



**COLLECTION LE PLUS - LE LOCAL
PROFESSIONNEL**

30 avril 2019

Table des matières

▶ La location du local via un bail professionnel	p.4
▶ Introduction	p.4
▶ Champ d'application du statut des baux à usage professionnel	p.5
▶ L'usage professionnel du local	p.5
▶ Usage professionnel exclusif	p.7
▶ Existence d'un véritable bail	p.7
▶ Vérifications préalables	p.8
▶ Parties	p.8
▶ L'immeuble	p.9
▶ L'état des lieux	p.9
▶ Vérification de la conformité de l'immeuble et de ses équipements aux exigences légales et réglementaires	p.10
▶ Licéité du bail	p.11
▶ Préparation du bail	p.11
▶ Renseignements à fournir	p.11
▶ Les parties à l'acte	p.11
▶ L'immeuble loué	p.11
▶ Les pièces utiles	p.12
▶ La rédaction du bail	p.13
▶ La nécessité d'un acte écrit	p.13
▶ La chose louée	p.14
▶ La durée du bail	p.14
▶ Le loyer et les charges	p.15
▶ La fixation du loyer	p.15
▶ L'indexation du loyer	p.15
▶ Le paiement du loyer	p.16
▶ Les charges	p.17
▶ Les droits et obligations des parties	p.17
▶ Les travaux et réparations	p.17
▶ La cession	p.18
▶ La sous-location	p.18
▶ Clause résolutoire de plein droit	p.18
▶ Le terme du bail	p.19
▶ Congé du locataire ou du bailleur	p.19
▶ L'absence de congé	p.20
▶ Le renouvellement du bail	p.20
▶ Les formalités en fin de bail	p.21
▶ Les cas particuliers	p.21
▶ Les baux mixtes	p.21
▶ Le changement d'usage des locaux d'habitation	p.22
▶ Les points clés	p.23

▶ L'acquisition du local professionnel	p.24
▶ Introduction	p.24
▶ La préparation de l'acquisition	p.24
▶ Informations préalables	p.24
▶ Inventaire des solutions envisageables	p.25
▶ La mise en œuvre de l'acquisition	p.26
▶ L'acquisition des murs en direct	p.26
▶ L'acquisition des murs par une société	p.28
▶ Le démembrement de propriété	p.30
▶ Les utilités de l'acquisition en démembrement de propriété	p.30
▶ La location à soi-même du local professionnel	p.32
▶ Les choix financiers	p.34
▶ Introduction	p.34
▶ L'évaluation de ses possibilités de remboursement	p.34
▶ Les durées et modalités de remboursement	p.34
▶ Taux fixe ou taux variable ?	p.34
▶ Les emprunts à échéance progressive	p.35
▶ Les emprunts dégressifs	p.35
▶ Les crédits in fine	p.35
▶ Les emprunts à échéances constantes	p.35
▶ L'assurance crédit	p.36
▶ Biens professionnels ou non	p.37
▶ Introduction	p.37
▶ Le local en tant que bien professionnel	p.37
▶ Le local en tant que bien privé	p.37
▶ Cas particulier de la déduction d'un loyer à soi-même	p.38
▶ L'attrait de la société civile immobilière	p.39
▶ Les aspects familiaux	p.39
▶ La SCI et le couple	p.39
▶ La SCI et la transmission familiale	p.39
▶ Les aspects pratiques	p.39
▶ SCI et profession	p.39
▶ La possibilité d'opter pour l'impôt sur les sociétés	p.40
▶ Qui doit emprunter	p.40

La location du local via un bail professionnel

I. - Introduction

1 - Le commerçant dispose dans son bail d'éléments qui sont d'ordre public, en particulier le droit au renouvellement : ce n'est malheureusement pas le cas des professionnels libéraux titulaires de bénéfiques non commerciaux (« BNC »). En étant locataire, le professionnel libéral n'est protégé que par les clauses de son propre bail.

En effet, à la différence des baux commerciaux ou à usage d'habitation, les baux portant sur des locaux affectés à un usage professionnel sont soumis à une réglementation allégée et générale.

En effet, la loi impose uniquement que :

- la rédaction du bail par écrit ;
- l'établissement d'un état des lieux ;
- une durée minimal du bail (de 6 ans) ;
- une durée de préavis à respecter.

Pour toutes les autres questions, les baux professionnels sont soumis aux dispositions du code civil et à la volonté des parties.

2 - Sources du statut des baux professionnels - Le statut actuel des baux professionnels figure dans l'article 57-A de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 dite « loi Méhaignerie », créé par la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 dite « loi Mermaz ». Ce texte a fait par la suite l'objet d'une modification par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, qui a autorisé l'adoption conventionnelle du statut des baux commerciaux, en cas de location à usage « professionnel ». Le statut institué par ce texte n'a rien de comparable à celui des baux commerciaux ou à d'autres statuts protecteurs du locataire : le législateur s'est contenté de réglementer la durée du bail et les modalités selon lesquelles l'une ou l'autre des parties pouvait y mettre fin.

3 - Caractère d'ordre public - L'article 57-A est d'ordre public (L. n° 86-1290, 23 déc. 1986, art. 46). Le législateur ayant voulu avant tout protéger les « professionnels » en leur assurant une durée minimale de présence dans les lieux, nous sommes en présence d'un ordre public de protection. Selon le droit commun, le preneur peut renoncer à se prévaloir des dispositions de l'article 57 A de la loi du 23 décembre 1986, à la condition que cette renonciation procède d'une volonté non équivoque et porte sur un droit acquis.

Conseil pratique

Que se passe-t-il si le bail comporte une ou plusieurs clauses contraires aux dispositions impératives de la loi ? En principe, faute de disposition le prévoyant, ces clauses ne pourront pas être « réputées non écrites ». C'est la sanction de nullité qui s'appliquera et cette action en nullité devra être intentée dans le délai de cinq ans édicté par l'article 1304 du Code civil. Elle sera soumise aux diverses causes d'interruption ou de suspension prévues par ce texte, notamment dans le cas où le titulaire de l'action est une personne protégée. L'annulation d'une clause du bail, fut-elle déterminante, n'entraînera pas la nullité du bail tout entier. Elle sera limitée à la clause illicite.

4 - Adoption conventionnelle d'un autre statut - Le caractère peu protecteur du « mini-statut » des baux professionnels a incité les locataires à négocier avec leur bailleur l'application volontaire du statut des baux commerciaux. Cette possibilité a été consacrée par la loi du 4 août 2008, qui a modifié en ce sens l'article 57-A de la loi du 23 décembre 1986.

II. - Champ d'application du statut des baux à usage professionnel

5 - Le bail professionnel peut se définir comme un contrat de louage portant sur des locaux dans lesquels le locataire exerce régulièrement, avec l'accord exprès ou parfois tacite du bailleur, une profession ou une fonction non commerciale dont il tire tout ou partie de ses ressources.

Pour être régulier, ce contrat doit porter sur des locaux affectés à un usage professionnel. En effet, pour que le statut des baux à usage professionnel soit applicable, plusieurs conditions doivent être réunies. L'usage des lieux loués doit être « professionnel ». Cet usage doit être exclusif. Enfin la jouissance des lieux doit être conférée dans le cadre d'un véritable bail.

A. - L'usage professionnel du local

6 - Notion de « bail à usage professionnel » - L'article 57-A de la loi du 23 décembre 1986 s'applique aux contrats de location "d'un local affecté à un usage exclusivement professionnel".

Tant la loi du 1^{er} septembre 1948 que la loi du 6 juillet 1989 font également référence à "l'usage professionnel", mais sans définir cette notion. Il n'existe pas non plus de définition légale du bail professionnel. La doctrine s'accorde à considérer que le "bail professionnel" vise essentiellement les professionnels libéraux qui exercent dans le local leur activité professionnelle.

On peut envisager de définir le bail à usage professionnel par différence, ou tenter de parvenir à une définition positive.

7 - Distinction du bail professionnel des autres types de baux - Dans son article premier, la loi du 1^{er} septembre 1948 énonce qu'elle s'applique « à l'occupation des locaux à usage professionnel sans caractère commercial ou industriel, ou ne relevant pas du statut du fermage ». Il en résulte qu'un bail ne peut être soumis au statut des baux professionnels s'il relève par ailleurs du statut des baux commerciaux ou du statut des baux ruraux.

8 - Définition positive de l'usage professionnel - Le caractère professionnel répond à plusieurs critères :

- le professionnel s'affiche comme tel au regard de « clients » au sens large ;
- il exerce une activité (licite) de production, de distribution de biens ou de prestation de services ;
- il accomplit cette activité à titre habituel ;
- cette activité est rémunérée, avec la perspective de parvenir sinon à un profit, du moins d'obtenir un avantage économique ;
- le professionnel se caractérise par une « organisation » qui revêt généralement la forme d'une entreprise.

Ces caractéristiques conduisent à faire bénéficier les professionnels libéraux du statut des baux professionnels. Le bail professionnel se présente donc comme le bail consenti pour l'exercice d'une activité libérale.

Les professions libérales se caractérisent par l'indépendance du professionnel, le caractère personnel des prestations fournies, la relation directe avec le client, la prédominance du caractère intellectuel de l'activité. La loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 (JO 23 mars 2012) a donné dans son article 29 une définition des professions libérales : « Les professions libérales groupent les personnes exerçant à titre habituel, de manière indépendante et sous leur responsabilité, une activité de nature généralement civile ayant pour objet d'assurer, dans l'intérêt du client ou du public, des prestations principalement intellectuelles, techniques ou de soins mises en œuvres au

moyen de qualifications professionnelles appropriées et dans le respect de principes éthiques ou d'une déontologie professionnelle, sans préjudice des dispositions législatives applicables aux autres formes de travail indépendant. ».

Important

Lorsque le locataire aura fait connaître la profession qu'il entend exercer dans les lieux loués, le rédacteur du bail (c'est-à-dire le notaire) devra, dans un premier temps, définir s'il y a lieu d'établir un « bail professionnel » régi par l'article 57-A de la loi du 23 décembre 1986, ou si la location relève d'un autre régime locatif.

9 - Professionnels libéraux exerçant leur activité dans le cadre d'une société - Lorsque des professionnels libéraux exercent leur activité dans le cadre d'une société commerciale, le bail ne devient pas obligatoirement « commercial » et n'est pas pour autant soumis au statut des baux commerciaux. Ainsi, le fait qu'une société d'avocats ait choisi la forme commerciale pour exercer son activité ne permet pas de dire qu'elle a conclu « en tant que société commerciale un bail commercial soumis au statut et qu'elle n'a donc pas vocation à réclamer le bénéfice des dispositions de l'article 57-A de la loi du 23 décembre 1986 qui ne vise pas cette situation ». En effet, les dispositions de l'article 57-A de la loi du 23 décembre 1986 peuvent s'appliquer à une société ayant une forme commerciale. Mais encore faut-il que la société exerce une « profession » : ce n'est pas le cas pour une société civile de moyens, qui n'exerce pas d'activité professionnelle lui permettant de bénéficier de l'article 57-A de la loi du 23 décembre 1986 (CA Versailles, 10 mars 2011, n° 10/5992).

10 - Professions libérales ne relevant pas du statut des baux professionnels - La location relève alors du statut des baux commerciaux lorsque le professionnel libéral effectue des actes de commerce. En effet, dans certains cas le professionnel libéral peut se transformer en commerçant :

- ainsi lorsqu'il fournit des services à des tiers, ce qui en fait une « entreprise de fourniture », au sens de l'article L. 110-1, 6° du Code de commerce ;
- ou encore lorsqu'il exerce une activité d'intermédiaire ou d'agent d'affaires ;
- ou lorsque son entreprise constitue un « bureau d'affaires » commercial aux termes de l'article L. 110-1, 6° du Code de commerce.

Conseil pratique

Comme nous venons de le rappeler, pour certaines activités, la qualification civile ou commerciale dépend assez fréquemment du mode d'exercice de la profession. Dès lors, au moment de la conclusion du bail, il est essentiel de se préoccuper des modalités selon lesquelles le locataire entend exercer son activité, afin de savoir si le bail doit revêtir un caractère professionnel ou commercial.

11 - Activités libérales expressément soumises au statut des baux commerciaux - Une autre difficulté vient de ce que les baux consentis pour l'exercice de certaines activités qui, a priori, peuvent être considérées comme « libérales » en vertu de la définition retenue plus haut, relèvent du statut des baux commerciaux. Il en est ainsi :

- pour les établissements d'enseignement (C. com., art. L. 145-2, I, 1°), dont la définition est large ;
- ou encore pour certains artistes auteurs d'œuvres graphiques et plastiques (C. com., art. L. 145-2, I, 6°).

B. - Usage professionnel exclusif

12 - Locaux principaux ou accessoires - Pour que la location relève du statut des baux professionnels défini par l'article 57-A de la loi du 23 décembre 1986, elle doit être consentie pour un « usage exclusivement professionnel ». Cependant la loi n'exige pas que le locataire exerce toute son activité professionnelle dans le local loué. La location relèvera du statut des baux professionnels même si, au regard de l'activité principale du locataire, le local loué est un local accessoire (CA Montpellier, 1^{re} ch. D, 21 mai 2008).

13 - Cas où le locataire installe son logement dans les lieux loués - Si le locataire veut installer son habitation principale dans les lieux loués, tout en y exerçant une activité que l'on peut considérer comme « professionnelle », la location relève non pas de l'article 57-A de la loi du 23 décembre 1986 mais de la loi du 6 juillet 1989. Si le locataire utilise un bail à usage mixte professionnel et d'habitation à usage uniquement professionnel, le bail ne perd pas pour autant son caractère mixte. Cependant si l'activité du locataire bien qu'étant « libérale » ou de nature « professionnelle », est au nombre de celles qui confèrent le bénéfice du statut des baux commerciaux, la location, bien que « mixte » (à usage commercial et d'habitation), sera en principe soumise pour le tout aux dispositions de ce statut.

14 - Utilisation à usage professionnel de locaux loués à usage mixte, professionnel et d'habitation - Selon une jurisprudence de la Cour de cassation, le locataire de locaux à usage mixte d'habitation et professionnel n'a pas l'obligation d'utiliser les locaux loués à chacun des usages prévus par le bail. En conséquence, il n'y a pas d'infraction aux clauses du bail dans le cas où le locataire n'habite pas les lieux et les utilise à des fins exclusivement professionnelles. Mais si, en fin de bail, le locataire n'exerce plus dans les lieux qu'une activité purement professionnelle, le bail ne perd pas pour autant son caractère mixte. Les locaux n'étant plus habités, le bailleur est en droit de délivrer un congé pour motif légitime et sérieux, refusant au locataire tout renouvellement de son bail (Cass. 3^e civ., 9 mars 2011, n° 10-30.223, FS-P+B, Fougeroux c/ SCI Pierre Croissance).

Important

Si le bail stipule expressément que l'exercice de la profession n'est autorisé que dans une partie des lieux loués, identifiée au bail, le fait d'affecter les locaux loués en totalité à usage professionnel constitue une faute contractuelle (Cass. 3^e civ., 1^{er} avr. 1992 ; Loyers et copr. 1992, comm. 285), autorisant le bailleur à demander la résiliation du bail.

C. - Existence d'un véritable bail

15 - Pour que le statut des baux professionnels puisse recevoir application, il faut que la mise à disposition des locaux soit intervenue dans le cadre d'un véritable bail. À défaut la convention devra être requalifiée. Le bail suppose en particulier l'exclusivité de la jouissance.

16 - Sous-location dans le cadre d'un bail soumis à la loi du 6 juillet 1989 - Aux termes du troisième alinéa de son article 8, la loi du 6 juillet 1989 n'est pas applicable au contrat de sous-location, à l'exception de deux dispositions spécifiques :

- le prix du loyer au mètre carré de surface habitable des locaux loués ne peut excéder celui payé par le locataire principal ;
- en cas de cessation du contrat principal, le sous-locataire ne peut se prévaloir d'aucun droit à l'encontre du bailleur ni d'aucun titre d'occupation.

Ces dispositions particulières s'appliqueront à la sous-location à usage professionnel. Mais pour le surplus, le contrat de sous-location sera soumis au Code civil et donc à la liberté des conventions, et non pas au statut des baux professionnels.

17 - Usage des lieux selon la destination du bail - Le preneur est tenu d'user de la chose louée suivant la destination qui lui a été donnée par le bail ou suivant celle présumée d'après les circonstances, à défaut de convention. Le Code Civil prévoit d'ailleurs la possibilité pour le bailleur de résilier le bail en cas de non-respect par le locataire de l'usage prévu. Le bailleur peut autoriser le changement de destination prévue dans l'acte. Il peut le faire de façon expresse, auquel cas il renoncera à la destination insérée dans le bail par un acte exprimant sans ambiguïté sa volonté. Son consentement peut parfois être tacite, le locataire doit alors en rapporter la preuve. Lors de la demande d'autorisation d'une profession dans les locaux, il conviendra d'interroger le bailleur sur la pose d'une plaque professionnelle. Dans la mesure où l'ensemble de l'immeuble dont dépendent les baux loués appartient au bailleur, celui-ci est seul habilité à l'autoriser ; à cet égard, le bail prévoit généralement les conditions de cette autorisation.

III. - Vérifications préalables

18 - Le locataire qui entend affecter tout ou partie d'un local à des fins professionnelles doit, au préalable, s'assurer qu'il peut légalement le faire. Il doit donc bénéficier des autorisations administratives éventuellement nécessaires pour transformer les locaux. L'accord du bailleur doit être obtenu. L'activité ne doit pas être contraire à la destination de l'immeuble si celui-ci est soumis au régime de la copropriété.

19 - Risques à éviter - La conclusion d'un bail « professionnel » expose à des risques divers notamment :

- le risque de nullité du bail si le locataire n'est pas par la suite en mesure d'exercer son activité pour des raisons imputables au bailleur ;
- le risque de réaffectation des locaux à leur usage antérieur d'habitation en cas de changement d'usage illicite ;
- le risque de mise en cause de la responsabilité du bailleur par le biais de l'obligation de délivrance ou de la garantie des vices cachés ;
- le risque de remise en cause de la qualification du bail en cas d'erreur dans le régime locatif applicable ;
- le risque de remise en cause du régime fiscal de faveur obtenu par le bailleur, ou d'exigibilité anticipée du prêt obtenu par lui.

A. - Parties

20 - Capacité et pouvoir - La conclusion d'un bail professionnel, qu'il s'agisse de dation à bail ou de prise à bail, s'analyse en un acte d'administration, au regard des divers régimes d'incapacité, et des pouvoirs requis. Lorsque l'immeuble qui doit être donné à bail est dans l'indivision, le bail à usage professionnel peut être consenti par le ou les indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis. L'unanimité n'est en effet exigée que pour conclure les baux « portant sur un immeuble à usage agricole, commercial, industriel ou artisanal » (C. civ., art. 815-3). Si l'immeuble est grevé d'usufruit alors le bail peut être consenti par le seul usufruitier. L'accord du nu-propriétaire n'est pas nécessaire, l'article 595, alinéa 4 du Code civil n'étant pas applicable en la matière.

21 - Cas des personnes morales - Il est aujourd'hui admis que les personnes morales peuvent, comme les personnes physiques, se prévaloir de l'article 57-A. Peu importe que la société locataire soit une société commerciale : seule est à considérer la nature de l'activité exercée dans les lieux. Le bail professionnel conclu avec une association d'avocats est nul ab initio, cette association étant dépourvue de personnalité morale (CA Paris, pôle 4, 3e ch., 12 févr. 2015, n° n° 13/08639).

22 - Aptitude à exercer la profession - La vérification que le locataire est apte à entreprendre l'exploitation pour les besoins de laquelle il prend à bail pourrait apparaître comme une formalité superfétatoire. Elle ne l'est pas en fait, du point de vue de la responsabilité notariale, si l'on veut que le bail qui va être conclu soit à l'abri d'un contentieux ultérieur. Elle n'est que l'un des aspects du devoir de conseil incombant au notaire et, plus particulièrement, au notaire du locataire. En effet, si l'exploitation ne peut être entreprise, la nullité du bail pourra être prononcée. Il ne peut y avoir, en ce domaine de règles de conduite valables dans tous les cas : tout dépend de la nature de l'exploitation envisagée. Mais, sur un plan général, il convient de s'assurer :

- que le locataire a la capacité d'exercer l'activité envisagée (en particulier pour les professionnels étrangers) ;
- qu'il dispose des diplômes professionnels, de la qualification et des autorisations requises pour entreprendre son exploitation.

Conseil pratique

Si l'exercice de l'activité est subordonné à l'obtention d'un agrément ou d'une autorisation spécifique, il sera bon d'établir le bail sous condition suspensive, ou éventuellement sous condition résolutoire. Faute d'avoir stipulé une condition suspensive le bail conclu par un avocat en vue de son installation professionnelle a été maintenu, bien qu'il ait essuyé un refus d'inscription au barreau (CA Papeete, ch. civ., 19 févr. 2009).

B. - L'immeuble

1° L'état des lieux

23 - Caractère obligatoire de l'état des lieux : modalités d'établissement - L'article 57 B de la loi du 23 décembre 1986 est d'ordre public (L. n° 86-1290, 23 déc. 1986, art. 46). De ce fait l'établissement d'un état des lieux a un caractère impératif. Il résulte de l'alinéa premier de ce texte que l'état des lieux doit en principe être établi contradictoirement et à l'amiable, soit par les parties elles-mêmes soit par un tiers mandaté par elle. Ce n'est que dans le cas où il n'est pas possible de procéder à un état des lieux amiable et contradictoire que la loi prévoit le recours à un huissier de justice. L'intervention de l'huissier sera sollicitée par « la partie la plus diligente » et les frais du constat sont alors partagés par moitié. La partie qui ferait intervenir un huissier de justice sans avoir préalablement tenté de procéder à un état des lieux amiable et contradictoire s'exposerait à ce que l'autre partie refuse de participer aux frais du constat.

24 - Sanction de l'absence d'état des lieux - En l'absence d'état des lieux, c'est l'article 1731 du Code civil qui est applicable et non pas l'article 3 de la loi du 6 juillet 1989. En vertu de ce texte, le locataire est présumé avoir reçu les lieux en bon état de réparations locatives et doit les rendre tels quels, sauf preuve contraire.

Conseil pratique

En pratique, avant de solliciter l'intervention de l'huissier, il sera souhaitable que la partie récalcitrante soit mise en demeure de participer à l'établissement d'un état des lieux à l'amiable, en la sommant de donner sa réponse dans un délai déterminé et en lui précisant qu'à défaut de réponse dans ce délai, l'intervention d'un huissier serait requise. La mise en demeure doit être effectuée par un moyen permettant d'établir à la

fois sa date d'envoi et sa date de réception (par exemple par lettre recommandée avec demande d'avis de réception).

2° Vérification de la conformité de l'immeuble et de ses équipements aux exigences légales et réglementaires

25 - Conformité de l'immeuble et de ses équipements aux normes réglementaires - Une source fréquente de contentieux provient de ce que le locataire ne découvre qu'après son entrée dans les lieux, et parfois tardivement, que l'immeuble ne répond pas aux exigences légales, notamment à la réglementation édictée par le Code du travail en matière d'hygiène ou de sécurité des travailleurs (C. trav., art. R. 4213-1 à R. 4213-9), aux règles de sécurité incendie, à la législation concernant les établissements recevant du public, ou aux normes d'accessibilité concernant les personnes handicapées. Il faut aussi se préoccuper de la conformité des équipements aux réglementations diverses : ascenseurs, installation électrique, chaudières, portes de garages, etc.

Il est important que ces problèmes de « conformité » soient soulevés au stade de la rédaction du bail, afin que les parties les règlent par des clauses appropriées, étant précisé qu'en la matière le principe est celui de la liberté des conventions. On notera que la jurisprudence est de plus en plus exigeante et considère que le bailleur manque à son obligation de délivrance lorsque les locaux loués ne peuvent être normalement utilisés faute de respecter les normes prescrites par la réglementation (Cass. 3e civ., 20 janv. 2009, n° 07-20.854, F-D, EURL AMP c/ SARL Elastipark). Et la Cour de cassation a énoncé que le notaire qui ne s'est pas assuré de l'efficacité d'un bail et s'est abstenu de vérifier la situation de l'immeuble au regard des exigences administratives et, en cas de difficulté, d'en informer les parties, engage sa responsabilité civile à l'égard du locataire, même en présence d'un autre notaire (Cass. 3e civ., 28 nov. 2007, n° 06-17.758, FS P+B, SCI Glinp II c/ Sté Nord France Distribution).

Conseil pratique

Si l'on veut que les négociations se déroulent en pleine loyauté, il est indispensable de mandater un homme de l'art (par exemple un architecte) qui vérifiera la conformité de l'immeuble et de ses équipements à la réglementation existante. Certes ces contrôles n'ont rien d'obligatoire. Mais ils sont de nature à mettre le bailleur et le locataire à l'abri de « mauvaises surprises » ultérieures. Si les parties ne veulent pas y procéder, le notaire exercera son devoir de conseil et établira au besoin une reconnaissance d'avis donné.

26 - Situation de l'immeuble au regard des diagnostics immobiliers obligatoires. - Il importe de vérifier la situation de l'immeuble au regard des diagnostics immobiliers obligatoires et de faire établir ces diagnostics s'ils ne l'ont déjà été :

- risques technologiques et naturels, diagnostic exigé depuis le 1er juin 2006 (C. env., art. L. 125-5 et R. 125-23 à R. 125-27) ;
- diagnostic de performance énergétique datant de moins de dix ans, qui doit être fourni obligatoirement depuis le 1^{er} juillet 2007.

Conseil pratique

Le fait qu'un diagnostic immobilier ne soit pas obligatoire n'empêche pas qu'il puisse néanmoins présenter un grand intérêt pour les deux parties (afin d'éviter un contentieux ultérieur) : ainsi pour le diagnostic amiante, ou le diagnostic « termites ». Le conseil du locataire sera bien inspiré de l'exiger, à l'occasion de la négociation du contrat de bail, surtout dans le cas où le bailleur prétendrait faire peser sur son client la charge de toutes les réparations, ou de tous les travaux de mise en conformité de l'immeuble, ou encore si le bail contient une clause d'exonération de la garantie des vices cachés.

C. - Licéité du bail

27 - Engagements pris par le bailleur envers des tiers - Avant de louer il y a lieu de vérifier (notamment en interrogeant le bailleur) s'il n'a pas pris des engagements antérieurs qui font obstacle à la conclusion du bail :

- ainsi lorsqu'il a consenti à un tiers un pacte de préférence de bail ou une promesse de bail ;
- de même lorsqu'il s'est interdit de louer à tel ou tel usage.

28 - Engagements fiscaux - Un obstacle se manifestera chaque fois que pour obtenir le bénéfice d'un régime fiscal de faveur lors de l'acquisition de l'immeuble, le propriétaire de cet immeuble a pris l'engagement de le conserver à usage d'habitation pendant un certain délai qui n'est pas encore écoulé. Le fait de le donner à bail professionnel est de nature à entraîner la déchéance de ce régime de faveur, avec les pénalités fiscales qui en sont la conséquence.

IV. - Préparation du bail

A. - Renseignements à fournir

1° Les parties à l'acte

29 - Capacité et pouvoir - Selon le droit commun, il sera demandé aux parties à l'acte les justifications habituelles concernant leur identité et pour les personnes physiques leur statut matrimonial. Il leur sera demandé également de justifier de leur capacité et de leur pouvoir, et de produire, le cas échéant, les autorisations ou habilitations requises. Si une personne morale intervient, on vérifiera que son représentant dispose, en vertu de la loi, des statuts ou d'une délibération spéciale, des pouvoirs requis pour passer l'acte. Des vérifications seront opérées, si nécessaire, au répertoire civil ou au registre du commerce et des sociétés.

30 - Solvabilité du locataire - Le notaire du bailleur devra également, dans le cadre de son devoir de conseil, se préoccuper de la solvabilité du locataire (surtout s'il est le négociateur du bail). Même, si cette solvabilité est avérée à la date de la conclusion du bail, il est recommandé de prévoir la mise en place de garanties du paiement du loyer et de la bonne exécution des conditions du bail. Il faut rappeler à ce propos :

- que le montant du dépôt de garantie éventuellement stipulé peut être librement fixé ;
- que le bailleur peut bien entendu exiger un cautionnement ;
- que dans le cas de pluralité de locataires, le bailleur aura intérêt à stipuler une clause de solidarité (dont les dangers devront être soulignés au locataire par son conseil).

Important

- 1) Les époux ne sont pas solidaires lorsqu'ils prennent à bail des locaux à usage professionnel car les dispositions de l'article 1751 du Code civil ne sont pas en effet applicables en pareil cas.
- 2) Le cautionnement s'éteint dans le cas de reconduction du bail, sauf si les parties ont stipulé une clause contraire.

2° L'immeuble loué

31 - Statut juridique de l'immeuble - Il y a lieu de se préoccuper du statut juridique de l'immeuble loué : immeuble indivis, immeuble dont la propriété est démembrée ; immeuble grevé d'un bail à construction ou d'un bail emphytéotique ; lot de copropriété ou de volumes etc. On vérifiera dans chaque cas que le bailleur a bien capacité, pouvoir et qualité pour consentir le bail.

32 - Immeuble situé dans un lotissement - Lorsque l'immeuble donné à bail est situé dans un lotissement, il faut s'assurer que la réglementation applicable au lotissement ne prévoit pas d'interdiction d'exercer l'activité envisagée par le locataire.

Important

Lorsqu'il existe ainsi des stipulations de nature contractuelle faisant obstacle à la location envisagée, les colotis peuvent s'en prévaloir pour obtenir la cessation de l'activité prohibée. Leur action est recevable par cela seul qu'elle tend à obtenir le respect du contrat, sans qu'ils aient à justifier que cette activité leur cause un préjudice personnel.

33 - Lot de copropriété - Lorsque les locaux loués dépendent d'un immeuble en copropriété, il est très important de s'assurer que le règlement permet l'exercice de l'activité que le locataire souhaite entreprendre et que compte tenu des autorisations éventuellement nécessaires à la réalisation de ses projets, il ne rencontrera pas d'obstacles insurmontables. Une vérification attentive est d'autant plus indispensable qu'en la matière les incidents contentieux sont nombreux.

Important

La sanction en cas d'exercice d'une activité prohibée par le règlement est la cessation de cette activité, qui peut être demandée par le syndicat mais également par tout copropriétaire, sans avoir à justifier qu'il éprouve un préjudice.

34 - L'analyse du règlement de copropriété - Avant l'exercice de toute activité professionnelle dans un immeuble soumis au statut de la copropriété, les parties doivent s'assurer, en outre, que le règlement de copropriété ne comporte pas de clauses restrictives à l'exercice de la profession envisagée. La pose d'une plaque professionnelle sur les parties communes doit être autorisée par l'assemblée de copropriétaires. Lorsque l'exercice de la profession considérée est autorisé par le règlement de copropriété, le copropriétaire a le droit de poser une plaque, l'assemblée ne peut le lui interdire.

B. - Les pièces utiles

35 - Renseignements hypothécaires - Bien que ce ne soit pas un usage établi, il paraît indispensable de vérifier au fichier immobilier (en demandant par exemple une copie de fiche d'immeuble) qu'il n'y a pas d'obstacle à la conclusion du bail, provenant de formalités antérieurement publiées : action en résolution, en rescision, en réduction ou en nullité etc., commandement de saisie immobilière, servitudes, etc. La consultation du fichier permettra également de s'assurer que le bailleur est bien propriétaire de l'immeuble. En outre l'obtention de renseignements hypothécaires permettra de révéler l'existence de sujétions ou charges particulières grevant l'immeuble, que le locataire a le plus grand intérêt à connaître avant la conclusion du bail, par exemple :

- le fait que l'immeuble fait l'objet d'une procédure d'expropriation ;
- le fait que l'immeuble est grevé de servitudes ;
- le fait que l'immeuble est insalubre, l'arrêté déclarant l'insalubrité étant publié à la conservation des hypothèques (C. santé publ., art. L. 1331-28-1), ou dangereux, l'arrêté prescrivant la réparation ou la démolition étant également publié à la conservation des hypothèques (CCH, art. L. 511-1-1).

Important

Lorsqu'une hypothèque a été consentie sur l'immeuble, il y a lieu de s'assurer, en se reportant au titre constitutif, que la conclusion d'un bail professionnel, qui est susceptible de diminuer la valeur du gage, est autorisée.

36 - Renseignements d'urbanisme - Il se peut que les règles posées par le plan local d'urbanisme (PLU) s'opposent à l'exercice d'activités professionnelles dans la zone où a été édifié l'immeuble loué, ce qu'il faut vérifier. Par ailleurs, si le bail prévoit que des travaux peuvent être effectués avec l'autorisation du bailleur, ou si des travaux sont d'ores et déjà envisagés par le locataire et autorisés par le bailleur, il importe de s'assurer qu'il n'y a pas d'obstacle à leur réalisation provenant des dispositions d'urbanisme ou de servitudes d'utilité publique. Il est donc logique de requérir les renseignements d'urbanisme concernant l'immeuble loué.

37 - Documents divers - Le rédacteur du bail se fera remettre tout d'abord les documents relatifs au statut juridique de l'immeuble : srèglement de copropriété avec ses divers modificatifs éventuels ; cahier des charges du lotissement ; cahier des charges de la division en volumes etc. Il fera également verser au dossier les divers documents relatifs à l'état de l'immeuble et de ses équipements : copie ou extrait du dossier de diagnostic technique ou du carnet d'entretien de l'immeuble ; copie des divers diagnostics immobiliers opérés ; rapport de la commission de sécurité etc.

V. - La rédaction du bail

38 - Champ d'application de la liberté des conventions. - L'article 57-A de la loi du 23 décembre 1986 pose quelques règles, d'ordre public, concernant les baux professionnels :

- le bail doit avoir une durée d'au moins six ans ;
- il doit être établi par écrit ;
- le locataire peut à tout moment notifier au bailleur son intention de quitter les locaux en respectant un délai de préavis de six mois ;
- au terme fixé par le bail le contrat est reconduit tacitement pour la même durée à moins que l'une ou l'autre des parties ait notifié, moyennant un préavis de six mois, son intention de ne pas renouveler le bail à son expiration.

Sauf à respecter ces diverses règles, le principe de la liberté des conventions s'applique pour le surplus.

Important

Si le bail est à usage mixte, professionnel et d'habitation, il est régi par la loi du 6 juillet 1989 dont la plupart des dispositions sont d'ordre public. Si le bail est à usage mixte d'habitation et commercial industriel ou artisanal, il est en principe régi par le statut des baux commerciaux.

A. - La nécessité d'un acte écrit

39 - Forme du bail - Le bail doit être obligatoirement établi par écrit. Il peut s'agir, indifféremment d'un bail sous signatures privées ou d'un bail authentique. L'intérêt du recours au bail authentique (en matière de force probante, de recouvrement des loyers etc.) n'est plus à démontrer.

40 - Bail verbal - Si, contrairement aux prescriptions de la loi, les parties concluaient un bail purement verbal, ce bail ne serait pas nul et ne ferait pas obstacle à l'application de l'article 57-A de la loi du 23 décembre 1986. Sous réserve de rapporter la preuve de l'existence et du contenu du bail, en particulier du montant du loyer convenu, la durée du bail serait de plein droit de six ans à compter de sa date de prise d'effet, et il serait soumis aux règles d'ordre public édictées par l'article 57-A précité, et pour le surplus, aux dispositions du Code civil. Mais faute de clause, aucune réévaluation du loyer ne pourra être appliquée.

B. - La chose louée

41 - Identification précise. - Il est indispensable d'identifier de façon précise la consistance des locaux loués, en détaillant le nombre de pièces et leur affectation (bureau, salle d'attente, pièce d'archives, cuisine, etc.). On observe en effet en pratique, une fâcheuse tendance des locataires à annexer des locaux non compris dans la location pour leurs besoins professionnels et il importe donc que la rédaction du bail permette de résoudre sans difficultés d'éventuels conflits d'interprétation. Il est également souhaitable que l'affectation de chacune des pièces soit contractuellement définie, si le bailleur veut éviter que le locataire transforme des pièces annexes (cuisine, débarras, pièces d'archives) en pièces principales à usage professionnel.

C. - La durée du bail

42 - Durée du bail - Le contrat de location est « conclu pour une durée au moins égale à six ans » (L. n° 86-1290, 23 déc. 1986, art. 57-A, al. 1). Cette règle est d'ordre public. Si le bail a été conclu pour une durée inférieure, il ne sera pas nul, mais sa durée sera de plein droit portée à la durée minimale légale, soit six ans. Mais si la durée du bail ne peut pas être inférieure à six ans, elle peut être supérieure. Sans aller jusqu'à l'application conventionnelle du statut des baux commerciaux, le désir de stabilité du locataire peut être satisfait par la conclusion d'un bail de longue durée, conclu dans le cadre de l'article 57-A de la loi du 23 décembre 1986, en contrepartie d'avantages financiers consentis au bailleur (versement d'un pas-de-porte, loyers élevés).

Important

Toute clause permettant au bailleur de donner congé avant la durée de six ans serait nulle.

43 - Résiliation - Pendant toute la durée du bail, le bailleur ne peut congédier son locataire. En revanche ce dernier peut donner congé à tout moment (L. n° 86-1290, 23 déc. 1986, art. 57-A, al. 4). Le locataire ne peut pas être privé de cette faculté, qui est d'ordre public. Dans une affaire où les parties avaient décidé de soumettre leurs rapports à la loi du 6 juillet 1989 alors que le bail était consenti à un médecin pour l'exercice de sa profession, la Cour de cassation a estimé que les parties ne pouvaient pas se dispenser de respecter les règles d'ordre public relatives au congé, posées par l'article 57-A de la loi du 23 décembre 1986, en décidant que le congé n'était possible qu'en fin de bail, et pour un motif déterminé (Cass. 3e civ., 29 juin 2011, n° 10-21.465). Serait illicite la clause stipulant que le locataire ne pourra donner congé qu'annuellement au 15 septembre (Cass. 3e civ., 2 févr. 2000, association Keren Kayemeth Leisrael c/ Roland). De même a été déclarée nulle dans un bail purement professionnel la clause selon laquelle le preneur ne pourra donner congé qu'à la fin de chaque période triennale. Ce congé doit être délivré par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par acte d'huissier de justice et moyennant un délai de préavis de six mois. Si le délai de six mois n'est pas respecté, les effets du congé donné par le locataire seront reportés à la prochaine échéance utile, conformément à une solution bien admise en jurisprudence. Ainsi par exemple, si le locataire donne congé le 29 janvier pour le 30 avril suivant, les effets de ce congé seront reportés au 31 juillet.

44 - Promesse de renouvellement - Le droit au renouvellement n'existe pas mais l'emplacement peut parfois constituer un élément indispensable pour l'activité du professionnel libéral. Il est alors important pour lui d'obtenir conventionnellement des garanties sur son maintien dans les locaux pour une longue durée (engagement de renouvellement par le bailleur sauf à verser une lourde indemnité, bail à long terme) et sur l'évolution du loyer (indexation fixée dès le départ). À défaut, il sera naturellement conduit à l'acquisition de ses locaux plutôt qu'à leur location.

Le locataire qui souhaite se mettre à l'abri du risque d'éviction au terme du bail peut solliciter du bailleur une promesse de renouvellement. La validité de cette promesse ne fait pas de doute, mais son efficacité finale est subordonnée au bon vouloir du bailleur. Si l'on veut néanmoins l'utiliser, ce qui implique que le notaire exerce son devoir de conseil vis-à-vis du locataire, diverses précautions doivent être prises lors de son établissement, pour qu'elle soit réellement efficace :

- il faut tout d'abord stipuler que le renouvellement sera automatique, en précisant éventuellement « si le locataire le demande » la forme de cette demande étant par avance fixée ;
- la promesse doit prévoir de quelle manière le loyer du bail renouvelé sera déterminé. Toutes les conventions sont permises : renouvellement au même prix, moyennant application de l'indexation convenue ; fixation du loyer par des experts selon une procédure organisée par avance etc. À défaut, si les parties ne se mettent pas d'accord, on se trouvera dans une impasse, le juge ne pouvant pas intervenir pour fixer le loyer ;
- il faut également prévoir une « porte de sortie » pour le locataire pour le cas où le loyer doit être fixé par experts, et qu'il le trouverait trop élevé ;
- en cas de vente de l'immeuble, la promesse n'obligera l'acquéreur que s'il en a eu connaissance et s'il accepte qu'elle lui soit opposable. Il faudra donc que le bailleur s'oblige, en cas de vente de l'immeuble, à faire reprendre son engagement par l'acquéreur.

D. - Le loyer et les charges

1° La fixation du loyer

45 - Liberté de fixation du loyer - Le loyer peut être fixé librement. Rien n'interdit au bailleur de percevoir un droit d'entrée ou pas-de-porte, en contrepartie, par exemple, d'une durée du bail plus longue que la durée légale.

2° L'indexation du loyer

46 - Opportunité d'une indexation - Le loyer étant fixé pour une durée d'au moins six ans, il est indispensable de l'indexer. À défaut il restera fixé à son montant de départ, car il n'y a pas ici, comme en matière de baux commerciaux, de dispositions législatives en permettant la révision (Cass. 3e civ., 5 janv. 2011, n° 09-70.455, Société Jma et Société Michel Cau Grasseau).

Important

Il est indispensable d'insérer dans le bail une clause d'indexation. En l'absence d'une telle clause, le loyer du bail restera identique pendant toute sa durée.

47 - L'indice des activités tertiaires (ILAT) - Le choix de l'indice obéit aux règles de droit commun, fixé par les articles L. 111-1 et L. 111-2 du Code monétaire et financier. En pratique, les parties se referaient le plus souvent à l'indice officiel du coût de la construction publiée par l'INSEE. Les baux de locaux à usage de bureaux ainsi qu'un certain nombre d'activités à caractère non commercial sont exclus du champ d'application de l'indice des loyers commerciaux. Le besoin s'est donc fait sentir de créer un nouvel indice pour combler ce qui pouvait apparaître comme un vide législatif. Cette idée a débouché sur la signature d'un protocole d'accord interprofessionnel le 11 mars 2009 dans le cadre du MIPIM. Et, après diverses péripéties, la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 a finalement créé l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires dit « ILAT ». Cette loi a créé dans l'article L. 112-2 du Code monétaire et financier un alinéa supplémentaire qui répute "en relation directe avec l'objet d'une convention relative à un immeuble toute clause prévoyant, pour les activités autres que celles visées au premier alinéa (c'est-à-dire, les activités non concernées par l'indice du coût de la construction et l'indice des loyers commerciaux) ainsi que pour les activités

exercées par les professions libérales”, l'indexation sur la variation de l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires publié par l'Institut national de la statistique et des études économiques dans des conditions fixées par décret. Les modalités d'application de la loi du 17 mai 2011 ont été fixées par le décret n° 2011-2028 du 29 décembre 2011 (JO 30 déc. 2011).

48 - Champ d'application de l'indice - Le champ d'application de l'indice est indiqué dans la notice de présentation du décret, figurant au Journal officiel, ci-dessous reproduite : « Notice : l'indice des loyers des activités tertiaires (ILAT) peut servir de référence à la révision des baux professionnels autres que les loyers commerciaux, à la place de l'indice du coût de la construction, actuellement utilisé. Le recours à ce nouvel indice de référence, d'application conventionnelle, est conditionné par l'accord des parties au bail professionnel pour les secteurs concernés. Les parties auront donc le choix entre l'indice des loyers des activités tertiaires et l'indice du coût à la construction. Le présent décret fixe les règles de composition et de calcul de l'indice des loyers des activités tertiaires. Il précise que les activités qui entrent dans son champ d'application sont les activités tertiaires autres que les activités commerciales et artisanales pour lesquelles a déjà été constitué un indice des loyers commerciaux (ILC). L'ILAT pourra être utilisé pour la location d'espaces de bureaux, pour les activités des professions libérales et pour les activités exercées dans des entrepôts logistiques. »

49 - Périodicité de la révision et clauses se référant à un indice de base fixe - L'article L.112-1 du Code monétaire et financier répute non écrite dans son alinéa 2 "toute clause [...] notamment des baux et locations de toute nature, prévoyant la prise en compte d'une période de variation de l'indice supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision". La validité des clauses d'échelle mobile comportant un indice de base immuable au regard de ce texte a donné lieu à d'importantes controverses doctrinales et à des divergences jurisprudentielles. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 16 octobre 2013, la clause d'indexation stipulait, dans un bail professionnel à effet du 1^{er} juillet 1988, que « le loyer sera révisé chaque année le premier juillet. Indice de référence : 4e trimestre 1987 ». L'arrêt précité approuve les juges du fond qui « en raison de l'ambiguïté de la clause d'indexation » ont estimé, par interprétation souveraine, « que la référence à un indice de base fixe n'était que l'illustration de la volonté des parties de prendre en compte les derniers indices publiés tant au début qu'à la fin de la période concernée par la révision, et de faire coïncider la durée de cette période avec celle de la durée d'évolution des indices retenus », et qui en ont déduit que cette clause était licite au regard de l'article L. 112-1 du Code monétaire et financier. Il appartient donc aux juges du fond lorsque la validité de la clause d'indexation est contestée, de vérifier concrètement si le mode de calcul prévu n'entraîne pas de distorsion entre l'intervalle de variation de l'indice et la durée s'écoulant entre deux révisions.

3° Le paiement du loyer

50 - Modalités - Les modalités de paiement du loyer sont librement fixées. Il n'existe aucune réglementation particulière en la matière et à défaut de stipulation spéciale, les règles du Code civil sont applicables.

51 - Pluralité de locataires - En cas de pluralité de locataires, le bail peut leur être consenti avec ou sans stipulation d'une clause de solidarité. La situation en résultant se trouve parfaitement résumée par deux arrêts de la Cour de cassation du 30 octobre 2013.

Selon la première décision (Cass. 3e civ., 30 oct. 2013, n° 12-21.034, Mme Berger et Société Hydrangea.). Si un bail est consenti au cabinet X et Y, avocats, et que l'un des avocats locataires quitte les lieux sans donner congé, en l'absence de clause de solidarité le bailleur doit diviser son action en paiement du loyer contre chacun des locataires pour leur part, la dette de loyer n'étant

pas par elle-même indivisible. Selon la deuxième décision (Cass. 3e civ., 30 oct. 2013, n° 12-21.97, SCI Avicenne), lorsqu'un local est donné à bail à deux preneurs sans stipulation de solidarité et que l'un d'entre eux quitte les lieux après avoir donné congé, le bail se poursuit alors avec le locataire restant et porte sur l'ensemble des locaux, avec obligation pour ce locataire, en contrepartie de la jouissance des lieux, de payer l'intégralité du loyer.

E. - Les charges

52 - Liberté des conventions - La nature des charges « récupérables » à l'encontre du locataire peut être librement déterminée. Aucun texte particulier ne régit la matière. Rien n'empêche par exemple de faire supporter par le locataire la totalité des charges, y compris l'impôt foncier afférent aux locaux loués par le locataire (loyer « net de charges pour le bailleur »). Avant de rédiger les clauses relatives aux charges, il est indispensable d'en établir la liste précise, avec le concours du bailleur ou du gestionnaire de l'immeuble. Les charges récupérables peuvent être identifiées par nature (exemple : « les charges de fonctionnement des équipements communs ») par nature et par énumération (exemple : « les charges de fonctionnement des équipements communs, notamment... ») ou par énumération (exemple : « les charges concernant l'ascenseur ; les charges relatives au gardiennage, etc. »). En ce dernier cas, le bailleur ne pourra « récupérer » que les seules charges indiquées dans le bail, l'énumération étant considérée comme limitative, et le contrat s'interprétant en cas de doute, en faveur de celui qui s'oblige (C. civ., art. 1190). On s'attachera à apporter les précisions qui conviennent, lorsqu'il peut y avoir lieu à interprétation. À défaut, un contentieux est susceptible de naître. Autre point de contentieux fréquent, qu'il importe de prévenir : lorsque l'immeuble loué comprend plusieurs locataires et qu'il existe des charges communes, il y a lieu de prévoir une clé de répartition de ces charges entre les divers locataires. Le critère de répartition est librement choisi, l'important est qu'il soit équitable ; on peut par exemple prévoir une répartition au prorata des surfaces louées.

53 - Option pour la TVA - Aux termes de l'article 260, 2° du Code général des impôts, les personnes qui donnent en location des locaux nus à usage professionnel pour les besoins de l'activité d'un preneur assujetti à la TVA ou pour les besoins de l'activité d'un preneur non assujetti peuvent, sur leur demande, acquitter la taxe sur la valeur ajoutée. Les modalités de mises en œuvre de l'option visée à l'article 260, 2° du Code général des impôts, sont définies au BOFIP (BOI-TVA-CHAMP-50-20-20140404). On devra donc s'interroger, dans chaque cas, sur la possibilité et l'intérêt de cette option.

F. - Les droits et obligations des parties

54 - Principe de liberté - Les droits et obligations des parties sont librement fixés, comme dans un bail de droit commun. Lorsque le bail est consenti par un « non professionnel », certaines clauses peuvent être déclarées abusives lorsqu'elles sont imposées par le locataire professionnel.

1° Les travaux et réparations

55 - Liberté des conventions - À défaut de stipulation particulière, ce sont les règles du Code civil qui recevront application. Les articles 1754 et 1755 du Code civil mettent à la charge du locataire toutes les réparations locatives et de menu entretien, sauf lorsqu'elles sont occasionnées par la vétusté ou la force majeure. Le bailleur supporte toutes les autres réparations. Ces textes n'étant pas d'ordre public, bailleurs et preneurs décident librement de la manière dont se répartira entre eux la charge des travaux et réparations. Ainsi le bailleur peut prendre à sa charge la totalité des réparations, ou inversement. Il faut se souvenir à ce propos que dans son dernier état, la

jurisprudence interprète de plus en plus strictement les clauses insérées dans le bail pour tenter de dispenser le bailleur de son obligation de délivrance.

Conseil pratique

Le contentieux entre bailleurs et locataires naît fréquemment à propos des travaux et réparations de l'immeuble. Si en la matière le principe est la liberté des conventions, il importe que les parties soient clairement conscientes de la portée des clauses insérées dans le bail. Il est très dangereux pour le locataire de s'engager à prendre en charge toutes les réparations si l'immeuble est dans un état vétuste ou d'accepter une clause d'exonération de la garantie des vices cachés. Le problème de la mise en conformité de l'immeuble avec les normes imposées par l'administration est, en particulier, une source de contentieux rémanent. La question doit être réglée de manière explicite, par des clauses appropriées, dont les parties doivent comprendre parfaitement la portée.

2° La cession

56 - En l'absence de clause particulière, la cession du bail est libre, en application du Code civil (C. civ., art. 1717, al. 1). Il est possible de l'interdire totalement ou partiellement (C. civ., art. 1717, al. 2), ou de la subordonner à une autorisation préalable du bailleur ou encore de la soumettre à telles conditions qu'il plaira au bailleur de fixer. On peut en la matière s'inspirer des clauses habituellement utilisées en matière de baux commerciaux. On se souviendra cependant qu'il n'y a pas ici de texte analogue à l'article L. 145-16 du Code de commerce interdisant au locataire de céder son bail à l'acquéreur de son fonds ou de son entreprise. L'interdiction de céder le bail peut donc être totale et absolue.

3° La sous-location

57 - Comme dans le cas de cession, en l'absence de clause particulière la réglementant, la sous-location est libre (C. civ., art. 1717, al. 1). Il est possible de l'interdire totalement ou partiellement (C. civ., art. 1717, al. 2), ou de subordonner la sous-location à une autorisation préalable du bailleur ou de la soumettre à telles conditions qu'il lui plaira de fixer. Divers types de clauses peuvent être utilisés. Ainsi le bail pourrait prévoir que le preneur devra « occuper seul les lieux et en jouir personnellement à l'exclusion de toute autre personne quels que soient les liens contractuels unissant le tiers au preneur ». En pareil cas, le fait que le locataire ait pris un associé, un remplaçant ou un collaborateur permet au bailleur de mettre en jeu la clause résolutoire de plein droit (Cass. 3e civ., 14 déc. 2005, n° 05-12.392, Menoret c. SCI de Linz). Si le bail se contente d'interdire la sous-location, cette clause n'empêche pas le locataire de prendre un collaborateur. En effet, le contrat de collaboration qui met à la charge de son titulaire la rétrocession d'une partie de ses honoraires au bailleur ne constitue ni un prêt du droit au bail ni une sous-location (Cass. 3e civ., 22 oct. 2003, Cirot c/ SCI de Linz). Rien n'interdit également, en pareil cas, au locataire de passer avec d'autres avocats une convention de cabinet groupé, par laquelle il leur consent la jouissance d'une partie des locaux en contrepartie d'une participation aux dépenses communes.

Conseil pratique

Pour éviter un contentieux d'interprétation classique, le bail devra préciser très clairement quelle est la portée exacte d'une clause interdisant la sous-location ou limitant le droit de sous-louer, en indiquant si elle est appelée à jouer dans le cas où le locataire est amené à s'associer, à prendre un remplaçant, un collaborateur, ou à conclure des conventions de cabinet groupé.

G. - Clause résolutoire de plein droit

58 - La résiliation de plein droit du bail ne peut intervenir que si une clause résolutoire a été stipulée. À défaut, les infractions commises par le locataire ne pourront être sanctionnées que par

le biais d'une action en résiliation de bail, le juge appréciant dans chaque cas si les infractions commises justifient ou non le prononcé de la résiliation du bail. La résiliation est prononcée pour la violation d'une clause imposant au locataire une « occupation personnelle » des lieux. À la différence de la loi du 6 juillet 1989 ou du statut des baux commerciaux, l'article 57-A de la loi du 23 décembre 1986 ne régit pas la clause résolutoire. Elle peut donc sanctionner toute infraction aux obligations légales ou contractuelles pesant sur le locataire, quelle qu'en soit la nature. Et le juge n'a pas, faute de texte l'y autorisant, le pouvoir d'en suspendre les effets.

H. - Le terme du bail

59 - L'article 57-A de la loi du 23 décembre 1986 ne prévoit, dans ses alinéas 2 et 3, que deux issues possibles au terme du bail ou le contrat est reconduit tacitement ou bien le contrat prend fin, l'une ou l'autre des parties ayant donné congé. Mais il existe une autre éventualité : celle où bailleur et locataire sont d'accord pour renouveler le bail.

1° Congé du locataire ou du bailleur

60 - Conditions de forme - Qu'il émane du bailleur ou du locataire, le congé est soumis aux mêmes règles. Il peut être délivré soit par lettre recommandée avec demande d'avis de réception soit par acte d'huissier de justice, cette dernière forme étant préférable parce que plus sûre. Il n'est pas inutile de préciser dans le bail que ces formes sont de rigueur. La jurisprudence fait parfois preuve, en effet, d'un certain laxisme.

61 - Conditions de délai - Le locataire peut délivrer congé pour le terme du bail, comme à tout moment pendant son cours. Quant au bailleur il ne peut pour sa part congédier le locataire que pour la date d'expiration du bail. Dans tous les cas, le congé doit respecter un délai de préavis de six mois. Il faut entendre par là qu'un délai de six mois au moins doit s'écouler entre la date de notification du congé et la date de l'expiration du bail, qui constitue un butoir. Si le bailleur délivre un congé tardif, il y aura reconduction du bail. En revanche le fait que le locataire délivre congé tardivement est bien moins grave, puisqu'il pourra, pour sa part, donner congé à tout moment au cours du bail reconduit. Toutefois si l'on tire les conséquences de l'idée selon laquelle le bail reconduit est un nouveau bail, un congé tardif ne devrait pas pouvoir prendre effet pendant le cours du nouveau bail, en étant reporté à la date pour laquelle il aurait dû normalement être délivré ; cette solution est admise lorsque le congé est délivré en cours de bail. Si un congé est notifié le 31 octobre, alors que le bail expire le 31 décembre, ses effets ne peuvent être reportés au 30 avril de l'année suivante. Un nouveau bail étant né à compter du 1^{er} janvier, faute de congé valable, il appartiendra au locataire de délivrer de nouveau congé moyennant un préavis de six mois. Il n'est pas certain toutefois que cette solution soit retenue en jurisprudence, qui fait parfois preuve en la matière d'un certain laxisme.

62 - Motivation du congé - Les congés n'ont pas besoin d'être motivés. Peu importe que le bail comporte une clause contraire, qui est inefficace. Ceci n'empêche pas que le juge puisse, à partir de l'examen des « circonstances établies », considérer que les fautes commises par le bailleur font dégénérer en abus l'exercice du droit de rompre.

63 - Suites du congé - À la date d'effet du congé, donc à l'expiration du bail, le locataire devient occupant sans droit ni titre. Il doit quitter les lieux, faute de quoi son expulsion pourra être ordonnée. Le bailleur n'est nullement obligé de relouer au même locataire, s'il se porte candidat à la relocation (Cass. 3e civ., 2 mai 2007, préc. n° 73).

2° L'absence de congé

64 - Tacite reconduction du bail - Si aucun congé n'est délivré, le bail se reconduit tacitement. Il en est de même si le congé est nul pour des raisons de forme ou de fond. Transposant en la matière la solution admise pour les baux soumis au Code civil, la jurisprudence considère que le bail reconduit est un nouveau bail (Cass. 3e civ., 10 juin 1998 ; Mme Dugast c/ Sté CMCA). Traditionnellement, la reconduction s'opère aux clauses et conditions du contrat expiré qui se trouve reconduit intégralement (C. civ., art. 1759). Toutefois les clauses occasionnelles, sans lien indivisible avec les autres clauses du contrat ne sont pas nécessairement reconduites. Il en résulte en particulier que les sûretés qui garantissaient le bail expiré vont s'éteindre et ne se reporteront pas sur le nouveau bail, à moins d'une clause expresse le prévoyant. Il en est ainsi pour le cautionnement, en application de l'article 1740 du Code civil. De même si le contrat initial contient une clause de préférence, celle-ci n'est pas reconduite.

65 - Loyer du bail reconduit - La tacite reconduction s'opère au même loyer que le bail expiré, sauf à ce que les parties se mettent d'accord pour une augmentation. Mais en l'absence d'accord, le loyer n'étant soumis à aucune réglementation légale, le juge ne peut se substituer aux parties pour fixer ce loyer à la valeur locative (Cass. 3e civ., 8 févr. 2006, n° 05-10.724 FS-P+B, SCP Nonnenmacher et Rieg c/ Schwartz).

66 - Durée du bail reconduit - En ce qui concerne la durée du bail reconduit, l'article 57-A, alinéa 2 de la loi du 23 décembre 1986 précise que la reconduction s'opère « pour la même durée » (sans autre précision). Si le bail précédent a été conclu pour six ans, la durée du bail reconduit sera donc de six ans. Dans le cas où le bail qui doit être reconduit avait une durée supérieure à la durée légale, par exemple neuf ou douze ans, la Cour de cassation a estimé qu'en se référant à « la même durée » l'alinéa 2 de l'article 57 renvoie implicitement à la durée « au moins égale à six ans » énoncée à l'alinéa 1, on en déduira alors que la reconduction a une durée de six ans.

Conseil pratique

Pour éviter des problèmes, lorsque le bail initial est conclu pour une durée supérieure à six ans, il est souhaitable qu'il précise que la durée du bail reconduit sera de six ans.

3° Le renouvellement du bail

67 - Modalités - L'article 57-A n'envisage que deux situations :

- celle où l'une ou l'autre des parties décide de ne pas renouveler le bail, ce qu'elle manifeste en donnant congé ;
- celle où le bail est reconduit tacitement (aux mêmes clauses et conditions) faute de congé donné pour la date d'expiration du bail.

Une autre hypothèse peut se rencontrer : celle où les parties sont d'accord pour renouveler le bail. L'article 57-A ne comporte aucune disposition applicable dans cette situation particulière, qui relève donc du droit commun, défini par le Code civil. Il résulte cependant implicitement de ce texte que le bailleur qui veut voir se renouveler le bail à des conditions différentes n'a d'autre ressource que de donner congé dans un premier temps, pour mettre fin au bail en cours (six mois avant son expiration), faute de quoi il y aura reconduction tacite. Puis il ouvrira une négociation. Les conditions du nouveau bail seront ensuite à renégocier. En l'absence d'accord, il n'y aura pas de renouvellement. En effet, il n'existe pas ici, comme en matière de bail commercial, de procédure judiciaire permettant de fixer le loyer du bail renouvelé.

4° Les formalités en fin de bail

68 - État des lieux - L'article 57 B de la loi du 23 décembre 1986, qui est d'ordre public, (L. n° 86-1290, 23 déc. 1986, art. 46) prévoit que lors de la restitution des locaux loués, un état des lieux est établi contradictoirement et amiablement par les parties ou par un tiers mandaté par elles. Cet état des lieux obéit aux mêmes règles que l'état des lieux « d'entrée ». En dehors de cette formalité obligatoire, les formalités ou incidents auxquels peut donner lieu la fin du bail ne font pas l'objet d'une réglementation particulière. Ce sont donc les règles de droit commun qui s'appliquent.

VI. - Les cas particuliers

A. - Les baux mixtes

69 - Le terme de bail mixte désigne le bail qui porte sur des locaux qu'un professionnel destine concomitamment à un usage professionnel et personnel (d'habitation le plus souvent). Les baux mixtes sont régis par la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 modifiée en dernier lieu par la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 (« Loi ALUR »). Ils jouissent d'un statut plus protecteur que celui du bail professionnel.

70 - Contenu du contrat. - Le contrat de location doit nécessairement être établi par écrit et contenir un certain nombre de mentions obligatoires concernant :

- l'identification des parties et du local loué,
- la date de prise d'effet et la durée du bail,
- la consistance et la destination des lieux,
- la désignation des locaux et équipements d'usage privatif,
- le cas échéant l'inventaire des équipements et accessoires de l'immeuble (quel que soit l'usage),
- le montant du loyer,
- le mode de règlement du loyer,
- ainsi que l'indice d'indexation et les règles de révision du loyer, le loyer de référence,
- le montant du dépôt de garantie,
- l'état des lieux.

Le contrat doit aussi indiquer le montant et la date de versement du dernier loyer acquitté par le précédent locataire, dès lors que ce dernier a quitté le logement moins de dix-huit mois avant la signature du bail, la nature et le montant des travaux effectués dans le logement depuis la fin du dernier contrat de location ou depuis le dernier renouvellement du bail.

Le cas échéant, le bailleur doit communiquer au locataire les extraits du règlement de copropriété concernant la destination de l'immeuble, la jouissance et l'usage des parties privatives et communes et précisant la quote-part afférente aux lieux loués dans chacune des catégories de charges communes (L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 3, al. 5).

La durée minimale du bail dépend de la qualité du bailleur :

- 3 ans pour les bailleurs personnes physiques (y compris les indivisions et les sociétés civiles constituées dans un cadre familial) ;
- 6 ans pour les autres bailleurs.

Nouveau

La loi Elan a créé un "bail mobilité" d'une durée comprise entre un et dix mois et portant sur un logement meublé (L. n° 2018-1021, 23 nov. 2018, art. 107 : JO 24 nov. 2018).

71 - Renouvellement du bail - À l'échéance, le locataire a droit au renouvellement de son bail. Le bailleur ne peut lui refuser de renouveler le bail sauf dans l'un des 3 cas suivants :

- motif légitime et sérieux, notamment en cas d'inexécution par le locataire d'une des obligations qui lui incombent ;
- vente du logement (le locataire dispose alors d'un droit de préemption sur le logement sauf en cas de vente entre parents jusqu'au quatrième degré inclus et à la condition que l'acquéreur occupe le logement pendant au moins deux ans) ;
- reprise du logement par le bailleur ou un proche (conjoint, concubin, partenaire de PACS, ascendant ou descendant).

Le bailleur doit adresser sa lettre de congé au moins 6 mois avant la date anniversaire du bail (par lettre recommandée avec accusé de réception ou par acte d'huissier).

72 - Transmission du bail et sous-location - La transmission du bail est possible en cas de décès du locataire au profit du conjoint, du partenaire lié par un PACS ou du concubin notoire, des ascendants et descendants, et aux personnes à charge. La sous-location n'est possible qu'avec l'accord du bailleur, il en est de même de la cession du bail.

73 - Résiliation anticipée - Le locataire peut résilier le bail à tout moment en donnant congé par lettre recommandée avec accusé de réception, par acte d'huissier ou remise en main propre contre récépissé ou émargement en respectant un délai de préavis d'au moins 3 mois (L. n° 89-462, art. 12 et art. 15, I).

La durée du préavis est réduite à un mois en cas d'obtention d'un premier emploi, de mutation professionnelle, de perte d'emploi ou de nouvel emploi consécutif à une perte d'emploi (L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 15, I) ainsi que pour les locataires de logements situés dans les zones d'urbanisation continue de plus de 50 000 habitants (D. n° 2013-392 du 10 mai 2013).

B. - Le changement d'usage des locaux d'habitation

74 - La transformation d'un local d'habitation en local professionnel nécessite une démarche administrative préalable et est soumise à autorisation. Il faudra, le cas échéant, tenir compte de la réglementation édictée par l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitation. Pour que cette réglementation soit applicable :

- les locaux doivent être situés dans une localité où ce texte est applicable (notamment les communes de plus de 200 000 habitants, Paris et les départements de la petite couronne : Hauts-de-Seine, Seine-Saint-Denis et Val-de-Marne) ;
- il doit y avoir « changement d'usage », ce qui concerne le cas où des locaux à usage d'habitation sont affectés à usage professionnel (c'est-à-dire toutes les catégories de logements et leurs annexes y compris les logements-foyers, loges de gardien, chambres de service, logements de fonction, logements inclus dans un bail commercial et locaux meublés).

L'autorisation de changement d'usage n'est pas requise lorsque l'activité professionnelle est exercée par l'occupant ayant sa résidence principale dans le local, et lorsqu'elle ne s'accompagne d'aucune réception de clientèle ni de marchandises.

Les locaux d'un bail mixte d'habitation et professionnel sont soumis aux dispositions de l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitation, quelles que soient les surfaces respectives affectées à usage d'habitation et à usage professionnel (Cass. 3e civ., 22 juin 2017, n° 16-17.946, FS-P+B+I).

L'autorisation est accordée par le maire de la commune (ou le maire d'arrondissement pour Paris, Lyon et Marseille). Elle est accordée à titre personnel. Elle cesse donc de produire ses effets

lorsqu'il est mis fin, à titre définitif, quel qu'en soit le motif, à l'exercice professionnel du bénéficiaire. Toutefois, lorsque l'autorisation a été subordonnée à une compensation, le titre est attaché au local et non à la personne (CCH, art. L. 631-7-1, al. 2). La compensation oblige le propriétaire à transformer concomitamment en habitation des locaux ayant un autre usage, pour une surface au moins équivalente à celle qu'il souhaite transformer en local professionnel, de sorte que la commune ne perde pas de mètres carrés de logements (CCH, art. L. 631-7-1).

Le non-respect de cette réglementation peut entraîner notamment la nullité du bail. Nous rappelons aussi que le cessionnaire de la clientèle et nouveau locataire ne peut se prévaloir de l'autorisation donnée au locataire initial, qui a un caractère personnel et a pris fin avec le départ de son titulaire (CCH, art. L. 631-7-1 ; Cass. 3e civ., 9 mai 2012, n° 11-16.139 : Loyers et copr. 2012, comm. 195, obs. B. Vial-Pédroletti).

Attention : Pour savoir si les locaux loués sont « à usage d'habitation » et si une autorisation de changement d'usage est nécessaire, il ne faut pas se référer uniquement à leur usage actuel. L'usage à considérer est en principe celui existant au 1^{er} janvier 1970.

Le changement d'usage d'un local doit être déclaré à l'Administration fiscale afin que la valeur locative cadastrale servant de base à l'établissement de la taxe foncière soit mise à jour. Le propriétaire doit, dans les 90 jours du changement, adresser à son service des impôts (bureau du cadastre) la déclaration "modèle IL".

VII. - Les points clés

75 - Les baux consentis pour l'exercice de certaines activités libérales sont soumis au statut des baux commerciaux : établissements d'enseignement, artistes auteurs d'œuvres graphiques et plastiques.

Avant de louer il est souhaitable de procéder à un audit, au moins sommaire, de l'immeuble et de ses équipements pour vérifier leur conformité aux normes réglementaires.

Il est indispensable de vérifier qu'il n'y a pas d'obstacle à la conclusion du bail. Ces obstacles peuvent résulter par exemple des engagements pris par le bailleur, d'un changement d'usage, ou encore de l'interdiction d'exercer l'activité dans les lieux de la réglementation du lotissement, du règlement de copropriété, de la réglementation d'urbanisme etc.

À défaut de clause d'indexation le même loyer restera applicable pendant toute la durée du bail.

La jurisprudence interprète de plus en plus strictement les clauses insérées dans le bail pour tenter de dispenser le bailleur de son obligation de délivrance : ainsi pour la clause selon laquelle le locataire devra prendre les locaux « en l'état ».

À l'expiration du bail, le bailleur peut librement congédier le locataire, sans avoir à donner des motifs. Si aucun congé n'est valablement délivré par le bailleur ou le locataire pour la date d'expiration du bail, celui-ci se reconduit aux mêmes clauses et conditions, et donc en particulier au même loyer.

L'acquisition du local professionnel

Date de publication : 30 avr. 2019

I. - Introduction

1 - Comme l'acquéreur d'un immeuble à usage d'habitation, l'acquéreur de murs professionnels est confronté à différentes options.

Il peut tout d'abord acheter directement les murs professionnels qu'il décidera de conserver dans son patrimoine privé ou d'inscrire au bilan. Si le bien est « un actif privé », les charges déductibles sont limitées mais en cas de cession, il relèvera du régime des plus-values immobilières des particuliers (CGI, art. 150 U et suivants). Si le bien est « un actif professionnel », les charges se rapportant à l'immeuble sont déductibles. La cession générera une plus-value professionnelle.

Il peut au contraire faire acheter les murs par une société : société d'exploitation ou société civile immobilière. S'il retient la société civile immobilière, il choisira le régime fiscal applicable. Le régime fiscal de droit commun est la semi-transparence (IR), mais les associés peuvent opter pour l'impôt sur les sociétés. Le régime fiscal de la société aura de nombreuses incidences lors de la constitution, lors de la cession des parts, lors de la dissolution ainsi que pour la détermination et l'imposition des revenus.

L'acquisition de l'usufruit par la société d'exploitation est une stratégie mixte qui permet de concilier le régime de l'IS et l'imposition des plus-values des particuliers. Il convient d'être prudent pour ne pas être sanctionné par l'administration.

II. - La préparation de l'acquisition

2 - Ayant besoin de sécurité lors de son activité, le professionnel libéral sera plus enclin à acquérir ses locaux qu'à les louer sauf à obtenir conventionnellement un bail protecteur. A la fin de son activité et s'il loue son ancien local à son successeur, les loyers perçus lui serviront de complément de retraite. Mais comme pour tout placement immobilier, il conviendra :

- d'acquérir un local suffisamment vaste pour éviter d'avoir à en changer avant d'avoir fini de rembourser son emprunt ;
- de penser à sa vente ou à sa location ultérieure lors de la cessation d'activité, ce qui exclut la possibilité d'utiliser une partie de l'habitation à titre professionnel.

A. - Informations préalables

3 - Il vous est demandé, afin d'être conseillé au mieux, de déterminer en concertation avec votre comptable, votre conseil fiscal ou votre notaire la technique la plus adaptée pour l'acquisition du local professionnel. Plusieurs questions peuvent déjà vous aiguiller :

Quelle est la structure d'exercice de l'activité professionnelle ? Entreprise individuelle, société de personnes, société opaque...

Quel est le chiffre d'affaires réalisé par le professionnel ?

Quel est le prix d'acquisition de l'immeuble ?

Quelles sont les modalités de financement ? Prêt (montant, durée, taux), apport personnel ?

Quel sera le montant du loyer ?

Quel est le taux moyen d'imposition du professionnel ?

L'acquisition sera-t-elle réalisée par une ou plusieurs personnes ?

Quel est le délai prévisible de revente de l'immeuble ?

Quel sera le délai de la cessation d'activité et de la retraite ?

B. - Inventaire des solutions envisageables

4 - À partir des informations recueillies, le praticien doit informer et conseiller son client sur les différentes techniques d'acquisition de l'immobilier d'entreprise et lui exposer les différents critères de choix, à savoir :

- l'acquisition en direct de l'immeuble, et son éventuelle immobilisation ;
- l'acquisition via une société qui peut être soit la société d'exploitation soit une société civile immobilière constituée à cet effet ;
- l'acquisition de l'usufruit par la société d'exploitation et la nue-propriété par le dirigeant ou une société civile.

Tableau des hypothèses

Technique d'acquisition	Avantages	Inconvénients	Critères de décision
Achat en direct (patrimoine professionnel)	Déduction des charges se rapportant à l'immeuble	PV professionnelle rarement exonérée sauf : PVLTI immobilière (CGI, art. 151 septies B) Exonération en fonction du chiffre d'affaires (CGI, 151 septies)	Charges immobilières importantes Vente à CT ou MT
Achat en direct (patrimoine privé)	Exonération d'impôt des PV au bout de 22 ans de détention et de prélèvements sociaux à partir de 30 ans (CGI, art. 150 VC, I)	Aucune charge déductible sauf « loyer fictif » ou déduction au titre des revenus fonciers (CGI, art. 31)	Peu de charges Vente à LT (après 30 ans de détention)
Achat via une société d'exploitation	Déduction des charges se rapportant à l'immeuble	PV professionnelles si société IR Taxation de la PV à 15,5 %, 28 % ou 33,33 % si société IS Handicap lors de la revente : prix plus élevé à financer Droits de mutation à 5 % si la société est à prépondérance immobilière	Avantages en cours de vie sociale Inconvénients à la sortie Le choix se fera après chiffrage de l'économie réalisée en cours de vie sociale – à comparer avec le (sur)coût de la cession
		Si SCI IR : associés taxés en RF à l'IR et aux	

<p>Achat via une société civile immobilière</p>	<p>Si SCI IS : résultat réduit et taxation des associés qu'en cas de distribution Si SCI IR : PV immobilières en cas de cession de l'immeuble ou des parts (exonération d'impôt au bout de 22 ans et de prélèvements sociaux après 30 ans)</p>	<p>prélèvements sociaux même en l'absence de résultat distribuable Si SCI IS : PV taxée au prélèvement forfaitaire unique de 12.8 % sauf option pour le barème progressif de l'IR pour les titres acquis avant le 01.01.2018, après un abattement pour durée de détention de 50 % ou 65 % si plus de 2 ans de détention + 17.2 % de prélèvements sociaux</p>	<p>Le choix de régime fiscal de la SCI dépendra notamment : du montant du loyer des emprunts en cours du taux d'imposition de l'associé de sa capacité à distribuer un résultat</p>
<p>Achat de l'usufruit par la société d'exploitation</p>	<p>Pour le nu propriétaire : absence de revenu imposable absence d'IFI extinction de l'usufruit en franchise de droits Pour l'usufruitier : charges de l'immeuble déductibles possibilité de pratiquer un amortissement de l'usufruit (immobilisation incorporelle)</p>	<p>Si première cession onéreuse d'un usufruit temporaire par une personne physique ou une société IR : le cédant est taxé comme pour une distribution de revenus Risques de remise en cause par l'Administration si : la société civile ne détient que la nue-propriété de l'immeuble si acte anormal de gestion en cas de surévaluation de l'usufruit</p>	<p>Formule intéressante si on est hors champ de l'article 13 5 du CGI</p>

III. - La mise en œuvre de l'acquisition

A. - L'acquisition des murs en direct

5 - L'affectation comptable de l'immeuble - Le contribuable, imposé en BIC ou en BA, reste libre sur le plan comptable de ne pas inscrire au bilan, un immeuble affecté à l'exploitation ou d'inscrire un immeuble non affecté à l'exploitation.

Sur le plan fiscal, pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2012, sauf à être un bien affecté par nature à l'exploitation, l'immeuble sera qualifié de bien professionnel s'il est inscrit au bilan et s'il est « nécessaire pour l'exercice de l'activité à titre professionnel » (CGI, art. 155-II).

6 - Neutralité de l'affectation comptable - Certains impôts prennent en compte l'affectation économique de l'immeuble, peu importe qu'il soit ou non inscrit au bilan. En matière d'IFI, le bien immobilier sera exonéré s'il est utilisé dans le cadre d'une activité professionnelle de nature industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, exercée à titre principal par son propriétaire ou l'un des membres du foyer fiscal. Il faut en sus que l'immeuble soit nécessaire à l'exercice de sa profession (CGI, art. 885 N). La cotisation foncière, composante de la contribution économique territoriale, est assise sur la valeur locative des biens passibles d'une taxe foncière et qui sont mis à la disposition du redevable, pour les besoins de son activité professionnelle (CGI, art. 1467). La TVA grevant l'acquisition de l'immeuble ou se rapportant aux travaux effectués dans cet immeuble sera déductible si le bien est affecté à une activité taxée (CGI, art. 271-I-1). Il en est de même pour les dépenses se rapportant à un immeuble affecté matériellement à une activité soumise à TVA.

7 - Incidences de l'affectation comptable - Si l'immeuble est à l'actif du bilan, le résultat imposable pourra être minoré des charges se rapportant à l'immeuble (charges locatives ou de propriété), des intérêts si l'acquisition de l'immeuble a été financée par emprunt, d'un amortissement du bâti pour constater la perte de valeur subie par la construction. Généralement, la construction s'amortit sur 20 ans à raison de 5 % par an. En revanche, le terrain n'est pas un bien amortissable. Si l'immeuble est conservé dans le patrimoine privé, aucune charge ne pourrait être déduite du résultat professionnel, sauf application de la jurisprudence « Meissonnier » du Conseil d'État, du 8 juillet 1998 qui admet qu'un contribuable imposé en BIC, puisse se consentir un bail et déduire de son résultat professionnel un loyer alors imposable en revenus fonciers. Cette jurisprudence a été étendue aux contribuables imposés en BNC par un arrêt du 11 avril 2008 et aux exploitants agricoles par un arrêt du 26 septembre 2011 .

8 - Au titre des revenus fonciers, contrairement aux BIC/BNC, les dépenses déductibles sont plus réduites (CGI, art. 31) : il s'agit des dépenses d'entretien et de réparation, des dépenses d'amélioration se rapportant à la protection contre l'amiante ou favorisant l'accueil des handicapés, des frais de gestion, des primes d'assurance, des impôts et des intérêts des emprunts contractés...

- Si l'immeuble est un actif professionnel, toute opération générant la sortie de l'immeuble du bilan entraîne la réalisation d'une plus-value professionnelle : la vente, l'échange, l'apport en société, le retrait d'actif en cas de cessation d'activité, le décès de l'entrepreneur, la donation...
- Si l'immeuble est conservé dans le patrimoine privé, seules les mutations à titre onéreux génèrent une plus-value privée taxable : vente, échange, partage, apport en société...

La plus-value immobilière des particuliers sera exonérée en raison de l'abattement à compter de la sixième année de détention (CGI, art. 150 VC I).

Depuis le 1^{er} septembre 2013, était exonérée d'impôt, la plus-value immobilière réalisée sur un immeuble détenu depuis au moins 22 ans. Il était appliqué un abattement de 6 % par an à compter de la 6^e année et jusqu'à la 21^e, de 4 % au terme de la 22^e année.

Pour les prélèvements sociaux, les taux d'abattement annuel sont les suivants :

- 1.65 % au-delà de la 5^e année et jusqu'à la 21^e ;
- 1.60 % la 22^e année ;
- 9 % au-delà de la 22^e année : l'exonération des prélèvements sociaux est acquise au-delà d'un délai de détention de 30 ans.

Depuis le 1^{er} septembre 2014, le régime d'imposition des plus-values de cession de terrains à bâtir est aligné sur le régime de droit commun.

La plus-value professionnelle ne sera qu'exceptionnellement exonérée. Deux dispositions sont susceptibles de s'appliquer :

- abattement de 10 % par année de détention au-delà de la 5^e sur le montant des plus-values immobilières à long terme (CGI, art. 151 septies B).
- exonération des plus-values professionnelles, y compris immobilières, à court terme et long terme réalisées par un cédant qui réalise un chiffre d'affaires ne dépassant par certains seuils (CGI, art. 151 septies).

Les plus-values professionnelles sont taxées au taux de 12.8 %, majoré de prélèvements sociaux de 17.2 % s'il s'agit de plus-values à long terme. Si la plus-value professionnelle est à court terme, elle est imposée au taux progressif de l'IR et soumise aux cotisations sociales sur les revenus d'activité.

La plus-value immobilière est taxée à un taux global de 36,20 % depuis le 1^{er} janvier 2018 : 19 % d'impôt auxquels s'ajoutent des prélèvements sociaux pour 17.2 %.

Si la plus-value immobilière imposable, autre que sur terrains à bâtir, est supérieure à 50 000 €, la dernière loi de finances rectificative pour 2012 a institué une taxe supplémentaire (CGI, art. 1609 nonies G) allant de 2 à 6 % de la plus-value imposable.

B. - L'acquisition des murs par une société

9 - L'achat par la société d'exploitation - L'achat de l'immeuble par la société d'exploitation permettra à l'acquéreur de bénéficier des avantages de l'inscription de l'immeuble au bilan : son résultat ainsi que l'impôt sur ses bénéfices seront réduits. Nous nous reporterons aux développements précédents.

Si la société d'exploitation est semi-transparente, la revente de l'immeuble pourrait bénéficier d'une exonération totale des plus-values sur le fondement de l'article 151 septies du CGI ou limitée aux plus-values à long terme si l'article 151 septies B est applicable. La prépondérance immobilière (CGI, art. 150 UB) sera sans incidence sur le régime des plus-values sur cession de titres dès lors que les immeubles sont affectés à l'activité de la société.

Si la société d'exploitation est opaque (soumise à l'IS), la plus-value sur l'immeuble sera taxée à l'IS (taux réduit et taux normal). Si les associés préfèrent céder leurs droits sociaux, ils seront taxés au titre des plus-values sur titres sociaux.

La présence de l'immeuble au bilan sera un handicap lors de la revente :

- Le prix de la société sera plus élevé, l'immeuble majorant la valeur des capitaux propres. Ce qui limitera le nombre de repreneurs potentiels.
- L'acquéreur devra s'acquitter de droits de mutation majorés. Si l'immeuble est propriété de la société d'exploitation, la société pourra être à prépondérance immobilière au sens de l'article 726 I 2° du CGI dès lors que son actif est ou a été au cours de l'année précédant la cession, principalement composé d'immeubles ou de droits immobiliers situés en France ou de participations dans des sociétés non cotées elles-mêmes à prépondérance immobilière. Il n'est pas tenu compte de l'affectation de l'immeuble, contrairement aux plus-values. Les titres de la société, sauf à être cotée en bourse, seront alors taxés au taux de 5 % au lieu de 0,10 % pour des actions et 3 % après un abattement de 23 000 € pour des parts sociales. C'est l'une des raisons qui incitera le chef d'entreprise à sortir l'immobilier de sa société avant la cession.

-

L'immeuble est directement exposé au risque social : les créanciers de la société pourront faire saisir l'immeuble social pour se faire payer leurs créances. Si l'immeuble est détenu dans le patrimoine privé, il devrait être protégé des difficultés financières de la société d'exploitation.

10 - L'achat par une société civile immobilière. - En principe, ses résultats sont imposés au nom personnel des associés à l'impôt sur le revenu (CGI, art. 8). La société civile sera soumise de plein droit à l'IS, en vertu de l'article 206 2° du CGI lorsqu'elle se livre à une activité commerciale. L'Administration tolère que la société exerce une activité commerciale dont le montant hors taxes des recettes ne dépasse pas 10 % des recettes totales (BOI-IS-CHAMP 10-30-20, § 320 et 321, 12 sept. 2012). La société civile immobilière peut opter pour l'impôt sur les sociétés à la constitution ou en cours de vie sociale (CGI, art. 2063). Il est important de cerner les incidences de cette option car cette option est définitive et irrévocable.

Lors de la constitution et de la sortie de la société :

- ▶ La fiscalité des apports est neutre, quel que soit le régime fiscal de la société sauf dans deux hypothèses :
 - 1° L'apport pur et simple d'un immeuble par une personne physique à une société soumise à l'IS entraînera l'application du droit de mutation de 5 % (CGI, art. 809 I 3).
 - 2° Ce même droit sera applicable en cas d'apport à titre onéreux. L'apporteur ne pourra pas s'en exonérer en prenant l'engagement de conserver les titres pendant 3 ans. En effet, pour bénéficier de l'exonération, l'immeuble doit être compris dans l'apport de l'ensemble des éléments de l'actif immobilisé affecté à l'exercice d'une activité professionnelle (CGI, art. 809 I bis).
- ▶ Lorsque l'apport porte sur un immeuble, il dégage une plus-value professionnelle si le bien est un actif professionnel, une plus-value privée s'il est conservé dans le patrimoine privé.
- ▶ Le régime applicable aux plus-values en cas de cession des parts ou de l'immeuble diffère selon le régime fiscal de la société.
- ▶ Si l'associé cède ses parts de SCI semi-transparente, il se verra appliquer le régime des plus-values immobilières des particuliers (CGI, art. 150 U à 150 VH) avec quelques aménagements :
 - valeur d'acquisition ou de souscription majorée du montant des frais d'acquisition uniquement pour leur montant réel ;
 - application d'un abattement par année de détention à compter de la sixième (CGI, art. 150 VC, I) ;
 - plus-value taxée au taux global de 36.20 % depuis le 1^{er} janvier 2018 ;
 - taxe additionnelle de 2 à 6 % si la plus-value imposable est supérieure à 50 000 € (CGI, art. 1609 nonies).
- ▶ Si l'associé cède ses parts de SCI opaque, les plus-values de cession seront taxées selon le régime des plus-values des particuliers (CGI, art. 1586 bis et 200 A-2) : au prélèvement forfaitaire unique de 12.8 % sur la plus-value brute. Si les titres, ont été acquis avant le 1^{er} janvier 2018, le contribuable peut opter pour le barème progressif de l'IR. Il conviendra avant de liquider l'impôt d'appliquer l'abattement pour une durée de détention (CGI, art. 150-0 D 1) qui est égale à :
 - 50 % lorsque les titres sont détenus depuis au moins 2 ans et moins de 8 ans ;
 - 65 % lorsqu'ils sont détenus depuis au moins 8 ans.
- ▶ Les contributions sociales de 17,2 % sont liquidées sur la plus-value brute avant application de l'éventuel abattement. Seule une donation avant cession permettrait de purger la plus-value.

- ▶ En cas de cession de l'immeuble, la société soumise à l'IR s'acquittera d'un impôt sur la plus-value au même titre que l'entrepreneur ayant conservé l'immeuble dans son patrimoine privé. Si la société est dissoute, les associés seront redevables du droit de partage au taux de 2,5 % calculé sur le boni de liquidation (CGI, art. 746).
- ▶ Si la société est opaque, elle s'acquittera d'un IS sur la plus-value. Les associés s'acquitteront d'un droit de partage sur l'actif net et seront taxés en revenus de capitaux mobiliers sur le boni distribué.

C. - Le démembrement de propriété

1° Les utilités de l'acquisition en démembrement de propriété

11 - Pour le nu-proprétaire - Ne percevant aucun revenu imposable, le nu-proprétaire ne sera pas assujéti, ni à l'impôt sur le revenu au titre des revenus fonciers ni aux prélèvements sociaux. Cependant, il devra emprunter le montant de la nue-proprété et remboursera l'emprunt à l'aide de sa trésorerie personnelle, ne bénéficiant pas des loyers. L'usufruit bénéficiant à la société d'exploitation, il ne pourra pas déduire les charges de la nue-proprété de ses autres revenus fonciers.

Le redevable légal de l'IFI est l'usufruitier du bien (CGI, art. 885 G). Le nu-proprétaire n'est donc pas redevable de l'IFI sur la nue-proprété de l'immeuble d'exploitation s'il la détient en direct. En effet, si la nue-proprété est détenue par une société civile dont le chef d'entreprise est l'associé : ce dernier devra déclarer au titre de l'IFI la pleine propriété des parts de la société civile. Le nu-proprétaire ne peut plus déduire de son actif taxable le passif se rapportant à la nue-proprété. La déduction des dettes de l'actif taxable est limitée aux dettes se rapportant à des biens taxables.

À l'extinction de l'usufruit, le nu-proprétaire se retrouve plein propriétaire, sans fiscalité complémentaire (CGI, art. 1133). De plus, en cas de cession de l'immeuble après réunion de la pleine propriété, il bénéficiera de l'exonération des plus-values immobilières des particuliers au bout de trente années de détention (CGI, art. 150 VC). Le délai de détention est calculé à compter de l'acquisition de la nue-proprété.

12 - Pour l'usufruitier - La société d'exploitation en sa qualité d'usufruitière sera redevable de la taxe foncière (C. civ., art. 608). L'usufruit de l'immeuble d'exploitation l'autorisera à minorer son résultat d'exploitation des frais et droits d'acquisition, des intérêts de l'emprunt souscrit, de l'impôt foncier, des assurances du bâtiment et des frais d'entretien.

L'inscription de l'usufruit à l'actif immobilisé de la société est autorisée tant par le nouveau plan comptable que par les critères posés par le Conseil d'État (CE, 21 août 1996) :

- ce droit est une source régulière de profit (l'immeuble est utilisé par l'entreprise pour réaliser son activité ; l'usufruit lui permet d'économiser une charge de loyer) ;
- ce droit est doté d'une pérennité suffisante (l'usufruit devrait avoir une durée supérieure à celle d'un bail commercial (9 ans) sans pouvoir excéder 30 ans)
- et ce droit est susceptible de faire l'objet d'une cession.

Pour l'Administration, un droit incorporel ne peut être amorti car il ne se déprécie pas du fait de l'usage et du temps. Elle admet, cependant, qu'un droit incorporel puisse être amorti s'il est certain, dès sa création ou son acquisition, que ses effets bénéfiques sur l'exploitation prendront fin nécessairement à une date déterminée.

a) Les limites

13 - Cession d'usufruit temporaire taxée comme un revenu - Jusqu'au 13 novembre 2012, la cession par le dirigeant de l'usufruit temporaire de l'immeuble à la société d'exploitation permettait de transformer un flux de revenus en un capital immédiat. La plus-value immobilière réalisée par le cédant était imposée selon le régime des plus-values immobilières des particuliers (CGI, art. 150 U à 150 VH du CGI). S'il détenait l'immeuble depuis plus de 30 ans, par le jeu de l'abattement, il était exonéré d'impôt et de prélèvements sociaux.

14 - Régime applicable à compter du 14 novembre 2012 (CGI, art. 13 5) - Le cédant n'est plus taxé au titre des plus-values immobilières mais son prix de cession est imposé à l'impôt sur le revenu et aux prélèvements sociaux comme un revenu. La catégorie de revenus dépendra de la nature du bien grevé de l'usufruit :

- revenus fonciers si l'usufruit porte sur un immeuble ou des parts de sociétés IR à prépondérance immobilière ;
- revenus de capitaux mobiliers s'il porte sur des parts sociales ou des actions ;
- bénéfiques non commerciaux dans les autres cas.

La taxation au titre de l'impôt sur le revenu est limitée à la première cession onéreuse d'un usufruit temporaire réalisée par une personne physique ou une société de personnes. La cession concomitante de l'usufruit à une société et la nue-propriété à un second cessionnaire entre dans le champ d'application du nouvel article 13-5 du CGI. (Rép. Min. n° 15540 : JOAN Q 2 juill. 2013 p.6919 ; Rép. Min. n° 18788 : JOAN Q 16 juill. 2013 p.7509)

15 - Remise en cause éventuelle par l'Administration - L'Administration peut tout d'abord démontrer que l'opération est fictive . Si la nue-propriété est acquise non pas directement par le dirigeant mais par une société civile, le risque est avéré. En effet, le comité de l'abus de droit (Rapp. 2006, Aff. 2005-16) et la Cour de cassation (Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-14.262) qualifient de sociétés fictives les sociétés civiles détentrices exclusivement de la nue-propriété de biens, en raison de leur absence d'autonomie financière et d'activité économique réelle. Il serait préférable de réaliser des apports en numéraire ou de biens frugifères permettant à la société civile d'exercer une véritable activité.

L'abus de droit serait également avéré s'il était établi que les parties poursuivaient un but exclusivement fiscal. L'opération présente un double intérêt fiscal : pendant le portage du bien, on bénéficie de l'impôt sur les sociétés ; lors de la revente du bien, on relève du régime des plus-values des particuliers. Mais l'acquisition en démembrement présente des avantages économiques, financiers et juridiques pour les parties.

L'Administration prétend que l'acte est contraire à l'intérêt de l'entreprise et lui est donc inopposable pour le calcul de l'impôt. La société d'exploitation doit trouver un avantage financier à acquérir l'usufruit des locaux par rapport à la conclusion du bail. Pour éviter les foudres de l'administration fiscale, les conseils veilleront à bien calibrer l'usufruit en termes de durée et de valorisation.

16 - Précautions à prendre - L'usufruit acquis par la société d'exploitation est nécessairement temporaire. L'article 619 du Code civil prévoit que « l'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers ne dure que 30 ans. » La Cour de cassation (Cass. 3e civ., 7 mars 2007) a rappelé que cette règle était d'ordre public et qu'un usufruit d'une durée supérieure serait nul. L'article 253-1 du Code de la construction et de l'habitation prévoit une durée minimale de 15 ans pour l'usufruit

social. Pour que l'opération ait un intérêt pour la société d'exploitation, la durée de l'usufruit doit être plus longue que celle d'un bail commercial. La durée recommandable de l'usufruit serait comprise entre 10 et 30 ans.

Si on se réfère au barème fiscal de l'usufruit, à l'article 669, II du CGI, l'usufruit temporaire est estimé à 23 % de la pleine propriété pour chaque période de 10 ans. Ce barème ne s'impose que pour la liquidation des droits d'enregistrement et la taxe de publicité foncière : les parties sont donc libres de recourir à une approche économique de l'usufruit. Le risque est que cette méthode valorise l'usufruit à une valeur proche de la pleine propriété. Maître Marceau Clermon propose une méthode plus pragmatique (la valorisation comparative des flux intrinsèques) : « Les mensualités du crédit souscrites pour acquérir l'usufruit acheté à crédit au taux de marché sur la période ne devront pas dépasser celles du loyer : cette référence constitue un nouveau seuil. »

Il convient, dès la constitution du démembrement, d'anticiper la situation de la société d'exploitation à l'extinction de l'usufruit. Il serait prudent d'assortir la vente d'une promesse de bail commercial pour permettre à la société d'exploitation de se maintenir dans les lieux.

IV. - La location à soi-même du local professionnel

17 - Il s'agit de la situation où vous êtes propriétaire à titre privé de votre local et vous souhaitez vous le louer à vous-même pour y exercer votre activité.

Aux termes de l'article 93, 1, 1° du CGI, si le loyer des locaux professionnels est déductible, tel n'est pas le cas lorsqu'un contribuable est propriétaire de locaux affectés à l'exercice de sa profession, aucune déduction n'étant apportée de ce chef au bénéficiaire imposable. Toutefois le Conseil d'État admet de longue date la déduction des loyers à soi-même en matière de BIC. Cette jurisprudence a été étendue à la matière des bénéfices non commerciaux (CE, 11 avril 2008, n° 287808, M. et Mme Roche), le juge admettant la déduction d'une charge correspondant à la valeur normale du loyer à la condition toutefois qu'un véritable flux soit organisé par le contribuable entre ses comptes professionnels et privés et que la somme déduite soit déclarée en qualité de revenu foncier.

Cette exception, à laquelle l'administration s'est ralliée, concerne uniquement les charges qui correspondent à l'utilisation des biens et qui incomberaient normalement à un locataire si le bien était loué (réparations locatives, entretien courant, loyers des immeubles conservés dans le patrimoine privé et utilisés pour l'exercice de la profession) (BOI-BNC-BASE-10-20, 5 avr. 2017 § 270 et 280).

En pratique, sont déductibles :

- les loyers versés (sous réserve de présenter un caractère normal compte tenu des prix pratiqués dans le même secteur pour un local similaire) ;
- seules les charges qui seraient récupérables auprès d'un locataire si votre local était loué à un tiers dont le montant doit être porté Ligne 15 BF « Loyers et charges locatives » de l'annexe 2035 A

Conseil pratique

Afin de limiter les risques de contestation par l'administration fiscale, vous avez intérêt à demander une évaluation à un notaire ou un agent immobilier, afin que le montant retenu pour le loyer soit en adéquation avec le marché local. Il n'est pas recommandé de retenir la valeur locative figurant sur l'avis d'imposition à la cotisation foncière des entreprises car la valeur locative fait uniquement l'objet depuis plusieurs années d'une revalorisation annuelle nationale et automatique qui ne tient pas compte de la réalité des marchés immobiliers.

18 - Si le local est mixte, c'est-à-dire qu'il constitue également pour partie votre résidence privée, les charges locatives et les dépenses communes (chauffage, électricité) ne peuvent être portées en déduction qu'en fonction du rapport existant entre la superficie louée pour les besoins de votre activité professionnelle et la superficie totale des locaux.

19 - Incidences en matière d'impôts locaux - Pour l'établissement de la Cotisation foncière des entreprises (CFE), vous devrez souscrire une déclaration n° 6660-REV.

Si vous êtes propriétaire d'un local à usage mixte comprenant une partie habitation et une partie professionnelle (cas des professions libérales exerçant à domicile par exemple), seule la partie professionnelle affectée à l'exercice de l'activité doit faire l'objet d'une déclaration.

Par ailleurs, le local à usage professionnel sera exonéré de la taxe d'habitation :

- s'il est entièrement distinct de l'habitation (avec une entrée séparée) ;
- s'il est soumis à la cotisation foncière des entreprises (CFE) ;
- s'il est aménagé de façon à le rendre impropre à l'habitation (cabinet dentaire au sein de l'habitation, pièce utilisée comme bureau, etc.).

Les choix financiers

I. - Introduction

1 - Pour l'acquisition des locaux, la banque en général ne vous demandera que 20 % d'apport personnel et financera donc 80 % de la dépense. On considère généralement que les frais et droits naturellement auto-finançables représentent 10 % en moyenne.

Vous devrez vous interroger afin de savoir si votre activité pourra supporter les mensualités de remboursements d'emprunt (au maximum le double du loyer qui aurait été versé).

Il est bien rare également que la banque ne demande pas à votre conjoint de cautionner l'emprunt souscrit.

Lorsque vous êtes en séparation de biens, il faudra refuser que votre conjoint se porte caution. Si vous êtes en communauté, le conjoint acceptera la caution pour engager les biens communs aux époux mais devra refuser d'engager ses biens propres. Dans ces domaines, tout est négociable.

II. - L'évaluation de ses possibilités de remboursement

2 - Il est difficile d'évaluer une fois pour toutes ses possibilités de remboursement surtout quand l'emprunt est d'une durée d'au moins 10 ans.

Ces possibilités dépendent de nombreux facteurs que vous ne pouvez tous maîtriser, en particulier la pérennité de votre chiffre d'affaires. Citons comme autres éléments à prendre en compte : le montant des remboursements eux-mêmes (au moment de leur souscription, vous devrez faire des arbitrages concernant leur taux et leur durée), l'économie de loyer professionnel qui résulte de l'acquisition, le train de vie, etc...

Il sera important d'établir un budget de trésorerie incluant exploitation professionnelle et vie privée. Vous connaîtrez alors exactement mois par mois, soit le montant et la durée des besoins de financement en cas de découvert, soit votre capacité à rembourser un emprunt supplémentaire en cas d'excédent.

III. - Les durées et modalités de remboursement

3 - Chaque emprunteur voudrait allonger ses durées de remboursement pour alléger ses charges mensuelles ou au contraire rembourser rapidement afin de minorer le montant des intérêts.

Dans les faits, les choix sont beaucoup plus restreints. En l'absence d'inflation, des durées d'emprunt de 10 à 15 ans semblent les plus indiquées.

A. - Taux fixe ou taux variable ?

4 - Il est difficile de faire un choix entre taux fixe et taux variable lorsque l'emprunt est souscrit pour une durée d'au moins 10 ans.

Les intérêts d'emprunt à taux fixe seront plus élevés au début que ceux d'un emprunt à taux variable. Mais, si les taux remontent, les mensualités de votre emprunt à taux variable vont en faire autant. Et ce qui était un avantage au début, peut se révéler désastreux par la suite.

Si vous optez pour un emprunt à taux variable, les effets d'une hausse de taux sur votre emprunt doivent être plafonnés. Si votre banquier plafonne la hausse, la baisse des taux le sera vraisemblablement aussi. Une seule chose reste sûre, la banque ne prend aucun risque dans le cadre des prêts à taux révisable. La période actuelle de taux très bas ne se prête pas à la conclusion d'un prêt à taux révisable car celui-ci risque plus de remonter que de descendre encore.

En fait, tout dépend du différentiel entre le taux fixe et le taux variable initialement proposé ainsi que des marges de variation prévues.

Diverses expériences de ces dernières années conduisent à déconseiller la variabilité.

B. - Les emprunts à échéance progressive

5 - En période de forte inflation ou en cas d'accroissement important des bénéfices espérés, il peut être tentant de solliciter une formule de remboursement dans laquelle le capital remboursé dans un premier temps est encore moins important que celui résultant d'échéances constantes. Ainsi en trésorerie, la charge du remboursement sera moins forte les premières années.

Mais cette formule est très pénalisante au niveau des intérêts payés.

Elle est dangereuse en l'absence d'inflation sauf si le professionnel libéral est certain d'une montée en puissance de son activité.

C. - Les emprunts dégressifs

6 - D'une manière générale, les échéances de remboursement sont constantes même si au début vous remboursez plus d'intérêts que de capital.

Il peut être intéressant d'opter pour des échéances avec un remboursement constant du capital emprunté. Votre charge d'intérêts sera donc réduite car le capital sera remboursé plus vite. Les premières années, vos mensualités seront donc plus élevées.

Mais votre activité devant logiquement se développer et par conséquent vos bénéfices augmenter, vous devez vous demander s'il est judicieux de déduire des intérêts plus élevés alors que vos bénéfices, avant imputation des intérêts d'emprunts, sont les moins élevés et que votre taux marginal de taxation à l'impôt sur le revenu est le plus faible.

Cette formule a également l'avantage de présenter une meilleure adéquation entre le résultat fiscal et la charge en trésorerie. En effet, la différence entre le capital remboursé (non déductible) et l'amortissement de l'investissement lui-même (déductible dans le cadre des BNC) est constante. Pour un emprunt de 100 % de l'investissement sur 15 ans avec un amortissement de l'immeuble sur 25 ans, l'écart entre la fraction déduite et la fraction payée est de 2,66 % de l'investissement initial.

D. - Les crédits in fine

7 - Il s'agit ici plus de la recherche d'une optimisation fiscale que d'un allègement des coûts financiers. Le bénéficiaire d'un crédit " in fine " ne paye que les intérêts, durant toute la durée de l'emprunt, et remboursera le capital de son emprunt en une fois, au terme de l'opération. Pendant ce temps, sa trésorerie et éventuellement des compléments réguliers d'épargne sont placés en général sur un contrat d'assurance-vie (afin de profiter des exonérations fiscales liées à ce type de produit) ; à la fin (in fine), le bénéficiaire disposera de la somme suffisante pour rembourser le capital emprunté.

Attention, l'utilisation de ce type de crédit ne peut se faire sans l'aide de spécialistes. De plus, il est difficilement généralisable à tous les titulaires de BNC. Néanmoins, ce produit s'adapte bien aux professionnels libéraux à revenus stables et élevés car il permet de protéger la trésorerie.

E. - Les emprunts à échéances constantes

8 - D'une manière générale, les échéances de remboursement proposées sont constantes. Dans ce cas, la quote-part d'intérêt en début d'emprunt est plus importante que celle de capital.

Par exemple, pour un crédit à 4 % sur 15 ans, le remboursement annuel constant sera de 8,88 % par an du capital emprunté. La première année, les intérêts représenteront 44 % du total des échéances de l'année. La dernière année, les intérêts représenteront 2 % du total des échéances de l'année.

F. - L'assurance crédit

9 - Tout emprunt d'immobilier s'inscrivant dans le long terme doit donner lieu à une réflexion sur cette mesure et donc amener tout naturellement à se poser le problème des assurances. Il convient de garantir la perte d'exploitation, l'incapacité temporaire, le décès "anticipé" et l'invalidité. En règle générale et eu égard aux spécificités "BNC" par opposition aux règles des "BIC" (qui imposent un bilan), il apparaît évident que les assurances collectives proposées par les banques dans le cadre de leurs contrats groupe seront plus "intéressantes" qu'une assurance vie classique souscrite à titre privée pour garantir un emprunt.

Biens professionnels ou non

I. - Introduction

1 - Le professionnel Libéral doit faire un choix : soit il considère son local comme un élément de son patrimoine professionnel (le bien est inscrit sur le registre des immobilisations), soit il le considère comme un bien privé. Les conséquences fiscales seront différentes selon le choix effectué.

II. - Le local en tant que bien professionnel

2 - Le professionnel libéral peut déduire les intérêts de l'emprunt souscrit pour son acquisition, les amortissements du local (sur une durée qui peut être difficilement inférieure à 25 ans), récupérer la TVA sur des murs neufs (s'il est assujetti), ou déduire les frais d'acquisition (environ 7 % globalement) sur les murs anciens, ainsi que la taxe foncière.

Un inconvénient majeur : lorsqu'il cédera ses locaux, ou simplement les reprendra dans son patrimoine privé lors du départ en retraite (et dans ce cas sans contrepartie financière) le professionnel libéral sera taxé au titre des plus-values professionnelles.

Vous pouvez néanmoins échapper à cette plus-value si vous entrez dans le champ du dispositif d'exonération en fonction des recettes pour les « petites entreprises » (CGI, art. 151 septies). Les plus-values réalisées dans le cadre d'une activité commerciale, artisanale, industrielle, agricole ou libérale, exercée à titre professionnel pendant au moins 5 ans, sont exonérées d'IR à condition que les recettes n'excèdent pas 90 000 €. La plus-value est exonérée pour une partie de son montant lorsque les recettes annuelles sont supérieures à 90 000 € et inférieures à 126 000 €. Toutefois vous demeurez soumis aux prélèvements sociaux de 17,2 %.

Ce mode d'imposition sera d'autant plus pénalisant si les locaux sont totalement amortis : la totalité des amortissements déduits sera rajoutée au bénéfice de l'année lors de la cession. C'est à dire assujettissement à l'impôt sur le revenu en une seule fois l'année de la cession à hauteur des amortissements pratiqués, dans la limite du prix de vente ou de la valeur vénale. Si le prix de vente est supérieur au prix d'achat, le supplément est taxé selon le régime des plus-values professionnelles à long terme (si l'immeuble a été acquis depuis plus de deux ans, au taux actuel).

Un abattement de 10 % par an au-delà de la cinquième année existe toutefois , mais il ne concerne que les plus-values à long terme (article 151 septies B du CGI).

Il vous est conseillé tout particulièrement de vous entourer d'avis de spécialistes pour la résolution de ce sujet délicat.

III. - Le local en tant que bien privé

3 - Le professionnel libéral sera éventuellement taxé, uniquement à l'occasion de la revente des locaux, sous le régime actuellement moins favorable des plus-values immobilières des particuliers (abattements, exonération après 30 ans).

Si le local est conservé dans le patrimoine privé (donc non porté sur le registre des immobilisations), le professionnel libéral ne pourra ni amortir son local, ni déduire les intérêts de son emprunt. Aucune des charges liées à la propriété (frais d'acquisition, grosses réparations, taxe foncière) ne pourra être déduite des revenus. Seules les charges locatives, notamment les frais d'entretien et de réparation pourront être comprises dans les charges. Les agencements qui relèvent du propriétaire sont également obligatoirement dans le patrimoine privé.

La fiscalité varie beaucoup, il paraît difficile de prévoir quoi que ce soit et il convient donc de consulter un spécialiste quand le problème se pose.

IV. - Cas particulier de la déduction d'un loyer à soi-même

4 - Un exploitant individuel qui met un local dont il est propriétaire à la disposition de son cabinet peut ne pas inscrire ce bien à son actif professionnel pour le conserver dans son patrimoine privé et profiter ainsi plus tard, à l'occasion de sa cession, de l'exonération attachée aux immeubles détenus depuis au moins 30 ans.

Depuis 2008, le Conseil d'État a indiqué que le titulaire de BNC pouvait placer au sein de ses dépenses professionnelles les loyers relatifs au local, et l'administration s'est ralliée à cette position.

Le Conseil d'État a précisé que, pour bénéficier de cette déduction, la contribuable doit :

- déclarer dans la catégorie des revenus fonciers les loyers qu'il s'est versé à lui-même ;
- justifier le versement périodique des loyers par production d'écritures comptables, de copies de chèques et de relevés de comptes professionnels (mouvement effectif indispensable) ;
- et que le loyer soit « normal », c'est à dire équivalent pour des locaux similaires situés dans un même environnement.

Il convient de noter que le transfert d'une imposition dans la catégorie des BNC en une imposition dans la catégorie des revenus fonciers n'est pas neutre pour le contribuable.

En effet :

- le bénéfice non commercial est diminué du montant des loyers décaissés non seulement pour le calcul de l'impôt sur le revenu mais également pour le calcul de l'ensemble des cotisations sociales dues par les non-salariés ;
- le revenu foncier résultant de l'imposition des loyers peut être diminué, le cas échéant, de l'ensemble des charges incombant au propriétaire (exemple de la taxe foncière) notamment des intérêts des emprunts contractés pour la partie de l'immeuble affectée à usage professionnel.

L'attrait de la société civile immobilière

I. - Les aspects familiaux

1 - Avec différents associés (le conjoint, les enfants ou d'autres personnes), un professionnel libéral va constituer une SCI. C'est la SCI qui va acquérir les locaux. Cette société va ensuite louer le local au professionnel et en contrepartie percevra un loyer.

Ce loyer permettra à la SCI de rembourser l'emprunt contracté pour l'acquisition du local.

Les parts de SCI étant conservées dans le patrimoine privé, leur cession (ou la cession de l'immeuble lui-même) sera taxée selon le régime des plus-values des particuliers.

Lors de la cession, l'acquéreur n'achètera que des parts de société (droits d'enregistrement de 5 %), et non directement les murs. Un choix reste ici à faire car les droits d'acquisition des murs professionnels sont équivalents (et selon le statut adopté, éventuellement déductibles).

A. - La SCI et le couple

2 - La SCI par sa souplesse peut permettre d'associer à peu de frais à l'origine un conjoint ou un concubin et donc de le favoriser par rapport aux ayants-droit habituels que sont les enfants ou les parents. Il suffit en effet dans une SCI dont les parts sont réparties par moitié d'attribuer à chacun une part par testament pour que le survivant s'assure de la totalité du pouvoir dans la SCI. Le problème du revenu de location peut se voir traiter par une affectation en simple usufruit généralement peu coûteux en termes de droits de succession.

B. - La SCI et la transmission familiale

3 - Sur un plan familial, la constitution d'une SCI peut faciliter la transmission du patrimoine aux enfants. En effet, chaque héritier deviendra propriétaire de parts sociales et à son tour percevra des loyers de la SCI. Cette solution évite le démembrement du patrimoine familial.

Elle a l'inconvénient de son avantage. Un héritier ne pourra faire vendre l'immeuble pour récupérer sa part sans l'accord de la majorité qualifiée des autres associés. Il est très difficile de vendre une part minoritaire dans une SCI de type familial.

De plus, des parents peuvent constituer une SCI avec leurs enfants. S'ils sont associés au capital de la société, les enfants bénéficieront des plus-values que la SCI dégagera au fil des années.

Des techniques juridiques de démembrement de la propriété et des montages associant un crédit in fine et une opération d'épargne peuvent encore améliorer ces avantages mais il devient alors impératif de se faire assister par un professionnel.

II. - Les aspects pratiques

A. - SCI et profession

4 - La SCI a souvent été présentée comme la solution miracle. Pourtant, il n'est pas possible de déduire les frais d'acquisition, ni d'amortir le local.

Si le professionnel libéral exerce en société (SCP, SEL, voire SELURL), il existe déjà un écran juridique et il n'est pas nécessaire de constituer une SCI si la motivation première est la déduction des intérêts d'emprunt du local tout en le conservant dans le patrimoine privé.

B. - La possibilité d'opter pour l'impôt sur les sociétés

5 - En principe, dans une SCI, le bénéfice est imposable entre les mains de chaque associé (régime de transparence fiscale), dans le cadre des revenus fonciers.

Il faut néanmoins s'interroger s'il ne convient pas de placer la SCI sous le régime de l'impôt sur les sociétés (IS). Dans ce cas, les loyers encaissés par la SCI constituent son chiffre d'affaires et ils sont comptabilisés dès leur échéance (indépendamment de la date d'encaissement). Les immeubles acquis peuvent être amortis et les frais d'acquisition sont déductibles.

Le taux normal est fixé à 31 % mais un taux réduit à 28 % s'applique :

- pour la fraction de bénéfice imposable qui excède 38 120 € par période de 12 mois, dans la limite de 500 000 €, pour les entreprises qui bénéficient du taux réduit ;
- dans la limite de 500 000 € de bénéfice imposable par période de 12 mois pour toutes les autres entreprises.

Le taux de 31 % s'applique au-delà de 500 000 € de bénéfice imposable pour toutes les entreprises. Les entreprises qui remplissent certaines conditions relatives au chiffre d'affaires et à la détention du capital bénéficient d'un taux réduit de 15 % sur une fraction de leur bénéfice (CGI, art. 219, I, b). Ce qui reste peut être réinvesti. Il y a bien d'autres avantages et inconvénients à l'option IS : comptabilité d'engagement qui fait payer l'impôt même si les loyers n'ont pas été encaissés, difficulté actuelle de céder des parts de SCI ayant opté à l'IS.

Chaque cas reste particulier. D'autres montages sophistiqués qui concernent les investissements lourds existent et permettent de faire succéder à un IS de début d'activité un Impôt sur le Revenu (IR) : par exemple, SARL transformée en EURL.

Dans tous les cas, la décision d'assujettir la SCI à l'IS ne peut être prise qu'après une étude précise menée par un professionnel.

C. - Qui doit emprunter

6 - L'emprunt peut être souscrit soit directement par la SCI soit par les associés pour souscrire au capital de la SCI. Il n'existe à ce niveau aucune différence fiscale entre ces deux positions.

En revanche, il conviendra au professionnel libéral de consulter un spécialiste si l'immeuble (propriété de la SCI) doit être donné en garantie pour un prêt personnel d'un associé. Il peut y avoir nantissement des parts sans garantie prise sur l'immeuble mais à condition de bien connaître son banquier.

Enfin si la SCI emprunte directement, il conviendra d'éviter le piège du petit capital social d'origine qui génère des plus-values lors de la revente des parts, une fois les emprunts remboursés.

Diverses techniques bien connues des spécialistes conduisent généralement à un capital social non libéré à l'origine et doté au fur et à mesure des remboursements en capital de l'emprunt.