

La Lettre de l'Immobilier

Dossier

Structuration des patrimoines immobiliers de groupes

- Quelle stratégie fiscale pour une foncière interne ?
- Une option pour une foncière internationale ?
- Les aspects juridiques de la structuration d'OPCI patrimoniaux

Actualité - France

- Un assouplissement inquiétant de la motivation de la décision de préemption
- Le contrat de crédit-bail immobilier est-il un immeuble ?
- Sous-location et renonciation du sous-locataire au droit direct au renouvellement : attention aux clauses trompeuses
- Vefa : les avantages de l'option pour la taxation à la TVA selon les encaissements, sans les inconvénients
- La réforme de la prescription en matière civile

C'M/S/ Bureau Francis Lefebvre
Supplément du numéro 997
du 29 septembre 2008
ISSN : 1965-2305

Éditorial

Structuration des patrimoines immobiliers de groupes

Ces dernières années, et jusqu'aux tensions récentes dont il est trop tôt pour évaluer l'impact sur les stratégies immobilières des groupes, l'évolution conjuguée du marché immobilier, de la fonction immobilière des grands groupes et du cadre juridique et fiscal applicable aux sociétés foncières, avec la création de véhicules spécifiques comme les sociétés d'investissements immobiliers cotées (SIIC) et les organismes de placement collectif dédiés à l'immobilier (OPCI) et la modification du régime des plus-values immobilières, a conduit à une multiplication des réflexions sur l'opportunité de créer des structures foncières destinées à accueillir les actifs immobiliers de tels groupes. A l'image de Casino avec la constitution de la SIIC Mercialys, certaines de ces créations se sont inscrites dans le cadre d'une externalisation partielle clairement assumée, avec l'entrée d'investisseurs externes au capital (intrinsèque au statut SIIC) et des ressources dédiées importantes. D'autres, comme dans le passé EDF avec Sofilo, ou plus récemment La Poste avec Poste Immo, ont poursuivi un objectif interne, visant à professionnaliser la fonction immobilière du groupe et à améliorer la gestion des actifs tout en conservant la maîtrise. C'est à cette dernière catégorie d'opérations qu'est consacré le thème principal de ce numéro.

Sont notamment abordées les contraintes fiscales de ces opérations de restructuration interne, potentiellement très coûteuses. L'impact des droits de mutation et de l'impôt sur les plus-values (y compris sur les transferts

de sociétés immobilières) est susceptible d'entraîner une sortie de cash significative, même en cas de recours à un véhicule de type OPCI dédié permettant le bénéfice d'un taux d'imposition réduit (pour l'instant jusqu'au 31 décembre 2008). Le recours à l'endettement par le véhicule acquéreur des actifs immobiliers pourra permettre de dégager des ressources financières potentiellement supérieures aux coûts fiscaux, mais l'endettement externe, outre qu'il est dorénavant plus onéreux, supposera un travail en profondeur sur les immeubles (audit juridique, technique et environnemental, sélection en amont des actifs ayant vocation à être conservés à moyen et long termes, etc.). En revanche, le recours à des procédés permettant d'éviter ou de réduire la charge fiscale immédiate (apport, intégration fiscale) soulève d'autres difficultés en termes de possibilité d'arbitrage actif ou de financement externe.

Sur un plan international, si l'annonce en avril dernier de la création par le groupe Generali d'une société française, «Generali Immobilière», ayant pour objet d'assurer le développement et la coordination des activités immobilières de l'ensemble du groupe dans le monde, incite à se poser la question de la pertinence d'une «foncière internationale», nous verrons que la contrainte territoriale traditionnellement attachée à la fiscalité immobilière conduit à étudier la création d'une société foncière prioritairement sous l'angle domestique, à moins que cette entité n'ait vocation à investir dans de nouveaux actifs. ■

Jean-Yves Charriau, avocat associé

Quelle stratégie fiscale pour une foncière interne ?



Par **FRÉDÉRIC GERNER**, avocat, spécialisé dans les questions relatives aux impôts directs, notamment liées à l'immobilier.
frederic.gerner@cms-bfl.com

“ La création d'une foncière interne de groupe ne peut reposer sur une simple préoccupation fiscale et doit répondre à des objectifs clairs en termes de gestion opérationnelle et de destination des actifs. ”

L'entrée en vigueur du régime SIIC, en 2003, et la création des premiers OPCI, à compter de mai 2007, ont suscité nombre de projets ou réflexions de groupes dans des domaines d'activité très divers visant à la création de sociétés foncières ayant pour objet de regrouper leurs actifs immobiliers français.

Il est d'ailleurs paradoxal de constater que les OPCI, organismes de placement collectif en immobilier dont la vocation première était d'offrir un outil d'investissement à destination du grand public, ont pour l'instant essentiellement connu le succès sous forme d'OPCI à «règles de

fonctionnement allégées» (RFA), réservés aux investisseurs institutionnels. Contrairement aux SIIC (sociétés d'investissements immobiliers cotées), qui bénéficient d'un régime d'exonération d'IS présentant une certaine souplesse à l'origine mais dont les conditions se sont durcies depuis

deux ans (plafond de 60 % du capital ou des droits de vote pour l'actionnariat majoritaire et le cas échéant exigence d'un flottant de 15 %, à respecter au plus tard au 1^{er} janvier 2009), les OPCI et plus précisément les SPPICAV (sociétés de placement à prépondérance immobilière à capital variable) offrent en effet un cadre très attractif pour les groupes qui désirent filialiser leur patrimoine immobilier tout en en

conservant le contrôle quasi exclusif. Leur régime fiscal (exonération totale d'IS) est au premier abord un avantage majeur. Toutefois, il doit être quelque peu relativisé dans le contexte d'une foncière interne : cet avantage est en effet conditionné à des obligations de distribution (85 % des revenus nets fonciers, 100 % des dividendes reçus d'éventuelles filiales foncières et 50 % des plus-values nettes immobilières) qui rétablissent partiellement l'imposition de ces revenus au niveau de la société mère, au taux effectif actuel de 34,43 %, les dividendes correspondants n'étant pas éligibles au régime mère-fille. De même, l'éligibilité des SPPICAV au régime de l'article 210 E du CGI, qui permet de leur céder ou apporter des actifs immobiliers en limitant la taxation de la plus-value au taux effectif de 17 % («exit tax»), peut s'avérer un avantage en trompe-l'œil dans le cadre d'une foncière interne : même réduite, cette taxation représente un coût à l'entrée d'autant plus significatif que les plus-values latentes sur les actifs immobiliers du groupe, parfois intégralement amortis, sont élevées. En outre, l'avantage comparatif sur le marché des acquisitions immobilières paraît moins décisif pour une foncière interne, dont l'objet n'est pas nécessairement de procéder à des acquisitions significatives. Enfin, le régime de l'article 210 E reste temporaire et celui-ci est censé prendre fin le 31 décembre 2008, sans que sa reconduction soit assurée à ce jour. Compte tenu des contraintes réglementaires et juridiques auxquelles elle doit par ailleurs se confronter (concernant par exemple la supervision par l'AMF, l'habilitation d'une société de gestion, les règles de composition de l'actif, etc.), la SPPICAV «RFA» s'avère en réalité bien plus adaptée pour une

gestion active incluant des arbitrages que pour la gestion à périmètre stable d'un patrimoine immobilier d'exploitation. Le coût de l'exit tax, notamment, ne trouve un sens que pour des actifs destinés à une cession hors groupe à court ou moyen terme.

Sans perspective d'externalisation clairement établie, la neutralité fiscale du transfert des actifs immobiliers du groupe à la foncière interne sera un objectif prioritaire. Dans ce cadre, la foncière revêtira la forme d'une société soumise à l'IS, une société de personnes translucide (type SCI) ne pouvant accueillir des actifs immobiliers en franchise d'imposition de la plus-value. Deux régimes permettent d'atteindre l'objectif de neutralité : le régime de neutralisation de la plus-value en intégration fiscale (article 223 F du CGI) si la foncière est intégrée dans un groupe comprenant la ou les sociétés apporteurs ou cédantes, ou le sursis d'imposition attaché au régime de l'article 210 B du CGI si le transfert intervient dans le cadre d'un apport partiel d'actifs. La neutralisation dans l'intégration fiscale est de plein droit, mais n'offre qu'un report temporaire de l'imposition, qui cesse le jour où la foncière ou ses actifs sortent du groupe. Le régime de l'article 223 B (qui ne fige pas la plus-value) peut nécessiter pour sa part un agrément de l'Administration fiscale, qui n'admet que depuis peu qu'un patrimoine immobilier puisse constituer une branche complète et autonome d'activité, l'apport n'étant en tout état de cause éligible que s'il porte sur un patrimoine immobilier conséquent et implique le transfert d'un personnel spécialisé le gérant de façon active. En outre, le régime de l'article 210 B implique un engagement de détention des titres de la foncière pendant un délai minimum de trois ans.

En toute occurrence, la neutralité du transfert ne peut jamais être totale, du fait

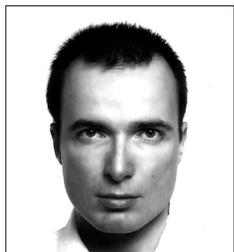
des inévitables frottements liés aux droits de mutation et frais de notaire. Par ailleurs, la création d'une société foncière doit bien évidemment tenir compte de ses conséquences positives ou négatives aux plans comptables, financiers et fiscaux tant au moment de la cession que sur les exercices ultérieurs, notamment en cas de transfert non soumis au régime de l'article 210 B et effectué sur la base de la valeur réelle des actifs (résultat exceptionnel et amélioration des capitaux propres de la cédante, revalorisation des actifs, augmentation des charges liées aux amortissements, éventuelles charges financières liées à un refinancement, etc.). Doivent également être mesurés, les effets d'optimisation ou de pénalisation induits par les transferts des immobilisations (base imposable) et des produits et charges correspondants (pris en compte pour le calcul du résultat fiscal et de la valeur ajoutée) en matière par exemple, de taxe professionnelle ou de participation des salariés.

En synthèse, s'il est possible de limiter ou neutraliser la fiscalité des transferts d'actifs immobiliers à une foncière, la création d'une foncière interne de groupe ne peut reposer sur un simple souci d'optimisation fiscale et doit prioritairement répondre à des objectifs clairs en termes de gestion opérationnelle (maîtrise et valorisation du patrimoine, centralisation et répercussion de coûts immobiliers, amélioration de la gestion technique et financière des actifs) et de destination des actifs (conservation ou cession à court ou moyen terme). En fonction de ces objectifs, le groupe pourra apprécier la véritable opportunité de la création d'une foncière interne le cas échéant combinée à celle d'une ou plusieurs SPPICAV RFA dédiées à des actifs ayant vocation à être externalisés, en espérant que le régime de l'article 210 E soit reconduit au-delà du 31 décembre 2008. ■

Une option pour une foncière internationale ?



Par **JEAN-YVES CHARRIAU**, avocat associé en fiscalité. Il intervient exclusivement dans le secteur de l'immobilier. Il conseille nombre de fonds d'investissement en Europe et de sociétés foncières, notamment pour les problématiques fiscales relatives au régime SIIC ou OPCI.
jean-yves.charriau@cms-bfl.com



et par **JOHANN ROC'H**, avocat au sein de l'équipe de fiscalité internationale de CMS Bureau Francis Lefebvre.
johann.roch@cms-bfl.com

“ La création d'une foncière internationale se heurte à un certain nombre de contraintes. ”

La forte appréciation des actifs immobiliers, au moins jusqu'à une période récente, a conduit de nombreuses entreprises à mener une réflexion sur la structuration optimale de leurs actifs immobiliers français et étrangers, une telle réflexion ayant été rendue plus cruciale encore dans le cadre des concentrations d'entreprises disposant d'actifs immobiliers variés et menant souvent des politiques immobilières différentes. Pour ces groupes, la tentation existe de créer une structure unique, ayant vocation à gérer, voire détenir, refinancer et peut-être dans le futur externaliser, leurs actifs immobiliers, quelle que soit leur localisation géographique. Néanmoins, en pratique, la création d'une foncière internationale ayant vocation à détenir les immeubles se heurte à un certain nombre de contraintes, voire d'obstacles réhibitoires. Aux rangs de ces contraintes, figure principalement le principe communément répandu en France et dans les Etats étrangers de taxation in situ (taxation locale des revenus locatifs et des plus-values de cession), ce principe étant au demeurant respecté dans la plupart des conventions fiscales internationales. L'application de ce principe réduit considérablement l'intérêt fiscal du recours à une foncière unique détenant directement des actifs immobiliers étrangers.

Les entreprises devraient dès lors plutôt envisager de détenir leurs actifs immobiliers étrangers via une foncière locale. Le recours à des «real estate investment trusts» (REIT) locaux, lorsque ce régime existe, sera en général exclu car, à l'image de la réglementation applicable aux SIIC, nombre de contraintes sont prévues par les Etats concernés. On citera notamment le caractère coté du REIT, les limitations d'actionnariat (REIT anglais, FBI néerlandaise, par exemple), la nécessité d'être résident fiscal local (à l'exception notable de la FBI néerlandaise et de la SIIC française), l'absence d'éligibilité au régime mère-fille des dividendes versés par le REIT, etc. Dans certains cas en outre, les locations intragroupes ne peuvent constituer des activités éligibles au sens des

dispositions applicables aux REIT, réduisant à néant l'intérêt de tels véhicules s'agissant d'immobilier d'exploitation groupe. Compte tenu de ces contraintes multiples, les entreprises devront vraisemblablement se tourner vers la création de foncières classiques dans chaque Etat, au sein desquelles les actifs immobiliers du pays concerné seraient logés. A l'image de la situation française, la cession directe des actifs génère dans la majorité des Etats des coûts fiscaux significatifs (droits de mutation et impôt sur les sociétés), sauf si ladite cession intervient au sein d'un même groupe fiscal, auquel cas les plus-values de cession sont neutralisées sous condition toutefois de maintien des parties et des actifs au sein du groupe pendant une période donnée (Pays-Bas, Italie, Espagne, par exemple). Sous réserve des caractéristiques des groupes concernés, cette centralisation d'actifs immobiliers au sein d'une foncière locale devrait le plus souvent être réalisée dans le cadre d'apports partiels d'actifs combinée à des reclassements des titres reçus, bénéficiant du régime fiscal de faveur local. L'objectif de neutralité fiscale, et sa pérennité, ne pourra toutefois être aisément atteint que dans certains Etats réputés pour leur flexibilité et leur pragmatisme en matière fiscale (exemple : Pays-Bas, Belgique).

Le transfert d'immeubles au sein d'une foncière internationale s'avère donc manifestement complexe et potentiellement coûteux. En revanche, et c'est sans doute plus important en termes opérationnels, il est tout à fait possible de confier à une structure unique les tâches de gestion et d'harmonisation de la politique immobilière du groupe (bail type, politique d'investissement, financement, etc.). La création d'une structure unique de détention, par exemple à travers une société holding commune, qui pourrait être située au Luxembourg, détenant les immeubles situés dans les différents pays de présence du groupe soit directement (exemple : Grande-Bretagne), soit via des filiales propriétaires, sera en revanche envisageable pour ce qui concerne les nouveaux investissements immobiliers du groupe. ■

Les aspects juridiques de la structuration d'OPCI patrimoniaux



Par **JÉRÔME SUTOUR**,
avocat responsable de
l'activité financière services
de CMS Bureau Francis
Lefebvre.
jerome.sutour@cms-bfl.com

“ Fixer des règles précises d'investissement permet d'encadrer l'activité de la société de gestion, de telles règles ne doivent pas non plus à terme empêcher toute évolution de la SPPICAV. ”

Afin de favoriser l'investissement immobilier et tenant compte des difficultés opérationnelles rencontrées par les sociétés civiles d'investissement immobilier, le législateur français a introduit dans notre droit un nouveau type d'organisme de placement collectif («OPC») destiné à investir en produits immobiliers, les organismes de placement collectif immobilier («OPCI»). Cette catégorie particulière d'OPC est, en vertu de l'article L. 214-89 du Code monétaire et financier (le «CMF»), divisée en deux catégories : les sociétés de placement à prépondérance immobilière à capital variable («SPPICAV») et les fonds de placement immobilier («FPI»), la principale différence entre ces deux véhicules étant que les SPPICAV ont la nature de société et

donc, disposent de la personnalité juridique ce que n'ont pas les FPI.

Ces véhicules d'investissement présentent de nombreux avantages fiscaux, notamment au titre de l'article 210E du Code général des impôts avec la possibilité de

bénéficier d'un taux d'imposition de la plus-value de cession au taux de 16,5 %. Au-delà de ses seuls avantages fiscaux, l'OPCI est un véhicule d'investissement particulièrement adapté à la gestion d'un patrimoine immobilier compte tenu de sa double nature de véhicule d'investissement financier et immobilier. En effet, sa nature d'OPC lui offre un accès privilégié aux marchés de capitaux tout comme les OPCVM plus classiques.

Toutefois, la mise en place d'un tel véhicule au sein d'un groupe implique (i) de choisir la forme d'OPCI la plus adaptée ; (ii) de définir les besoins des investisseurs ; (iii) de prévoir clairement le champ des investissements de la structure ; et (iv) d'encadrer précisément des relations avec la société de gestion sponsor du produit.

Choix d'une SPPICAV plutôt qu'un FPI

Qu'un OPCI prenne la forme d'une SPPICAV ou d'un FPI, sa mise en place implique nécessairement, par sa nature d'OPC, l'intervention d'une société de gestion responsable de la gestion de ses actifs et d'un dépositaire responsable de leur conservation.

Si d'autres professionnels interviennent également à la constitution et aux activités de l'OPCI (les valorisateurs immobiliers et les commissaires aux comptes par exemple), seule la société de gestion dispose, de par la loi, du pouvoir discrétionnaire d'investissement des actifs de l'OPCI conformément à son objectif.

Ainsi, la réglementation prévoit très clairement que les investisseurs ne sont pas autorisés à gérer et que la société de gestion ne peut renoncer à leur profit à cette discrétion. Le contrôle de cette dernière est donc un élément-clé de toute structuration. Dans ces conditions, il nous apparaît que la structure la plus adaptée en vue d'une structuration patrimoniale est la SPPICAV par rapport au FPI. En effet, seuls les actionnaires d'une SPPICAV peuvent avoir un véritable pouvoir de direction sur la société de gestion au sens où ils peuvent prendre l'initiative de la révoquer dans une hypothèse de conflit sur le déploiement des activités de ce véhicule. Les porteurs de parts de FPI eux, ne bénéficient pas d'un tel pouvoir, les FPI ayant la nature de véhicules purement contractuels constitués à

l'initiative d'un dépositaire et d'une société de gestion, qui en est, de fait, l'initiatrice.

Sélection de la structure la plus adaptée

Toutes les SPPICAV sont tenues d'investir une majorité de leurs actifs directement ou indirectement en produits immobiliers. Pour autant, la loi reconnaît différentes formules selon la nature des investissements envisagés et des investisseurs concernés.

Le choix des investisseurs peut ainsi se porter sur plusieurs formes de SPPICAV : les SPPICAV de droit commun assujetties à des règles de composition d'actifs et de dispersion des risques et les SPPICAV à règles de fonctionnement allégées (RFA) réservées à des investisseurs qualifiés et pouvant déroger dans certaines conditions aux limites applicables aux SPPICAV de droit commun. La SPPICAV RFA semble ainsi tout indiquée pour une structuration patrimoniale : (i) il n'existe aucun capital social minimum ; (ii) l'actif net minimal est fixé à 500 000 euros ; (iii) les règles d'investissement en produits financiers dérivés et les règles de diversification des risques sont assouplies ; (iv) et il leur est théoriquement possible de recourir sans limite au levier financier (SPPICAV RFA à effet de levier). Par ailleurs, il convient d'envisager pour les investisseurs de fermer l'accès de leur structure. A ce titre, la loi leur reconnaît également la possibilité de réserver un OPCI à 20 porteurs au plus ou à une catégorie d'investisseurs dont les caractéristiques sont définies par le prospectus et les statuts du véhicule.

Adoption de règles conformes à l'objectif du groupe

Le prospectus et les statuts d'une SPPICAV sont les documents constitutifs du véhicule. Ce sont eux qui règlent les principes d'organisation et d'investissement du fonds. Ainsi, une fois le choix de la structure arrêté, l'établissement de ces documents constitue, pour les investisseurs, une étape essentielle à l'occasion de laquelle ils vont, conjointement avec la société de gestion,

définir le champ des investissements de la SPPICAV.

La rédaction du prospectus est aussi l'occasion de fixer les règles d'investissement et de désinvestissement applicables aux investisseurs (exemple : règles de lock-up, de liquidités, etc.) sans pour autant que de telles règles privent les investisseurs de leur droit de sortie de ce véhicule.

De ce point de vue, si fixer des règles précises d'investissement permet d'encadrer l'activité de la société de gestion, de telles règles ne doivent pas non plus à terme empêcher toute évolution de la SPPICAV.

Organisation des relations avec la société de gestion

Au-delà de la rédaction de ces règles relativement classiques de préparation de prospectus, il conviendra également d'organiser le processus de contrôle des activités conduites par les gérants au profit de la SPPICAV et, dans une certaine mesure, adopter avec eux des principes de validation de choix d'investissement. Il s'agit là d'un des exercices les plus délicats dans la mise en place de la structure. En effet, l'Autorité des marchés financiers est particulièrement vigilante, à l'occasion du dépôt et de l'enregistrement d'un OPCI, de ce que la société de gestion conserve un pouvoir discrétionnaire d'investissement sur les actifs de ce véhicule. Dans ces conditions, les clauses statutaires ou les clauses du prospectus encadrant l'activité de la société de gestion doivent tout à la fois permettre son contrôle sans pour autant constituer une immixtion dans son pouvoir de gestion. Au-delà des seuls documents constitutifs de la SPPICAV, les investisseurs pourront également organiser de tels contrôles à travers un comité de surveillance dont les pouvoirs sont contractuellement reconnus par la société de gestion. Au final, la mise en place d'une SPPICAV patrimoniale implique une véritable analyse des besoins et objectifs à long terme des investisseurs. Elle implique plus directement de clairement organiser les relations entre la société de gestion et la SPPICAV. ■

“ L'autorité des marchés financiers est particulièrement vigilante, à l'occasion du dépôt et de l'enregistrement d'un OPCI, de ce que la société de gestion conserve un pouvoir discrétionnaire d'investissement sur les actifs de ce véhicule. ”

Un assouplissement inquiétant de la motivation de la décision de préemption



Par **JEAN-LUC TIXIER**, avocat associé, spécialisé en droit immobilier et droit public, chargé d'enseignement à l'université de Paris I. Il conseille de nombreuses entreprises commerciales et industrielles ainsi que des promoteurs, en matière de droit de l'urbanisme, de construction, vente et location d'immeubles.
jean-luc.tixier@cms-bfl.com



et par **CÉLINE CLOCHE-DUBOIS**, avocat.
celine.cloche-dubois@cms-bfl.com

Toute aliénation à titre onéreux d'un immeuble ou ensemble de droits sociaux donnant vocation à l'attribution en propriété ou en jouissance d'un

immeuble ou d'une partie d'immeuble, bâti ou non bâti, mais également toute cession de droits indivis portant sur un immeuble ou une partie d'immeuble, bâti ou non bâti, sauf lorsqu'elles sont consenties à l'un des co-indivisaires, ainsi que les cessions de tantièmes contre remise de locaux à construire doit être précédée d'une déclaration d'intention d'aliéner par le vendeur dudit bien.

Sont ainsi notamment en principe visés, dès lors que le bien est situé dans un périmètre soumis au droit de préemption, toute vente, apport en société d'un immeuble, ou encore, dans certaines hypothèses, la cession de la totalité des parts d'une SCI dont le patrimoine est constitué d'une seule unité foncière. La collectivité peut décider, dans un délai de deux mois à compter de la réception de la déclaration d'intention d'aliéner, d'acquérir le bien au soutien d'une décision de préemption en vue de réaliser une action ou une opération d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme (projet urbain, politique locale de l'habitat, etc.).

Une telle décision est néanmoins soumise au respect de certains principes, tant légaux que jurisprudentiels. Ainsi, l'article L. 210-1 du Code de l'urbanisme dispose que «toute décision de préemption doit mentionner l'objet pour lequel ce droit est exercé». En outre, jusqu'à une période récente, le juge administratif exigeait purement et simplement que la motivation de la décision soit justifiée par un projet d'aménagement suffisamment précis et certain, énoncé de façon précise dans la

décision (CE Section, 26 février 2003, Mme Bour, n° 231558). Cette obligation de formalisation du projet dans la décision de préemption était donc essentielle et supposait que la collectivité ait précisément réfléchi en entamant un travail administratif ou technique d'élaboration d'un projet.

De nombreuses décisions de préemption ont ainsi été annulées par le juge administratif en raison du défaut de motivation même de celles-ci. L'examen de la motivation d'une décision de préemption pouvait ainsi permettre tant au vendeur qu'à l'acquéreur évincé d'en obtenir l'annulation par le juge administratif, saisi à cet effet.

En pratique, les vendeurs et/ou acquéreurs sont en effet amenés à contester très souvent la régularité de la décision de préemption et à solliciter, dans un premier temps, la suspension de la décision, puis son annulation et de pouvoir ainsi conclure la vente. L'intérêt d'initier une telle procédure contentieuse n'est en effet pas neutre dans la mesure où, très souvent, la collectivité préempte à un prix largement inférieur au prix négocié entre le vendeur et l'acquéreur et seule la saisine du juge de l'expropriation permet, au terme d'une procédure qui peut être longue, d'obtenir une majoration du prix du bien.

Il était donc jusqu'alors relativement «aisé» pour le vendeur ou l'acquéreur d'obtenir dans un nombre significatif de cas l'annulation d'une décision de préemption, puisque, très souvent, la collectivité n'avait pas réellement réfléchi à un projet d'aménagement sur le bien préempté ou encore préemptait pour de purs motifs d'opportunité afin de s'opposer à un projet, comme la réalisation d'immeubles résidentiels, au seul motif qu'ils impliqueraient de réaliser

des équipements collectifs coûteux par exemple.

Le Conseil d'Etat vient néanmoins d'infléchir largement les exigences de motivation des décisions de préemption et rendre par là même à l'avenir plus difficile l'annulation des décisions de préemption alors même que la collectivité aurait un projet non encore finalisé sur le bien préempté.

Dans une décision en date du 7 mars 2008, commune de Meung-sur-Loire, le Conseil d'Etat est venu poser comme principes, pour qu'une préemption soit

légale, que celle-ci «soit justifiée par un projet répondant à l'un des objets définis à l'article L. 300-1» et que «la réalité de ce projet ressorte des pièces du dossier alors même qu'il ne serait pas encore précisément défini au plan administratif ou technique».

Ainsi, aux termes de cette nouvelle jurisprudence, il importe, certes, que

dans sa motivation, la collectivité démontre qu'elle préempte afin de réaliser l'un des projets inscrits à l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme : projet urbain, politique locale de l'habitat, maintien, extension des activités économiques, développement des loisirs et du tourisme, etc.

Toutefois, au moment de la décision de préemption, la collectivité n'a plus à apporter la preuve de l'existence d'un projet précis et certain à l'appui de documents relatifs à l'immeuble en particulier.

En conséquence, la justification du projet pourra se faire postérieurement à la décision de préemption et la collectivité pourra peaufiner son projet en dégagant ultérieurement les caractéristiques précises de celui-ci.

Une telle modification de la jurisprudence n'est pas sans conséquence puisque cela

revient à supprimer l'exigence de «projet précis et certain» pour aboutir à la seule exigence que le projet corresponde aux intentions réelles de la collectivité.

Pour autant, toute motivation n'a pas disparu dans la mesure où, formellement, les collectivités doivent continuer à motiver leur décision de préemption conformément à l'article L. 210-1 du Code de l'urbanisme ; seule sera néanmoins désormais exigée une motivation formelle consistant à justifier de la réalité d'un projet répondant aux objets mentionnés à l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme. Partant, on peut légitimement craindre que des motivations stéréotypées, avec un simple renvoi à la loi, qui étaient jusqu'alors censurées par le juge administratif, soient aujourd'hui admises. Il reste à espérer que le juge administratif effectue un réel contrôle de la réalité du projet de la collectivité.

On ne peut que constater, en tout état de cause, que cette évolution est dans la droite ligne des propositions du Conseil d'Etat exposées dans son étude sur «Le droit de préemption» adoptée le 6 décembre 2007 aux termes de laquelle il a été proposé au législateur de modifier les caractéristiques actuelles du droit de préemption urbain en opérant une distinction entre la préemption planifiée, qui serait un nouveau droit de préemption, et la préemption d'opportunité qui constituerait un droit de préférence. Le Conseil d'Etat a souligné relativement à la «préemption d'opportunité», que, dans cette hypothèse, la collectivité n'aurait plus à justifier d'un projet suffisamment précis et certain à la date de la décision de préemption. La légalité de la décision de préemption serait subordonnée à la simple justification de la réalité de l'objectif d'intérêt général énoncé dans la décision de préemption...

On peut redouter que cette justification ne se réduise à un exercice de pure forme devant le juge administratif, notamment si, comme on peut l'observer en pratique, la collectivité se contente de préciser, dans la décision de préemption, que la préemption est exercée en vue de produire des logements par exemple... ■

“ La collectivité n'a plus à apporter la preuve de l'existence d'un projet précis et certain à l'appui de documents relatifs à l'immeuble en particulier. ”

Le contrat de crédit-bail immobilier est-il un immeuble ?



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

“ C’est à cette assimilation,
pour le moins contestable,
qu’a procédé la cour
administrative d’appel
de Versailles. ”

‘est à cette assimilation, pour le moins contestable, qu’a procédé la cour administrative d’appel de Versailles dans un arrêt du 15 mai 2007 (n° 00672) dont les services de vérification commencent à se prévaloir. En l’espèce, la SA Saur avait acheté un contrat de crédit-bail immobilier en 1986. On sait que, selon une position traditionnelle de l’administration fiscale, il y a lieu dans un tel cas, de procéder à une ventilation du prix, une part représentant la promesse unilatérale de vente devant être soumise à la TVA au taux de 19,6 %, et une part représentant le droit au bail, qui relève du droit d’enregistrement actuellement au taux propre aux cessions de fonds de commerce de 5 %. C’est ce régime fiscal qui a été appliqué en l’espèce. La SA Saur a ensuite levé l’option d’achat en 1987, puis a utilisé l’immeuble pour les besoins de son activité taxable ce qui lui a permis de récupérer

intégralement la TVA ayant grevé la promesse de vente. Enfin, elle a cédé l’immeuble en 1992, sous le régime des droits d’enregistrement, l’immeuble étant achevé depuis plus de cinq années, et la venderesse considérant que cette mutation ne donnait prise à aucun mécanisme de TVA, ni taxation de la mutation, ni régularisation de la TVA initialement déduite. Tel n’a pas été l’avis de l’administration fiscale, qui a considéré que la SA Saur aurait dû reverser trois dixièmes de la TVA ayant grevé l’acquisition de la promesse unilatérale de vente en application de l’article 210 de l’annexe II au Code général des impôts. La société a contesté ce redressement en faisant valoir que l’achat du contrat de crédit-bail immobilier n’équivalait pas, sur le plan juridique, à

l’achat d’un immeuble et que, par conséquent, elle n’était pas concernée par l’obligation de procéder à des reversements de la TVA antérieurement déduite, celle-ci ne visant pas les biens meubles incorporels. Son argumentation est rejetée par la cour qui considère dans son arrêt que, si la convention de crédit-bail immobilier peut faire appel à des éléments empruntés à d’autres contrats, ainsi qu’il résulte de la doctrine administrative relatée ci-dessus, elle constitue néanmoins une institution juridique tendant essentiellement à l’acquisition d’un immeuble par celui qui s’oblige à faire des versements échelonnés sur la durée du contrat ; qu’ainsi la cession de la promesse unilatérale de vente n’est pas détachable de l’opération de levée d’option intervenue le 30 janvier 1987, la cession d’un contrat de crédit-bail immobilier par le crédit bailleur devant s’analyser comme un élément de la cession de l’immeuble donné à bail et non comme la cession d’un droit mobilier incorporel. La cour en conclut que, par suite, le service de vérification a pu légalement regarder la taxe sur la valeur ajoutée ayant grevé la promesse de vente comme se rapportant à une taxe déduite au titre d’une acquisition d’immeuble.

En opérant une telle requalification, alors qu’il est certain au plan du droit civil qu’un contrat portant sur un immeuble n’est pas l’immeuble lui-même, la cour administrative d’appel de Versailles semble considérer, implicitement, qu’une telle opération est constitutive d’un abus de droit. Or, il est certain qu’il n’en est rien, d’une part car de telles opérations de cessions de contrats de crédit-bail sont très fréquentes, et d’autre part parce que rien n’oblige le crédit-preneur à lever lui-même l’option de vente prévue au contrat et à vendre l’immeuble et donc à choisir une voie dont le régime fiscal est plus lourd. Nous espérons donc que l’analyse de la cour de Versailles ne sera pas reprise par d’autres tribunaux. ■

Sous-location et renonciation du sous-locataire au droit direct au renouvellement : attention aux clauses trompeuses



Par **ALINE DIVO**, avocat, spécialisée en droit immobilier, chargée d'enseignement à l'université de Paris I («Les baux commerciaux»).
aline.divo@cms-bfl.com

“ La Cour de cassation (...) a énoncé que le sous-locataire ne peut renoncer, avant l'expiration du bail principal, à un droit dont il n'est pas titulaire. ”

La 3^e chambre civile de la Cour de cassation a rendu le 28 novembre 2007 un arrêt important concernant la validité d'une clause d'un contrat de sous-location commerciale destinée à empêcher le sous-locataire d'exercer son droit direct au renouvellement contre le bailleur principal. En l'espèce, des propriétaires ont consenti un bail commercial à une société. Cette dernière a sous-loué les lieux loués à une autre société. Le 19 mars 1997, un contrat de sous-location prévoyant la clause suivante a été signé : «En tout état de cause, le droit au renouvellement du bail principal appartiendra seulement au locataire principal, ce qui est expressément accepté par le sous-locataire.» Le 30 mars 2004, les propriétaires ont refusé le renouvellement du bail principal au motif que la locataire n'était pas immatriculée au registre du commerce et des sociétés au titre des lieux loués. Les propriétaires ont alors assigné la locataire aux fins d'expulsion. La sous-locataire est intervenue dans la procédure pour faire valoir son droit direct au renouvellement de la sous-location auprès des propriétaires en invoquant l'article L. 145-2 alinéa 2 du Code de commerce : «A l'expiration du bail principal, le propriétaire n'est tenu au renouvellement que s'il a, expressément ou tacitement, autorisé ou agréé la sous-location (...)» Les propriétaires ont soutenu que la sous-locataire, en acceptant la clause précitée, avait renoncé à son droit direct au renouvellement envers eux. La cour d'appel de Bordeaux a appliqué la clause du contrat de sous-location et a jugé que la sous-locataire avait valablement renoncé à son droit direct au renouvellement.

La Cour de cassation a cassé cette décision. Elle a rappelé que le sous-locataire ne dispose d'un droit direct au renouvellement qu'à compter de l'expiration du bail principal. Elle a ensuite énoncé que le sous-

locataire ne peut renoncer, avant l'expiration du bail principal, à un droit dont il n'est pas titulaire. En conséquence, elle ne donne pas effet à la clause précitée.

Il résulte de cet arrêt que la Cour de cassation qualifie le droit direct au renouvellement du sous-locataire de droit d'ordre public de protection. Comme tout droit d'ordre public de protection, son titulaire peut y renoncer mais uniquement lorsque son droit est acquis.

En matière de sous-location commerciale, le sous-locataire acquiert son droit direct au renouvellement précisément le jour où le locataire perd ses propres droits sur le bail principal. C'est uniquement à partir de ce moment que le sous-locataire peut renoncer à son droit direct au renouvellement envers le bailleur principal.

La solution dégagée par la décision commentée ne concerne que deux types de sous-locations commerciales : la sous-location totale et la sous-location partielle sans clause d'indivisibilité des locaux. En revanche, elle ne s'applique pas à la sous-location avec clause d'indivisibilité des locaux puisque dans une telle hypothèse le sous-locataire ne bénéficie pas du droit direct au renouvellement envers le bailleur principal. En effet, l'article L. 145-32 alinéa 2 du Code de commerce prévoit que le droit direct au renouvellement du sous-locataire ne s'applique «en cas de sous-location partielle, que si les lieux faisant l'objet du bail principal ne forment pas un tout indivisible matériellement ou dans la commune intention des parties».

Compte tenu de la décision précitée, pour empêcher un sous-locataire de revendiquer un droit au renouvellement direct à l'égard du bailleur principal, en cas de sous-location partielle, la seule possibilité est de prévoir dans le bail principal une clause mentionnant expressément l'indivisibilité des locaux, clause qui devra être reprise dans le contrat de sous-location. ■

1. Cass.3^e civ., 28 nov. 2007, n° 06-16.758, P + B, Sté Sophia GE c/Sté Monoprix.

Vefa : les avantages de l'option pour la taxation à la TVA selon les encaissements, sans les inconvénients



Par GAËTAN BERGER-PICQ, avocat associé spécialisé dans les questions de TVA, notamment liées à l'immobilier. gaetan.berger-picq@cms-bfl.com

“ La TVA peut être collectée sur option au moment et à proportion des encaissements du prix sans que cela ne crée d'obstacle particulier à l'obtention de remboursements de crédits de TVA. ”

Dans un rescrit publié le 17 juin 2008, l'administration fiscale reconnaît au vendeur d'un immeuble en l'état futur d'achèvement (Vefa) ayant opté pour la taxation à la TVA selon la règle des encaissements, le droit d'obtenir le remboursement de son crédit de taxe sans attendre le versement complet du prix par l'acquéreur.

Cette décision est très intéressante car les vendeurs d'immeubles en Vefa devaient, jusqu'alors, choisir entre deux régimes de TVA, impliquant chacun d'importants frottements de trésorerie :

soit le règlement à l'administration, à la date de l'acte, de l'intégralité de la TVA grevant la Vefa, indépendamment du calendrier de paiement du prix par l'acquéreur (règle de principe posée par le Code général des impôts). N'ayant généralement encaissé qu'une fraction du prix à cette date, le vendeur devait alors financer tout ou partie de la TVA collectée ;

soit le paiement de la TVA grevant la Vefa au fur et à mesure des encaissements du prix (sur option), ce qui impliquait l'impossibilité d'obtenir des remboursements de crédits de TVA jusqu'à l'encaissement de la dernière échéance. Dans ce cas, le vendeur devait donc financer la TVA déductible sur une période plus ou moins longue.

En d'autres termes, le vendeur devait choisir entre un coût de financement de la TVA collectée ou un coût de financement de la TVA déductible.

Ce dilemme appartient désormais au passé : la TVA peut être collectée sur option au moment et à proportion des encaissements du prix (évitant le portage financier de la TVA collectée), sans que cela ne crée d'obstacle particulier à l'obtention de remboursements de crédits de TVA (réduisant ainsi sensiblement le portage financier de la TVA déductible).

Enfin, l'option pour les encaissements semble ne plus avoir que des avantages.

N'oublions pas, néanmoins, que son exercice requiert en principe une demande formelle et que les services fiscaux peuvent réclamer, en contrepartie, la production de garanties. Cela étant, ces dernières sont rarement demandées en pratique, et leur compatibilité avec le droit communautaire est plus que douteuse.

A cet égard, rappelons que la jurisprudence a récemment jugé que la règle française de l'exigibilité de la TVA immobilière à l'acte est incompatible avec les dispositions communautaires, dont il résulte que, pour les livraisons qui donnent lieu à des décomptes ou à des paiements successifs, la TVA ne devient exigible qu'à l'expiration des périodes auxquelles ces décomptes ou paiements se rapportent.

Le rescrit publié en juin 2008 est évidemment un écho à cette jurisprudence. Il n'est donc pas impossible que, dans l'attente d'une modification du Code général des impôts, l'administration s'abstienne de toute demande de production de garanties en contrepartie de l'exercice de l'option pour les encaissements.

Ajoutons pour conclure que la possibilité recouvrée par les vendeurs d'immeubles en Vefa d'obtenir des remboursements de crédits de TVA dans les conditions ordinaires bénéficie selon nous à tous, y compris à ceux qui ont exercé une option pour les encaissements antérieurement à la publication du rescrit.

La prochaine période au cours de laquelle un remboursement de TVA pourra être demandé s'ouvrira en janvier 2009. D'ici là, les vendeurs d'immeubles concernés seraient avisés de préconstituer un dossier complet, qui devrait leur permettre d'alléger leur charge de trésorerie. ■

La réforme de la prescription en matière civile



Par **ARNAUD REYGRABELLET**, professeur à l'université de Paris X.
arnaud.reygrobellet@cms-bfl.com



et **ELISABETH FLAICHER-MANEVAL**, avocat.
elisabeth.flacher-maneval@cms-bfl.com
Au sein de l'équipe de doctrine juridique, ils suivent les questions d'actualité du droit des affaires.

La nouvelle prescription quinquennale connaît plusieurs exceptions en matière immobilière.

Les règles de prescription en matière civile viennent d'être sensiblement réformées par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008. Pour s'en tenir à l'essentiel, une des innovations majeures réside dans le raccourcissement du délai de prescription extinctive de référence : celui-ci est désormais fixé à cinq ans (nouvel article 2224 du Code civil), là où il était soit de 30 ans, soit de 10 ans (pour les obligations entre commerçants ou les actes «mixtes» c'est-à-dire conclus entre un commerçant et un non-commerçant). Il s'ensuit que les délais de prescription extinctive supérieurs à cinq ans sont, sauf exception, ramenés à cinq ans. A titre d'exemple, le délai de prescription de l'action en responsabilité dirigée contre un expert pour des faits se rapportant à l'exercice de ses fonctions jusqu'alors fixé à 10 ans est désormais de cinq ans. Mais à ce principe, une première dérogation importante est apportée. Le législateur a maintenu la règle de prescription trentenaire pour les actions réelles immobilières (art. 2227 du C. civ.), qu'elle a d'ailleurs étendue en matière de dommage environnemental (art. L. 152-1 du C. envir.). Ce délai «exceptionnel» a été justifié par l'importance des intérêts en jeu et la complexité des problématiques. Autre entorse importante au principe quinquennal, il est prévu que les délais de prescription, actuellement inférieurs à cinq ans, le demeurent ; ce qui est néanmoins cohérent avec la volonté de raccourcir les délais. Pourtant, les exceptions les plus importantes à

cette tentative de rationalisation concernent le droit de la construction. Ainsi, les actions en responsabilité contre tous les constructeurs continuent de se prescrire par 10 ans pour les ouvrages et 2 ans (C. civ., art. 1792-3, qui demeure en l'état) pour les éléments d'équipement. Est ainsi conservé le délai de 10 ans («garantie décennale»), en matière de responsabilité des constructeurs d'ouvrage et de leurs sous-traitants.

Toutefois, il faut noter que la loi procède à une renumérotation, sans modification, des articles 2270 et 2270-2 du Code civil, qui basculent aux articles 1792-4-1 et 1792-4-2. Il s'est agi de les regrouper avec les dispositions qui posent le principe de la responsabilité de plein droit du constructeur lorsque l'ouvrage présente des vices qui le rendent impropres à sa destination. En effet, la garantie décennale des constructeurs ainsi que celle incombant à leurs sous-traitants s'analysent davantage comme un «délai d'épreuve» que comme un délai de prescription. Concrètement, selon la jurisprudence, aucune action en garantie ne peut plus être exercée plus de 10 ans après la réception. D'où l'idée du législateur de ne plus faire figurer ces dispositions parmi les articles du Code civil relatifs à la prescription extinctive mais de les regrouper avec les dispositions qui posent le principe de la responsabilité de plein droit du constructeur lorsque l'ouvrage présente des vices le rendant impropre à sa destination, lesquels sont inscrits aux articles 1792 à 1792-7 du même Code.

Le texte précise enfin que le point de départ de ces délais, la réception de l'ouvrage, est unique (art. 1792-4-3). ■

Si vous souhaitez contacter les auteurs de cette lettre, vous pouvez vous adresser à la rédaction qui transmettra aux personnes concernées. Vous pouvez également vous adresser à :

C/M/S Bureau Francis Lefebvre

1-3, villa Emile Bergerat
92522 Neuilly sur Seine Cedex
Tél. 01 47 38 55 00/Fax 01 47 38 55 55

M^e Gaëtan Berger-Picq, gaetan.berger-picq@cms-bfl.com
M^e Jean-Yves Charriau, jean-yves.charriau@cms-bfl.com
M^e Jérôme Sutour, jerome.sutour@cms-bfl.com
M^e Jean-Luc Tixier, jean-luc.tixier@cms-bfl.com
M^e Philippe Tournès, philippe.tournes@cms-bfl.com



Supplément du numéro 997 du 29 septembre 2008
Option Finance - 91 bis, rue du Cherche-Midi 75006 Paris - Tél. 01 53 63 55 55
SAS au capital de 2 043 312 € RCB Paris 343256327
Directeur de la publication : François Fahys
Service abonnements : B 310 - 60732 Ste-Geneviève Cedex. Tél. 03 44 07 44 52
Impression : Megatop - Naintre - N° commission paritaire : 1108 T 83896