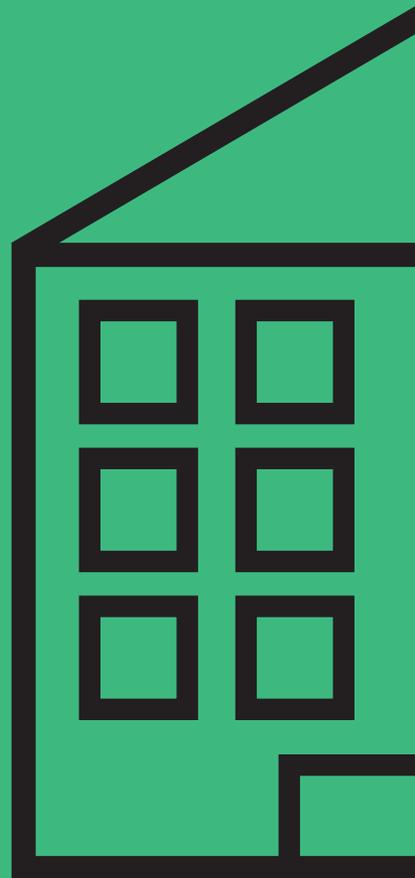
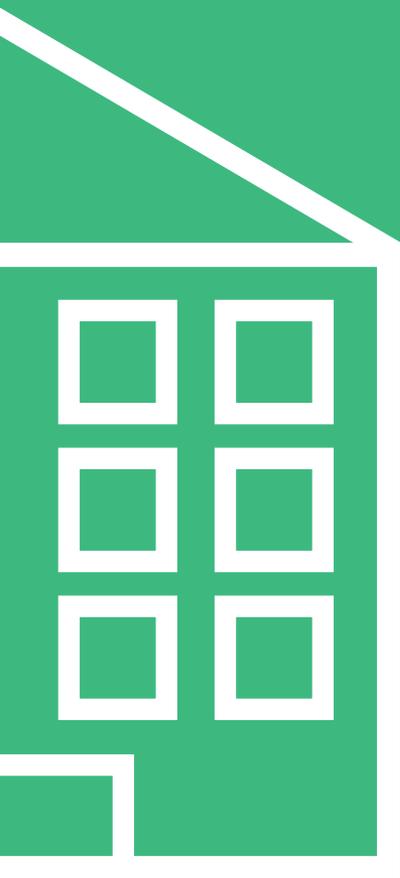


# Actualité immobilière

ÉDITION 2019



LPA-CGR avocats

# Édito

C'est une année sans remous jurisprudentiels qui vient de s'écouler.

Certes, quelques arrêts significatifs ont été rendus, prohibant la pratique de régularisation d'une promesse de vente sans mention de la superficie ou encore, pour dire que les clauses limitatives de réparation s'appliquent en cas de résolution du contrat.

Mais l'important est ailleurs.

C'est le législateur qui fait, sans nul doute, l'actualité de cette année 2018, en promulguant deux lois, issues d'une réflexion inédite, qui repose sur la confiance.

Elle est le «C» de la loi Essoc du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance, et sous-jacente dans la loi ELAN, portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, promulguée le 24 novembre dernier.

Résolument facilitatrice, la loi ELAN s'oppose aux lois Alur et Pinel, qui l'ont précédée en innovant sans bouleverser, à travers, à titre d'exemple, le bail mobilité, la vente en l'état futur d'inachèvement ou encore le logement évolutif.

Ainsi, si le législateur ne répond pas à la stabilité législative attendue en immobilier, il imprime en revanche une souplesse (in)espérée, satisfaisant le vœu formé il y a un an sur cette même page, d'une législation pragmatique.

L'année qui s'ouvre verra naître différents décrets et ordonnances afin d'affiner les dispositions de ces lois. 2019 sera également l'occasion de mûrir de nouvelles réformes ; parmi elles figurera la révision de la loi fondatrice de la copropriété de 1965 ainsi que la réforme de la publicité foncière à la suite du dépôt à la Chancellerie du rapport Aynès intitulé « Modernisation de la publicité foncière », le 12 novembre 2018.

Débutons donc cette année en nous lançant le défi auquel ces changements nous invitent : que 2019 soit une année créative et agile !

**Le département immobilier de LPA-CGR avocats**

# Sommaire

## 1. Investissement - Financement \_\_\_\_\_ 4

- 1.1. Vente et avant-contrat \_\_\_\_\_ 4
- 1.2. Propriété - Servitude \_\_\_\_\_ 4
- 1.3. Sociétés immobilières \_\_\_\_\_ 5
- 1.4. Financement et garantie \_\_\_\_\_ 6
- 1.5. Investissement résidentiel \_\_\_\_\_ 7
- 1.6. Investissement hôtelier \_\_\_\_\_ 8
- 1.7. Propriété publique \_\_\_\_\_ 8
- 1.8. Fiscalité de l'investissement \_\_\_\_\_ 9

## 2. Promotion - Développement - Environnement et développement durable \_\_\_\_\_ 13

- 2.1. Responsabilité des constructeurs \_\_\_\_\_ 13
- 2.2. Assurances \_\_\_\_\_ 14
- 2.3. VEFA \_\_\_\_\_ 14
- 2.4. Marché de travaux - Sous-traitance \_\_\_\_\_ 15
- 2.5. Urbanisme \_\_\_\_\_ 16
- 2.6. Environnement \_\_\_\_\_ 19
- 2.7. Développement durable \_\_\_\_\_ 20
- 2.8. Fiscalité du développement \_\_\_\_\_ 22

## 3. Gestion - Profession \_\_\_\_\_ 23

- 3.1. Le bail commercial \_\_\_\_\_ 24
- 3.2. Les baux résidentiels \_\_\_\_\_ 24
- 3.3. Copropriété et association syndicale \_\_\_\_\_ 28
- 3.4. Agent immobilier \_\_\_\_\_ 31
- 3.5. Diagnostiqueur \_\_\_\_\_ 32
- 3.6. Autres professions immobilières \_\_\_\_\_ 32
- 3.7. Relations sociales \_\_\_\_\_ 33
- 3.8. Fiscalité de la gestion \_\_\_\_\_ 33

## 4. Un regard sur l'actualité immobilière de nos bureaux étrangers \_\_\_\_\_ 35

- 4.1. Au Maroc \_\_\_\_\_ 35
- 4.2. En Asie \_\_\_\_\_ 36

# 1. Investissement-Financement

## 1.1. Vente et avant-contrat

### AVANT-CONTRAT

#### ABSENCE DE SUPERFICIE DANS LA PROMESSE DE VENTE

Lorsque la promesse de vente ne comporte pas la mention de la superficie de la partie privative des lots vendus, seule la signature de l'acte authentique constatant la réalisation de la vente entraîne la déchéance du droit à engager ou à poursuivre une action en nullité de la promesse ou du contrat qui l'a précédée, fondée sur l'absence de mention de cette superficie (*Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 22 novembre 2018*).

Par cet arrêt, la 3<sup>ème</sup> chambre de la Cour de cassation vient mettre un terme à une pratique admise par la Cour d'appel de Paris qui consistait en la régularisation de l'avant-contrat en le complétant d'un additif de même valeur juridique. La Cour d'appel estimait ici que le certificat de mesurage signé par les parties avant la vente et sur lequel elles ont porté la mention « *pris connaissance* » valait régularisation conventionnelle de l'avant-contrat, lequel formait avec le certificat signé un ensemble manifestement indissociable et un même contrat.

Cette pratique est désormais prohibée et la décision de la Cour de cassation confirme la rigueur traditionnelle des juges sur l'application de la loi Carrez en appliquant strictement l'article 46 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis.

### VENTE

#### AGISSEMENT DOLOSIF DU REPRÉSENTANT DU VENDEUR

Les manœuvres dolosives du représentant du vendeur, qui n'est pas un tiers au contrat, engagent la responsabilité du vendeur et ce peu importe qu'il ne soit pas démontré que le vendeur ait eu connaissance des agissements de son représentant (*Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 5 juillet 2018*).

Cette solution a été rendue sous le visa de l'article 1116 du Code civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016. Cependant, elle a vocation à s'appliquer également sous l'empire des nouveaux textes car l'article 1138 du Code civil précise que le dol est également constitué s'il émane

d'un certain nombre de tiers au contrat limitativement énuméré et notamment du représentant du contractant.

#### RÉSOLUTION DU CONTRAT ET CLAUSES LIMITATIVES DE RÉPARATION

En cas de résolution d'un contrat pour inexécution, les clauses limitatives de réparation des conséquences de cette inexécution demeurent applicables (*Cass. com., 7 février 2018*).

Cette décision constitue un important revirement de jurisprudence. En effet, depuis une décision de 2010, la Cour de cassation estimait que la résolution de la vente emportait anéantissement rétroactif du contrat et remise des choses en leur état antérieur, et qu'en conséquence il n'y avait pas lieu d'appliquer les clauses limitatives de réparation.

Cette solution, rendue sous l'empire des dispositions du Code civil antérieures à la réforme du droit des obligations, permet donc aux clauses limitatives de réparation de s'ajouter à la liste des clauses survivant au contrat telles que les clauses pénales, clauses compromissaires, clauses de non-concurrence ou encore les clauses attributives de compétences. Il convient de noter que le nouvel article 1230 du Code civil dresse désormais une liste de clauses qui ne sont pas affectées par la résolution du contrat sans y inclure les clauses limitatives de réparation. Toutefois la doctrine semble s'accorder pour considérer que cette liste n'est pas exhaustive. À la Cour de cassation de confirmer.

## 1.2. Propriété – Servitude

### PROPRIÉTÉ

#### PUBLICITÉ FONCIÈRE

Issue principalement des décrets n° 55-22 du 4 janvier et n° 55-1350 du 14 octobre 1955, la publicité foncière a pour principale finalité de rendre opposables aux tiers les transferts de propriété et de porter à leur connaissance les actes juridiques susceptibles de modifier la situation des immeubles. Elle permet de sécuriser les transactions immobilières et les financements bancaires octroyés.

Toutefois, les corrections et les annotations apportées par le service de la publicité foncière concernant des références cadastrales erronées ne peuvent pas avoir pour effet de modifier la nature ou l'assiette du droit de propriété consacré dans ces actes, étant donné que la publicité foncière n'est pas constitutive de droits (*Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 18 octobre 2018*).

## POUR ALLER PLUS LOIN

Le 12 novembre 2018, la Commission de réforme de la publicité foncière a remis son rapport intitulé « Pour une modernisation de la publicité foncière » au ministre de la Justice. Ce rapport rappelle les origines, les finalités et le fonctionnement de la publicité foncière, puis il présente plusieurs propositions de modifications législatives, à la fois sur le fond (pour en renforcer l'efficacité) et sur la forme (pour en renforcer l'accessibilité) dans le but de moderniser le système actuel de la publicité foncière. Parmi ses nombreuses propositions la Commission souhaite notamment « hiérarchiser les fonctions de la publicité foncière », en tant qu'instrument de sécurité juridique, afin que le fichier immobilier se recentre sur les informations génératrices de conflits ou ayant des incidences sur la sécurité du commerce immobilier. Elle propose également d'abandonner l'exigence de publication des droits personnels assimilés à des droits réels (tels que les baux de plus de douze ans ou les contrats de promotion immobilière) et d'assortir la publicité des promesses unilatérales et des pactes de préférence de l'opposabilité aux tiers, en laissant néanmoins les parties libres d'y renoncer.

## CONSTRUCTION SUR LE SOL D'AUTRUI

Dans un arrêt rendu le 17 mai 2018, la Cour de cassation réaffirme le caractère exclusif et perpétuel du droit de propriété en rejetant le pourvoi de l'auteur d'une construction sur le terrain d'autrui, tout en admettant expressément que les mesures d'expulsion et de démolition prononcées constituent une ingérence dans le droit au respect du domicile que protège l'article 8 de la Convention EDH.

La Cour de cassation décide que ladite ingérence est justifiée sur le fondement des articles 544 et 545 du Code civil, qu'elle vise à garantir au propriétaire le droit au respect de ses biens, lui-même protégé par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et par l'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel n° 1 à la Convention EDH. Elle juge ainsi que la démolition d'un bien construit sur le terrain d'autrui et l'expulsion de son occupant (bien qu'agé de 87 ans) n'est pas disproportionnée eu égard à la gravité de l'atteinte portée au droit de propriété car seules ces mesures permettent au propriétaire de recouvrer la plénitude de son droit sur le bien. Cet arrêt est novateur car il se prononce sur le juste équilibre entre d'une part le droit au respect des biens et d'autre part le droit au respect de la vie privée et du domicile qui en est une composante (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 17 mai 2018).

## ACHAT D'UN BIEN EN INDIVISION

Des concubins avaient acquis en indivision deux parcelles aux fins de réaliser sur l'une d'elles un lotissement et d'édifier sur l'autre leur maison d'habitation. L'acquisition du foncier et la création du lotissement s'étaient faites par un financement à parts égales. En revanche, l'acquisition de la maison d'habitation avait eu lieu avec un financement déséquilibré, puisque l'un s'acquitta de 46,24% du coût de la construction, tandis que l'autre prit personnellement en charge 31,22% dudit coût, le surplus étant financé par un compte commun alimenté de façon équivalente. Pour autant, la seule répartition des droits mentionnée dans les actes était celle relative à l'acquisition des terrains qui avait été faite pour moitié par chaque indivisaire. À l'occasion d'une action en liquidation et partage de l'indivision, la Cour de cassation rappelle que les personnes qui achètent un bien en indivision en ont acquis la propriété, sans qu'il y ait lieu d'avoir égard à la façon dont cette acquisition a été financée. Ils acquièrent la propriété dans les proportions fixées par le titre de propriété, quelles que soient les modalités du financement. Le titre prévaut sur le financement, sans préjudice cependant des créances pouvant exister entre époux du fait de cette situation (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 janvier 2018).

## SERVITUDE

La création dans une ZAC d'une servitude de passage dont le fonds dominant de la servitude de plusieurs centaines de logements, est susceptible de constituer une aggravation de la servitude de passage existante, et ainsi de donner lieu au paiement de dommages et intérêts, sur le fondement de l'article 702 du Code civil (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 14 juin 2018).

## 1.3. Sociétés immobilières

### PROJET DE LOI PACTE - SCPI

Le projet de loi relatif au plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises, dite « loi PACTE » a été adopté en première lecture à l'Assemblée Nationale le 9 octobre 2018 (Texte AN n° 179). Ce projet de loi vise notamment à assouplir le régime juridique des SCPI dont l'objet social pourrait être étendu à la détention, à titre accessoire, de biens meubles et meublants permettant ainsi aux SCPI d'équiper leurs immeubles sans l'intervention de tiers. Le projet de loi vise également à faciliter la détention de titres par les SCPI en supprimant la prohibition qui leur est faite aux termes de l'article L. 214-115 du Code monétaire et financier de détenir les titres d'une SCI qui détient elle-même une SCI.

Enfin, afin de faciliter les investissements des SCPI à l'étranger sous forme de participations indirectes, les SCPI pourraient être autorisées à détenir des parts de sociétés de personnes autres que celles visées par les dispositions actuelles ainsi que des actions de sociétés de capitaux non admises sur un marché réglementé. Le projet de loi PACTE sera soumis au Sénat en janvier 2019. En cas d'adoption, les conditions et modalités d'application des mesures précitées devront faire l'objet de décrets d'applications.

#### **DISPENSE D'ÉTABLIR UN RAPPORT DE GESTION**

La loi n° 2018-727 du 10 août 2018 a introduit une dispense à l'établissement d'un rapport de gestion pour les petites sociétés commerciales. Conformément aux articles L. 123-16 du Code de commerce, sont qualifiées de petites entreprises, celles qui à la clôture de leur dernier exercice ne dépassent pas deux des trois seuils suivants: total du bilan de 4 millions d'euros, chiffre d'affaires net de 8 millions d'euros et effectif moyen de 50 salariés. Cette dispense ne s'applique néanmoins pas aux sociétés visées à l'article L.123-16-2 du Code de commerce, visant entre autres les sociétés de gestion de titres de participation ou de valeurs mobilières.

#### **Précision des modalités de participation des associés aux décisions collectives dans les SARL**

Le décret n° 2018-146 du 28 février 2018 est venu préciser aux termes des nouveaux articles R.223-20-2 et R.223-20-3 du Code de commerce, les conditions de forme et de délai selon lesquelles un associé d'une SARL détenant au minimum 5% des parts sociales pourra obtenir l'inscription de projets de résolutions à l'ordre du jour d'une assemblée générale. Ce droit est de nature à accroître le formalisme encadrant les SARL dans la mesure où lorsqu'un associé souhaitera l'exercer, la société sera tenue de l'informer de la tenue d'une assemblée générale suffisamment en amont afin que celui-ci puisse adresser son projet de résolutions au moins 25 jours avant sa tenue. Il convient de rappeler que ce droit de participation introduit par loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de l'économie, dite « loi Sapin 2 », est d'ordre public.

#### **PRESCRIPTION DE L'ACTION EN NULLITÉ EN CAS D'ABUS DE MAJORITÉ**

La Cour de cassation précise que l'action en nullité d'une délibération d'assemblée générale fondée sur un abus de majorité ne relève pas de la prescription quinquennale de droit commun applicable aux abus de droits, mais de la prescription triennale spécifiquement applicable au droit des sociétés (*Cass. com., 30 mai 2018*).

## **1.4. Financement et garantie**

### **SURVIE DU PRIVILÈGE DE PRÊTEUR DE DENIERS EN CAS DE NULLITÉ D'UNE VENTE**

La Cour de cassation a considéré que l'obligation inhérente au contrat de prêt annulé demeurait tant que les parties n'ont pas été remises en l'état antérieur à la conclusion de leur convention, de sorte que l'hypothèque ou le privilège en considération duquel ce prêt avait été consenti subsistait jusqu'à l'extinction de cette obligation (*Cass. civ., 2<sup>ème</sup>, 26 octobre 2017*).

Cette solution de reporter la sûreté sur l'obligation de restitution, a par ailleurs été consacrée dans le nouvel article 1352-9 du Code civil.

### **INTÉRÊT SOCIAL D'UNE SCI ET ASSOCIÉ**

Du fait de sa nature de société de personnes et des relations unissant une SCI à ses associés, la constitution de sûretés, et notamment les cautionnements hypothécaires octroyés par les SCI sur leurs biens immobiliers en garantie des obligations de leurs associés, sont régulièrement annulés par les juges en raison de leur contrariété à l'intérêt social de la SCI.

La Cour de cassation a néanmoins pu retenir, dans un arrêt non publié, qu'en égard à la très grande communauté d'intérêts entre l'associé et la SCI, qui avait acquis le bien immobilier à la seule fin de permettre à son associé de conserver son logement, et en considération du fait que l'associé, en contrepartie, remboursait des concours afférents à l'immeuble appartenant à la SCI qu'il désendettait ainsi, qu'il n'y avait pas de contrariété de l'engagement de la SCI à son intérêt propre (*Cass. civ., 2<sup>ème</sup>, 6 septembre 2018*).

### **LOI PACTE**

Le projet de loi relative à la croissance et la transformation des entreprises (dite "loi PACTE") a été adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 9 octobre 2018, et doit désormais être examiné par le Sénat en janvier 2019.

Ce projet de loi prévoit notamment l'introduction dans le Code civil de la cession de créance à titre de garantie, l'extension des sûretés pouvant être établies sous forme électronique et l'élargissement des cas dérogatoires à la prohibition des hypothèques de biens à venir.

## 1.5. L'investissement résidentiel

### DROIT DE PRÉEMPTION DU LOCATAIRE

La nullité de la vente à un tiers prononcée en raison de la nullité des offres de vente délivrées aux locataires au visa de l'article 10-I de la loi du 31 décembre 1975 dans le cadre d'une vente par lots, n'a pas pour effet de substituer les locataires dans l'acte de vente annulé. La société en charge de la vente par lots n'est pas tenue d'émettre de nouvelles offres de vente à la suite de cette annulation de la vente (*Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 avril 2018*).

### L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Toute solution contraire à celle retenue ici par la Cour de cassation porterait une atteinte excessive au droit de propriété du vendeur et à sa liberté contractuelle ; la solution est bien établie, mais de telles demandes demeurent malgré tout nombreuses.

### ACCORDS COLLECTIFS DE LOCATION

La mise en vente de plus de dix lots dans un immeuble, peu important la durée de cette vente, déclenche l'application de l'accord collectif de location. C'est la position que la Haute Cour retient dans cette décision rendue au visa de l'accord collectif du 9 juin 1998, pour dire que le liquidateur judiciaire de la société bailleuse, qui n'agissait pas en son nom personnel, était tenu de respecter les dispositions dudit accord en cas de délivrance d'un congé pour vendre. La Cour précise au passage que l'application de l'accord collectif n'est pas conditionnée à la situation *in bonis* du bailleur.

La Cour de cassation confirme ainsi une position déjà adoptée dans une précédente décision rendue cette fois sous l'empire de l'accord collectif du 16 mars 2005 (*Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 18 janvier 2012*) selon laquelle ledit accord doit être respecté dès lors qu'il s'agit de la même opération de vente étalée dans le temps, peu important le délai séparant la dernière vente du congé délivré au locataire (*Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 13 septembre 2018*). En l'espèce, douze ans séparaient la délivrance du premier et du dernier congé dans le même immeuble. Cette décision appelle donc à la plus grande prudence.

### CE QUE CHANGE LA LOI ELAN :

Le 16 octobre 2018, le projet de loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (ELAN) a été définitivement adopté par le Sénat après avoir été voté de manière définitive en séance publique par l'assemblée nationale le 3 octobre 2018.

La loi n° 2018-1021 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, publiée au Journal officiel le 24 novembre 2018, compte 234 articles et poursuit deux objectifs principaux tendant à :

- lever les blocages en adaptant les dispositions de la loi en fonction de la destination et de la taille des copropriétés,
- adapter les règles d'organisation et de gouvernance de la copropriété et celles relatives à la prise de décision par le syndic.

La loi ELAN réforme de nombreux domaines tels que la construction, l'urbanisme, la location, le logement social, la rénovation énergétique mais également le droit de la copropriété. L'essentiel des modifications législatives impactant le secteur privé, sont décrites au fil de cette brochure.

En matière d'investissement résidentiel, les mesures suivantes méritent plus particulièrement d'être retenues.

### USUFRUIT LOCATIF SOCIAL ET INTERMÉDIAIRE

Il est organisé depuis la loi ENL du 13 juillet 2006, un régime locatif dérogatoire, favorable au bailleur, en cas de démembrement de propriété de logements locatifs aux articles L253-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation. Le caractère d'ordre de ces dispositions a été circonscrit aux logements locatifs sociaux définis à l'article L. 302-5 du même code ainsi qu'aux logements locatifs intermédiaires tels que définis à l'article L. 302-16 dudit code. Dans le champ locatif du secteur privé, ce régime locatif pourrait en conséquence être écarté, si les parties le souhaitent...

### VENTE DE LOGEMENTS RELEVANT DU PARC HLM

Trois mesures méritent tout particulièrement l'attention. La vente du parc HLM a été simplifiée avec la création de société de vente d'HLM dont l'objet social est strictement limité à l'acquisition et l'entretien en vue de leur vente, des biens immobiliers appartenant aux OPH et sociétés d'HLM, aux SEM agréées de logement social et aux Organismes titulaires de l'agrément maîtrise d'ouvrage.

La procédure de vente a par ailleurs été allégée : l'exigence d'autorisation préfectorale préalable est supprimée, la convention d'utilisation sociale vaut en principe autorisation de vente sauf si le logement n'y est pas mentionné ou si la vente entraîne une diminution excessive du parc du bail dont le seuil est fixé à 30 %. Le prix de vente des logements est fixé librement par l'organisme HLM vendeur sans consultation du maire ni de France domaine.

Les logements PLS construits ou acquis depuis plus de 15 ans pourront dorénavant être cédés en bloc (libres ou occupés) à des personnes morales de droit privé sans respect préalable de droit de priorité des éventuels locataires en place.

## 1.6. Investissement hôtelier

### DROIT DE PRÉEMPTION

D'après une réponse ministérielle du 13 novembre 2018 (AN 13-11-2018 n° 9737), le droit de préemption du locataire d'un local à usage commercial ou artisanal créé par l'article L.145-46-1 du Code de commerce s'applique à la vente d'une résidence étudiante, hôtelière ou aux EHPAD dès lors que l'exploitant de la résidence ou de l'établissement met à disposition des sous-locataires trois au moins des quatre prestations suivantes : le petit déjeuner, le nettoyage régulier des locaux, la fourniture de linge de maison et la réception, même non personnalisée, de la clientèle (article 261 D du Code général des impôts).

Alors que certains auteurs considèrent que l'application du droit de préemption dépend de l'usage des locaux au titre du bail sans qu'il y ait lieu d'étudier l'activité exercée dans les locaux, la réponse ministérielle indique qu'il faut apprécier l'activité exercée par l'exploitant pour déterminer si le droit de préemption est applicable.

En l'occurrence, la réponse ministérielle précise que le droit de préemption s'appliquera si, en sus de la sous-location de logements à usage d'habitation, l'exploitant met à disposition trois des quatre services précités, qui revêt donc une nature commerciale.

### NULLITÉ DU CONTRAT DE LOCATION-GÉRANCE ET RENOUVELLEMENT DU BAIL

Le contrat de location-gérance fait l'objet d'un encadrement normatif précis dans le Code de commerce, lequel exige comme condition de validité

que le loueur exploite personnellement pendant au moins deux années le fonds avant de le mettre en gérance. À défaut, le contrat est frappé de nullité.

Par cet arrêt du 22 mars 2018 (Cass. Civ., 3<sup>ème</sup>, 22 mars 2018), la Cour de cassation a statué sur l'incidence de la nullité d'un tel contrat sur le bail commercial portant sur les locaux au sein desquels le fonds de commerce est exploité sous le régime de la location-gérance.

En l'espèce, le bailleur a délivré au preneur un congé avec refus de renouvellement sans indemnité d'éviction, en invoquant l'absence d'exploitation personnelle du fonds de commerce pendant au moins deux années avant sa mise en gérance.

La Cour d'appel a considéré que le motif invoqué par le bailleur peut certes entraîner la nullité du contrat de location-gérance, mais ne constitue pas un motif grave et légitime privatif d'une indemnité d'éviction, dès lors que le bailleur ne rapporte pas la preuve du préjudice subi.

La Haute Juridiction casse l'arrêt d'appel et applique rigoureusement les dispositions du Code de commerce en rappelant que le contrat de location-gérance consenti par le preneur sans avoir exploité préalablement pendant au moins deux années le fonds mis en gérance est sanctionné par la nullité absolue et entraîne la déchéance du droit au renouvellement du bail des locaux concernés.

Le preneur à bail est ainsi doublement sanctionné : il doit non seulement subir la nullité du contrat de location-gérance, mais aussi la déchéance de son droit au renouvellement. Cette lourde sanction devrait inciter les loueurs à respecter les conditions de validité du contrat de location-gérance requises par la loi, dont l'esprit est de lutter contre une certaine forme de spéculation qui consisterait pour un investisseur à se porter acquéreur du fonds de commerce pour aussitôt les faire exploiter par d'autres.

## 1.7. Propriété publique

### PUBLICATION DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Le Code de la commande publique a été publié le 5 décembre 2018 au Journal officiel. Il regroupe l'ensemble des règles applicables aux contrats de la commande publique et intègre notamment les dispositions relatives à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, à la sous-traitance et aux délais de paiement.

L'entrée en vigueur est prévue au 1<sup>er</sup> avril 2019.

## UTILISATION COMMERCIALE D'UN BIEN DU DOMAINE PUBLIC

Si l'utilisation à des fins commerciales d'un bien du domaine public n'implique pas une occupation ou une utilisation du bien qui excède le droit d'usage appartenant à tous, l'opération ne peut pas être assimilée à une utilisation privative du domaine publique (*Conseil d'État, 13 avril 2018*).

## DOMAINE PUBLIC MARITIME

En principe et conformément aux articles L. 2132-3 et L. 2111-4 du CGPPP, l'implantation de constructions, ouvrages et autres aménagements sur le domaine public maritime est interdite. Ce principe connaît une exception lorsque les implantations sont comprises au-dessus du domaine public maritime et qu'elles ne font pas obstacle à son utilisation (*Conseil d'État, 6 juin 2018*).

## LE MONTANT DE LA REDEVANCE, UN CRITÈRE DE SÉLECTION DES OFFRES

Dans le cadre de la passation d'une convention de délégation de service public, qui porte également occupation du domaine public, le montant de la redevance versé à la collectivité délégante peut être pris en compte parmi les critères de sélection des offres, afin de rechercher la valorisation optimale du domaine public (*Conseil d'État, 17 septembre 2018*).

## 1.8. Fiscalité de l'investissement

### ACTUALITÉ LEGISLATIVE

Les nouveautés fiscales de 2019 sont dispersées, dans pas moins de 5 lois, la principale étant la loi n° 2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances pour 2019, publiée au JORF du 30 décembre 2018 (« *LF pour 2019* »).

### NOUVELLES RÈGLES DE LIMITATION DE LA DÉDUCTION DES INTÉRÊTS (ARTICLE 34 DE LA LF POUR 2019)

La LF pour 2019 prévoit une refonte des règles de déduction fiscale des intérêts : les limitations actuelles tenant au taux maximum d'intérêts déductible (*article 39-1-3° du CGI*) et à l'imposition minimale des intérêts au niveau du créancier (*article 212 I b du CGI*) sont maintenues en l'état. En revanche, les limitations relatives aux règles de sous-capitalisation (*article 212 II du CGI*), au rachat (*article 212 bis du CGI*) sont abrogées et remplacées par le dispositif ci-dessous.

Les charges financières nettes (après application de la limitation du taux d'intérêt maximum déductible et de l'imposition minimale du créancier) sont désormais déductibles dans la limite du plus élevé des deux montants suivants : 3 millions d'euros ou 30% de l'EBITDA fiscal (EBITDA fiscal correspondant au résultat fiscal – avant imputation des déficits – corrigé des charges financières nettes, des amortissements, des provisions pour dépréciation nettes des reprises et de certains gains ou pertes nets exonérés ou soumis à un taux réduit).

Par exception, si la société est sous-capitalisée (i.e. la moyenne des sommes mises à disposition par les entreprises liées est supérieure à 1,5 fois les fonds propres), la déduction fiscale des charges financières nettes est davantage réduite par un calcul en deux temps : (i) les charges financières sont déductibles dans la limite d'une fraction du plafonnement général de 30% de l'EBITDA fiscal ou de 3 M€ (fraction obtenue en multipliant le plafond général par le rapport existant entre, au numérateur, les emprunts auprès des sociétés non liées plus 1,5 fois les fonds propres, et au dénominateur le total des emprunts) ; (ii) le solde des charges financières non excédant le plafonnement général peut être déduit dans la limite d'un plafonnement renforcé (10% de l'EBITDA fiscal ou 1 M€ multiplié par le rapport existant entre au numérateur, les emprunts auprès des sociétés liées excédant 1,5 fois les fonds propres et, au dénominateur, le total des emprunts).

S'agissant des groupes fiscalement intégrés, cette nouvelle limitation sera applicable au niveau du groupe uniquement.

Les intérêts non déductibles au titre d'un exercice sont reportables sur les exercices ultérieurs sans limitation de durée. Toutefois les charges financières nettes non déduites selon le plafonnement renforcé ne sont reportables en avant que pour le tiers de leur montant.

Ce nouveau dispositif est applicable aux exercices ouverts à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2019.

### L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Les emprunts bancaires garantis par des sociétés liées ne sont plus assimilés à des emprunts auprès de sociétés liées ce qui devrait permettre d'introduire plus de souplesse dans la mise en place des suretés et garanties octroyées dans le cadre de financements bancaires.

### RÉGIME SIIC : HAUSSE DE L'OBLIGATION DE DISTRIBUTION DES PLUS-VALUES (ARTICLE 45 DE LA LF POUR 2019)

Les plus-values nettes réalisées par les SIIC et les filiales ayant opté pour le régime SIIC devront désormais être distribuées à hauteur de 70% (au lieu de 60%).

#### L'AVIS DE NOTRE EXPERT

L'écart continue de se creuser entre les obligations de distributions des SIIC, leurs filiales et les filiales d'OPCI ayant opté pour le régime SIIC d'une part, et des OPCIs d'autres part (les premières devant distribuer 95% des revenus locatifs, 70% des plus-values et 100% des dividendes contre 85%/50% et 100% pour les OPCIs).

### AMÉNAGEMENT DU RÉGIME DE L'INTÉGRATION FISCALE (ARTICLE 32 DE LA LF POUR 2019)

Tirant les conséquences de jurisprudences récentes de la CJUE, la LF pour 2019 modifie le régime de l'intégration fiscale et supprime notamment pour la détermination du résultat d'ensemble la neutralisation de l'imposition de la quote-part de frais et charges de 12% en cas de cession de titres intragroupe ou la neutralisation des abandons de créances et subventions consentis entre les sociétés membres du groupe. Certaines dispositions ont également pour objet de limiter les conséquences fiscales du Brexit sur les groupes.

### INTRODUCTION D'UNE CLAUSE GÉNÉRALE ANTI-ABUS EN MATIÈRE D'IMPÔT SUR LES SOCIÉTÉS (« IS ») (ARTICLE 108 DE LA LF POUR 2019)

Cette clause anti-abus générale transpose la clause anti-abus de la directive UE/2016/1164 du 12 juillet 2016 dite Directive ATAD.

Pour l'établissement de l'IS, l'administration pourra écarter un montage qui a été mis en place pour obtenir à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité du droit fiscal applicable, qui n'est pas authentique compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents.

Un montage est considéré comme non authentique dans la mesure où ce montage n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique.

La clause anti-abus générale n'est pas applicable aux opérations de fusions, scissions, apports partiels d'actifs bénéficiant du régime de faveur pour lesquelles une clause anti-abus spécifique existe déjà. Cette clause vient en revanche se substituer à la clause spécifique au régime mère-fille.

#### L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Cette clause générale anti-abus est applicable aux exercices ouverts à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2019 : des montages antérieurs au 1<sup>er</sup> janvier 2019 pourraient donc être écartés pour l'établissement de l'IS au titre d'exercices postérieurs à cette date.

### CRÉATION D'UNE NOUVELLE PROCÉDURE D'ABUS DE DROIT FISCAL PAR FRAUDE À LA LOI (ARTICLE 109 DE LA LF POUR 2019)

L'administration pourra ainsi désormais écarter les actes qui ont pour motif principal d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales alors que jusqu'à présent, seul un motif exclusivement fiscal permettait de mettre en œuvre la procédure d'abus de droit.

Cette nouvelle procédure ne peut pas se cumuler avec l'application de la clause anti-abus générale et s'applique aux rectifications notifiées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2021 portant sur des actes passés ou réalisés à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2020.

### MESURES INCITATIVES EN FAVEUR DE L'INVESTISSEMENT LOCATIF RÉSIDENTIEL

La LF pour 2019 pérennise plusieurs mesures incitatives en faveur de l'investissement locatif résidentiel.

Le dispositif dit « Pinel », permettant une réduction d'impôt sur le revenu lors de l'acquisition ou la construction de logements neufs destinés à la location, a été aménagé : prorogation de la dérogation transitoire pour les zones B2 et C (*article 187 de la LF pour 2019*); extension du dispositif aux communes couvertes par un contrat de redynamisation des sites de défense (*article 11 de la LF pour 2019*); élargissement aux logements faisant l'objet de travaux de rénovation ou de transformation sous condition de localisation (liste des communes présentant un besoin de réhabilitation fixée par un arrêté ministériel) et du montant des travaux (25% du coût total de l'investissement) (*article 226 de la LF pour 2019*); pérennisation du bénéfice de la réduction d'impôt pour les non-résidents ayant investi lorsqu'ils étaient résidents français (*article 188 de la LF pour 2019*).

Le dispositif Censi-Bouvard bénéficiant aux loueurs en meublé non professionnels, investissant dans des résidences accueillant des personnes âgées, handicapées et les résidences étudiantes, est prorogé de 3 ans (*article 186 de la LF pour 2019*).

Le dispositif « Cosse ancien » permettant une réduction des revenus fonciers (allant de 15% jusqu'à 85%) sous certaines conditions a été étendu par la loi n°2018-1021 du 23 novembre 2018, dite « loi ELAN » : suppression,

s'agissant de la zone C, de la condition d'intermédiation locale dans le cadre d'une convention avec l'Agence Nationale de l'Habitat et, rehaussement du plafond de déficit foncier imputable sur le revenu global jusqu'à 15 300€ (au lieu de 10 700 €) (*article 162 de la loi 2018-1021*).

#### **PRÉCISIONS CONCERNANT LE PLAFONNEMENT DES FRAIS ET COMMISSIONS DES INTERMÉDIAIRES (ARTICLE 189 DE LA LF POUR 2019)**

La LF pour 2018 a introduit un plafonnement du montant des frais et commissions directs et indirects imputés par certains intermédiaires lors de la vente de logements sous le dispositif Pinel. La LF pour 2019 apporte des précisions concernant ce mécanisme de plafonnement. Sont visés les frais et commissions versés par le promoteur ou le vendeur aux intermédiaires. Une estimation du montant des frais et commissions, ainsi que leur part dans le prix de revient, est communiquée à l'acquéreur lors de la signature du contrat de réservation et le montant définitif de ces frais et commissions doit figurer dans l'acte authentique d'acquisition du logement et tout dépassement du plafond est passible d'une amende administrative due par le vendeur co-signataire de l'acte authentique.

#### **ASSOUPLISSEMENT DU RÉGIME DES SCPI (ARTICLES 61 UNDECIES À 61 QUATERDECIES DU PROJET DE LOI PACTE)**

Le projet de loi PACTE prévoit la possibilité pour les SCPI de détenir à titre accessoire des meubles attachés à l'exploitation des immeubles sans que cela entraîne assujettissement de la SCPI à l'IS. Le projet de loi confirme également expressément la possibilité pour les SCPI de détenir indirectement un actif immobilier par l'intermédiaire d'une SCI de SCI.

Le projet de loi a été adopté par l'Assemblée Nationale le 10 octobre de 2018 et doit être examiné par le Sénat fin janvier / début février 2019.

#### **NOUVELLE CONVENTION FISCALE ENTRE LA FRANCE ET LE LUXEMBOURG**

La convention fiscale entre la France et le Luxembourg actuellement en vigueur a été signée le 1<sup>er</sup> avril 1958 et a été modifiée par quatre avenants dont le dernier est entré en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017.

Une nouvelle convention fiscale a été signée le 20 mars 2018 et procède à une refonte globale de la convention fiscale conformément aux dernières normes de l'OCDE publiées en novembre 2017.

Les principaux changements pour les investisseurs immobiliers sont les suivants: une nouvelle définition de « résident » réduisant le champ d'application de la nouvelle convention, hausse significative de la retenue à la source sur les dividendes distribués par des OPCV

/SIIC à une société holding luxembourgeoise (30% au lieu de 5%), élargissement du champ d'application de la retenue à la source sur les dividendes; introduction de plusieurs mécanismes anti-abus et modification de la méthode d'élimination de la double imposition.

Le processus de ratification n'ayant pas été achevé par la France et le Luxembourg au 31 décembre 2018, la nouvelle convention ne sera pas applicable en 2019.

#### **EXTENSION DE LA PÉNALISATION DE LA FISCALITÉ**

La loi n°2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude, publiée le 24 octobre 2018 au JORF, étend le phénomène de pénalisation de la fiscalité en renforçant notamment les moyens de contrôle et les sanctions de l'administration fiscale. Elle permet la publication sur le site internet de l'administration fiscale des sanctions appliquées aux personnes morales lorsqu'elles résultent de manœuvres frauduleuses et que le montant des droits fraudés est d'au minimum de 50 000 €, pérennise l'indemnisation des lanceurs d'alerte en matière de fraude fiscale internationale et enfin, permet la transmission automatique au parquet des redressements excédant 100 000 € et soumis aux pénalités de 100% pour opposition à contrôle fiscal, 80% pour activité occulte, abus de droit..., 80% pour non-déclaration d'avoirs à l'étranger, 40% pour non-déclaration dans le 30 jours de mise en demeure, et 40% pour manquement délibéré ou abus de droit pour la seconde fois dans un délai de 6 ans.

#### **DOCTRINE ADMINISTRATIVE**

##### **CONDITION D'APPLICATION DE LA DISPENSE DE TVA (ARTICLE 257 BIS DU CGI)**

Le 3 janvier 2018, le BOFIP a été mis à jour de deux arrêts du Conseil d'État du 23 novembre 2015 (n°375054 et 375055) qui ont admis l'application de la dispense de régularisation de TVA, prévue à l'article 257 bis du CGI, à l'opération de revente d'un immeuble, dès son acquisition par le crédit preneur, affecté à une activité locale soumise à la TVA, lorsque le nouvel acquéreur poursuit l'activité locale. Suite à certaines difficultés d'interprétation, des précisions ont été apportées: la dispense de TVA s'applique à la vente d'un immeuble par un crédit bailleur au crédit-preneur, qu'il affectait à une activité de sous-location soumise à la TVA, à l'occasion de la levée d'option d'achat, mais également à la revente de l'immeuble le jour même de la levée d'option à un nouvel acquéreur qui entend inscrire l'immeuble à son actif immobilisé et l'affecter à une activité de location soumise à la TVA. La circonstance que le crédit-preneur ou l'acquéreur ait pris un engagement de revendre prévu par l'article 1115 du CGI ou un engagement de construire de l'article 1594-0 G du même code est sans incidence sur cette analyse, ces

engagements en matière de droits de mutation étant, en tout état de cause, dépourvus de portée en ce qui concerne l'appréciation des conditions d'éligibilité à la dispense prévue à l'article 257 bis du CGI (sauf si le nouvel acquéreur exerce une activité d'achat-revente et inscrit l'immeuble en stock) (*Rep. Grau, Assemblée Nationale, 10 juillet 2018, n° 7359*).

#### PAIEMENT D'UN DIVIDENDE PAR REMISE D'UN IMMEUBLE

Le paiement d'un dividende par la remise d'un immeuble ne s'analyse pas en une transmission de propriété à titre onéreux, et n'est dès lors pas soumis aux droits de mutation à titre onéreux (*Rep. Grau, Assemblée Nationale, 15 mai 2018, n° 3508*).

#### PUBLICATION DES COMMENTAIRES ADMINISTRATIFS SUR LE RÉGIME DES RESTRUCTURATIONS (3 OCTOBRE 2018)

L'administration a apporté plusieurs précisions attendues sur le régime de faveur des restructurations. Ainsi, à titre d'illustration, s'agissant de la clause anti-abus, l'administration indique que les opérations qui se traduisent par le regroupement d'une partie des activités de la société apporteuse ou scindée avec les activités semblables ou connexes des sociétés bénéficiaires ou par la rationalisation des conditions d'exploitation des activités commerciales ou industrielles des groupes pour leurs opérations de restructuration interne sont considérées comme poursuivant un motif économique valable. À l'inverse, les apports de participations assimilés à une branche complète d'activité à une société étrangère dans le but principal de bénéficier d'un régime d'exonération de taxation des plus-values de cession à l'étranger sont susceptibles d'être considérés comme ne poursuivant pas un motif économique valable.

#### LA JURISPRUDENCE FISCALE

##### OUVERTURE DES RÉGIMES EN FAVEUR DE L'INVESTISSEMENT LOCATIF RÉSIDENTIEL AUX NON-RÉSIDENTS

Par un arrêt du 31 mai 2018, la Cour administrative d'appel de Versailles a jugé que la limitation du bénéfice de la réduction d'impôt du régime Scellier (concernant les investissements locatifs de logements neufs jusqu'au 31 décembre 2012) aux seuls résidents fiscaux français est contraire à la liberté de circulation des capitaux. En conséquence, les non-résidents pourraient également se prévaloir de la réduction d'impôt résultant du dispositif Scellier, mais également des régimes qui lui ont succédé à savoir Duflot-Pinel, mais aussi Censi-Bouvard concernant les investissements dans des résidences de services neuves (*CAA Versailles, 31 mai 2018*).

#### APPRÉCIATION DE LA PRÉPONDÉRANCE IMMOBILIÈRE AU REGARD DE LA TAXE DE 3 %

Les sociétés qui ne sont pas à prépondérance immobilière en France sont exonérées de plein droit de taxe de 3%. Pour déterminer si une société est à prépondérance immobilière ou non, la doctrine administrative indique qu'il convient de retenir au numérateur la valeur vénale des immeubles (ou droits réels sur des immeubles) français détenus directement ou indirectement et au dénominateur la valeur vénale de tous les actifs français détenus directement ou indirectement. Dans un arrêt du 7 mai 2018, la Cour d'appel de Paris a considéré que la créance de compte courant, représentative du prêt souscrit pour l'acquisition d'un immeuble, doit être exclue du dénominateur dans le cadre de l'appréciation de la prépondérance immobilière au motif que cela reviendrait à prendre deux fois en compte la valeur de l'immeuble, une première fois directement, une seconde fois par anticipation sur son prix de vente (*CA Paris, 7 mai 2018, n° 16/03476*).

#### L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Cet arrêt vivement critiqué par la doctrine a fait l'objet d'un pourvoi en cassation.

#### RÉGIME SIIC ET APPRÉCIATION DE L'INTENTION SPÉCULATIVE

La Cour administrative d'appel de Paris vient de rappeler, dans un environnement SIIC, que l'intention spéculative doit être appréciée à la date d'acquisition des immeubles et non à la date de leur cession (*Cour adm. d'appel de Paris, 29 décembre 2017*). En l'espèce une SCI a acheté des immeubles en 1993 qu'elle a mis en location. En 2005, une SIIC achète les parts de la SCI qui procède dans les 4 années qui suivent à la cession de la quasi-totalité des immeubles qu'elle détenait depuis 1993. La SIIC étant réputée réaliser elle-même les opérations effectuées par ses filiales translucides, l'administration avait remis en cause l'exonération des plus-values en soutenant que la SIIC avait acquis la SCI dans un but spéculatif et qu'à compter de cette date, étant réputée avoir effectué elle-même les opérations de la SCI, elle avait développé une activité accessoire de marchands de biens imposable dans les conditions de droit commun. Cependant, la Cour a considéré que les cessions litigieuses ne constituaient pas des opérations spéculatives.

# 2. Promotion – Développement – Environnement et développement durable

## 2.1. Responsabilité des constructeurs

### CE QUE CHANGE LA LOI ELAN :

#### FOCUS SUR LA PRÉFABRICATION

La loi ELAN envisage les « nouvelles » méthodes de construction en jetant son dévolu sur la préfabrication, qu'elle envisage toutefois de manière restrictive aux contrats de construction de maison individuelle avec fourniture de plan et reporte la définition de son régime à un décret d'application. Les constructions préfabriquées et le régime de responsabilité des EPERS (article 1792-4 du Code civil) se développeront-ils ? À suivre.

### DÉSORDRES ÉVOLUTIFS ET FUTURS

La jurisprudence réaffirme qu'un désordre évolutif est couvert par la garantie décennale pour autant que le sinistre soit identique au sinistre dénoncé dans le délai de garantie (Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 4 octobre 2018). Quant au dommage futur, il doit survenir de manière certaine dans le délai de garantie (Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 28 février 2018).

### CHIFFRAGE DES DOMMAGES

Le juge doit désormais chiffrer le montant d'un dommage décennal dont il constate l'existence, dès lors que les parties lui ont fourni des éléments pour l'évaluer (Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 4 octobre 2018).

### QUALIFICATION D'OUVRAGE

Les travaux de réparation sans incorporation de nouveaux matériaux, qui sont limités et de faible impor-

tance, dans l'attente d'une réfection complète d'une toiture, ne sont pas des ouvrages qui bénéficient de la garantie décennale (Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 28 février 2018).

### RESPONSABILITÉ DÉCENNALE

La responsabilité légale des constructeurs des articles 1792 et suivants du Code civil exclut tout autre fondement, notamment délictuel (Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 8 novembre 2018).

### QUALIFICATION DE CONSTRUCTEUR

#### QUALIFICATION EN RAISON DES MISSIONS

Un assistant au maître d'ouvrage (AMO) peut être qualifié de constructeur, s'il a des missions contractuelles de louage d'ouvrage : ce qui est le cas s'il est l'interlocuteur direct des participants à la construction, qu'il les coordonne, dirige l'exécution des travaux et assiste à la réception (Conseil d'État, 9 mars 2018).

#### L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Cet arrêt rendu en matière de travaux publics est tout à fait transposable en droit privé ; une vigilance particulière doit donc être apportée à la rédaction des contrats d'AMO, et spécialement à la mission qui lui est confiée.

#### QUALIFICATION EN RAISON DU COMPORTEMENT

Le comportement d'un fournisseur peut avoir pour effet de le qualifier de maître d'œuvre et en cas de sinistre d'engager sa responsabilité en tant que constructeur. Ainsi, un fournisseur de béton qui est présent sur le chantier et donne des instructions techniques précises dont l'inutilité de joints de fractionnement, engage sa responsabilité décennale (Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 28 février 2018) et encourt des sanctions pénales pour défaut de souscription d'assurance obligatoire (article L.243-3 du Code des assurances).

### RESPONSABILITÉ DOLOSIVE

À l'expiration de la garantie décennale, la responsabilité du constructeur peut encore être engagée sur le fondement de la faute dolosive, qui peut être invoquée dans les cinq ans de sa découverte. La gravité de la faute n'est pas suffisante. Il faut encore une intention, soit une action « par dissimulation ou par fraude » (Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 juillet 2018), soit une action de « manière délibérée et consciente » (autre arrêt du même jour).

## RÉPARATION INTÉGRALE

### SOLUTION ALTERNATIVE D'EXPERT JUDICIAIRE

La sanction radicale de la démolition en cas de non-conformité d'une construction a été assouplie par la Haute Juridiction qui a considéré qu'un défaut de conformité minimale qui peut être réparé par des solutions peu coûteuses proposées par un expert judiciaire ne justifie pas une condamnation à la destruction et reconstruction intégrale de l'immeuble (Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 21 juin 2018).

### TROUBLE ANORMAL DE VOISINAGE

La théorie des troubles anormaux de voisinage s'applique aux constructeurs de travaux publics qui peuvent également être qualifiés de « voisins occasionnels » (Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 8 novembre 2018).

## 2.2. Assurances

### L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Le Conseil constitutionnel a censuré la réforme de l'article L. 243-1-1, II, du Code des assurances, prévue par le projet de loi ELAN qui avait pour objet de contrer la jurisprudence de 2017, qui a retenu que l'installation d'équipements faisant indissociablement corps avec l'existant relève de la responsabilité décennale des constructeurs. Ceci annonce une réforme plus dense de la loi Spinetta à moyen terme.

### CONDITION DE GARANTIE

#### ACTIVITÉ COUVERTE

Une activité déclarée peut englober une autre activité telle que la pose de carrelage comprise dans la maçonnerie générale (Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 28 février 2018) ou encore, peut être limitée à un procédé technique comme par exemple une étanchéité « Moplas sbs » et non « Paralon » (Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 8 novembre 2018).

#### AMÉNAGEMENT CONTRACTUEL

Les polices d'assurances peuvent valablement imposer à l'assuré (le constructeur) de respecter certaines précautions dont la réalisation d'une étude technique préalable (Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 22 novembre 2018).

## PRESCRIPTION

### PRÉCISION DE LA DÉSIGNATION DE L'ASSUREUR

Malgré une police unique (avec un seul numéro) d'assurance dommages-ouvrage et de responsabilité civile décennale des constructeurs, le demandeur doit expressément préciser dans son assignation la ou les qualité(s) de l'assureur dont il souhaite mobiliser la garantie; à défaut, la prescription à l'égard du seul assureur mentionné dans l'assignation est interrompue (Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 29 mars 2018).

### RENONCIATION TACITE DE L'ASSUREUR

L'assureur qui a émis des réserves à la mobilisation de sa garantie mais a rédigé des conclusions, participé à une expertise judiciaire et adressé un dire à l'expert judiciaire sans contester le principe de la couverture du dommage peut avoir tacitement renoncé à invoquer la prescription biennale dite de bon fonctionnement des éléments d'équipements dissociables des ouvrages (Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 24 mai 2018).

## 2.3. VEFA

### NULLITÉ RELATIVE

L'acte de vente d'un immeuble de logement à construire (VIC) doit respecter le formalisme légal. À défaut, le contrat est nul, d'une nullité relative (Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 4 octobre 2018) dont seul l'acquéreur peut se prévaloir.

### CE QUE CHANGE LA LOI ELAN :

#### PRÉCISIONS SUR LA MISE EN ŒUVRE DE LA GFA

La loi ELAN précise la mise en œuvre de la garantie financière d'achèvement pour les ventes d'immeubles à construire (article L. 261-10-1 du Code de la construction et de l'habitation). Ainsi, seul l'acquéreur peut la mettre en œuvre, en cas de défaillance du vendeur qui n'a plus les fonds nécessaires à l'achèvement, et le garant peut demander (sur requête) la désignation judiciaire d'un mandataire *ad hoc* disposant des pouvoirs du maître d'ouvrage pour achever les travaux, qui est qualifié de constructeur, puisqu'il devra souscrire une assurance de responsabilité civile décennale (CNR).

## L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Ces dispositions sont bienvenues dans un contexte jurisprudentiel confus et une mise en pratique complexe, afin de rendre cette garantie efficace.

### CE QUE CHANGE LA LOI ELAN :

#### LA VENTE EN L'ÉTAT FUTUR D'INACHÈVEMENT

Un nouveau type de vente à terme est créé : la vente en l'état futur d'inachèvement dans laquelle les acquéreurs se réservent certains travaux de finition ou d'installation d'équipements à définir par décret. Doivent figurer en caractères très apparents la prise en charge des travaux, coûts et responsabilité (*articles L. 261-10 et suivants du Code de la construction et de l'habitation*).

## L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Cette nouvelle catégorie de vente, créée pour faciliter l'accès à la propriété en réduisant le prix de vente, interroge à plusieurs égards. Quels sont ces « travaux de finition », comment s'inscrivent-ils dans le phasage du chantier, peuvent-ils altérer les spécificités techniques générales de l'immeuble, notamment thermiques ? Quant à l'identification des responsabilités en cas de dommages, la multiplicité des intervenants sera une source de difficultés.

## 2.4. Marché de travaux – Sous-traitance

### TRAVAIL DÉTACHÉ

La directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services a été révisée par une nouvelle directive du 28 juin 2018 qui entrera en vigueur au plus tard le 30 juillet 2020.

Ce nouveau texte prévoit notamment une limitation de la durée du détachement à 12 mois, éventuellement prolongée de 6 mois. Passé ce délai, le travailleur détaché bénéficiera de l'ensemble des droits de l'État d'accueil. Est également imposé un principe d'égalité de traitement selon lequel des travailleurs qui font le même travail

dans un même lieu doivent recevoir un même salaire : le travailleur détaché doit ainsi bénéficier du salaire minimum de branche mais aussi des autres éléments liés à la rémunération (indemnités, primes, etc.).

En parallèle, la réglementation interne continue de se renforcer avec la loi Avenir professionnel du 5 septembre 2018 qui prévoit notamment une hausse des amendes administratives portées à 4 000 euros et une nouvelle infraction de travail dissimulé par fraude à l'établissement.

### PREUVE DU MARCHÉ

L'architecte a l'obligation déontologique de conclure un contrat écrit préalablement à l'exécution de ses missions (*article 11 du Code de déontologie des architectes*), à défaut, il doit prouver l'étendue de sa mission pour pouvoir être payé, sans pouvoir se servir de contrats ni de plans qui ne sont pas signés (*Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 6 septembre 2018*).

### QUALIFICATION DE SOUS-TRAITANT

La qualité de sous-traitant n'implique pas nécessairement une présence sur le chantier, comme, par exemple, une société qui fabrique des prédalles spécifiques (*Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 28 février 2018*).

### INDIFFÉRENCE DE L'ÉTAT D'AVANCEMENT DU CHANTIER

Le maître d'ouvrage qui a connaissance de l'intervention d'un sous-traitant doit demander à l'entrepreneur de le lui présenter pour l'accepter et agréer ses conditions de paiement. Le fait que les travaux soient terminés est indifférent, car le sous-traitant n'a pas encore été payé (*Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 28 février 2018*).

### RÉSILIATION AUX TORTS RÉCIPROQUES

Le juge peut prononcer la résiliation du marché aux torts réciproques des parties (*Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 6 septembre 2018*).

### INDÉPENDANCE DU COORDONNATEUR SÉCURITÉ PROTECTION DE LA SANTÉ

Le coordonnateur SPS doit être indépendant et ne peut pas cumuler cette mission avec les fonctions de contrôleur technique, ni toute autre mission du chantier lorsque ce dernier excède 760 000 € (*Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 avril 2018*).

## 2.5. Urbanisme

### ACTUALITÉ LÉGISLATIVE ET RÉGLEMENTAIRE

#### MODIFICATION DES MENTIONS SUR LE PANNEAU D’AFFICHAGE DU PERMIS DE CONSTRUIRE

L’arrêté du 24 mai 2018 relatif aux certificats d’urbanisme, permis de construire et autorisations d’urbanisme, modifiant le Code de l’urbanisme, supprime l’obligation de mentionner sur le panneau d’affichage du permis de construire la date d’affichage en mairie du permis.

#### LA LOI ESSOC

La loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d’une société de confiance, dite loi « ESSOC », vise à faciliter les relations qu’entretient l’administré avec l’administration à travers de nouveaux principes ainsi que des expérimentations.

#### MISE EN PLACE D’UN PERMIS DE FAIRE

L’article 88, I de la loi relative à la liberté de création, à l’architecture et au patrimoine (LCAP) du 7 juillet 2016 a introduit le dispositif du « *permis de faire* », que la loi ESSOC a élargi en supprimant les restrictions aux secteurs du logement social et des équipements publics. L’objectif de cette ouverture est de créer rapidement un choc d’offres dans le domaine de la construction.

Deux ordonnances le complètent dont la première (n° 2018-937 *visant à faciliter la réalisation de projets de construction et à favoriser l’innovation*) a été adoptée le 30 octobre dernier. Elle précise les modalités d’obtention et de mise en œuvre du permis de faire. Le maître d’ouvrage doit en effet apporter la preuve qu’il parvient à des résultats équivalents à ceux découlant de l’application des règles auxquelles il est dérogé, au regard des moyens qu’il entend mettre en œuvre, qui doivent également présenter un caractère innovant. Le maître d’ouvrage doit, en plus de cela, prévoir les conditions dans lesquelles l’atteinte de ces résultats est contrôlée.

Deux décrets viendront compléter ce dispositif en précisant les conditions d’application de ces mesures et les conditions dans lesquelles le contrôle de l’administration s’effectuera.

La seconde ordonnance qui doit être publiée avant le 11 février 2020 aura quant à elle pour objet de modifier le Code de la construction et de l’habitation afin de substituer au principe de moyen le principe de résultat.

Le maître d’ouvrage d’un bâtiment pourra satisfaire à ses obligations en matière de construction en apportant la preuve que les moyens qu’il met en œuvre permettent d’aboutir à des résultats identiques ou supérieurs aux règles de construction.

#### GÉNÉRALISATION DU RESCRIT ADMINISTRATIF

Bien connue en matière fiscale, la loi ESSOC a pour effet de généraliser la pratique du rescrit administratif. Les administrés ont désormais la possibilité de solliciter l’administration qui doit alors prendre une position formelle qui lui est opposable. La mesure ainsi envisagée concerne uniquement l’État et ses établissements publics administratifs, dans le cadre d’une dizaine de domaines que la loi identifie, au nombre desquels figurent les taxes d’urbanisme.

À préciser toutefois que la loi limite cette mesure aux opérations de plus de 50 000 m<sup>2</sup> de surface taxable.

#### EXPÉRIMENTATION DU RESCRIT JURIDICTIONNEL

À titre expérimental, le bénéficiaire ou l’auteur d’une décision administrative non réglementaire peut saisir le tribunal administratif afin qu’il apprécie la légalité externe de cette décision.

Le décret n° 2018-1082 du 4 décembre 2018 précise les modalités d’application de cette expérimentation qui concerne le droit de l’urbanisme à travers les déclarations d’utilité publique en matière de restauration immobilière et les arrêtés préfectoraux créant une zone d’aménagement.

L’expérimentation est menée dans le ressort des tribunaux administratifs de Bordeaux, Montpellier, Montreuil et Nancy.

## CE QUE CHANGE LA LOI ELAN :

La loi ELAN assouplit les règles applicables pour ne pas contraindre de manière excessive les porteurs de projets et favorise les opérations de construction ou de transformation immobilière. Cet assouplissement se traduit à différents niveaux.

### RÈGLES APPLICABLES À LA DEMANDE ET À L'INSTRUCTION DES DEMANDES D'AUTORISATION D'URBANISME

À partir de 2022, les demandes de permis pour les communes de plus de 3 500 habitants seront dématérialisées; les modalités de la téléprocédure restent à définir par arrêté.

Elle consacre également le principe selon lequel l'administration ne peut pas exiger d'autres pièces que celles qui sont limitativement prévues par les textes.

Par ailleurs, désormais dans deux cas très précis (installations des antennes relais de radiotéléphonie et opérations sur des immeubles insalubres et menaçant ruines), l'avis rendu par l'ABF sera simple et ne liera plus l'administration.

Enfin la loi ELAN clarifie les conditions de dépôt d'une seconde autorisation lorsqu'une première autorisation a déjà été accordée, en prévoyant désormais que la nouvelle demande d'autorisation d'urbanisme, visant un terrain pour lequel une autorisation a déjà été délivrée, ne nécessite pas le retrait de la première autorisation.

### ASSOULISSEMENT DES NORMES D'ACCESSIBILITÉ

La loi ELAN assouplit les normes d'accessibilité en exigeant pour les immeubles d'habitation collectifs que 20% (et en tout état de cause, un logement) seulement soient accessibles, les autres devant pouvoir être évolutifs, c'est-à-dire rendus accessibles à l'issue de travaux simples. Des décrets en Conseil d'État, pris après avis du Conseil national consultatif des personnes handicapées, fixeront les modalités relatives à l'accessibilité.

### FAVORISER LA TRANSFORMATION DE BUREAUX EN LOGEMENTS

La loi ELAN renforce l'attractivité des opérations de transformation de bureaux en logements, en accordant à ces opérations un « bonus construc-

tibilité » de 30%, c'est-à-dire des droits à construire supplémentaires par rapport aux bâtiments existants, et la possibilité de déroger aux servitudes de mixité sociale prévues par les PLU (cette dérogation n'est pas applicable si la commune fait l'objet d'un arrêté de carence) et en supprimant la condition de réalisation de cette transformation « dans un objectif de mixité sociale ».

### CRÉATION D'UNE CATÉGORIE D'IMMEUBLE DE « MOYENNE HAUTEUR »

Une nouvelle catégorie d'immeuble est créée à côté de la catégorie des immeubles de « grande hauteur » (« IGH »): les immeubles de « moyenne hauteur » (les « IMH »), dotés de règles de sécurité spécifiques qui seront définies par décret en Conseil d'État. Cette nouvelle catégorie a pour objectif de faciliter la réversibilité des usages, notamment afin de permettre la transformation de bureaux en logements plus aisément.

### CONSTRUCTIBILITÉ EN ZONE LITTORALE POUR COMBLER LES DENTS CREUSES

La loi Littoral est assouplie afin de permettre de densifier les zones faiblement urbanisées, en autorisant les constructions et installations à des fins exclusives d'amélioration de l'offre de logement ou d'hébergement et d'implantation de services publics.

### SUPPRESSION DE L'ACCORD À L'UNANIMITÉ REQUIS POUR LES MODIFICATIONS DES PARTIES COMMUNES

Afin de faciliter l'affectation des parties communes du lotissement telle que le changement d'affectation d'un espace vert ou son déplacement afin de l'urbaniser, la loi ELAN supprime l'accord unanime des colotis de parties communes au profit d'un accord à la majorité qualifiée, comme c'est le cas pour le reste.

## LA RÉFORME DU CONTENTIEUX DE L'URBANISME ET LA LUTTE CONTRE LES RECOURS ABUSIFS

La loi ELAN et le décret n° 2018-617 du 17 juillet 2018 ont modifié les règles applicables au contentieux de l'urbanisme en vue de lutter notamment contre les recours abusifs. Plusieurs mesures apportent des modifications importantes en cas de recours contre un permis de construire.

### RESTRICTION DE L'INTÉRÊT À AGIR DES ASSOCIATIONS

Désormais, une association n'est recevable à contester un permis uniquement si elle a été constituée au moins un an avant l'affichage en mairie de la demande de permis.

#### L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Cette condition temporelle va limiter considérablement les associations *ad hoc*, constituées uniquement en vue de contester un projet particulier. Les recours seront limités et les projets sécurisés.

### ENCADRER ET RACCOURCIR LES DÉLAIS DE TRAITEMENT DES RECOURS

Plusieurs mesures sont prévues pour raccourcir les délais de traitements des recours. Il est notamment prévu que la cristallisation des moyens, c'est-à-dire le moment où le requérant ne peut plus invoquer de nouveaux arguments pour contester le permis, (i) intervient deux mois à compter de la communication aux parties du premier mémoire en défense et (ii) gèle la possibilité d'introduire un référé-suspension, c'est-à-dire de former une demande pour suspendre les travaux et bloquer l'opération en cours.

#### L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Les nouvelles dispositions introduites constituent un progrès pour les porteurs de projet, dès lors que la menace d'une suspension est désormais encadrée dans le temps.

Enfin, le décret du 17 juillet 2018 prévoit que les recours contre un permis de construire pour des projets comportant plus de deux logements (ou contre les permis d'aménager un lotissement) doivent être jugés, en première instance et en appel, dans un délai de 10 mois. Toutefois, ce délai est indicatif et aucune mesure contraignante n'est prévue pour contraindre les tribunaux à statuer effectivement dans un délai de 10 mois.

## ASSOUPLIR LES CONDITIONS POUR SANCTIONNER L'AUTEUR D'UN RECOURS ABUSIF

La loi ELAN modifie l'article L. 600-7 du Code de l'urbanisme en prévoyant que le recours est abusif s'il est introduit dans des conditions « *qui traduisent un comportement abusif de la part du requérant* » et s'il cause un préjudice au promoteur. Le critère de préjudice « *excessif* » difficilement quantifiable, est supprimé.

#### L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Ces nouvelles dispositions seront efficaces uniquement si le juge administratif accepte son nouveau rôle en sanctionnant des administrés.

### ENCADRER LES TRANSACTIONS PÉCUNIAIRES

De nombreux recours contre des autorisations d'urbanisme donnent lieu à des désistements en échange d'une contrepartie financière, ce qui entretient les recours abusifs dans la perspective d'obtenir une transaction. Pour contrer ce phénomène, le législateur prévoit d'interdire de telles transactions au profit des associations, dans la mesure où ces dernières poursuivent des objectifs d'intérêt général et n'ont pas vocation à se désister pour des contreparties financières (*article L. 600-8 du Code de l'urbanisme*). Une exception est cependant introduite: de telles transactions seront possibles pour les associations lorsqu'elles agissent pour la défense de leurs intérêts matériels propres.

#### L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Grâce à la loi ELAN, il n'est plus possible pour une association de se constituer en vue de contester des permis de construire dans le but de monnayer ensuite un désistement.

## JURISPRUDENCE

### RÉGULARISATION DU PERMIS DE CONSTRUIRE

#### Régularisation du permis de construire par modification du PLU

Le droit de l'urbanisme permet de régulariser un permis de construire qui fait l'objet d'un recours en sollicitant un permis de construire modificatif, afin de corriger un point litigieux ou de produire des éléments manquant au dossier de demande du permis initial. Le juge administratif précise que cette régularisation peut également intervenir

en modifiant directement la règle du plan local d'urbanisme contraire au permis de construire (Conseil d'État, 7 mars 2018).

### **Régularisation du permis de construire en appel après annulation en première instance**

Le juge peut décider de surseoir à statuer (sur le fondement de l'article L. 600-5-1 du Code de l'urbanisme), pour la première fois en appel, alors même que le permis attaqué a été annulé en première instance et que le requérant a déjà spontanément produit un permis modificatif de régularisation (Conseil d'État, 22 février 2018).

### **DÉLAIS**

#### **Retrait de permis pour fraude**

Lorsqu'un permis de construire a été obtenu par fraude, c'est-à-dire lorsque des informations ont été cachées ou modifiées délibérément dans l'intention de tromper le service instructeur, le permis de construire peut être retiré par l'administration à tout moment, sans condition de délai (Conseil d'État, 16 août 2018).

#### **Délai raisonnable pour introduire un recours**

Dans le cas où le panneau d'affichage du permis ou de la déclaration préalable est conforme aux exigences réglementaires, mais n'a pas mentionné les délais de recours contre l'autorisation d'urbanisme, un requérant ne peut pas introduire de recours contre cette autorisation au-delà d'un délai raisonnable qui ne doit pas excéder un an (Conseil d'État, 9 novembre 2018).

### **SUPPRESSION DU DEGRÉ D'APPEL**

Le décret n° 2013-879 du 1<sup>er</sup> octobre 2013 relatif au contentieux de l'urbanisme a supprimé l'appel pour les recours contre les permis de construire ou de démolir un bâtiment à usage principal d'habitation dans les zones tendues. La suppression de l'appel s'applique également à des travaux sur une construction existante, à la condition que ces travaux aient pour objet la réalisation de logements supplémentaires (Conseil d'État, 16 mai 2018).

### **POUVOIRS DU JUGE EN CAS D'ANNULATION DE REFUS DE PERMIS**

Lorsque le juge annule un refus d'autorisation ou une opposition à une déclaration préalable, il doit, s'il est saisi de conclusions à fin d'injonction, ordonner à l'autorité compétente de délivrer l'autorisation ou de prendre une décision de non-opposition (Conseil d'État, avis, 25 mai 2018).

## **2.6. Environnement**

### **ÉVALUATION ENVIRONNEMENTALE**

#### **INDÉPENDANCE DE L'AUTORITÉ ENVIRONNEMENTALE**

À la suite de l'annulation des décrets des 28 avril et 11 août 2016 (6 décembre 2017, n° 400559; 29 décembre 2017, n° 407601), la désignation d'une nouvelle autorité environnementale, compatible avec la directive 2011/92/UE, est attendue au premier semestre 2019. Dans l'attente de ce nouveau décret, pour les dossiers en cours d'instruction et sous recours, le Conseil d'État a confirmé, d'une part, la possibilité pour le juge de surseoir à statuer afin de permettre la régularisation d'un avis de l'autorité environnementale rendu irrégulièrement, par la consultation de la Mission Régionale d'Autorité Environnementale (MRAE) (Avis, 27 septembre 2018, n° 420119) et, d'autre part, que l'indépendance fonctionnelle entre les services peut être démontrée et conduire à confirmer la régularité de l'avis rendu alors même que les autorités consultées et délivrantes seraient identiques (22 octobre 2018, n° 406746). L'hypothèse dans laquelle le Préfet de département n'est pas le Préfet de Région, autorité environnementale, ne doit plus lui poser de difficulté (CAA Nancy, 4 octobre 2018, n° 17NC01857).

#### **L'AVIS DE NOTRE EXPERT**

Pour les dossiers en contentieux, le titulaire de l'autorisation a tout intérêt à demander au juge le sursis à statuer et saisir la MRAE pour avis. Sous réserve de l'absence de changement significatif dans les circonstances de fait, l'émission de cet avis, s'il ne diffère pas substantiellement du précédent, régularisera l'autorisation. Dans le cas contraire, une enquête publique complémentaire pourra être organisée portant uniquement sur ce nouvel avis.

Pour les dossiers en instruction, les MRAE peuvent être saisies sans attendre la publication du nouveau décret pour avis ce qui permettra de sécuriser la procédure.

## INSTALLATIONS CLASSÉES POUR LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT (ICPE)

### PLATES-FORMES INDUSTRIELLES

Le projet de loi sur le plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises dit « projet de loi PACTE » prévoit d'introduire la notion de plate-forme industrielle dans le Code de l'environnement en vue de mieux prendre en compte les spécificités des plates-formes (similarité ou complémentarité des activités, mutualisation de la gestion de certains des biens et services) pour les rendre plus attractives (article 52 du projet de loi PACTE).

## SITES ET SOLS POLLUÉS

### VENTE ET TRANSFERT DE L'OBLIGATION DE REMISE EN ÉTAT

Après avoir rappelé que l'obligation de remise en état d'un site ayant accueilli une décharge pèse sur le dernier exploitant ou son ayant droit et que le propriétaire du terrain d'assiette de l'exploitation n'est pas, en cette seule qualité, débiteur de cette obligation, le Conseil d'État précise qu'il ne peut en aller autrement que si « *l'acte par lequel le propriétaire a acquis le terrain d'assiette a eu pour effet, eu égard à son objet et à sa portée, en lui transférant l'ensemble des biens et droits se rapportant à l'exploitation concernée, de le substituer, même sans autorisation préfectorale, à l'exploitant* » (29 juin 2018).

### L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Contrairement à ce que semblent soutenir certains observateurs, la solution énoncée paraît pouvoir s'inscrire dans le courant jurisprudentiel existant (9 novembre 2015) et ne fait ainsi que confirmer que la substitution de la qualité d'ayant droit du dernier exploitant est possible, dans certaines hypothèses, par le truchement d'un acte de droit privé tel qu'un traité d'apport qui, même sans autorisation transfère « *l'ensemble des biens et droits se rapportant à l'exploitation concernée* ». En revanche, conformément à la jurisprudence constante du Conseil d'État (21 février 1997; 8 juillet 2005) et comme cela a été consacré par la loi n°2014-366 du 24 mars 2014 dite « loi ALUR », la Haute Juridiction rappelle que le propriétaire n'est pas, en cette seule qualité, débiteur de l'obligation de remise en état dès lors que ce n'est que dans certains cas particuliers, notamment en cas de négligence, que l'obligation de remise en état peut lui incomber.

## ÉCONOMIE CIRCULAIRE

### CONTREPARTIE FINANCIÈRE

Les personnes publiques peuvent désormais, par exception, bénéficier d'une contrepartie financière en échange de la réception, sur un terrain leur appartenant, de déchets qui seront utilisés dans le cadre de travaux d'aménagement, de réhabilitation ou de construction soumis à autorisation environnementale ou à permis d'aménager, lorsque cette contrepartie est exclusivement utilisée en vue de leur mise en œuvre (loi ELAN modifiant l'article L.514-32-1 du Code de l'environnement).

## 2.7. Développement durable

### PLAN DE RÉNOVATION ÉNERGÉTIQUE

Confronté à sept millions de logements très mal isolés, à 14% des français ayant froid chez eux en hiver et à 3,8 millions de ménages en difficultés pour payer leur facture d'énergie, le Gouvernement a présenté, le 26 avril 2018, un plan de rénovation énergétique. Ce dernier n'a pas de valeur normative mais fixe le cadre de la rénovation énergétique qui est érigée en tant que priorité nationale.

Les mesures prises s'articulent autour de quatre axes majeurs : faire de la rénovation énergétique des bâtiments une priorité nationale, massifier la rénovation des logements et lutter contre la précarité énergétique, accélérer la rénovation et les économies d'énergie des bâtiments tertiaires, renforcer les compétences et l'innovation.

Le plan cherche à répondre aux exigences de performances énergétiques à tout niveau et présente des mesures phares concernant l'ensemble des acteurs touchés par les exigences de rénovation. Ainsi, le diagnostic de performance énergétique sera fiabilisé, un fonds de garantie sera créé afin de permettre aux ménages les plus modestes de financer les frais de rénovation n'étant pas pris en charge par les dispositifs existants, et le crédit d'impôt transition énergétique sera transformé en une prime forfaitaire d'ici 2019. Les bailleurs sociaux et les personnes publiques sont aussi concernés car d'importantes sommes seront allouées à la rénovation des logements sociaux et à l'amélioration des performances énergétiques des bâtiments publics.

## CE QUE CHANGE LA LOI ELAN :

La loi ELAN s'inscrit dans la continuité du plan de rénovation énergétique en comprenant d'importantes mesures en la matière.

### L'OPPOSABILITÉ DES DIAGNOSTICS DE PERFORMANCE ÉNERGÉTIQUE (DPE)

Le DPE est un outil de mesure de la classe énergétique d'un bien immobilier. Il était toutefois inopposable et n'avait qu'une valeur informative.

Dans le prolongement du plan de rénovation énergétique, le DPE sera désormais opposable. La nouvelle rédaction de l'article L 134-3-1 du Code de la construction et de l'habitation ne comporte plus la mention selon laquelle le DPE est fourni « à des fins d'informations » de sorte que seules les recommandations du DPE conservent la valeur informative. De même, l'article L 271-4 du Code de la construction et de l'habitation a été modifié en ce sens. Enfin l'article 3-3 de la loi du 6 juillet 1989 dispose que le locataire ne peut se prévaloir à l'encontre du bailleur des recommandations accompagnant le DPE, qui n'ont qu'une valeur informative. Le contenu du DPE est donc défini par un raisonnement *a contrario* opposable.

Ces modifications visent à responsabiliser les acteurs de la vente et de la location au regard des informations contenues dans le DPE et massifier la rénovation énergétique.

Toutefois, elles n'entreront en vigueur que le 1<sup>er</sup> janvier 2021 le temps d'une fiabilisation du DPE dans le cadre du plan de rénovation énergétique des bâtiments.

### LE RETOUR DU CARNET NUMÉRIQUE

Le carnet numérique qui avait été créé par la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte mais dont le décret d'application n'était jamais paru est rétabli. Le carnet se nomme désormais carnet, « *d'information* », de suivi et d'entretien du logement et est obligatoire pour toute construction neuve dont le permis de construire est déposé à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2020 et pour tous les logements et immeubles existants faisant l'objet d'une mutation à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2025.

Le carnet numérique, n'ayant qu'une valeur informative, prend la forme d'un service en ligne dont l'objectif est de connaître l'état du logement et du bâtiment, lorsque le logement est soumis au statut de copropriété, ainsi que le fonctionnement de leurs équipements et d'accompagner l'amélioration progressive de leur performance environnementale. Cet outil permet également l'accompagnement et le suivi de l'amélioration de la performance énergétique et environnementale du bâtiment et du logement pour toute la durée de vie de celui-ci. On peut regretter le report au 1<sup>er</sup> janvier 2025 du carnet numérique pour les logements existants. Espérons que le décret d'application prévu au texte soit pris rapidement.

### EFFICACITÉ ÉNERGÉTIQUE DES BÂTIMENTS TERTIAIRES : UNE NOUVELLE BASE LÉGALE AU NOUVEAU DÉCRET TERTIAIRE

Prenant acte des difficultés d'application du décret n° 2017-918 du 9 mai 2017, l'article L. 111-10-3 du Code de la construction et de l'habitation est réécrit. Un nouveau décret précisera ses modalités de mise en œuvre.

Le législateur oblige maintenant les propriétaires et preneurs à bail des bâtiments tertiaires définis par un nouveau décret, à mettre en œuvre des actions de

réduction de la consommation d'énergie finale afin de parvenir à une réduction de la consommation d'énergie finale d'au moins 40% d'ici 2030, 50% d'ici 2040 et 60% d'ici 2050.

En fonction de différents critères, des modulations seront possibles et les modalités de respect de cette obligation entre propriétaire et locataire seront précisées. Un décret d'application devra être pris au plus tard le 23 novembre 2019 lequel devrait préciser notamment les conditions dans lesquelles cette obligation devra être respectée.

## 2.8. Fiscalité du développement

### LA JURISPRUDENCE FISCALE

#### COMPTABILISATION D'UN IMMEUBLE ACQUIS PAR UN PROMOTEUR

Dans un arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 2018, le Conseil d'État a précisé le traitement comptable d'un immeuble acquis par un promoteur en vue de la démolition puis reconstruction. Selon la Haute Cour, de tels immeubles doivent être comptabilisés en tant que production en cours (et non stock) à leur prix de revient, quand bien même ils sont encore occupés par leurs locataires, et les permis de démolir et construire n'ont pas été obtenus. En conséquence, ils ne peuvent pas faire l'objet de provision pour dépréciation, mais uniquement de provision pour pertes (CE, 1<sup>er</sup> octobre 2018, n°408594).

### DOCTRINE ADMINISTRATIVE

#### ASSOUPLISSEMENT DES CONDITIONS D'APPLICATION DE LA TVA SUR LA MARGE EN CAS DE LOTISSEMENT D'UN TERRAIN À BÂTIR

Aux termes de l'article 268 du CGI, la revente d'un terrain à bâtir (TAB) est soumise à la TVA sur la marge lorsque son acquisition n'a pas ouvert droit à la déduction de la TVA initialement acquittée, sous réserve que le TAB revendu soit identique au TAB acquis. En 2016, des réponses ministérielles ont précisé que l'identité du TAB doit être tant juridique que physique, c'est-à-dire qu'une division parcellaire du terrain entre son acquisition et sa revente est de nature à modifier ses caractéristiques physiques et à soumettre la revente à la TVA sur le prix total. Cependant, suite à des jugements de tribunaux administratifs en 2016 et 2017 et à une question du sénateur Jean-Pierre Vogel, le Ministère de l'Économie et des Finances, dans une réponse en date du 17 mai 2018, a assoupli cette position pour les lotisseurs et les aménageurs qui procèdent à la division en plusieurs lots en vue de la revente. Dans ces situations, seule la condition d'identité juridique est maintenue, et une division parcellaire entre l'acquisition et la revente n'est plus un obstacle à l'application de la TVA sur la marge.

### OFFRE SMART : SMART CITY

Les innovations qui sont à l'œuvre en matière d'habitat, mobilités, données, services et énergie transforment les usages de la ville, de ses bâtiments, ses infrastructures et réseaux. Le cabinet LPA-CGR avocats accompagne ses clients dans le développement des villes plus ingénieuses, durables, autonomes, sobres et connectées. Qu'il s'agisse de projets publics ou privés, nous accompagnons nos clients pour traduire dans la réalité les nouveaux projets, les nouvelles fonctions aussi, de la ville et de ses bâtiments, que ces changements impliquent.

En 2018, LPA-CGR avocats était partenaire de la matinée « Connected Cities » organisée par Les Échos le 9 novembre dernier à Paris. Cette matinée, réunissant des intervenants français et internationaux, fut l'occasion d'échanger sur les dernières innovations technologiques développées, en particulier autour de deux axes principaux :

- 1) la mobilité et les nouveaux modes de transports
- 2) le projet du Grand Paris et la perspective des JO de 2024.

Philippe Jacques, associé, est ainsi intervenu sur les problématiques liées à la transition énergétique dans le cadre du Grand Paris, en encourageant une vision globale « de la production à la consommation », tout en rappelant que la réalisation des projets, elle-même, est une œuvre au long cours et qui requiert des compétences multiples et transversales, que le cabinet réunit.

### OFFRE SMART : FRICHES INDUSTRIELLES

En matière de friches industrielles, le modèle d'attestation de prise en compte de l'état environnemental d'un site dans la conception d'un projet de construction ou d'aménagement devant être jointe aux demandes de permis prévu par la loi ALUR lorsque le projet se situe au sein d'un secteur d'information sur les sols (SIS) ou en cas de changement d'usage d'un site ayant accueilli une installation classée régulièrement réhabilitée, est enfin paru. Le contenu de l'attestation fixé par arrêté ministériel du 19 décembre 2018 varie selon que le bureau d'études délivrant l'attestation a réalisé l'étude de sols préalable ou non et, dans ce dernier cas, selon que le bureau d'études qui l'a réalisée est lui-même certifié ou non. Le même arrêté fixe par ailleurs les modalités de certification des bureaux d'études au sens des dispositions de la loi ALUR et a été accompagné de la parution de la norme NF X 31-620-5 portant spécifiquement sur la mission de réalisation de ces attestations.

# 3. Gestion - Profession

## 3.1. Le bail commercial

### CLAUSES D'INDEXATION

La Cour de cassation décide que la distorsion entre l'intervalle de variation de l'indice et la durée entre deux indexations prohibée par l'article L 112-1 du Code monétaire et financier ne peut être retenue lorsqu'elle résulte non pas de la clause d'indexation elle-même, mais du décalage entre la date de renouvellement du bail intervenu le 1<sup>er</sup> février 2006 et la date prévue pour l'indexation annuelle du loyer fixée au 1<sup>er</sup> janvier 2006 (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 13 Septembre 2018).

De même, elle décide que la distorsion susceptible de priver d'effet la clause d'échelle mobile ne peut découler du seul fait de la révision du loyer dans les termes de l'article L. 145-39 du Code de commerce qui permet, lorsque par le jeu de la clause d'échelle mobile le loyer a varié de plus de 25%, de faire fixer le loyer à la valeur locative en cours de bail (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 17 mai 2018).

Enfin, la Cour de cassation décide que le juge peut invalider uniquement la partie de la clause d'indexation qui viole l'article L. 112-1 du Code monétaire et financier susvisé et non la clause en son entier (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 29 novembre 2018). La clause d'indexation ne serait ainsi pas entièrement privée d'effet mais uniquement pour sa partie qui méconnaît les dispositions du Code monétaire et financier.

### L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Après une vague de jurisprudence particulièrement sévère, s'agissant d'apprécier la validité des clauses d'échelle mobile au regard des dispositions du Code monétaire et financier, les juges semblent faire preuve d'un certain pragmatisme dans l'appréciation de l'étendue de la sanction.

Ainsi, le bailleur devra notamment, à titre subsidiaire pour l'hypothèse où une partie de la clause d'indexation serait invalidée, soumettre au juge un calcul d'indexation rectifié conforme aux dispositions du Code monétaire et financier.

### LOYER BINAIRE

La Haute Juridiction confirme que la stipulation selon laquelle le loyer d'un bail commercial est calculé sur la base du chiffre d'affaires du preneur, sans pouvoir être inférieur à un minimum équivalent à la valeur locative des lieux loués, n'interdit pas, lorsque le contrat le prévoit, de recourir au juge des loyers commerciaux pour évaluer, lors du renouvellement, la valeur locative déterminant le minimum garanti (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 29 novembre 2018). La Cour de cassation censure ainsi la Cour d'appel de Versailles qui était entrée en résistance suite à son arrêt de principe en la matière, daté du 3 novembre 2016.

### MODALITÉS DE SIGNIFICATION DU CONGÉ

La Cour de cassation précise que la prorogation prévue par l'article 642 du Code de procédure civile disposant que « tout délai expire le dernier jour à vingt-quatre heures. Le délai qui expirerait normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant » ne s'applique que lorsqu'un acte ou une formalité doit être accompli avant l'expiration de ce délai. Ainsi, cet article ne s'applique pas pour les délais décomptés à rebours tel le délai de préavis de six mois prévu pour notifier congé. Dès lors, un congé à effet du 30 septembre doit être signifié avant le 31 mars précédent et ne saurait être signifié postérieurement même si le 31 mars tombe un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 8 mars 2018).

### DROIT DE PRÉFÉRENCE DU LOCATAIRE

La Cour de cassation est venue clarifier le champ d'application du droit de préférence du locataire instauré par l'article L. 145-46-1 du Code de commerce et décide qu'il n'est pas applicable en cas de vente aux enchères publiques de l'immeuble constituant l'actif d'une SCI en liquidation (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 17 mai 2018).

La Cour de cassation précise en outre que ce texte est d'ordre public et que l'acceptation par le preneur d'acquiescer pour le seul prix de vente, à l'exclusion des honoraires de l'agent immobilier, entraîne la perfection de la vente (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 28 juin 2018).

## L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Le droit de préférence accordé au locataire commerçant par la loi dite Pinel du 18 juin 2014 est un sujet sensible qui fait couler beaucoup d'encre, notamment s'agissant d'en déterminer le champ d'application.

La Cour de cassation ayant jugé l'article L. 145-46-1 du Code de commerce d'ordre public, la clause, que les praticiens avaient imaginée introduire dans les baux notamment de type *investisseur* et comprenant renonciation du preneur à invoquer son droit de préférence en cas de vente des locaux loués, sera privée d'effet.

## ABSENCE DE RÉPONSE À UNE DEMANDE DE RENOUVELLEMENT

La Cour de cassation estime que le bailleur, n'ayant pas répondu à une demande de renouvellement de son locataire dans le délai de trois mois qui lui est imparti par l'article L. 145-10 du Code de commerce, ne peut plus invoquer des manquements commis antérieurement à cette demande à moins qu'il ne les ait découverts que postérieurement (*Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 1<sup>er</sup> février 2018*).

## CHARGES

La Cour censure la facturation des honoraires de gestion technique selon un pourcentage du loyer en précisant que le bailleur doit justifier du coût réel de gestion de l'immeuble est censurée (*CA Douai, ch. 2, 12 juillet 2018*). Cette décision pourrait être transposée à d'autres catégories de charges et est susceptible de remettre en cause la refacturation des charges au forfait.

## TRAVAUX DE RÉHABILITATION ET OBLIGATION DE DÉLIVRANCE

La Cour de cassation décide que les obligations pesant sur le promoteur immobilier envers le preneur, au titre des travaux de réhabilitation d'un immeuble loué, n'exonèrent pas le bailleur, tenu d'une obligation de délivrance, de la prise en charge des travaux nécessaires à l'activité stipulée au bail, sauf clause expresse contraire (*Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 18 janvier 2018*).

## BAIL COMMERCIAL ET CLAUSES ABUSIVES

Un preneur contestait la validité, dans son contrat de bail, de clauses de non-responsabilité et de fixation du loyer à un minimum garanti, porteuses, selon lui d'un déséquilibre significatif du contrat.

La Cour de cassation considère que le louage de locaux suivant un bail commercial, qui n'est pas une activité de production de distribution ou de service, n'entre pas dans le champ d'application de l'article L. 442-6 I 2 du Code de commerce. En conséquence, les litiges qui portent sur l'exécution d'un bail commercial ne relèvent pas des juridictions spécialement désignées pour statuer sur l'application de ce texte (*Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 février 2018*).

## 3.2. Les baux résidentiels

### CE QUE CHANGE LA LOI ELAN :

#### LE BAIL MOBILITÉ

La grande nouveauté de la loi ELAN est le bail mobilité dont le régime juridique figure dans le nouveau Titre 1<sup>er</sup> Ter de la loi du 6 juillet 1989 qui traite des rapports entre bailleurs et locataires dans les logements meublés loués dans le cadre d'un bail mobilité (*articles 25-12 à 25-18*).

Ce bail, plus favorable au bailleur que le droit commun de la location meublée classique, doit permettre de répondre à des profils particuliers de locataires en mobilité (ex : étudiants, actifs en mission ou en formation, etc.). Les principales caractéristiques de ce bail sont les suivantes: (i) la durée du contrat est d'un à dix mois non renouvelable et non reconductible, excepté une fois dans une limite maximale de dix mois; (ii) le loyer est librement fixé sauf les règles de plafonnement des loyers, à l'exclusion cependant de celles d'encadrement; (iii) les charges sont récupérées sous forme de forfait; (iv) le versement d'un dépôt de garantie est prohibé.

**À noter:** la loi prévoit la possibilité pour le locataire de délivrer congé à tout moment sous réserve du respect d'un délai de préavis d'un mois et du respect de certaines conditions de forme mais ne prévoit pas une telle possibilité pour le bailleur, ce qui sous-entend qu'il est tenu pendant toute la durée du bail.

Il est expressément prévu que ces locations caractérisent l'habitation au sens des articles L631-7 et suivants du Code de la construction et de l'habitation, ce qui en fait un outil de gestion particulièrement intéressant.

## LA DIGITALISATION DES RELATIONS LOCATIVES

La loi ELAN habilite le gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance sur l'instauration d'un bail numérique dans le parc résidentiel privé. Elle prévoit également la dématérialisation des annexes au contrat de location : communication au locataire par voie dématérialisée du dossier de diagnostics techniques et des extraits de règlement de copropriété, sauf opposition explicite de l'une des parties au contrat (*articles 3 et 3-3 de la loi du 6 juillet 1989*).

Elle supprime enfin la mention manuscrite prévue dans les actes de cautionnement, ce qui devrait permettre leur dématérialisation.

## RETOUR DE L'ENCADREMENT DES LOYERS

La loi ELAN réintroduit la possibilité, sur certains territoires au marché locatif tendu, de mettre en place un dispositif expérimental d'encadrement des loyers pour les cinq prochaines années, sur demande des collectivités introduite dans les 2 ans de l'entrée en vigueur de la loi. Paris s'est déjà déclarée candidate. Le décret du gouvernement autorisant cette expérimentation est attendu en février. Le dispositif prévu par la loi ELAN est identique à celui instauré par la loi ALUR.

À noter par ailleurs : l'obligation de transmission des informations relatives au logement et au contrat de location est étendue à tout bailleur possédant une part significative des locaux constituant le parc de référence pour l'observatoire. Un décret d'application doit venir définir les modalités d'application de cette obligation (nature des informations, conditions de transmission, etc.).

## VIOLENCES CONJUGALES

La loi ELAN crée l'article 8-2 dans la loi du 6 juillet 1989 qui permet au conjoint, partenaire ou concubin victime de violences conjugales de mettre un terme à la solidarité entre locataire ou à celle de la caution, grâce à une information préalable du bailleur par l'envoi de la copie de l'ordonnance de protection délivrée par le juge aux affaires familiales ou de la condamnation pénale. Le fait pour le locataire, auteur des violences, de ne pas acquitter son loyer, constitue un motif légitime et sérieux de congé.

## ÉLARGISSEMENT DE LA NOTION DE DÉCENCE

La loi ELAN ajoute comme critère de décence le fait pour le logement d'être exempt de toute infestation d'espèces, nuisibles et parasites. Cette disposition, fruit d'un amendement, couvre notamment le cas des punaises de lit.

Le Bailleur sera ainsi responsable de cette situation, bien qu'elle puisse lui échapper en partie.

## COHABITATION INTERGÉNÉRATIONNELLE SOLIDAIRE

Est instauré aux articles L631-17 et suivants du Code de la Construction et de l'Habitation, d'un contrat par lequel une personne de 60 ans et plus, propriétaire ou locataire, s'engage à louer ou sous-louer, une partie de son logement à une personne de moins de 30 ans moyennant une contrepartie financière modeste. Le régime juridique de ce contrat relève du Code civil, à l'exclusion de la loi du 6 juillet 1989, ce qui offre une grande souplesse pour permettre le développement de ce nouveau mode d'habitation.

## L'ENCADREMENT DES LOCATIONS MEUBLÉES TOURISTIQUES

La loi ELAN modifie les articles L324-1-1 et suivants du Code de tourisme et renforce le contrôle des locations meublées touristiques avec des sanctions alourdies et un rôle plus actif des intermédiaires (ex : transmission à la Commune du nombre de jours au cours desquels le logement a été loué, obligation de retirer les offres de location lorsque les 120 jours de location autorisés sont dépassés). À noter : l'intermédiaire n'a toujours pas l'obligation de vérifier si le loueur locataire a le droit de sous-louer.

## ACTION DE GROUPE

La loi ELAN clarifie le champ d'application de l'action de groupe, introduite par la loi n° 2014-244 du 17 mars 2014 dite loi « Hamon », en y faisant désormais explicitement entrer les relations locatives (*article L. 623-1 du Code de la consommation*). Une incertitude existait sur le sujet depuis que la Cour d'Appel de Paris avait exclu les relations locatives du champ d'application de l'action de groupe aux motifs qu'elles ne constituaient ni une prestation de service, ni n'étaient soumises aux dispositions du Code de la consommation, adoptant ainsi une interprétation plus stricte que les travaux parlementaires de la loi Hamon qui semblaient au contraire les inclure (*CA Paris, 9 novembre 2017 - Rapp. AN n° 1574, p. 4 et Rép. min. n° 38849 : AN 10 juin 2014, M. Ch. Paul*).

## DIVERS

La loi ELAN a modifié bien d'autres dispositions encore : simplification du contenu du commandement de payer, clarification de l'articulation des procédures de surendettement et de résiliation du bail, l'individualisation des frais de chauffage et de refroidissement le bail dans le cadre d'une convention d'usufruit, réquisition de locaux vacants etc.

## LA LOI ALUR

À noter : en 2018, aucun texte d'application de la loi du 24 mars 2014, n° 2014-366 dite loi « ALUR » relatif à la matière locative n'a été publié, certains sont pourtant encore attendus : modèle de diagnostics amiante à annexer aux baux d'habitation (*article 3-3 de la loi du 6 juillet 1989*), adaptation des caractéristiques applicables aux conditions de décence aux logements loués en colocation (*article 8-1 II de la loi du 6 juillet 1989*), modèles de bail type en cas de colocation d'un logement organisée par plusieurs baux (*article 8-1 de la loi du 6 juillet 1989*), etc.

## DÉCENCE

La Cour de cassation clarifie les modalités d'application des normes de décence, notamment en cas de contradiction entre le décret décence n° 2002-120 du 30 janvier 2002 et les règlements sanitaires départementaux plus anciens, en l'occurrence celui de la Gironde du 23 décembre 1983, et décide que ce règlement doit être appliqué en priorité dans la mesure où ses dispositions plus rigoureuses ne sont pas incompatibles avec celles du décret et que le texte spécial l'emporte sur le texte général.

Dans cette affaire, la Haute Cour confirme la nullité d'une vente prononcée en raison de l'erreur excusable commise par l'acquéreur, non professionnel de l'immobilier, sur une qualité essentielle de la chose vendue : la surface du bien qui n'était pas conforme au règlement sanitaire départemental de la Gironde précité, dont les critères de décence sont plus stricts que ceux du décret de 2002, rendant ainsi le bien indécemment et impropre à la location à usage d'habitation.

### L'AVIS DE NOTRE EXPERT

La Cour met ainsi un terme au différend qui existait au sein de sa troisième chambre en réaffirmant la position adoptée dans la décision du 17 décembre 2015 et en écartant une décision du 20 avril 2017 ayant estimé que le décret décence du 30 janvier 2002 adopté postérieurement, l'emportait nécessairement sur le règlement sanitaire du département de la Gironde, qu'il avait implicitement abrogé en raison de son incompatibilité (*Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 3 mai 2018*).

## LOYER

Le décret n° 2018-549 du 28 juin 2018 a prolongé pour une période d'un an à compter du 1<sup>er</sup> août 2018, les dispositions du décret n° 2017-1198 du 27 juillet 2017 relatif à l'évolution de certains loyers dans le cadre d'une nouvelle location ou d'un renouvellement de bail, pris en application de l'article 18 de la loi du 6 juillet 1989. Le plafonnement des loyers perdure donc pour un an.

Par une décision du 26 juin 2018, la Cour administrative d'appel de Paris a confirmé l'annulation des arrêtés préfectoraux encadrant les loyers à Paris, prononcée par le jugement du Tribunal Administratif de Paris le 28 novembre 2017 au motif que ces arrêtés auraient dû, conformément à l'article 17 de la loi du 6 juillet 1989, concerner l'ensemble de communes comprises dans l'agglomération parisienne et non la seule ville de Paris (*CAA Paris, 26 juin 2018*). La Cour administrative d'appel de Douai a également confirmé l'annulation de l'encadrement des loyers à Lille prononcée en octobre 2017 par le Tribunal Administratif de Lille (*CAA Douai, 3 juillet 2018*).

### L'AVIS DE NOTRE EXPERT

L'épopée judiciaire qu'a suscitée l'encadrement des loyers, trouve sa fin avec l'entrée en vigueur de la loi ELAN, qui permet le retour de l'encadrement des loyers sur des bases assainies. Les critiques qui ont pu être reconnues comme fondées par les différentes juridictions administratives amenées à se prononcer sur le dispositif originel d'encadrement des loyers (absence de caractère expérimental et zone géographique d'application), ont été rectifiées par la loi ELAN.

## CHARGES LOCATIVES

La Haute Cour casse une décision des juges du fond ayant accueilli la demande reconventionnelle du bailleur de paiement de charges locatives afférentes aux années 2009 à 2015 et considéré que seule l'action en paiement des charges ou en répétition des charges indûment perçues était enfermée dans le délai de prescription et non le délai imparti au bailleur pour présenter les justificatifs des charges.

La position de la Cour d'appel censurée conduisait à ce qu'aucune forclusion n'atteignait ce dernier du seul fait qu'il n'avait pas communiqué le décompte un mois avant la régularisation. Si le défaut de régularisation annuelle des charges par le bailleur n'est assorti d'aucune sanction et ne lui interdit pas de les réclamer passé ce délai, la demande de paiement des charges ne peut intervenir que

dans les limites de la prescription, en l'occurrence quinquennale au moment des faits (*article 2224 du Code civil*), étant précisé que la loi ALUR du 24 mars 2014 a réduit ce délai de prescription à 3 ans (*art.7-1 de la loi du 6 juillet 1989*) (*Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 28 juin 2018*).

### DÉPÔT DE GARANTIE

La majoration de 10% pour chaque période mensuelle commencée prévue à l'article 22 de la loi du 6 juillet 1989 en cas de défaut de restitution du dépôt de garantie au locataire dans le délai de deux mois à compter de la remise des clés, ne peut se cumuler avec les intérêts moratoires au taux légal prévu par l'ancien article 1153 du Code civil (*Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 novembre 2018*).

### GARANTIE VISALE

Dans un communiqué de presse du 19 juin 2018, Action Logement, qui accorde la garantie Visale au locataire en cas d'impayés de loyer ou de charges, a annoncé les nouvelles dispositions suivantes : (i) élargissement du public éligible (Jeunes de 30 ans au plus, étudiants et alternants de 30 ans au plus sans autre condition logés dans le parc privé ou social, salariés de plus de 30 ans en mobilité professionnelle, y compris les salariés en CDI en mutation professionnelle et les salariés du secteur agricole, salariés et demandeurs d'emploi depuis moins de 6 mois de plus de 30 ans, confrontés à un événement exceptionnel fragilisant leur lien à l'emploi et au logement, ménages logés par un organisme d'intermédiation locative); (ii) l'octroi de la garantie sur la durée totale de la location dans le parc privé, dans la limite de 36 mensualités de loyers et charges impayées; (iii) réévaluation du montant de loyer garanti pour les étudiants (*Communiqué de presse Action Logement du 19 juin 2018 disponible sur le site du Ministère de la Cohésion des Territoires*).

### SOUS-LOCATION

Pour condamner des locataires titulaires d'un bail d'habitation, loi du 6 juillet 1989, à rembourser au propriétaire les loyers illicitement perçus au titre des sous-locations saisonnières prohibées dans le bail, la Cour d'appel de Paris a retenu le préjudice matériel du bailleur, constitué du détournement fautif de fruits civils produits par la sous-location de la propriété immobilière. La Cour se fonde ainsi sur les articles 546 et 547 du Code civil aux termes desquels la propriété immobilière donne droit à tout ce qu'elle produit, d'une part et, les fruits civils appartiennent au propriétaire par accession, d'autre part (*CA Paris, Pôle 4, ch. 4, 5 juin 2018*).

Poursuivant dans cette logique, le Tribunal d'instance de Paris a, dans un jugement du 24 octobre 2018, condamné la locataire à rembourser l'intégralité des loyers perçus de manière illégale entre 2011 et 2018, soit la somme de 46 277 euros, pour la sous-location saisonnière de son appartement sans l'accord du propriétaire et prononcé son expulsion. On ignore si cette décision a fait l'objet d'un appel, mais il s'agit en tout cas de la plus lourde condamnation judiciaire prononcée à l'encontre d'un locataire en matière de sous-location illicite qui a pu être relevée (*Tribunal d'Instance Paris, 24 octobre 2018*).

La Haute Cour confirme la décision des juges du fond ayant condamné le propriétaire d'un appartement à une amende civile pour l'avoir loué de manière répétée sur de courtes durées à une clientèle de passage, en contravention des dispositions de l'article L.631-7 du Code de la Construction et de l'Habitation qui prévoient une autorisation administrative préalable ainsi que le paiement d'une compensation financière à l'État en cas de changement d'usage des locaux à usage d'habitation situés en zones tendues. La Cour relève que le bien avait été donné en location meublée à une société avec autorisation expresse de le sous-louer de manière temporaire, de sorte que le propriétaire, qui a conclu en toute connaissance de cause et sur lequel pèse l'obligation d'obtenir l'autorisation administrative préalablement à la signature du bail, ne peut se décharger de sa responsabilité au motif qu'il n'a pas procédé lui-même aux locations litigieuses, mais a donné son bien en location à un tiers qui l'a mis en location sur divers sites internet (*Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 28 juin 2018*).

### CONGÉ DU LOCATAIRE

Pour retenir l'application du délai de préavis légal de 3 mois en cas de congé du locataire et fixer le montant de l'arriéré locatif, la Cour d'appel de Paris a utilement rappelé que la restitution des locaux, qui est généralement marquée par la restitution des clés, ne peut valablement intervenir que si les clés sont remises à une personne ayant effectivement mandat de les recevoir pour le compte du bailleur. Dans cette affaire, le locataire, opposait que le bailleur avait renoncé au bénéfice du délai légal de 3 mois précité et refusait d'établir l'état des lieux de sortie proposé par le bailleur pour fixer la date de fin du bail. Le locataire considérait cet état des lieux inutile au motif qu'il n'avait pas occupé les lieux (bail conclu le 2 février 2012 - congé du locataire le 23 février suivant) et qu'il avait déposé les clés dans la boîte aux lettres du gardien de l'immeuble (*CA Paris, Pôle 4, ch. 3, 11 janvier 2018*).

## DÉCÈS DU LOCATAIRE

Pour refuser tout droit locatif à l'héritière d'un locataire titulaire d'un bail à loyer modéré décédé en 2004 et dont l'épouse avait hérité du bail en application de l'article 1751 du Code civil, elle-même décédée en 2013, la Cour de cassation retient que lors du décès de sa mère, la fille ne remplissait pas la condition d'adaptation du logement à la taille du ménage et rappelle que l'article susvisé accorde au conjoint survivant un droit exclusif sur le logement servant à l'habitation des époux avant le décès. Ce droit prive les héritiers de tout droit locatif (*Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 28 juin 2018*).

## BAIL LOI DE 48

Dans une affaire où le décès d'un locataire, unique titulaire d'un bail conclu au visa de la loi du 1<sup>er</sup> septembre 1948, a entraîné la résiliation de plein droit dudit bail, la Cour de cassation fait application de l'alinéa 2 de la loi du 1<sup>er</sup> septembre 1948 disposant notamment que les sous-locataires de baux sont réputés occupants de bonne foi et disposent d'un droit au maintien dans les lieux, dès lors qu'ils remplissent leurs obligations. La Cour confère ainsi la qualité d'occupante à la sous-locataire, dont le titre avait par ailleurs été judiciairement reconnu, considérant qu'elle bénéficie d'un droit au maintien dans les lieux, droit personnel et indépendant des droits du locataire principal. En revanche, la Cour dénie la qualité de cotitulaire du bail en application de l'article 1751 du Code civil à l'épouse du défunt titulaire du bail, au motif que l'appartement n'a jamais servi à l'habitation des époux et que le seul encaissement des sous-loyers reversés au bailleur ne suffit, par ailleurs, pas à lui conférer la qualité d'occupante de bonne foi (*Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 14 juin 2018*).

## ARRÊTÉ D'INSALUBRITÉ

Dans une affaire où la locataire d'un logement donné à bail en 1996 ayant fait l'objet d'un arrêté d'insalubrité avec interdiction définitive d'habiter le 26 juin 2004, avait assigné le bailleur en annulation du congé-reprise et en dommages-intérêts, les juges du fond avaient rejeté sa demande de dommages et intérêts au motif qu'elle était à l'origine de son propre préjudice pour être restée dans les lieux malgré les nombreuses offres sérieuses de relogement qui lui avaient été proposées. La Haute Cour censure cette décision considérant ces motifs impropres à justifier le rejet de la demande d'indemnisation de la locataire pour la période antérieure à la réception des offres de relogement (*Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 31 mai 2018*).

## 3.3. Copropriété et association syndicale

### DROIT DE JOUISSANCE EXCLUSIF SUR DES PARTIES COMMUNES

L'acquéreur d'un lot donnant sur un jardin, partie commune, revendique l'acquisition par prescription du droit de jouissance exclusif de la partie de jardin attenant à son lot. Il se prévaut de la possession exercée par son prédécesseur sur ces mêmes parties communes pour revendiquer un droit de jouissance exclusif. La Cour de cassation juge que la jouissance du jardin, partie commune, attachée à la qualité de simple copropriétaire, est distincte du droit de jouissance exclusif, attaché à un lot, et que le copropriétaire ne peut pas se servir de la possession de son auteur pour revendiquer la prescription (*Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 18 janvier 2018*).

### OCCUPATION D'UNE PARTIE COMMUNE

Les travaux affectant les parties communes de la copropriété ou emportant leur aliénation relèvent en principe soit de la majorité de l'article 25 de la loi du 10 juillet 1965, soit de celle de l'article 26. Or, une résolution donnant au locataire d'un lot à usage de restauration rapide l'autorisation d'occupation précaire des parties communes extérieures relève de la majorité simple de l'article 24 de la loi du 10 juillet 1965. En effet, la construction d'une terrasse démontable sur une surface déterminée des parties communes, temporaire et révocable, n'occasionne aucune aliénation des parties communes et ne justifie pas une décision à la majorité de tous les copropriétaires ou à la majorité qualifiée (*Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 5 avril 2018*).

### RESPONSABILITÉ DU SYNDIC ET CHARGES DE COPROPRIÉTÉ

La répartition des charges de copropriété fixée par le règlement de copropriété s'impose à tous et au premier chef au syndic, chargé d'assurer l'exécution des dispositions du règlement de copropriété. L'assemblée générale, elle-même, ne peut la modifier que par un vote à l'unanimité sauf exception prévues par la loi. En l'espèce, le syndic avait pris l'initiative d'affecter directement à un copropriétaire et non au syndicat le montant d'une facture de réparation d'une canalisation commune jugeant qu'il était à l'origine de désordres. Le copropriétaire mis en cause a exercé une action en responsabilité à l'encontre du syndic d'être remboursé de cette somme.

La Cour de cassation a jugé que la responsabilité du syndic était engagée pour avoir imputé de façon fautive à ce copropriétaire le coût de la réparation en contradiction avec les dispositions de la loi du 10 juillet 1965 (*Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 12 avril 2018*).

### **DROIT DE JOUISSANCE SPÉCIALE**

La Cour de cassation reconnaît le caractère perpétuel du droit de jouissance spécial d'un lot sur un autre lot. Dans le cadre d'une vente de lots dont un à usage de piscine, il était précisé à l'acquéreur qu'une convention annexée au règlement de copropriété prévoyait que le copropriétaire du lot « piscine » accordait le droit de jouissance spéciale de ce lot aux autres copropriétaires et devait en assurer les frais de fonctionnement. L'acquéreur a souhaité dénoncer cette convention au motif que les engagements perpétuels seraient prohibés. La Cour de cassation juge qu'est perpétuel le droit réel attaché à un lot de copropriété conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un autre lot. Les parties en annexant la convention au règlement de copropriété avaient donc manifesté leur volonté de créer des droits et obligations attachés au lot de copropriété et non au propriétaire du lot (*Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 7 juin 2018*).

### **PRÉSIDENTE DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE**

L'article 15 du décret du 17 mars 1967 dispose qu'au début de chaque assemblée celle-ci désigne son président et plusieurs scrutateurs. À l'occasion d'une action exercée par le propriétaire de différents lots de copropriété à l'encontre du syndicat des copropriétaires en annulation d'une assemblée générale en son entier du fait de la désignation de plusieurs présidents, la Cour de cassation juge que l'assemblée générale ne peut désigner qu'un seul et unique président sous peine de nullité. En l'espèce, en présence d'une pluralité de présidents désignés, l'assemblée générale encourt la nullité (*Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 22 mars 2018*).

### **ACTION EN ANNULATION D'UNE ASSEMBLÉE GÉNÉRALE**

La Cour de cassation confirme, au visa de l'article 42 de la loi du 10 juillet 1965 qui accorde aux copropriétaires défaillants ou opposants un délai de deux mois pour contester les décisions d'assemblées générales, qu'une action en annulation de décisions d'une assemblée est recevable et n'est pas privée d'objet bien que toutes les résolutions contestées aient fait l'objet d'une réitération lors d'une assemblée générale postérieure si celle-ci est elle-même contestée. Cette décision permet de clore les interrogations qu'avaient pu susciter des décisions précédentes paraissant contradictoires (*Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 18 janvier 2018*).

### **CE QUE CHANGE LA LOI ELAN :**

La loi ELAN contient une réforme du droit de la copropriété d'application immédiate et une habilitation donnée au gouvernement de prendre deux ordonnances (*article 215 de la loi*) :

- l'une qui interviendra dans un délai de douze mois et prendra effet le 1<sup>er</sup> juin 2020 viendra réformer le droit de la copropriété et en créer les régimes en fonction notamment du nombre de lots,
- l'autre qui interviendra dans un délai de deux ans, soit d'ici le mois de novembre 2020 qui proposera un nouveau code de la copropriété.

### **L'APPLICATION DU STATUT DE LA COPROPRIÉTÉ (ARTICLE 207) :**

La loi ELAN définit le moment de l'application du statut de la copropriété à un immeuble. (i) En cas de mise en copropriété d'un immeuble bâti existant, l'ensemble du statut s'appliquera à compter du premier transfert de propriété d'un lot, (ii) pour les immeubles à construire, la prise d'effet est fixée à la date de livraison du premier lot.

Le texte prévoit que l'immatriculation du syndicat des copropriétaires est sans conséquence sur l'application du statut.

### **LA REDÉFINITION DES LOTS DE COPROPRIÉTÉ (ARTICLE 206) :**

C'est l'un des points sur lesquels le législateur a refusé de laisser au Gouvernement le soin de légiférer par ordonnance.

Il consacre la notion de lot transitoire à l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1965 ; c'est un lot formé d'une partie privative constituée d'un droit de construire précisément défini quant aux constructions qu'il permet de réaliser sur une surface déterminée du sol, et d'une quote-part de parties communes correspondante.

La création et la consistance du lot transitoire sont stipulées dans le règlement de copropriété.

**DES PRÉCISIONS SUR LA NOTION DE PARTIES COMMUNES (ARTICLES 208, 209 ET 204) :**

**Définition des parties communes (Article 208)**

Reprenant les travaux du Groupe de recherche en copropriété (Greco), le législateur ajoute à la liste des éléments qui sont réputés parties communes :

- tout élément incorporé dans les parties communes,
- le droit d'affichage sur les parties communes,
- le droit de construire afférent aux parties communes.

La loi complète par ailleurs l'article 37 de la loi de 1965 par un article 37-1 qui interdit à un copropriétaire de se réserver les droits de construire, d'affouiller et de surélever mais qui permet de les constituer en partie privative d'un lot transitoire.

Toutefois, les conventions antérieures à la loi ELAN par lesquelles un copropriétaire s'est réservé un tel droit, demeurent valables.

**Définition des parties communes spéciales et celles à jouissance privative (Article 209)**

Le législateur consacre dans la loi la jurisprudence qui a reconnu les deux notions de parties communes spéciales et de parties communes à usage spécial. Dans les deux cas, l'existence de ces parties communes doit être mentionnée dans le règlement de copropriété.

Les parties communes spéciales sont celles affectées à l'usage et à l'utilité de plusieurs propriétaires. Elles sont la propriété indivise de ces derniers.

Les parties communes à jouissance privative sont celles affectées à l'usage et à l'utilité exclusive d'un lot. Elles appartiennent indivisément à tous les copropriétaires. Le droit de jouissance privative est un accessoire au lot de copropriété auquel il est rattaché, il ne peut en aucun cas constituer une partie privative d'un lot.

Les syndicats des copropriétaires disposent d'un délai de 3 ans à compter de la loi ELAN pour mettre les règlements en conformité avec la loi nouvelle.

**Affectation du fonds de travaux (Article 204)**

L'usage des sommes portées au fond de travaux tient compte de l'existence de parties communes spéciales et des clés de répartition des charges. Il ne se limite pas aux charges communes générales.

L'affectation doit tenir compte des parties communes spéciales et des clefs de répartition des charges.

**LA PARTICIPATION AUX ASSEMBLÉES GÉNÉRALES ET LES RÈGLES APPLICABLES DU DROIT DE VOTE (ARTICLES 211 ET 212)**

**Modalités de vote et délégation du droit de vote (Article 211)**

Le vote sera possible par correspondance avant la tenue de l'assemblée générale, via un formulaire, ou par un moyen de communication à distance (dont visioconférence), avec des moyens d'identification. Le vote par correspondance imprécis est considéré comme défavorable. Ces deux modalités de vote nécessitent un décret.

L'article 22 de la loi du 10 juillet 1965 autorise un copropriétaire à recevoir des délégations de vote. Le nombre était limité à trois sauf si le total des voix (avec les siennes) ne dépasse pas 5%. La loi prévoit désormais que le copropriétaire peut recevoir plus de trois délégations de vote si le total des voix dont il dispose ne dépasse pas 10%.

Le mandataire a désormais le droit de subdéléguer son droit de vote mais uniquement si son mandat ne l'interdit pas.

**Travaux d'économie d'énergie (Article 212)**

Certains travaux d'économie d'énergie relevaient de la majorité de l'article 24, d'autres de la majorité de l'article 25. Afin d'éviter les litiges, la loi prévoit que les travaux d'amélioration de l'efficacité énergétique à l'occasion de travaux dans les parties communes sont votés à la majorité de l'article 25 de la loi du 10 juillet 1965.

**LA PROCÉDURE APPLICABLE AUX IMPAYÉS DE CHARGES (ARTICLE 210)**

Le défaut de paiement des provisions de budget prévisionnel à la date d'exigibilité (art. 14-1 de la loi de 1965) et des dépenses pour travaux (art. 14-2, I, de la loi de 1965), après 30 jours suivants une mise en demeure, entraîne l'exigibilité immédiate des autres provisions non échues ainsi que des sommes dues appelées lors des exercices précédents.

Une condamnation en référé par le président du tribunal de grande instance reste nécessaire.

La loi nouvelle étend ce mécanisme aux provisions pour travaux.

#### LA PRESCRIPTION APPLICABLE AUX ACTIONS PERSONNELLES (ARTICLE 213)

La réforme des règles de prescription opérée en 2008 a fixé à 5 ans le délai de prescription de droit commun mais n'a pas modifié les règles du droit de la copropriété. La Loi ELAN fixe à 5 ans au lieu de 10 ans le délai de prescription des actions personnelles figurant à l'article 42 de la loi du 10 juillet 1965 par renvoi aux dispositions de l'article 2224 du Code civil.

En outre, le syndic dispose désormais d'un mois et non deux pour notifier aux copropriétaires le procès-verbal de l'assemblée générale.

#### LA CONSULTATION DES PIÈCES PAR LE CONSEIL SYNDICAL ET LA SANCTION DU SYNDIC (ARTICLE 203)

La loi crée une sanction à l'égard des syndics s'ils ne transmettent pas les documents demandés au conseil syndical sous un mois (*art. 21 de la loi de 1965*). Le montant minimal des pénalités sera fixé par décret et s'imputera sur les honoraires du syndic.

La loi nouvelle étend ce mécanisme aux provisions pour travaux.

#### L'AVIS DE NOTRE EXPERT

Ces dispositions d'application immédiate entraînent des changements significatifs du droit de la copropriété auxquels les copropriétés doivent d'ores et déjà s'adapter. Concernant certaines d'entre elles des décrets sont attendus.

Il faudra ensuite attendre une réforme de grande ampleur issue des deux ordonnances à intervenir auxquelles les professionnels (syndic, gestionnaires de bien...) doivent se préparer et en anticiper les conséquences sur la gestion des copropriétés.

## 3.4. Agent immobilier

### RÈGLEMENTATION ANTI-BLANCHIMENT

Une 5<sup>ème</sup> directive « anti-blanchiment » est entrée en vigueur en juillet 2018 et devra être transposée au plus tard le 10 janvier 2020. Elle étend notamment le dispositif de lutte anti blanchiment aux agents immobiliers lorsqu'ils sont intermédiaires pour la location de biens immobiliers dont le loyer dépasse 10 000 €/mois (*Dir. 2018/843 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018: JOUE n° L 156 19 juin*).

### PRÊT DE L'AGENT IMMOBILIER

Un agent immobilier a prêté au bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente une somme d'argent lui permettant de verser la première tranche de l'indemnité d'immobilisation et remet les fonds au notaire. L'option n'ayant pas été levée et le notaire ayant versé la somme au promettant à titre d'indemnité d'immobilisation, l'agent immobilier agit en remboursement de cette somme.

La Cour d'appel rejette cette demande de remboursement, considérant celle-ci comme illicite : l'agent immobilier ne dispose d'aucune créance à défaut de mandat écrit du bénéficiaire l'autorisant à remettre au notaire une partie de l'indemnité d'immobilisation.

L'arrêt d'appel est cassé : le caractère illicite, mais non immoral, de ce versement ne privait pas l'agent immobilier de son droit à restitution de la seule somme par lui remise (*Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 septembre 2018*).

### ASSURANCE

En l'absence de conditions particulières, le contrat d'assurance couvrant une activité entrant dans le champ de la Hoguet est susceptible de garantir la responsabilité de l'assuré, lorsque celui-ci délivre des conseils à ces clients à l'occasion d'une vente immobilière, notamment au titre de conseils en investissement ou en défiscalisation.

Ceci peu important que cette activité de conseil ne soit que l'accessoire de l'activité principale d'intermédiation de l'agent immobilier (*Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 novembre 2018*).

## 3.5. Diagnostiqueur

### FEU L'OBSERVATOIRE DES DIAGNOSTICS IMMOBILIERS

Statuant sur la constitutionnalité de la loi ELAN, la création d'un Observatoire des diagnostics immobiliers a été censurée par le Conseil des sages, considérant que cette mesure n'était pas en lien avec le projet de loi (*Conseil constitutionnel du 16 novembre 2018*).

### L'ESRIS DEVIENT L'ERP

Au 3 août 2018, l'ESRIS (État des servitudes et information sur les sols), devient l'ERP, pour « *État des Risques et Pollution* », suite à l'intégration de la présence potentielle de radon (*Arrêté du 13 juillet 2018 modifiant l'arrêté du 13 octobre 2005 portant définition du modèle d'imprimé pour l'établissement de l'état des risques naturels et technologiques JORF n°0176 du 2 août 2018*).

### ZONES DE RADON

Le vendeur et le bailleur ont l'obligation d'informer l'acquéreur ou le locataire du risque relatif à la présence de radon, gaz naturellement présent dans certaines zones géographiques (*article L.125-5 du Code de l'environnement, article L et R1333-22 du Code de la santé publique*).

Par arrêté du 27 juin 2018, la liste des communes dans lesquelles le potentiel radon justifie des mesures d'information ou de prévention de l'exposition au radon a été fixée et ventilée en trois zones en fonction du risque : « *faible* », « *faible mais sur lesquelles des facteurs géologiques particuliers peuvent faciliter le transfert du radon vers les bâtiments* », et « *significatif* » (*Arrêté du 27 juin 2018 portant délimitation des zones à potentiel radon du territoire français, J.O. du 30 juin, n° 47*).

### CERTIFICATION DES DIAGNOSTIQUEURS

L'arrêté réformant et harmonisant les six domaines de certification des diagnostiqueurs est paru au Journal officiel du 8 juillet 2018. Il prévoit une entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> octobre 2018 pour la certification des organismes de formation et au 1<sup>er</sup> avril 2019 pour la certification des diagnostiqueurs. Les principaux objectifs de cette réforme sont la définition (i) des compétences des diagnostiqueurs et (ii) des compétences et conditions de certification des organismes de formation.

Visé par trois recours en annulation devant le Conseil d'État, l'arrêté pourrait être mort-né.

Dans cette dernière hypothèse, un groupe inter-syndical travaille d'ores et déjà pour améliorer le dispositif entré en vigueur, et gommer les points de critiques à l'origine des recours (concernant principalement le volet amiante).

## 3.6. Autres professions immobilières

### SYNDICS

La Cour de cassation rappelle les modalités de révocation anticipée du syndic après la loi ALUR. Elle précise que cette dernière n'a pas modifié le régime juridique de la révocation du mandat du syndic : le syndicat des copropriétaires doit disposer d'un motif sérieux et légitime pour mettre fin par anticipation aux fonctions du syndic et peut ainsi le faire sans indemnité. A contrario, le syndic révoqué sans motif légitime est en droit d'obtenir du syndicat des copropriétaires des dommages-intérêts en réparation de son préjudice (*Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 8 mars 2018*).

### NOTAIRES

#### DEVOIR D'INFORMATION

La Cour de cassation précise l'étendue du devoir d'information et de conseil du notaire. Ainsi, il n'est pas tenu de ce devoir auprès du tiers dont il n'est pas chargé de protéger les intérêts et ne disposant pas d'un droit opposable aux parties (*Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mai 2018*).

#### OBLIGATION DE VÉRIFICATION DU NOTAIRE

Le notaire est tenu d'assurer la validité et l'efficacité des actes, et à cette fin, il est tenu d'un devoir général de vérification. Cet arrêt précise que sa responsabilité n'est pas systématique en cas de fausses déclarations d'une partie. L'officier public n'est soumis à une obligation de vérification renforcée que s'il existe un doute sur les documents remis. En cas d'absence d'un doute, sa responsabilité ne saurait être engagée sur le fondement de l'exigence de vérification renforcée (*Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 juin 2018*).

## 3.7. Relations sociales

### **SYNDICAT DES COPROPRIÉTAIRES ET LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE**

De jurisprudence constante, les dispositions relatives au licenciement pour motif économique ne sont pas applicables au syndicat des copropriétaires qui n'est pas une entreprise.

Il en va toutefois différemment si l'activité du syndicat dépasse la simple administration et conservation de l'immeuble commun en vertu de l'article 14 de la loi du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété. Ainsi, le syndicat des copropriétaires gérant le service médical d'une résidence-service destinée aux personnes âgées est soumis au droit du licenciement économique pour la rupture du contrat de travail de quatre infirmières embauchées pour travailler au sein de ce service médical (*Cass. soc.*, 21 novembre 2018).

## 3.8. Fiscalité de la gestion

### **ACTUALITÉ LÉGISLATIVE**

#### **EXTENSION DU CHAMP D'APPLICATION DE LA TAXE ANNUELLE SUR LES BUREAUX EN ÎLE-DE-FRANCE**

La LF pour 2019 étend le champ d'application de la taxe annuelle sur les locaux à usage de bureaux, de commerces et de stockages, situés en Île-de-France (« TABIF ») aux parkings commerciaux. Les surfaces de stationnement annexées à des locaux de bureaux entraient déjà dans le champ de la TABIF mais les espaces dédiés à l'exploitation commerciale de parkings étaient exclus. Le tarif applicable sera celui afférent aux surfaces de stationnement. La taxe additionnelle sur les surfaces de stationnements sera aussi applicable aux aires commerciales de stationnement (*article 165 de la LF pour 2019*).

Enfin, les tarifs de la TABIF pour les bureaux et les surfaces de stationnement situés à Paris et dans les Hauts-de-Seine (92) feront l'objet d'une hausse de 10% au 1<sup>er</sup> janvier 2019 (*article 165 de la LF pour 2019*).

#### **ÉVALUATION DES LOCAUX INDUSTRIELS (ARTICLE 156 DE LA LF POUR 2019)**

La LF pour 2019 continue la réforme d'évaluation de la valeur locative des locaux à usage professionnel, qui constitue la base de la taxe foncière et de la cotisation foncière des entreprises (CFE). En 2017, les méthodes d'évaluation des locaux professionnels

avaient été révisées et la LF pour 2019 se penche sur les conditions d'évaluation des locaux industriels, qui sont en principe évalués selon la méthode comptable (i.e. sur leur prix de revient). La loi légalise la définition jurisprudentielle (*C.E.*, 17 juin 2015 n° 362743 et n° 365720) des locaux industriels, qui sont les bâtiments et terrains servant à l'exercice d'une activité de fabrication ou de transformation de biens corporels mobiliers nécessitant d'importants moyens techniques et les bâtiments et terrains autres servant à l'exercice d'activités nécessitant d'importants moyens techniques dont le rôle des installations techniques, matériels et outillages mis en œuvre est prépondérant. Cependant, à compter de 2020, une exclusion de la qualification industrielle est prévue pour les installations dont la valeur n'excède pas 500 000 €. Enfin, un changement des règles d'évaluation desdits locaux industriels devrait être à l'étude en 2019.

#### **LIBRE ACCÈS AUX VALEURS FONCIÈRES DÉCLARÉES (ARTICLE 13 DE LA LOI 2018-727)**

La loi n° 2018-727 du 10 août 2018 prévoit le libre accès pour les personnes physiques et morales aux données collectées par l'administration fiscale concernant les valeurs foncières déclarées lors des mutations immobilières des cinq dernières années, sans condition d'identification ou de justification préalable.

### **LA JURISPRUDENCE FISCALE**

#### **INDEMNITÉ COMPENSATRICE DE LOYER ET TVA**

L'indemnité d'occupation accordée par le juge au bailleur au titre de l'occupation illégale sans titre de l'occupant après résiliation du bail vise seulement à compenser le préjudice causé au propriétaire des locaux et n'est pas assujettie à la TVA (*C.E.* 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ch., 30 mai 2018, n° 402447 SCI Armor Immo).

#### **LOCATION DE MURS D'HÔTEL ET TAUX DE TVA APPLICABLE**

Lorsqu'elle est imposable, la location de locaux destinés à l'hébergement est soumise au taux réduit de TVA de 10%. Ce taux s'applique exclusivement au prix de la location des surfaces d'hébergement, tous les services et recettes annexes doivent être soumis au taux qui leur est propre. Ainsi lorsque l'établissement comporte, outre les infrastructures dédiées à l'hébergement proprement dit, d'autres locaux comme une salle de restauration, il convient de ventiler le loyer selon les surfaces concernées afin d'appliquer à chaque type d'infrastructure le régime concerné (les locaux meublés destinés à l'hébergement sont imposables de plein droit au taux

de 10% lorsque trois des quatre prestations visées par l'article 261 D du CGI sont fournies, les autres locaux comme les restaurants sont imposables sur option au taux de droit commun).

Saisi d'une question préjudicielle posée par une juridiction judiciaire, le Conseil d'État réaffirme l'importance de procéder à une ventilation en rappelant que lorsqu'un redevable réalise des affaires passibles de la TVA selon des taux différents, et tient une comptabilité qui ne permet pas de distinguer entre ces différentes catégories d'affaires, il est passible de la taxe au taux le plus élevé sur la totalité des affaires (C.E., 28 novembre 2018, n° 413526).

#### L'AVIS DE NOTRE EXPERT

La décision du Conseil d'État est en ligne avec une ancienne réponse ministérielle de 2005 (Rép. Victoria AN 20 décembre 2005 p.11777 n° 76984) qui n'a, à ce jour, pas été reprise dans BOFIP.

#### DÉGRÈVEMENT DE TAXE FONCIÈRE

En vertu de l'article 1389 du CGI, un dégrèvement de la taxe foncière est possible en cas de vacance d'une maison normalement destinée à la location ou d'inexploitation d'un immeuble utilisé par le contribuable lui-même à usage commercial ou industriel, à la triple condition que la vacance ou l'inexploitation soit indépendante de la volonté du contribuable, qu'elle ait une durée de trois mois au moins et qu'elle affecte soit la totalité de l'immeuble, soit une partie susceptible de location ou d'exploitation séparée.

Par un arrêt en date du 26 juillet 2017, le Conseil d'État a étendu cette possibilité de dégrèvement de taxe foncière au propriétaire ayant donné en location gérance un bien immobilier (pour lequel il reste néanmoins redevable de la taxe foncière) en cas d'inexploitation dudit bien pour une raison indépendante à sa volonté (C.E., 26 juillet 2018, n° 409385).

#### OFFRE SMART : RÉSIDENCES - SERVICES

La loi ELAN en créant un troisième type de bail d'habitation, le bail mobilité, offre de nouvelles opportunités aux exploitants de résidences services. Assurer un taux d'occupation maximal de la résidence toute l'année, accompagner les nouveaux modes de vies, plus flexibles ou permettre le développement du coliving, sont autant de préoccupations des exploitants de résidences services. Le bail mobilité est susceptible d'y répondre en partie.

Le bail mobilité est un bail d'habitation, conforme à la destination urbanistique et à l'usage « logement ».

Il permet la mise en location pour de courtes durées de un à dix mois de logements au profit de locataires en mobilité, énumérés par la loi. Surtout, le loyer d'un bail mobilité ne sera pas soumis à encadrement des loyers, mais seulement dans les zones tendues, à plafonnement des loyers. De surcroît les charges peuvent être appelées au forfait et le régime de ce bail nous semble compatible avec celui des résidences services, autorisant en sus du loyer et des charges, la facturation des services non individualisables ou de services individualisables.

# 4. Un regard sur l'actualité immobilière de nos bureaux étrangers

## 4.1. Au Maroc

L'actualité immobilière marocaine 2018 a été marquée par la poursuite de la définition du régime des OPCI et un projet d'amélioration de la transparence en matière de sociétés civiles immobilières.

### LE RÉGIME DES OPCI MAROCAINS SE PRÉCISE

L'entrée en vigueur de la loi n°70-14 du 25 août 2016 instituant les OPCI est soumise à une série de textes d'application ainsi qu'à la publication de circulaires de l'Autorité marocaine du marché de capitaux (AMMC) dont certains de ces textes ont été pris au printemps 2018.

Un premier décret n°2-18-32 du 26 avril 2018 encadre le métier « *d'évaluateurs immobiliers* », dont le rôle est de certifier les biens détenus par les OPCI, et fixe la composition et le mode de fonctionnement de la commission consultative chargée d'émettre un avis sur l'agrément ou le retrait d'agrément de ces évaluateurs immobiliers.

Un second n°2-17-420 du même jour fixe également certaines modalités de fonctionnement des OPCI, incluant :

- la composition des actifs des OPCI, les critères d'éligibilité et les niveaux de représentation des éléments d'actifs d'un OPCI (ainsi, la proportion des terrains non bâtis, destinés à la construction, ne peut dépasser 20% du total des immeubles détenus par un OPCI) ;
- la fixation du montant minimum des apports et du capital initial des OPCI (50 millions de dirhams) ;

- le délai (3 ans à compter de la date d'agrément) dans lequel les OPCI doivent respecter des règles de proportions ;
- l'obligation pour les sociétés de gestion d'OPCI de se constituer en association professionnelle dont les statuts sont soumis à l'approbation du ministre chargé des finances, après avis de l'AMMC.

Plusieurs textes réglementaires doivent encore être publiés pour que le premier OPCI ne puisse voir le jour.

Ainsi, le second décret renvoie à un arrêté de l'autorité gouvernementale chargée des finances pour la fixation de certaines listes et modalités d'application (liste des instruments financiers liquides, des activités exercées par la société de gestion, règles comptables des OPCI, etc.). Enfin, un troisième décret n°2-18-511 du 31 juillet 2018, fixe une liste de modalités complémentaires devant être fixées par arrêté (liste des droits réels, critères d'éligibilité et niveaux de représentation des éléments d'actifs d'un OPCI, etc.).

De son côté, l'AMMC a soumis aux différents acteurs concernés des projets des circulaires relatives à l'agrément des sociétés de gestion et aux OPCI, en cours de finalisation avec les professionnels.

Les investisseurs espèrent en outre que des dispositions comptables et fiscales définissent davantage les modalités de traitement fiscal et comptable des OPCI, avec des incitations fiscales. Il serait également souhaitable qu'une note de l'Office des changes clarifie les modalités de l'investissement en devises de l'OPCI.

### PROJET D'AMÉLIORATION DE LA TRANSPARENCE DES SOCIÉTÉS CIVILES IMMOBILIÈRES

Régies par les articles 982 et suivants du Dahir des obligations et des contrats (le DOC), et par la circulaire 717 du Code général des impôts, les sociétés civiles immobilières (SCI) ont fait l'objet d'un projet de loi n°31-18 approuvé par la Gouvernement le 6 septembre 2018 (le Projet de Loi), qui fait suite à la lettre Royale du 30 décembre 2016 et vise à lutter contre le fléau de la spoliation immobilière.

Le Projet de Loi propose les modifications principales suivantes :

- rendre obligatoire l'immatriculation des SCI au Registre du commerce (qui deviendra le registre du commerce et des sociétés) ;
- leur faire jouir de la personnalité morale, et ce à compter de leur immatriculation. Cette

immatriculation permettra d'identifier les SCI de manière claire, de les répertorier, de connaître leur objet social, l'identité de leur représentants légaux et assurera ainsi une meilleure traçabilité juridique et fiscale pour lutter contre la fraude et la spoliation immobilière.

En revanche, elle ne confère pas aux SCI de caractère commercial, pour autant qu'elles ne procèdent pas de manière habituelle et répétitive à des actes de commerce. Si tel était le cas, elles devront alors changer de régime juridique et se transformer en sociétés commerciales type SA, SARL, achat d'immeubles pour les revendre, promotion immobilière, etc.

Cette loi s'inscrit dans la lignée des précédentes évolutions législatives qui visent à freiner la spéculation immobilière à Hong Kong où les prix de l'immobilier (résidentiel ou commercial) sont parmi les plus élevés au monde. Précédemment, le gouvernement avait introduit, le 30 juin 2011, un droit d'enregistrement (*Special Stamp Duty*) qui s'élève actuellement entre 10% et 20% en cas de revente d'un bien immobilier à usage d'habitation dans les 3 ans suivant son acquisition. Puis, depuis octobre 2012, un droit d'enregistrement supplémentaire de 15% (*Buyer's Stamp Duty*) était dû par tout acquéreur (non résident permanent de Hong Kong) d'un bien immobilier à usage d'habitation.

## 4.2. En Asie

### UN REGARD SUR L'ACTUALITÉ IMMOBILIÈRE DE NOS BUREAUX ÉTRANGERS : L'EXEMPLE DE HONG KONG

#### AUGMENTATION DES DROITS D'ENREGISTREMENT DANS LE CADRE DES OPÉRATIONS DE TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ PORTANT SUR DES BIENS IMMOBILIERS À USAGE D'HABITATION

La « *Stamp Duty (Amendment) Ordinance 2018* » publiée le 19 janvier 2018 a augmenté les droits d'enregistrement (*Ad Valorem Stamp Duty*) perçus sur tout transfert de propriété d'un bien immobilier à usage d'habitation. Le nouveau taux applicable sur tout acte signé depuis le 5 novembre 2016 est un taux fixe de 15% assis sur la valeur de la transaction (prix payé ou valeur de marché du bien si cette dernière est supérieure).

Les résidents permanents de Hong Kong sont exonérés de ce droit d'enregistrement pour autant qu'au jour de l'acquisition ils ne détiennent pas de biens immobiliers à usage d'habitation à Hong Kong.

Seul leur seront dès lors applicable le taux progressif de 1,5 à 4,25%.

Par ailleurs, cette mesure n'impacte pas les transferts de propriété portant sur des biens immobiliers à usage professionnel qui demeurent soumis à un droit d'enregistrement progressif de 1,5% à 8,5%.













# Notre équipe immobilière



Ont participé à la rédaction de cette brochure, sous la direction d'Aurélié Dauger et Sidonie Fraïche-Dupeyrat :

Marion Benadiba, Romain Berthon, Karine Bézille, Marie Boustany, Frédérique Chaillou, Laurie Chassain, Thomas Chauveteau, Hélène Cloëz, Pascaline Déchelette-Tolot, Florence Defradas, Marine Delannoy, Martin Delcamp, Anne Delorme, Marie-Gabrielle du Bourblanc, François-Régis Fabre Falret, Sandra Fernandes, Diane Forestier, Hélène Gelas, Valérie Hardouin, Sarah Kesy, Ondine Loloum, Stella Mariani, François Metz, Silke Nadolni, Géraldine Piedelièvre, Céline Rifflet, Antoine Ryckeboer, Pierre-Philippe Sechi, Davina Susini-Laurenti, Rim Tazi, Chloé Thiéblemont, Nicolas Vanderchmitt et Élodie Vankerkove.

*Cette brochure fournit des informations de caractère général et ne constitue en aucune mesure des conseils et/ou avis juridiques.*

