

Par **Bruno Bédaride**,
Notaire à Paris, et
Éric Pornin, Avocat associé,
Cabinet Biaggi-Benelli,
Consultant auprès du Cridon de Paris



Garanties de rentabilité locative dans les ventes immobilières

L'achat immobilier peut être motivé, pour les investisseurs, par la perspective des gains réalisés au travers de la perception des loyers versés par les locataires. Ces acheteurs obtiennent de plus en plus fréquemment du vendeur qu'il garantisse, pendant une durée donnée, le risque locatif lié à l'absence de locataire lorsque l'immeuble n'est pas encore occupé à la date de la vente, ou à l'insolvabilité des locataires en place lors de la transaction. Avant de proposer deux modèles de formules de garantie, Maîtres Bédaride et Pornin nous présentent les conséquences juridiques et fiscales qui découlent des deux qualifications envisageables pour ces garanties, tantôt assimilées à des versements de loyers de substitution, tantôt à des clauses de révision de prix.

INTRODUCTION

Tout investissement génère un risque mais, suivant une tendance générale de nos marchés, les investisseurs – avisés – se voient de plus en plus souvent proposer la couverture du risque des placements qu'ils effectuent.

Le marché immobilier n'échappe pas à cette règle.

Aussi, parmi les nombreuses protections offertes à l'acquéreur dans la vente immobilière, la garantie de rentabilité de l'investissement connaît depuis plusieurs années déjà un vif succès.

Quelle que soit la destination des biens immobiliers, la clientèle qui les acquiert est composée tantôt d'utilisateurs, tantôt d'investisseurs.

Les premiers les achèteront pour en user et en jouir pour leurs propres besoins.

Les seconds les achèteront pour le rendement financier que ces biens produisent, ou sont susceptibles de produire, grâce aux loyers versés par les locataires. Dans cette perspective, l'optimisation du prix de vente d'un immeuble résulte de sa mise en location préalable, contrairement à l'hypothèse précédente.

L'immeuble est alors acquis pour un prix calculé à partir du taux de rendement ou de capitalisation qui correspond au rapport arithmétique entre le loyer annuel hors charges et hors taxes (numérateur) et la valeur vénale de l'immeuble (dénominateur). Ce taux est en fait déterminé par le marché en fonction du lieu de situation de l'immeuble et de sa nature.

3 à 4 % correspond à un taux généralement pratiqué pour un immeuble d'habitation. 5,5 à 6 % correspond à un taux actuellement en vigueur pour un immeuble de bureaux dans le « Triangle d'or » à Paris.

Toutefois, il ne faut pas oublier que, dans les deux cas, un immeuble est aussi une source de plus-value à long

terme, paramètre qui dépend surtout de son emplacement et de la rareté de l'offre.

La clientèle d'investisseurs immobiliers attend le plus souvent un retour immédiat sur investissement par l'optimisation de la situation locative. Aussi, lorsque l'immeuble n'est pas encore loué ou lorsque les locataires présentent des risques d'insolvabilité, l'acquéreur exige désormais systématiquement la stipulation d'une garantie de rentabilité locative pour sécuriser son investissement en demandant au vendeur de garantir le risque locatif pendant une certaine durée. Cette assurance est communément appelée « garantie de rentabilité locative ». Elle peut également être fournie par une société tierce (société de gestion immobilière), rémunérée par le vendeur et contre-garantie par une caution bancaire.

Ces garanties sont aussi bien fournies à des investisseurs professionnels qu'à des investisseurs particuliers, pour des immeubles achevés ou vendus en état futur d'achèvement. On rencontre également ce type de garanties dans l'immobilier de loisirs ou, encore, dans l'immobilier d'habitation locatif, assorti d'avantages fiscaux. Mais il ne faut pas confondre ces garanties avec celles dites de « préloyers » versées par les promoteurs immobiliers à des acquéreurs d'immeubles vendus en état futur d'achèvement, destinés à être loués. En fait, les préloyers correspondent à un intérêt servant les sommes décaissées par l'investisseur avant l'achèvement, calculé sur le taux prévisionnel du rendement locatif.

Il est étonnant de constater le quasi-silence de la doctrine en la matière et l'absence de contentieux.

Néanmoins, ce type de garantie de nature purement contractuelle amène son rédacteur à se poser un certain nombre de questions de nature à la fois juridique et fiscale :

- quelle est la finalité de cette garantie ? S'agit-il du versement d'un loyer de substitution ou d'une indemnité pour réparer un préjudice financier dû à l'absence de locataire, voire d'une réduction du prix de vente ?

- lorsque le vendeur est une société, de quel type de décision a-t-il besoin pour autoriser la garantie ?

- le garant, qui doit rechercher des locataires et assurer dans certains cas la gestion de l'immeuble, ne relève-t-il pas de la loi « Hoguet » (1) ?

- de la finalité de cette garantie va dépendre son régime fiscal, qu'il s'agisse de l'assujettissement ou non des sommes versées à la taxe sur la valeur ajoutée, ou encore de l'impôt sur les sociétés ou des revenus fonciers. Les droits de mutation à titre onéreux ou la taxe sur la valeur ajoutée versés par l'acquéreur lors de la vente peuvent-ils être restitués ? De même, l'impôt de plus-value versé par le vendeur et calculé sur le prix de vente peut-il être restitué ?

- comment les parties vont-elles comptabiliser dans leurs bilan et compte de résultats cette garantie ? L'administration fiscale a elle-même évolué au vu de différentes instructions administratives émises depuis celle du 2 août 1976 (2).

De son côté, le Conseil d'État a été amené à trancher, le 5 janvier 1994 (3), la question de l'assujettissement à la taxe sur la valeur ajoutée des sommes versées dans le cadre d'une garantie de rentabilité locative.

Nous envisagerons successivement le mécanisme de la garantie de rentabilité locative et les difficultés pour qualifier cette garantie (I), puis les conséquences fiscales de sa mise en œuvre, notamment quant à la question de l'assujettissement des sommes versées dans le cadre de cette garan-

tie à la taxe sur la valeur ajoutée ainsi que leur imposition, tant pour le vendeur que pour l'acquéreur au regard des principes dégagés par la jurisprudence du Conseil d'État de 1994 (II).

I - ASPECTS JURIDIQUES

De nature purement contractuelle, la garantie de rentabilité locative relève des seules règles du droit des obligations et son contenu varie suivant la volonté des parties.

Nous commencerons par décrire les différentes garanties de rentabilité locative en soulignant les difficultés habituellement rencontrées au cours des négociations, puis nous analyserons les différentes qualifications possibles et leurs répercussions au plan juridique.

A - Les différentes garanties de rentabilité locative pratiquées

- Il est d'usage de rappeler dans un **exposé préliminaire** la motivation financière de l'acquéreur investisseur en précisant qu'il réalise son acquisition en vue d'obtenir une rentabilité de son investissement, ce qui permet de donner une cause à cette garantie. Mais ce type de convention rappelle rarement le taux de capitalisation (c'est-à-dire le rapport entre le revenu locatif escompté et le prix de vente convenu) arrêté entre les parties pour des raisons de confidentialité.

Le secret qui entoure les transactions immobilières peut conduire les parties à établir le texte de cette garantie dans un document séparé. Dans ce cas, il est nécessaire de rappeler dans un exposé la vente de l'immeuble dont le revenu est garanti et ses caractéristiques essentielles.

- Il faut ensuite définir le **revenu locatif escompté**.

Il y a plusieurs hypothèses à envisager suivant que l'immeuble est achevé ou non, occupé en totalité ou non.

À titre d'exemple, si l'immeuble est occupé à 100 % au moment de la

vente, l'acquéreur peut souhaiter une garantie des revenus produits à cette date de référence, pendant une certaine durée. Se pose, dans ce cas, la question de la portée de cette garantie au regard de la subrogation du garant dans les droits et actions du propriétaire de l'immeuble (l'acquéreur devenu propriétaire) contre le locataire défaillant, dont les loyers ou les charges non versés seront acquittés par le vendeur-garant. Bien que la jurisprudence ait élargi les conditions d'application de la subrogation légale prévue dans les cas définis à l'article 1251 du Code civil, il est préférable de prévoir une subrogation conventionnelle expresse du vendeur pour agir aux lieu et place du propriétaire à l'encontre du locataire défaillant, en précisant les conditions dans lesquelles cette subrogation va pouvoir s'exercer, car ses effets peuvent être redoutables, notamment pour le propriétaire, en particulier si le vendeur demande à résilier judiciairement les baux.

En revanche, si l'immeuble n'est pas loué au moment de la vente, la définition du revenu locatif est plus délicate car il faudra définir le revenu escompté, ce qui n'est pas toujours évident lorsque le marché locatif est en zone de turbulence.

Ainsi, il faut éviter de définir un loyer/m² avec un seuil minimum et maximum. En effet, si pendant la durée de la garantie, le marché se situe en dehors de ces seuils, il peut y avoir un véritable blocage de la mise en œuvre de la garantie.

Le plus simple est de garantir un montant fixe en précisant les prix au mètre carré par nature de locaux à louer et de prévoir que, si le futur locataire offre un loyer différent de celui escompté, l'accord du bénéficiaire sera nécessaire pour sortir des prévisions contractuelles.

notes

- (1) L. n° 70-9, 2 janv. 1970, JO 4 janv. 1970, p. 142.
- (2) Instr. 2 août 1976, BOI 8 B-3-76.
- (3) CE, 5 janv. 1994, n° 73.875, UAP, RJF 3/94, chr., p. 131, obs. G. Goulard.

Garanties de rentabilité locative dans les ventes immobilières

Cette question en amène une autre, car si le loyer accepté par le bénéficiaire de la garantie est inférieur ou supérieur au revenu garanti, le bénéficiaire de la garantie, dans le premier cas, pourra demander à ce que le prix soit recalculé à la baisse ou, au contraire, le garant, dans le second cas, pourra demander à ce que le prix soit recalculé à la hausse.

Cela paraît logique, puisque le prix est calculé à partir d'un taux de capitalisation du loyer escompté. Rares sont les garanties de rentabilité locative qui vont au bout de cette logique. Il faut définir le loyer garanti en précisant qu'il est hors taxes, soumis ou non à indexation et préciser quelles sont les charges incombant soit au bénéficiaire de la garantie, soit au garant.

Pour simplifier, il est d'usage que les charges courantes soient supportées par le garant, contrairement aux charges exceptionnelles (les gros travaux de l'article 606 du Code civil) qui incombent au bénéficiaire de la garantie.

- La **durée de la garantie** doit être précisée. Nous verrons que cette durée est purement contractuelle et n'est plus limitée en principe au plan fiscal. Il est rare en pratique qu'elle aille au-delà de deux années à compter de l'acquisition de l'immeuble ou de son achèvement.

Il est indispensable de préciser son terme qui peut résulter, soit de l'apurement du montant garanti, soit de la mise en location de l'immeuble avant apurement de celui-ci.

Toutefois, dans ce dernier cas, il peut être judicieux de prévoir la renaissance de la garantie en cas de résiliation d'un bail dans le laps de temps qui restait en vue de l'apurement de la totalité des loyers.

Il faut également préciser ce que l'on entend par « mise en location de la totalité de l'immeuble ».

Très souvent, le bénéficiaire de la garantie ne se contente pas de la signature des baux pour que la garantie prenne fin, mais encore faut-il que les baux aient pris effet, c'est-à-dire que

le locataire ait signé le constat d'entrée dans les lieux pour des locaux achevés ou le procès-verbal de livraison pour des locaux à livrer, que le premier loyer et le dépôt de garantie aient été payés.

- Il y a lieu de définir les **modalités de paiement de la somme garantie et le mode d'établissement des factures**, clauses qui ne sont, le plus souvent, pas rédigées de façon assez précise, ce qui peut être une source de difficultés pour les services de gestion qui assurent le suivi d'exécution de la garantie. Il faut prévoir des sanctions en cas de retard dans le paiement des sommes garanties.

- Pour garantir le versement effectif de cette somme, il peut être demandé au vendeur de fournir une **garantie bancaire** (caution solidaire) ou de séquestrer une partie du prix de vente versé par l'acquéreur.

- Il faut ensuite régler la question du **paiement des charges locatives** pendant la durée de la garantie. En principe, comme nous l'avons vu plus haut, c'est le garant qui acquitte les charges courantes de l'immeuble.

En contrepartie de son engagement, le bénéficiaire de la garantie mandate souvent le vendeur pour gérer l'immeuble, récupérer les charges sur les locataires et en conserver le bénéfice, puisque c'est le garant qui règle directement les charges locatives aux fournisseurs.

Toutefois, en conférant la gestion de l'immeuble au vendeur, se pose la question du respect des dispositions de la loi « Hoguet » réglementant notamment la gestion d'immeubles.

Compte tenu des dispositions à caractère général de l'article 1er, 6°, de la loi, il est certain qu'un vendeur non titulaire d'une carte professionnelle devra la souscrire pour être autorisé à gérer l'immeuble le temps de la garantie, même s'il ne perçoit aucune rémunération à ce titre.

Nous rappellerons que le non-respect de cette loi entraîne des sanctions pénales d'ordre correctionnel (peines d'amende et de prison).

Ce mandat de gestion donné au ven-

deur est très important, car il lui permet de surveiller les locataires en étant en contact directement avec eux, et d'être ainsi informé de leurs difficultés, voire de leurs défaillances. Il est à conseiller de le prévoir, car, à défaut, le vendeur ne pourrait que s'en remettre aux informations qui lui seront données par le bénéficiaire de la garantie.

- Enfin, doit être précisée la mise en place des **conditions de la future commercialisation** et le **mandat conféré au vendeur** pour rechercher, aux conditions définies, un ou plusieurs locataires.

En effet, lorsque l'immeuble n'est pas loué au moment de l'acquisition ou lorsqu'il est déjà loué, il faut définir les conditions dans lesquelles le vendeur devra lui-même rechercher des locataires pour occuper les lieux dans le premier cas ou remplacer les locataires défaillants ou sortants dans le second.

Si le vendeur doit rechercher lui-même les locataires, il est certain que la loi « Hoguet » va ici encore s'appliquer en vertu des dispositions de l'article 1er, 1°, de la loi.

En général, il est d'usage de confier cette mission à un ou plusieurs agents immobiliers dans le cadre d'un mandat d'intérêt commun donné par les deux parties et donc irrévocable.

Puis viennent ensuite les critères en vertu desquels s'opérera la recherche des locataires.

Dans le meilleur des cas, le bénéficiaire de la garantie peut se voir octroyer un droit de veto pur et simple pour agréer le candidat locataire proposé par le mandataire des parties chargé de rechercher les locataires.

Pour éviter au vendeur d'être soumis au risque de voir la garantie perdurer au motif que les locataires ne sont pas agréés par l'acquéreur, il est d'usage de prévoir des critères objectifs définissant les « caractéristiques idéales » du ou des locataires recherchés.

Il est difficile de passer ici en revue la liste des types de critères, tant l'imagination des rédacteurs est grande en la matière !

Nous nous contenterons d'en citer quelques exemples.

Lorsque le bénéficiaire de la garantie a accès aux données bancaires, il peut être défini une cote, compte tenu de l'activité du locataire, de son crédit ou encore de sa solvabilité.

Il peut encore être prévu des ratios entre le loyer et le chiffre d'affaires du locataire, le *cash flow* et le loyer.

Il peut être aussi envisagé des critères négatifs excluant toute présentation de candidats locataires qui entreraient dans ces cas de figure : résultats déficitaires d'exploitation, types d'activités exclus, exclusion liée à certaines compositions de l'actionnariat du groupe dont dépendrait le locataire, etc.

À cet effet, une information devra être apportée au bénéficiaire de la garantie par le mandataire qui aura trouvé le candidat locataire, lui permettant d'agréer ou non le candidat proposé.

Il est en général prévu que lorsque le candidat proposé n'est pas agréé par le bénéficiaire de la garantie, alors qu'il remplit les critères arrêtés entre les parties, le garant est déchargé de tout engagement à concurrence des mètres carrés concernés par le locataire proposé.

Pour éviter toutes discussions concernant le texte du bail, il est indispensable d'annexer à la garantie un modèle de bail qu'il ne restera plus qu'à compléter par le nom du locataire, par la désignation des locaux objet de la location et par le montant du loyer.

Il est ici rappelé que le bail sera signé par le propriétaire, c'est-à-dire par le bénéficiaire de la garantie.

Une réserve doit être faite lorsque l'on est en présence d'une vente en état futur d'achèvement.

Normalement, dans ce cas, il incombe au bénéficiaire de la garantie de signer le bail en tant que propriétaire. Mais il ne faut pas oublier que c'est le promoteur-vendeur qui construit en vertu d'un mandat que lui donne à cet effet l'acquéreur.

De là, il en résulte un jeu de relations contractuelles en double cascade. La

première constituée par la relation contractuelle entre les parties à la vente en état futur d'achèvement et la seconde constituée par la relation contractuelle entre le locataire et l'acquéreur à la vente en état futur d'achèvement, bénéficiaire de la garantie.

Il existe une source potentielle de conflits lorsque le locataire émet d'autres réserves au moment de la livraison, que celles de l'acquéreur à l'égard du vendeur-constructeur. Il faut associer le locataire à la procédure de livraison, ce qui est source de conflits même dans ce cas, lorsque les parties ne s'entendent pas.

C'est la raison pour laquelle dans le secteur non protégé (hors habitation), lorsque l'acquéreur d'un immeuble à construire souhaite payer le prix à la livraison il est préférable de conclure une vente à terme régie par les dispositions de l'article 1601-2 du Code civil, plutôt qu'une vente en état futur d'achèvement. En effet, dans ce cas, le bail est signé avec le locataire par le promoteur tant que le bâtiment n'est pas achevé, livré et payé.

Dans cette hypothèse, au moment de la livraison, le promoteur a un double lien contractuel direct avec le locataire et avec l'acquéreur qui est parallèle et ne se suit pas en cascade, ce qui évite à l'acquéreur d'être intercalé entre le promoteur et le locataire.

De même, il peut être prévu que l'acquéreur ne signera l'acte devant constater l'achèvement, transférer la propriété et constater le paiement du prix, que si le locataire a lui-même accepté préalablement la livraison.

Cette pratique de la vente à terme ne devrait pas pénaliser les promoteurs qui peuvent demander un crédit pour porter l'opération, compte tenu des taux d'intérêt inférieurs aux préloyers qu'ils devraient verser à l'acquéreur, qui verserait le prix au fur et à mesure de l'achèvement de la construction.

Enfin, il ne faut pas oublier de prévoir si la garantie est ou non transférable sur la tête de l'acquéreur et, dans l'affirmative, à quelles conditions.

Après avoir décrit les différents types de garantie, nous allons envisager main-

tenant les différentes qualifications juridiques possibles d'une garantie de rentabilité locative et en analyser leurs conséquences juridiques, notamment sur la capacité du vendeur à accepter cette garantie.

B - Les différentes qualifications juridiques possibles et leurs conséquences

S'il est vrai que l'intérêt de s'interroger sur la qualification juridique de la garantie de rentabilité locative est principalement fiscal, ce qui sera expliqué en deuxième partie, il n'est pas inutile de s'interroger sur la question de la qualification pour apprécier la capacité du vendeur à consentir la garantie.

1°/ Un loyer de substitution ?

Une lecture littérale du titre « garantie de rentabilité locative » ainsi que du libellé du texte de la garantie aboutit inmanquablement à analyser celle-ci comme un loyer de substitution garanti par le vendeur et dont le versement effectif est soumis à l'aléa, soit de la résiliation ultérieure d'une location en cours au moment de la prise d'effet de la garantie, soit de la non-conclusion d'un bail avec un locataire pendant la période de garantie de rentabilité locative.

Si l'on suit cette interprétation, on peut analyser cette garantie comme une obligation aléatoire de payer une somme d'argent à l'acquéreur-bénéficiaire du loyer, faute de locataire, au même titre qu'un engagement de payer dans le cadre d'une caution ou d'une garantie de paiement à première demande à caractère documentaire.

Ainsi, si le vendeur est une société, il faut s'interroger sur l'intérêt et la capacité de la société à s'engager au même titre qu'une caution ou une garantie à l'égard d'un tiers.

Nous ne reviendrons pas ici sur les conditions posées par la loi ou par la jurisprudence sur les autorisations sociales et la capacité nécessaire dans chaque type de société de personnes ou de capitaux pour consentir une