

# LA LETTRE DE L'IMMOBILIER

Lundi 19 septembre 2016

## AU SOMMAIRE

### Dossier

#### Les transactions immobilières

- Prix de cession de titres de sociétés immobilières : évolutions et incertitudes fiscales p. 2
- L'enjeu financier de la taxe de 3 % dans les transactions immobilières p. 3
- Vente d'immeubles bâtis et TVA : la vigilance s'impose p. 4
- Les incidences des transactions immobilières en matière d'impôts locaux p. 5
- *Asset deal* ou *share deal* : comment choisir ? p. 6
- L'octroi de prêts par des fonds : un nouveau mode de financement des transactions immobilières p. 8
- L'obligation d'information dans le cadre de transactions immobilières p. 10
- Le rôle des professionnels de l'immobilier dans les transactions p. 11

### Actualité

- Construction-vente : ayez le geste vert, recyclez les SCI locatives usagées p. 12
- Limitation de l'application du dispositif Quémener aux situations de double imposition p. 13
- Le bail à construction sur le domaine public p. 15
- Déficit foncier : l'Administration cherche à fixer des limites à leur utilisation p. 16

**C'M'S' Bureau Francis Lefebvre**

Supplément du numéro 1381  
du 19 septembre 2016

## EDITORIAL

L'année 2015 avait été celle de la reprise du volume des transactions immobilières avec un chiffre au-delà des 800 000 unités. Encouragé par la poursuite historique de la baisse des taux d'emprunt, 2016 ne devrait pas encore voir l'inversion de ce mouvement, la question étant de savoir quand, et si, une remontée des prix sera amorcée. En principe résultat du jeu de l'offre et de la demande, ces derniers sont aussi fonction d'indicateurs plus divers et complexes que le simple effet de la rareté d'un produit ou de la pluralité d'acheteurs. En démontrent les nombreuses facettes des discussions dont nous sommes témoins et acteurs à l'occasion des transactions et auxquelles ce numéro sera principalement dédié.

Au cœur des échanges et avant d'aboutir au prix, quelles sont les zones d'alerte pour tout acquéreur mais aussi celles qui peuvent constituer un atout pour le vendeur ? Si les enjeux environnementaux ainsi que ceux liés à l'urbanisme focalisent l'attention lors d'une vente de terrain, ceux liés aux baux en cours et à la copropriété seront évoqués pour les immeubles de rapport. Dans toute situation, un état des lieux de la fiscalité est indispensable, ne serait-ce que du point de vue des impôts locaux et des taxes d'urbanisme, pour tout projet de construction ou de transformation. Si la vente est susceptible de porter sur les titres d'une société à prépondérance immobilière, les points de discussion seront encore plus multiples avec, le cas échéant, la mise en place d'une garantie de passif. Problématique de la fiscalité latente, taxe de 3 %, régularisations éventuelles de TVA, la fiscalité aura son mot à dire dans l'opération sans compter sur la nécessité de pouvoir se prémunir vis-à-vis des autorités quant à la question de la justification du prix retenu pour le calcul des droits d'enregistrement.

Le mode de financement de l'opération et les capacités en la matière offertes à l'acquéreur sont naturellement des éléments déterminants qui occupent une place prépondérante dans les discussions pouvant influencer sur le fond comme sur la forme de la transaction. Celle-ci est également en elle-même un sujet réglementé. Une piqûre de rappel, quant aux principes sur lesquels tout acteur doit être sensibilisé, n'est jamais inutile ne serait-ce que pour toute personne habilitée à jouer les intermédiaires.

On ne pourra naturellement pas prétendre à l'exhaustivité en la matière compte tenu de la multitude des situations susceptibles de se présenter. Nous espérons toutefois que ce focus spécial, sans avoir la prétention de servir de guide, pourra sensibiliser nos lecteurs quant aux principaux points d'attention et à l'opportunité d'être assistés par tous professionnels confondus, un négociateur averti en valant deux ! ■

Christophe Frionnet, avocat associé

# Prix de cession de titres de sociétés immobilières : évolutions et incertitudes fiscales

**La fixation du prix des titres d'une société immobilière recèle des enjeux fiscaux qui ne doivent pas être négligés. A cet égard, la définition d'un juste prix reste un exercice délicat qu'il est essentiel de documenter pour faire face à un éventuel contrôle et qui doit tenir compte d'un contexte jurisprudentiel très évolutif.**



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 intragroupes et à l'immobilier. frederic.gerner@cms-bfl.com



et **Anne-Sophie Rostaing**, avocat associé en fiscalité. Elle assiste les entreprises et groupes de sociétés notamment dans le cadre de la structuration fiscale de leurs opérations de fusion-acquisition et de restructuration. Elle traite également des problématiques fiscales propres aux institutionnels de l'immobilier (SIIC, OPCI, SCPI). anne-sophie.rostaing@cms-bfl.com

**L**a détermination du prix d'acquisition des titres d'une société immobilière est la clé d'enjeux fiscaux multiples : calcul de la plus-value du vendeur, assiette des droits de mutation, fixation du prix de revient pour la dotation de provisions ou le calcul de futures plus-values pour l'acquéreur et, le cas échéant, assiette taxable à l'ISF.

Le juge fiscal considère de longue date que le prix d'une transaction doit correspondre à la «valeur vénale» du bien, notion non définie par les textes, mais qui s'entend, selon le juge, du chiffre auquel aurait abouti le jeu normal de l'offre et de la demande à la date concernée.

L'observation du marché n'est cependant pas toujours évidente et ne donne pas de critère absolu sur la méthode de détermination du prix. Dès lors, les sources de désaccord avec l'administration fiscale sont potentiellement nombreuses. Dans ce contexte, il convient de saluer deux arrêts du Conseil d'Etat du 26 février 2016

(n° 376192, Sté Unibail-Rodamco SE ; n° 382350, SA KLE1) qui confortent certaines pratiques de place.

Selon le Conseil d'Etat, la détermination de la valeur vénale de titres de sociétés immobilières peut intégrer des décotes dès lors que celles-ci reposent sur des pratiques de marché.

Les méthodes de détermination de la valeur vénale restent encore largement débattues avec l'administration fiscale devant les juridictions.

La première décote (Unibail) était liée aux droits de mutation : il est classique, dans une transaction immobilière, que l'acquéreur propose un montant global comprenant les droits qu'il devra acquitter, ce qui conduit à déterminer comme prix de la transaction une valeur «hors droits».

L'administration fiscale contestait la décote au motif que l'actif sous-jacent détenu par la société avait lui-même été valorisé «hors droits», évoquant l'idée erronée d'une «double décote». Le second type de décote (KLE1) consistait à tenir compte du passif fiscal latent des sociétés immobilières, évalué à la date de la transaction. En effet, il est de pratique tout aussi avérée que les acquéreurs exigent une décote tenant compte de la fiscalité latente recelée par les actifs immobiliers détenus par ces sociétés et dont ces dernières seront redevables lors de

la cession ultérieure desdits actifs. Etant précisé qu'elles ne pourront pas, entre-temps, amortir ces actifs sur la base de la valeur retenue pour la transaction («déficit de base amortissable») et que les acquéreurs ne disposeront pas davantage de la faculté d'amortir le prix d'acquisition des droits représentatifs des biens immobiliers acquis, puisqu'il s'agit de titres.

Cependant, l'Administration refuse qu'il soit tenu compte d'une telle décote au motif

que l'objet d'une société foncière n'est pas de céder ses actifs.

Sur le fond, le Conseil d'Etat admet que les décotes susvisées puissent être retenues.

Dans l'arrêt Unibail, il confirme néanmoins l'arrêt d'appel défavorable, au motif que la société n'établissait pas suffisamment la pratique de marché invoquée.

Dans l'arrêt KLE1, il déjuge la Cour pour avoir refusé par principe l'application d'une décote. L'arrêt de renvoi sera scruté avec attention car, dans l'affaire Unibail, la Cour a refusé d'admettre qu'une pratique de marché soit établie par la combinaison d'attestations d'experts, d'une note d'un organisme professionnel et d'une transaction réelle, ce qui paraît très sévère. ■

**«Les méthodes de détermination de la valeur vénale restent encore largement débattues avec l'administration fiscale devant les juridictions.»**

# L'enjeu financier de la taxe de 3 % dans les transactions immobilières

**Si la taxe de 3 % est rarement exigible en raison de nombreuses exonérations, elle représente pourtant un risque important dans les transactions immobilières.**

La taxe annuelle de 3 % prévue à l'article 990D du Code général des impôts est due sur la valeur vénale des immeubles français détenus par une entité juridique française ou étrangère, directement ou indirectement par l'intermédiaire d'une chaîne de participation.

Toutefois, de nombreuses exonérations sont applicables, notamment

lorsque l'entité produit chaque année auprès de l'administration fiscale une déclaration mentionnant la situation, la consistance et la valeur de ses immeubles ainsi que l'identité de ses détenteurs ou lorsque cette entité prend l'engagement, dans les deux mois suivant l'acquisition directe ou indirecte de l'immeuble, de révéler ces informations à l'Administration, à première demande de cette dernière.

Lorsque la transaction porte sur les titres d'une société immobilière, un audit de la situation de cette dernière s'impose au regard de la taxe de 3 %, mais également, dans l'hypothèse d'une chaîne de participation, des sociétés «au-dessus» et «en dessous» d'elle puisque celles-ci sont toutes solidairement responsables du paiement de la taxe en cas de redressement. Si la taxe n'a pas été payée, il faudra s'assurer que ces sociétés remplissent bien les conditions d'exonération requises pour chacune des années non prescrites et, notamment lorsque c'est le cas, que les déclarations annuelles ont été correctement remplies ou que les réponses aux mises en œuvre de l'engagement par l'Administration ont bien été transmises par les sociétés dans les délais requis. Le respect de ces conditions est parfois difficile à apprécier en présence d'entités ou structures étrangères dont l'organisation rend complexe l'identification des détenteurs de droits (fondations étrangères ou détention via des contrats de *nominee* par exemple) ou lorsqu'il existe un

risque de discussion sur la possibilité de justifier les informations déclarées (titres au porteur par exemple). Par ailleurs, toujours en présence d'une société étrangère, il faudra s'assurer que celle-ci est établie dans un Etat de l'Union européenne ou dans un Etat ayant conclu avec la France un traité contenant une clause d'assistance administrative

ou une clause de non-discrimination, cette condition étant nécessaire pour prétendre à l'exonération de taxe de 3 % liée à la déclaration annuelle ou à l'engagement de déclarer. A cet égard, la situation de certains Etats et territoires non coopératifs (ETNC), qui ont conclu un accord d'échanges de renseignements avec la France mais qui ne l'appliquent pas correctement selon l'administration française, peut poser des difficultés.

Il s'agit d'un enjeu financier important pour l'acheteur puisque le non-respect de l'une de ces conditions entraîne l'exigibilité effective de la taxe, alors que le délai de prescription

applicable sera le plus souvent de six ans, ce qui pourra représenter un coût allant jusqu'à 18 % de la valeur de l'immeuble sous-jacent, hors pénalités et intérêts de retard. La doctrine administrative admet toutefois la possibilité d'une régularisation, soit par le dépôt spontané ou après mise en demeure des déclarations omises, soit par l'envoi tardif mais spontané de l'engagement de déclarer ces informations, à condition néanmoins qu'il s'agisse de la première infraction. Cette tolérance ne vaut donc que pour le premier manquement et ne s'applique pas en cas de déclaration ou de réponse à une mise en demeure incomplète ou contenant des informations erronées. L'acheteur des titres de la société immobilière devra donc, le cas échéant, se prémunir de ce risque fiscal par l'introduction de clauses de garantie de passif et/ou par la constitution d'un séquestre. ■

**«Le non-respect de l'une de ces conditions entraîne l'exigibilité effective de la taxe [...], ce qui pourra représenter un coût allant jusqu'à 18 % de la valeur de l'immeuble sous-jacent, hors pénalités et intérêts de retard.»**



Par **Julien Saiac**, avocat associé en fiscalité internationale. Il traite plus particulièrement des questions relatives aux restructurations internationales et aux investissements immobiliers. [julien.saiac@cms-bfl.com](mailto:julien.saiac@cms-bfl.com)



et **Frédéric Roux**, avocat en fiscalité internationale. [frederic.roux@cms-bfl.com](mailto:frederic.roux@cms-bfl.com)

# Vente d'immeubles bâtis et TVA : la vigilance s'impose



Par **Patrick Danis**, avocat associé en TVA. Il intervient tant en matière de conseil que de contentieux auprès d'acteurs importants du secteur immobilier et participe en cette qualité aux travaux de la Fédération des promoteurs immobiliers.  
patrick.danis@cms-bfl.com

**L**a TVA appréhende les mutations d'immeubles bâtis dans le cadre des règles issues de la loi du 9 mars 2010 qui, dans ce domaine, a mis notre législation en conformité avec le droit communautaire. Le régime de la vente doit être défini par référence aux critères de droit commun différents de ceux relatifs aux droits de mutation, dont la mise en œuvre peut soulever des difficultés d'appréciation. Or, une exonération appliquée à tort expose le vendeur à un risque de rappel et une imposition erronée peut être sanctionnée par un rejet du droit à déduction exercé par l'acquéreur. La TVA illégalement facturée est due du seul fait de sa facturation (art. 283-3 du Code général des impôts - CGI) et n'est pas pour autant déductible (art. 271 II 1 a du CGI).

Au-delà de l'exacte application des règles d'imposition, une complexité complémentaire apparaît dans le traitement des ventes d'immeubles affectés à une activité locative poursuivie par l'acquéreur.

## Les dispositions légales

Les ventes d'immeubles bâtis ne sont imposables que si elles sont effectuées par un assujetti, en d'autres termes par une personne physique ou morale agissant dans le cadre d'une activité économique lui procurant des recettes ayant un caractère de permanence. La qualification de l'activité exercée par le vendeur implique une attention spécifique lorsqu'il s'agit d'un particulier, d'un organisme de droit public ou d'une personne morale qui aurait détenu l'immeuble dans le cadre d'une vocation patrimoniale. Les commentaires formulés sur ce point par l'administration fiscale pourront être utilement consultés<sup>1</sup>. Si le cédant agit en qualité d'assujetti, la vente sera :

- imposable de plein droit si l'immeuble est «neuf», c'est-à-dire achevé depuis moins de cinq ans (construction neuve ou rénovation lourde) ;
- exonérée s'il est ancien. Mais le vendeur peut

opter pour l'imposition. La taxe est alors assise sur le prix total si l'achat du bien a été grevé de TVA et aucune régularisation n'est due si des droits à déduction ont été initialement exercés (art. 207 annexe II au CGI). Si l'acquisition n'a pas été soumise à la TVA, celle exigible au titre de la cession est due sur la marge (art. 268 du CGI). L'imposition par option formulée dans l'acte reste sans incidence sur la base des droits d'enregistrement. L'option peut être privilégiée par le vendeur pour préserver ses droits à déduction. L'intérêt et les conséquences de l'option relèvent

de la négociation des parties. Les clauses fiscales de l'acte refléteront les dispositions applicables et les choix exercés dans ce cadre.

## La vente d'un immeuble affecté à une activité locative poursuivie par le cessionnaire

Une attention particulière est requise. La situation traduit, selon l'administration fiscale, un transfert d'universalité de biens<sup>2</sup>. La mutation est alors réputée «inexistante» (art. 257 bis du CGI). La TVA ne doit pas être liquidée de plein droit ou par option qui ne peut être exercée, aucune régularisation de droits à déduction ne doit être opérée, le cessionnaire

venant aux droits et obligations du cédant.

L'attention doit être attirée sur deux difficultés rencontrées :

- celle de la vacance locative préalable à la vente qui est admise dans l'approche de l'Administration. Mais la frontière entre une situation temporaire et une cessation d'activité n'est pas toujours évidente à tracer ;
- celle de la revente du bien par le cessionnaire qui exclut, selon l'Administration, le bénéfice du régime. Le Conseil d'Etat retient une analyse inverse si le sous-acquéreur poursuit l'activité<sup>3</sup>.

La question de savoir si la cession initiale peut en bénéficier n'est pas tranchée. Le vendeur s'en tiendra par prudence au droit commun. ■

**«Au-delà de l'exacte application des règles d'imposition, une complexité complémentaire apparaît dans le traitement des ventes d'immeubles affectés à une activité locative poursuivie par l'acquéreur.»**

1. BOI-TVA-IMMO-10-10-10-10.

2. BOI-TVA-CHAMP-10-10-50-10.

3. Conseil d'Etat 23 novembre 2015, n° 375054.

# Les incidences des transactions immobilières en matière d'impôts locaux

**Les mutations portant sur des biens immobiliers conduisent à des changements de débiteur légal de la taxe foncière. Mais surtout, ces mutations sont susceptibles d'entraîner des modifications de la valeur locative foncière servant au calcul de la taxe foncière, de la cotisation foncière des entreprises ou de la taxe d'habitation.**

L'impact d'une mutation immobilière sera différent selon que la transaction porte directement sur un immeuble (*asset deal*) ou sur les titres de la société qui le détient (*share deal*). Dans ce dernier cas, l'opération n'entraîne pas de changement de propriétaire des murs, donc de redevable de l'impôt, ni de modification de la valeur locative foncière des immeubles de la société cible. Il en va autrement lorsque la transaction porte directement sur un bien immobilier.

## Changement de redevable légal de la taxe foncière

Sous réserve des hypothèses visées à l'article 1400-II du Code général des impôts (CGI - cas du démembrement de propriété, de certains titres d'occupation spécifiques ou du contrat de fiducie), la taxe foncière est établie au nom du propriétaire de l'immeuble imposé.

La transaction portant sur l'immeuble entraîne donc un changement de redevable légal de l'impôt.

Pour autant, la taxe foncière émise au titre de l'année suivant celle de la transaction ne sera effectivement appelée au nom de l'acquéreur que si l'acte a été publié au fichier immobilier (article 1402 du CGI). A défaut, l'ancien propriétaire reste imposé. Toutefois, l'article 1404 du CGI prévoit que celui-ci peut en obtenir le dégrèvement en déposant une réclamation contentieuse, sous réserve d'accomplissement de la formalité précitée.

## Modification de la valeur locative foncière de l'immeuble objet de la transaction

Si ce n'est l'hypothèse d'un immeuble dont la valeur locative est manifestement sous-évaluée et dont la cession pourrait attirer l'attention des services fiscaux, la transaction portant sur un immeuble non industriel n'entraîne pas, en principe, une remise en cause de celle-ci.

En revanche, la transaction portant sur un immeuble industriel pourra entraîner une réévaluation

de sa valeur locative foncière.

En effet, celle-ci est évaluée selon la méthode comptable, prévue à l'article 1499 du CGI, qui consiste à appliquer un taux d'intérêt au prix de revient des biens passibles de la taxe foncière, immobilisés chez le propriétaire et chez son éventuel locataire, revalorisé au moyen de coefficients d'actualisation.

La valeur locative foncière d'un immeuble industriel évoluera donc nécessairement, lors de sa mutation,

**«La transaction portant sur un immeuble industriel pourra entraîner une réévaluation de sa valeur locative foncière.»**

à la hausse si le prix de vente est supérieur à celui immobilisé à l'actif du vendeur ou à la baisse si ce prix de vente est inférieur ou égal (par la neutralisation de l'effet des coefficients d'actualisation) à celui inscrit au bilan de l'ancien propriétaire. Toutefois, lorsque la transaction ne porte pas sur un immeuble isolé mais sur un établissement (transfert de l'ensemble des éléments mobiliers et immobiliers,

corporels et incorporels, utilisés par le cédant pour l'exercice de son activité), l'article 1518 B du CGI prévoit l'application d'une valeur locative minimum fixée aux quatre cinquièmes de la valeur locative avant l'opération, voire à 100 % de ce montant lorsque le cédant et le cessionnaire sont des entreprises liées.

Dans le même sens, les dispositions de l'article 1499-0 A du CGI prévoient que la valeur locative de biens immobiliers ne peut être inférieure à celle retenue chez l'ancien propriétaire au titre de l'année de la cession lorsque l'immeuble :

– est acquis par un crédit-preneur par levée d'option de crédit-bail ; et

– qu'il fait l'objet d'un contrat de crédit-bail ou de location au profit de la personne qui l'a cédé.

Enfin, l'acquéreur s'assurera du paiement des taxes émises afin d'éviter un éventuel droit de suite.

En conclusion, il est impératif de s'assurer que les publications sont bien effectuées avec diligence par le notaire et que l'opération ne risque pas d'entraîner une majoration des impôts locaux. ■



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



et **David Barreau**, avocat en fiscalité. Il intervient plus particulièrement dans les dossiers de conseil et de contentieux en matière de fiscalité locale.

david.barreau@cms-bfl.com

## Asset deal ou share deal : comment choisir ?

**La structuration d'une opération d'investissement immobilier passe inévitablement par le choix cornélien entre acquérir les actions de l'entreprise propriétaire de l'actif immobilier concerné (*share deal*) et acquérir directement cet actif immobilier (*asset deal*).**



Par **Christophe Blondeau**, avocat associé en corporate/fusions & acquisitions. Il couvre l'ensemble des questions relatives aux opérations transactionnelles, notamment dans le secteur immobilier.  
christophe.blondeau@cms-bfl.com



**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 de Paris I.  
christophe.frionnet@cms-bfl.com

**S**i la question est simple, la réponse l'est moins : le choix peut être lourd de conséquences juridiques et fiscales tant lors de la réalisation de l'opération qu'au cours de l'investissement et à sa sortie. Le choix entre *share deal* et *asset deal* doit donc être mûrement réfléchi.

*A priori*, l'un des principaux avantages de procéder à un *asset deal* par opposition à un *share deal* réside dans les moindres risques juridiques supportés pour l'acquéreur. En effet, l'objet de la vente porte alors sur des actifs, à l'exception des passifs qui y sont attachés. L'acquéreur ne court en principe que les risques liés aux actifs acquis à compter de la date de l'acquisition. Les problématiques afférentes à la gestion des passifs – audits longs et coûteux, négociation délicate d'une convention de garantie de passif avec le vendeur – sont donc en principe écartées. Toutefois, ce principe souffre d'exceptions car l'acquéreur pourra être tenu de certains risques passés, notamment en matière environnementale. Sur un plan purement comptable et fiscal, l'acquéreur aura à son actif un immeuble inscrit pour un prix de revient correspondant à sa valeur vénale et constituant une base amortissable.

Dans un *share deal* par contre, l'acquéreur reprend la société avec l'ensemble de ses actifs et passifs, y compris ceux passés, sous réserve des prescriptions applicables et aucune modification/réévaluation ne peut être opérée dans les écritures comptables de la société cible. En outre, les seules garanties légales dont bénéficie l'acquéreur sont la garantie d'éviction et la garantie des vices cachés, garanties qui sont difficiles à mettre en œuvre car portant uniquement sur les

actions acquises alors que dans un *asset deal*, elles porteront directement sur l'immeuble et l'acquéreur bénéficiera, en outre, de la rescision pour lésion de plus des sept douzièmes. L'acquéreur dispose toutefois de deux outils, bien rodés mais qui peuvent s'avérer coûteux, pour sécuriser son acquisition : d'une part, procéder à des audits poussés avec l'aide de ses conseils

afin d'identifier en amont les risques associés à la société cible et, d'autre part, négocier avec le vendeur une convention de garantie. Cette convention aura pour objet d'indemniser l'acquéreur des préjudices résultant de la survenance des risques juridiques et fiscaux couverts par la convention qui se révéleraient postérieurement à la date d'acquisition de la société mais qui auraient une origine antérieure à celle-ci. De plus, en cas d'opérations immobilières réalisées entre professionnels, la société cible a le plus souvent été constituée en vue de l'acquisition de l'immeuble et n'a donc pas eu d'activité autre

que celle de la détention de cet actif immobilier, ce qui limite les risques essentiellement aux risques fiscaux qui peuvent alors être couverts par voie de garantie. A cet égard, il existe depuis plusieurs années des pratiques de marché bien établies pour couvrir certains risques spécifiques aux sociétés immobilières, en particulier concernant la taxe de 3 % sur la valeur vénale des actifs immobiliers détenus en France par des personnes morales pour laquelle il est souvent prévu des séquestres documentaires afin de répondre aux demandes de renseignements de l'administration fiscale.

De même, au plan fiscal, au-delà de la différence qui consiste, en cas de cession des parts, à déterminer dans quelle mesure il conviendrait

**«Dans un share deal, l'acquéreur reprend la société avec l'ensemble de ses actifs et passifs, y compris ceux passés [...] et aucune modification/réévaluation ne peut être opérée dans les écritures comptables de la société cible.»**

de prévoir une garantie de passif et de quel niveau, les discussions entre les parties sont couramment tournées vers la problématique de la fiscalité latente lorsque l'immeuble est inscrit à l'actif du bilan de la société pour une valeur nette comptable (et fiscale) inférieure à sa valeur vénale.

Si, pour l'acquéreur des parts, le coût des droits de mutation peut s'avérer inférieur du fait de la prise en compte des éventuels passifs de la société, ceci peut néanmoins impliquer, suivant la nature de ses projets, qu'en cas de cession ultérieure du bien ou de restructuration il y aura lieu d'acquitter une imposition sur le «bénéfice»

correspondant à cette plus-value latente alors même qu'aucun profit n'est réellement dégagé économiquement. D'où le fait qu'un prix d'achat des parts sociales d'une société soumise à l'impôt sur les sociétés (IS) ne comportant aucune décote à ce sujet peut s'avérer préjudiciable. Paramètre qui focalise fréquemment les négociations.

La cession des parts d'une société soumise à l'IS peut toutefois présenter un avantage permettant de pallier cette difficulté lorsque la société est titulaire de déficits fiscaux reportables et que l'acquéreur n'entend procéder à aucune restructuration ni changement d'activité. Dans ce cas, ces reports pourront s'imputer dans les conditions de droit commun sur les bénéfices futurs (par exercice, jusqu'à un million d'euros plus 50 % du bénéfice excédant ce montant). Ce point pourra donc être valorisé dans le cadre des négociations et constituer un élément de nature à orienter les discussions en faveur d'un achat de parts.

Par ailleurs, s'agissant de la question du financement, l'acquisition d'un actif immobilier est a priori plus aisée que celle des titres d'une société qui est soumise à certaines contraintes juridiques. En effet, l'acquisition d'un immeuble peut être financée par dette bancaire, garantie par voie d'hypothèque conventionnelle ou, moins coûteux car la taxe de publicité foncière

ne s'applique pas, par voie d'un privilège de prêteur de deniers (PPD). A l'inverse, en cas d'acquisition des actions de la société propriétaire de l'actif immobilier, cette dernière ne peut pas donner ses propres actifs en garantie de l'acquisition de ses propres titres. Ces contraintes de financement ne sont toutefois pas insurmontables car il est possible de structurer l'opération d'acquisition (mécanisme dit de «*debt push-down*») afin de rapprocher les actifs de la dette (refinancement du passif existant, fusion de la holding d'acquisition et de la société détentrice de l'actif immobilier, distribution de l'immeuble, etc.) sous réserve de sécuriser les éventuels

risques fiscaux associés ou de recourir à une opération de «*lease-back*».

Autre différence notable : l'acquisition d'un actif immobilier est soumise à un formalisme puisqu'elle est réalisée par voie d'acte authentique devant notaire et fait l'objet d'une publicité auprès du service de la publicité foncière. Le notaire doit préalablement s'assurer que certaines informations, notamment sous forme de diagnostics techniques annexés à l'acte, soient communiquées à l'acquéreur. Par contre, l'acte d'acquisition des actions d'une société est laissé à la liberté contractuelle, l'acquéreur

pouvant néanmoins disposer du même niveau d'information lorsqu'il procède aux diligences nécessaires.

Enfin, en cas d'*asset deal*, l'acquéreur devra purger le droit de préemption urbain si la commune où est situé l'immeuble a instauré un périmètre de sauvegarde, ce qui peut retarder l'acquisition. Ce droit de préemption existe également en cas de *share deal* mais uniquement dans des cas limités. En outre, le droit de préemption en faveur du locataire, instauré par la loi Pinel du 18 juin 2014, qui s'applique aux cessions de locaux à usage commercial ou artisanal, devra également être purgé, selon le cas. ■



et **Cécile Sommelet**, avocat conseil en corporate/fusions & acquisitions. Elle intervient particulièrement dans les opérations de restructuration et de fusion-acquisition du secteur de l'immobilier. [cecile.sommelet@cms-bfl.com](mailto:cecile.sommelet@cms-bfl.com)

**«S'agissant de la question du financement, l'acquisition d'un actif immobilier est a priori plus aisée que celle des titres d'une société qui est soumise à certaines contraintes juridiques.»**

# L'octroi de prêts par des fonds : un nouveau mode de financement des transactions immobilières

**Au regard du monopole bancaire français, seuls les établissements de crédit et les sociétés de financement peuvent, par principe, effectuer des opérations de crédit à titre habituel. Les possibilités pour un fonds français d'octroyer des prêts sont donc limitées. Ces contraintes tendent néanmoins à se réduire au regard de l'évolution de la réglementation permettant désormais à certains fonds d'octroyer des prêts aux entreprises, notamment afin de financer des investissements immobiliers.**



Par **Grégory Benteux**, avocat associé, responsable de l'activité Titrisation et financements structurés. Il intervient notamment dans la structuration de véhicules de titrisation et d'opérations de financements immobiliers. [gregory.benteux@cms-bfl.com](mailto:gregory.benteux@cms-bfl.com)

## **L'**évolution du principe de monopole bancaire français

L'article L. 511-5 du Code monétaire et financier («CMF») interdit à «*toute personne autre qu'un établissement de crédit ou une société de financement d'effectuer des opérations de crédit à titre habituel*».

Les opérations de crédit sont définies à l'article

L. 313-1 du CMF comme «*tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie*».

Ne bénéficiant pas du monopole bancaire, les fonds ne sont donc pas, par principe, autorisés à réaliser des opérations bancaires. Cependant, cette interdiction est largement atténuée par l'article L. 511-6 du CMF qui autorise, notamment, les fonds d'investissement alternatif («FIA») à réaliser des opérations de crédit «*sans préjudice des dispositions particulières qui leur sont applicables*». Le principe est donc que les FIA peuvent réaliser des opérations de crédit, pour autant que les dispositions qui les régissent le permettent.

C'est ainsi que certains fonds peuvent aujourd'hui réaliser des opérations de crédit. A titre d'exemple, on peut citer les organismes de titrisation dont l'objet principal est d'acquérir

des créances à terme (ce type de transaction étant qualifié d'opération de crédit). Dans une moindre mesure, il est également possible pour certains fonds d'investissement d'octroyer des avances en compte courant à des sociétés dans lesquelles ils détiennent une ou plusieurs participations<sup>1</sup>. Cependant, s'agissant de la possibilité pour un FIA d'octroyer des prêts, les quelques

ouvertures ne permettraient pas à ces fonds d'être des acteurs autonomes du financement des entreprises, y compris dans le domaine immobilier.

Comme souvent, les initiatives européennes en matière de gestion d'actifs et de financement de l'économie ont fait bouger les lignes de la réglementation bancaire française. A titre d'illustration, le règlement (UE) n° 345/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2013 relatif aux fonds de capital-risque européens («EuVECA»), qui est d'application directe en France, intègre parmi les actifs éligibles à l'EuVECA «*les prêts [...] consentis par [l'EuVECA] à une entreprise du portefeuille éligible [...]*».

Plus récemment encore et, de manière plus significative, le règlement FEILT<sup>2</sup> donne également la possibilité aux FEILT d'octroyer des prêts aux entreprises éligibles.

L'entrée en application du règlement FEILT, depuis décembre 2015, et l'impossibilité pour les fonds français agréés FEILT de pouvoir octroyer des prêts aux entreprises cibles avaient justifié

**«La loi de finances rectificative n° 2015-1786 du 29 décembre 2015 est venue consacrer la possibilité donnée à certains FIA français [...] de conclure des prêts "lorsqu'ils ont reçu l'autorisation d'utiliser la dénomination de FEILT [...] ou dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat".»**

1. Voir notamment l'article L. 214-28 du CMF pour les FCPR, l'article L. 214-42 du CMF pour les OPCV ou encore l'article L. 214-160 du CMF pour les FPCI.

2. Règlement (UE) 2015/760 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2015 relatif aux fonds européens d'investissement à long terme («FEILT»).

la mise en place par l'Autorité des marchés financiers («AMF») d'une réflexion sur «la possibilité d'adapter les règles françaises pour qu'un fonds de droit français puisse prêter»<sup>3</sup>.

La loi de finances rectificative n° 2015-1786 du 29 décembre 2015 (la «Loi Rectificative») est venue consacrer la possibilité donnée à certains FIA français (c'est-à-dire les fonds professionnels spécialisés, les fonds professionnels de capital-investissement et les organismes de titrisation) de conclure des prêts «lorsqu'ils ont reçu l'autorisation d'utiliser la dénomination de FEILT [...] ou dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.».

Un projet de décret fixant les conditions dans lesquelles certains FIA peuvent octroyer des prêts (le «Décret») vient quant à lui préciser, notamment :

– les conditions d'organisation de la société de gestion souhaitant gérer ce FIA ;

– la liste des bénéficiaires du prêt ;

– les caractéristiques du prêt octroyé (maturité, levier).

Ce projet de Décret est perfectible et montre que le Gouvernement et les régulateurs adoptent pour l'heure une démarche excessivement prudente. On peut notamment regretter que le fait que certains fonds puissent déjà acquérir des créances de prêts (notamment les organismes de titrisation) n'ait pas conduit à limiter les contraintes exigées lorsqu'il s'agit d'octroyer

ces mêmes prêts. Par ailleurs, le projet de Décret prévoit des règles sensiblement identiques pour chaque type de fonds ; pour les organismes de titrisation, cela conduit à introduire des contraintes en matière de liquidité ou de levier, qui n'existent pas nécessairement lorsque ces organismes de titrisation procèdent à l'acquisition de prêts de même nature.

A ce jour, le Décret n'a toujours pas été publié, seule l'instruction AMF 2016-02 relative à l'organisation des sociétés de gestion de portefeuille pour la gestion de FIA qui octroient des prêts («Instruction AMF») l'ayant été<sup>4</sup>. Cette Instruction AMF vient détailler les conditions d'organisation de la société de gestion en imposant la mise en place d'un ensemble de mesures additionnelles et, notamment :

– un système d'analyse de crédit spécifique à

l'octroi de prêts (mise en place d'une procédure écrite d'octroi de prêts) ;

– un système de valorisation des prêts ;

– des moyens humains disposant d'une expertise en prêts ;

– un audit juridique devant être mis en place avant l'octroi des prêts ;

– une procédure de traitement des conflits d'intérêt.

### L'utilisation des fonds dans le financement des transactions immobilières

Comme nous l'avons vu précédemment, seuls les fonds professionnels spécialisés, les fonds professionnels de capital-investissement et les organismes de titrisation pourront octroyer des prêts à des entreprises. A ce stade, ni la Loi Rectificative ni le Décret n'ont ouvert cette possibilité

aux organismes professionnels de placements collectifs immobiliers («OPPCI») alors même qu'un OPPCI pourrait être agréé en qualité de FEILT.

Les trois catégories de FIA visées permettent la mise en place d'opérations de financement de sociétés procédant à l'acquisition d'un bien immobilier, puisque les entreprises conduisant des activités immobilières sont éligibles tant au regard des règles FEILT<sup>5</sup> que de celles proposées par le projet de Décret.

Bien entendu, certains de ces fonds participent déjà au financement d'actifs immobiliers par

l'acquisition de créances de prêts : le nouveau contexte réglementaire permettra de le faire plus directement et en rendant les négociations plus fluides, en évitant par exemple le recours à une banque intermédiaire.

Ces nouvelles possibilités auront sans doute un impact sur les stipulations régissant les prêts accordés. Par exemple, le FIA peut demander à ce que certaines stipulations du contrat de crédit soient adaptées afin de tenir compte de sa situation particulière, comme les conditions de taux proposées ou la clause de «coûts de rupture», applicable lorsque les fonds réservés ne sont pas mis à disposition ou en cas de remboursement anticipé du prêt. Il existe d'autres particularités, aussi opérationnelles que financières, dont la maîtrise permet de rendre plus aisée la réalisation de ces opérations. ■



**Alexandre Bordenave**, avocat au sein de l'équipe Titrisation et financements structurés. Il intervient notamment dans la structuration de véhicules de titrisation et d'opérations de financements immobiliers.

alexandre.bordenave@cms-bfl.com



et **Damien Luqué**, avocat au sein de l'équipe Services financiers. Il intervient dans la structuration de véhicules immobiliers (OPCI, SCPI, FPS) au bénéfice de sociétés de gestion ou d'établissements financiers.

damien.luque@cms-bfl.com

3. Voir la consultation publique lancée le 22 octobre 2015 par l'AMF sur la possibilité pour un fonds d'investissement d'octroyer des prêts.

4. Instruction publiée le 27 juin 2016.

5. Sous réserve de respecter les conditions strictes applicables aux «actifs physiques» telles que définies dans le règlement FEILT (par exemple : montant minimum et usage conféré à l'actif).

# L'obligation d'information dans le cadre de transactions immobilières



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



et **Arnaud Valverde**, avocat en droit immobilier. Il intervient plus particulièrement en matière de baux commerciaux, baux d'habitation, copropriété et construction.  
arnaud.valverde@cms-bfl.com

Si différents textes spécifiques organisent des obligations particulières d'information dans le cadre de transactions immobilières, aucun texte ne prévoyait expressément, avant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, une obligation générale d'information à la charge des parties. Désormais, le nouvel article 1112-1 du Code civil, qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016, consacre un tel devoir général précontractuel d'information d'ordre public.

## Des obligations particulières d'information demeurent

### ● Environnement

La loi dite ALUR du 24 mars 2014 a introduit l'obligation pour le vendeur ou le bailleur, dans le cadre d'une vente ou d'une location d'un terrain situé en «secteur d'information sur les sols» (SIS), d'informer par écrit l'acquéreur ou le locataire de cette situation.

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 de sols et de mesures 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. A ce jour, aucun SIS n'a été élaboré.

Le non-respect de cette obligation 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 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 enregistré a été exploitée sur ledit terrain. A défaut, les mêmes sanctions sont susceptibles de s'appliquer.

### ● Construction

Outre les informations relatives à la situation juridique<sup>2</sup> et aux caractéristiques principales du bien faisant l'objet de la transaction, des informations spécifiques doivent être communiquées par le vendeur ayant trait à l'éventuelle présence d'amiante ou de plomb, aux mûres, au gaz naturel, à la performance énergétique des bâtiments, aux risques technologiques ou naturels, etc. Ces diagnostics sont regroupés dans un seul document : le «dossier de diagnostic technique».

### ● Copropriété

Lors de la vente d'un bien situé en copropriété, le vendeur informe l'acquéreur de la superficie de la partie privative du lot vendu et en garantit la contenance. Par ailleurs, depuis la loi ALUR, les annonces immobilières afférentes à la vente d'un tel lot doivent préciser les éléments suivants : la soumission du bien au statut de

la copropriété, le nombre de lots, le montant moyen annuel des charges de copropriété et l'existence éventuelle de procédures à l'encontre du syndicat des copropriétaires.

### Une obligation générale d'information précontractuelle est instituée

Consacrant une obligation déjà largement admise par

la jurisprudence, le nouvel article 1112-1 du Code civil introduit l'existence d'un devoir général d'information d'ordre public, pesant sur chacune des parties, vendeur comme acheteur, qu'il s'agisse d'un professionnel ou non, dès lors que ladite information est déterminante<sup>3</sup> pour le consentement de l'autre partie qui l'ignorait légitimement jusqu'alors. En cas de non-respect de cette obligation, la responsabilité du débiteur de ce devoir général d'information pourra être mise en jeu. Si, à première vue, on voit mal comment l'obligation générale d'information de cet article pourrait trouver application dans des domaines 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 règles spéciales sont exclusives de toute information susceptible de présenter un caractère déterminant pour le consentement de l'autre partie. ■

**«Le vendeur du terrain a l'obligation d'informer, le cas échéant, son acquéreur qu'une installation classée soumise à autorisation ou enregistré a été exploitée sur ledit terrain.»**

1. Dont la procédure d'élaboration a été définie par le décret n° 2015-1353 du 26 octobre 2015.

2. Par exemple, le vendeur est tenu de fournir toute information relative à l'existence d'une servitude affectant le terrain dont elle réduit la constructibilité (Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 28 juin 2000, n° 98-20.376).

3. L'alinéa 3 de l'article 1112-1 du Code civil précise que sont déterminantes toutes les informations ayant «un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties».

# Le rôle des professionnels de l'immobilier dans les transactions

La loi ALUR a renforcé les obligations des professionnels de l'immobilier dont l'activité est régie par la loi 70-9 modifiée du 2 janvier 1970, dite loi Hoguet, notamment en imposant de nouvelles obligations d'information, tant au stade précontractuel que dans les mandats.

Concernant les obligations d'information précontractuelles, toute publicité relative à l'achat, la vente, la recherche, l'échange, la location ou sous-location d'un bien immobilier doit désormais mentionner, quel que soit le support utilisé, le montant TTC des honoraires du professionnel s'ils sont à la charge de l'acquéreur ou du locataire, étant précisé que s'il s'agit d'une vente, ces honoraires doivent être exprimés en pourcentage du prix de vente (art. 6-1 de la loi). Si une telle publicité est diligentée par un agent commercial du titulaire de la carte professionnelle, la publicité doit révéler cette qualité. Cette mention doit également apparaître sur tout mandat de vente ou de recherche ainsi que sur tout document d'une transaction immobilière à laquelle participe une telle personne (art. 6-2 de la loi). Le non-respect de ces obligations est puni d'une amende de 1 500 euros (art. 17-2 de la loi). Les professionnels de l'immobilier doivent aussi révéler les liens de nature juridique ou capitalistique qu'ils ont avec toute entreprise (en ce compris établissement bancaire ou société financière) dont ils proposent les services à leurs clients (art. 4-1 de la loi). Cette information doit être présentée de manière visible et compréhensible et être adressée par le professionnel à son client en même temps que l'offre de service (art. 95-2 du décret modifié 72-678 du 20 juillet 1972). Tout manquement à cette obligation d'information est passible de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende (art. 14 de la loi).

Pour permettre une meilleure information de leurs clients, les professionnels de l'immobilier doivent, entre autres, préciser dans les mandats qu'ils leur font signer :

- les conditions dans lesquelles ils sont autorisés à recevoir, verser ou remettre des sommes d'argent, biens, effets ou valeurs à l'occasion de l'opération concernée ;
- les conditions de détermination de leur rémunération ainsi que l'indication de la partie qui en

supportera la charge ;

- les actions qu'ils s'engagent à réaliser pour exécuter la prestation confiée ainsi que les modalités et la périodicité selon lesquelles ils rendront compte au mandant des actions effectuées pour son compte, dès lors que le mandat stipulera une clause d'exclusivité interdisant au mandant de vendre le bien immobilier seul ou par le biais d'une autre agence ;
- selon les opérations sur lesquelles porte le mandat, lorsque le mandant n'agit pas dans le cadre de ses activités professionnelles, les modalités de non-reconduction du mandat fixées par l'article L. 215-1 du Code de la consommation (ex art. L. 136-1) et, lorsque le mandat comporte une clause d'exclusivité, la mention relative à la faculté, passé un délai de trois mois suivant sa signature, de dénoncer le mandat à tout moment avec un préavis donné quinze jours au moins à l'avance par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Les mandats assortis d'une clause d'exclusivité, d'une clause pénale ou d'une clause prévoyant que des honoraires seront dus par le mandant, même si l'opération est conclue sans les soins de l'intermédiaire, peuvent prévoir l'exigibilité d'une somme au plus égale au montant des honoraires stipulés dans le mandat pour l'opération à réaliser (art. 6 de la loi, art. 78 du décret).

La convention conclue entre un marchand de listes et le propriétaire d'un bien immobilier doit comporter obligatoirement une clause d'exclusivité d'une durée limitée par laquelle le propriétaire s'engage à ne pas confier la vente ou la location de son bien à un autre intermédiaire et à ne pas publier d'annonce par voie de presse. La convention doit également préciser les conditions de remboursement au client de la rémunération lorsque la prestation à fournir n'aura pas été conforme à celle promise, ces conditions étant fixées par le décret (art. 79-2). ■



Par **Brigitte Gaucière**, avocat conseil en droit immobilier. Elle intervient tant en qualité de conseil pour la négociation et la rédaction d'actes qu'en contentieux sur les dossiers de gestion locative et de réglementation professionnelle. [brigitte.gauciere@cms-bfl.com](mailto:brigitte.gauciere@cms-bfl.com)

**«Les professionnels de l'immobilier doivent aussi révéler les liens de nature juridique ou capitalistique qu'ils ont avec toute entreprise [...] dont ils proposent les services à leurs clients.»**

# Construction-vente : ayez le geste vert, recyclez les SCI locatives usagées



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

**E**n 1964, pour l'activité de construction-vente de certains immeubles, l'impôt sur les sociétés (IS) s'appliquait au taux normal de 50 %, impôt auquel seule la société en nom collectif échappe (mais elle rend ses associés commerçants et responsables solidaires des pertes sociales !). Est alors créé le régime fiscal des sociétés civiles immobilières (SCI) de construction-vente de l'article 239 ter du Code général des impôts (CGI), adopté, malgré ses contraintes, par les constructeurs-vendeurs désireux soit d'éviter l'IS et l'impôt sur le revenu (pouvant alors atteindre 65 %) sur les dividendes ensuite reçus, soit de voir remonter vers eux les pertes fiscales éventuelles.

En 2016, changement radical d'horizon : le

régime de l'IS pointe un taux bien moindre (le plus souvent à 33,1/3 %) et un couplage possible à une intégration fiscale mutualisant les résultats, notamment déficitaires. En outre, si elle le préfère, une société de capitaux de construction-vente peut éviter l'IS pendant cinq ans (sauf en cas

d'activité civile complémentaire majoritaire, par exemple celle de la location durable), lorsque les associés sont majoritairement des personnes physiques.

Pourtant, plus de 50 ans après sa création, ce régime vintage demeure souvent utilisé et régulièrement soumis au Conseil d'Etat qui, le plus souvent, cherche à en préserver la viabilité.

Ainsi, tout récemment, la décision du 4 mai 2016 (n° 383.135) a refusé de reconnaître l'assujettissement à l'IS d'une SCI (revendiqué par ses associés car plus favorable que le droit commun de l'impôt sur le revenu et conforme à la jurisprudence existant en 2008). Le Conseil d'Etat a confirmé que les activités locatives durables, tant antérieures que postérieures à celle de la construction-vente, étaient toutes deux compatibles avec le régime fiscal de l'article 239 ter du CGI.

## Que résulte-t-il de cette décision ?

Tout d'abord, qu'une SCI d'abord locative peut ensuite bénéficier de ce régime fiscal dans la mesure où les conditions d'objet et de responsabilité exigées par l'article 239 ter du CGI peuvent ne s'apprécier que lors du changement d'activité, en fonction des statuts mis à jour. Insistons sur le fait que ce recyclage d'activité ne vaut que pour les SCI et quasiment jamais pour d'autres formes de sociétés, probablement vouées à demeurer soumises à l'IS.

Ensuite, que cette date de changement d'activité retenue pour apprécier les conditions dudit article 239 ter serait aussi celle à retenir pour identifier le caractère habituel et spéculatif requis par l'article 35 du CGI et sans lequel

l'article 239 ter n'a pas besoin de s'appliquer. Pour être logique, cette synchronisation des deux catégories de conditions n'en est pas moins constructive, compte tenu que, légalement, la condition d'intention spéculative s'apprécie lors de l'achat de l'immeuble (en l'occurrence, du terrain ensuite construit

mais qui avait pu être acquis à des fins locatives). Enfin, qu'une activité locative durable d'immeubles, transférés de stocks en immobilisations après n'avoir «pas trouvé acquéreur», peut être qualifiée de «nécessaire et accessoire» à celle de la construction-vente. Le Conseil d'Etat semble ainsi interpréter extensivement ces deux caractères et ne pas tirer les conséquences du changement, tant juridique que factuel, d'affectation des immeubles, pour les traiter comme s'ils étaient demeurés des stocks. Si cette analyse devait être confirmée, les cas d'application de la jurisprudence Virapin Apou du 28 novembre 2012 (n° 332.110), jugeant solubles dans l'article 239 ter toutes les activités civiles, notamment locatives durables, pourraient ne viser que les seuls secteurs locatifs immobiliers qui auraient été prévus dès avant la commercialisation des immeubles vendus. ■

**«Le Conseil d'Etat a confirmé que les activités locatives durables, tant antérieures que postérieures à celle de la construction-vente, étaient toutes deux compatibles avec le régime fiscal de l'article 239 ter du CGI.»**

# Limitation de l'application du dispositif Quémener aux situations de double imposition

**Dans deux décisions du 6 juillet 2016 (min. c/ Sté Lupa Patrimoine France n° 377906 et min. c/ Sté Lupa Immobilière France n° 377904), le Conseil d'Etat confirme l'application du mécanisme de correction issu de la jurisprudence «Quémener»<sup>1</sup> à la plus-value d'annulation des titres de sociétés de personnes faisant l'objet d'une dissolution sans liquidation mais conditionne cette application à l'existence d'une double imposition.**

**Rappel des faits et de la procédure**  
 Dans ces affaires, une société luxembourgeoise était actionnaire de plusieurs autres sociétés luxembourgeoises détenant chacune les titres de sociétés civiles immobilières (SCI) françaises à l'actif desquelles figuraient des biens immobiliers recelant d'importantes plus-values latentes. Durant l'année 2006, les opérations suivantes ont été successivement réalisées :

- dans un premier temps, la société mère luxembourgeoise a cédé l'intégralité de ses filiales luxembourgeoises à deux SARL françaises, les sociétés Lupa Patrimoine et Lupa Immobilière, pour leur valeur de marché tenant compte de la valeur réelle des actifs immobiliers sous-jacents. En application de la convention fiscale franco-luxembourgeoise alors en vigueur, cette opération n'a pas donné lieu à imposition en France<sup>2</sup>. La plus-value a par ailleurs été exonérée au Luxembourg en application du droit interne local ;

- les sociétés luxembourgeoises cédées ont ensuite été liquidées, ce qui a conduit les deux holdings françaises à constater un léger *boni* comptable et à inscrire les parts des SCI à leur actif pour leur valeur liquidative, autrement dit pour leur valeur réelle ;

- les SCI ont alors procédé à une réévaluation libre de leurs actifs immobiliers, ce qui a généré un profit imposable intégré au résultat fiscal des SCI, lui-même imposé entre les mains des

associés par l'effet de la translucidité fiscale des sociétés de personnes. Cette opération avait pour objectif d'aligner la valeur comptable et la valeur fiscale des actifs immobiliers des SCI dont la dissolution sans liquidation était envisagée ;

- il a ensuite été procédé à la dissolution sans liquidation des SCI ce qui a entraîné l'annulation de leurs titres et la transmission universelle de leur patrimoine (TUP) aux deux sociétés

**«L'Administration [...] a procédé à une substitution de base légale en faisant valoir, d'une part, que le correctif Quémener ne pouvait être appliqué en cas de confusion de patrimoine et, d'autre part, qu'il ne pouvait être appliqué en l'absence de double imposition.»**

françaises. Au plan comptable, le résultat de cette opération a été déterminé par différence entre les valeurs – sensiblement identiques – de l'actif net réévalué transmis lors de la TUP et d'inscription des titres des SCI reçus lors de la liquidation des sociétés luxembourgeoises. Au plan fiscal, les plus-values d'annulation des titres des SCI ont été recalculées, conformément aux

principes fixés par la jurisprudence Quémener, afin d'ajouter au prix de revient des parts les profits imposables par translucidité non encore répartis au jour de la dissolution, ce qui a généré des moins-values d'annulation déductibles du résultat fiscal des sociétés Lupa qui se sont compensées avec les profits de réévaluation imposés entre leurs mains par translucidité.

L'administration fiscale a d'abord soutenu que les opérations réalisées caractérisaient un montage relevant de l'abus de droit au motif qu'elles avaient permis une réévaluation des actifs immobiliers en franchise d'impôt. Cette position a toutefois été rejetée par le tribunal administratif de Paris qui a prononcé la décharge des imposi-



Par **Pierre Dedieu**, avocat associé en fiscalité internationale. Il intervient notamment en matière de fiscalité patrimoniale et de structuration fiscale et financière d'investissements mobiliers et immobiliers transfrontaliers. pierre.dedieu@cms-bfl.com

1. SA Ets Quémener, CE 16 février 2000, n° 13296, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s.  
 2. Pour rappel, l'avenant à la convention fiscale franco-luxembourgeoise signé le 5 septembre 2014 et dont l'entrée en vigueur interviendra le 1<sup>er</sup> janvier 2017 permet dorénavant à la France d'imposer les plus-values afférentes à des titres de sociétés à prépondérance immobilière en France.



et **Chloé Delion**, avocat en fiscalité internationale. Elle traite plus particulièrement des questions relatives aux restructurations internationales et aux investissements immobiliers. Elle intervient également en fiscalité des entreprises pour une clientèle de groupes internationaux. [chloe.delion@cms-bfl.com](mailto:chloe.delion@cms-bfl.com)

tions redressées par deux jugements rendus le 18 juillet 2012, au motif que ces opérations ne poursuivaient pas un but exclusivement fiscal dès lors qu'elles avaient permis de générer des liquidités significatives grâce à un prêt bancaire souscrit à cette occasion.

Dans sa requête en appel, l'Administration a abandonné l'abus de droit mais a procédé à une substitution de base légale en faisant valoir, d'une part, que le correctif Quémener ne pouvait être appliqué en cas de confusion de patrimoine et, d'autre part, qu'il ne pouvait être appliqué en l'absence de double imposition. La cour administrative d'appel (CAA) de Paris a rejeté ces arguments et a confirmé la décharge des impositions par deux arrêts du 18 février 2014 qui ont fait l'objet d'un pourvoi devant le Conseil d'Etat.

Ce dernier a cependant considéré que la CAA avait commis une erreur de droit en majorant le prix de revient des parts des SCI du montant du bénéfice tiré de la réévaluation des immeubles au motif que l'écart de réévaluation avait été fiscalement appréhendé «sans rechercher si la plus-value avait déjà été imposée au nom des sociétés au titre de l'annulation des titres des sociétés civiles immobilières». Les arrêts rendus en appel ont ainsi été annulés et renvoyés devant la CAA de Paris.

### Quelle est la portée de cette décision ?

Le contexte luxembourgeois et la spécificité des opérations réalisées ne doivent pas conduire à sous-estimer la portée du principe énoncé par le Conseil d'Etat qui a vocation à s'appliquer à toute opération d'annulation ou de cession des titres de sociétés de personnes. En particulier, il est indifférent dans le raisonnement du Conseil d'Etat que la plus-value de cession initialement réalisée par la société luxembourgeoise n'ait pas été imposée puisque c'est au niveau des deux sociétés françaises que doit s'apprécier l'existence d'une double imposition.

La CAA de Paris devra donc examiner, à l'occasion du renvoi, si les deux sociétés françaises ont effectivement subi une double imposition lors de l'annulation des parts des SCI. Conclure à l'absence de double imposition sur le simple

constat que l'annulation des parts n'a généré aucune plus-value nous semblerait à cet égard insuffisant car l'écart de réévaluation constaté sur les immeubles et imposé par transparence au niveau des associés a bien été pris en compte une seconde fois chez le même contribuable pour le calcul de la plus-value d'annulation des parts qui est déterminé sur la base de la valeur de l'actif net réévalué transmis. C'est d'ailleurs l'analyse développée par Mme Emilie Bokdam-Tognetti dans ses conclusions relatives à la décision MEA rendue par le Conseil d'Etat le 27 juillet 2015 portant sur une configuration similaire. Si la Cour d'appel suit le même raisonnement, elle devra alors conclure à l'existence d'une double

**«L'incertitude qui résulte de la décision du Conseil d'Etat est de nature à remettre en cause la fluidité des transactions effectuées sur des parts de sociétés de personnes, notamment en matière immobilière.»**

imposition effective des sociétés Lupa justifiant l'application du correctif Quémener. La portée de la décision du Conseil d'Etat dans les affaires Lupa dépendra donc essentiellement de l'analyse qui sera retenue sur cette question.

L'incertitude qui résulte de la décision du Conseil d'Etat est de nature à remettre en cause la fluidité des transactions effectuées sur des parts de sociétés

de personnes, notamment en matière immobilière, même si les contribuables concernés pourront utilement chercher à se prévaloir de l'interprétation littérale de la doctrine administrative transposant la jurisprudence Quémener<sup>3</sup> qui ne prévoit pas de condition de double imposition. Dans l'attente de la décision à venir de la CAA de Paris, certaines précautions nous semblent pouvoir être prises afin de sécuriser le traitement fiscal des plus-values sur titres de sociétés de personnes. Ainsi, lorsque cela est possible, il conviendra de procéder à la distribution des profits imposables par transparence avant toute opération portant sur les titres de sociétés de personnes. Par ailleurs, selon les circonstances, le vendeur de titres de sociétés de personnes pourra utilement procéder à la réévaluation libre de l'actif de cette société préalablement à la cession des titres afin d'aligner la valeur d'actif net sur le prix d'acquisition des titres. ■

3. Réponses ministérielles Biancheri n° 66675 JO AN 31/01/2006, p. 985 et Gard n° 66494, JO AN 31 janvier 2006, p. 985 de 2006 et rescrit n° 2007/54 du 11 décembre 2007 repris au BOFIP.

# Le bail à construction sur le domaine public

**Dans un arrêt du 11 mai dernier (n° 390118) le Conseil d'Etat envisage la possibilité pour une personne publique de conclure un bail à construction sur son domaine public alors que celui-ci est «inaliénable et imprescriptible» (art. L. 3111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques – CGPPP). Le Conseil d'Etat admet que l'assiette des droits réels de l'occupant du domaine public inclut le terrain.**

La durée du bail à construction sur le domaine public, tel que conçu par la Haute juridiction, ne peut atteindre 99 ans (Titre V, L. 251-1 du Code de la construction et de l'habitation), mais ne peut dépasser 70 ans (L. 2122-6 du CGPPP).

La cession du droit réel par l'occupant du domaine public est soumise à agrément du propriétaire du domaine (L. 2122-7 du CGPPP), ce que ne peut prévoir un bail à construction de droit privé.

L'hypothèque du droit réel et des constructions n'est possible que «pour garantir les emprunts contractés en vue de financer la réalisation, la modification ou l'extension des ouvrages immobiliers sur le domaine public» (L. 2122-8 du CGPPP) alors que le droit d'hypothéquer librement ses droits par le preneur à construction de droit privé est essentiel.

Le Conseil d'Etat admet la possibilité de régulariser le bail afin qu'il soit compatible avec les règles de domanialité publique.

Mais le contenu de cette régularisation interpelle : le Conseil d'Etat semble envisager que le bail à construction puisse tout à la fois respecter les exigences édictées par les règles de la domanialité publique et celles du droit privé. Ceci conduit à un contrat qui possédera des caractéristiques antinomiques avec les caractères essentiels de cette institution.

Certes le législateur a pu dénommer «bail emphytéotique» (et renvoyer aux règles de droit privé) un contrat qui n'en possède pas les caractères essentiels, ou renvoyer, s'agissant des servitudes de l'article L. 2122-4 du CGPPP, à certaines règles du Code civil, mais il en résulte des incompatibilités, sinon incohérences et, s'agis-

sant de ces deux institutions, la transposition en droit public d'institutions de droit privé conduit de façon inéluctable à la création d'instruments juridiques hybrides et, au final, peu lisibles.

En cas de conclusion d'un bail à construction, par nature de droit privé, sur le domaine public, telle qu'envisagée par le Conseil d'Etat, que restera-t-il d'un bail ainsi conçu ? Le nom sans la chose ! En effet, l'accommodation aux règles du CGPPP à laquelle invite le Conseil d'Etat implique bien plus que de simples «ajustements». Il semblera bien difficile de parler d'un «bail à construction» ;

il s'agira d'un «équivalent» bail à construction ou «simili-bail à construction». Or, en l'absence d'un régime légal instituant ce qui serait alors un «bail à construction administratif», on peine à apprécier la fiabilité de la solution que cet arrêt invite à mettre en place.

En effet, le Conseil exclut qu'un tel bail puisse contenir des clauses incompatibles avec les dispositions du CGPPP mais il occulte le fait que cette

mise en compatibilité impose que le contrat contienne alors des clauses incompatibles avec les caractères essentiels de cette institution tels qu'édictés par les articles L. 251-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation, qui en remettent en cause la nature. Il n'est pas certain que les praticiens soient enclins à se lancer dans un tel exercice. ■



Par **Jean-Luc Tixier**, avocat associé en droit immobilier et droit public. Il assiste tant en matière de conseil que de contentieux des entreprises commerciales et industrielles. Il intervient auprès des promoteurs en matière de droit de l'urbanisme, de construction, de vente et location d'immeubles, de baux emphytéotiques et à construction. Il est chargé d'enseignement à l'Université Paris I.  
jean-luc.tixier@cms-bfl.com

**«Le Conseil d'Etat semble envisager que le bail à construction puisse tout à la fois respecter les exigences édictées par les règles de la domanialité publique et celles du droit privé.»**

# Déficits fonciers : l'Administration cherche à fixer des limites à leur utilisation

Une réponse ministérielle et une décision de Cour administrative d'appel illustrent les tentatives pour restreindre l'imputation des déficits fonciers, mais l'argumentation de l'Administration nous semble discutable.



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

## Les déficits fonciers générés par un immeuble qui cesse d'être donné en location

Les déficits fonciers peuvent être imputés sur le revenu global du propriétaire, sous certaines conditions et limites.

Mais la loi prévoit que l'imputation sur le revenu global est remise en cause au titre des trois années précédentes lorsque l'immeuble auxquels les déficits se rapportent cesse d'être mis en location (article 156-I 3° du Code général des impôts).

Par un rescrit de 2010 (n° 2010/35), l'Administration avait rappelé que les déficits fonciers, dont l'imputation sur le revenu global est remise en cause, redeviennent des déficits fonciers qui ne sont imputables que sur des revenus fonciers. L'Administration a alors précisé, ce que la loi ne prévoit pas, que ces déficits particuliers ne sont imputables que sur des revenus fonciers constatés jusqu'à l'année de cessation de la location. La cour administrative d'appel de Versailles (décision n° 14VE03643 du 12 avril 2016) lui a donné tort, rappelant qu'il résulte de la loi que le déficit foncier se rapportant à l'immeuble qui cesse d'être loué demeure imputable sur les revenus fonciers des dix années suivantes. L'Administration a toutefois réaffirmé sa position dans une réponse ministérielle Frassa du 5 mai 2016.

## Le cas des usufruitiers de parts de SCI

A l'issue d'un contrôle, l'administration fiscale a contesté l'imputation par deux époux des déficits réalisés par une SCI à hauteur des parts détenues en usufruit, considérant que la déduction de ceux-ci incombait aux nus-propriétaires. La cour administrative d'appel de Bordeaux (décision n° 14BX0701 du 15 mars 2016) a jugé que l'article 8 du Code général des impôts excluait la prise en considération des déficits par les usufruitiers. Il prévoit en effet que «*l'usufruitier est soumis à l'impôt sur le revenu pour la quote-part correspondant à ses droits dans les bénéfices*». La motivation de la Cour est toutefois discutable. En effet, ce terme de «bénéfices» est un terme général qui désigne dans cet article 8 (voir la première phrase de ce même article relative à l'imposition des pleins propriétaires) les déficits comme les profits.

Les débats parlementaires soulignent quant à eux que le législateur a entendu imposer l'usufruitier au motif qu'il dispose du droit d'appréhender les bénéfices sociaux. Il semblerait alors logique que l'usufruitier puisse déduire les déficits de la société.

Précisons que le Conseil d'Etat a été saisi dans ces deux affaires et nous espérons qu'il retiendra une analyse plus conforme aux dispositions légales que ne nous paraît être celle de l'Administration. ■

## 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 1381 du Lundi 19 septembre 2016  
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