il est envisagé. ■

«L'exercice consistera donc à définir in concreto, au cas par cas, à quelle catégorie de destination ou sous-destination il convient de rattacher les locaux.»

Co-investissement et développement d'immeuble : quelles modalités de gestion du projet immobilier ?

De nombreux projets immobiliers sont développés conjointement par plusieurs sociétés qui s'associent en vue de procéder à la rénovation des actifs, à leur commercialisation auprès de locataires puis à leur revente.

Par **Benjamin Bill**, avocat associé en droit immobilier.
benjamin.bill@cms-fl.com



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

Dans un marché qui certes offre des rendements stables mais inférieurs à leur moyenne de ces dix dernières années, certains investisseurs disposant de fonds propres conséquents cherchent à s'associer avec des partenaires opérationnels apportant leur savoir-faire dans le cadre de la gestion d'un projet immobilier. A cette fin, les parties sont généralement amenées à s'associer au sein d'un véhicule (réglementé ou pas). Dans cette *joint-venture*, les parties définissent, à travers un pacte d'actionnaires, les objectifs du projet immobilier ainsi que leurs rôles respectifs. Il n'est pas inhabituel que les parties décident de loger l'immeuble au sein d'une deuxième société détenue à 100 % par la *joint-venture* pour laisser plus de flexibilité sur la sortie du projet. Au sein du pacte d'actionnaires, les parties définissent habituellement les clauses spécifiques concernant les règles de majorité applicables pour la prise des décisions, la

cession des parts sociales qui pourra être limitée voire interdite pendant la réalisation des travaux de rénovation, le traitement des situations de blocage et la répartition du résultat à la sortie du projet.

Dans le cadre de cette association, la répartition classique est que le partenaire disposant des fonds propres apporte les liquidités nécessaires pour l'achat de l'immeuble et la réalisation des travaux de rénovation. Le partenaire est, quant à lui, en charge du suivi des travaux, de la commercialisation de l'actif et de la stratégie de revente. En pratique, le partenaire opérationnel dispose d'une liberté de choix sur : le mode de réalisation des travaux (contrat de promotion immobilière ou marché de travaux), les entreprises chargées de la maîtrise d'œuvre et de la rénovation de l'immeuble et le suivi des travaux de rénovation

et ce, moyennant la perception d'honoraires qu'il convient de déterminer au préalable.

Le co-investissement nécessite, bien entendu, l'accord des parties sur la conclusion des baux commerciaux, intervenant souvent en l'état futur d'achèvement, ce qui implique une position commune quant au choix du locataire et à la qualité de ce dernier, à la durée du bail consenti ainsi qu'au montant du loyer et aux garanties offertes par le preneur outre le paiement d'un dépôt de garantie (garantie de prise de possession des locaux, garantie bancaire à première demande en cas de défaillance dans le cadre du paiement du loyer, etc.).

Habituellement, c'est le partenaire opérationnel qui

soumet des propositions stratégiques aux autres partenaires.

S'agissant de la future cession de l'actif immobilier deux problématiques principales se posent :

- la détermination du prix de vente ; et

- le montant de l'intéressement (dit « *incentive* ») sur le prix de vente de l'immeuble qui peut être consenti au partenaire opérationnel.

Postérieurement à la réalisation

des travaux de rénovation et à la commercialisation de l'immeuble, les partenaires peuvent, d'un commun accord, décider de procéder à la vente de l'immeuble ou un seul partenaire peut décider, sous réserve de respecter les dispositions du pacte d'actionnaires, de céder les parts sociales qu'il détient dans la société portant le projet immobilier. Les règles de détermination du prix de vente de l'actif ou du prix de cession des parts sociales doivent être précisées en amont et les partenaires pourront, en cas de blocage, prévoir des clauses à dire d'experts chargés de fixer la valeur vénale de l'immeuble ainsi que la valeur des parts sociales. Par ailleurs, la vente de l'actif immobilier ou des parts sociales d'un des partenaires suppose, outre la fixation de la valeur vénale de l'immeuble, la détermination du montant de l'intéressement de chacun des partenaires. ■

«Au sein de cette joint-venture, les parties définissent, à travers un pacte d'actionnaires, les objectifs du projet immobilier ainsi que leurs rôles respectifs.»

Plus que jamais pour les SCI, la (juris)prudence est mère de sureté !

En guise de bilan de cette année 2018, examinons ensemble deux décisions invitant les sociétés immobilières non soumises à l'impôt sur les sociétés (IS) et leurs associés à méditer sur les citations qu'elles illustrent.

«*Le plus grand péril se trouve au moment de la victoire*» : une citation de Napoléon Bonaparte qu'aurait pu s'approprier la société civile immobilière (SCI) ESPM. Alors que son objet statutaire (propriété, administration et exploitation par bail ou location de biens immobiliers) aurait dû la préserver de l'IS, ses sept achats et reventes immobiliers en 2008 et 2009 ont conduit la cour administrative d'appel de Bordeaux à la qualifier, le 25 septembre 2018, de «*marchande de biens*» et à la soumettre à l'IS.

Pour 2010, l'Administration entendait la traiter identiquement malgré

qu'aucune nouvelle vente ne soit intervenue ; mais le juge a donné raison à la SCI, qui plaidait que l'intention spéculative du contribuable doit s'apprécier année par année.

Victorieuse pour 2010, la SCI a donc obtenu de n'être plus soumise à l'IS, sans peut-être avoir pleinement mesuré les effets néfastes de sa demande. En effet, à chacun des allers et retours d'une SCI entre les deux régimes d'imposition est attachée une imposition immédiate des plus-values latentes de tous les immeubles sociaux (et, au «*retour*» celle des réserves constatées et latentes), de sorte que l'ampleur des conséquences financières induites par une sortie du régime de l'IS conduit parfois à préférer opter pour y demeurer soumis. L'articulation entre les deux régimes (IS et non IS) constitue un mécanisme d'horlogerie, qui commande d'identifier préalablement toutes les conséquences attachées aux opérations que pourraient réaliser les SCI.

«*Le diable est dans les détails*», aurait dit Nietzsche. C'est la maxime que conserveront à l'esprit les SCI non soumises à l'IS et qui ont

cédé un immeuble. Depuis 2004, la SCI cédante doit, dans le mois de l'acte de vente, s'acquitter de certains impôts (notamment, un prélèvement libératoire de l'impôt sur le revenu et les prélèvements sociaux) dus si une fraction de plus-value est soumise au régime des particuliers.

Or, le 11 avril 2018, le Conseil d'Etat a confirmé que, même légalement dues par les SCI cédantes, ces impositions n'en étaient pas moins propres à leurs associés concernés.

Certes, cette décision s'emboîte parfaitement dans le constat traditionnel que les impôts dus sur les résultats de sociétés non soumises à l'IS sont personnels à leurs associés et ne constituent pas des dettes sociales.

Mais elle doit conduire les associés et dirigeants de ces sociétés à descendre dans le «*détail*» des conséquences juridiques, et donc comptables, y

afférentes :

- tout d'abord, n'étant pas celles de la société, ces impositions ne constitueront pas une charge réduisant son résultat ; c'est par un débit du compte courant des associés concernés qu'elles seront constatées ;
- ensuite, créancière de l'associé, la société pourra éventuellement être en proie aux affres de la gestion fiscale (voire,

juridique) des comptes courants débiteurs : pallier cette difficulté impliquera que, à concurrence du montant des impositions dues, elle ait préalablement identifié ses besoins en trésorerie et provoqué des décisions des organes sociaux décidant du versement d'acomptes sur résultat, ainsi qu'une distribution ultérieure de dividendes ;

- enfin, d'autres taxes pourraient être similairement dues au cas d'associés particuliers (la taxe sur certaines plus-values élevées, et celles sur les cessions de terrains nus devenus constructibles) : or pour ces trois taxes, la doctrine administrative qualifie toujours de redevables les sociétés cédantes non soumises à l'IS. Décidément, des «*détails*» restent encore à «*dédiaboliser*» ! ■



Par **François Lacroix**, avocat associé 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-fl.com

Loi PACTE et baux commerciaux : solidarité inversée, clap de fin ?



Par **Alexandre Bastos**, avocat associé, responsable de l'activité Restructuring-Insolvency. Il intervient sur l'ensemble des problématiques liées à la prévention ou au traitement des difficultés des entreprises, tant en conseil qu'en contentieux. alexandre.bastos@cms-fl.com



et **Aline Divo**, avocat associé en droit immobilier. Elle intervient dans tous les domaines du droit immobilier et notamment dans la rédaction, la négociation et le contentieux des baux commerciaux, tant côté locataire que côté bailleur. Elle est coauteur des *Mémentos Experts Francis Lefebvre Baux commerciaux et Gestion Immobilière*. aline.divo@cms-fl.com

Le projet de loi PACTE (plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises), voté en première lecture à l'Assemblée nationale et transmis au Sénat, comporte une atteinte sérieuse à l'efficacité des clauses que la pratique a dénommées «clauses de solidarité inversée». A ce stade cependant, il est impossible de certifier que ces dernières appartiennent au passé. D'abord parce qu'il ne s'agit toujours que d'un projet de loi et ensuite parce que sa rédaction concernant le sujet traité ne conduit pas à priver totalement de portée toutes les clauses de solidarité inversée.

En effet, cherchant sans nul doute à écarter un obstacle rencontré de plus en plus fréquemment dans les reprises d'entreprises en procédure collective, le législateur semble s'être arrêté en chemin.

De lege lata

Rappelons tout d'abord ce qu'il est convenu d'entendre par clauses de solidarité inversée :

des clauses stipulant qu'en cas de transmission du contrat, tout ayant-cause à titre particulier de l'un des cocontractants demeurera tenu solidairement des obligations du précédent cocontractant à l'égard de l'autre partie au contrat. Ces clauses sont apparues dans les baux commerciaux comme une sorte de bilatéralisation de la clause de solidarité «classique» qui stipule le cédant du bail solidaire du cessionnaire vis-à-vis du bailleur au titre de l'exécution du bail par le cessionnaire postérieurement à la cession. Il est à noter que l'article L.145-16-2 du Code de commerce, issu de la loi Pinel du 18 juin 2014, a limité la portée des clauses de garantie du cédant au bénéfice du bailleur en réduisant la durée de la solidarité à trois ans à compter

de la cession du bail. En pratique, les parties dérogent souvent aux dispositions de cet article en ce qui concerne la durée de la solidarité. Naturellement, l'application de cette clause semblait délicate en cas de procédure collective du preneur. En effet, ce dernier bénéficiant de la protection des dispositions relatives, notamment, au gel du passif, il est difficile d'admettre que la cession du bail dans le cadre de sa procédure collective l'engage à garantir les dettes de son successeur dans les liens du bail. Cette clause est donc privée d'effet dans une telle situation¹, ce qui, au demeurant, ne porte

qu'un impact limité aux intérêts du bailleur, le cédant étant, par hypothèse, défaillant. Cette mise à l'écart est toutefois temporaire en ce qu'elle ne profite qu'au preneur en procédure collective pour ensuite retrouver son plein effet à l'égard de tout autre preneur².

C'est cette stipulation que la pratique s'est mise à «bilatéraliser» en précisant que le cessionnaire demeure garant solidaire du cédant du bail. Or le cessionnaire n'est pas,

lui, en procédure collective et, de ce fait, ne bénéficie d'aucune protection particulière. Le prix qui sera offert pour acquérir un fonds de commerce ou un droit au bail fondé sur un contrat incluant une telle stipulation sera dès lors forcément modéré du fait de l'impact du transfert de la charge des arriérés impayés par le cédant. De même, si le droit au bail est un élément essentiel de l'entreprise exploitée, une telle clause est de nature à dissuader la formulation même d'une offre de reprise car, si dans de tels schémas de reprise en plan de cession, l'article L.642-7 du Code de commerce permet au repreneur de solliciter le transfert judiciaire des contrats de crédit-bail, de location ou de

«Une telle clause de solidarité inversée constitue ainsi un réel obstacle à l'objectif de maintien de l'activité exploitée par le débiteur en procédure collective à l'occasion d'une éventuelle cession de cette dernière.»

1. Articles L.622-15 et L.641-12 alinéa 5 du Code de commerce.

2. *Com.*, 15 novembre 2017, n° 16-19.131.

fourniture de biens ou services nécessaires au maintien de l'activité, ces contrats sont alors transférés aux mêmes clauses et conditions. De fait, il est généralement admis par la jurisprudence que les clauses de solidarité inversée ne sont pas écartées dans une reprise en plan de cession³. Elles ont même été expressément validées en cas de reprise de fonds de commerce hors plan de cession⁴.

Une telle clause de solidarité inversée constitue ainsi un réel obstacle à l'objectif de maintien de l'activité exploitée par le débiteur en procédure collective à l'occasion d'une éventuelle cession de cette dernière.

De lege ferenda

Devant la généralisation des clauses de solidarité inversée, l'article 19 du projet de loi PACTE entend modifier cette situation en complétant ainsi l'article L.642-7 du Code de commerce :
«Par dérogation, toute clause imposant au cessionnaire d'un bail des dispositions solidaires avec le cédant est réputée non écrite. Les dispositions du I du présent article ne sont pas applicables aux procédures en cours au jour de la publication de la présente loi».

Le législateur écarte clairement, dans le cadre d'un plan de cession, le jeu de la clause de solidarité inversée incluse dans un bail. La rédaction retenue soulève quelques regrets. Un premier regret touche à la limitation de la mise à l'écart de la clause aux seules cessions intervenant dans le cadre d'un plan de cession. En effet, dans certains cas, le sauvetage se fait par le truchement d'une cession d'actif isolé⁵ du droit au bail ou du fonds de commerce. Cela est notamment vrai dans les secteurs du commerce de détail et de la restauration. Cependant, le législateur a écarté l'option large

d'une mise à l'écart de la clause dès lors que la cession intervient en procédure collective (plan de cession ou réalisation d'actif isolé) estimant nécessairement que seule la poursuite de l'activité et le maintien de l'emploi, critères légaux attachés au seul plan de cession, sont de nature à justifier la mise à mal des intérêts du bailleur⁶. De même, il est possible de regretter que l'article L.622-15 du Code de commerce n'ait pas été, lui aussi, modifié.

Le second regret a trait au cantonnement de la mise à l'écart des clauses de solidarité inversée aux seules clauses stipulées dans un contrat de bail. Pourquoi l'obstacle à la reprise en plan de cession devant être écarté varie-t-il en fonction du contrat concerné ? Un fournisseur mérite-t-il un meilleur traitement qu'un bailleur ? A notre sens, il serait opportun d'étendre ce traitement

dérogatoire à tous les contrats nécessaires au maintien de l'activité visés à l'alinéa 1^{er} de l'article L.642-7 du Code de commerce.

Enfin, la «sanction» choisie interroge. La clause de solidarité inversée sera réputée non écrite, c'est-à-dire que le bailleur ne pourra pas solliciter du repreneur le paiement des arriérés existant à la date

de l'ouverture de la procédure collective en exécution de la clause. De plus, si cette nouvelle disposition devait s'analyser au regard de celles des articles L.622-15 et L.641-12 alinéa 5 du Code de commerce, le fait que la clause soit réputée non écrite ne profite qu'au preneur en procédure collective de sorte qu'une telle clause devrait retrouver son plein effet au profit du bailleur en cas de nouvelle cession du bail selon les modalités de droit commun⁷.

Au-delà de ces quelques imperfections, nous ne pouvons toutefois que saluer la prise de conscience du législateur et lui en demander, peut-être, un peu plus. ■

«Le législateur écarte clairement, dans le cadre d'un plan de cession, le jeu de la clause de solidarité inversée incluse dans un bail.»

3. CA Versailles, 13^e chambre, 12 mars 2015, n° 14/02599.

4. Com., 27 septembre 2011, n° 10-23.539.

5. Article L.642-19 du Code de commerce.

6. Etude d'impact du projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, 18 juin 2018, p. 234 et suivantes.

7. Com., 15 novembre 2017, précité.

Le grand flou de la TVA sur indemnités de résiliation



Par **Gaëtan Berger-Picq**, avocat associé en fiscalité. Il conseille et assiste les entreprises, notamment en immobilier, dans l'ensemble des sujets relatifs à la TVA et à la taxe sur les salaires ainsi que dans le suivi et la gestion des contrôles et contentieux fiscaux.
gaetan.berger-picq@cms-fl.com

Il est généralement admis de taxer à la TVA les indemnités de résiliation anticipée versées par le bailleur, au motif qu'elles sont la contrepartie du service rendu par le locataire qui accepte de libérer les locaux. Inversement, les indemnités versées par le preneur à l'initiative d'une rupture anticipée du bail ne sont souvent pas taxées car elles ne rémunèrent aucun service individualisé.

Néanmoins, dans un arrêt du 22 novembre 2018 (C 295/17 «MEO») la Cour de justice de l'Union européenne a retenu la taxation à la TVA d'une indemnité versée dans des circonstances où :

- le client était défaillant ;
- cette défaillance avait conduit le prestataire à résilier le contrat par anticipation et à arrêter de fournir les services ;
- le client était contractuellement redevable d'une «indemnité» dont le montant correspondait exactement à la rémunération nette que le prestataire aurait encaissée si le contrat s'était poursuivi jusqu'au terme convenu.

La logique du lien direct et immédiat qui sous-tend la taxation à la TVA aurait dû conduire à un non assujettissement puisqu'il n'y avait plus aucun service et que le client avait commis une faute à l'origine d'un préjudice qu'il devait réparer. La solution contraire retenue par la Cour repose sur une logique économique qui semble retenir que : dès lors que l'indemnité est convenue entre les parties dans contrat initial, elle fait partie de son équilibre économique global et doit donc être taxée à la TVA comme le seraient les services. Cette argumentation n'est pas isolée dans les récents arrêts de la Cour et incite les bailleurs et preneurs à la plus grande prudence dans la détermination du régime de TVA de leurs indemnités contractuelles.

Dans l'attente d'une clarification de la situation, le sujet n'a pas fini d'empoisonner les négociations et fera les beaux jours des lettres d'accord régissant les remises en cause fréquentes par l'Administration, même entre assujettis récupérateurs de la TVA... ■

C/M/S/ Francis Lefebvre
Avocats

2 rue Ancelle 92522 Neuilly-sur-Seine Cedex
T +33 1 47 38 55 00
cms.law/fl

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

 twitter.com/cms_fl

Retrouvez toutes les informations relatives à notre activité en immobilier :



Supplément du numéro 1497 du Lundi 11 février 2019

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

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

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

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

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

N° commission paritaire : 0922 T 83896



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