

Droit *Immobilier*

N° 2 – 2014

ÉDITORIAL

Une grande loi pour quel avenir ?

Blandine MALLET-BRICOUT

CHRONIQUES

Urbanisme et aménagement

Jean-François STRUILLLOU

Financement et sûretés

Christophe ALBIGES
Olivier GOUT

Sociétés de construction et sociétés d'investissement

Pierre-Nicolas SANZEY

Thierry FAVARIO

Fiscalité

Olivier DEBAT
Laurent MODAVE

Construction

Matthieu POUMARÈDE
Bertrand LIONEL-MARIE
Blandine MALLET-BRICOUT
Juliette SÉNÉCHAL

Assurances

Axelle ASTEGIANO-LA RIZZA
Cyrille CHARBONNEAU
Lionel LEFEBVRE
Matthieu ROBINEAU

Propriété et vente immobilière

Blandine MALLET-BRICOUT

Mélanie PAINCHAUX

Juliette SÉNÉCHAL

Copropriété

Frédérique COHET

Baux et gestion immobilière

Hugues KENFACK

Marie-Pierre DUMONT-LEFRAND

Solène RINGLER

François de la VAISSIÈRE

Droit rural immobilier

Benoît GRIMONPREZ

Benjamin TRAVELY

Logement social

Laurence GAY

BIBLIOGRAPHIE

Mathilde du MESNILDOT

AGENDA

CARNET

Olivier Debat*Professeur, Université de La Rochelle***Laurent Modave***Avocat associé, Gide Loyrette Nouel***I. Jurisprudence****A. Revenus fonciers****Conditions de déduction des intérêts versés au titre d'un emprunt substitutif****CE, 9^e et 10^e ss.-sect., 28 mars 2014, n° 350816, commentaire de Laurent Modave**

Cette importante décision précise les conditions et limites dans lesquelles les intérêts d'emprunts substitutifs peuvent être déduits des revenus fonciers.

Conformément à l'article 31, I 1^o-d du code général des impôts, le propriétaire peut déduire du revenu brut foncier les intérêts des emprunts qu'il a contractés « pour la conservation, l'acquisition, la construction, la réparation ou l'amélioration » d'immeubles affectés à la location. Lorsqu'un emprunt est souscrit pour financer le remboursement d'un emprunt qui avait été contracté dans ce but, la jurisprudence admet la déduction des intérêts de cet emprunt substitutif (CE, 18 mars 1987, n° 43680, 9^e et 8^e ss.-sect.), à condition qu'il y ait, entre l'emprunt initial et le nouvel emprunt, une continuité de l'objet de l'endettement.

Il y a deux ans, le Conseil d'État a eu l'occasion de préciser une première fois sa jurisprudence, en jugeant que cette exigence de continuité d'objet est regardée comme satisfaite si, dès la mise à disposition des fonds correspondants, le produit du nouvel emprunt est intégralement affecté par le contribuable au remboursement de l'emprunt initial. Cette condition remplie, il est indifférent que le montant du nouvel emprunt soit inférieur à celui des sommes restant à rembourser au titre de l'emprunt initial. La déduction des intérêts reste donc admise lorsque l'emprunt substitutif ne permet de rembourser que partiellement l'emprunt initial, dont une partie se poursuit et fait ultérieurement l'objet d'un rééchelonnement (CE, 1^{er} février 2012, n° 336469, 8^e et 3^e ss.-sect., *Camu*).

Dans cette nouvelle affaire, était cette fois en cause, non le principe même de la déduction, mais le quantum des intérêts déductibles. Une SCI contrôlée par des personnes physiques avait financé la construction d'un immeuble au moyen de deux prêts bancaires et d'avances en compte courant d'associés non rémunérées. Les prêts bancaires et les avances d'associés avaient ultérieurement été refinan-

cés par un prêt bancaire. Le coût de ce nouvel emprunt était supérieur à celui des financements d'origine, puisque les avances en compte courant d'associés n'étaient pas rémunérées et n'avaient donc pas donné lieu au versement d'intérêts. À l'occasion d'une vérification de comptabilité de la SCI, l'administration a limité le montant des intérêts déductibles au titre de l'emprunt substitutif au montant des intérêts figurant sur l'échéancier de remboursement des deux prêts bancaires d'origine.

Le service vérificateur n'a fait qu'appliquer la doctrine administrative selon laquelle un emprunt contracté auprès d'un établissement bancaire pour rembourser les associés de leurs avances en compte courant s'analyse en un emprunt substitutif, de sorte que, si le capital souscrit dans le nouveau contrat n'est pas supérieur au capital restant à rembourser, il est admis que le droit à déduction des revenus fonciers attaché à l'emprunt initial ne soit pas modifié, les intérêts ouvrant droit à déduction ne pouvant toutefois excéder ceux qui figuraient sur l'échéancier initial. L'administration en déduit que :

- les intérêts d'un emprunt se substituant à un prêt sans intérêt, que celui-ci prenne la forme d'une avance en compte courant d'associés ou d'un prêt ordinaire, ne constituent pas des charges déductibles des revenus fonciers¹ ;
- les intérêts d'un emprunt se substituant à un prêt rémunéré ne sont admis en déduction que dans la limite de ceux qui figuraient sur l'échéancier initial, cette limitation s'appréciant globalement en comparant la somme des intérêts figurant respectivement sur l'échéancier de l'emprunt initial et sur l'échéancier du nouvel emprunt².

Le Conseil d'État n'a pas fait sienne cette analyse. Selon la haute assemblée, la seule question pertinente est celle de la continuité de l'objet de l'endettement. En l'espèce, dès lors que les emprunts initiaux avaient été contractés pour financer la construction d'un immeuble à usage locatif, l'emprunt substitutif, intégralement affecté au remboursement de ces dettes, entrait dans les prévisions du d) du 1^o du I de l'article 31 du code général des impôts. Le Conseil d'État a donc considéré que les intérêts de l'emprunt substitutif étaient intégralement déductibles des revenus fonciers, sans qu'y fasse obstacle la circonstance qu'une partie des prêts d'origine – en l'occurrence, les avances en compte courant d'associés – n'était pas rémunérée et n'avait donc pas donné lieu au versement d'intérêts.

1 Rép. Lesbros : Sén. 27 novembre 1997, p. 3294, n° 2195.

2 Rép. Le Ridant : AN 8 décembre 2003, p. 9401, n° 23339 reprise au BOFIP sous la référence BOI-RFPI-BASE-20-80 n° 110.

Cette décision, favorable aux contribuables, remet en cause la solution administrative rappelée ci-dessus³.

B. Fiscalité des non-résidents

1°/Plus-values immobilières des non-résidents : le taux du prélèvement de l'article 244 bis A est-il compatible avec la convention franco-suisse et avec le droit communautaire ?

CE, 9^e et 10^e ss.-sect., 20 novembre 2013, n° 361167, Aaron ; CAA Paris, 13 février 2014, n° 12PA03868, *commentaire de Laurent Modave*

En application des dispositions combinées des articles 244 bis A, 200 B et 219, I du code général des impôts, le prélèvement qui frappe les plus-values immobilières dû par les non-résidents est perçu au taux de 33,1/3 % lorsque le cédant est résident d'un État tiers, alors qu'il n'est que de 19 % pour les personnes physiques résidentes de France ou d'un autre État membre de l'Union européenne.

De nombreux résidents d'États tiers à l'Union européenne, après avoir acquitté le prélèvement au taux de 33,1/3 %, ont saisi les tribunaux français, invoquant une inégalité de traitement incompatible (a) avec la clause de non-discrimination contenue dans la convention fiscale applicable et/ou (b) avec le principe de libre circulation des capitaux dont le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) garantit l'application dans les relations entre les États membres et les pays tiers. Plusieurs juridictions du fond ont fait droit à de telles demandes et ont ordonné la restitution de la différence entre le prélèvement de 33,1/3 % et l'impôt au taux de 19 % qui aurait été appliqué si le cédant avait été résident français.

Dans un arrêt du 20 novembre 2013, le Conseil d'État s'est prononcé pour la première fois sur la compatibilité du taux de 33,1/3 % avec la convention fiscale conclue entre la France et la Suisse le 9 septembre 1966. Était en cause, dans cette affaire, un résident suisse qui avait supporté le prélèvement de 33,1/3 % à raison de la cession de parts de SCI possédant des biens immobiliers en France. Selon la haute assemblée, il résulte des stipulations de l'article 15, 4 de la convention que l'assiette de l'imposition frappant les plus-values de cession de parts de société à prépondérance immobilière doit être déterminée de la même manière, que le contribuable ait sa résidence fiscale en France ou en Suisse. Dès lors, le taux du prélèvement ne peut excéder, pour un résident fiscal suisse, celui applicable à un résident fiscal français. Le Conseil d'État approuve donc la cour d'appel de Paris d'avoir prononcé la restitution de la différence entre le prélèvement de 33,1/3 % et l'impôt de 16 % (taux porté depuis à 19 %).

Cette solution a depuis été reprise par la cour administrative d'appel de Paris⁴.

S'agissant par ailleurs de la compatibilité du prélèvement de 33,1/3 % avec le droit communautaire, le Conseil d'État ne s'est pas encore prononcé, mais deux décisions récentes du Conseil d'État et de la CJUE suggèrent que l'issue devrait être favorable aux contribuables.

Dans ces affaires, les juges du fond ont jusqu'à présent considéré que la différence de traitement constituait une entrave à la liberté de circulation des capitaux. Mais ce constat n'épuise pas le débat, car l'administration invoque la clause de gel (ou clause de « stand-still ») prévue à l'article 64 du TFUE pour faire échec à la requête des contribuables. La clause de gel permet en effet le maintien, à l'encontre des résidents d'États tiers, des restrictions aux mouvements de capitaux qui existaient déjà le 31 décembre 1993, lors de l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht. Ce droit n'est toutefois reconnu aux États membres qu'en ce qui concerne les mouvements de capitaux impliquant des « investissements directs ». Il suffit donc que l'investissement immobilier réalisé par un non-résident ne soit pas considéré comme un « investissement direct » pour que la France soit reconnue infondée à lui appliquer un traitement discriminatoire.

Dans un arrêt du 7 juin 2012, la cour administrative d'appel de Versailles a décidé, pour l'application de l'article 244 bis A du CGI, que des biens immobiliers détenus directement constituent des « investissements directs » permettant à la France d'appliquer la clause de gel, faisant ainsi obstacle à l'application du principe de libre circulation des capitaux⁵.

Mais cette solution rendue pour l'application de l'article 244 bis A pourrait prochainement être contredite par le Conseil d'État, dans la mesure où :

- la Cour de Justice de l'Union européenne s'est récemment prononcée sur la définition d'investissements directs et a au contraire jugé que les investissements directs, y compris les investissements immobiliers, ne concernent que les investissements qui correspondent à une activité économique. Ces investissements s'opposent aux investissements immobiliers de type patrimonial effectués à des fins privées sans lien avec l'exercice d'une activité économique, qui ne relèvent pas du champ d'application de la clause de gel⁶ ;
- le Conseil d'État vient de s'approprier cette analyse pour l'application des dispositions de l'article 164 C du CGI⁷.

Si le Conseil d'État, saisi de plusieurs affaires relatives au prélèvement de l'article 244 bis A, transpose cette analyse, le traitement fiscal des plus-values immobilières réalisées

4 CAA Paris, 13 février 2014, n° 12PA03868.

5 Voir le n° 3 de la RTDI de 2012.

6 CJUE, 17 octobre 2013, 3^e ch., aff. C-181/12, Yvon Welte.

7 CE, 26 décembre 2013, 9^e et 10^e ss.-sect., n° 360488, min. c/ M. et M^{me} Kramer. L'article 164 C du CGI permet à la France d'imposer à l'impôt sur les revenus les personnes physiques qui n'ont pas leur domicile fiscal en France, mais qui y disposent d'une ou plusieurs habitations sur une base égale à trois fois la valeur locative réelle de ces habitations.

par les résidents d'États tiers à l'Union européenne devrait être aligné sur le traitement applicable aux résidents français.

2°/Plus-values immobilières des non-résidents : le prélèvement de l'article 244 bis A est-il compatible avec la convention franco-britannique ?

CE, 9^e et 10^e ss.-sect., 24 janvier 2014, n° 331071, Assoc. Secrétariat International de la Laine, commentaire de Laurent Modave

Une association de droit anglais a vendu les locaux qu'elle possédait à Paris et dans lequel elle exerçait une activité de promotion auprès des consommateurs français de produits à base de laine vierge utilisant le label Woolmark®. Elle a spontanément acquitté le prélèvement du tiers prévu à l'article 244 bis A du code général des impôts sur le montant de la plus-value réalisée, mais en a ultérieurement demandé la restitution en invoquant le caractère discriminatoire de cette imposition à laquelle n'aurait pas été assujettie une association de droit français ayant une activité comparable.

Il est vrai que la convention entre la France et le Royaume-Uni du 22 mai 1968 comporte une clause de non-discrimination conforme au modèle OCDE, et qu'à propos de la convention franco-grecque, qui contient une clause de non-discrimination similaire, le Conseil d'État a jugé qu'un établissement public grec sans but lucratif ne peut pas être soumis au prélèvement de l'article 244 bis A du code général des impôts, dès lors qu'un établissement public français de même nature qui procède à la cession d'un immeuble en France n'est pas assujetti à l'impôt à raison de l'éventuelle plus-value⁸. Cette solution repose sur une assimilation de la nationalité à la résidence pour l'application aux personnes morales de la clause de non-discrimination car, en droit français, c'est le lieu du siège social qui détermine leur nationalité.

En l'espèce, la question se posait toutefois en des termes différents, dans la mesure où il y avait un débat sur le caractère lucratif de l'activité exercée en France par l'association. Or, une association française exerçant une activité lucrative est soumise à ce titre aux impôts commerciaux, et notamment à l'impôt sur les sociétés. La différence de traitement invoquée n'était donc pas celle relevée dans l'affaire Pinacothèque d'Athènes.

L'association avait en revanche déplacé le débat sur le terrain des modalités d'imposition. Elle soutenait tout d'abord qu'à supposer même que son activité soit considérée comme lucrative, il existait une discrimination fondée sur le fait qu'elle n'aurait pas pu déduire de la plus-value réalisée les charges qu'une association française similaire aurait pu déduire de son assiette imposable à l'impôt sur les sociétés. Ce moyen n'a pas prospéré faute pour l'association de justifier d'aucune charge susceptible de s'imputer sur la plus-value de cession, de manière à

réduire, comme c'eût été le cas en matière d'impôt sur les sociétés, l'assiette du prélèvement du tiers⁹.

Mais l'association soutenait également – et c'est l'argument principal du pourvoi – que le prélèvement de l'article 244 bis A, qui est payé lors de la cession, induit un désavantage en trésorerie par rapport à l'impôt sur les sociétés, qui n'est quant à lui acquitté que plusieurs mois après la cession du bien immobilier.

Le Conseil d'État ne s'est pas prononcé sur cette question, car l'association requérante invoquait ce moyen pour la première fois en cassation. Or, un moyen tiré du non-respect d'une convention internationale n'est pas d'ordre public et est dès lors irrecevable s'il est présenté pour la première fois en cassation¹⁰.

On peut regretter que le Conseil d'État n'ait pas eu à se prononcer sur l'existence d'une discrimination fondée sur la précocité du paiement du prélèvement par rapport à l'impôt sur les sociétés. La solution n'est certes pas acquise, car il a été jugé que le désavantage de trésorerie impliqué par une retenue à la source ne constitue pas une discrimination suffisamment caractérisée du fait des acomptes que les sociétés ayant leur siège en France doivent verser en matière d'impôt sur les sociétés¹¹. Mais en l'espèce, le moyen était tout à fait sérieux et même bien fondé, selon le rapporteur public, car les acomptes d'impôt sur les sociétés peuvent se révéler durablement inférieurs au montant du prélèvement, qui porte en effet sur une plus-value, c'est-à-dire sur un montant souvent élevé et à caractère généralement exceptionnel. On peut donc penser que le Conseil d'État ne manquera pas d'être à nouveau saisi de ce moyen.

C. Procédures fiscales

Plus-values immobilières des particuliers : le droit de reprise de l'administration s'exerce dans les conditions prévues en matière d'IR

CE, 8^e et 3^e ss.-sect., 23 octobre 2013, n° 361233, M. Bouteloup, commentaire de Laurent Modave

À l'occasion de la vente en septembre 2005 d'un appartement dont il était propriétaire, un particulier a réalisé une plus-value pour laquelle il a revendiqué le bénéfice de l'exonération prévue à l'article 150 U du code général des impôts, en déclarant, dans l'acte de cession, qu'il s'agissait de sa résidence principale. À la suite d'un contrôle sur pièces, l'administration a estimé qu'il ne s'agissait pas de la résidence principale de l'intéressé et a remis en cause cette exonération.

⁹ Pour l'application de l'article 244 bis A dans sa rédaction actuelle, la portée d'un tel argument serait sans doute très faible, car le prélèvement du tiers s'impute sur l'impôt sur les sociétés dû par le contribuable au titre de la plus-value réalisée, l'excédent éventuel étant restitué au contribuable s'il est résident d'un État de l'Union européenne ou d'un État lié à la France par convention d'assistance administrative. L'imposition finale n'excède donc pas l'impôt sur les sociétés dû au titre de la plus-value de cession.

¹⁰ CE, 16 janvier 1995, n° 112746.

¹¹ CE, 9 mai 2012, n° 342221 et n° 342222 ; CE, 29 octobre 2012, n° 352209.

⁸ CE, 5 juillet 2010, n° 309693, Pinacothèque d'Athènes.

Pour contester les suppléments d'impôt correspondants, le contribuable invoquait notamment l'expiration du délai de reprise de l'administration. Ce moyen de cassation portait sur l'application des règles de prescription applicables à l'imposition des plus-values immobilières : s'agit-il des règles de l'article L. 180 du livre des procédures fiscales relatives aux droits d'enregistrement ou de celles de l'article L. 169 relatives à l'impôt sur le revenu ? Le délai de reprise est dans les deux cas de trois ans, mais le point de départ diffère : il s'agit, pour les droits d'enregistrement, de la date d'enregistrement de l'acte, alors qu'il s'agit en matière d'impôt sur le revenu, de l'année au titre de laquelle l'imposition est due. L'argumentation du contribuable s'appuyait principalement sur les dispositions du II de l'article 150 VH qui renvoient, pour les « règles d'exigibilité et de recouvrement » de l'imposition de la plus-value, aux règles applicables aux droits d'enregistrement.

Pour trancher cette question, la décision commentée commence par rappeler qu'il résulte des dispositions de l'article 150 U du code général des impôts que les plus-values immobilières des particuliers sont passibles de l'impôt sur le revenu. L'article 150 VH du code général des impôts, en prévoyant qu'il est fait application, le cas échéant, des règles d'exigibilité et de recouvrement prévues au titre IV du LPF et aux articles 1701 à 1711 du même code, se borne à préciser les modalités de paiement de l'impôt sur la plus-value, qui intervient lors du dépôt de la déclaration prévue à l'article 150 VG. À l'exception de ces conditions particulières de recouvrement, le Conseil d'État juge que l'article 150 VH ne saurait être interprété comme ayant entendu soumettre les plus-values immobilières à des règles dérogatoires à celles applicables à l'impôt sur le revenu. Par suite, conclut-il, le droit de reprise de l'administration s'exerce, s'agissant de l'impôt sur le revenu afférent aux plus-values immobilières des particuliers, non dans les conditions de l'article L. 180 du livre des procédures fiscales applicable aux droits d'enregistrement, mais selon les dispositions de l'article L. 169 du même livre applicable à l'impôt sur le revenu, c'est-à-dire jusqu'à la fin de la troisième année suivant celle au titre de laquelle l'impôt sur le revenu est dû.

Cet arrêt précise également, de façon inédite dans ce contexte, que la mention, dans un acte notarié, de la nature et du fondement de l'exonération d'imposition sur la plus-value de cession de la résidence principale dont prétend bénéficier le cédant ne constitue pas, à elle seule, en l'absence de tout élément précis et circonstancié sur les motifs de droit ou de fait qui justifient cette qualification, une « mention expresse », au sens de l'article 1732 du code général des impôts, susceptible de dispenser le contribuable de l'application des intérêts de retard. Les mentions contenues dans l'acte doivent, pour cela, permettre à l'administration d'exercer un minimum de vérification.