

LA LETTRE DE L'IMMOBILIER

Lundi 15 mars 2010

AU SOMMAIRE

Dossier Jurisprudence immobilière

- Territorialité des droits d'enregistrement et cession de parts de sociétés à prépondérance immobilière : suite et fin p2
- La réforme de l'article 209 du CGI p3
- Bail commercial sur le domaine privé d'une collectivité p5
- Situation du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente en cas de rétractation du promettant p6
- Opérations complexes : les conditions du recours à une pluralité de permis p7

Actualités

- Le «bail vert» : un nouveau concept en plein essor p8
- Location meublée : un champ d'application précisé en 2009 p9
- Aspects immobiliers de la nouvelle convention fiscale franco-américaine p10
- Les dispositions de la loi de finances rectificative pour 2009 en matière immobilière p11
- Nouvelle convention fiscale franco-britannique : conséquences en matière de plus-values immobilières des entreprises p12

C/M/S/ Bureau Francis Lefebvre
Supplément du numéro 1068
du 15 mars 2010

EDITORIAL

Nous avons choisi de consacrer exclusivement ce nouveau numéro de la Lettre de l'Immobilier à certaines nouveautés intervenues au plan immobilier durant l'année 2009 qui nous ont parues symboliques de l'évolution au plan juridique et fiscal de la matière immobilière en France.

On constatera ainsi que l'activité législative est restée comme toujours soutenue au plan fiscal. Qu'il s'agisse en effet de l'élargissement du champ d'application des droits de mutation aux cessions de titres de sociétés étrangères à prépondérance immobilière, de la réforme de l'article 209 du CGI dont le but est de mieux appréhender les revenus de nature immobilière, des différentes modifications et précisions apportées encore une fois cette année au régime des SIIC (élargissement aux sociétés cotées étrangères, facilitation des partenariats entre SIIC et SPPICAV, élargissement du régime de neutralisation des plus-values de cession), plus indirectement de l'entrée en vigueur de l'avenant du 13 janvier 2009 à la convention fiscale franco-américaine du 31 août 1994, ou de la nouvelle convention fiscale franco-britannique, qui comportent toutes deux des modifications importantes en matière immobilière, ou bien encore à titre d'exemple des précisions administratives et jurisprudentielles sur le régime des loueurs en meublé professionnel... le législateur et l'administration fiscale ont une nouvelle fois oscillé entre élargissement du champ d'application de l'impôt et assouplissement de la loi fiscale pour favoriser certaines opérations de restructuration.

Au plan juridique, nous avons plus particulièrement retenu l'évolution de la jurisprudence des Hautes Cours sur des sujets divers tels que les baux commerciaux consentis sur le domaine privé d'une collectivité, les opérations complexes en matière de permis de construire et la confirmation de la possibilité désormais de pouvoir recourir à une pluralité de permis de construire, pour la réalisation d'une même opération dite complexe, et les difficultés particulières que posent dans les promesses unilatérales de vente, la rétractation des promettants, et ainsi la question qui peut se poser de savoir s'il existe encore des différences et lesquelles entre l'offre simple et la promesse unilatérale de vente.

Nous évoquerons enfin le très intéressant développement du bail vert apparu depuis quelques mois en France, bail commercial de droit commun qui intègre des clauses afin d'améliorer les performances environnementales de l'immeuble, devenues depuis peu, une préoccupation majeure des professionnels de l'immobilier et que l'on ne peut dissocier des principes annoncés par la loi Grenelle 1 du 3 août 2009 et des objectifs que le législateur devrait traduire dans la loi Grenelle 2 prévue pour cette année. Sur ce dernier point, les principaux acteurs du marché n'hésitent pas à pronostiquer une véritable révolution dans les années à venir dans les rapports entre propriétaires et collectivités publiques et entre bailleurs et locataires. ■

Richard Foissac, avocat associé.

Territorialité des droits d'enregistrement et cession de parts de sociétés à prépondérance immobilière : suite et fin



Par **Jacqueline Sollier**, avocat associé en fiscalité. Elle intervient tant en matière de contentieux fiscal que de conseil, notamment dans le cadre de dossiers d'acquisition et de restructuration de groupes immobiliers.
jacqueline.sollier@cms-bfl.com



et **Christophe Lefaillet**, avocat associé, spécialisé en fiscalité (droits d'enregistrement et ISF) et en droit des sociétés. Il intervient particulièrement dans les opérations de fusion-acquisition du secteur immobilier.
christophe.lefaillet@cms-bfl.com

La loi de finances rectificative pour 2009 est venue clore le débat actuel qui opposait l'administration fiscale et certains tribunaux sur la question de savoir si la cession de titres d'une société étrangère dont l'actif est principalement constitué d'immeubles situés en France intervenue par un acte passé à l'étranger doit être soumise ou non au droit d'enregistrement en France.

En effet, ce débat portait sur les règles de territorialité en matière de cession de titres de sociétés à prépondérance immobilière, notamment sur l'application combinée de deux articles du Code général des impôts (CGI), savoir, d'une part, l'article 718 du CGI qui prévoit qu'une cession de biens mobiliers étrangers n'entre pas dans le champ d'application des droits d'enregistrement français si elle a été opérée par un acte passé à l'étranger et d'autre part, l'article 726 I-2° du CGI qui prévoit l'assujettissement à un droit d'enregistrement des cessions de participations dans les personnes morales à prépondérance immobilière, même si les cessions ont été réalisées par un acte passé à l'étranger.

Selon l'administration fiscale, le régime fiscal des cessions de parts des sociétés à prépondérance immobilière, déroge au principe général de territorialité des lois fiscales et conduit à soumettre lesdites cessions à un droit d'enregistrement. Ainsi, l'administration soumettait à un taux de 5 % les actes de cessions de titres de sociétés à prépondérance immobilière dès lors que l'actif brut total était constitué pour plus de la moitié d'immeubles ou de droits immobiliers sis en France, quelle que soit la nationalité de la personne morale détentrice ou celle des acquéreurs et quel que soit le lieu de l'acte. Plusieurs juridictions ont infirmé cette interprétation des dispositions du CGI (CA Aix-en-Provence 19-11-2009 n° 2009-672 ; TGI de Grasse du 4-9-2008 n° 07-3711 ; TGI Nice 27-9-2007 n° 05-1327). Les tribunaux ont énoncé que l'article 726 du CGI définissait uniquement le taux applicable aux cessions de droits sociaux mais ne portait pas dérogation au principe général de territorialité posé en matière d'enregistrement

par l'article 718 du CGI. Au regard de la jurisprudence, en l'absence d'acte passé en France, la cession de parts ou d'actions de sociétés étrangères à prépondérance immobilière en France n'était pas taxable.

La loi de finances rectificative pour 2009 a modifié le Code général des impôts afin de consacrer la thèse de l'administration fiscale et de mettre un terme à cette incertitude juridique en insérant un nouvel article 718 bis qui prévoit que, lorsqu'elles s'opèrent par acte passé à l'étranger, les cessions de participations dans des personnes morales à prépondérance immobilière sont soumises au droit d'enregistrement de 5 %.

Il est à noter qu'une prépondérance immobilière sera caractérisée lorsque l'actif d'une personne morale, quelle que soit sa nationalité, est principalement constitué d'immeubles ou de droits immobiliers situés en France ou de participations dans des personnes morales, quelle que soit leur nationalité, elles-mêmes à prépondérance immobilière.

En outre, la prépondérance immobilière s'apprécie au jour de la cession ou à tout moment au cours de l'année précédant la cession des participations en cause. Cependant, il n'y a pas lieu de considérer comme étant à prépondérance immobilière la personne morale qui a perdu cette qualité du fait de la cession, au cours de l'année précédant la cession de ses propres titres, des immeubles ou participations dans des personnes morales à prépondérance immobilière qu'elle détenait à son actif.

Toutefois, sont exclues du champ d'application de l'article 718 bis du CGI :

- les personnes morales dont les droits sociaux sont négociés sur un marché réglementé d'instruments financiers ou sur un système multilatéral de négociation ;
- les organismes HLM et les sociétés d'économie mixte exerçant une activité de construction et de gestion de logements sociaux ;
- les personnes morales qui n'émettent pas de participations (par exemple : les associations, les fondations, les syndicats).

Une fois les conditions satisfaites, les cessions de participations dans des sociétés à prépondérance immobilière seront ainsi soumises à un droit d'enregistrement de 5 %, sauf imputation, le cas échéant, d'un crédit d'impôt étranger, afin d'éviter une double imposition de la cession.

Le crédit d'impôt correspond au montant des droits d'enregistrement effectivement acquittés dans l'Etat d'immatriculation de chacune des personnes morales concernées, conformément à la législation de cet Etat et dans le cadre d'une formalité obligatoire d'enregistrement de chacune de ces cessions. Ce crédit d'impôt est

imputable sur l'impôt français afférent à chacune des cessions, dans la limite de cet impôt.

Ce nouveau dispositif d'imposition s'applique aux seules cessions réalisées à compter du 1^{er} janvier 2010.

Il nous semble, dès lors, clairement établi, tant par la jurisprudence que par le législateur, que les cessions de titres de sociétés étrangères à prépondérance immobilière en France intervenues par acte passé à l'étranger avant la date du 1^{er} janvier 2010 n'étaient pas soumises aux droits d'enregistrement français. ■

La réforme de l'article 209 du CGI

L'évolution récente de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur le traitement fiscal des revenus des actifs immobiliers français des entreprises non résidentes de France a créé un doute sur la possibilité pour le fisc français d'appréhender certains revenus immobiliers d'entreprises étrangères en l'absence de convention fiscale ou dans le cadre de certaines conventions.

Les dispositions de l'article 206-1 du CGI selon lequel sont notamment passibles de l'IS toutes les personnes morales se livrant à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif ont été longtemps considérées par l'administration fiscale comme permettant à elles seules de fonder l'imposition des revenus tirés de l'exploitation d'immeubles sis en France à défaut de convention fiscale bilatérale et le Conseil d'Etat avait (cf. notamment jurisprudence dite des Anstalts) consacré cette analyse.

Mais la question demeurait de savoir si l'imposition à l'IS d'une personne morale étrangère pouvait seulement résulter des dispositions de l'article 206 ou devait au contraire résulter de la combinaison des dispositions de ce texte, qui définit les entités passibles de cet impôt, et de l'article 209, I qui quant à lui définit les revenus imposables à l'IS. Peu importe en effet d'être passible de l'IS à défaut de revenus imposables.

Or, l'article 209 du CGI en ce qu'il prévoyait que les bénéfices passibles de l'IS étaient ceux réalisés dans des entreprises exploitées en France

et ceux dont l'imposition était attribuée à la France par une convention fiscale, ne permettait pas nécessairement d'appréhender des revenus immobiliers dont la réalisation ne traduit pas l'existence d'un établissement stable.

Et le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 31 juillet 2009 (Sté Overseas Thoroughbred (...)) n'a pas simplifié cette situation. Il a jugé en effet qu'une société britannique qui se bornait, contre rémunération, à mettre à disposition un bien immobilier situé en France, n'exploitait pas une entreprise au sens de l'article 209, I et n'avait pas plus d'établissement stable en France au sens de l'article 4 de la convention fiscale franco-britannique. Certes, le Conseil a ensuite considéré que cette convention permettait néanmoins à la France d'appréhender les revenus des immeubles français de la société en question, en vertu de l'article 5 qui attribue à l'Etat de situation des immeubles l'imposition des revenus qui en sont tirés, mais il a pu apparaître ainsi que les revenus immobiliers de source française, réalisés par des personnes morales étrangères pourraient ne pas être imposables en France, en particulier lorsqu'on se situait hors du cadre d'une convention fiscale.

Le législateur a mis un terme au débat en modifiant l'article 209 pour que celui-ci vise désormais les bénéfices mentionnés aux a, e, e bis et e ter du I de l'article 164 B du CGI.

Il s'agit de quatre revenus de nature immobilière. Tout d'abord les revenus d'immeubles sis en



Par **Richard Foissac**, avocat associé, spécialisé 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 aux universités de Paris I et de Nice Sophia-Antipolis.
richard.foissac@cms-bfl.com



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

France ou de droits relatifs à ces immeubles, quel que soit ainsi leur mode d'exploitation. Ensuite les profits tirés d'opérations définies à l'article 35 (achat-revente, souscription de titres en vue de vendre, intermédiation pour l'achat, la vente ou la souscription...) lorsqu'ils sont relatifs à des fonds de commerce exploités en France ou à des immeubles situés en France, droits immobiliers s'y rapportant ou titres de sociétés non cotées dont l'actif est constitué principalement par de tels biens et droits.

Il s'agit également des plus-values visées aux articles 150 U, 150 UB et 150 UC, relatives à des biens immobiliers situés en France, droits relatifs à ces biens, parts de fonds de placement immobilier ou d'organismes de

droit étranger assimilables, droits sociaux de sociétés ou groupements relevant des articles 8 à 8 ter dont le siège social est situé en France, si ces entités sont à prépondérance immobilière française.

Enfin, il s'agit des plus-values de cessions (i) d'actions de SIIC ou de SPICAV – auxquelles sont assimilés certaines sociétés ou organismes étrangers – lorsqu'elles sont à prépondérance immobilière française, (ii) de parts ou d'actions de sociétés cotées en France ou à l'étranger, de parts, d'actions ou d'autres droits dans des organismes non cotés, dont l'actif est, à la clôture des trois exercices qui précèdent la cession, à prépondérance immobilière française.

«Le législateur a souhaité donner à cette réforme un caractère interprétatif, en ce qu'elle s'applique aux litiges en cours»

Notons que le législateur a souhaité donner à cette réforme un caractère interprétatif, en ce qu'elle s'applique aux litiges en cours.

On observera que cette réforme a une incidence dommageable sur les actionnaires non résidents détenant moins de 10 % d'une SIIC, SPICAV ou société étrangère «assimilée». En effet, seul s'appliquait à de tels actionnaires étrangers le prélèvement de l'article 244 bis A du CGI qui, conformément aux recommandations de l'OCDE,

n'assujettit à l'impôt en France les plus-values de cessions qu'en cas de participation d'au moins 10 %. La DLF nous avait à l'époque indiqué que les plus-values réalisées en cas de participations inférieures à 10 % n'avaient pas vocation à

être imposées au titre de l'article 209.

Cette position était frappée du bon sens, car, outre l'impact négatif d'une telle imposition sur l'attrait des foncières cotées françaises, on voit mal en pratique comment imposer en France une société étrangère détenant, par exemple, quelques actions d'une SIIC ou d'une SPICAV, du moins lorsque celle-ci est ouverte au public... Le problème que pose la nouvelle rédaction de l'article 209, I devrait à notre connaissance être corrigé par la loi de finances rectificative pour 2010. D'ici là, les rédacteurs des notes d'information (par exemple en cas d'offre publique) devront choisir leurs mots avec soin... ■

Bail commercial sur le domaine privé d'une collectivité

Dans un arrêt du 28 décembre 2009, le Conseil d'Etat a apprécié de façon très circonstanciée l'appartenance (au domaine public ou privé) des différentes parties d'un immeuble d'une collectivité.

La commune de Reims avait conclu un bail avec la SARL Brasserie du Théâtre en 1991, qui autorisait cette dernière à occuper les locaux du café situés dans l'enceinte du théâtre municipal. Au terme de cette convention conclue pour neuf ans, la SARL, estimant qu'elle bénéficiait de la «propriété commerciale», en a demandé le renouvellement, lequel lui a été refusé par la ville de Reims ; celle-ci arguait de la qualification erronée du bail, constitutif selon elle d'une convention d'occupation du domaine public.

La haute juridiction invoque quatre arguments pour considérer que les locaux litigieux relèvent du domaine privé communal :

- les locaux loués disposent de leur propre entrée, distincte de celle du théâtre municipal ;
- la SARL bénéficie d'un droit exclusif de vendre des rafraîchissements et autres produits, mais aucune stipulation ne l'oblige à assurer ces prestations ;
- aucune stipulation ne lui impose d'ouvrir ses locaux à des jours et horaires similaires à ceux des spectacles donnés au théâtre ;
- les locaux ne sont pas affectés au service public culturel, et ne constituent pas un accessoire du domaine public communal même s'ils se situent dans le même bâtiment que le théâtre.

Dans une affaire similaire relative à une brasserie située dans l'immeuble abritant le musée municipal de Sarlat-la-Canéda¹, la haute juridiction s'était référée au fait que les travaux de restauration, constituant des aménagements spéciaux, avaient concerné la totalité de l'immeuble, sans exclure les locaux où était exploitée l'activité de brasserie, sans s'attacher à la nature des aménagements ou à l'organisation des lieux, portant ainsi une appréciation globale sur le projet de

réalisation d'un musée.

L'arrêt commenté procède à une analyse très précise et réaliste de la configuration matérielle des lieux et des conditions d'activité, écartant un examen seulement global de l'immeuble abritant les locaux litigieux.

L'argument tenant à la divisibilité du bâtiment concerné avait déjà été invoqué dans une affaire concernant le siège du Crédit Municipal de Paris², au titre d'appartements bénéficiant d'un accès direct et autonome sur la rue, non reliés aux autres parties de l'édifice et divisibles des locaux affectés au service public.

S'agissant de l'absence de stipulation particulière dans le contrat, on sait que la Cour de cassation³ a aussi dénié le caractère de bail commercial à une concession d'exploitation d'une salle des fêtes qui prévoyait le nombre de séances autorisées, imposait des séances gratuites et permettait à la commune d'utiliser la salle en certaines circonstances⁴.

S'il est considéré que la ville de Reims a conclu un bail commercial, c'est parce que la dépendance en cause, lui appartenant, n'était pas affectée à un service public et se situait hors de son domaine public.

En définitive, les arguments sur lesquels s'est appuyé

le Conseil d'Etat ne sont pas inédits, mais leur utilisation cumulative mérite d'être relevée. Ce faisant, la haute juridiction s'inscrit manifestement dans la tendance actuelle de réduction du champ du domaine public. Procéder à une division en volumes et au déclassement de certains d'entre eux demeure néanmoins la solution la plus fiable ; ce type de contentieux en atteste. ■

1. Conseil d'Etat, 1^{er} juin 2005, CNE de Sarlat-la-Canéda, n° 277092.

2. Conseil d'Etat, 11 décembre 2008, Crédit Municipal de Paris, n° 309260.

3. 3^e Civ. 5 mai 1996.

4. Cf. JCP A 15 novembre 2001 n° 46 p. 1808.



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



Et par **Sophie Weill**, avocat en droit public, droit de l'urbanisme et de l'aménagement.
sophie.weill@cms-bfl.com

Situation du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente en cas de rétractation du promettant

Par **Jean-Luc Tixier**, avocat associé, spécialisé en droit immobilier et droit public.



et **Jean-Bastien Lagrange**, avocat en droit immobilier. Il intervient dans les différentes matières du droit immobilier (ventes, baux, construction, etc.) plus particulièrement dans la négociation, la rédaction d'actes, le conseil et le contentieux.
jean-bastien.lagrange@cms-bfl.com

En l'espèce, deux époux consentent une promesse unilatérale de vente de diverses parcelles à une Safer, aucun délai n'a été stipulé pour lever l'option. Avant la levée de l'option par la Safer, les promettants se rétractent. La Safer lève ensuite l'option par lettre recommandée, puis assigne les promettants en réalisation forcée de la vente.

La cour d'appel (Colmar, 29 nov. 2007) fait droit à cette demande, retenant qu'en l'absence de délai imparti au bénéficiaire pour lever l'option, il appartient aux promettants, qui souhaitent revenir sur leur engagement, de mettre préalablement en demeure le bénéficiaire de la promesse d'accepter ou de refuser celle-ci et qu'à défaut, la dénonciation de la promesse est sans effet sur l'acceptation intervenue.

La Cour de cassation (3^e civ. 25 mars 2009) censure ce raisonnement au motif que les juges du fond n'ont pas recherché si la rétractation des promettants n'avait pas été notifiée à la Safer avant que celle-ci ne déclare accepter l'offre.

En validant ainsi cette rétractation, la Cour de cassation n'adhère pas à la thèse développée par la doctrine selon laquelle, en présence d'une promesse unilatérale de vente non assortie de délai, le promettant peut mettre fin au contrat à la condition de mettre préalablement le bénéficiaire en demeure d'accepter ou de refuser la vente.

Depuis un arrêt du 15 décembre 1993, opérant revirement de jurisprudence, la Cour refuse de sanctionner la rétractation du promettant par une exécution forcée de la promesse unilatérale, l'inexécution n'ouvrant droit pour le bénéficiaire qu'à des dommages-intérêts. En effet, tant que le bénéficiaire de la promesse n'a pas déclaré

acquérir, l'obligation du promettant ne constitue, selon la Cour, qu'une obligation de faire. En conséquence, la levée de l'option après la rétractation du promettant exclut toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir. La Cour nous invite à distinguer le consentement à la promesse du consentement donné irrévocablement à la vente.

Dans cette perspective, la solution de la Cour de cassation se comprend alors aisément. Ce faisant, la Cour de cassation affaiblit cependant considérablement la distinction entre la simple offre qui peut être retirée à tout moment tant qu'elle n'a pas été acceptée moyennant un délai raisonnable et la promesse dont le retrait nécessitait en principe cette mise en demeure préalable.

«La protection du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente se réduit considérablement que son option soit ou non assortie d'un délai.»

Dans une décision du 20 mai 2009, la Cour de cassation a précisément rappelé que lorsqu'une offre de vente est assortie d'aucun délai, l'offre ne vaut que pendant un délai raisonnable.

Il apparaît ainsi que la protection du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente

se réduit considérablement que son option soit assortie ou non d'un délai.

Le potentiel acquéreur doit donc s'interroger sur l'opportunité de conserver sa liberté en signant une promesse unilatérale de vente, avec les inconvénients inhérents à cette dernière, ou de se lier par une promesse synallagmatique l'engageant à acquérir.

Les parties peuvent cependant prévoir d'insérer dans une promesse unilatérale de vente une clause d'exécution forcée en nature à la charge du promettant, validée par la jurisprudence (Cass 3^e civ. 27 mars 2008), assortie d'un délai d'option. ■

Opérations complexes : les conditions du recours à une pluralité de permis

Par sa décision de section très remarquable du 17 juillet 2009, la haute juridiction est venue affirmer que, «s'il résulte de ces dispositions¹ qu'une construction constituée de plusieurs éléments formant, en raison des liens physiques ou fonctionnels entre eux, un ensemble immobilier unique, doit en principe faire l'objet d'un seul permis de construire, elles ne font pas obstacle à ce que, lorsque l'ampleur et la complexité du projet le justifient, notamment en cas d'intervention de plusieurs maîtres d'ouvrage, les éléments de la construction ayant une vocation fonctionnelle autonome puissent faire l'objet de permis distincts, sous réserve que l'autorité administrative ait vérifié, par une appréciation globale, que le respect des règles et la protection des intérêts généraux que garantirait un permis unique sont assurés par l'ensemble des permis délivrés²».

Le premier intérêt de l'arrêt est de consacrer le principe selon lequel un ouvrage unique et indivisible doit faire l'objet d'un seul permis, afin de mettre l'autorité administrative en mesure d'apprécier le respect des règles d'urbanisme par l'ensemble des aspects du projet (ce qui résultait implicitement de décisions antérieures).

Cette décision a également le grand mérite de clarifier les conditions dans lesquelles un projet immobilier unique peut faire l'objet de plusieurs permis : il faut, d'une part, que la pluralité de permis ne constitue pas un obstacle, à l'occasion de chaque demande distincte, à une appréciation globale par l'administration de la conformité du projet aux règles d'urbanisme, et d'autre part que cette conformité soit assurée par l'ensemble des permis délivrés de la même manière que s'il y avait eu permis unique.

Ce faisant, le Conseil d'Etat concilie le principe de légalité et la réalité des projets d'urbanisme, lequel implique l'intervention de plusieurs maîtres d'ouvrage et des montages juridiques

complexes. Reste que les conditions concrètes de la mise en œuvre de cette solution devront être illustrées par la jurisprudence à venir. En effet, plusieurs questions restent en suspend. D'une part, quelles sont les opérations qui pourront justifier le recours à plusieurs permis ? Selon l'arrêt, seuls des projets de grande ampleur et présentant une certaine complexité rendront possible le recours à plusieurs permis de construire pour une opération unique. La qualification de ce critère lié à l'ampleur et la complexité du projet devra être précisée.

«Les conditions concrètes de la mise en œuvre de cette solution devront être illustrées par la jurisprudence à venir.»

et/ou fonctionnels de l'opération globale. En l'espèce, il était possible de distinguer entre le stade et le parking. Précisons toutefois que les parkings peuvent être fonctionnellement liés au reste de l'opération, rendant alors impossible la distinction de deux permis.

Le recours à une pluralité de permis de construire, pour la réalisation d'une opération complexe, est ainsi clairement affirmé et peut, selon nous, être envisagé dès à présent. Cependant, sa mise en œuvre supposera un audit préalable des spécificités physiques, matérielles et fonctionnelles de chaque projet pour s'assurer, de façon circonstanciée, du respect des conditions fixées par cet arrêt. ■

Par **Jean-Luc Tixier**, avocat associé, spécialisé en droit immobilier et droit public.



et **Vanina Ferracci**, avocat en droit public. Elle intervient en droit de l'urbanisme et de l'aménagement. Elle assiste de longue date aussi bien les sociétés que les collectivités territoriales tant en conseil qu'en contentieux.
vanina.ferracci@cms-bfl.com

1. Dispositions de l'article L. 421-3 du Code de l'urbanisme.
2. CE, Section, 17 juillet 2009, «Commune de Grenoble et Communauté d'agglomération Grenoble Alpes Métropole», req. n° 301.615.

Le «bail vert» : un nouveau concept en plein essor



Par **Aline Divo**, avocat spécialisé en droit immobilier. Elle intervient notamment dans la négociation et le contentieux des baux commerciaux (loyer de renouvellement, indemnité d'éviction, résiliation), tant côté locataire que côté bailleur. Elle est chargée d'enseignement sur le thème des baux commerciaux à l'Université de Paris I et à l'Ecole de formation des avocats du Barreau de Paris.
aline.divo@cms-bfl.com

La loi Grenelle 1 du 3 août 2009 mentionne des objectifs à traduire dans la loi Grenelle 2 prévue pour cette année. Deux grands principes sont énoncés dans ladite loi :
– les immeubles neufs dont le dossier de demande de permis de construire sera déposé à compter du 1^{er} janvier 2011 pour les bâtiments publics et les bâtiments tertiaires, et à compter du 1^{er} janvier 2012 pour les autres bâtiments, devront présenter une consommation d'énergie primaire inférieure à un seuil de 50 kW/heure par mètre carré et par an ;
– pour les immeubles existants, un objectif de réduction progressive des consommations entre 2012 et 2020 d'au moins 38 % est fixé avec une véritable obligation de travaux sur cette période pour les bâtiments tertiaires.

Compte tenu des objectifs fixés par le Grenelle de l'environnement, les rapports locatifs doivent évoluer. Il convient notamment de réfléchir sur les modalités de prise en charge des travaux d'amélioration de la performance énergétique de l'immeuble.

C'est dans ce contexte qu'est apparu en France, depuis quelques mois, le concept de «bail vert», à l'instar du «green lease» existant déjà dans les pays anglo-saxons.

«Le "bail vert" est devenu une préoccupation majeure des professionnels de l'immobilier.»

Le «bail vert» est un bail commercial de droit commun qui intègre des clauses spécifiques afin d'améliorer les performances environnementales de l'immeuble.

Le «bail vert» est devenu une préoccupation majeure des professionnels de l'immobilier. C'est ainsi que depuis quelques mois on a vu «éclore» des baux verts intégrant des paramètres environnementaux via des annexes.

N'étant actuellement soumis à aucune réglementation, le contenu du bail vert peut être rédigé librement. Il existe dès lors plusieurs façons d'intégrer les considérations environne-

mentales dans «le bail vert». Il peut ainsi être prévu des clauses relatives à la diminution des consommations d'électricité, de fuel, d'eau, à la réduction des émissions de gaz à effet de serre, à la réduction de la production de déchets, au recyclage des déchets, à l'utilisation de produits ou matériaux non polluants, à la qualité de l'air, à la mise en place de capteurs pour mesurer les performances énergétiques des différents postes de consommation, à l'adoption par les occupants du bâtiment de gestes éco-citoyens, à la mise en place d'un audit réalisé tous les ans par un cabinet spécialisé afin de vérifier que chacun respecte ses engagements, au maintien d'une certification ou d'un label environnemental.

Le «bail vert» peut aussi prévoir des obligations à la charge du bailleur en termes d'amélioration du bâtiment, la détermination d'un système d'ajustements des provisions de charges qui pénaliserait les preneurs n'ayant pas réussi à atteindre les objectifs de consommation énergétique prévus au bail.

La seule limite à la liberté contractuelle des parties est que «le bail vert» ne contienne pas des clauses contraires à des règles d'ordre public du statut des baux commerciaux, tel que notamment le droit au renouvellement du preneur ou la révision triennale du loyer. Toute clause qui porterait atteinte à une règle d'ordre public du statut des baux commerciaux serait nulle.

Dès lors, il conviendra de ne pas transposer à l'identique, sans réflexion préalable, des modèles de «green lease» rédigés par des Anglo-Saxons en fonction d'une réglementation étrangère qui n'a strictement rien à voir avec le statut des baux commerciaux. ■

Location meublée : un champ d'application précisé en 2009

Une instruction administrative et une décision du Conseil d'Etat apportent d'utiles précisions sur la qualification fiscale de la location meublée.

La définition de la notion de «location meublée» au sens fiscal suscite depuis longtemps des interrogations que l'administration fiscale et le Conseil d'Etat se sont l'un et l'autre attachés à lever au moins partiellement en 2009.

Certes, la loi de finances pour 2009 a nettement limité l'accès au statut de loueur en meublé professionnel, qui permet une imputation des déficits de l'activité sur le revenu global. Néanmoins, l'instauration d'une réduction d'impôt pour les loueurs en meublé non professionnels investissant dans des résidences services (art. 199 sexvicies CGI), de même que les spécificités du régime en matière de déduction des charges ou d'imposition des plus-values, maintiennent un enjeu à la définition de loueur en meublé.

La question se pose notamment de la frontière entre location meublée et activité para-hôtelière. L'administration a apporté des précisions à cet égard dans une instruction du 28 juillet 2009 (4 F-3-09), en indiquant que «l'exploitant qui fournit ou propose, en sus de l'hébergement, au moins trois des prestations mentionnées au b du 4° de l'article 261 D, à savoir le petit-déjeuner, le nettoyage régulier des locaux, la fourniture de linge de maison ou la réception, même non personnalisée, de la clientèle, dans des conditions similaires à celles proposées par les établissements d'hébergement à caractère hôtelier exploités de manière professionnelle, relève du régime de la para-hôtellerie», alors qu'être en mesure pour le loueur de fournir ces prestations est précisément la condition requise pour opter à la TVA sur les loyers et récupérer la TVA acquittée sur son investissement.

Même si l'administration ajoute que la location meublée demeure «lorsque ces services sont

fournis ou proposés de manière accessoire» (nettoyage des locaux uniquement à l'occasion du changement de locataire, réception limitée à la simple remise des clés, etc.), sa position plus contraignante qu'auparavant ne manquera pas d'ouvrir de nouveaux débats sur les conditions dans lesquelles ces services sont rendus, compte tenu de l'enjeu de la question tant en IRPP qu'en TVA.

La difficulté s'efface lorsque le bien est loué à un exploitant para-hôtelier, qui rend les services pour son propre compte : selon l'instruction précitée, le statut de loueur en meublé reste alors acquis au bailleur dès lors que la location éventuelle des parties communes est accessoire à la location meublée (selon un critère d'absence de rémunération spécifique qui n'est pas très clair), et que le loueur ne bénéficie ni directement ni indirectement des résultats de l'exploitant (exclusion des formules de loyer variable).

Cette dernière condition a été reprise par le Conseil d'Etat dans une décision récente (16 octobre 2009 n° 301235, Chwartz), pour confirmer que le régime de la location meublée s'applique même si le bien est mis à disposition de l'exploitant non par bail mais par mandat de gestion, dès lors que le revenu du loueur est fixe et garanti, ce qui l'exonère de tout risque lié à l'exploitation de l'hôtel.

Le juge suprême marque ainsi l'année 2009 d'une contribution louable à la définition du champ d'application de la location meublée, parallèlement à l'apport par l'administration de précisions utiles mais parfois restrictives ou ambiguës sur le sujet. ■



Par **Frédéric Gerner**, avocat en fiscalité. Il intervient tant en matière de conseil que de contentieux dans les questions relatives aux impôts directs, notamment liées aux restructurations intragroupes et à l'immobilier (opérations d'acquisitions et de promotion immobilière, régime des sociétés foncières en particulier).
frederic.gerner@cms-bfl.com

Aspects immobiliers de la nouvelle convention fiscale franco-américaine



Par **Julien Saiac**, avocat associé en fiscalité internationale.

Il traite plus particulièrement des questions liées aux restructurations internationales et aux investissements immobiliers.
julien.saiac@cms-bfl.com

L'avenant du 13 janvier 2009 («l'Avenant») à la convention fiscale franco-américaine du 31 août 1994 est entré en vigueur le 23 décembre 2009. La rapidité du processus de ratification (une durée inférieure à un an entre la date de signature et l'entrée en vigueur d'une convention fiscale constitue presque un record) montre l'importance de ce texte pour les deux pays.

Il comporte des modifications importantes en matière immobilière.

1. Définition des résidents conventionnels

Désormais, les sociétés d'investissement immobilier cotées (SIIC) et les sociétés de placement à prépondérance immobilière à capital variable (SPPICAV) sont considérées comme des résidents de France aux fins d'application de la convention.

Si les SIIC sont habituellement considérées comme des résidents de France au sens des conventions fiscales en raison de leur assujettissement à

l'impôt sur les sociétés, il en va différemment des SPPICAV qui sont totalement exonérées d'impôt. En outre, on pouvait dou-

ter de l'assimilation des SPPICAV aux SICAV, qui étaient déjà considérées comme des résidents de France avant la modification introduite par l'Avenant. Ces précisions sont donc les bienvenues.

2. Retenue à la source sur les dividendes

Une des avancées majeures apportées par l'Avenant est la suppression de toute retenue à la source sur les dividendes intragroupes franco-américains.

Pour un dividende de source française, il faut que le bénéficiaire effectif des dividendes soit une société résidente des Etats-Unis ayant détenu, directement ou indirectement, au moins 80 % du capital de la société française pendant une période de 12 mois consécutifs précédant la

date de détermination des droits à dividende. En outre, la société bénéficiaire doit satisfaire aux conditions prévues par la clause de limitation des avantages de la convention (article 30). Cette possibilité d'exonération de retenue à la source, tout comme le bénéfice du taux réduit de 5 %, ne s'applique pas aux distributions effectuées par des SIIC ou des SPPICAV françaises. Celles-ci ne peuvent bénéficier du taux réduit de 15 % si elles remplissent les conditions suivantes :

- le bénéficiaire des dividendes est une personne physique, un «trust» de retraite ou un organisme chargé de gérer des fonds pour la retraite ou la protection sociale des salariés et ce bénéficiaire détient au plus 10 % dans la SIIC ou la SPPICAV ;
- ou ces dividendes proviennent de titres cotés et le bénéficiaire effectif est une personne qui détient au plus 5 % de la SIIC ou de la SPPICAV ;
- ou le bénéficiaire effectif est une personne qui détient au plus 10 % des droits dans la SIIC ou la SPPICAV.

Dans tous les autres cas, c'est le taux de retenue à la source de droit interne (25 %) qui s'appliquera aux dividendes versés par les SIIC et les SPPICAV à leurs actionnaires américains. Compte tenu de l'entrée en vigueur de l'Avenant en décembre 2009, les dispositions concernant les retenues à la source, (notamment sur les dividendes) s'appliquent rétroactivement aux sommes payées à compter du 1^{er} janvier 2009. Cette évolution de la situation conventionnelle des distributions des SIIC et des SPPICAV (que l'on retrouve sous une autre forme dans le cadre de la nouvelle convention fiscale franco-britannique du 19 juin 2008, entrée en vigueur le 18 décembre 2009) est conforme aux travaux et recommandations de l'OCDE en la matière.

Pour des investissements de portefeuille, le frottement de 15 % pourrait sembler acceptable aux opérateurs (surtout s'il est possible de créditer cette retenue à la source dans l'Etat de résidence ou s'il s'agit de la seule imposition subie). En revanche, il y a fort à parier que les investisseurs à long terme à hauteur de plus de 10 % dans les SIIC et les SPPICAV chercheront à éviter ou réduire la retenue à la source de droit interne de 25 % (dans la limite bien évidemment des dispositions anti-abus). ■

«Les dividendes versés par les SIIC et les SPPICAV à leurs actionnaires américains à plus de 10 % ne bénéficient pas de la réduction des taux de retenue à la source.»

Les dispositions de la loi de finances rectificative pour 2009 en matière immobilière

En premier lieu, le législateur précise les règles de territorialité en matière immobilière, tant au regard de l'IS que des droits de mutation.

Dans le passé, les règles de territorialité applicables en matière d'IS à certains revenus immobiliers avaient pu faire débat. En l'absence de dispositions conventionnelles, certaines décisions de jurisprudence, reprises par la doctrine administrative, attribuaient à la France l'imposition des revenus des immeubles situés en France détenus par une entité étrangère sur le seul fondement de l'article 206, 1 du CGI. Or cette disposition ne fait que définir les entités passibles de l'IS sans référence aux règles de territorialité, régies par l'article 209. Récemment, l'arrêt *Overseas* a ravivé le débat en se référant à l'article 209 (voir article ci-dessus). Le législateur clôt le débat : l'article

209 I prévoit désormais, sous réserve des dispositions des conventions internationales, la taxation en France de certains

revenus immobiliers de source française, définis par renvoi à l'article 164 B du CGI. Il s'agit des revenus d'immeubles situés en France, des profits immobiliers habituels, et des plus-values immobilières (plus-values de cessions d'immeubles ou de titres de sociétés à prépondérance immobilière). Cette mesure a un caractère interprétatif et est donc applicable aux litiges en cours.

La loi de finances rectificative précise également les règles de territorialité en matière de droits d'enregistrement. Auparavant, en l'absence de règles de territorialité spécifiques aux cessions de titres de sociétés à prépondérance immobilière, on pouvait considérer que la cession, constatée par un acte passé à l'étranger, de titres d'une société étrangère à prépondérance immobilière en France n'était pas passible des droits de mutation français. La jurisprudence avait récemment suivi cette analyse, contredisant la position de la doctrine administrative. Ici encore, le législateur clôt le débat : selon le nouvel article 718 bis du CGI, les actes passés

à l'étranger emportant cession de titres de sociétés non cotées dont l'actif est principalement constitué d'immeubles situés en France sont passibles des droits de mutation en France au taux de 5 %. Le texte prévoit également un mécanisme de crédit d'impôt correspondant aux droits d'enregistrement acquittés à l'étranger. Le régime SIIC fait aussi l'objet de certains aménagements.

Désormais, les sociétés cotées sur un marché respectant les prescriptions de la directive du 21 avril 2004 sur les marchés d'instruments financiers pourront opter pour le régime SIIC. L'abandon de la condition de cotation sur un marché français vise la mise en conformité avec le droit communautaire (principe de libre circulation des capitaux). En effet, auparavant, les sociétés étrangères désirant opter pour le

régime SIIC étaient contraintes de disposer d'un établissement stable en France et de procéder à sa cotation sur un marché français.

Enfin, la loi facilite la

création de partenariats entre SIIC et SPPICAV en permettant aux filiales soumises à l'IS détenues conjointement à plus de 95 % par une SIIC et une SPPICAV, ou par plusieurs SPPICAV, d'opter pour le régime SIIC. Assez logiquement, le régime spécifique de neutralisation des plus-values de cession entre une SIIC et ses filiales, ou entre filiales¹, est étendu aux cessions entre une SIIC et une filiale détenue conjointement par cette SIIC et une SPPICAV ou entre sociétés soumises au régime SIIC (ce qui peut viser une cession entre filiales d'une même SPPICAV ayant opté pour le régime SIIC). ■

1. Le régime d'exonération n'est applicable qu'aux plus-values résultant de cessions au profit de parties non liées au sens de l'article 39, 12 du CGI. L'article 208 C II bis prévoit néanmoins un régime de neutralisation des plus-values de cession internes au périmètre SIIC, sous certaines conditions et engagements similaires à ceux prévus dans le cadre du régime de faveur des fusions de l'article 210 A.



Par **Sophie Maurel**, avocat en fiscalité. Elle intervient exclusivement dans le secteur de l'immobilier. Elle conseille des fonds d'investissement en Europe et des sociétés foncières, principalement sur les problématiques fiscales relatives au régime SIIC ou OPCI.
sophie.maurel@cms-bfl.com

Nouvelle convention fiscale franco-britannique : conséquences en matière de plus-values immobilières des entreprises



Par **Didier Gingembre**, directeur général. Avocat associé, spécialisé en fiscalité. Il intervient tant en matière de conseil que de contentieux dans tous les secteurs d'activité et est reconnu pour son expertise en matière immobilière notamment auprès de sociétés de promotion-construction et de foncières. didier.gingembre@cms-bfl.com

Une nouvelle convention fiscale a été conclue le 19 juin 2008 entre la France et le Royaume-Uni.

Les dispositions de cette convention s'appliquent de manière effective, côté français, à compter du 1^{er} janvier 2010 ou aux exercices sociaux ouverts à compter de cette date.

En matière immobilière, cette nouvelle convention apporte une modification importante s'agissant des plus-values de cession d'immeubles réalisées par les sociétés.

Le Conseil d'Etat avait jugé (arrêt n° 250328 du 25 février 2004 «Hallminster») que, pour l'application de la précédente convention franco-britannique du 22 mai 1968, les plus-values immobilières réalisées par des sociétés relevaient des dispositions relatives aux bénéfices des entreprises et non de celles relatives aux gains en capital.

Il en résultait que ces plus-values étaient uniquement taxables dans l'Etat de résidence de l'entreprise cédante et non dans l'Etat de

situation de l'immeuble, (la seule détention d'un immeuble ne caractérisant pas l'existence d'un établissement stable), alors même que les revenus générés par l'immeuble étaient bien taxables dans l'Etat de situation du bien. En conséquence, une société britannique cédant un immeuble situé en France qu'elle avait précédemment donné en location n'était pas imposable en France sur la plus-value de cession alors même qu'elle avait supporté en France l'impôt afférent aux revenus tirés de la location.

Il s'agissait là d'une situation atypique dans la mesure où la plupart des conventions fiscales conclues par la France octroient à l'Etat de situation de l'immeuble le droit de taxer non seulement les revenus, mais aussi les plus-values. La nouvelle convention a notamment pour objet de mettre un terme à cette spécificité. Désormais, l'article 14 relatif aux gains en capital est conforme au modèle OCDE et au principe selon lequel les plus-values de cession d'immeubles réalisées par des sociétés sont imposables dans l'Etat de situation de l'immeuble. ■

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 Jean-Yves Charriau, jean-yves.charriau@cms-bfl.com

M^e Richard Foissac, richard.foissac@cms-bfl.com

M^e Didier Gingembre, didier.gingembre@cms-bfl.com

M^e Christophe Lefaillet, christophe.lefaillet@cms-bfl.com

M^e Julien Saïac, julien.saiac@cms-bfl.com

M^e Jacqueline Sollier, jacqueline.sollier@cms-bfl.com

M^e Jean-Luc Tixier, jean-luc.tixier@cms-bfl.com



Supplément du numéro 1068 du 15 mars 2010
Option Finance - 91 bis, rue du Cherche-Midi 75006 Paris - Tél. 01 53 63 55 55
SAS au capital de 2 043 312 e 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 : 0411 T 83896