

LA LETTRE DE L'IMMOBILIER

Lundi 26 novembre 2018

AU SOMMAIRE

Dossier

Les pertes de valeur immobilières

- Acquisitions de sociétés de personnes : décotes fiscales et pertes de valeur p. 2
- Valorisation des sociétés : des conséquences défavorables de la cession d'un immeuble p. 4
- L'impact de la taxe de 3 % sur les immeubles dans les négociations sur le prix p. 6
- Stock immobilier : un actif dont la dépréciation a ses limites p. 7
- Restructuration d'un immeuble et changement de son mode d'utilisation : impacts financiers et juridiques p. 8
- Dépréciation immobilière : la double peine ? p. 10
- Cession de titres immobiliers : quelles garanties contre le risque de perte de valeur ? p. 11
- Lorsque la perte de valeur d'un immeuble résulte d'une servitude publique p. 12

Actualités

- Réévaluation libre d'immeubles d'une SCI : quelles incidences fiscales ? p. 13
- L'intitulé ne fait pas la promesse p. 14
- Opérations immobilières : nouvelles opportunités de déduction de TVA pour les organismes de droit public p. 15
- Jeux Olympiques et Paralympiques de 2024 : les précisions apportées par la loi ELAN p. 16

C/M/S' Francis Lefebvre

Avocats

Supplément du numéro 1487
du 26 novembre 2018

EDITORIAL

Il est d'usage de penser ou de croire que l'application des règles fiscales en vigueur ne modifie pas la valeur des biens, notamment immobiliers, puisque ces règles ont simplement pour objet d'appréhender les profits et les pertes des acteurs économiques.

Or, ce principe apparaissant souvent inexact en matière immobilière, nous avons ainsi décidé de consacrer le thème principal de ce nouveau numéro de la Lettre de l'Immobilier aux pertes de valeurs immobilières dues aux réglementations fiscales et juridiques.

Vous pourrez prendre toute la mesure de l'importance d'une décision du Conseil d'Etat de 2016 dont la prise en compte progressive modifie les usages en matière de valorisation des sociétés de personnes immobilières non soumises à l'impôt sur les sociétés (IS), en ce qu'elle a étendu la pratique des décotes pour impôt latent à ce type de sociétés.

Vous constaterez également la «double pleine» à laquelle sont confrontés les propriétaires d'immeubles dépréciés compte tenu des règles fiscales en vigueur qui n'ont cessé de restreindre et d'encadrer la déduction des pertes immobilières, aussi bien des personnes physiques que des entreprises.

Nous examinons aussi les conséquences des régularisations de TVA en matière d'IS et faisons le constat qu'il ne s'agit pas toujours, loin de là, d'un exercice neutre financièrement puisque les régularisations de TVA constituent de fait une charge augmentative du prix de cession d'un immeuble et entraînent dès lors un coût fiscal supplémentaire pour l'acquéreur.

Toujours sur le volet fiscal, c'est en matière d'impôts locaux que le refus de prendre en compte les éventuelles pertes de valeurs immobilières apparaît le plus évident.

Sur le plan juridique, c'est l'étonnant principe contenu dans l'article L.105-1 du Code de l'urbanisme qui a retenu notre intérêt puisqu'il prévoit, sous quelques réserves, l'absence d'indemnisation des biens immobiliers à raison de certaines servitudes instaurées par la puissance publique, principe que les tribunaux administratifs n'ont que très partiellement aménagé.

Nous rappelons aussi la difficulté de prévoir, par la voie classique des garanties de passif, le risque de pertes de valeur immobilières dans les acquisitions de sociétés immobilières.

Par ailleurs, quelques décisions de jurisprudence nous ont paru devoir être portées à votre attention.

D'abord, une importante décision de la Cour de justice de l'Union européenne du 25 juillet 2018 qui permet de considérer désormais que le fait, pour un opérateur économique, de ne pas avoir immédiatement affecté un immeuble à une activité économique ne présume pas obligatoirement de la qualité de non assujetti et ne fait pas obstacle définitivement à la possibilité de déduire tout ou partie de la TVA supportée.

Ensuite, une décision tout aussi importante du Conseil d'Etat du 19 septembre 2018 qui fixe les limites des conséquences de la réévaluation libre d'immeubles au sein de sociétés civiles non soumises à l'IS et détenues par des personnes physiques.

Et, enfin, un arrêt de la Cour de cassation du 7 juin 2018 qui rappelle que le juge n'est également pas tenu par la qualification donnée par les parties aux avant-contrats immobiliers.

Bonne lecture à tous. ■

Richard Foissac, avocat associé

Acquisitions de sociétés de personnes : décotes fiscales et pertes de valeur



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

Les spécialistes de l'immobilier n'ignorent pas l'importance de la fiscalité dans le choix des opérations d'acquisition ou de cession d'immeubles ou de titres de sociétés à prépondérance immobilière (SPI) et notamment l'importance des décotes fiscales dans l'évaluation du prix proposé des sociétés immobilières. Ces décotes trouvent leur fondement dans le constat de l'existence de plus-values latentes sur les immeubles détenus par les sociétés dont l'acquéreur souhaite prendre en compte le coût fiscal latent.

Les praticiens connaissent bien cette problématique pour les sociétés immobilières soumises à l'impôt sur les sociétés (IS) mais il était d'usage de considérer que la pratique des décotes ne concernait pas les sociétés immobilières non soumises à l'IS, compte tenu notamment du mécanisme de correction du prix de revient des parts, institué par la jurisprudence dite QUEMENER.

Or, cette situation s'est considérablement modifiée à la suite de la décision LUPA du 6 juillet 2016 (Conseil d'Etat, n° 377904) qui, confirmée depuis, ne permet plus de réévaluer en franchise d'impôt les actifs immobiliers détenus dans des sociétés de personnes récemment acquises par la voie d'une dissolution sans liquidation de la société immobilière.

La pratique a ainsi vu se développer les mêmes demandes de décotes à l'occasion de l'acquisition de sociétés de personnes sans que soit opérée de distinction selon que les associés cédants sont des personnes morales ou des personnes physiques.

S'agissant notamment des associés personnes physiques, pour lesquels le régime d'imposition des plus-values de cession de parts sociales de sociétés immobilières non soumise à l'IS

n'est pas celui des plus-values de cession de valeurs mobilières mais celui des plus-values immobilières privées, et pour lesquelles ainsi les plus-values de cession peuvent être exonérées ou faiblement imposées en fonction de la durée de détention des parts, la perte de valeur intrinsèque des parts sociales liée aux décotes fiscales est souvent sujet d'incompréhension. Et la cession des immeubles détenus par la société de personnes en lieu et place de la cession des parts n'est pas toujours possible ou recherchée par l'acquéreur.

La question qui se pose est dès lors celle de savoir si, s'agissant notamment des sociétés de

personnes, la pratique des décotes est inéluctable, au motif d'une double imposition des mêmes plus-values à neutraliser ou si, au contraire, elle peut être évitée ou négociée.

Le principe est que l'acquéreur des parts paie indirectement le prix réel des immeubles et qu'à l'issue de la cession des immeubles et de la répartition du prix, sauf à ce que les immeubles se soient dépréciés, l'acquéreur doit récupérer *a minima* le prix des parts, au mieux sa plus-value.

Or, compte tenu du prix

de revient des immeubles au bilan de la société immobilière, les plus-values de cession excèdent la fraction de valeur acquise par les immeubles à dater de l'acquisition des parts et l'impôt dû, soit par la société si elle est assujettie à l'IS, soit par les associés dans le cas contraire, constitue à due concurrence une perte de valeur, d'où la nécessité de demander un prix des parts ou actions plus faible.

Il faut rappeler à ce titre que l'acquisition des parts de sociétés immobilières relevant du régime de personnes auprès de personnes physiques, pour lesquels il n'existe pas de comptabilité commerciale, place les acquéreurs personnes morales dans la même situation dès

«La décision LUPA [...] n'a pas pour autant modifié la nature des titres SPI pour lesquelles les pertes sur titres et provisions pour dépréciation restent déductibles fiscalement pour leurs associés soumis à l'IS, quelle que soit la durée de détention des titres.»

lors que le Conseil d'Etat (CE, 10 juillet 2007, n° 287661, 8^e et 3^e s.-s., SA SCA Ouest) a jugé que la base d'amortissement des immeubles est, dans cette situation, leur valeur nette comptable résiduelle reconstituée.

Afin d'éviter le coût de l'imposition des plus-values latentes existant à la date d'acquisition des immeubles, la place avait de fait développé la pratique des dissolutions sans liquidation des sociétés de personnes. Ce mécanisme génèrait par application de la jurisprudence QUEMENER, des pertes sur titres déductibles venant ainsi corriger, à due concurrence, les plus-values immobilières.

Si la décision LUPA a mis fin à cette «possibilité» elle n'a pas pour autant modifié la nature des titres des SPI pour lesquelles les pertes sur titres et provisions pour dépréciation restent déductibles fiscalement pour leurs associés soumis à l'IS, quelle que soit la durée de détention des titres.

Or, les SPI sont définies par l'article 219 I a sexies-O bis du Code général des impôts comme celles dont l'actif est, à la date de la cession de ces titres ou a été à la clôture du dernier exercice précédant cette cession, constitué pour plus de 50 % de sa valeur réelle par des immeubles, des droits portant sur des immeubles, des droits afférents à un contrat de crédit-bail conclu dans les conditions prévues au 2 de l'article L.313-7 du Code monétaire et financier ou par des titres d'autres SPI (étant indiqué que pour l'application de ces dispositions, ne sont pas pris en considération les immeubles ou les droits portant sur des immeubles lorsque ces biens ou droits sont affectés par l'entreprise à sa propre exploitation industrielle, commerciale ou agricole ou à l'exercice d'une profession non commerciale).

Il découle de ce texte qu'une société est à prépondérance immobilière et que les pertes sur cession de ses titres sont déductibles fiscalement lorsqu'elle présente cette qualité à la date de cession de ses titres ou lorsqu'elle présentait cette qualité à la clôture de l'exercice précédant la cession. Ainsi, à la date de cession des titres

(situation à laquelle il convient d'assimiler la dissolution sans liquidation de la société) elle ne détient plus nécessairement principalement à son actif des immeubles.

De la même façon, les provisions pour dépréciation des titres de SPI sont fiscalement déductibles et l'appréciation de la prépondérance immobilière doit en principe être appréciée de la même façon pour les provisions que pour les pertes sur titres. Il faut rappeler à ce titre que le Conseil d'Etat a annulé, dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, la doctrine administrative (BOI-IS-

BASE-20-20-10-30 n° 70, 31-12-2013) qui précisait, en cas de reprises de provisions résultant de la variation de valeur des titres, que le caractère immobilier prépondérant devait être apprécié à la clôture de l'exercice de la société qui détient les titres (CE, 8^e -3^e s.-s., 14-10-2015, n° 387249).

Ainsi, une société immobilière qui cède des actifs immobiliers et distribue ses plus-values peut se déprécier sans nécessairement perdre pour autant sa qualité de SPI et ses actionnaires ou associés

doivent en tirer alors les conséquences dans les conditions exposées ci-avant.

L'avantage du régime des sociétés de personnes est par ailleurs qu'il permet la «consolidation», au niveau des associés, de l'imposition des plus-values de cession des immeubles et des pertes ou provisions pour dépréciation des titres de filiales. Certes, cette consolidation ne s'opère pas en règle générale au titre du même exercice, mais il ne s'agit plus alors que du coût de portage d'un impôt et non d'une perte égale à l'impôt. Sans doute convient-il également d'être en présence d'associés personnes morales présentant des activités récurrentes pour lesquelles la réalisation de moins-values déductibles ou la dotation de provisions pour dépréciation déductibles n'est pas sans impact, mais force est de considérer que la décote pour impôt latent n'est pas toujours inéluctable. ■

«L'avantage [...] du régime des sociétés de personnes est qu'il permet la "consolidation", au niveau des associés, de l'imposition des plus-values de cession des immeubles et des pertes ou provisions pour dépréciation des titres de filiales.»

Valorisation des sociétés : des conséquences défavorables de la cession d'un immeuble



Par **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



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

Certains cessions immobilières peuvent générer un coût fiscal pour le vendeur, notamment lorsque l'opération de cession porte sur un immeuble ancien, auquel n'est pas rattaché une activité locative en TVA que l'acquéreur entend poursuivre (la cession de ce type d'actif bénéficiant de la dispense de TVA prévue par l'article 257 bis du Code général des impôts - CGI), ou pour lequel l'option pour la taxation de la vente à la TVA ne peut être exercée dans l'acte notarié (lorsque l'acquéreur est marchand de biens et ne peut donc récupérer immédiatement la TVA facturée dans l'acte d'acquisition).

Ce coût provient de l'obligation qui incombe au vendeur d'un immeuble ancien de reverser une partie de la TVA antérieurement déduite.

En effet, la cession d'un immeuble achevé depuis plus de cinq ans est en principe exonérée de TVA mais entraîne corrélativement l'obligation, pour le vendeur, de régulariser la TVA ayant antérieurement grevé l'achèvement, l'acquisition de l'immeuble ou des travaux de rénovation immobilisés qui ont été réalisés sur cet immeuble depuis son achèvement ou son acquisition, conformément à l'article 207-II de l'annexe II au CGI.

La période de régularisation pour les immeubles étant de vingt ans, le montant des régularisations de TVA est égal au montant de la TVA initialement déduite au titre de l'acquisition, l'achèvement ou les travaux, diminuée d'1/20^e par année civile ou fraction d'année civile écoulée depuis la date à laquelle l'immeuble a été acquis, achevé ou les travaux réalisés.

Ce montant doit être reversé par le vendeur sur sa déclaration de TVA souscrite au titre du mois de cession de l'immeuble.

Ce coût pour le vendeur peut être neutralisé lorsque ce dernier transmet à l'acquéreur les droits à déduction équivalents, comme lui offre la possibilité de le faire l'article 207-III-3

de l'annexe II au CGI, sous réserve que le bien constitue pour ce dernier une immobilisation et qu'il soit affecté à une activité taxable.

Toutefois, dans cette hypothèse, rappelons que les régularisations de TVA constituant une charge augmentative du prix de cession de l'immeuble, elles génèrent alors un coût fiscal

supplémentaire pour l'acquéreur, ce dernier devant acquitter des droits d'enregistrement au taux plein sur cette somme (sauf s'il entend prendre un engagement de construire ou de revendre).

En revanche, lorsque le vendeur ne peut pas transférer les régularisations de TVA à l'acquéreur (cas d'une cession d'immeuble à un marchand

de biens ou à un bailleur social par exemple), ces reversements demeurent à sa charge et génèrent ainsi un coût financier pour ce dernier.

En matière d'impôt sur les bénéfices

Une première conséquence, partiellement favorable, peut provenir de l'incidence sur le résultat des régularisations opérées en matière de TVA dans les conditions précédemment rappelées.

En effet et sauf opération anormale, la TVA non déductible peut en principe être retenue en charges pour la détermination du résultat fiscal ; elle n'aurait par ailleurs pas à être immobilisée en l'espèce puisque c'est justement la cession de l'immeuble auquel elle se rattache qui entraîne les régularisations.

Sous réserve de cette incidence purement indirecte, la cession entraîne l'imposition de la plus-value latente.

Il en résulte une conséquence évidente mais néanmoins notable sur la valeur de la société puisque, de façon générale, l'impôt latent n'est répercuté que partiellement sur la valorisation des titres dans la perspective d'une détention à moyen ou long terme.

A valeur immobilière constante, la cession de l'immeuble entraîne donc une dépréciation des

«Les régularisations de TVA constituant une charge augmentative du prix de cession de l'immeuble, elles génèrent alors un coût fiscal supplémentaire pour l'acquéreur.»

titres à concurrence de l'écart entre la décote pour impôt latent (souvent comprise entre 40 et 60 % de l'impôt théorique) et l'impôt résultant effectivement de cette vente.

L'absence d'impact en fiscalité locale des pertes de valeurs immobilières

Il existe une aversion des élus aux évolutions et cela est particulièrement visible lorsque l'on tente de toucher aux valeurs foncières servant d'assiette aux impôts locaux.

Indépendamment des réformes qui ont pu jaloner l'histoire de la fiscalité locale, toutes les tentatives visant à faire évoluer les bases foncières ont eu pour effet de provoquer des réactions des élus locaux et des services vérificateurs.

L'assiette de la taxe foncière, de la taxe d'enlèvement des ordures ménagères, de la cotisation foncière des entreprises et des taxes annexes, est constituée de la valeur

locative foncière déterminée soit par la méthode comparative pour les locaux professionnels non industriels (article 1498 du CGI) et les logements (article 1496 du CGI), soit par la méthode comptable pour les locaux industriels (article 1499 du CGI).

Dans ces méthodes, il n'est pas question d'intégrer les éventuelles pertes de valeurs immobilières. Bien

au contraire, chaque année le Parlement vote de façon unanime une actualisation positive de ces valeurs foncières indépendamment de l'évolution réelle du marché locatif, de sorte qu'inexorablement les bases des impôts locaux augmentent chaque année.

Si la méthode comparative semble particulièrement fermée à toute évolution du prix du marché immobilier, même avec l'instauration de la mise à jour permanente des loyers dans le cadre de la révision cadastrale appliquée depuis 2017, il en est de même pour les locaux industriels puisque la valeur correspond à 8 % du prix de revient d'origine d'entrée au bilan chez son propriétaire.

De plus, plusieurs dispositifs législatifs ont été adoptés pour figer les bases d'imposition à chaque fois que les juridictions ont confirmé la possibilité d'intégrer des évolutions à la baisse du prix de revient des immeubles industriels

justifiant un réexamen de la valeur foncière.

Par exemple, l'article 1499 O-A du CGI fige depuis 2007 la valeur foncière des biens acquis à la suite d'une levée d'option de crédit-bail ou d'un *lease-back*. De même, le législateur n'a eu de cesse de modifier l'article 1518 B du CGI qui prévoit l'instauration d'une valeur plancher en dessous de laquelle la valeur locative d'un immeuble industriel ne peut descendre après une opération de fusion, d'apport partiel d'actif, de scission, de cession d'établissement ou d'une transmission universelle de patrimoine. Ce plancher fixé historiquement à 2/3 en 1976, est passé à 4/5^e en 1992 puis à 90 % en 2006 (au cas d'une société intégrée fiscalement) et enfin à 100 % depuis 2011. Cette fixité est même applicable aux cas de cession isolée d'un immeuble au sein d'un groupe.

Pour les élus, la nécessité de pérenniser des

«Il existe une aversion des élus aux évolutions et cela est particulièrement visible lorsque l'on tente de toucher aux valeurs foncières servant d'assiette aux impôts locaux.»

bases imposables doit leur permettre de maîtriser leurs budgets et leurs investissements sur le long terme.

Mais l'absence de prise en compte des pertes de valeurs immobilières est sans impact sur la valeur ajoutée servant d'assiette à la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises.

Ainsi, les éventuelles provisions pour dépréciation que pourrait comptabiliser une entreprise ne minorent pas sa valeur ajoutée, tout comme les dotations aux amortissements (sauf si l'immeuble est loué pour une durée supérieure à six mois).

Lors d'une cession, les plus et moins-values ne sont prises en compte que pour autant que la cession immobilière relève d'une activité normale et courante. L'expérience des contrôles fiscaux permet de constater que si les plus-values sont régulièrement considérées comme normales et courantes, il n'en va pas de même des moins-values.

Ainsi, la perte de valeur immobilière n'a donc pas droit de cité en fiscalité locale. ■



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

L'impact de la taxe de 3 % sur les immeubles dans les négociations sur le prix



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



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

La taxe de 3 % sur les immeubles a été initialement créée afin de permettre à l'administration fiscale de connaître le nom des personnes physiques détenant, au travers d'entités interposées, des actifs immobiliers français pour les besoins de l'impôt de solidarité sur la fortune. Hormis les cas d'exonération spécifiques, elle n'a pas vocation à s'appliquer dès lors que toutes les entités interposées entre l'immeuble et les personnes physiques, détenant indirectement l'immeuble, dévoilent chaque année, spontanément ou sur demande de l'administration fiscale, les noms et adresses de leurs actionnaires ainsi que l'adresse et la valeur vénale des immeubles détenus au 1^{er} janvier. En pratique, l'obligation est satisfaite par l'envoi du formulaire n° 2746 dûment complété et signé. Lorsque cette obligation déclarative n'est pas respectée, la taxe n'est due que si l'obligation déclarative n'est pas satisfaite dans les trente jours

suivant la première demande de régularisation envoyée par l'administration fiscale. Les sanctions attachées au manquement de cette obligation déclarative sont importantes (3 % par an de valeur vénale de l'immeuble avec application d'un délai de prescription de six ans et d'une solidarité entre toutes les entités interposées) et la gestion du risque y afférent fait souvent l'objet de négociations longues et difficiles dans le cadre de transactions portant sur des sociétés à prépondérance immobilière (*share deals*). En pratique, les vendeurs acceptent très rarement l'application d'une décote sur le prix proportionnelle au montant du risque, compte tenu des montants en jeu qui peuvent parfois dépasser le prix d'acquisition des titres. En revanche, la situation la plus courante consiste à demander au vendeur ainsi qu'à l'ensemble des entités interposées dans la chaîne de détention des actifs de préparer les formulaires n° 2746 au titre des années non prescrites et à les placer sous séquestre. Une convention de séquestre déter-

minant les conditions dans lesquelles l'acquéreur ou toute autre entité interposée sera autorisée à utiliser les documents séquestrés est alors signée entre les parties. En pratique, il est usuel de restreindre l'accès à cette documentation à deux situations :

- en cas de demande de régularisation formulée par l'administration fiscale ; et
- en cas de revente du portefeuille par l'acquéreur dans un délai ne permettant pas de purger totalement le risque pour le nouvel acquéreur. Dans ce deuxième cas, le séquestre de la documentation permet à l'acquéreur initial, devenu vendeur, de

ne pas concéder lui-même de décote sur le prix ou de garantie de passif spécifique. Lorsque le séquestre de documents n'est pas possible, les négociations entre les parties peuvent alors aboutir à un séquestre d'une partie du prix. Une telle démarche n'est évidemment envisageable que lorsque les montants en jeu sont nettement inférieurs au prix d'acquisition. La convention de séquestre prévoit alors

la plupart du temps une libération progressive du prix au fur et à mesure de l'acquisition de la prescription.

Enfin, lorsque le principe même du séquestre n'est pas acceptable, le vendeur peut concéder à l'acquéreur une garantie de passif. L'acquéreur avisé exigera souvent que cette garantie soit assortie d'une garantie autonome à première demande octroyée par une banque. Cette «garantie de la garantie» entraîne alors généralement pour le vendeur le blocage des sommes concernées ainsi que le paiement d'une commission à la banque. De ce fait, elle donne souvent lieu à d'âpres négociations dans le but de déconnecter le montant de la garantie de passif du montant de la garantie de la garantie et ainsi réduire le montant des sommes bloquées par la banque. Si cette réduction n'est pas acceptée par l'acquéreur, les vendeurs ont alors tout intérêt à revenir au principe du séquestre du prix avec libération progressive des sommes dès lors que le séquestre exerce généralement sa mission à titre gratuit. ■

«La gestion du risque fait souvent l'objet de négociations longues et difficiles dans le cadre de transactions portant sur des sociétés à prépondérance immobilière.»

Stock immobilier : un actif dont la dépréciation a ses limites

Provision pour dépréciation ou pour perte ? Le Conseil d'Etat vient de réaffirmer dans une décision la nuance à opérer au plan fiscal pour ce qui concerne les stocks et plus particulièrement les encours de production dans le cadre d'une opération de promotion immobilière.

Quand un immeuble est inscrit à l'actif immobilisé d'une société dont la comptabilité est commerciale, sa dépréciation ne concerne que les constructions et résulte de l'effet du temps. La durée de l'amortissement varie selon l'utilisation au plan comptable et selon les durées d'usage au plan fiscal.

Mais si l'immeuble a vocation à être cédé (avec ou sans travaux préalables à la revente) il constitue un actif circulant et ne peut faire l'objet d'une dépréciation automatique. Il est alors soumis, comme tout élément du stock, à une règle d'évaluation annuelle consistant, au plan fiscal

(article 38-3 du Code général des impôts - CGI), à ce qu'il soit évalué à chaque clôture d'exercice à son prix de revient ou au cours du jour de la clôture si ce cours est inférieur au prix de revient.

S'agissant d'un terrain et de constructions pour lesquels il n'existe pas de cours de référence, il peut être délicat de s'écarter du prix de revient, sauf à pouvoir démontrer que leur prix de vente présumé

est devenu inférieur à leur coût de revient ou au montant définitif de ce coût une fois déterminé l'ensemble des dépenses restant à engager pour les mettre en état d'être vendus.

Une décision récente du Conseil d'Etat rappelle en outre que lorsque des travaux immobiliers constituent des en-cours de production, destinés à être incorporés au prix de revient du stock, ils ne peuvent, du seul fait qu'ils sont destinés à s'incorporer à celui-ci, faire l'objet d'une dépréciation sans respecter les conditions générales de déductibilité des provisions. Rappelons qu'il s'agit en principe des travaux inachevés à la clôture de l'exercice qui n'ont ni fait l'objet, en totalité ou en partie, d'une réception provisoire, ni été mis à la disposition du maître d'œuvre. Ces éléments

doivent être retenus pour leur prix de revient, la jurisprudence ayant déjà affirmé ce principe même quand leur rémunération est aléatoire (CE, 26 juillet 2011, n° 316081).

A nouveau, et dans un contexte de promotion immobilière, la Haute juridiction considère que les productions en cours ne peuvent qu'éventuellement donner lieu à une provision pour perte conformément à l'article 39-1-5° du CGI. Dans cette affaire (CE, 1^{er} octobre 2018, n° 408594, SAS Hermitage), la société avait acquis un ensemble immobilier destiné à être démolit dans le cadre de la réalisation d'un

programme de construction-vente. Devant le retard pris pour la réalisation du projet en raison de la multiplication de procédures contentieuses et des difficultés pour obtenir des autorisations administratives, il avait été décidé de déprécier le terrain et les constructions. Cette dépréciation avait été déterminée à hauteur du montant cumulé des frais financiers engagés depuis sa création, ce surplus de coût étant directement lié aux retards pris par le programme.

Après avoir rappelé les principes précités, les juges

ont estimé que cette provision ne pouvait être déductible au plan fiscal puisqu'aucun élément du dossier n'aurait été de nature à prouver la probabilité et le montant de la perte future. Si cette décision ne fait que réaffirmer le principe de déduction des provisions, elle n'oppose aucune interdiction de principe à la déduction d'une provision sur stock, mais elle rappelle que s'agissant des encours de production, cette déductibilité est conditionnée au respect des conditions applicables à toute provision pour perte. Un exercice qui nécessite de produire une estimation chiffrée suffisamment détaillée et documentée, établissant non pas seulement l'éventualité mais la probabilité de la perte sur revente future. ■



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

Restructuration d'un immeuble et changement de son mode d'utilisation : impacts financiers et juridiques



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

Lors de la restructuration d'un immeuble existant afin d'y accueillir un nouveau projet et notamment un nouveau mode d'utilisation, le propriétaire sera confronté à de multiples contraintes et à la nécessité d'obtenir plusieurs autorisations. Ces contraintes et autorisations peuvent impacter négativement la valorisation de l'immeuble.

Règles de destination et autorisations d'urbanisme

La restructuration d'un immeuble, qu'elle soit à destination constante ou non, exige de s'enquérir des règles d'urbanisme régissant la destination de l'immeuble et de vérifier si une autorisation d'urbanisme est nécessaire compte tenu du changement de destination (ou sous-destination) envisagé.

Lorsque le projet de restructuration s'accompagne d'une modification du mode d'utilisation de l'immeuble, il apparaît évident de s'assurer que les prescriptions du plan local d'urbanisme (PLU) relatives aux modes d'utilisation interdits ou soumis à conditions ne s'opposent pas à la transformation projetée. Ce sera le cas des règles qui interdisent telle ou telle destination dans la zone ou des règles qui imposent le maintien de la destination existante de l'immeuble en tout ou partie. C'est ainsi que la transformation d'un immeuble de commerce en bureau peut s'avérer impossible ou que le maintien de la destination d'habitation existante s'imposera. Néanmoins, le PLU peut également comporter des prescriptions imposant à toute opération de réhabilitation ou de restructuration une destination autre que la destination existante dont le maintien est pourtant souhaité par le propriétaire. Le PLU peut par exemple imposer la réalisation de logements locatifs ou de logements locatifs sociaux ou encore de surface de plancher à des-

tinuation commerciale le long de certaines voies (en ce sens, articles UG 2.2.2 et 2.2.3 du PLU de Paris) dès lors qu'une opération de construction neuve, de restructuration lourde ou de changement de destination est prévue sur l'immeuble. L'ensemble de ces prescriptions a pour effet, au mieux, de contraindre l'opération de restructuration et, au pire, de rendre économiquement ou juridiquement impossible cette opération alors même que l'état de l'immeuble l'exigerait. Ces contraintes s'avèrent bien susceptibles d'obérer significativement la valeur de l'actif.

Autorisation de changement d'usage

L'usage qui est fait d'un immeuble peut également impacter le projet envisagé - non seulement d'un point de vue administratif mais également financier - dès lors que la transformation de tout ou partie d'un immeuble à usage d'habitation est envisagée¹. En effet, une autorisation administrative doit être sollicitée afin d'affecter de tels locaux à un autre usage à Paris, Lyon et Marseille, notamment, ainsi que dans les communes des départements des Hauts-de-Seine, de la Seine-Saint-Denis et du Val-de-Marne (article L.631-7 du Code de la construction et de l'habitation).

Cette autorisation peut être subordonnée à une compensation². La compensation suppose que le demandeur d'un changement d'usage :

- propose en compensation des locaux à autre usage que l'habitation dont il est propriétaire et qu'il va transformer en logements ; ou
- achète un titre de compensation (ou commercialité) auprès d'un tiers, propriétaire de locaux affectés à un autre usage que l'habitation (bureaux, commerces, etc.) qu'il va transformer en logements.

La compensation consiste ainsi en un transfert de la commercialité d'un local à autre usage que l'habitation vers un local d'habitation, permettant à ce dernier d'obtenir un changement d'usage à

«La compensation consiste ainsi en un transfert de la commercialité d'un local à autre usage que l'habitation vers un local d'habitation.»

1. Les locaux d'habitation s'entendent de tous les locaux d'habitation ainsi que leurs annexes quels que soient les parcs dont ils relèvent, privé ou public, et leur date de construction. Cela inclut notamment les résidences pour personnes âgées et les résidences étudiantes. Les résidences de tourisme ne sont en revanche pas considérées comme des locaux à usage d'habitation.

2. A Paris, par exemple, les autorisations délivrées à titre personnel pour les locaux suivants ne font pas l'objet de compensation : locaux occupés par une association, une fondation ou une profession libérale dans certains cas, pour l'exercice d'une mission d'intérêt général notamment.

caractère réel, c'est-à-dire définitif.

Ce type de transformation, aucunement neutre financièrement, peut ainsi faire obstacle à des projets de transformation dès lors qu'ils affectent des immeubles d'habitation.

Taxe pour création de bureaux, locaux commerciaux et de stockage (TCBCE)

La restructuration d'un immeuble peut également être assujettie au paiement d'une taxe spécifique, en région Ile-de-France, dès lors qu'elle s'accompagne d'un changement d'affectation au sens de l'article L.520-2 du Code de l'urbanisme.

Ainsi, à titre d'illustration, dès lors que des locaux d'habitation sont transformés en bureaux ou en commerces ou que des commerces sont transformés en bureaux, la taxe est due.

Le montant de cette taxe n'est pas neutre non plus, son montant en 2018 étant de 407,64 euros/m² pour les bureaux, 131,46 euros/m² pour les locaux commerciaux, 14,28 euros/m² pour les locaux de stockage à Paris et dans les Hauts-de-Seine. Chaque mètre carré transformé, sauf exception, est assujéti. Il n'existe pas de seuil, contrairement à la taxe annuelle, en-deçà duquel la taxe n'est pas due.

Cette transformation est habituellement déclarée à l'occasion d'une demande d'autorisation d'urbanisme (permis de construire ou déclaration préalable).

Eviction des locataires présents dans l'immeuble

Le redéveloppement d'un immeuble nécessite au préalable l'éviction des locataires, phase qui peut prendre un certain temps et qui doit être prise en compte financièrement.

En effet, le propriétaire ne peut mettre fin à un bail commercial, pour son terme ou pendant la période de tacite prolongation, qu'en signifiant un congé avec refus de renouvellement et offre d'indemnité d'éviction, ce qui implique d'adapter le projet de reconstruction aux échéances des baux. La délivrance de ce congé ouvrira la pé-

riode de négociation avec le locataire ainsi que le démarrage du calendrier judiciaire de cette procédure d'éviction qui s'étire généralement sur trois à quatre ans avant d'avoir une décision définitive fixant le montant de l'indemnité. Cette durée est due à la nécessité de recourir à une procédure d'expertise judiciaire pour fixer le montant de l'indemnité d'éviction et au fait que l'exécution provisoire n'est jamais ordonnée par le Tribunal de grande instance puisque le bailleur a toujours la possibilité de revenir sur sa décision et d'offrir le renouvellement du bail en exerçant son droit de repentir (article L.145-58 du Code de commerce).

S'agissant du coût de l'indemnité d'éviction, si celle-ci s'avère généralement peu élevée pour les baux à usage exclusif de bureaux, les indemnités d'éviction des boutiques constituent un poste financier particulièrement important d'une opération de restructuration.

En effet, l'éviction entraîne soit la perte du fonds de commerce (indemnité de remplacement), soit un simple déplacement du fonds de commerce sans perte de clientèle (indemnité de déplacement).

L'indemnité d'éviction principale sera calculée en fonction de la valeur du droit au bail en cas de déplacement du fonds de commerce et en cas de perte de fonds

de commerce si la valeur du fonds est inférieure à la valeur du droit au bail. Cette valeur du droit au bail, qui se calcule à l'aide de la méthode du différentiel de loyer (soit la différence entre la valeur locative de marché et le loyer théorique de renouvellement), est particulièrement importante, notamment à Paris, où les valeurs locatives de marché sont élevées. Le bailleur n'arrivera à diminuer la valeur du droit au bail qu'en incluant dans les baux commerciaux une clause de fixation du loyer de renouvellement à la valeur locative de marché. L'emplacement de la boutique aura également des conséquences sur la valeur du droit au bail puisqu'un coefficient de 3 à 12 est appliqué à celle-ci. ■



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 **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

Dépréciation immobilière : la double peine ?



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



et **Romain Berger**, avocat en fiscalité. Spécialisé en impôts directs, il intervient notamment dans le cadre d'opérations de restructuration dans le domaine de l'immobilier.
romain.berger@cms-fl.com

Au grand dam des contribuables, la perte de valeur d'un actif immobilier ne se résume pas nécessairement à une «mauvaise» opération économique. Dans de nombreux cas, le législateur fiscal a en effet encadré et limité la déduction des dépréciations immobilières, qu'elles soient temporaires ou définitives.

Pour les particuliers agissant à titre patrimonial, la possibilité d'obtenir un avantage fiscal d'une perte de valeur immobilière est, en règle générale, purement et simplement exclue. A défaut de comptabilité commerciale, la dépréciation temporaire (provision ou amortissement) n'est pas possible. Quant à la perte définitive, dans le cadre du régime des plus-values immobilières, elle n'est en principe ni déductible, ni imputable sur les plus-values de même nature, qu'elle résulte de la vente d'un immeuble en direct ou de parts d'une société à prépondérance immobilière (SPI) translucide (Code général des impôts - CGI - article 150 VD).

Seules les moins-values de cession de sociétés immobilières assujetties à l'impôt sur les sociétés (IS) peuvent, le cas échéant et dans certaines conditions, être imputées sur des plus-values relevant de la même catégorie... qui est celle des plus-values mobilières.

Le sort réservé aux entreprises commerciales est quant à lui plus favorable. En effet, qu'elles soient la conséquence de la cession d'un immeuble ou encore de la cession des titres de SPI (assujetties ou non à l'IS), les moins-values immobilières réalisées par les entreprises sont déductibles du résultat dans les conditions de droit commun ou, *a minima*, s'imputent sur les plus-values nettes à long terme de même nature s'il s'agit de titres de SPI cotées (CGI, article 219, I-a-9^e al.).

Potentiellement, les dépréciations temporaires sont également déductibles pour les entreprises, dans les mêmes conditions que les moins-values de cession. Le législateur a néanmoins entendu limiter la déductibilité des dotations aux provisions constituées à raison des immeubles

de placement et des parts de SPI, si la dépréciation qu'elles représentent est compensée par des plus-values latentes sur des actifs de même nature (CGI, article 39, 1-5^e ; CGI, article 209, VI). En définitive, l'observation de ces situations variables en matière de déduction des dépréciations d'actifs immobiliers induit trois constats. En premier lieu, la double peine existe pour les particuliers, mais elle n'est en principe que le corollaire d'un régime d'imposition des plus-values immobilières qui peut être avantageux (abattement pour durée de détention pouvant aller jusqu'à l'exonération).

En deuxième lieu, il n'existe pas de principe général applicable en matière fiscale aux dépréciations d'actifs immobiliers. La qualité du cédant et/ou du propriétaire, le mode de détention et la nature du bien objet de la dépréciation sont autant d'éléments qui influent sur le régime fiscal de la dépréciation.

En troisième lieu, le régime de la dépréciation est d'autant plus incertain lorsqu'elle porte sur les titres d'une SPI. La qualification de la prépondérance immobilière est en effet à géométrie variable en matière fiscale, tant par ses multiples définitions (selon les régimes et impôts concernés) que par la date à laquelle il convient de l'apprécier. A titre d'illustration de cette incertitude pour les entreprises, le Conseil d'Etat a

annulé le 14 octobre 2015 la doctrine administrative qui précisait, pour le régime des provisions pour dépréciation des titres de SPI, que la prépondérance immobilière de la filiale devait nécessairement s'apprécier à la date de clôture de l'exercice de la société mère et le législateur n'est pas encore intervenu pour combler le trou. L'incertitude qui peut affecter le régime fiscal de la dépréciation s'ajoute ainsi aux inquiétudes générées par la perte de valeur de l'actif. ■

«Il n'existe pas de principe général applicable en matière fiscale aux dépréciations d'actifs immobiliers.»

Cession de titres immobiliers : quelles garanties contre le risque de perte de valeur ?

Le choix de l'acquéreur d'un immeuble d'opter pour l'achat des titres de la société détenant ledit actif au lieu de l'immeuble peut résulter d'une multitude de facteurs : avantage fiscal pour le vendeur ou pour l'acquéreur, reprise d'une structuration efficiente déjà en place, etc. Néanmoins, de par la reprise d'une personne morale existante et acteur dans le passé, l'acquéreur en continue l'exercice qui, pour la société cible, reste ininterrompu, malgré le changement d'associé.

La reprise d'une société existante soulève ainsi la question du traitement de son passif. A l'occasion du transfert de propriété, il est usuel pour le cédant de faire certaines

déclarations et garanties relatives à la société cible au profit du cessionnaire. Plus précisément, les parties doivent se mettre d'accord sur la consistance, les caractéristiques, le patrimoine et les dettes de la société.

C'est en raison de l'évaluation de ces points clés que le cessionnaire accepte la reprise de la société et le prix payé par le cessionnaire résulte,

d'une part, de la valeur conventionnelle de l'immeuble objet principal de la cession et, d'autre part, des caractéristiques et du patrimoine de la société détenant l'immeuble. Afin d'en avoir la connaissance la plus précise possible, le cédant met à disposition du cessionnaire des documents dans le cadre de l'audit d'acquisition. En complément de cette documentation, le cédant émet des déclarations relatives à la société et promet au cessionnaire l'exactitude desdites déclarations et garanties.

Toutefois, le cessionnaire peut découvrir postérieurement à la cession que les caractéristiques promises ne correspondent pas à la réalité. Par exemple, une créance auprès d'un locataire s'avère plus faible que provisionnée ou bien une facture exigible n'a pas été provisionnée dans les comptes de la société. En conséquence, la société cible subit postérieurement à la cession

une perte de valeur et on peut aisément constater que si le cessionnaire avait eu connaissance de la réalité de la situation financière de la société cible, il aurait déduit du prix les pertes de valeur de la société constatées.

En raison de ce risque de perte de valeur de la société, le cessionnaire tentera de négocier une garantie de passif suffisante pour couvrir le risque, qu'il estime réaliste et probable, qu'une ou plusieurs déclarations du cédant s'avèrent inexactes ou incomplètes. Les garanties de passif, pour être efficaces pour le cessionnaire, doivent répondre à des exigences de liquidité, de

facilité de mise en œuvre et de sécurité pérenne pendant toute leur durée. Cette durée est l'objet de négociations entre les parties, le cessionnaire tentant naturellement d'obtenir la durée la plus longue possible, contrairement au cédant.

S'agissant des garanties employées, nous constatons, outre les mécanismes classiques comme la mise en place de séquestres ou la remise de cautions ou garanties à première demande, la conclusion d'assurances garantie de passif. Ce mécanisme d'influence anglo-saxonne consiste à faire garantir les déclarations et garanties du cédant par une assurance. Côté cédant, il sera privilégié la mise en place d'une garantie qui lui permet d'accéder rapidement au prix de vente, souvent destiné à être distribué au profit de ses actionnaires.

Les parties définissent dans le contrat de cession le mécanisme de mise en œuvre de la garantie de passif, sa durée et son éventuel plafond. En outre, les parties conviennent du formalisme applicable et des pièces à joindre à la réclamation du cessionnaire permettant de définir le préjudice subi par ce dernier en raison de l'inexactitude ou du caractère incomplet de la déclaration sur laquelle se fonde cette réclamation. ■



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

«Si le cessionnaire avait eu connaissance de la réalité de la situation financière de la société cible, il aurait déduit du prix les pertes de valeurs de la société constatées.»

Lorsque la perte de valeur d'un immeuble résulte d'une servitude publique



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

Un bien immobilier peut connaître une perte de valeur significative, voire perdre toute sa valeur, au gré de son classement par un document d'urbanisme. Si d'autres servitudes publiques peuvent avoir des effets comparables sur les biens, en matière d'urbanisme le législateur est intervenu pour définir et imposer un principe de non-indemnisation, comportant des exceptions limitées, complétées par le juge administratif sous la pression du droit conventionnel. Pour l'article L.105-1 du Code de l'urbanisme, n'ouvrent droit à aucune indemnité les servitudes instituées par ce même code en matière de voirie, d'hygiène et d'esthétique ou pour d'autres objets et concernant, notamment, l'utilisation du sol, la hauteur des constructions, la proportion des surfaces bâties et non bâties dans chaque propriété, l'interdiction de construire dans certaines zones et en bordure

de certaines voies et la répartition des immeubles entre diverses zones.

La loi prévoit toutefois deux exceptions en indiquant qu'une indemnité est due en présence d'une atteinte à des droits acquis ou d'une modification de l'état antérieur des lieux.

Encore faut-il que ces deux exceptions causent un dommage direct, matériel et certain à la propriété concernée. Alors que l'hypothèse de la modification de l'état des lieux par un document d'urbanisme semble revêtir un caractère théorique, c'est en conséquence sur le terrain des droits acquis que le juge peut engager la responsabilité de la personne publique compétente. L'article L.105-1 précise que, à défaut d'accord amiable, l'indemnité due est fixée par le Tribunal administratif, qui tient compte de la plus-value donnée aux immeubles par la réalisation du plan local d'urbanisme approuvé ou du document en tenant lieu. La rigueur de l'interprétation de l'article L.105-1 par le juge administratif a paradoxalement conduit ce dernier à envisager une hypothèse supplémentaire d'indemnisation au regard de l'article 1 du premier protocole additionnel à la Convention

européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CEDH) portant sur le droit de propriété. Afin d'assurer la compatibilité de l'article L.105-1 avec les stipulations de la CEDH, le Conseil d'Etat a rappelé en premier lieu que ces dispositions subordonnent le principe de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme qu'elles édictent à la condition que ces servitudes aient été instituées légalement, aux fins de mener une politique d'urbanisme conforme à l'intérêt général et dans le respect des règles de compétence, de procédure et de forme prévues par la loi. Le Conseil d'Etat précise que ces deux hypothèses d'indemnisation ne font pas obstacle à ce que le propriétaire dont le bien est frappé d'une servitude prétende à une indemnisation à un autre titre. Cette indemnisation sera due dans le cas exceptionnel où l'ensemble des conditions et circonstances dans lesquelles la servitude

a été mise en œuvre fait supporter au propriétaire une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi¹.

Cette décision n'est pas une corne d'abondance pour les propriétaires impactés par les documents d'urbanisme. En 2016, le Conseil d'Etat a admis qu'une carte communale avait eu pour effet, en procédant

au classement d'une propriété en zone inconstructible, d'amoindrir la valeur vénale de cette propriété qui occupait une partie substantielle du territoire de la commune, et de compromettre définitivement des projets d'aménagement. La commune devait, en conséquence, être regardée comme ayant fait peser sur la société propriétaire, qui était seule affectée par ce classement, une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi. Les 160 hectares concernés avaient été acquis en vue de la réalisation d'un programme immobilier comprenant un complexe hôtelier, plusieurs golfs et des habitations, après modification du plan d'occupation des sols. Enfin, cette société avait engagé d'importants travaux en vue de la réalisation de ce projet qui bénéficiait, à l'origine, du soutien communal². ■

«Le législateur est intervenu pour définir et imposer un principe de non indemnisation, comportant des exceptions limitées, complétées par le juge administratif.»

1. CE, 3 juillet 1998, Bitouzet, n° 158592.

2. CE, 29 juin 2016, société Château Barrault, n° 375020.

Réévaluation libre d'immeubles d'une SCI : quelles incidences fiscales ?

En principe, les actifs sont inscrits au bilan d'une entreprise selon leur valeur historique. Ils peuvent toutefois, dans certains cas, être librement réévalués afin de prendre en compte leur valeur actuelle. Par une décision du 19 septembre 2018 (n° 409864), le Conseil d'Etat juge que la réévaluation libre d'actifs effectuée par une société civile immobilière (SCI) n'ayant pas opté pour son assujettissement à l'impôt sur les sociétés (IS) et dont les associés sont des personnes physiques non soumises à l'impôt sur les bénéfices, est dépourvue de conséquences fiscales.

Dans cette affaire, la SCI, qui exerce une activité civile de location d'immeubles nus, était détenue exclusivement par des personnes physiques et n'avait pas opté pour l'IS. Elle décide de procéder à une réévaluation libre de ses actifs et, une fois l'écart de réévaluation capitalisé, l'intégralité de ses parts sociales sont apportées à une autre SCI soumise à l'IS. À la suite d'un contrôle fiscal, l'Administration remet en cause les amortissements pratiqués sur la base de la valeur réévaluée de ses actifs.

Le Conseil d'Etat confirme ici l'analyse de la cour administrative d'appel de Nantes au sujet de l'obligation ou non de tenir une comptabilité commerciale. En tant que société non soumise à l'IS et détenue par des personnes physiques, la SCI n'avait pas la qualité de commerçant. Elle n'était donc pas astreinte à la tenue d'une comptabilité commerciale pour la détermination des revenus imposables de ses associés et ne pouvait pas se prévaloir des dispositions de l'article L.123-18 du Code de commerce pour justifier de procéder à une réévaluation libre de ses immeubles.

Partant de ce constat, la Haute juridiction confirme les rehaussements opérés par l'Administration et estime qu'une telle réévaluation est dépourvue de conséquence sur le plan fiscal. La SCI, tenue de déclarer ses résultats ultérieurs selon les règles applicables en matière d'IS, pouvait seulement déduire des amortissements calculés sur la base de la valeur d'origine des

immeubles, et non sur la base de la valeur résultant de la réévaluation. Autrement dit, en l'absence de taxation de l'écart de réévaluation des immeubles, le surplus des amortissements dû à cette réévaluation ne peut être déductible des résultats constatés chez l'associé personne morale soumise à l'IS.

La situation est différente pour les sociétés commerciales dont le résultat doit être déterminé selon les règles de l'article 38, 2 du Code général des impôts (CGI) à partir de l'accroissement de la valeur de l'actif net entre l'ouverture et la clôture de l'exercice. Dans ce cas, la réévaluation se traduit par l'imposition du produit correspondant à cet accroissement et, en contrepartie, par la

«En l'absence de taxation de l'écart de réévaluation des immeubles, le surplus des amortissements dû à cette réévaluation ne peut être déductible.»

possibilité de calculer les amortissements sur la base de valeur réévaluée. Quant à une SCI non soumise à l'IS détenue, en tout ou partie, par une société soumise à l'IS, elle doit déterminer la part de bénéfice correspondant au droit de cet associé, conformément aux dispositions de l'article 238 bis K

du CGI. Dès lors, elle applique réévaluations et amortissements pour la quote-part afférente à cet associé.

Cette récente décision qui dicte une absence de conséquence fiscale en cas de réévaluation libre d'actifs par une SCI relevant de l'article 8 du CGI (détenue par des personnes physiques) mérite d'être mise en perspective avec un autre arrêt du Conseil d'Etat (CE, 12 juillet 2013, n° 338278, société Cofathim). La Haute juridiction y jugeait alors que le transfert de sommes inscrites au compte d'écart de réévaluation sur des comptes courants d'associés entraînait la taxation, entre les mains des associés personnes physiques, de la plus-value latente correspondante. ■



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

L'intitulé ne fait pas la promesse



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

Le juge n'est pas tenu par la qualification du contrat donnée par les parties. Ce principe reçoit aussi application en matière d'avant-contrats immobiliers. La Cour de cassation vient de le rappeler à propos des promesses de vente dans un arrêt du 7 juin 2018¹.

En l'espèce, une convention intitulée « promesse synallagmatique de vente et d'achat » a été conclue sous seing privé ; les conditions suspensives ont été réalisées mais le bénéficiaire de la promesse a refusé de signer l'acte authentique. Il a assigné le promettant, d'une part, en disqualification en promesse unilatérale de vente et, d'autre part, en prononcé de sa nullité corrélative, faute d'enregistrement dans les dix jours de sa signature conformément à l'article 1589-2 du Code civil. La Cour de cassation a approuvé les juges d'appel² d'avoir accueilli ces demandes.

En effet, l'ambiguïté des termes de la promesse rendait nécessaire son interprétation par les juges, qui y ont procédé de façon souveraine.

Plusieurs termes de la promesse ont milité en faveur de sa disqualification de « synallagmatique » en unilatérale : la stipulation d'une date de « levée d'option », la présence d'une indemnité d'immobilisation, acquise au promettant en cas de renonciation à acquérir par le bénéficiaire (d'un montant égal à 10 % du prix de vente) et enfin l'impossibilité pour le propriétaire de se rétracter. La promesse unilatérale (désormais définie par l'article 1124 du Code civil) se caractérise par un engagement ferme du promettant et une absence d'engagement du bénéficiaire. La somme éventuellement versée par le bénéficiaire est une indemnité d'immobilisation qui rémunère le promettant en contrepartie de l'indisponibilité de son bien pendant la durée offerte au bénéficiaire pour lever, ou non, l'option qui lui est consentie. A l'inverse, lorsque la promesse est synallagmatique, la somme versée est qualifiée de dédit (ou, quelquefois, d'arrhes) et permet à une partie de se défaire unilatéralement d'une obligation à laquelle elle s'est obligée. Il ne s'agit plus d'une

rémunération mais de dommages et intérêts. Pendant longtemps, la Cour de cassation a adopté une approche subjective des promesses en analysant la teneur réelle de l'engagement de l'acquéreur. Ainsi, s'il était relevé que l'indemnité d'immobilisation versée était très élevée, il en était déduit que le bénéficiaire de la promesse ne pouvait en réalité pas décider de ne pas acquérir et la promesse était en pareil cas qualifiée de synallagmatique³.

Elle semble par la suite avoir abandonné cette solution pour une approche objective : le critère de qualification ne porte plus sur la teneur de l'engagement du bénéficiaire mais sur l'existence, ou non, d'une asymétrie d'obligations ; dès lors que le bénéficiaire dispose d'un droit d'option et que le promettant n'en dispose pas

alors la promesse est qualifiée d'unilatérale. Peu importe la réalité effective du droit d'option⁴, l'absence de ce dernier suffit pour entraîner la qualification en promesse synallagmatique⁵.

C'est dans cette approche que s'inscrit l'arrêt du 7 juin 2018 : c'est bien l'observation d'un « déséquilibre significatif » entre les obligations des parties qui empêche la promesse en cause de revêtir le

«C'est bien l'observation d'un "déséquilibre significatif" entre les obligations des parties qui empêche la promesse en cause de revêtir le caractère synallagmatique.»

caractère synallagmatique que lui prêtait pourtant son intitulé.

Les parties doivent donc être vigilantes lors de la rédaction ; les clauses de la promesse conclue doivent s'accorder avec sa nature et son intitulé. Outre le cas où le bénéficiaire ne s'engage pas à acquérir, entraînant inéluctablement la disqualification en promesse unilatérale, il faut aussi relever l'incongruité de la présentation du futur acte notarié comme « réitérant » l'accord contenu dans une promesse unilatérale. A l'heure où de nombreux rédacteurs usent du « copier-coller » de passages d'avant-contrats de natures différentes, une relecture attentive (pour s'assurer de la cohérence des mécanismes et de la terminologie employée) s'impose. A défaut les (mauvaises) surprises apparaissent lors du dénouement. ■

1. Cass. civ. 3^e, 7 juin 2018, n° 17-18.670.

2. CA Paris, 24 mars 2017, n° 15/15898.

3. Cass. com., 13 février 1978, n° 76-13.429.

4. Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 2010, n° 90-65.673, jugeant que le fait que le dépôt de garantie soit presque égal au prix ne permet pas de disqualifier la promesse.

5. Cass. civ., 23 janvier 1991, n° 89-10.489.

Opérations immobilières : nouvelles opportunités de déduction de TVA pour les organismes de droit public

Un organisme de droit public peut déduire une fraction de la TVA acquittée lors de l'acquisition ou de l'achèvement d'un bien d'investissement immobilier, même lorsque ce bien n'a pas été initialement affecté à la réalisation d'opérations taxables à la TVA.

Cette position récemment adoptée par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 25 juillet 2018, C-140/17, Gmina Ryjewo), nuance très sensiblement sa jurisprudence antérieure, issue notamment de l'arrêt Lennartz (du 11 juillet 1991, aff. C-97/90), résumée par l'administration fiscale dans les termes suivants : «Aucune régularisation n'est (...) à opérer s'agissant des biens dont le coefficient d'assujettissement initial est nul, c'est-à-dire des biens qui, dès l'origine, n'ont pas été affectés par un assujetti agissant en tant que tel à la réalisation d'opérations placées dans le champ d'application de la taxe» (BOI-TVA-DED-60-10, n° 30).

Désormais, la Cour reconnaît que le fait de ne pas avoir immédiatement affecté l'immeuble à une activité économique ne présume pas obligatoirement de la qualité de non-assujetti de l'acquéreur et n'exclut donc pas nécessairement et définitivement toute possibilité de déduction de TVA.

Elle juge que même lorsqu'au moment de l'acquisition de l'immeuble, la seule intention affichée par l'organisme public est de l'affecter à un usage public, cette affectation initiale n'exclut pas que l'immeuble soit utilisé à des fins économiques, ne serait-ce que partiellement.

La Cour note à cet égard qu'il peut en être ainsi lorsque la nature du bien rend possible son utilisation économique. Sachant qu'une location est une activité économique, tout immeuble semble ainsi pouvoir respecter ce critère.

Il faut par ailleurs que l'acquisition du bien immo-

bilier d'investissement par l'organisme public soit intervenue dans les mêmes conditions qu'un achat réalisé par un opérateur privé, ce qui paraît exclure tous les immeubles acquis par une voie exorbitante du droit commun (expropriation par exemple). De même, la Cour accorde une importance majeure au fait que l'organisme public était enregistré comme assujetti à la TVA préalablement à son acquisition de l'immeuble. Cela permet de démontrer que l'organisme avait *a minima* la capacité d'agir comme un assujetti, en dépit de l'utilisation non économique du bien dans un premier temps.

«Ne pas avoir immédiatement affecté l'immeuble à une activité économique ne présume pas obligatoirement de la qualité de non-assujetti de l'acquéreur et n'exclut donc pas [...] toute possibilité de déduction de TVA.»

Cette approche s'inscrit dans la lignée d'une autre affaire dans laquelle la CJUE a admis la possibilité de déduire l'intégralité de la TVA ayant grevé des investissements immobiliers d'abord mis à disposition gratuitement du public, mais permettant de réaliser ultérieurement des opérations taxables, dès lors qu'il existe un lien direct et immédiat entre les dépenses d'investissement et les futures opérations taxables (affaire «Sveda» UAB du 22 octobre 2015, 126/14, 5^e ch.). En pratique, cette jurisprudence crée de réelles opportunités lorsque l'orga-

nisme public cède l'immeuble en qualité d'assujetti (ce que l'administration fiscale rend largement possible à en croire ses commentaires au BOI-TVA-IMM-10-10-10-10, n° 110 à 140) et que cette mutation est taxée à la TVA de plein droit (immeubles achevés depuis moins de cinq ans et terrains à bâtir) ou sur option (immeubles achevés depuis plus de cinq ans et terrains autres qu'à bâtir). La cession de l'immeuble ouvre alors un droit à déduction d'une fraction de la taxe ayant grevé son acquisition ou son achèvement, intervenu(e) durant le délai de régularisation, qui est en principe de vingt ans. La déduction est égale au montant de la TVA initiale, minoré d'un vingtième par année ou fraction d'année civile écoulée jusqu'à la vente taxée. ■



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

Jeux Olympiques et Paralympiques de 2024 : les précisions apportées par la loi ELAN



Par **Anne Plisson**, avocat en droit de l'urbanisme et de l'environnement. Elle intervient en matière de conseil, rédaction d'actes et contentieux dans le cadre de projets de développement et d'aménagement.
anne.plisson@cms-fl.com

1. Loi n° 2018-202 du 26 mars 2018 relative à l'organisation des Jeux Olympiques et Paralympiques de 2024.
2. Art. L.522-1 s. du Code de l'expropriation.
3. Art. L.300-6-1 du Code de l'urbanisme.

La loi ELAN complète et modifie les dispositifs mis en place par la loi n° 2018-202 du 26 mars 2018¹ («loi JO») afin de s'assurer de la délivrance des installations dans les délais impartis.

Tout d'abord, en complément de la procédure d'expropriation d'extrême urgence étendue aux installations olympiques par la loi JO², la loi ELAN instaure un dispositif de réquisition temporaire de terrains et bâtiments dont les conditions seront définies par décret pris en Conseil d'Etat. Ensuite, la loi ELAN apporte des précisions sur la procédure intégrée pour le logement³ qui a été étendue aux constructions et opérations d'aménagement nécessaires aux Jeux par la loi JO. Cette procédure permet de mettre simultanément en compatibilité les documents d'urbanisme (ex : plan local d'urbanisme) ainsi que les documents de rang supérieur (ex : programme local d'habitat) avec le projet lié aux Jeux.

La loi ELAN précise que cette procédure ne s'appliquera qu'aux constructions et aménagements situés à proximité immédiate d'un site

nécessaire à la préparation, l'organisation ou au déroulement des JO, de nature à affecter les conditions de desserte, d'accès, de sécurité ou d'exploitation du site pendant les JO. Un décret définira les constructions et aménagements concernés.

Enfin, la loi ELAN précise le régime du permis «double état» instauré par la loi JO qui consiste en une autorisation d'urbanisme unique délivrée pour un projet de construction ou d'aménagement comportant un état provisoire (lié aux seules nécessités des JO) et un état définitif propre aux affectations ou destinations du projet postérieures aux JO (ex : transformation en bureaux).

La loi ELAN autorise la délivrance de ce permis même si les travaux ne respectent pas au jour de celle-ci l'ensemble des prescriptions de l'article L.421-6 du Code de l'urbanisme (relatives notamment à l'utilisation des sols ou à la destination des constructions), à condition toutefois que ces exigences soient respectées par le projet à son état définitif. ■

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 1487 du Lundi 26 novembre 2018

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

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

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

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

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

N° commission paritaire : 0922 T 83896



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