Option Finance
Le premier hebdomadaire des décideurs financiers

1er décembre 2008

La Lettre de l'Immobilier

Edition spéciale salon SIMI

3, 4 et 5 décembre 2008
Palais des Congrès
Paris

Dossier

Bilan après un an d'actualité fiscale et juridique immobilière

- L'apport comme mode d'externalisation : la question du droit de préemption urbain
- Le bail, un élément-clé de la stratégie d'externalisation
- Conséquences des opérations d'externalisation sur la prépondérance immobilière
- Les OPCI vont-ils vraiment remplacer les SCPI ?

Actualité - International

Actualités des conventions fiscales

Actualité - France

- Garanties d'actif et de passif
- Plus-values sur cessions de titres
- Baux commerciaux dans les opérations de restructuration
- Taxe de 3 %
- Régime fiscal applicable aux cessions de contrats de crédit-bail
- Réforme de la LMP
- Nouvel indice des loyers commerciaux
- Baux commerciaux et centres commerciaux
- Droit d'entrée perçu par le bailleur
- Territorialité des droits d'enregistrement
- TVA des immeubles compris dans un transfert d'universalité de biens

C/M/S/ Bureau Francis Lefebvre
Supplément du numéro 1006
du 1er décembre 2008
ISSN : 1965-2305

Éditorial

Le droit et la crise

On s'abstiendra dans ces colonnes de revenir sur la crise, ses origines, ses conséquences, notamment pour le secteur immobilier, ou de disserter sur les facteurs conditionnant une future reprise, sujets traités par de nombreuses publications en cette période du SIMI. En revanche, on évoquera les capacités d'adaptation et d'anticipation de notre droit aux réalités du marché, que ce soit en matière juridique ou fiscale. Sans revenir sur l'ensemble des thèmes développés dans ce numéro, ni d'ailleurs s'y limiter, nous relèverons quelques exemples de la capacité d'adaptation de notre droit.

Si l'on revient brièvement sur la genèse des OPCI et l'évolution du régime SIIC, force est de constater que le champ d'intervention de ces véhicules reflète le fait que le marché n'est pas limité à l'acquisition en toute propriété, mais que nombre d'opérations sont élaborées sur le fondement d'autres droits réels immobiliers et sont localisées sur le domaine de collectivités territoriales, avec les contraintes que cela implique. C'est une réelle prise en compte des interrogations des praticiens, confrontés à des opérations emblématiques (notamment dans le cadre de contrats de partenariat public/privé) qui a conduit à l'élaboration d'un dispositif adapté au développement du marché. Il n'en demeure pas moins que, ainsi qu'il sera observé, les OPCI ne sonnent sans doute pas le glas des SCPI.

Le parachèvement du dispositif de l'indice des loyers commerciaux (ILC) et les réflexions en cours sur la mise en place d'un «indice bureaux» illustrent aussi cette symbiose entre attentes du marché et réactivité du pouvoir législatif et réglementaire. Même si ce dispositif n'est pas exempt d'interrogations subsidiaires, on retiendra qu'en moins d'un an, la volonté des professionnels a pu s'exprimer, puis être intégrée dans notre droit, alors qu'elle s'avérait contraire à des règles d'ordre public en matière d'indexation que l'on imaginait immuables.

La loi LME a apporté sa pierre à l'édifice de la démonstration d'une volonté d'adaptation pragmatique et rapide. Sans énumérer toutes ses implications en matière de droit immobilier, il faut retenir ici qu'elle a concrétisé la mise en œuvre d'adaptations à l'encontre desquelles ne s'élevait aucun obstacle sérieux. On citera pour s'en convaincre la mise en place de plusieurs propositions clairement exprimées et mises en forme dès 2004 dans le rapport Pelletier sur les baux commerciaux, dont rien ne justifiait qu'elles demeurent lettre morte.

La jurisprudence, tant fiscale que juridique, n'a pas manqué non plus, vous le constaterez, de faire preuve de capacité d'adaptation assez rapide et pragmatique : telles les obligations d'un bailleur de centre commercial, ou l'adoption d'un traitement fiscal du droit d'entrée conforme à la pratique comptable.

Ainsi l'on peut gager qu'à la rapidité d'adaptation du droit observée en période de développement du marché, répondra une aussi grande capacité à élaborer des dispositifs juridiques et fiscaux adaptés à la crise, sinon nécessités par elle. ■

Jean-Yves Charriau et Jean-Luc Tixier,
avocats associés

L'apport comme mode d'externalisation : la question du droit de préemption urbain

Par CHRISTOPHE BLONDEAU, avocat associé, spécialisé en droit des sociétés, il couvre les questions relatives aux opérations transactionnelles, notamment dans le secteur de l'immobilier.
christophe.blondeau@cms-bfl.com

et JEAN-LUC TIXIER, avocat associé, spécialisé en droit immobilier et droit public, chargé d'enseignement à l'université de Paris II. 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

Les impératifs de croissance externe des SIIC, ainsi que leurs orientations stratégiques, offrent aux sociétés des opportunités d'externalisation de leur patrimoine immobilier, qui, selon les objectifs recherchés, se traduisent généralement par une vente ou un apport (1) et posent dans tous les cas la question du droit de préemption urbain, DPU (2).

1. Si la vente demeure l'opération la plus fréquente et n'appelle pas de développements particuliers, un apport peut revêtir au plan juridique la forme d'un apport partiel d'actif (APA) ou d'un apport en nature (AN)

1.1. L'APA et la transmission universelle de patrimoine

Un APA porte généralement sur un ensemble d'éléments d'actif et de passif composant une branche d'activité[1] permettant ainsi de la filialiser, même si, selon certains, il pourrait se limiter à un ou plusieurs éléments d'actifs isolés. Il appartient aux parties[2] de soumettre expressément ledit apport au régime juridique des scissions. Son effet principal réside dans la transmission à titre universel à la société bénéficiaire de tous les droits, biens et obligations se rapportant aux actifs apportés.

1.2. La mécanique des apports

Un ou plusieurs commissaires devront être désignés par le président du tribunal de commerce afin de vérifier que les valeurs retenues pour les apports ne sont pas surévaluées et que la rémunération proposée est équitable[3]. Les organes sociaux compétents des sociétés concernées devront ensuite autoriser la signature du contrat. A noter que l'APA offre aux créanciers des sociétés participantes une protection renforcée puisqu'ils bénéficient d'un délai d'opposition de 30 jours entre sa publicité et sa réalisation. Etant rémunéré par l'émission d'actions, un apport devra dans tous les cas être approuvé par l'AGE de la SIIC, étant rappelé qu'en matière d'AN, la délégation[4] donnée par l'AGE aux organes sociaux pour décider d'augmenter le capital en rémunération d'un AN ne concerne que des apports de titres ou de valeurs mobilières et est limitée à 10 % du capital social. Quant à l'apporteur, la compétence appartient soit à l'AGE pour un APA, soit aux organes d'administration pour un AN.
Enfin, il faut retenir qu'un apport d'immeuble nécessite l'intervention d'un notaire notamment en ce qui concerne la publicité foncière.

1.3. Spécificités liées aux sociétés cotées

Une note d'information («document E») devra être annexée au rapport de l'organe social présenté à l'AGE de la SIIC, étant précisé que si les actions émises ne représentent pas plus de 10 % des actions déjà cotées, un communiqué se substitue au document E[5]. Emportant modification dans la répartition du capital de la SIIC, un apport déclenchera des obligations en matière de droit boursier qui vont des déclarations de franchissement de seuil au dépôt obligatoire d'une OPA si le seuil de 33,33 % en capital ou en droits de vote venait à être franchi. A cet égard, le règlement général AMF prévoit des dérogations en cas, notamment, d'opérations «d'apports d'actifs soumises à l'approbation de l'assemblée générale des actionnaires», qui sont accordées par l'AMF au cas par cas.

1.4. Après l'apport...
L'apporteur pourra bénéficier de mécanismes de liquidité (par des promesses d'achat et de vente) permettant aux actionnaires de la SIIC d'être «relués».
Par ailleurs, un pacte d'actionnaires pourra couvrir des sujets «classiques» tels que les transferts de titres, la gouvernance ou la gestion, voire plus spécifiques (maintien de la cotation, délai de conservation des immeubles, droit de préférence en cas de revente, etc.).

> « L'apport d'immeubles à une SIIC pose inévitablement la question de la purge du droit de préemption urbain. »

2. L'apport d'immeubles à une SIIC, aliénation à titre onéreux de ceux-ci[6], est soumis à la purge préalable du DPU, cette dernière devant raisonnablement constituer une condition suspensive à la réalisation d'un apport. L'apporteur devra adresser en premier lieu une déclaration d'intention d'aliéner (DIA) aux différents titulaires du DPU

2.1. Impossibilité pour le titulaire du DPU d'acquérir les immeubles objets du projet d'apport à sa seule initiative
Lorsqu'il reçoit une DIA préalablement à un apport, le titulaire du DPU peut seulement renoncer à préempter, déclarer acquérir au prix mentionné dans la DIA ou déclarer souhaiter acquérir à un prix qu'il propose[7]. En effet, une DIA n'est pas une offre de contracter ; elle constitue une simple information pouvant déclencher une offre de contracter de la part du titulaire du DPU ; c'est ce qui lui vaut l'appellation de «DIA informative».
Face à la proposition d'acquérir du titulaire du DPU, l'apporteur doit renoncer à son apport ; en revanche, il peut soit refuser l'offre d'acquisition, soit l'accepter au prix proposé par le préempteur, soit enfin l'accepter mais en maintenant son estimation initiale et accepter que le prix soit alors fixé par le juge de l'expropriation[8].
On ne court donc en aucun cas le risque de voir l'immeuble acquis par le titulaire du DPU sans que l'éventuel apporteur ne l'ait souhaité.

2.2. Incidence de la multiplicité des immeubles apportés
Lorsque, comme cela est le cas dans l'hypothèse de l'apport à une SIIC, l'apport comprend plusieurs immeubles, la pratique se rallie aux recommandations du ministère de l'Equipement et recourt à l'établissement d'une DIA par unité foncière ; cette DIA doit contenir la valeur de cette dernière.
L'apporteur, estimant que l'aliénation porte de manière indissociable sur plusieurs biens soumis au DPU, souhaite mentionner cette indivisibilité dans les différentes DIA ; la portée de cette indication demeure discutée.

2.3. Absence de portée de l'évaluation figurant dans la DIA et fixation judiciaire du prix
L'estimation de chacun des immeubles apportés n'a aucune portée particulière lors de la fixation judiciaire du prix. Seul le titulaire du DPU peut saisir le juge de l'expropriation, dans les 15 jours à compter de la réception de la réponse du propriétaire. La procédure comporte obligatoirement une visite des lieux par le juge. Dans le cas où le propriétaire ne fournit pas de mémoire, il est considéré s'en tenir à l'estimation figurant dans la DIA[9].
Diverses règles encadrent l'évaluation du juste prix par le juge. Ainsi, la date de référence pour l'estimation de la valeur de l'immeuble est celle à laquelle est devenu opposable aux tiers le plus récent des actes rendant public, approuvant, révisant ou modifiant le POS ou PLU. En outre, les améliorations, transformations ou changements d'affectation ne sont pas présumés revêtir un caractère spéculatif, alors que tel est le cas en matière d'expropriation. Le juge n'est tenu ni par les propositions d'offre amiable ni par la valeur du bien figurant dans la DIA. Il peut fixer un prix supérieur[10], ou inférieur[11].
Enfin, une fois le prix fixé par le juge, les parties ont encore deux mois à compter de la décision juridictionnelle devenue définitive pour accepter ou renoncer à la transaction. ■

1 - La notion de branche complète et autonome d'activités n'a été définie que fiscalement dans le cadre du régime fiscal de faveur dont peut bénéficier un APA et non juridiquement.
2 - Les parties doivent être des sociétés par actions ou à responsabilité limitée.
3 - A noter que l'exigence d'un rapport sur la rémunération pour une opération d'AN résulte d'une recommandation de l'AMF dans un souci d'information des actionnaires de la SIIC qui se trouveront dilués.
4 - Article L. 225-147, al. 6 du Code de commerce.
5 - Article 212-5 et article 212-34 du Règlement général de l'AMF ; leurs modalités de diffusion, d'enregistrement sont précisées au titre 1er du Livre II du Règlement général de l'AMF ainsi que dans l'instruction n° 2005- 11 de l'AMF du 13 décembre 2005.
6 - Article L. 213-1 du C. urb.
7 - Article R. 213-9 du C. urb.
8 - Article R. 213-10 du C. urb.
9 - TGI Bobigny, 11 octobre 1994, ville d'Aubervilliers c/SA Ets Barres et Frères, n° 3794, AJPI 10 octobre 1996, p. 786.
10 - CA Paris, ch. exp., 24 septembre 1987, OPHLM ville de Paris c/Epx Belny, AJPI 1988, p. 227 ; CA Versailles, 10 juin 1997, DNID c/SCI La Fauconnière, AJPI 10 décembre 1997, p. 1097.
11 - Cela a été notamment avancé par Claude Morel, président de chambre honoraire à la cour d'appel de Paris, dans AJPI, 10 avril 1992 «La fixation du prix d'un bien préempté», p. 272.

Le bail, un élément-clé de la stratégie d'externalisation

Par PHILIPPE RIGLET, avocat associé, spécialisé en droit immobilier. Il est le conseil récurrent de grandes enseignes, de groupes hôteliers et de fonds d'investissement, plus particulièrement dans les domaines des baux commerciaux et des transactions immobilières.
philippe.riglet@cms-bfl.com

et JULIA PELPEL-MOYNOT, avocat spécialisé en droit immobilier.
julia.pelpel-moynot@cms-bfl.com

> « Combiner des intérêts divergents par la négociation du bail «investisseur», outil stratégique. »

L'externalisation de l'immobilier d'entreprise constitue une opération complexe nécessitant une réflexion approfondie de l'entreprise propriétaire sur les équilibres financiers.

1. En amont, l'entreprise doit anticiper sur les conséquences de sa qualité future d'utilisateur

Ainsi, dans un contexte de renforcement des informations et garanties à délivrer au locataire, notamment en matière environnementale (article L. 125-5 du Code de l'environnement relatif à l'état des risques naturels et technologiques, décret du 5 septembre 2006 sur la protection de l'acquéreur face aux termites) ou technique (articles L. 271-4 à L. 271-6 du Code de la construction et de l'habitation relatifs au dossier technique applicables depuis le 1er novembre 2007), le vendeur, futur locataire, doit parvenir à combiner des intérêts divergents.

Le vendeur, futur utilisateur, cherchera à minimiser les garanties prises à l'égard de l'investisseur, laissant à ce dernier le soin d'évaluer lui-même son risque, alors que l'investisseur fera valoir ses propres obligations de bailleur, dont celle de délivrance conforme (article 1719 du Code civil). Comment l'investisseur-bailleur pourrait-il s'engager à délivrer des locaux exempts de vices (pollutions diverses, conformité par rapport aux règles administratives, d'hygiène et de sécurité, affectation) si son locataire-vendeur a refusé de lui garantir ces aspects ?

L'investisseur pourra également faire valoir auprès du vendeur, futur utilisateur, la nécessité d'entreprendre des travaux de mise aux standards du marché (optimisation de l'espace, mise en œuvre de nouvelles installations notamment pour mettre l'immeuble existant à la norme HQE), lesquels ne manqueront pas d'engendrer des perturbations, voire des troubles de jouissance sur une période qui pourra s'avérer longue, sans compter l'éventuel surcoût de maintenance et d'entretien des nouvelles installations.

En pratique, pour prendre position, le futur utilisateur demandera aux investisseurs intéressés de lui adresser une offre de prix accompagnée d'un projet de bail type.

2. Dès lors, le bail «investisseur» se trouve au cœur des discussions, lesquelles conduiront également à la rédaction d'un accord de partenariat entre l'utilisateur et l'investisseur, et à la détermination du prix

Or, le prix de vente est l'expression d'un choix stratégique entre, d'une part, la recherche du prix maximal, qui implique l'acceptation d'un bail «investisseur» dans lequel les flux de loyers sont sécurisés, ou d'autre part la négociation d'un bail opérant une répartition des charges de fonctionnement et d'investissement entre bailleur et preneur.

Vouloir maximaliser le prix de vente suppose que l'entreprise accepte de conclure un bail «investisseur», dont la particularité est de prévoir un loyer perçu net, de telle sorte que toutes les dépenses afférentes à l'immeuble (tous travaux, réparation ou remplacement y compris les mises en conformité, travaux relevant de l'article 606 du Code civil, remplacements dus à la vétusté, assurance de l'immeuble, tous impôts et taxes en ce compris l'impôt foncier et la taxe annuelle sur les bureaux, les honoraires de gestion ou de syndic, etc.) sont supportées par le locataire.

En outre, le bail investisseur prévoit généralement une durée ferme d'au moins six ans, faisant renoncer le locataire à la faculté de résiliation triennale prévue par le Code de commerce. Or, il n'est pas nécessairement de l'intérêt de l'utilisateur de s'engager, sur le long terme, à assumer les mêmes coûts que ceux qu'il supportait déjà en qualité de propriétaire, tout en payant un loyer. Dès lors, la maîtrise des baux commerciaux et l'inventivité se révèlent indispensables au succès de l'externalisation. ■

Conséquences des opérations d'externalisation sur la prépondérance immobilière

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.
richard.foissac@cms-bfl.com

> « Les conséquences fiscales sont souvent appréhendées sous le seul angle des plus ou moins-values générées à l'occasion des opérations ou sous l'angle des droits de mutation. »

Les entreprises peuvent être amenées à externaliser leurs immeubles ou à procéder à des opérations de restructuration de leurs filiales, immobilières et non immobilières.

On appréhende souvent les conséquences fiscales de ces opérations sous le seul angle des plus ou moins-values générées à l'occasion des opérations ou bien encore sous l'angle des droits de mutation.

Pour les immeubles, sauf obtention, par agrément, du bénéfice du régime de faveur des apports de branche d'activité, les plus-values d'apport sont imposables et les moins-values sont déductibles dans les conditions de droit commun.

Les apports de titres de sociétés à prépondérance immobilière (SPI) peuvent bénéficier de plein droit du régime de faveur dès lors qu'ils portent sur plus de 50 % du capital de la société dont les titres sont apportés sous réserve que l'apporteur ne reçoive pas une soulte supérieure à 10 % et que celle-ci n'excède pas la plus-value réalisée, le pourcentage de 50 % pouvant être inférieur.

Le même régime de faveur s'applique aux apports de titres qui confèrent à la société bénéficiaire la détention directe de plus de 30 % des droits de vote si aucun associé ne détient une fraction supérieure et aux apports effectués au profit de sociétés détenant déjà 30 % de ces droits de vote si le bénéficiaire acquiert de ce fait la fraction des droits de vote la plus élevée dans la société.

Pour les titres de sociétés non immobilières (hors sociétés dites financières), l'application du droit commun permet de bénéficier de l'exonération de la plus-value d'apport, sous réserve de la taxation d'une quote-part de frais et charges de 5 %.

En matière de droits d'enregistrement les apports à titre pur et simple, soit d'immeubles soit de titres de sociétés ne rendent exigibles que le droit fixe de 375 euros porté à 500 euros pour les sociétés ayant un capital après apport d'au moins 225 000 euros.

D'autres conséquences doivent être évoquées au regard notamment de la notion de prépondérance immobilière.

Sur ce point, l'article 219 a sexies-0 bis nouveau du CGI définit en matière d'IS, les SPI comme celles dont l'actif est, à la date de la cession de ses titres ou a été à la clôture du dernier exercice précédant cette cession, constitué pour plus de 50 % de sa valeur réelle par des immeubles, des droits portant sur des immeubles, des droits afférents à un contrat de crédit-bail conclu dans les conditions prévues au 2 de l'article L. 313-7 du Code monétaire et financier ou par des titres d'autres sociétés à prépondérance immobilière (ensemble d'actifs ci-après dénommés «actifs immobiliers»).

Ne sont pas pris en compte ceux des «actifs immobiliers» affectés par l'entreprise à sa propre exploitation industrielle, commerciale ou agricole ou à l'exercice d'une profession non commerciale. Cette exclusion ne vise cependant pas, selon l'administration fiscale, les immeubles qui constituent notamment le stock immobilier des sociétés de construction-vente ou des sociétés qui se livrent à des activités de marchands de biens.

La loi n'établit par ailleurs aucune distinction en fonction du lieu de situation des immeubles détenus (France ou étranger) ni a fortiori en fonction du lieu d'établissement des filiales immobilières et du lieu de situation de leurs propres immeubles (nouvel article 219 a sexies-0 bis du CGI). De même, la nouvelle définition vise indistinctement les sociétés dont les titres sont cotés et

> « Une société qui n'aurait plus son actif composé à plus de 50 % par des «actifs immobiliers» à la clôture d'un exercice donné ne serait plus, dès le 1er janvier de l'exercice suivant, une SPI. »

celles dont les titres ne le sont pas.
Dans la mesure où une société est SPI lorsque son actif est, à la date de la cession des titres ou a été à la clôture du dernier exercice précédant cette cession, constitué pour plus de 50 % de sa valeur réelle par des «actifs immobiliers», la qualification fiscale des titres d'une société donnée est donc susceptible d'être modifiée à tout moment en fonction des opérations que la société peut réaliser ou auxquelles elle peut être partie (cession d'actifs immobiliers, apport d'actifs immobiliers ou non immobiliers ou de titres de SPI à prépondérance immobilière dont la société peut être bénéficiaire) ou des mêmes opérations que sa ou ses filiales peuvent réaliser.
Ainsi, une société qui n'aurait plus son actif composé à plus de 50 % par des «actifs immobiliers» à la clôture d'un exercice donné, compte tenu des arbitrages opérés au titre de cet exercice en termes soit de cession d'actifs, soit d'apports reçus d'actifs non immobiliers, ne serait plus, dès le 1er janvier de l'exercice suivant, une SPI.
La même analyse peut être tenue en sens inverse, et les conséquences doivent en être tirées aussi bien en matière de plus-values que de moins-values.
Ces conséquences ne sont pas neutres.
S'agissant des titres de SPI, les plus et moins-values réalisées relèvent en effet, quelle que soit la durée de détention des titres, du régime de l'IS au taux de droit commun de 33,1/3 % et de la contribution additionnelle de 3,3 %, sous les deux exceptions suivantes :
– les plus-values de cession, non seulement d'immeubles mais aussi désormais de titres de SPI, relèvent d'un taux réduit de 16,5 % auquel s'ajoute la contribution additionnelle de 3,3 % lorsque la cession peut être placée sous le régime de l'article 210 E du CGI ;
– l'article 26 de la loi de finances pour 2008 a prévu que, pour les exercices ouverts à compter du 31 décembre 2007, le montant net des plus-values à long terme afférentes aux titres de SPI cotées est imposé au taux de 16,5 % (auquel s'ajoute toujours la contribution additionnelle de 3,3 %).
Ces participations restent donc maintenues dans le secteur du long terme mais sont soumises à un taux d'imposition spécifique.
Pour les autres titres de participation (hors prépondérance financière qui relève d'un régime proche de celui des SPI) détenus depuis deux ans, les plus-values nettes sont exonérées pour 95 % de leur montant.
Le changement de nature des titres doit par ailleurs rester neutre, selon notre analyse, au regard du régime spécifique des transferts de titres prévu par l'article 219 I a ter alinéa 4 du CGI, dans la mesure où le fait que les titres de sociétés à prépondérance immobilière non cotées cessent d'être éligibles au régime des plus ou moins-values à long terme ne change pas pour autant leur nature de titres de participation.
L'administration fiscale a paru confirmer ce principe sous l'ancien régime des titres de sociétés à prépondérance immobilière. Les praticiens attendent la confirmation de cette analyse sous le nouveau régime d'imposition des titres concernés.
D'autres conséquences peuvent être évoquées notamment en matière de droits de mutation.
Les cessions de titres de SPI sont soumises aux droits de mutation au taux de 5 %, étant indiqué que la définition de la prépondérance immobilière est différente en matière de droits d'enregistrement puisque selon l'article 726 du CGI, est une SPI, la personne morale non cotée en bourse dont l'actif est, ou a été au cours de l'année précédant la cession des participations en cause, principalement constitué d'immeubles ou de droits immobiliers situés en France ou de participations dans des personnes morales non cotées en bourse elles-mêmes à prépondérance immobilière.
Il en résulte que, même si au jour de la cession, la personne morale concernée n'est pas à prépondérance immobilière, elle reste à prépondérance immobilière si elle l'a été à un moment quelconque au cours de l'année précédant la cession, sauf si la société a perdu cette qualité du fait de la cession, au cours de l'année précédant la cession de ses propres titres, de ses immeubles, droits immobiliers sis en France ou participations dans des personnes morales à prépondérance immobilière qu'elle détenait à son actif. ■

Les OPCI vont-ils vraiment remplacer les SCPI ?

Par GENEVIÈVE OLIVIER, avocat, spécialisée en droit des sociétés. Dans le domaine de l'immobilier elle intervient plus particulièrement sur les problématiques relatives aux OPCI et aux SIIC.
genevieve.olivier@cms-bfl.com

Le nouvel outil de placement immobilier créé par l'ordonnance du 13 octobre 2005 avait pour but affiché de remplacer à terme les SCPI, auxquelles étaient reprochés le manque de souplesse de gestion et le défaut de liquidité du marché des parts.
La volonté de faire disparaître les SCPI était ainsi clairement exprimée dans l'ordonnance de 2005, puisqu'il était prévu, d'une part que les sociétés de gestion de SCPI disposaient d'un délai de cinq ans à compter de l'entrée en vigueur des dispositions de l'ordonnance, pour proposer aux assemblées générales extraordinaires des associés des SCPI de transformer leur société en Sppicav ou en FCPI, d'autre part qu'il ne serait plus possible de créer de nouvelles SCPI, ni d'augmenter le capital des SCPI existantes à compter du 31 décembre 2009.
Cette deuxième disposition a toutefois été abrogée par la loi du 30 décembre 2006.
Les premiers OPCI n'ont pas pu être créés dès la publication de l'ordonnance de 2005 car celle-ci n'est entrée en vigueur qu'un mois après la publication de l'arrêté du 18 avril 2007 portant homologation des dispositions du règlement général de l'Autorité des marchés financiers relatives aux OPCI.

> « La volonté de faire disparaître les SCPI était clairement exprimée dans l'ordonnance de 2005. »

Les premiers OPCI ne sont donc apparus qu'au deuxième semestre 2007 ; ils ont notamment été créés par des groupes souhaitant externaliser et restructurer leur patrimoine immobilier d'exploitation.
Ces groupes ont surtout privilégié la forme de «société» des OPCI, la Sppicav et non la forme de «fonds», le FPI. Ils ont créé des OPCI réservés à un petit nombre d'investisseurs et ont opté pour un véhicule spécifique, l'OPCI à règles de fonctionnement allégées, réservé aux investisseurs qualifiés.
Les règles allégées permettent en effet d'éviter les contraintes relatives aux quotas de répartition des actifs, et lorsqu'il s'agit d'un OPCI RFA à effet de levier, les limitations de l'endettement.
Les premiers OPCI grand public ont finalement réussi à voir le jour, même s'il n'en existe aujourd'hui que trois, et ici encore constitués sous la forme de Sppicav et non de FPI.
Si les OPCI RFA semblent avoir séduit les investisseurs et les groupes qui souhaitaient restructurer leur patrimoine immobilier sans créer une société cotée telle une SIIC, on peut se demander si les OPCI grand public répondent de manière satisfaisante aux attentes de la profession en termes de souplesse de gestion, de liquidité, et s'ils sont réellement à même de remplacer les SCPI, véhicules prisés par les particuliers investisseurs.
L'objet d'un OPCI est plus large que celui d'une SCPI. En effet, alors que les SCPI ont pour objet exclusif l'acquisition et la gestion d'un patrimoine immobilier locatif, les OPCI ont pour objet l'investissement dans des immeubles qu'ils donnent en location ou qu'ils font construire en vue de leur location, qu'ils détiennent directement ou indirectement, ainsi que toutes opérations nécessaires à l'usage ou à la revente de ces biens.
La composition du patrimoine d'un OPCI est plus diversifiée. Si les SCPI ne peuvent détenir que des immeubles, les OPCI peuvent détenir des parts ou actions de sociétés immobilières, de SIIC, d'OPCI et des liquidités, ce qui permet, d'une part l'optimisation des performances financières et une meilleure protection face aux aléas du marché immobilier, et d'autre part de satisfaire aux remboursements des parts. Sur ce dernier point, l'OPCI dispose d'un

élément de souplesse supplémentaire. Les SCPI ne peuvent céder que les actifs qu'elles détiennent depuis plus de six ans dans une proportion limitée de 15 % par an de la valeur vénale de leur patrimoine immobilier. La violation de ces dispositions est susceptible d'entraîner la dissolution de la SCPI, d'où la difficulté en cas de demandes de remboursement importantes de trouver des liquidités pour y faire face.

Pour les OPCI, en dehors des cas d'engagements fiscaux particuliers, il n'existe pas de limite de cession, la seule restriction étant l'interdiction des opérations de marchands de biens, ce qui signifie qu'un OPCI ne doit pas acheter des immeubles en vue de les revendre.

Reste que, en cas de crise immobilière, la cession d'immeubles n'est pas forcément aisée, ni rapide et la souplesse des OPCI grand public trouve sa limite dans la nature immobilière de son patrimoine.

> « En cas de crise immobilière la cession d'immeubles n'est pas forcément aisée, ni rapide et la souplesse des OPCI grand public trouve sa limite dans la nature immobilière de son patrimoine. »

La liquidité du marché secondaire des parts de SCPI s'est améliorée au fil des réformes mais reste insuffisante. La liquidité des parts de FPI ou des actions de Sppicav devrait être supérieure sous la réserve, ici encore, de la lourdeur due à la nature immobilière des principaux actifs de l'OPCI grand public.

La cession d'actions de Sppicav ou de parts de FCP est moins contraignante à réaliser que celle des parts de SCPI, et donne lieu à des droits d'enregistrement moins élevés.

Dans les SCPI, les ordres d'achat et de vente de parts sociales doivent être inscrits sur un registre tenu au siège de la société. Ces ordres sont ensuite exécutés en fonction de leur prix d'exécution et de leur ordre chronologique d'inscription sur le registre.

Ces règles permettent de déroger au formalisme des cessions de parts sociales de société civile, qui implique la rédaction d'un acte de cession de parts sociales, mais elles restent contraignantes lorsque la SCPI n'est pas à capital variable ou lorsqu'elle manque de liquidités.

Dans les OPCI, le rachat des actions ou parts n'est pas soumis à un formalisme préalable et peut en principe intervenir à tout moment. Les liquidités plus importantes des OPCI doivent en outre permettre de satisfaire aux demandes de remboursement.

La faculté de rachat des parts ou actions d'OPCI peut toutefois être suspendue en cas de force majeure si l'intérêt de l'ensemble des porteurs ou actionnaires le commande ou lorsqu'un porteur ou actionnaire qui détient plus de 20 % et moins de 99 % des parts ou actions demande le rachat de ses parts ou actions au-delà d'un seuil de 2 %.

En ce qui concerne les droits d'enregistrement, si les remboursements de parts de SCPI à capital variable ne donnent pas lieu au paiement de droits proportionnels d'enregistrement, la cession des parts est soumise au droit de 5 %.

Dans les OPCI, les cessions de parts ou actions sont exonérées de droits d'enregistrement sauf :

– lorsque l'acquéreur détient ou détiendra à la suite de son acquisition plus de 10 % des parts ou actions de l'OPCI directement ou indirectement par l'intermédiaire de son conjoint, de leurs ascendants ou descendants, frères ou sœurs ou par l'intermédiaire d'une ou plusieurs sociétés contrôlées par l'acquéreur ou les personnes susvisées ;

– lorsque l'acquéreur personne morale ou fonds détient, ou détiendra à la suite de son acquisition directement ou indirectement par l'intermédiaire d'une société qu'il contrôle, plus de 20 % des parts ou actions de l'OPCI.

Les cessions sont alors taxées au droit de 5 %.

Ces avantages des OPCI sur les SCPI suffiront-ils à convaincre ?

Ce n'est pas certain. Les SCPI restent un produit apprécié par les associés personnes physiques pour bénéficier de certains régimes fiscaux favorables et pour réaliser des placements patrimoniaux familiaux à long terme, permettant d'assurer la transmission du patrimoine. ■

Actualités des conventions fiscales

Par JULIEN SAÏAC, avocat en fiscalité internationale.
Il traite plus particulièrement des questions liées aux restructurations internationales et aux investissements immobiliers.
julien.saiac@cms-bfl.com

1. Convention franco-luxembourgeoise

La convention fiscale franco-luxembourgeoise du 1er avril 1958 permettait, en cas de détention d'un immeuble situé en France par une société de capitaux luxembourgeoise ne disposant pas d'un établissement stable en France, une double exonération, en France et au Luxembourg, des revenus fonciers et des plus-values dégagées lors de la cession de l'immeuble.

Cette situation favorable aux contribuables, rendue possible par une divergence d'interprétation de la convention entre les deux pays, a pris fin avec l'entrée en vigueur de l'avenant du 24 novembre 2006. En effet, l'article 3 de cet avenant prévoit désormais que les revenus provenant de l'exploitation et de l'aliénation des biens immobiliers d'une entreprise ne sont imposables que dans l'Etat où ces biens sont situés. Ces dispositions s'appliquent aux revenus afférents à toute année civile ou à tout exercice commençant à compter du 1er janvier 2008.

En revanche, l'avenant n'affecte pas la situation des sociétés à prépondérance immobilière, sauf celles qui n'ont pas de personnalité distincte de celle de leurs membres d'un point de vue fiscal (essentiellement les sociétés d'attribution de l'article 1655 ter du CGI).

Dès lors, la cession par une société de capitaux luxembourgeoise des titres d'une société française à prépondérance immobilière devrait continuer à bénéficier d'une double exonération dans la majorité des cas, y compris si la société française est une société de personnes non soumise à l'impôt sur les sociétés.

2. Convention franco-danoise

La convention fiscale franco-danoise du 8 février 1957 permettait, à l'instar de la convention franco-luxembourgeoise, à une société de capitaux danoise détenant un immeuble en France (et n'y ayant pas d'établissement stable) d'échapper à toute imposition française sur les revenus fonciers et les plus-values réalisées lors de la cession de cet immeuble. Au Danemark, ces revenus et plus-values n'étaient pas imposés en vertu des règles de territorialité de l'impôt sur les sociétés danois.

Le Danemark a toutefois dénoncé unilatéralement la convention fiscale franco-danoise, pour des raisons liées à l'imposition des pensions de retraite perçues par des nationaux danois devenus résidents de France.

Cette dénonciation, qui prendra effet le 1er janvier 2009, aura notamment pour conséquence que les revenus et plus-values immobilières de source française seront imposables en France, en application du droit interne français.

3. Convention franco-britannique

Dans un arrêt Hallminster du 25 février 2004, le Conseil d'Etat avait jugé que la plus-value réalisée par une société de capitaux britannique n'ayant pas d'établissement stable en France, lors de la cession d'un immeuble situé en France, n'était pas imposable en France.

Au contraire, la nouvelle convention fiscale franco-britannique, signée le 19 juin 2008 et non encore entrée en vigueur, devrait être interprétée comme permettant, à l'avenir, l'imposition des plus-values de cession d'immeubles réalisées par des sociétés dans l'Etat de situation de l'immeuble.

Par ailleurs, la nouvelle convention prévoit des règles spécifiques, notamment en matière de dividendes prélevés sur les revenus exonérés des SIIC françaises : si l'actionnaire britannique détient moins de 10 % du capital, il pourra bénéficier du taux conventionnel de retenue à la source réduit à 15 %. En revanche, si la participation excède 10 %, le taux de retenue à la source applicable sera celui prévu par le droit interne français (25 % actuellement pour les sociétés). ■

Acquisition des titres d'une société immobilière, quelles incidences pour l'acquéreur en termes de garanties d'actif et de passif ?

Par CHRISTOPHE BLONDEAU, avocat associé, spécialisé en droit des sociétés, il couvre les questions relatives aux opérations transactionnelles, notamment dans le secteur de l'immobilier.
christophe.blondeau@cms-bfl.com

Telle est l'une des questions récurrentes que se pose tout investisseur qui souhaite acquérir un actif immobilier via l'acquisition des titres de la société propriétaire plutôt que sous la forme d'une vente immobilière. Si le choix du mode d'acquisition est souvent dicté par des considérations fiscales ou financières, les impacts sur les garanties ne sont pas neutres. En effet, l'acquisition d'une société ne permet pas à l'acquéreur de bénéficier du régime des garanties légales applicable à la vente immobilière. Il lui revient donc d'obtenir par la voie contractuelle les garanties et protections appropriées à son investissement qui demeure, avant tout, immobilier. Pour ce faire, l'acquéreur devra, dans un premier temps et compte tenu des spécificités de l'actif (immeuble de bureaux ou d'habitations, terrain, site complexe), définir l'étendue et la nature des audits à effectuer afin de bien identifier les risques éventuels.

> « L'acquisition d'une société ne permet pas à l'acquéreur de bénéficier du régime des garanties légales applicable à la vente immobilière. »

Outre les diligences d'usage concernant la société elle-même, ces audits porteront sur les aspects juridiques de l'immeuble (titres de propriété, conformité à la réglementation, assurances, situation locative) et sur ses aspects techniques (volumétrie, diagnostics environnementaux, conformité technique des installations et constructions). Une fois ces audits réalisés, l'acquéreur sera à même de définir le niveau des garanties devant être sollicitées du vendeur. S'ouvrira alors le temps de la négociation de la convention de garantie. Dans la plupart des cas, cette dernière sera bâtie sur un certain nombre de déclarations faites par le vendeur et dont l'inexactitude entraînera une indemnisation au bénéfice de l'acquéreur. S'agissant d'une société immobilière, les déclarations relatives à l'actif immobilier porteront le plus souvent sur les sujets suivants : titre et origine de propriété, situation hypothécaire, description du bien afin notamment de s'assurer d'une correspondance entre le titre juridique et la réalité physique de l'actif, servitudes, situation locative, absence de désordres structurels, conformité aux diverses réglementations applicables, régularité des constructions, respect de l'environnement, hygiène et sécurité, copropriété, urbanisme, assurances. Par ailleurs, l'acquéreur pourra être amené à demander des garanties spécifiques en présence de problématiques particulières. Ainsi, à titre d'exemple, il pourra être prévu une garantie locative en présence de surfaces non occupées mais néanmoins valorisées dans le prix d'achat, une garantie sur les conséquences d'un redressement fiscal éventuel au titre de la taxe de 3 % (article 990 E et suivants du CGI) ou encore une garantie de prise en charge par le vendeur de travaux de mise en conformité ou de dépollution. Les autres aspects de la garantie devront également être adaptés à la spécificité de l'actif détenu. Ainsi, si des durées de 12 à 36 mois sont usuelles dans le cadre des garanties «non immobilières», les durées des garanties immobilières seront généralement plus longues du fait des prescriptions applicables en la matière. Enfin, compte tenu des coûts pouvant être attachés à certains risques (notamment en matière environnementale), les plafonds d'indemnisation pourront être plus élevés, voire déplafonnés sur certains sujets, notamment en cas de remise en cause de la propriété de l'actif. ■

Plus-values sur cessions de titres de sociétés à prépondérance immobilière réalisées par les non-résidents

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 SOPHIE MAUREL, avocat.
sophie.maurel@cms-bfl.com

Selon l'article 244 bis A du CGI, sous réserve des conventions internationales, les non-résidents sont soumis à un prélèvement d'un tiers (ramené à 16 % ou à 16,5 % dans certains cas) sur les plus-values provenant de la cession de titres de sociétés à prépondérance immobilière. La notion de prépondérance immobilière retenue pour l'application de ce prélèvement avait fait l'objet d'un article dans la «Lettre de l'immobilier» du 9 février 2007. Depuis lors, la loi de finances pour 2008 a modifié le champ d'application du prélèvement tout en précisant la notion de prépondérance immobilière retenue en la matière.

Le champ d'application du prélèvement a tout d'abord été précisé et étendu. Ainsi, le prélèvement, jusque-là limité aux plus-values de cession de titres de sociétés non cotées, est étendu aux plus-values de cession de titres de SIIC ou d'organismes étrangers équivalents, ainsi qu'aux plus-values de cession de titres de sociétés à prépondérance immobilière cotées sur un marché français ou étranger (autres que les SIIC et équivalents étrangers) lorsque le cédant détient au moins 10 % du capital. Le taux du prélèvement applicable aux plus-values de cette nature réalisées par des personnes morales résidentes de l'UE, d'Islande ou de Norvège est aligné sur le taux réduit de 16,5 % applicable aux plus-values à long terme réalisées par les résidents sur les titres de sociétés à prépondérance immobilière cotées.

> « La loi de finances pour 2008 a aménagé le champ d'application du prélèvement et précisé la notion de prépondérance immobilière. »

Par ailleurs, le régime des cessions de titres de Sppicav est clarifié puisque l'article 244 bis A prévoit expressément l'application du prélèvement aux plus-values résultant de la cession de titres de Sppicav ou d'organismes étrangers équivalents dans le cas où le cédant détient au moins 10 % du capital.

Enfin, le prélèvement s'applique à la cession de parts d'OPCI constitués sous forme de FPI et de parts d'organismes étrangers équivalents, et ce quelle que soit la part de capital détenue par le cédant.

La notion de prépondérance immobilière retenue pour l'application du prélèvement a également été précisée. La prise en compte des seuls actifs immobiliers situés en France, jusque-là prévue par la doctrine administrative, est incluse dans la loi (renvoi de l'article 244 bis A à l'article 164 B modifié en ce sens).

D'autre part, des précisions ont été introduites concernant la période de référence à retenir pour apprécier la prépondérance immobilière.

Les modifications apportées par la loi de finances pour 2008 n'ont néanmoins pas supprimé toutes les différences de traitement entre résidents et non-résidents (voir notre article du 9 février 2007).

S'agissant des personnes physiques, à la différence des règles applicables aux personnes physiques résidentes, qui ne visent que les titres de sociétés translucides, le concept de prépondérance immobilière de l'article 244 bis A couvre toujours les titres de sociétés soumises à l'IS.

S'agissant des personnes morales, en revanche, l'extension du champ d'application du prélèvement aux titres de sociétés à prépondérance immobilière cotées[12], parallèlement à l'exclusion du régime des plus-values à long terme, pour les résidents soumis à l'IS, des titres de participation dans des sociétés à prépondérance immobilière non cotées, tend à rapprocher le traitement des résidents et des non-résidents. Il subsiste néanmoins des différences concernant la définition de la prépondérance immobilière : outre la différence de période de référence, on relèvera notamment que, pour les non-résidents, seuls les immeubles situés en France sont pris en compte et les droits afférents à un contrat de crédit-bail ne sont pas des biens immobiliers. ■

12 - Avec un taux de prélèvement spécifique aligné sur le taux applicable aux résidents soumis à l'IS.

Sort des baux commerciaux dans les opérations de restructuration

Par BENOÎT PROVOST,
benoit.provost@cms-bfl.com

et JEAN-CHARLES DAGUIN,
avocats. Ils assistent de nombreuses entreprises commerciales et industrielles à l'occasion d'opérations de restructuration et de cession-acquisition.
jean-charles.daguin@cms-bfl.com

L'article L. 145-16 du Code de commerce dispose en son deuxième alinéa qu'«en cas de fusion de sociétés ou d'apport d'une partie de l'actif d'une société réalisé dans les conditions prévues à l'article L. 236-22, la société issue de la fusion ou la société bénéficiaire de l'apport est, nonobstant toute stipulation contraire, substituée à celle au profit de laquelle le bail était consenti dans tous les droits et obligations découlant de ce bail».

Il résulte de cette disposition d'ordre public que le bailleur ne peut pas faire échec à la substitution du preneur initial par la société absorbante (en cas de fusion) ou par le bénéficiaire de l'apport (en cas d'apport partiel d'actif), ni même exiger le respect des formalités particulières que le bail peut prévoir en cas de cession de celui-ci. Cela étant, le bailleur peut faire opposition à l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actifs devant le tribunal de commerce (cf. article R. 236-10 du Code de commerce) sans que cette opposition ne puisse faire obstacle à la réalisation de l'opération conduisant au transfert du bail. L'article L. 145-16 du Code de commerce garantit donc une transmission automatique du bail commercial à l'occasion d'opérations de restructuration. Néanmoins, des incertitudes demeurent sur son champ d'application, le texte visant expressément les opérations de «fusion de sociétés» et «d'apport d'une partie de l'actif d'une société réalisé dans les conditions prévues à l'article L. 236-22», à savoir les apports partiels d'actifs soumis au régime des scissions qui interviennent entre sociétés par actions (en particulier les sociétés anonymes et les sociétés par actions simplifiées[13]).

> « L'article L. 145-16 du Code de commerce prévoit une transmission automatique du bail commercial à l'occasion des opérations de restructuration. Néanmoins, des incertitudes demeurent sur son champ d'application. »

Cette rédaction appelle trois commentaires quant à la nature des opérations visées par le dispositif.

Tout d'abord, une lecture a contrario conduit à la conclusion que les apports isolés ainsi que les apports partiels d'actifs non soumis au régime des scissions doivent être considérés comme hors du champ d'application du texte ; en pareil cas, le bailleur est fondé à se prévaloir des dispositions du bail applicables en cas de cession de celui-ci[14].

Par ailleurs, le texte ne vise pas les scissions. Dans la mesure où ces opérations obéissent au même régime juridique que les fusions, cette omission est vraisemblablement plus un oubli qu'une volonté délibérée du législateur d'exclure les scissions du champ d'application du texte d'autant que la disposition[15] qui accorde au bailleur un droit d'opposition s'applique «à la fusion ou à la scission».

Toutefois, dans la mesure où les juges du fond ne se sont pas prononcés sur cette question, il paraît prudent de respecter, en cas de «scission», les formalités légales et contractuelles requises en cas de cession du bail.

Enfin, reste à savoir si le mécanisme de substitution prévu par l'article L. 145-16 du Code de commerce s'applique également aux opérations de dissolution sans liquidation, fondées sur l'article 1844-5 du Code civil (opérations communément appelées «transmissions universelles du patrimoine»). La jurisprudence y semble favorable[16], mais la question reste controversée. La prudence conduit en pareil cas à respecter les stipulations du bail. Une précision importante : quand bien même le bailleur, en application du mécanisme de substitution légale, ne peut s'opposer en pareil cas au transfert du bail, cela ne dispense pas le preneur de s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés au titre des locaux dont la jouissance lui a été transférée (sous peine de perdre le bénéfice du droit au renouvellement). ■

(Article paru dans La Lettre de l'Immobilier du 8 octobre 2007.)

13 - La jurisprudence a étendu l'application du texte aux mêmes opérations réalisées entre SARL. Cass. 3e civ., 30 avril 2003, n° 526 FS-P + B.
14 - Cf. en ce sens, CA Paris 16e ch. B, 27 février 1992, Bourilhon c/Sté Nord Est Alimentation et autres.
15 - Cf. article R. 236-10 du Code de commerce.
16 - CA Paris 13 octobre 2004, n° 03-11378 16e ch. A.

Réforme de la taxe de 3 %

Par JULIEN SAÏAC, avocat en fiscalité internationale.
Il traite plus particulièrement des questions liées aux restructurations internationales et aux investissements immobiliers.
julien.saiac@cms-bfl.com

Le législateur a institué en 1983 une taxe annuelle de 3 % sur la valeur vénale des immeubles détenus en France par des personnes morales françaises ou étrangères. Malgré son taux facial élevé, cette taxe n'engendre pas de recettes fiscales importantes, compte tenu des nombreuses exonérations disponibles. Elle joue un rôle essentiellement dissuasif contre les schémas de détention opaques.

1. Un régime jugé contraire à la liberté de circulation des capitaux

La CJCE a jugé le 11 octobre 2007 (aff. C-451/05, Elisa c/DGI) que la taxe de 3 % était contraire à la liberté de circulation des capitaux. La Cour a en effet considéré que la condition selon laquelle les sociétés européennes devaient être résidentes d'un Etat ayant conclu avec la France soit une convention comportant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale, soit un traité contenant une clause de non-discrimination selon la nationalité créait une discrimination contraire au droit communautaire.

> « Cette taxe joue un rôle essentiellement dissuasif contre les schémas de détention opaques. »

Le législateur a modifié le régime de la taxe, à compter du 1er janvier 2008, afin de le rendre «euro-compatible».

2. La réforme du régime

Le champ d'application du régime est étendu : sont désormais visés non seulement les personnes morales mais également les organismes, fiducies ou institutions comparables (trusts notamment), dotés ou non de la personnalité morale.

Les cas d'exonérations sont plus nombreux : échappent ainsi au paiement effectif de la taxe :

– les organisations internationales et les Etats souverains, leurs subdivisions politiques et territoriales, ainsi que les personnes morales, organismes, fiducies ou institutions comparables qu'ils contrôlent majoritairement ;

– les entités juridiques dont les actifs immobiliers français détenus directement ou indirectement représentent moins de 50 % des actifs français détenus directement ou indirectement. Précédemment, seuls les actifs mobiliers détenus directement (ou par l'intermédiaire d'une société interposée selon la doctrine administrative) pouvaient être pris en compte. Ne sont pas inclus dans les actifs immobiliers d'une entité, les actifs affectés à l'exercice de son activité professionnelle autre qu'immobilière ou à celle d'une entité liée ;

– les sociétés cotées, mais désormais seulement celles dont les titres font l'objet de négociations significatives et régulières sur un marché réglementé, ainsi que les personnes morales détenues en totalité par ces entités.

Hormis les cas d'exonération ci-dessus, les entités ayant leur siège situé en France, dans l'UE ou dans un pays ayant conclu avec la France une convention ou un traité éligible, peuvent éviter la taxe si :

– elles détiennent une quote-part de biens immobiliers de moins de 100 000 euros ou de moins de 5 % de la valeur vénale desdits biens (règle destinée à faciliter les investissements des fonds immobiliers) ;

– elles prennent la forme de caisses de retraite, d'entités reconnues d'utilité publique, d'entités dont la gestion est désintéressée, d'OPCI ou d'entités étrangères équivalentes ;

– elles communiquent ou prennent l'engagement de communiquer à l'administration fiscale diverses informations concernant les immeubles et les actionnaires ; ou

– elles souscrivent une déclaration, au plus tard le 15 mai, contenant des informations similaires.

Seuls les actionnaires détenant plus de 1 % des titres doivent être déclarés.

L'administration a commenté ce nouveau régime dans une instruction du 7 août 2008 (7 Q-1-08). ■

Régime fiscal applicable aux cessions de contrats de crédit-bail immobilier

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 SOPHIE MAUREL, avocat.
sophie.maurel@cms-bfl.com

> « L'acquisition d'un contrat de crédit-bail immobilier peut permettre une économie de droits de mutation par rapport à une acquisition d'immeuble. »

Le régime fiscal des cessions de contrats de crédit-bail immobilier présente des spécificités, que la cession porte sur le contrat lui-même ou sur les titres de la société crédit-preneur (en supposant que le contrat de crédit-bail est le principal actif de la société).

La vente d'un contrat de crédit-bail permet une économie de droits de mutation par rapport à une vente d'immeuble[17]. En effet, elle se décompose en deux opérations :

– la cession d'un droit de jouissance pour la durée du contrat restant à courir, soumise aux droits de mutation au tarif prévu par l'article 719 du CGI (3 % pour la fraction de valeur comprise entre 23 000 euros et 200 000 euros et 5 % pour la fraction supérieure à 200 000 euros) ;

– la cession d'une promesse unilatérale de vente, soumise à la TVA au taux de 19,6 %, cette TVA étant généralement récupérable par l'acquéreur. Dans certains cas, la dispense de TVA prévue par l'article 257 bis du CGI devrait être applicable à la cession du contrat ce qui permet d'éviter le coût de portage de la TVA.

En pratique, plus la date d'expiration du contrat est proche, plus la partie du prix de cession affectée à la cession de la promesse (assujettie à TVA) est élevée. Il conviendra de vérifier si la cession du contrat est soumise à obligation de publication, ce qui pourrait entraîner des coûts supplémentaires (notamment taxe de publicité foncière au taux de 0,715 % et salaire du conservateur au taux de 0,10 %).

Le régime fiscal de la cession des titres d'une société crédit-preneur présente également des spécificités par rapport à la cession des titres d'une société propriétaire d'un immeuble. Ces spécificités tiennent notamment au fait que les droits afférents à un contrat de crédit-bail immobilier sont de nature mobilière tant que l'option d'achat n'est pas exercée, ce qui permet à la société crédit-preneur d'échapper à la qualification de société à prépondérance immobilière, à l'exception notable du régime applicable aux plus-values réalisées par les sociétés soumises à l'IS. En effet, dans ce cas, la définition de la prépondérance immobilière prévue par l'article 219 I-a sexies 0 bis du CGI inclut expressément les droits afférents à un contrat de crédit-bail immobilier. En revanche, s'agissant des plus-values immobilières des particuliers, l'administration a confirmé que ces droits ne sont pas retenus pour l'appréciation de la prépondérance immobilière[18]. Ils ne le sont pas non plus dans le cadre du régime des plus-values réalisées par des non-résidents (article 244 bis A du CGI). De même, en matière de droits de mutation, la société crédit-preneur ne sera pas considérée comme étant à prépondérance immobilière. La cession des titres d'une telle société (de capitaux) ne sera donc assujettie qu'au droit de 3 % plafonné à 5 000 euros alors que la cession des titres d'une société propriétaire d'un immeuble serait assujettie au droit de 5 % non plafonné. Par ailleurs, la société crédit-preneur n'entre pas dans le champ d'application de la taxe de 3 % tant que l'option d'achat n'a pas été exercée.

L'acquisition du contrat ou des titres de la société crédit-preneur implique également la prise en compte de la fiscalité différée attachée à la levée d'option (réintégrations dans le résultat fiscal, droits de mutation).

Enfin, précisons que les contrats de crédit-bail immobilier conclus ou acquis à compter du 1er janvier 2005 sont éligibles au régime SIIC (les réintégrations de fin de contrat relèvent du secteur exonéré soumis à obligation de distribution à hauteur de 85 %) et au dispositif d'externalisation prévu par l'article 210 E du CGI[19]. ■

17 - Soumise au droit de 5,09 % sauf mutation relevant de la TVA immobilière.
18 - Instruction du 4 août 2005, 8 M-1-05, n° 58.
19 - En l'état actuel des textes, ce régime prend fin le 31 décembre 2008. Néanmoins le projet de Loi de Finances pour 2009 prévoit une prorogation pour 3 ans (le taux d'IS passant de 16.5% à 19%).

Réforme de la LMP : location meublée «professionnelle» ou location meublée «plafonnée» ?

Par CHRISTOPHE FRIONNET, avocat spécialisé en fiscalité. Il conseille notamment les entreprises dans l'ensemble de leurs opérations, et il est chargé d'enseignement en matière de fiscalité immobilière à l'université de Paris I.
christophe.frionnet@cms-bfl.com.

L'actuel projet de loi de finances propose toujours de modifier substantiellement un régime attractif pour les particuliers comme pour les besoins du secteur. Le maintien des avantages octroyés en matière d'impôt sur le revenu pourrait désormais se restreindre à certaines catégories d'investisseurs.

Parmi les 486 dispositifs étiquetés «niches fiscales» dans le rapport d'information de la commission des finances remis à l'Assemblée nationale en juin dernier, le régime de la location meublée professionnelle, dit «LMP», figurait en bonne place. On pouvait donc craindre que celui-ci se retrouve dans la ligne de mire du prochain collectif budgétaire. C'est maintenant chose faite et, en dépit d'une conjoncture moins propice pour le secteur, cette réforme est encore à l'ordre du jour.

Pourquoi cette insistance ? Il est vrai que les textes permettent actuellement à des investisseurs, dont l'activité de loueur en meublé n'est pas leur occupation quotidienne, d'être fiscalement traités comme de véritables professionnels du secteur. Relevant d'une activité de nature commerciale, le montant des loyers imposables est en tout ou partie réduit à hauteur de l'amortissement du bien immobilier. Dès lors, le montant des autres charges, intérêts inclus, peut éventuellement former un déficit imputable sur l'ensemble des autres revenus sans aucune limitation.

> « Les textes permettent actuellement à des investisseurs d'être fiscalement traités comme de véritables professionnels du secteur. »

Il n'est pas pour cela nécessaire de participer directement, personnellement, et de manière continue à la location (comme l'exigent les règles de droit commun). La seule contrainte est de louer des locaux à usage d'habitation, meublés, moyennant un chiffre d'affaires minimum de 23 000 euros TTC par an (ou bien de retirer de cette activité 50 % de son revenu), et de solliciter (même sans l'obtenir) une inscription en ce sens au RCS.

Ces seuls critères font du contribuable un «professionnel» au sens du texte, non seulement pour le régime du déficit, mais aussi pour bénéficier, le cas échéant, du régime d'exonération des plus-values professionnelles lors de la cession ultérieure du bien (si l'activité de LMP est exercée depuis au moins cinq ans et que la moyenne des recettes des deux années civiles précédentes n'excède pas 250 000 euros HT).

Pour autant, lorsque l'on constate l'aléa que peut connaître le marché immobilier, ce qui semble être qualifié ici d'avantage n'est pas sans contreparties : ce type de location vient utilement compléter un besoin évident, dans le secteur du tourisme ou du logement des séniors notamment. En outre, la volatilité de la «clientèle» y est beaucoup plus marquée que pour des baux classiques. Il n'était donc pas déraisonnable de permettre à des particuliers, même exerçant une activité professionnelle par ailleurs, d'être traités comme les autres investisseurs.

Le projet de loi de finances pour 2009 prévoit de rapprocher les conditions d'obtention du statut de loueur en meublé professionnel en matière d'IR de celles déjà exigées en ISF. Désormais, il faudrait impérativement que les recettes de cette activité excèdent l'ensemble des revenus d'activités professionnelles du foyer, tels que soumis à l'impôt sur le revenu, cette condition s'ajoutant à celle du seuil de 23 000 euros. Ces critères cumulatifs seraient appréciés au niveau du foyer fiscal, que la location s'effectue directement ou par l'intermédiaire d'une société.

L'entrée en vigueur de cet aménagement est en principe prévue pour l'imposition en 2009 des revenus perçus en 2008 au regard du projet de loi initial.

Lors des débats parlementaires, il a été proposé de différer d'un an l'ensemble de ces modifications, notamment pour éviter de compromettre l'équilibre de projets en cours. Même si un amendement en ce sens n'a pas été adopté, le gouvernement s'est engagé à prévoir lors de l'adoption prochaine du texte devant le Sénat une disposition particulière à l'égard des contribuables ayant acquis leur bien dans le cadre d'une vente en état futur d'achèvement.

Cela étant, il est déjà prévu par l'actuel projet un dispositif transitoire visant les investissements déjà effectués au moyen d'un calcul particulier du seuil de 50 %. Les recettes provenant d'une location ayant commencé avant le 1er janvier 2009 (et depuis moins de 5 ans) seraient multipliées par 3 pour calculer ce pourcentage. Le chiffre obtenu serait néanmoins pondéré en fonction du nombre d'années écoulées depuis le début de la location (2/5e par an).

> « Le déficit ne resterait imputable que sur les revenus de nature strictement identique. »

A défaut de respecter le seuil de 50 % ainsi calculé, les contribuables ne pourraient plus imputer sans limitation les déficits issus de l'activité de location meublée sur le revenu global perçu dès 2008.

A cette réforme s'ajouterait celle du plafond d'application de l'exonération des plus-values professionnelles. Il serait abaissé à 90 000 euros de recettes annuelles (au lieu de 250 000 euros), même à raison de la cession de biens acquis avant l'entrée en vigueur de la loi (une exonération partielle étant prévue lorsque les recettes générées n'excèdent pas 126 000 euros). On peut s'interroger sur la pertinence de cette restriction dont la portée pourrait toucher de «vrais» professionnels au sens du droit commun.

Espérons que les discussions en cours au Parlement participeront à assouplir cette réforme d'ici la fin de l'année. A défaut, si celle-ci devait être adoptée en l'état, relevons tout de même que le régime conservera tout son intérêt actuel pour les particuliers dont l'essentiel des revenus ne provient pas d'une activité professionnelle (rentes, revenus de remplacement). Il en serait de même pour les actifs disposant d'un investissement suffisamment conséquent pour générer des recettes égales ou supérieures à la moitié de leurs revenus professionnels.

Le projet de loi initial contenait un lot de consolation pour les loueurs en meublé qui ne seraient plus considérés comme «professionnels». Il s'agissait de leur permettre d'imputer leurs éventuels déficits sur leur revenu global à concurrence de 10 700 euros, comme en matière de revenu foncier. Cette disposition visait non seulement les contribuables perdant la qualité de professionnel, mais aussi ceux qui n'étaient déjà pas considérés comme tels au regard de l'ancien dispositif.

Par voie d'amendement cette faculté a été supprimée lors des débats devant l'Assemblée nationale et remplacée par un dispositif de «tunnelisation». Le déficit ainsi constaté ne resterait imputable la même année que sur les revenus de nature strictement identique, l'excédent éventuel étant reportable sur les dix années suivantes.

Une compensation a toutefois été annoncée pour les seuls logements auxquels un intérêt général est attaché (accueil de personnes âgées ou handicapées et des étudiants) sous la forme d'une réduction d'impôt qui pourrait prochainement voir le jour. ■

Le nouvel indice des loyers commerciaux : un dispositif désormais complet

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

Jusqu'à présent, l'indice «vedette» des baux commerciaux est l'indice du coût de la construction publié par l'Insee. Celui-ci se retrouve à trois niveaux : dans la clause d'indexation, dans la détermination du loyer plafond lors de la révision triennale et dans la détermination du loyer plafond lors de la fixation du loyer de renouvellement.

Depuis quelques années, cet indice a été très critiqué en raison de son évolution erratique et de sa forte augmentation. L'ICC publié pour le premier trimestre 2008 montre une hausse de 17,87 % au cours des trois dernières années. Les preneurs se sont inquiétés de cette situation. De leur côté, les bailleurs ont craint de voir naître des contentieux fondés sur les articles L. 145-39 et R. 145-22 du Code de commerce. En effet, lorsque la clause d'indexation a entraîné une variation du loyer en hausse de plus de 25 % depuis la prise d'effet du bail ou de la précédente révision judiciaire, le preneur peut demander au juge la fixation du loyer à la valeur locative.

C'est dans ce contexte que les professionnels du monde de la distribution ont signé un accord interprofessionnel le 20 décembre 2007 prévoyant un nouvel indice : l'indice des loyers commerciaux.

L'ILC est composé de trois indices :

– l'indice du coût de la construction à hauteur de 50 % ;

– l'indice des prix à la consommation à hauteur de 25 % ;

– l'indice du chiffre d'affaires du commerce de détail en valeur à hauteur de 25 %.

L'idée était de créer un indice qui n'évoluerait que de 2,5 à 3 % par an. Toutefois, cet indice présentait deux défauts. Premièrement, il était contraire à l'article L. 112-2 du Code monétaire et financier lequel interdit toute indexation sur le niveau général des prix ou des salaires. Deuxièmement, il cohabitait mal avec les articles L. 145-34 et L. 145-38 du Code de commerce relatifs à l'encadrement du loyer lors de révision triennale et lors du renouvellement du bail.

Grâce à la loi LME du 4 août 2008 qui a modifié les articles L. 112-2 et L. 112-3 du Code monétaire et financier, l'ILC bénéficie désormais d'une base légale. En outre, la loi LME a aussi aménagé les articles L. 145-38 et L. 145-34 du Code de commerce. Désormais, dans un bail commercial, les parties peuvent choisir de retenir l'ILC ou l'ICC tant pour ce qui concerne la clause d'indexation du loyer que pour la détermination du loyer plafond lors de la révision triennale et lors de la fixation du loyer de renouvellement. Les parties bénéficient donc d'une option.

Encore faut-il que cela résulte d'une manifestation expresse de la volonté des parties et que le bail concerne l'une des activités commerciales définies par le décret visé à l'article L. 112-2 du Code monétaire et financier. Ledit décret a été pris le 4 novembre 2008. Il prévoit que : «Les activités mentionnées dans la seconde phrase du premier alinéa de l'article L. 112-2 du Code monétaire et financier sont les activités commerciales y compris celles exercées par les artisans. Sont exclues du champ d'application du présent article, les activités commerciales exercées dans des locaux à usage exclusif de bureaux, y compris les plateformes logistiques, ainsi que les activités industrielles au sens de l'article L. 110-1 (5°) du Code de commerce.» Les activités industrielles visées à l'article L. 110-1 (5°) sont les activités de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau. Il est désormais très clair que les parties d'un bail à usage exclusif de bureaux ne peuvent recourir à l'ILC.

Concernant la rédaction des avenants aux baux, les preneurs devront être particulièrement vigilants afin d'éviter que les bailleurs puissent revendiquer, lors du renouvellement du bail, un «déplafonnement» du loyer, à savoir la fixation du loyer à la valeur locative. ■

> « Grâce à la loi LME du 4 août 2008 l'ILC bénéficie désormais d'une base légale. »

Baux commerciaux et centres commerciaux

Par ARNAUD REYGROBELLET, professeur à l'université de Paris X et Of Counsel de CMS Bureau Francis Lefebvre. Au sein de l'équipe de doctrine juridique, il suit les questions d'actualité du droit des affaires.
arnaud.reygrobellet@cms-bfl.com

> « Le propriétaire du centre commercial a l'obligation d'assurer à ses locataires un environnement matériel favorable à la commercialité des locaux ; et ce, sans qu'une clause spécifique soit nécessaire. »

La situation originale des centres commerciaux, auxquels doivent être assimilées les galeries marchandes, soulève de multiples difficultés lorsqu'il s'agit d'organiser les relations entre le bailleur, propriétaire des locaux, et l'ensemble de ses locataires. L'une d'entre elles a trait à la détermination des obligations pesant sur le bailleur. Bien entendu, il lui incombe à la fois de fournir un local qui soit conforme aux prévisions du contrat (obligation de délivrance) et de garantir la «paisible jouissance» de chaque locataire. Mais le propriétaire du centre commercial ne doit-il pas garantir plus que cela ?

La question a pu se poser au regard de la discipline collective imposée à chacun des locataires. C'est que, en raison de la diversité des commerces exploités au sein du centre, un minimum d'organisation est nécessaire pour assurer une cohabitation harmonieuse de la collectivité et, au résultat, profitable à tous. En contrepartie, ne faut-il pas décider qu'il incombe au bailleur une obligation spécifique, celle d'assurer le «maintien d'un environnement commercial favorable» ? Autrement dit, ne doit-il pas tout mettre en œuvre pour que le centre soit une réussite commerciale, non pas seulement globalement, mais pour chaque commerçant locataire pris individuellement ?

Dans les années 1990, certaines cours d'appel n'avaient pas hésité à imposer une telle contrainte aux propriétaires de centres commerciaux. Toutefois, dès 1995, la Cour de cassation est intervenue pour recadrer l'analyse. Sauf engagement particulier exprès, le bailleur n'est pas garant de l'environnement commercial du local loué à chaque commerçant. Il doit certes, comme tout bailleur, délivrer des locaux conformes, aptes à leur destination, donc en bon état d'entretien (là encore, sous réserve des aménagements contractuels possibles). Mais son obligation ne va pas au-delà.

Il en a été déduit que le locataire, exploitant un restaurant dans une galerie marchande, ne pouvait solliciter des dommages et intérêts en raison de la désaffection de la clientèle pour cette galerie, due notamment au fait que le bailleur avait choisi, pour des raisons financières et de gestion personnelles, de rechercher un locataire unique au lieu des 14 locataires d'origine. Dans le même ordre d'idée, un commerçant, qui exploitait un magasin situé dans la galerie marchande d'un centre commercial, a été débouté de son action en responsabilité contre son bailleur auquel il reprochait d'avoir transféré le centre commercial en un autre endroit. A fortiori, il a été jugé que, faute de stipulation particulière, le bailleur n'a aucune obligation d'assurer la commercialisation de la totalité des emplacements du centre, ni même celle de garantir leur occupation effective et permanente.

En 2006, la Cour de cassation a été conduite à nuancer sa position. Une cour d'appel avait débouté les locataires de locaux situés dans une galerie marchande, qui se plaignaient d'un défaut d'entretien et de l'insécurité qui y régnait : elle avait retenu que les baux ne contenaient aucune clause relative à l'environnement commercial des boutiques et que l'obligation d'entretien du bailleur était circonscrite aux boutiques elles-mêmes et non aux parties communes. La décision est cassée. En effet, les juges du fond auraient dû rechercher si le défaut d'entretien des parties communes du centre commercial n'avait pas pour effet de priver les preneurs des avantages qu'ils tenaient du bail. Autrement dit, le propriétaire du centre commercial, s'il n'est toujours pas tenu de répondre de l'environnement commercial des locaux loués, a au moins l'obligation d'assurer à ses locataires un environnement matériel favorable à la commercialité des locaux ; et ce, sans qu'une clause spécifique soit nécessaire. Il convient sans doute de considérer que la responsabilité du bailleur est susceptible d'être mise en jeu chaque fois que, par son comportement (action ou omission), il aura privé un locataire de la possibilité de tirer les utilités commerciales de l'emplacement loué.

On signalera d'ailleurs une règle originale développée dans le cadre de la politique de réhabilitation des ensembles commerciaux dans les zones urbaines sensibles (C. urb., article L. 300-7). Dans l'hypothèse où l'état de dégradation ou l'absence d'entretien d'un centre commercial compromettent la rénovation urbaine d'un quartier, le préfet, le maire ainsi que le président d'un établissement public de coopération intercommunale compétent peuvent mettre en demeure le propriétaire de procéder à la réhabilitation de cet ensemble commercial, sous peine d'expropriation. ■

Actualité jurisprudentielle fiscale immobilière

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

Droit d'entrée perçu par le bailleur : le Conseil d'Etat infirme la thèse de l'administration et retient une solution conforme à la pratique comptable

Au plan comptable, les règles applicables préconisent au bailleur de répartir sur la durée du bail le droit d'entrée présentant le caractère d'un supplément de loyer. Cette répartition linéaire s'opère par l'intermédiaire du compte «487 : Produits constatés d'avance».

Se détachant du traitement comptable applicable, l'administration fiscale indique dans sa doctrine publiée (D. adm. 4 A-242 n° 8) que la taxation d'un tel droit d'entrée doit s'opérer intégralement sur le résultat de l'exercice de son encaissement par le bailleur.

Saisie de cette question en 2003, la Cour administrative d'appel de Nantes a jugé (arrêt n° 03-1432 du 15 mars 2006) que dès lors qu'il se rattache à une prestation de location, le droit d'entrée en cause, même s'il est forfaitaire et définitif, doit être imposé de manière échelonnée sur toute la durée du bail, conformément aux dispositions de l'article 38-2 bis du CGI.

Saisi de cette affaire par l'administration fiscale, le Conseil d'Etat a confirmé l'arrêt d'appel par une décision n° 293577 du 14 avril 2008.

La Haute Juridiction a estimé que les droits d'entrée qui présentent le caractère de suppléments de loyers ont pour objet de rémunérer des prestations accessoires à la location délivrées au preneur pendant toute la durée du bail, et qu'en conséquence, ils doivent recevoir une imposition étalée conformément aux dispositions de l'article 38-2 bis du CGI.

Cette décision doit être saluée. Elle est en effet conforme à la logique économique et permet d'opérer, sur le sujet, le ralliement définitif du traitement fiscal à la pratique comptable. ■

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

Le 27 septembre 2007, le TGI de Nice (jugement n° 05/01327) a, s'agissant de la cession de titres d'une société étrangère dont l'actif est principalement constitué d'immeubles français, fait prévaloir la règle de territorialité des droits d'enregistrement inscrite à l'article 718 du CGI pour écarter toute imposition aux droits d'enregistrement en France en présence d'un acte passé à l'étranger.

Les faits étaient les suivants : un résident suisse avait, par acte authentique dressé et enregistré à Monaco, acquis auprès de sociétés du Liechtenstein les titres d'une SCI de droit monégasque dont l'actif était majoritairement composé de biens immobiliers français.

L'administration fiscale avait soumis cette mutation aux droits d'enregistrement sur le fondement de l'article 726 du CGI selon lequel toute cession de participation dans une société à prépondérance immobilière est taxable au taux de 5 %.

Si dans sa doctrine (D. adm. 7 D 5 n° 12), l'administration reconnaît le principe de territorialité édicté par l'article 718 du CGI, elle l'écarte en ce qui concerne les cessions de titres de sociétés détenant majoritairement des immeubles français qu'elle entend, dans tous les cas, soumettre aux droits en France.

Elle vient de confirmer sa position par un rescrit n° 2008/22 du 14 octobre 2008 en précisant qu'elle n'entend pas se rallier à la position retenue par le TGI de Nice (l'absence d'appel à l'encontre de ce jugement ne devant pas être interprétée comme une acceptation tacite) et en réaffirmant que le régime fiscal des cessions de parts de sociétés à prépondérance immobilière prévu par l'article 726-I-2° du CGI est expressément dérogatoire au principe de territorialité de l'article 718 du même code.

Cette analyse ne convainc toujours pas et on ne peut que s'étonner que l'administration, si elle croit sa position fondée, n'ait pas jugé bon de faire appel du jugement du TGI... ■

Régime de TVA des immeubles compris dans un transfert d'universalité de biens

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

Depuis le 1er janvier 2006, les mutations d'immeubles réalisées à l'occasion de transferts d'universalité de biens (fusion, apport partiel d'actifs, dissolution par confusion de patrimoine...) ne donnent plus lieu à soumission à la TVA immobilière (lorsque l'immeuble est neuf), ou à régularisations par vingtièmes (lorsque l'immeuble est sorti du champ d'application de la TVA immobilière), ou bien à taxation à la TVA sur marge lorsqu'il appartient à un marchand de biens, sous réserve de respecter les conditions suivantes : la transmission du bien doit intervenir entre deux assujettis redevables de la TVA au titre de l'universalité transmise, et le transfert doit être réalisé au profit d'une personne qui entend exploiter l'universalité ainsi transmise et non pas liquider immédiatement l'activité concernée. Après la mutation, le bénéficiaire de la transmission est réputé continuer la personne du cédant en poursuivant l'exploitation de l'universalité transmise pour ce qui concerne le décompte des délais de régularisation par vingtièmes en cas de cession ultérieure. L'administration fiscale fait une interprétation extrêmement souple de la notion d'«universalité de biens», puisqu'elle a par exemple admis que la cession d'un immeuble par une société dont c'est le seul actif pouvait, sous certaines conditions, bénéficier de ce régime. ■

Retrouvez les avocats de CMS Bureau Francis Lefebvre au SIMI, le Salon de l'Immobilier d'Entreprise
3, 4 et 5 décembre 2008 au Palais des Congrès de Paris

Stand C32, Niveau 1, Hall Neuilly

Conférence : jeudi 4 décembre de 09h30 à 10h30 – Niveau 2 - Salle 1
«Le cadre juridique et fiscal actuel favorise-t-il les opérations d'externalisation ?»
animée par Christophe Blondeau, Jean-Yves Charriau, Richard Foissac et Jean-Luc Tixier, avocats associés.

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

Me Christophe Blondeau, christophe.blondeau@cms-bfl.com
Me Jean-Yves Charriau, jean-yves.charriau@cms-bfl.com
Me Richard Foissac, richard.foissac@cms-bfl.com
Me Philippe Riglet, philippe.riglet@cms-bfl.com
Me Jacqueline Sollier, jacqueline.sollier@cms-bfl.com
Me Jean-Luc Tixier, jean-luc.tixier@cms-bfl.com
Me Philippe Tournes, philippe.tournes@cms-bfl.com

Option Finance
Le premier hebdomadaire des décideurs financiers

Supplément du numéro 1006 du 1er décembre 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