

LA LETTRE DE L'IMMOBILIER

Lundi 6 février 2017

AU SOMMAIRE

Dossier

La réforme du droit des contrats

- Bailleurs, soyez vigilants : un bail commercial peut cacher un contrat d'adhésion p. 2
- Baux commerciaux et obligations essentielles : le contrôle du juge renforcé p. 3
- Réforme du droit des contrats : consécration d'une obligation générale d'information précontractuelle p. 4
- La triple incohérence de l'article 1161 du Code civil appliqué au droit des sociétés p. 5
- L'imprévision en droit immobilier après la réforme du droit des obligations p. 6
- Le juge face au contrat après la réforme du droit des obligations p. 8

Actualités

- Société d'investissements immobiliers cotée : la notion d'activité accessoire p. 9
- Evaluation de titres de sociétés immobilières : la décote pour fiscalité latente enfin reconnue p. 10
- Economie numérique : les plates-formes collaboratives de location immobilière dans le collimateur des autorités p. 11
- SCI de construction-vente : l'objet statutaire prime p. 12
- L'actualité en fiscalité locale issue des lois de finances p. 13
- Loi «Censi-Bouvard» : les changements apportés par la loi de finances pour 2017 p. 14
- L'application dans le temps de la loi Pinel en matière de congé triennal p. 15

C/M/S/ Bureau Francis Lefebvre

Supplément du numéro 1400
du 6 février 2017

EDITORIAL

Ce premier numéro de l'année est l'occasion pour nous de vous présenter nos vœux, détachés de toutes contraintes juridiques, ... et donc applicables à l'année déjà en cours et rétroagissant au 1^{er} janvier 2017.

Cette année 2017 est marquée par l'entrée en vigueur de la réforme du droit des obligations, qui se révèle dans toute son ampleur après un dernier trimestre 2016 de prise de conscience d'un dispositif que beaucoup ont semblé ne pas avoir véritablement anticipé (pour mémoire notre application «Conralto» vous permet de l'appréhender avec facilité et efficacité).

Le secteur des baux déjà en pleine mutation à la suite de l'entrée en vigueur de la loi Pinel (qui regorge de sources d'interrogations, plus ou moins justifiées) est directement impacté par la réforme du droit des obligations : la notion de contrat d'adhésion est bien susceptible de s'appliquer au bail commercial et les bailleurs doivent donc être vigilants dans le processus de présentation de leur offre de contrat et de négociation de celui-ci (mais ceci n'exclut pas la réciproque lorsque ce sont les preneurs qui «imposent» leur contrat à leur bailleur).

Ces mêmes bailleurs doivent aussi appréhender l'exact périmètre des possibilités effectives pour eux de s'exonérer d'obligations, selon qu'elles seront, ou non, considérées comme essentielles. Les dispositions relatives à l'imprévision jettent le trouble en matière immobilière, à tel point que la pratique choisit, en l'état, de quasi systématiquement s'y soustraire, quel que soit le type de contrat en cause.

Il s'avère aussi opportun de jauger la portée du nouvel article 1112-1 du Code civil qui consacre un devoir général précontractuel d'information, qui plus est d'ordre public.

Si l'on s'attache non pas à la seule conclusion du contrat mais à son exécution, le paysage juridique évolue sensiblement ; en effet, le juge voit ses pouvoirs étendus (il peut modifier le contrat dans certaines circonstances) mais inversement les parties peuvent, d'un commun accord, constater la nullité du contrat.

Le droit des sociétés n'est pas en reste puisqu'il doit composer avec l'incohérence à laquelle aboutit le dispositif édicté par l'article 1161 du Code civil qui poursuit une prétendue sécurité juridique.

La matière fiscale évolue aussi : le dispositif fiscal applicable au bail réel solidaire va favoriser la mise en œuvre effective de ce nouvel instrument destiné à permettre aux ménages modestes d'accéder à la propriété (certes temporaire) de leur résidence principale. La révision des valeurs locatives marque une évolution qui impactera directement les propriétaires (elle excède notablement l'inflation réelle) ; mais à l'avenir le dispositif se raccordera à l'inflation réelle et non plus prévisionnelle.

Le régime fiscal de l'investissement immobilier «défiscalisant» est prorogé d'un an, mais laisse au bord de la route l'acquisition de logements neufs dans les résidences de tourisme.

Bien d'autres aspects juridiques et fiscaux sont développés dans ce numéro ; nous espérons que vous aurez autant de plaisir à les découvrir que nous avons eu à les sélectionner et les synthétiser à votre attention. ■

Jean-Luc Tixier, avocat associé

Bailleurs, soyez vigilants : un bail commercial peut cacher un contrat d'adhésion



Par **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-bfl.com

Le nouvel article 1110 du Code civil a créé une *summa divisio* que les praticiens des baux commerciaux doivent maîtriser.

Désormais, il convient de distinguer deux catégories de contrats : d'une part, les contrats de gré à gré et, d'autre part, les contrats d'adhésion.

Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties.

Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties.

Déterminer si un contrat peut être qualifié de contrat d'adhésion est essentiel dès lors que, dans un tel contrat, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ; dans le doute, le contrat d'adhésion s'interprète contre celui qui l'a proposé. On ne peut exclure le risque qu'un bail commercial soit qualifié par un juge de contrat d'adhésion, en particulier s'il s'agit d'un bail de centre commercial ou d'un bail type investisseur. Certains bailleurs et praticiens

ont d'ailleurs déjà pris la mesure du risque. En effet, depuis l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats, le 1^{er} octobre 2016, apparaissent des clauses inédites dans les baux commerciaux à conclure ou à renouveler et de nouvelles méthodes de négociation. C'est ainsi qu'est mentionnée dans certains baux la clause suivante : «*Le présent bail constitue un contrat de gré à gré au sens de l'article 1110 alinéa 1^{er} du Code civil, dont l'ensemble des conditions ont été librement négociées par les parties*».

En outre, certains bailleurs ont abandonné la présentation de leurs baux en deux parties - conditions générales/conditions particulières - pour ne présenter qu'un document homogène.

Enfin, la pratique qui consistait à indiquer aux

preneurs que les conditions générales étaient intangibles et que seules les conditions particulières pouvaient faire l'objet de modifications tend à disparaître. Pour autant, les bailleurs ne semblent pas prêts à lâcher certaines clauses qui constituent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au sens de l'article 1171 du Code civil. Les clauses qui, à notre avis, pourraient être considérées comme abusives, au sens de ce texte, sont celles qui prévoient que :

- le loyer de base en cours au moment de la cession du fonds de commerce subira une augmentation automatique de 15 % ;
- la clause résolutoire ne peut être invoquée que par le bailleur ;

- en cas de destruction partielle des locaux loués, le preneur ne peut obtenir qu'une réduction du loyer en fonction des surfaces détruites à l'exclusion de la résiliation du bail, alors que de son côté le bailleur peut résilier le bail sans indemnité ;

- les congés donnés par le preneur devront respecter un préavis de 9 mois alors que ceux du bailleur sont limités à un préavis de 6 mois ;

- la renonciation du

preneur à exercer son droit d'option, alors que la réciproque n'est pas prévue pour le droit du bailleur.

Il convient de garder à l'esprit que ces clauses ne seront réputées non écrites que si, et seulement si, le contrat de bail est qualifié de contrat d'adhésion. Pour éviter la qualification du bail commercial en contrat d'adhésion, deux conditions cumulatives sont à remplir : les conditions générales ne doivent pas avoir été soustraites à la négociation et ne pas avoir été déterminées à l'avance par l'une des parties. Il en résulte que les bailleurs doivent désormais s'assurer de la libre et réelle négociation des clauses du bail avec le preneur et se ménager impérativement une preuve irréfutable de cette négociation. ■

«Pour éviter la qualification du bail commercial en contrat d'adhésion, [...] les conditions générales ne doivent pas avoir été soustraites à la négociation et ne pas avoir été déterminées à l'avance par l'une des parties.»

Baux commerciaux et obligations essentielles : le contrôle du juge renforcé

Le nouvel article 1170 du Code civil, issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, prévoit que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur » doit être réputée non écrite. Les baux commerciaux comportent fréquemment des clauses vidant de leur substance certaines obligations essentielles du bailleur. La vigilance quant à la rédaction des clauses du bail commercial s'impose.

La volonté du législateur est claire : aller au-delà de la consécration de la célèbre jurisprudence *Chronopost* (Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18632 : Bull. civ. IV n° 261) qui a réputé non écrite une clause limitative de responsabilité et éradiquer du bail commercial les clauses permettant au bailleur de s'affranchir de ses obligations essentielles.

L'application de l'article 1170 du Code civil est promise à un certain succès, compte tenu des termes généraux employés, bien que demeure la question de déterminer « l'obligation essentielle du débiteur », ou plus exactement les obligations essentielles du bailleur dont ce dernier cherche à se décharger généralement lors de la négociation des clauses du bail.

Précédemment, notre confrère Aline Divo avait identifié l'obligation de délivrance du bailleur, prévue à l'article 1719, 1° du Code civil comme « l'obligation essentielle » par excellence du bailleur (*Lettre de l'Immobilier*, 28 nov.

2016, p. 13). Comme il l'avait été indiqué, on peut s'interroger sur la faculté du juge de réputer non écrite une clause exonérant le bailleur d'une de ses obligations essentielles qui ne relève pas de l'obligation de délivrance, alors que l'article 1170 du Code civil se réfère à « l'obligation essentielle » et non aux « obligations essentielles ».

En effet, outre l'obligation de délivrance, l'article 1719 du Code civil prévoit que le bailleur est également tenu d'entretenir la chose louée en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée et d'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail.

S'agissant de l'obligation d'entretien, les baux commerciaux dits « investisseurs », notamment

rencontrés dans les centres commerciaux, exonèrent le bailleur de tout travaux mais aussi de tout paiement de charges, impôts et taxes. Il convient de s'interroger sur la question de savoir si le juge considèrera l'ensemble des clauses limitant l'obligation du bailleur comme des clauses vidant de sa substance l'obligation essentielle du bailleur ; ce qui reviendrait à remettre en cause l'équilibre contractuel du bail et, plus généralement, les conditions financières du contrat.

S'agissant de l'obligation de jouissance paisible, il conviendra d'être vigilant quant à la portée de certaines clauses présentes dans les baux des centres

commerciaux, notamment celles exonérant le bailleur d'une quelconque responsabilité s'il réalise dans les locaux loués des travaux modifiant lesdits locaux et ce, quelle que soit leur durée, ou celles l'exonérant de son obligation d'entretien des parties communes du centre commercial.

Sous couvert de respecter un équilibre contractuel entre le bailleur et le preneur, la sanction du réputé

non écrit, instaurée par l'article 1170 du Code civil, crée une grande instabilité juridique puisqu'aucun délai de prescription n'est applicable à l'action en constatation du caractère non écrit de la clause à la différence de l'action en nullité de la clause.

Les praticiens seront certainement amenés à s'interroger sur l'étendue de la sanction : le juge doit-il réputer non écrite l'ensemble de la clause ou se contenter d'éradiquer la seule stipulation ? Un éclairage est donné par la jurisprudence en matière de clause d'indexation ne variant qu'à la hausse laquelle, sous réserve d'être considérée comme essentielle par le juge, répute non écrite la clause d'indexation en son entier et non la simple stipulation (Cass. 3^e civ., 14 janv. 2016, n° 14-24681). ■



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



et **Louis Urvois**, avocat en droit immobilier. Il intervient notamment en matière de baux commerciaux et de copropriété. louis.urvois@cms-bfl.com

Réforme du droit des contrats : consécration d'une obligation générale d'information précontractuelle



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

Avant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, différents textes spécifiques organisaient des obligations particulières d'information en matière environnementale, notamment en cas de mutation des biens. Toutefois, aucun texte ne prévoyait expressément une obligation générale d'information à la charge des parties. Désormais, le nouvel article 1112-1 du Code civil, qui est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2016, consacre un tel devoir général précontractuel d'information d'ordre public, même si des obligations particulières d'information demeurent.

Rappel des règles applicables avant l'ordonnance du 10 février 2016

La loi dite ALUR du 24 mars 2014 a introduit l'obligation pour le vendeur ou le bailleur, dans le cadre de la vente ou de la location d'un terrain situé en «secteur d'information sur les sols» (SIS), d'informer par écrit l'acquéreur ou le locataire de cette situation¹. Les SIS, créés par cette même loi, sont élaborés par l'Etat afin d'identifier les terrains où la connaissance de la pollution des sols justifie la réalisation d'études des sols et de mesures

«Le nouvel article 1112-1 du Code civil consacre une obligation d'information déjà largement admise par la jurisprudence et introduit l'existence d'un devoir général d'information d'ordre public.»

de gestion de la pollution pour préserver la sécurité, la santé ou la salubrité publiques et l'environnement. Ces secteurs figurent dans les documents graphiques annexés aux plans locaux d'urbanisme. Toutefois, à ce jour, aucun SIS n'a été élaboré. Le non-respect de l'obligation pesant sur le vendeur ou le bailleur est sanctionné. Ainsi, si une pollution rendant le terrain impropre à la destination précisée dans le contrat est découverte, l'acquéreur ou le locataire peut demander, dans un délai de deux ans à compter de cette découverte, soit la résolution du contrat, soit la restitution d'une partie du prix de vente ou la réduction du loyer, soit la réhabilitation du terrain lorsque le coût de cette réhabilitation ne paraît pas disproportionné par rapport au prix de vente.

Cette obligation d'information se cumule avec l'obligation posée par l'article L. 514-20 du Code de l'environnement, issu de la loi du 30 juillet 2003², applicable aux seules ventes de terrains. Selon cette disposition, le vendeur du terrain a l'obligation d'informer, le cas échéant, son acquéreur qu'une installation classée soumise à autorisation ou enregistrement a été exploitée sur ledit terrain. A défaut, les mêmes sanctions sont susceptibles de s'appliquer. En pratique, les juridictions n'hésitent pas à sanctionner la méconnaissance de cette obligation³.

Régime issu de la réforme du droit des contrats

Une obligation générale d'information précontractuelle est instituée. Ainsi, le nouvel article 1112-1 du Code civil consacre une obligation d'information déjà largement admise par la jurisprudence et

introduit l'existence d'un devoir général d'information d'ordre public, pesant sur chacune des parties, vendeur comme acheteur, à une transaction immobilière, qu'il s'agisse d'un professionnel ou non, dès lors que ladite information est déterminante pour le consentement de l'autre partie qui l'ignorait légitimement jusqu'alors. En

cas de non-respect de cette obligation, le débiteur pourra voir sa responsabilité mise en jeu. Si, à première vue, on voit mal comment l'obligation générale d'information de cet article pourrait trouver application dans un domaine – le droit de l'environnement – où le législateur a pris précisément le soin d'identifier les éléments indispensables à une information précontractuelle éclairée du cocontractant, la prudence invite toutefois à nuancer cette impression.

En effet, rien ne permet d'affirmer que les juges considéreront que les informations listées par les textes spéciaux susvisés sont exclusives de toute information susceptible de présenter un caractère déterminant pour le consentement de l'autre partie. ■

1. Article L. 125-7 du Code de l'environnement.

2. Loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages (JO du 31 juillet 2003).

3. Cass, 3^e civ., 11 mars 2014, n° 12-29556 ; Cass. 3^e civ., 12 janv. 2005, n° 03-18.055, Commune de Dardilly contre Sté des Anciennes briqueteries de Limonest ; Cass. 3^e civ., 12 janv. 2005, n° 03-18.055, Commune DARDILLY ; Cass. 3^e civ., 7 mars 1990, n° 88-18.714.

La triple incohérence de l'article 1161 du Code civil appliqué au droit des sociétés

Le rapport au président accompagnant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 présentait la sécurité juridique comme le principal objectif poursuivi par cette dernière. Or, les nouvelles dispositions qu'elle introduit dans le Code civil concernant les règles de représentation rendent peu lisible le régime applicable en ce domaine aux personnes morales. C'est tout particulièrement le cas du nouvel article 1161 du Code civil prévoyant qu'«un représentant ne peut agir pour le compte de deux parties au contrat ni contracter pour son nom propre avec le représenté. En ces cas, l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié».

Les conventions visées par cet article étant fréquentes (notamment, conventions conclues entre sociétés appartenant à un même groupe ou conventions passées entre une société et ses représentants légaux), le praticien du droit des sociétés peut légitimement s'inquiéter de savoir si les dispositions de l'article 1161 leur seront applicables.

Pour cela, il convient de comprendre l'articulation de ces dispositions, d'ordre général, avec celles issues des droits spéciaux et, notamment, du droit des sociétés. En vertu de l'article 1105 nouveau du Code civil, les règles générales s'appliquent sous réserve des règles particulières à certains contrats. Or, l'application de ce principe à des situations qui, bien que traitées par le Code de commerce, ne le sont que partiellement, soulève des difficultés. A cet égard, le sort des conventions dites réglementées est éloquent. En effet, il est aisément admis que les conventions passées entre une SA, une SAS, une SCA, une SARL ou une société civile ayant une activité économique, et l'un de ses dirigeants, se trouvent hors du champ d'application de l'article 1161, dans la mesure où leur conclusion est spécifiquement encadrée par le Code de commerce. En revanche, un certain nombre de situations sont exclues de cette procédure spécifique de contrôle des conventions réglementées, soit du fait de la forme sociale de la société concernée (SNC, SCS),

soit du fait de la nature de la convention considérée (notamment, convention courante conclue à des conditions normales). Le silence du droit des sociétés sur ces conventions, dites libres, impose-t-il dès lors de les faire désormais autoriser ou ratifier ? La question est d'importance, l'inobservation de l'article 1161 étant sanctionnée par la nullité de la convention considérée.

Un contrôle et des sanctions inappropriées à des situations non porteuses de conflits d'intérêts

La solution consistant à appliquer les dispositions de l'article 1161 à ces conventions libres est incohérente à double titre. D'une part, elle impose, à des situations ne suscitant pas ou peu de conflits d'intérêts, une procédure de contrôle là où le droit

spécial des sociétés faisait preuve d'une souplesse bienvenue. D'autre part, le droit spécial des sociétés permet de s'en tenir à une sanction moins radicale que la nullité, en ne mettant en jeu, dans certains cas, que la seule responsabilité des dirigeants, là où l'article 1161 sanctionne exclusivement par la nullité l'inobservation de la procédure qu'il prévoit ; et ce, alors que cette dernière ne serait alors appliquée qu'à

des conventions emportant un moindre risque de conflit d'intérêts.

Une mise en œuvre absurde de la procédure d'autorisation

Enfin, le respect à la lettre de l'article 1161 rendrait absurde l'autorisation ou la ratification de conventions conclues par des sociétés n'ayant qu'un seul et même dirigeant. Dans une telle hypothèse, la conclusion du contrat nécessiterait en effet l'autorisation de chacun des représentés, lesquels ne sont justement représentés que par leur seul et unique représentant. Autrement dit, il faudrait que le représentant s'autorise lui-même à signer la convention. Toutefois, et compte tenu de la sanction encourue, la prudence conduira au respect des dispositions contestées, fussent-elles incohérentes. ■

«Le droit spécial des sociétés permet de s'en tenir à une sanction moins radicale que la nullité, en ne mettant en jeu, dans certains cas, que la seule responsabilité des dirigeants.»



Par **Christophe Lefaillet**, avocat associé en fiscalité (droits d'enregistrement et ISF) et en Corporate/Fusions & acquisitions. Il intervient particulièrement dans les opérations de fusion-acquisition du secteur immobilier. christophe.lefaillet@cms-bfl.com



et **Julie Bailly**, avocat en Corporate/Fusions & acquisitions. Elle intervient principalement sur des opérations de fusion-acquisition, de private equity et de restructuration de groupe de sociétés, tant sur le plan national qu'international. julie.bailly@cms-bfl.com

L'imprévision en droit immobilier après la réforme du droit des obligations

«**Tout ce qui arrive d'important à n'importe qui est imprévu et imprévisible**» (Alain)



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 vente immobilières et de baux commerciaux, de baux emphytéotiques et à construction. Il est chargé d'enseignement à l'Université Paris I.
jean-luc.tixier@cms-bfl.com



et **Simon Estival**, avocat en droit immobilier. Il intervient dans tous les domaines du droit immobilier, notamment en matière de baux commerciaux, copropriété, construction et avant-contrats immobiliers.
simon.estival@cms-bfl.com

Depuis le célèbre arrêt «Canal de Craponne» (Cass. civ., 6 mars 1876, DP 76. 1. 193), le juge judiciaire s'était toujours refusé, avec constance, à réécrire un contrat ou à prononcer sa résiliation en raison de la survenance de circonstances extérieures. C'est ce refus que le nouvel article 1195 du Code civil possède en ligne de mire ; cet article est issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dont les dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2016. L'article 1195 bat ce refus en brèche (ou tout au moins tente de le faire – cf. *infra*) en instaurant le mécanisme de la révision pour imprévision en droit civil français.

Pour déclencher ce dispositif, doit être intervenu «*un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat*», qui en «*rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque*» (C. civ., art. 1195 al. 1).

A priori, les contrats immobiliers constituent un terrain idéal pour le jeu de l'imprévision : ils sont souvent à exécution successive, s'échelonnent sur une longue période et de nombreuses circonstances imprévues, tant de nature économique que matérielle, sont susceptibles de survenir durant leur exécution. Conscient de ces spécificités, le législateur a créé nombre de régimes spéciaux, souvent d'ordre public, propres aux contrats immobiliers. C'est ainsi que dans le secteur protégé de la vente d'immeuble à construire, le prix doit être impérativement déterminé (et non pas déterminable) et qu'il est seulement révisable dans des conditions très étroitement définies

sans que le jeu de la révision puisse être adapté (art. L. 261-11-1 et R. 261-15 C. constr. hab.). La jurisprudence est venue, pour sa part, préciser que les risques pèsent sur le vendeur en l'état futur d'achèvement, en dépit de l'accession immédiate des ouvrages au profit de l'acquéreur (solution retenue notamment à propos de l'effondrement de l'immeuble en construction à la suite de la manifestation d'un vice du sol – V. Cass. civ. 3^e, 11 oct. 2000, Bull. civ., III n° 163). Reste que si l'on prend le cas du statut des baux commerciaux, l'article L. 145-39 du Code de commerce fournit l'exemple de la prise en compte d'une certaine forme d'imprévision. En effet, si par le jeu de la clause d'échelle mobile le loyer se trouve augmenté, ou diminué, de plus

d'un quart par rapport au prix précédemment fixé, la révision du loyer peut être demandée (par l'une ou l'autre des parties d'ailleurs). Aucun texte spécifique n'exclut les contrats immobiliers du champ d'application de la possible révision pour imprévision. De prime abord, la règle *specialia generalibus derogant* évincerait l'application de la règle générale posée par l'article 1195 du

«Les contrats immobiliers constituent un terrain idéal pour le jeu de l'imprévision : ils sont souvent à exécution successive [...] et de nombreuses circonstances imprévues sont susceptibles de survenir durant leur exécution.»

Code civil. Cette impression se trouve renforcée par l'alinéa 3 du nouvel article 1105 du même code qui dispose que «*les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières*». Le fondement de cette règle réside dans l'éventuelle incompatibilité entre la finalité de la norme spéciale et celle de la norme générale. La finalité de la législation particulière de la vente en l'état futur d'achèvement (VEFA) en secteur protégé est de faire porter le risque sur le promoteur, ce qui laisse penser qu'elle prend le pas sur l'imprévision.

A l'inverse, en matière de bail commercial, il peut être soutenu que la règle générale posée

par l'article 1195 du Code civil et le statut des baux commerciaux poursuivent un objectif identique, l'adaptation du contrat aux circonstances intervenues depuis sa conclusion. Le statut des baux commerciaux et l'imprévision du Code civil seraient donc susceptibles de se compléter. A une adaptation «ordinaire» par la révision triennale du loyer répond une adaptation à un événement extraordinaire par le mécanisme de l'imprévision ; l'imprévision devrait donc se présenter en cette matière comme un recours ultime et tout à fait exceptionnel.

L'imprévision telle que conçue par ce nouvel article 1195 pourra être soulevée par les parties lorsqu'un changement de

circonstances défavorable et imprévisible est intervenu. Ces circonstances peuvent être de nature économique, tant macroéconomique (évaluation monétaire, etc.) que microéconomique (modification structurelle du marché, etc.), mais aussi matérielle (catastrophe climatique, etc.), voire juridique. La

prévisibilité, en particulier économique, étant relative, son appréhension par la juge demeure inconnue. Cette appréciation sera casuistique, au regard de ce que prévoit un contractant attentif et sérieux.

De plus, il se pourrait que l'on soit à l'avenir confronté à des événements prévisibles en soi, mais dont les conséquences s'avèreront pour leur part imprévisibles.

Cette circonstance doit rendre l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour une partie. Le juge disposera ici encore d'une importante marge de manœuvre. Si un alourdissement important de la dette (comme une hausse des loyers du bail) pourra être soulevée, la question se pose davantage pour un manque à gagner, une contrepartie moindre qu'attendu (une baisse des loyers par exemple). Le caractère onéreux de l'exécution du contrat peut d'abord être apprécié objectivement, comme un bouleversement de l'économie du contrat à partir d'un certain seuil. Mais on peut également imaginer l'adoption d'une position plus subjective, selon la capacité économique propre du contractant. Enfin, la partie demanderesse à la révision pour imprévision ne doit pas avoir accepté de prendre le risque à sa charge. Cette condition signifie

«La partie demanderesse à la révision pour imprévision ne doit pas avoir accepté de prendre le risque à sa charge.»

que le nouvel article 1195 du Code civil n'est pas d'ordre public, une clause contraire serait envisageable, comme l'indique le rapport remis au président de la République relatif à l'ordonnance portant réforme du droit des contrats. Or, en droit de la construction, il est déjà d'usage de prévoir des clauses encadrant l'intervention de circonstances imprévisibles. Elles prennent la forme de «clause de *hardship*» dans les contrats internationaux ou d'une référence aux dispositions correspondant à la norme NFP 001 dans les contrats nationaux. De plus, dans un marché à forfait, il est possible de faire peser le risque d'imprévision sur l'entrepreneur ; il doit alors,

en pareil cas, effectuer tous les travaux nécessaires à l'accomplissement de l'ouvrage contractuellement prévu, même ceux qui n'étaient pas fixés par le contrat, sans supplément de prix.

Mais surtout, les clauses écartant purement et simplement le jeu de l'article 1195 nouveau font florès depuis le 1^{er} octobre 2016 dans les contrats immobiliers. Les importants (excessifs ?) pouvoirs conférés au juge lorsqu'il constate l'imprévision n'y sont

pas étrangers : l'article 1195 pousse les parties à négocier - ce qu'elles pourraient d'ailleurs faire sans validation légale -, mais en cas d'échec de cette négociation, «le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe» (article 1195 al. 2), ce qui excède notablement ce qui avait été initialement envisagé dans le cadre de l'élaboration du projet d'ordonnance.

La préconisation de clauses écartant le jeu de l'article 1195 peut relever du devoir de conseil (un notaire d'un acquéreur qui accepterait qu'une VEFA du secteur protégé ne déroge pas à l'article 1195 pourrait voir sa responsabilité engagée) ; mais, à l'inverse, l'absence de dérogation audit article pourrait relever de la problématique des clauses abusives ou du déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion.

Force est de constater que, s'appuyant sur la doctrine dominante qui considère que l'article 1195 n'est pas d'ordre public, la pratique des avocats et des notaires consiste, depuis le 1^{er} octobre 2016, à quasi systématiquement écartier le jeu dudit article. Ne peut-on craindre que l'ampleur de ce phénomène, qui rend la réforme totalement inefficace, conduise à une évolution du statut du régime édicté par ce texte ? ■

Le juge face au contrat après la réforme du droit des obligations



Par **Cécile Rebiffé**, avocat en contentieux et arbitrage. Elle intervient dans tous types de contentieux en matière de droit des affaires (droit des contrats, droit de la responsabilité, droit des sociétés) et de droit pénal des affaires. cecile.rebiffe@cms-bfl.com



et **Anne Renard**, avocat en contentieux et arbitrage. Elle intervient dans tous types de contentieux en droit civil et commercial, pour le compte de sociétés françaises et étrangères, et en droit pénal des affaires. anne.renard@cms-bfl.com

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations introduit dans le Code civil certaines dispositions qui affectent de manière substantielle les prérogatives du juge face au contrat.

Des pouvoirs étendus...

Avec la réforme, le juge est désormais autorisé à modifier le contrat dans certaines circonstances, et non plus seulement à veiller à son respect ou à l'anéantir en cas d'inexécution ou s'il est vicié. On pense bien sûr à la théorie de l'imprévision, consacrée par le nouvel article 1195 du Code civil. Ainsi, en cas de «*changement de circonstances*

imprévisible lors de la conclusion du contrat [qui] rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie», le juge pourra «*réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe*». Même si les cas d'application de ce texte devraient rester limités, le contenu du contrat peut échapper à la volonté des parties et être soumis à l'immixtion du juge. Moins révolutionnaire mais tout aussi notable, l'article 1223 pourrait être

interprété comme octroyant au juge une faculté de révision judiciaire du prix en cas d'exécution imparfaite du contrat. Il ne s'agirait alors plus seulement pour le juge d'allouer des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi mais d'une véritable réfaction judiciaire du prix. Au-delà de ce bouleversement dans la conception même du rôle du juge, celui-ci se voit conférer des pouvoirs d'appréciation inédits quant au contenu du contrat. Il apparaît désormais comme garant de l'équilibre du contrat, en procédant dans certains cas à un contrôle de la proportionnalité et de l'absence de caractère abusif de certaines clauses, et en veillant à ce que le contrat soit négocié et formé de bonne foi (articles 1104, 1142, 1143, 1164, 1165, 1171 ou 1221). Cet accroissement du rôle du juge est d'autant

plus remarquable qu'il s'inscrit à rebours de l'objectif affiché par l'ordonnance de restreindre le recours aux tribunaux.

... qui laissent la part belle aux nouvelles prérogatives extrajudiciaires des parties

Les trois actions interrogatoires des articles 1123, 1158 et 1183, applicables aux contrats en cours depuis le 1^{er} octobre 2016, s'inscrivent incontestablement dans l'objectif de prévenir le contentieux. Elles devraient en effet permettre aux parties de mettre fin à des incertitudes quant à la validité du contrat qu'elles ont conclu ou qu'elles s'approprient à conclure et de se prémunir ainsi d'une remise en cause judiciaire du contrat.

D'autres dispositions nouvelles tendent à résoudre le contentieux sans intervention du juge. Tel est le cas de :

- l'article 1178 qui permet aux parties de constater d'un commun accord la nullité du contrat ;
- l'article 1222 qui permet au créancier, en cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite du contrat, de faire exécuter lui-même l'obligation par un tiers ;
- l'article 1226 qui consacre la faculté de résiliation unilatérale du contrat en cas d'inexécution grave des obligations de l'autre partie.

Dans ces hypothèses, l'intervention du juge ne disparaîtra pas nécessairement mais elle sera cantonnée à un contrôle *a posteriori* de la régularité des initiatives extrajudiciaires prises par les parties. La place laissée au juge serait toutefois non négligeable, puisque celui-ci devrait alors porter une appréciation sur certaines notions imprécises posées par les textes (caractère «*raisonnable*» des délais ou des coûts ; «*proportion*» des intérêts en cause ; etc.).

En définitive, il apparaît que l'évolution du rôle attribué au juge tend à réguler le contrat et à s'assurer de son équilibre économique, au-delà parfois de la volonté exprimée par les parties, et lui laisse une marge d'appréciation qui ne semble pas exactement conforme aux objectifs de sécurité juridique poursuivis par la réforme. ■

«Il [le juge] apparaît désormais comme garant de l'équilibre du contrat, en procédant dans certains cas à un contrôle de la proportionnalité et de l'absence de caractère abusif de certaines clauses.»

1. Directive 2004/39/CE du 21 avril 2004.

Société d'investissements immobiliers cotée : la notion d'activité accessoire

L'article 208 C du Code général des impôts prévoit que le régime d'exonération d'impôt sur les sociétés est applicable :

- aux «sociétés d'investissements immobiliers cotées [...] qui ont pour objet principal l'acquisition ou la construction d'immeubles en vue de la location, ou la détention directe ou indirecte de participations dans des personnes visées à l'article 8 et aux 1,2 et 3 de l'article 206 dont l'objet social est identique» ;
- aux filiales des «sociétés d'investissements immobiliers cotées [...] soumises à l'impôt sur les sociétés et ayant un objet identique» ;
- et aux opérations éligibles «réalisées par des organismes mentionnés à l'article 8 et réputées être faites» et les sociétés précitées, à proportion de leur participation, lorsqu'elles sont admises au bénéfice du présent régime.

L'administration fiscale dans ses commentaires (BOI-IS-CHAMP-30-20-10-20140304) a précisé que :

- les sociétés d'investissements immobiliers cotées n'étant pas soumises à une règle d'exclusivité de l'objet, l'exercice à titre accessoire d'autres activités que celles répondant à leur objet principal n'est donc pas susceptible de leur faire perdre le bénéfice du régime, mais les revenus retirés de ces autres activités sont imposables dans les conditions de droit commun ;
- sont notamment considérées comme exercées à titre accessoire d'autres activités telles que, par exemple, celles de marchand de biens, de commercialisation et de promotion immobilière, sous réserve que la valeur des actifs utilisés pour leur exercice qui y sont attachés ne dépasse pas 20 % de la valeur brute des actifs de la société d'investissements immobiliers cotée (ce ratio se calcule en comparant les valeurs brutes desdits actifs au total de l'actif brut de l'entreprise mais ne tient pas compte, à son numérateur et à son dénominateur, de l'encours de crédit-bail immobilier). Si ces activités sont exercées de manière indirecte, au travers de filiales, seules les participations correspondantes et les comptes

courants y attachés doivent figurer au numérateur du ratio ;

- un traitement particulier (RES N° 2011/6 (FE) du 12 avril 2011) est réservé aux activités de crédit-bail immobilier puisqu'il est distingué entre la société d'investissements immobiliers cotée crédit-preneuse pour laquelle l'activité de sous-location d'immeubles pris en crédit-bail est une activité qui répond à l'objet principal des sociétés d'investissements immobiliers cotées, quelle que soit la date de conclusion du contrat de crédit-bail, et la société d'investissements immobiliers cotée crédit-bailleresse pour laquelle il s'agit d'une activité accessoire et dont l'actif ne doit pas être constitué à plus de 50 % d'encours de crédit-bail immobilier (ce ratio étant déterminé en retenant au numérateur le montant net de l'encours de crédit-bail immobilier et au dénominateur le total de l'actif brut de l'entreprise) ;

«Aucune de ces conditions n'est prévue explicitement par l'article 208 C et, notamment, la condition de la continuité.»

- ces deux ratios (50 % et 20/80 %) doivent être respectés de façon continue tout au long de l'exercice. Aucune de ces conditions n'est prévue explicitement par l'article 208 C et, notamment, la condition de la continuité. Si les ratios mentionnés sont opposables à l'Administration sur le fondement de l'article L. 80 A du Livre des procédures fiscales,

la question, non tranchée à ce jour par les tribunaux administratifs, se pose en revanche de savoir si une société d'investissements immobiliers cotée pourrait perdre son statut au motif d'un non-respect des ratios ci-dessus. La question prend une importance toute particulière s'agissant de la trésorerie de la société d'investissements immobiliers cotée et, notamment, la trésorerie provenant de la réalisation d'une activité éligible dont la détention et la valeur par rapport aux autres actifs n'apparaît pas devoir être considérée en tant que telle comme incompatible avec le bénéfice du régime, pour autant cependant que cette trésorerie ne soit pas affectée à l'exercice d'une autre activité, elle-même non éligible. ■



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-bfl.com

Evaluation de titres de sociétés immobilières : la décote pour fiscalité latente enfin reconnue

Le 26 février 2016, le Conseil d'Etat a admis (n° 382350, SA KLE1 ; n° 382364 SA KLEPIERRE) que la valeur vénale de titres de sociétés immobilières peut intégrer une décote pour fiscalité latente, dès lors que celle-ci résulte d'une pratique de marché.



Par **Anne-Sophie Rostaing**, avocat associé en fiscalité. Elle intervient tant en matière de conseil que de contentieux dans les questions relatives aux impôts directs, notamment celles liées aux restructurations, aux groupes de sociétés et à l'immobilier. anne-sophie.rostaing@cms-bfl.com

Saisie sur renvoi, la cour administrative d'appel de Versailles (arrêts n° 1600721 et 22 du 15 novembre 2016) confirme que cette décote participe effectivement du jeu normal de l'offre et de la demande qui s'opère pour la fixation du prix de cession de titres de «foncières». Cette avancée jurisprudentielle est bienvenue à deux égards : le juge administratif reconnaît enfin l'existence d'une décote pour fiscalité latente pourtant courante sur le marché de l'immobilier professionnel et se refuse, d'autre part, à faire émerger une notion autonome de la valeur vénale pour les besoins de l'imposition spécifique visée à l'article 208 C du Code général des impôts (CGI).

Prise en compte d'une décote pour fiscalité latente dans l'évaluation des sociétés foncières

Cette décote trouve son fondement dans l'existence d'un passif fiscal latent, à raison des plus-values latentes grevant les actifs immobiliers de la société à la date de l'évaluation de ses titres. Les acquéreurs des titres d'une telle société considèrent en effet qu'ils seront amenés à supporter ce passif fiscal en cas de cession ultérieure des immeubles par la société, alors même qu'ils ne disposent pas de la possibilité d'amortir le prix d'acquisition des titres représentatifs des biens immobiliers acquis.

L'Administration refuse toutefois cette décote (excepté pour les sociétés marchand de biens, de promotion immobilière ou de construction-vente) au motif que l'activité d'une foncière n'est pas de céder ses actifs et qu'aucune décote représentative d'une charge fiscale latente sur des actifs destinés à être conservés ne serait donc justifiée.

Cette position de principe (au demeurant contradictoire à celle exprimée dans le guide de l'évaluation des entreprises et des titres de sociétés au regard des sociétés patrimoniales) est écartée par la

Cour au vu des éléments concrets fournis par le contribuable (statistiques de marché, transactions réelles) qui établissent sans ambiguïté la pratique de «décote sur actif net réévalué (ANR)» sur les titres de foncières au titre des années concernées. Il n'y a donc pas lieu d'opérer une quelconque distinction en matière d'évaluation de sociétés immobilières selon la nature de l'activité poursuivie, si le marché ne l'opère pas lui-même.

Consécration de l'unicité de la notion de valeur vénale

Cette affaire a également été l'occasion de rejeter la distinction, tout aussi peu opportune, entre cession et cessation d'entreprise, le juge administratif se refusant à faire émerger une notion fluctuante de la valeur vénale en fonction du fait générateur de l'impôt.

L'Administration soutenait en effet que la valeur vénale à retenir pour le calcul des plus-values latentes

sur titres de filiales immobilières, rendues immédiatement imposables en cas d'option pour le régime des sociétés d'investissement immobilier cotées (SIIC), prévu à l'article 208 C du CGI, ne pouvait pas être appréciée comme en cas de cession, dans la mesure où l'option pour ce régime s'inscrit dans une logique de conservation du patrimoine. Le Conseil d'Etat sanctionne cette approche, dès lors que le régime susvisé ne renvoie

à aucune acception particulière et autonome de la valeur vénale des éléments d'actifs dont une société est propriétaire au jour de son option pour le régime SIIC.

Cette valeur vénale ne peut être différente de celle retenue transversalement pour l'application de toutes les dispositions du CGI et unanimement reprise par la jurisprudence, qui désigne la valeur pour laquelle un bien est susceptible d'être acquis ou cédé sur le marché, au jour du fait générateur de l'impôt. ■

«[...] le juge administratif se refusant à faire émerger une notion fluctuante de la valeur vénale en fonction du fait générateur de l'impôt.»

Economie numérique : les plates-formes collaboratives de location immobilière dans le collimateur des autorités

La fin d'année 2016 démontre la volonté de nos gouvernants d'enrayer le développement des plates-formes collaboratives de type Airbnb, HomeAway ou Abritel.

La loi pour une République numérique du 7 octobre 2016¹ comprend des dispositions visant à encadrer les locations meublées dites touristiques (article 51). L'article L. 324-1-1 II du Code du tourisme modifié permet aux communes, dans lesquelles le changement d'usage d'un local destiné à l'habitation est soumis à autorisation préalable en application des articles L. 631-7 et L. 631-9 du Code de la construction et de l'habitation, de mettre en place une procé-

dure de télé-déclaration de toute location de courte durée d'un local meublé en faveur d'une clientèle de passage qui n'y élit pas domicile. Dans ces conditions, les propriétaires, souhaitant louer leur résidence principale ou secondaire à des fins touristiques, devront se déclarer et s'enregistrer préalablement en mairie. Le numéro de déclaration devra apparaître dans l'offre de location². Il est à

noter que cette procédure de télé-déclaration ne s'appliquera qu'une fois la publication d'un décret précisant les informations pouvant être exigées pour procéder à l'enregistrement. Par ailleurs, les obligations pesant sur les intermédiaires immobiliers s'associant à ces locations sont renforcées, dès lors qu'ils sont investis d'une mission de contrôle effectif du respect des obligations ci-dessus et non plus d'une simple mission de réception de la déclaration sur l'honneur du loueur³. Ils devront, à cet égard, veiller à ce que le local proposé à la location ou à la

sous-location ne soit pas loué plus de 120 jours par an (4 mois), lorsque le logement constitue la résidence principale du loueur. Dès qu'ils ont connaissance de ce dépassement, le local ne devra plus faire l'objet d'une offre de location par leur intermédiaire jusqu'à la fin de l'année. Un décret précisera les modalités de contrôle et de sanction aux manquements des intermédiaires immobiliers à leurs nouvelles obligations.

En outre, la loi de financement de la sécurité sociale pour 2017 du 23 décembre 2016⁴ (article 18) prévoit que toute personne exerçant une activité de location de locaux d'habitation meublés à une clientèle de passage qui n'y élit pas

domicile, dont les recettes (ou chiffres d'affaires) annuelles sont supérieures à 23 000 euros, doit s'affilier au régime social des indépendants et, dès lors, s'acquitter des cotisations sociales y afférentes⁵. Il résulte de cette nouvelle mesure que la location de meublés à des fins touristiques est considérée, au-delà du seuil précité de recettes, comme une activité professionnelle. Il est toutefois prévu un cas de dérogation sur demande expresse du loueur et sous réserve du respect

de certaines conditions.

Enfin, la loi de finances rectificative pour 2016 du 29 décembre 2016⁶ (article 24) fait obligation, à compter du 1^{er} janvier 2019, aux plates-formes en ligne au sens de l'article L. 111-7 du Code de la consommation (notamment celles organisant la vente ou la location de logements)⁷ de déclarer annuellement à l'administration fiscale les revenus réalisés par leurs utilisateurs, présumés redevables de l'impôt en France. Un décret devra préciser les modalités d'application de ce texte. ■

«La loi de finances rectificative pour 2016 [...] fait obligation, à compter du 1^{er} janvier 2019, aux plates-formes en ligne [...] de déclarer annuellement à l'administration fiscale les revenus réalisés par leurs utilisateurs, présumés redevables de l'impôt en France.»



Par **Charlotte Félizot**, avocat en droit immobilier.

Elle intervient dans tous les domaines du droit immobilier et plus particulièrement en baux commerciaux, baux d'habitation et professionnels, copropriété, construction et assurance-construction.
charlotte.felizot@cms-bfl.com

1. Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 (JO du 8/10/16).

2. Article L. 324-2 alinéa 2 du Code du tourisme.

3. Article L. 324-2-1 du Code du tourisme.

4. Loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016 (JO du 24/12/16), validée par décision du CC n° 2016-742 DC du 22 décembre 2016.

5. Article L. 613-1 du Code de la sécurité sociale.

6. Loi n° 2016-1918 du 29 décembre 2016 (JO du 30/12/16), validée par décision du CC n° 2016-743 DC du 29 décembre 2016.

7. «Est qualifiée d'opérateur de plate-forme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur :

1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ;
2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service.»

SCI de construction-vente : l'objet statutaire prime



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

On sait que, pour conserver son régime fiscal spécifique (visé à l'article 239 ter du Code général des impôts) lui permettant de ne pas être soumise à l'impôt sur les sociétés, une société civile de construction-vente d'immeubles ne doit exercer aucune autre activité commerciale, et notamment, ne doit pas, en principe, revendre en l'état des terrains. C'est au contraire ce qu'avait fait une société civile immobilière (SCI) en octobre 2007, ayant revendu non construites plusieurs parcelles de terrains à une autre société de son groupe et ayant pris l'initiative de considérer que cette cession l'avait rendue soumise à l'impôt sur les sociétés, conformément à l'analyse habituellement retenue par l'Administration et par la jurisprudence. Pour autant, un litige fiscal s'en suit, car l'administration fiscale, sans doute pour que les résultats de la SCI demeurent imposés entre les mains de ses associés, défendait au contraire que cette SCI n'avait pas perdu son régime fiscal particulier et

n'était pas soumise à l'impôt sur les sociétés ! Sur renvoi du Conseil d'Etat, la cour administrative d'appel de Lyon a dû ainsi départager deux parties argumentant chacune à front renversé. Dans sa décision du 16 octobre 2016, elle donna raison à la SCI et ses associés, et conclut, au moyen d'arguments qui méritent notre attention, que celle-ci ne relevait plus du régime de l'article 239 ter, mais de celui de l'impôt sur les sociétés. Tout d'abord en effet, c'est dans l'objet statutaire de la SCI que le juge fiscal a trouvé la cause première de cette déchéance : dérogeant à l'exigence d'une activité se rapportant exclusivement à la construction et à la vente d'immeubles, l'objet n'était pas limité à ces seules activités, mais comprenait «*accessoirement, [...]*

l'acquisition d'un patrimoine mobilier par achat, vente et apports de tous biens et droits immobiliers», la cession des parcelles paraissant réduite à une confirmation de l'actualité de cette clause (la décision ajoutant que la SCI «*a d'ailleurs procédé à la cession de parcelles [...]*»).

Dans le droit fil d'autres jurisprudences ayant exclu de ce régime spécial des SCI dont l'objet statutaire était incomplet (seule était visée soit la construction d'immeubles, soit leur vente) ou pléthorique (car incluant «*tout placement de capitaux, sous toute forme, [...] et, en général, toute opération de promoteur immobilier*»), cette décision rappelle opportunément combien,

« Cette décision rappelle opportunément combien [...] est importante une correcte rédaction de l'objet statutaire, lequel doit correspondre à celui de construction et vente d'immeubles et ne pas porter mention d'autres activités fiscalement commerciales. »

pour cette catégorie de SCI, est importante une correcte rédaction de l'objet statutaire, lequel doit correspondre à celui de construction et vente d'immeubles et ne pas porter mention d'autres activités fiscalement commerciales. Ensuite, la situation jugée est porteuse d'une dimension supplémentaire, tenant à ce que les décisions prises par la SCI concernant les ventes de terrains à une autre société du groupe et les conséquences fiscales qui en ont été spontanément tirées l'ont conduite à se voir reconnaître par la Cour la possibilité d'être passée du régime de l'article 239 ter

à celui de l'impôt sur les sociétés, alors que le régime fiscal des sociétés de construction-vente exclut, au contraire de la généralité des sociétés non soumises à l'impôt sur les sociétés, la possibilité d'une option pour cet impôt.

Enfin, cette affaire incite à la vigilance : rappelons qu'une contestation par l'Administration du régime fiscal retenu par une société de construction-vente induit, pour cause de prescription du droit de réclamer, un risque de double fiscalisation si celui ayant initialement déclaré le résultat (selon le régime d'imposition retenu, l'associé ou la SCI) n'a pas introduit une réclamation conservatoire pendant la même année civile que celle au cours de laquelle l'administration fiscale a opéré ses rectifications. ■

L'actualité en fiscalité locale issue des lois de finances

Revalorisation des valeurs locatives (art. 99 de la LF 2017)

Malgré le fait que les actualisations des valeurs foncières des années précédentes aient excédé l'inflation, l'article 99 de la loi de finances pour 2017 (LF 2017) adopte encore une actualisation pour cette année de 0,4 %.

L'aspect positif est cependant que l'article 99 instaure un principe de revalorisation des coefficients des valeurs locatives foncières en fonction de l'inflation réelle, et non plus de l'inflation prévisionnelle.

Ce nouveau principe sera appliqué systématiquement à compter de 2018. L'inflation sera appréciée sur une période de 12 mois, de novembre N-2 à novembre N-1.

Néanmoins, ce mécanisme concerne pour la dernière fois les locaux commerciaux pour lesquels la révision cadastrale s'applique en 2017.

La révision des valeurs locatives cadastrales s'accompagne d'un dispositif spécifique de mise à jour permanente des loyers mettant à jour les grilles tarifaires (art. 34 de la LFR 2010).

Nouvelle répartition de la CVAE au sein des groupes intégrés fiscalement (art. 51 de la LFR 2016)

La loi de finances rectificative pour 2016 (LFR 2016) instaure à compter de 2017 une réforme en matière de répartition de la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises (CVAE) au sein de groupes intégrés fiscalement.

Si la CVAE était affectée entre les différentes communes d'implantation avec une appréciation au niveau de chaque entreprise individuellement, le législateur a introduit une répartition déterminée globalement avec toutes les sociétés appartenant à un même groupe intégré fiscalement. Ainsi, l'Administration devra globaliser toutes les CVAE acquittées par les sociétés membres d'un même groupe intégré puis affecter cette somme à raison des 2/3 en fonction de la localisation des effectifs globalisés de toutes les sociétés du groupe et d'1/3 en fonction de la localisation des valeurs foncières de toutes les sociétés, sachant que celle des immeubles industriels est multipliée par 5.

Ainsi, l'objectif est d'affecter aux collectivités locales des territoires accueillant des usines un

montant de CVAE supplémentaire au détriment de celles accueillant les sièges sociaux.

Logements objets d'un bail réel solidaire (art. 63 de la LFR 2016)

Le bail réel solidaire (BRS) permet aux ménages modestes d'accéder à la propriété de leur résidence principale.

Un organisme de foncier solidaire (OFS) consent, pour une durée de 18 à 99 ans, des droits réels en vue de la location ou de l'accession à la propriété de logements occupés à titre de résidence principale, sous des conditions de plafond de ressources et loyers.

Dans ce schéma, l'OFS conclut un BRS avec un opérateur qui s'engage à construire ou réhabiliter des logements. Ce dernier vend les droits réels immobiliers attachés aux logements construits ou réhabilités. Enfin, un nouveau BRS est signé entre le ménage et l'OFS. Le preneur à bail devient propriétaire du bâti mais non du terrain, propriété de l'OFS.

L'article 1388 *octies* du Code général des impôts (CGI) instaure un abattement de 30 % sur la base d'imposition à la taxe foncière sur les propriétés bâties des logements faisant l'objet d'un BRS, sous réserve d'avoir adressé à son centre des impôts fonciers, avant le 1^{er} janvier de l'année suivant celle de la signature du bail, une déclaration spécifique accompagnée d'une copie du bail.

La modification de l'article 1378 ter du CGI confirme l'application des dispositions fiscales des mutations d'immeubles aux cessions de droits réels effectuées dans le cadre d'un BRS ou d'un bail réel immobilier.

Ces cessions devraient donc être soumises à la TVA et à la taxe de publicité foncière (TPF).

Mais l'article 62 de la LFR 2016 prévoit une TVA réduite à 5,5 % et une exonération de TPF. La loi permet d'exonérer de TPF la conclusion d'un BRS lors des premières (entre l'OFS et l'opérateur) et dernières (entre l'OFS et le ménage bénéficiaire) étapes du schéma d'accession à la propriété. La cession des droits issus du BRS entre l'opérateur et le ménage demeure soumise à la TPF. ■



Par **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, à négocier avec les services fiscaux les conditions d'imposition à la fiscalité locale en matière d'opérations de restructurations lourdes.
laurent.chatel@cms-bfl.com

Loi «Censi-Bouvard» : les changements apportés par la loi de finances pour 2017

Le verdict est tombé : la loi de finances pour 2017 (LF 2017) proroge d'un an le dispositif «Censi-Bouvard», comme le dispositif de défiscalisation immobilière loi Pinel, pour les résidences étudiantes, les résidences pour seniors ou établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) et les résidences d'affaires mais exclut l'acquisition de logements neufs situés dans des résidences de tourisme.



Par **Elodie Dellis**, avocat en fiscalité. Elle intervient tant en matière de fiscalité des entreprises et groupes de sociétés que dans le domaine de la fiscalité des particuliers, actionnaires et dirigeants.
elodie.dellis@cms-bfl.com

Rappelons, en premier lieu, que le dispositif «Censi-Bouvard» prévoit qu'une réduction d'impôt est accordée aux personnes physiques, domiciliées fiscalement en France, qui acquièrent un logement neuf ou réhabilité dans une résidence avec services en vue de sa location meublée auprès d'un exploitant. La réduction d'impôt est de 11 % du prix de revient du logement, retenu dans une limite de 300 000 euros, et l'investisseur peut demander à récupérer la TVA payée sur le prix du logement, s'il respecte néanmoins certaines conditions. Parmi les principales : l'exploitant de la résidence doit proposer au moins trois services parahôtelières, les loyers perçus doivent être soumis à la TVA et l'investisseur doit avoir le statut de loueur en meublé non professionnel.

Le dispositif devait prendre fin le 31 décembre 2016. La LF 2017 (art. 69) l'a prolongé d'un an mais en excluant de son champ d'application les acquisitions de logements situés dans des résidences de tourisme classées.

En contrepartie, la LF 2017 crée un nouveau dispositif de réduction d'impôt en faveur de certains travaux de réhabilitation de grande ampleur, de logements de plus de quinze ans, situés dans des résidences de tourisme classées, à condition qu'ils portent sur l'ensemble de la copropriété et qu'ils soient votés en assemblée des copropriétaires entre le 1^{er} janvier 2017 et le 31 décembre 2019 (Code général des impôts, art. 199 *decies* G bis nouveau). Ces travaux sont limitativement énumérés par la loi et comprennent une forte composante environnementale.

La réduction d'impôt est de 20 % du montant des dépenses éligibles, retenues dans la limite d'un plafond de 22 000 euros par logement, pour l'ensemble de la période 2017-2019, soit une réduction

d'impôt maximale de 4 400 euros sur trois ans. Les investisseurs doivent également s'engager à louer leurs logements pendant au moins cinq ans à compter de la date d'achèvement des travaux. La loi vise donc à réorienter l'aide fiscale vers la rénovation du parc existant plutôt que vers la production de nouvelles résidences de tourisme. Le Gouvernement espère ainsi inciter les propriétaires à mettre aux normes les résidences de tourisme déjà présentes sur le marché, notamment dans les régions montagneuses. En effet, les résidences de tourisme situées sur ces territoires ont été majoritairement construites (pour près de 75 % d'entre elles) dans les années 1970. Leur vétusté ou leur désuétude ne participent plus à

l'attractivité touristique et donc au dynamisme économique de ces zones, avec le risque qu'elles soient désertées par les touristes.

Les professionnels du secteur des résidences de tourisme se sont, bien entendu, émus de ces changements et plusieurs amendements ont été dé-

«La loi vise donc à réorienter l'aide fiscale vers la rénovation du parc existant plutôt que vers la production de nouvelles résidences de tourisme.»

posés visant à inclure les résidences de tourisme dans la prorogation du dispositif «Censi-Bouvard» ou, à tout le moins, à inclure dans le dispositif les projets de construction en cours en 2016. Les arguments étaient notamment que le besoin en nouvelles résidences de tourisme continue d'exister dans des zones autres que montagnardes, ou bien que cette nouvelle mesure allait mettre un coup d'arrêt aux opérations de construction en cours. Mais, pour des raisons budgétaires, d'organisation du territoire, ou encore écologiques, ils n'ont pas été adoptés.

Il reste à espérer que ces changements n'affecteront pas trop fortement le secteur du tourisme, qui traverse actuellement en France une crise sans précédent. ■

L'application dans le temps de la loi Pinel en matière de congé triennal

L'article 2 de la loi Pinel n° 2014-626 du 18 juin 2014 a modifié les dispositions de l'article L. 145-4 du Code de commerce pour interdire au preneur d'un bail commercial de conclure un bail ferme en dérogeant à sa faculté de résiliation triennale, sauf dans certaines hypothèses. La loi Pinel ne comportant aucune disposition transitoire quant à l'application de l'article L. 145-4 du Code de commerce, la question de l'application de cette nouvelle disposition aux contrats en cours fait débat.

Le bail commercial, qui doit être conclu pour une durée minimale de neuf années, peut être résilié par le preneur à chaque échéance triennale. Avant l'entrée en vigueur de la loi Pinel au 20 juin 2014, les parties pouvaient conventionnellement déroger à cette faculté de résiliation triennale et conclure un bail ferme de six ou de neuf années. La loi Pinel a modifié les dispositions de l'article L. 145-4 du Code de commerce et a supprimé la possibilité de déroger à la faculté de résiliation triennale du preneur, sauf lorsque le bail commercial a une durée contractuelle supérieure à neuf ans ou porte sur des locaux à usage exclusif de bureaux, sur des locaux construits en vue d'une seule utilisation ou des locaux de stockage mentionnés au 3° du III de l'article 231 ter du Code général des impôts.

Les nouvelles dispositions de l'article L. 145-15 du Code de commerce prévoient que toute clause contraire aux dispositions de l'article L. 145-4 du Code de commerce est réputée non écrite (et non plus nulle), ce qui implique que l'action du preneur, afin de remettre en cause la clause de renonciation à la faculté de résiliation triennale, échappe à toute prescription. Toutefois, le législateur n'a prévu aucune disposition transitoire quant à l'application des nouvelles dispositions de l'article L. 145-4 du Code de commerce aux contrats en cours, conclus antérieurement au 20 juin 2014.

En pratique, l'application de l'interdiction de déroger à la faculté de résiliation triennale légale aux contrats en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi Pinel remettrait en cause l'équilibre contractuel du contrat puisque les baux d'une durée ferme de six ou de neuf ans étaient généralement conclus en contrepartie d'un avantage accordé par le bailleur au preneur tel qu'une franchise de loyer ou la participation financière du bailleur aux travaux d'aménagement du preneur.

Par une réponse ministérielle en date du 31 mai 2016 (rép. min. n° 93154 : JOAN 31 mai 2016, p.4684), la secrétaire d'Etat chargée du Commerce a considéré que la nouvelle loi devra s'appliquer aux baux commerciaux conclus avant l'entrée en vigueur de la loi du 18 juin 2014 aux motifs, notamment, que cette nouvelle règle régit immédiatement les effets légaux des situations juridiques ayant pris naissance avant son entrée en vigueur et non définitivement réalisées.

La portée de cette réponse ministérielle est à nuancer puisqu'elle se heurte, à notre avis, à la théorie des effets légaux du contrat.

En effet, si le principe de non rétroactivité de la loi, mentionné à l'article 2 du Code civil, conduit à ce que la nouvelle loi ne soit pas appliquée aux contrats en cours, il convient également d'appliquer la règle selon laquelle les effets légaux d'un contrat sont régis par la loi en vigueur à la date où ils se produisent.

«En pratique, l'application de l'interdiction de déroger à la faculté de résiliation triennale légale aux contrats en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi Pinel remettrait en cause l'équilibre contractuel du contrat.»

Par **Géraldine Machinet**,
avocat en droit immobilier.
geraldine.machinet@cms-bfl.com

Toutefois, la jurisprudence a recours à cette théorie pour appliquer des lois nouvelles aux situations juridiques établies avant son entrée en vigueur, à la condition que celles-ci n'aient pas encore été définitivement réalisées. Le bail commercial d'une durée ferme conclu antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi Pinel constitue, au contraire, un engagement ferme des parties, qui ne pourrait être remis en cause par la théorie de l'effet légal du contrat, applicable aux seules modifications légales n'interférant pas avec la volonté des parties. Cette réponse ministérielle va certainement être

invoquée par des preneurs souhaitant remettre en cause la durée ferme du bail commercial conclu antérieurement à l'application de la loi du 18 juin 2014. Toutefois, elle va à l'encontre d'un arrêt récent de la cour d'appel de Poitiers ayant jugé que les nouvelles dispositions de la loi Pinel ne pouvaient être invoquées par un preneur dans le cadre d'un bail commercial conclu en 2010 et en cours lors de l'entrée en vigueur de la loi Pinel (CA Poitiers, 26 avr. 2016, n° 14/02891).

L'éclairage de la Cour de cassation sur cette problématique est donc particulièrement attendu. ■

C/M/S/ Bureau Francis Lefebvre

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

Retrouvez toutes les informations relatives à notre activité en immobilier :



Supplément du numéro 1400 du Lundi 6 février 2017

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
N° commission paritaire : 0917 T 83896