

# La lettre de L'IMMOBILIER

Lundi 6 décembre 2021

Option  
Finance

## Editorial

### Les nouveaux défis de l'immobilier

Lorsque nous avons décidé de consacrer ce numéro de la lettre de l'immobilier aux nouveaux défis de l'immobilier, l'objectif était d'identifier les difficultés auxquelles pouvaient être confrontés les acteurs du marché à la sortie de la crise du Covid-19. Ces difficultés sont nombreuses, non liées pour la plupart à la crise du Covid-19 et reflètent en réalité la complexité croissante des normes, législatives, judiciaires et administratives auxquelles doivent faire face les entreprises et les particuliers dans leurs investissements immobiliers.

La liste est longue et non exhaustive. Aussi a-t-il fallu faire un choix, équilibré, entre la matière juridique et la matière fiscale.

Nous évoquerons ainsi dans un premier temps, la délicate question du traitement des comptes courants et autres financements d'associés dans le cadre de l'appréciation de la prépondérance immobilière, compte tenu notamment d'un arrêt de la Cour de Cassation du 2 décembre 2020 rendu en matière de taxe de 3 % ; ainsi que celle du non-respect des ratios immobiliers dans les OPCI et les SIIC, au regard du risque de perte du régime d'exonération d'IS qui peut en découler.

Le rappel ensuite de quelques difficultés récurrentes de qualification d'immeubles ou d'outillages et autres moyens d'exploitation des immeubles en matière d'impôts locaux ne rassurera pas le lecteur, d'où l'intérêt qu'il prendra certainement à découvrir tout l'intérêt de l'assurance dit de risque fiscal identifié dont le développement est réel dans le domaine des share deals immobiliers et qui couvre le préjudice lié à la remise en cause ou à l'inapplication d'un traitement fiscal attendu.

En matière de TVA, il faudra prendre acte du renforcement des exigences des opérateurs immobiliers dans les ventes d'actifs pour lesquels des transferts de taxe ont vocation à s'opérer, qu'il s'agisse de reversement de taxe déduite, de transfert de droits à déduction ou bien encore de qualification d'immeubles neufs. Il faudra également prendre la mesure des conséquences exactes de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 30 septembre 2021 sur le champ d'application de la TVA sur marge et s'étonner enfin de l'inépuisable créativité du Conseil d'Etat en matière de qualification de certains mécanismes juridiques en l'espèce, les compléments de prix dans les ventes à réméré.

Les lecteurs constateront également que les objectifs de la loi Climat et résilience publiée au JO du 24 août 2021 qui a pour objectif un taux zéro artificialisation nette des terres pour 2050 entraînera dans sa mise en œuvre, les décrets d'application n'étant pas encore publiés, des modifications certaines dans les conditions de délivrance notamment des permis de construire ou bien encore des autorisations d'aménagement commercial. Enfin, nous consacrons un dernier article à la situation des bailleurs, face aux risques de défaillance des preneurs et évoquerons les process à privilégier compte tenu notamment des nombreuses dispositions adoptées pendant la crise du Covid-19.

Bonne lecture !

Par Richard Foissac, avocat associé

## Dossier

### Les nouveaux défis de l'immobilier

- Le traitement des comptes courants d'associé dans l'appréciation de la prépondérance immobilière **p. 2**
- Non-respect du ratio immobilier dans les SIIC et OPCI : enjeux fiscaux **p. 4**
- Les imprévus des traitements fiscaux dans le cadre des nouveaux investissements **p. 5**
- L'assurance de risque fiscal identifié : un produit adapté pour les transactions immobilières **p. 6**
- Le renforcement des exigences des opérateurs immobiliers au regard de la TVA et des droits de mutation **p. 8**
- Loi Climat et résilience : construire dans un espace toujours plus réduit **p. 9**
- Défi énergétique : l'atout des ventes en l'état futur d'achèvement dites VEFA **p. 11**
- Bail commercial et insolvabilité : anticipation ou chausse-trape ? **p. 12**
- Le bâtiment face aux défis énergétiques **p. 13**

## Actualités

- L'usufruit : des effets fiscaux à ne pas sous-estimer **p. 14**
- La somme s'ajoutant au prix restitué lors de l'exercice de la faculté de rachat par le vendeur initial constitue une prestation de services soumise à la TVA **p. 15**
- La Cour de justice restreint le champ d'application de la TVA sur marge **p. 16**

Ce supplément est réalisé par les avocats de

**CMS Francis Lefebvre**

Supplément du numéro 1633  
du 6 décembre 2021

# Le traitement des comptes courants d'associé dans l'appréciation de la prépondérance immobilière

Dans les groupes immobiliers, le financement des actifs immobiliers des sociétés par endettement auprès des associés est une pratique fréquente et la question se pose dans cette situation de la façon d'appréhender les créances intra-groupe correspondantes pour l'appréciation de la prépondérance immobilière selon que l'on traite de la taxe de 3 %<sup>1</sup>, des plus-values de cession de titres<sup>2</sup>, des droits de mutation<sup>3</sup>, ou bien encore de l'impôt sur la fortune immobilière (IFI)<sup>4</sup>.

Alors que le cadre légal semble relativement balisé, une précision apportée par la jurisprudence civile en matière de taxe de 3 % et les positions prises par certains services vérificateurs dans les contrôles fiscaux sont source de nouveaux défis en la matière.

## Déductibilité de principe

Si le Code général des impôts (CGI) contient différentes définitions de la prépondérance immobilière (PI) selon les impôts concernés, celles-ci impliquent toutes la détermination d'un ratio ou coefficient de PI et ainsi l'identification des biens ou actifs devant figurer respectivement au numérateur et au dénominateur de ce ratio.

Or, pour la détermination du ratio de PI, les dispositions légales ne prévoient pas de traitement spécifique des comptes courants d'associés et plus généralement des créances intra-groupes, sinon pour neutraliser dans certains cas particuliers de façon ciblée leur impact.

## Une créance de compte courant n'est pas un actif immobilier

En l'absence de traitement spécifique des comptes courants d'associé, il est acquis, quel que soit l'impôt concerné pour les besoins duquel la PI est appréciée, qu'une créance de compte courant, quand bien même elle serait détenue sur une filiale à PI, ne constitue ni un immeuble, ni un droit immobilier. Dans ces conditions, elle ne peut que figurer au dénominateur du ratio de PI.

## Prise en compte pour l'évaluation des titres de sociétés immobilières

En matière de plus-values de cession de titres, de droits de mutation et d'IFI, le financement en compte courant d'une filiale immobilière peut par ailleurs avoir un effet diminutif sur la valeur des actifs immobiliers pris en compte au numérateur du ratio de PI de l'associé créancier. En effet, dans ces situations ce n'est pas la valeur de l'immeuble qui figure directement au numérateur de son ratio de PI, mais la valeur des titres détenus dans la filiale immobilière financée qui tient en

principe compte des dettes envers les associés.

Il en résulte en pratique que lorsque les comptes courants sont d'une valeur égale ou supérieure à celle des immeubles, les titres de la filiale sont pris en compte au numérateur pour une valeur symbolique.

## Neutralisation exceptionnelle

### Règles anti-abus de non-déductibilité

En matière d'IFI, il existe des règles spécifiques anti-abus<sup>5</sup> qui conduisent à exclure pour l'évaluation des parts ou actions de sociétés immobilières la prise en compte de certaines dettes contractées, directement ou indirectement, par la société notamment auprès du redevable et des personnes de son foyer fiscal ou de son cercle familial, présumées contractées dans un but principalement fiscal. Le contribuable garde cependant la possibilité de la preuve contraire.

Les règles fiscales ne prévoient pas de correction de l'évaluation des titres de sociétés à prépondérance immobilière en matière de plus-values de cession de

« Les règles fiscales ne prévoient pas de correction de l'évaluation des titres de sociétés à prépondérance immobilière en matière de plus-values de cession de titres et de droits de mutation. »



Par **Sebastian Boyxen**, avocat conseil en droit fiscal. Il intervient en matière de fiscalité nationale et internationale des entreprises, notamment dans le cadre de la structuration fiscale d'investissements immobiliers et de fonds immobiliers.  
sebastian.boyxen@cms-fl.com

titres et de droits de mutation.

Il n'existe par ailleurs aucune règle qui exclurait spécifiquement les créances de compte courant détenus sur une société à prépondérance immobilière des actifs non immobiliers pris en compte au dénominateur du ratio immobilier. Le bien-fondé de l'existence de comptes courants d'associés reste néanmoins soumis aux règles générales anti-abus.

### **Approche par transparence en matière de taxe de 3 %**

En matière de taxe de 3 %, les créances ne sont pas susceptibles d'impacter la valeur des actifs immobilisés au numérateur qui, contrairement aux principes applicables en matière de plus-values de cession de titres, de droits de mutation et d'IFI, tient compte des actifs immobiliers français détenus directement ou indirectement au travers d'entités interposées, sans considération du nombre et de la valeur des entités interposées.

Une incertitude existait sur la prise en compte des créances de compte courant au dénominateur en tant qu'actif mobilier, mais la Cour de cassation a confirmé récemment l'analyse de la cour d'appel de Paris selon laquelle les actifs français non immobiliers détenus directement ou au travers d'entités interposées susceptibles d'être inscrits au dénominateur du rapport de PI doivent être recherchés au même niveau que les immeubles dans un chaîne de détention.<sup>6</sup> Il résulte de cette approche consolidante qu'en cas de détention d'un immeuble en France par l'intermédiaire d'une société française, les créances de compte courant détenues sur la société française propriétaire de l'immeuble sont purement et simplement ignorées. La Cour avait relevé que le mode de

**« (...) l'exclusion des comptes courants ne devrait pouvoir intervenir que dans des situations exceptionnelles sur la base des règles générales anti-abus (...). »**

calcul proposé par la société requérante consistant à ajouter au dénominateur du ratio la créance de compte courant correspondant au prêt consenti par la société mère pour l'acquisition de ce bien, reviendrait à prendre deux fois en compte la valeur de l'immeuble, une première fois directement, une seconde fois par anticipation sur son prix de vente.

### **Quelle portée de l'approche par transparence ?**

Au regard des positions prises par certains services vérificateurs, la question se pose si l'analyse économique qui sous-tend l'approche par transparence doit s'étendre à l'appréciation de la PI dans le cadre d'autres impôts.

Toutefois, il faut souligner les différences fondamentales existant entre les modalités d'appréciation de la prépondérance immobilière en matière de taxe de 3 % et d'autres impôts. Si on peut comprendre que la rédaction de l'article 990 E du CGI laisse place à une appréciation de la PI, selon un principe de transparence absolue, au regard de la valeur de l'ensemble des actifs français détenus directement et indirectement, les dispositions applicables en matière de plus-values de cession de titres, de droits de mutation et d'IFI, commandent, au contraire, d'apprécier la PI d'une so-

ciété au regard de la seule valeur des actifs de nature immobilière ou mobilière qu'elle détient directement.

Il nous semble également que les motivations dont s'inspire le dispositif de la taxe de 3 % qui justifie l'évaluation d'un patrimoine immobilier sous une acception consolidée sont parfaitement étrangères au concept de la PI pour le besoin d'autres impôts.

Le raisonnement par transparence propre à la taxe de 3 % ne devrait ainsi pas pouvoir être invoqué par l'administration dans le cadre d'autres impôts pour s'opposer au fait qu'en lieu et place d'un investissement immobilier direct ou d'un financement en fonds propres d'une société immobilière, il est préféré un financement en prêt d'associé. Dès lors que la loi n'interdit pas le financement en quasi-fonds propres et que la jurisprudence confirme depuis longtemps le principe du libre choix du mode de financement, l'exclusion des comptes courants ne devrait pouvoir intervenir que dans des situations exceptionnelles sur la base des règles générales anti-abus, si les opérations de financement ou de refinancement mises en place apparaissent fictives ou si leur existence peut être considérée comme ayant pour seul but ou but principal de « déprépondérer » une chaîne de détention immobilière. ■

1. CGI, art.990 E, 2° a).

2. CGI, art. 219, I-a sexies-0 bis, art. 244 bis A, 2.

3. CGI, art. 726, I-2°.

4. CGI, art. 965.

5. CGI, art. 973.

6. Cass.com, 2 décembre 2020, n°730 F-D ; CA Paris, 7 mai 2018, n°16/03476.

# Non-respect du ratio immobilier dans les SIIC et OPCI : enjeux fiscaux

Lorsque la structuration implique des fonds d'investissement de type OPCI ou SIIC, des ratios immobiliers doivent être respectés.

Ainsi, l'OPCI doit avoir « une poche immobilière » comprenant au moins 60 % d'actifs immobiliers. Il appartient à la société de gestion du véhicule d'assurer leur respect sous peine, dans le pire des cas, de retrait de l'agrément de l'OPCI, qui entraîneraient la perte de l'exonération fiscale du véhicule. L'exonération fiscale des SIIC et des filiales SIIC est conditionnée à ce que les actifs de la société soient, de manière continue, principalement affectés à une activité locative, directement ou au travers de filiales. Le non-respect de ce ratio est susceptible d'entraîner la perte du régime SIIC au 1<sup>er</sup> jour de l'année au cours de laquelle le ratio n'est plus respecté. En pratique, les problématiques liées au ratio se rencontrent de façon récurrente (i) en cas d'existence d'une activité financière ou (ii) lors la revente des actifs dans un délai jugé trop court pour relever d'une activité foncière.

## Les problèmes liés aux créances et liquidités

Il n'est pas rare dans un groupe immobilier de mettre en place des prêts intra-groupe afin de financer l'acquisition d'actifs ou des travaux.

Une attention particulière doit être apportée lorsque le titulaire de la créance est un OPCI. En effet, les actifs étant valorisés à valeur réelle, la perte de valeur des actifs immobiliers peut avoir un effet relatif sur le poids des créances et liquidités au bilan de l'OPCI et mettre en péril le ratio immobilier nécessaire au maintien du statut. Un risque similaire existe lorsque les actifs de l'OPCI sont cédés, générant d'importantes

liquidités qui, comptablement, ne peuvent pas être immédiatement distribuées. Dès lors que l'exonération fiscale est liée au statut, lui-même octroyé ou retiré par l'AMF, le non-respect temporaire du ratio immobilier ne devrait pas permettre le retrait du régime d'exonération de l'OPCI. On ne peut toutefois que recommander la prudence dans ce genre de situations pour éviter d'éventuelles sanctions de l'AMF.

Le risque fiscal est en revanche plus important pour les SIIC et les filiales SIIC, dès lors que leur exonération peut être remise en cause par l'administration fiscale par la simple constatation de l'exercice d'une activité financière dans des proportions incompatibles avec l'application du régime SIIC, laquelle est appréciée en fonction de l'actif brut de la société. Si la situation peut être gérable lorsque les actifs concernés sont des créances, elle peut se révéler

« Dès lors que l'exonération fiscale est liée au statut, le non-respect temporaire du ratio immobilier ne devrait pas permettre le retrait du régime d'exonération de l'OPCI. Le risque fiscal est en revanche plus important pour les SIIC et les filiales SIIC. »

délicate lorsque la SIIC se retrouve dans l'incapacité comptable de distribuer les liquidités issues de la cession d'actifs en raison de l'accumulation de reports à nouveau négatifs liés aucash trap.

## Les discussions sur les délais de détention des actifs

L'administration fiscale a initié ces dernières années des redressements, ciblés sur les SIIC et les filiales SIIC, remettant en cause rétroactivement le statut de foncière de ces sociétés lorsque ces dernières entrent en phase de désinvestissement. L'administration considère ainsi que la cession progressive d'un portefeuille peut être qualifiée d'activité de marchand de biens lorsque les premières cessions sont réalisées dans un délai généralement compris entre trois et cinq ans et ce, quel que soit le contexte de la cession.

Or, l'exercice d'une activité de marchand suppose l'acquisition à titre habituel d'actifs en vue de les revendre. Dès lors que toute société – qu'elle soit foncière ou marchande – a vocation à céder ses actifs afin de maintenir le rendement, c'est l'intention spéculative lors de l'acquisition qui différencie la société foncière du marchand de biens.

En pratique, il n'est pas rare qu'une foncière arbitre un actif dans un délai plus court qu'initialement prévu en fonction des opportunités de marché. En utilisant cette première vente pour justifier le caractère spéculatif de toutes les suivantes, l'administration fiscale fragilise une pratique de marché légitime. ■



Par **Julien Saiac**, avocat associé en fiscalité. Il traite plus particulièrement des questions relatives aux restructurations internationales et aux investissements immobiliers.  
julien.saiac@cms-fl.com



Et **Mary Lédée**, avocat conseil en fiscalité. Elle intervient en matière de fiscalité transactionnelle et conseille les entreprises au quotidien, principalement dans le secteur immobilier (structuration des acquisitions, accompagnement dans le cadre des négociations et en matière de rédaction des clauses fiscales des actes, réalisation d'audits).  
mary.ledée@cms-fl.com

# Les imprévus des traitements fiscaux dans le cadre des nouveaux investissements

La loi ne pouvant pas envisager tous les cas particuliers, c'est au juge que revient la mission d'interpréter les textes. Il doit alors déterminer la portée d'un texte ambigu et élaborer une solution lorsque le texte présente une lacune. Or, il arrive que la subjectivité de ces interprétations mette les contribuables dans l'impossibilité de déterminer le traitement fiscal dont ils relèvent.

La fiscalité locale, est riche d'exemples de notions pourtant courantes qui sont l'objet de controverses depuis des dizaines d'années sans que le législateur ne cherche à y mettre fin.

## Une qualification industrielle aux contours imprécis

Nous pouvons ainsi citer la problématique de la qualification en établissement industriel ou commercial d'un local dont va dépendre la méthode d'évaluation comptable ou tarifaire des bases imposables à la taxe foncière et à la cotisation foncière des entreprises (CFE). Or ces deux méthodes conduisent à des bases très contrastées.

L'article 156 de la Loi de finances pour 2019 qui a légalisé la définition de l'établissement industriel s'est contenté de reprendre la définition précédemment dégagée par le Conseil d'Etat<sup>1</sup>. Ainsi, revêtent un caractère industriel les bâtiments et terrains servant à l'exercice d'une activité de fabrication ou de transformation mais aussi ceux qui nécessitent, fût-ce pour les besoins d'une autre activité, d'importants moyens techniques lorsque le rôle des installations techniques, matériels et outillages mis en œuvre est prépondérant.

« La fiscalité locale, est riche d'exemples de notions pourtant courantes qui sont l'objet de controverses depuis des dizaines d'années sans que le législateur ne cherche à y mettre fin. »

La grande subjectivité de ces critères ne permet pas aux opérateurs notamment logisticiens de déterminer clairement la méthode applicable. Au gré des décisions, ces critères s'apprécient en termes de prix de revient des outillages, de flux traités, de caractéristiques du local et des équipements. Plus récemment, le Conseil d'Etat a jugé que la qualification industrielle impliquait d'apporter la preuve du rôle prépondérant de l'outillage par rapport au rôle humain<sup>2</sup> alors que ce critère était très généralement écarté, laissant les contribuables dans l'incertitude des critères à retenir. Il est regrettable que le législateur n'ait pas saisi l'occasion de mettre fin en 2019 à cette controverse.

## Un demi-siècle de débat sur la portée de l'exonération des équipements

Un autre exemple est celui de la définition des outillages et autres installations et moyens matériels d'exploitation des établissements industriels qui, en

application des dispositions du 11° de l'article 1382 du Code général des impôts (CGI), sont exonérés de taxe foncière et de CFE. Ce texte pourtant entré en vigueur en 1970 donne encore lieu à un contentieux extrêmement fourni.

Ainsi, le Conseil d'Etat avait, à la surprise générale, circonscrit, en 2013, le champ de cette exonération aux seules immobilisations qui participaient directement à l'activité industrielle de l'établissement et en exigeant qu'elles soient dissociables des immeubles, ce critère étant nouveau.

Il aura fallu attendre 2020 pour que le Conseil d'Etat redéfinisse cette notion d'outillages exonérés comme étant ceux qui sont spécifiquement adaptés aux activités susceptibles d'être exercées dans un tel établissement et qui ne sont pas au nombre des éléments mentionnés aux 1° et 2° de l'article 1381, abandonnant ainsi le critère de dissociabilité<sup>3</sup>. Cette décision n'a pourtant pas encore complètement réglé la porosité entre les « accessoires immobiliers » passibles de la taxe foncière et les équipements qui en sont exonérés.

C'est ainsi que la question de la nature des outillages exonérés depuis 1970 est toujours en débat 51 ans plus tard. Si la loi ne peut pas tout prévoir, le législateur devrait remédier aux situations où les contribuables sont incapables de se positionner à l'égard des textes qui leur sont applicables. ■



Par **Alexis Bussac**, avocat conseil en fiscalité. Il intervient tant en conseil qu'en contentieux particulièrement en matière de fiscalité locale.  
alexis.bussac@cms-fl.com

1. Conseil d'Etat, Section du Contentieux, du 27 juillet 2005, 261899, publié au recueil Lebon « Miroline ».

2. Conseil d'Etat, 3<sup>e</sup> - 8<sup>e</sup> chambres réunies, 27/05/2021, 436742, Inédit au recueil Lebon « SCA Marché de Phalempin ».

3. Conseil d'Etat, 3<sup>e</sup>, 8<sup>e</sup>, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> chambres réunies, 11/12/2020, 422418 « GKN Driveline ».

# L'assurance de risque fiscal identifié : un produit adapté pour les transactions immobilières

**Au cours de ces dernières années, de nombreux acteurs issus du milieu de l'investissement immobilier ont eu recours à un nouveau produit en faisant appel à un assureur pour couvrir un risque fiscal identifié, avec pour objectif principal de faciliter les négociations lors d'une vente.**

L'assurance de risque fiscal spécifique permet de réduire, voire de supprimer, l'exposition à un risque fiscal qui aurait été identifié lors de la phase de l'audit fiscal et qui, s'il survenait, modifierait l'économie générale de la transaction si l'administration fiscale venait à poser une interprétation différente sur le régime applicable à une opération déjà effectuée ou à venir.

Ainsi, l'assurance de risque fiscal spécifique couvre le préjudice qui serait lié à l'inapplication du traitement fiscal tel qu'initialement attendu par l'une des parties à la transaction. Ledit préjudice inclut l'impôt, les coûts liés au contentieux, les intérêts de retard, les éventuelles majorations ou encore les surcoûts relatifs à l'application du mécanisme du brutage (ou « gross-up »). L'offre d'assurance de risque fiscal spécifique est essentiellement portée par des assureurs étrangers, anglais pour la plupart. Ils disposent souvent d'équipes de souscripteurs spécialisés, essentiellement des anciens avocats fiscalistes, ce qui justifie d'une réelle expertise en la matière.

**Les risques fiscaux immobiliers figurent en bonne place des risques fiscaux assurés**

La fiscalité est l'un des paramètres fi-

nanciers sensibles de toute opération immobilière et les investisseurs ne peuvent s'engager que sur des projets dont le business plan est suffisamment sécurisé. Or, les modifications législatives fréquentes, les solutions jurisprudentielles fluctuantes ainsi que l'appréciation délicate de règles aux contours flous et, parfois, inadaptées au secteur de l'immobilier génèrent de réelles zones d'insécurité juridique, source d'insécurité financière.

**Tous les risques fiscaux immobiliers identifiés ne sont pas assurables**

Seuls les risques fiscaux raisonnablement limités le sont. A titre d'exemple,

« L'assurance de risque fiscal spécifique permet de réduire, voire de supprimer, l'exposition à un risque fiscal qui aurait été identifié lors de la phase de l'audit fiscal (...) .»

le seul aléa consistant à déterminer si la société considérée sera, ou non, contrôlée par l'administration fiscale, n'est pas un risque qui, en soi, mérite d'être couvert pour un assureur.

En termes de processus, l'assureur et ses conseils vont réaliser, sur la base des éléments qui leur auront été communiqués, une analyse fine des chances de succès devant le juge de cassation en cas de remise en cause par l'administration fiscale du traitement fiscal attendu. Au-delà des aspects purement techniques du dossier étudié, les assureurs examinent également les risques qui leur sont soumis à l'aune du climat de la « sécurité juridique » et de la « sécurité politique » du pays ou encore de la propension de l'administration fiscale à cibler certaines pratiques fiscales ou certaines activités dans le contexte spécifique de l'opération concernée.

Les assureurs sont particulièrement réceptifs aux risques fiscaux présentant les caractéristiques techniques suivantes :

- faible probabilité d'occurrence mais fort impact financier ;
- opération réalisée ou à venir dont le traitement fiscal n'est pas définitivement tranché ;
- absence de schéma agressif ou de structure artificielle ;



Par **Thierry Granier**, avocat associé en fiscalité. Il intervient notamment sur les structurations de fonds dans un contexte international.  
thierry.granier@cms-fl.com



**Céline Cloché-Dubois**, avocat associé en droit de l'urbanisme et de l'environnement. Elle intervient tant en conseil qu'en contentieux auprès d'opérateurs publics et privés (investisseurs, promoteurs, aménageurs) dans le cadre de projets de développement et d'aménagement.  
celine.cloche-dubois@cms-fl.com

– existence d'une base juridique solide justifiant le traitement fiscal attendu permettant d'opposer des arguments sérieux en cas de contestation par l'administration fiscale.

En matière de fiscalité immobilière, il peut notamment s'agir des risques « prospectifs » suivants :

- risques de requalification de titres de participation en titres de société à prépondérance immobilière ;
- risques gérables en matière de taxe de 3 % ;
- risques de remise en cause de taux réduits ou d'exonérations de retenue à la source en présence de structures d'investissement internationales ;
- risques de remise en cause de régimes d'exonération dont bénéficient certains véhicules d'investissement ;
- risques résultant de la réalisation de l'application du correctif « Quemener » (avant l'arrêt Sté FRA SCI ; CE 24 avr. 2019, n° 412503) ;
- risques divers liés à la qualification de certaines opérations en matière de TVA ;
- risques divers liés à la taxe de création de bureaux en Ile-de-France.

#### **L'établissement d'une police d'assurance de risque fiscal spécifique se déroule suivant une procédure bien normée**

Quatre phases principales peuvent être distinguées :

– Phase n°1 : soumission

La soumission est en principe réalisée par le courtier qui va chercher à « placer » le risque au titre duquel il a été mandaté par celui qui cherche à se faire assurer. L'analyse du risque doit être détaillée. Elle est souvent accompagnée

d'une note réalisée par les conseils de l'assuré afin de présenter la nature du risque, les enjeux et les montants que l'assuré souhaiterait faire couvrir par l'assurance.

– Phase n°2 : *non-binding indication*

Après étude, les assureurs fournissent une « *non-binding indication* » (ou « N.B.I. ») fixant les principaux termes et les conditions d'application de la police : prime, nature et montant du préjudice couvert, hypothèses retenues pour la mise en œuvre de la police, mentions des exclusions, possibilités de « déclarations » à faire par l'assuré. A ce stade, il est fréquent que l'assureur fasse appel à ses propres conseils pour une étude préliminaire.

– Phase n°3 : *expense Agreement*

L'assureur conclut un accord de dépenses ou « *expense agreement* » afin de couvrir ses frais de conseil.

– Phase n°4 : acceptation

L'acceptation de l'assureur est précédée d'une phase de « questions-réponses » écrites et orales avec l'assuré permettant à l'assureur et à ses conseils de finaliser leur analyse.

C'est à la suite de son acceptation que l'assureur émet un projet de police dont les principaux termes sont les suivants :

- la prime (elle est généralement payée en une fois à l'occasion de la mise en place de l'assurance) ;
- la durée de la police (elle est liée aux durées de prescription applicables au risque assuré) ;
- les exclusions (une police d'assurance de risque fiscal spécifique contient généralement très peu d'exclusions) ;
- la définition de « l'événement fiscal

**« Particulièrement adaptée aux transactions immobilières, l'assurance de risques fiscaux identifiés s'impose comme une véritable alternative aux demandes de rescrit. »**

assuré » et les lettres de représentation (ce sont les éléments qui sont les plus négociés entre les parties).

Ainsi, dans un contexte où les administrations fiscales sont de plus en plus réticentes à accorder des rescrits, et où la durée de traitement des demandes de confirmation s'allonge, l'assurance de risque fiscal spécifique apparaît comme un moyen efficace de fournir le niveau de confort nécessaire à l'accomplissement de certaines opérations immobilières.

L'appétit croissant du marché pour ce type de produit se reflète dans le fait que les courtiers, d'une part, et les assureurs, d'autre part, recrutent aujourd'hui de plus en plus d'experts fiscaux afin de pouvoir proposer des offres « sur mesure » en matière de risque fiscal identifié. ■



Et **Yacine Bousraf**, avocat en fiscalité. Il intervient notamment en matière de fiscalité des fonds de capital investissement et des fonds immobiliers.  
yacine.bousraf@cms-fl.com

# Le renforcement des exigences des opérateurs immobiliers au regard de la TVA et des droits de mutation

**Le succès d'une opération immobilière tient à sa préparation. S'agissant du régime de TVA et de droits de mutation, plusieurs sujets doivent être anticipés par le vendeur pour fluidifier et faciliter la négociation. Il en va ainsi des régularisations de TVA pour les biens immobilisés. De même, la réalisation d'importants travaux de rénovation peut rendre opportune l'obtention préalable d'une décision de rescrit des services de l'Administration pour sécuriser la qualification fiscale du bien.**

Les mutations d'immeubles achevés depuis plus de cinq ans sont en principe exonérées de TVA et peuvent alors générer l'obligation pour le cédant de reverser une fraction de la taxe antérieurement déduite, ainsi qu'un transfert de droit à déduction au nouveau détenteur. L'article 207 de l'annexe II au Code général des impôts (CGI) prévoit en effet une forme d'amortissement de la TVA sur une période de 20 ans à compter de l'acquisition ou de l'achèvement de l'immeuble et de tous les travaux conduisant à constater l'entrée de nouvelles immobilisations dans le patrimoine de l'opérateur.

## Vers une exigence accrue de l'acquéreur

La règle n'est pas nouvelle, mais la pratique évolue vers une exigence accrue de l'acquéreur en ce qui concerne la fiabilité du montant de taxe transférée, mentionné dans l'attestation que le cédant est tenu de lui remettre. Certains n'hésitent plus à réclamer la communication concomitante d'éléments confortant le calcul, en plus de l'attestation, au motif qu'une erreur pourrait conduire à un rejet partiel ou total de la déduction de la TVA transférée.

Il peut s'agir de pièces comptables ou de factures qu'il est parfois difficile de récupérer si l'organisation du cédant n'a pas avancé l'éventualité de cette demande.

L'exigence peut sembler excessive car le cé-

« S'agissant du régime de TVA et de droits de mutation, plusieurs sujets doivent être anticipés par le vendeur pour fluidifier et faciliter la négociation. »

dant serait très certainement tenu de compenser tout préjudice causé à l'acquéreur dans le cas où l'attestation serait erronée. Néanmoins, si le montant en cause est important, il est compréhensible que l'acquéreur puisse souhaiter limiter le risque au maximum et le sujet peut alors devenir un point important de la négociation.

L'enjeu est encore plus évident lorsque la mutation de l'immeuble entre dans le champ de l'article 257 bis du CGI. Elle est alors neutralisée au regard de la TVA mais le nouveau propriétaire se voit transférer les obligations de régularisations auxquelles le cédant aurait été tenu à défaut de cession.

Dans ce cas, il est légitime que l'acquéreur exige du cédant la fourniture d'un tableau permettant de suivre par année la TVA déduite, pour être en mesure de régulariser la taxe si cela s'imposait par la

suite. Là encore, la pratique évolue vers un alourdissement des exigences du cessionnaire, qui demande souvent au cédant la communication des éléments justificatifs, en complément du tableau de suivi des déductions. Difficile alors pour le cédant de se dérober.

## Remise à neuf de l'immeuble et TVA, un sujet important

Un autre sujet s'impose très fréquemment dans la négociation lorsque des travaux importants ont été réalisés par le cédant dans les années précédant l'opération ou qu'il ait envisagé d'en réaliser dans le prolongement de la mutation : celui de l'éventuelle remise à neuf de l'immeuble au vu des critères de l'article 257 I, 2 du CGI en matière de TVA et de droits de mutation.

La qualification en immeuble neuf ou ancien est si lourde de conséquences qu'il est très souvent demandé au vendeur de produire une prise de position écrite des services fiscaux (« rescrit »), constituant la seule pièce de nature à sécuriser parfaitement le régime fiscal de l'opération.

Même dans les cas d'apparence évidents, la démarche peut ainsi utilement être envisagée par le cédant de l'immeuble, qui doit prendre soin de bien l'anticiper car les délais de réponse de l'Administration ne sont pas légalement encadrés et sont en pratique très variables. ■



Par **Gaëtan Berger-Picq**, avocat associé en fiscalité.  
Il conseille et assiste les entreprises, notamment en immobilier, dans l'ensemble des sujets relatifs à la TVA et à la taxe sur les salaires ainsi que dans le suivi et la gestion des contrôles et contentieux fiscaux.  
[gaetan.berger-picq@cms-fl.com](mailto:gaetan.berger-picq@cms-fl.com)

# Loi Climat et résilience : construire dans un espace toujours plus réduit

La loi Climat et Résilience, qui a pour ambition de “faire entrer l'écologie dans nos vies”, a été promulguée et publiée au Journal officiel le 24 août 2021. Retour sur les principales dispositions en matière d'urbanisme et d'aménagement de cette loi dont les objectifs sont notamment d'adapter les règles d'urbanisme pour lutter contre l'étalement urbain et d'assurer un usage équilibré des espaces.

La lutte contre l'artificialisation des sols doit en effet permettre de protéger la biodiversité, réduire la consommation d'espaces naturels, agricoles et forestiers et encourager un urbanisme plus respectueux du climat.

Un certain nombre des dispositions sont encore dans l'attente de leur décret d'application. Par ailleurs, de nombreux élus locaux demandent que les délais prévus soient adaptés. On risque donc d'assister à un ralentissement du calendrier de mise en œuvre des ambitions de cette loi.

## L'objectif : zéro artificialisation nette

Pour parvenir à cet objectif, la loi définit une trajectoire consistant dans un premier temps en un ralentissement de la consommation des espaces.

A cet effet, au cours des dix années suivant la date de promulgation de la loi, le rythme d'artificialisation des sols devra être tel que la consommation totale d'espace observée soit inférieure à la moitié de la consommation d'espace observée sur les dix années précédant cette période.

Il est précisé qu'un sol est artificialisé si l'occupation ou l'usage qui en est fait affecte durablement tout ou partie de ses fonctions écologiques ou son potentiel agronomique. Plus concrètement, un terrain majoritairement imperméabilisé en

« C'est l'objectif de zéro artificialisation nette qui est visé pour 2050. »

raison du bâti ou d'un revêtement sera ainsi considéré comme artificialisé.

L'évaluation devrait permettre une application différenciée et territoriale.

Sera prise en compte la renaturation de sols (ou « désartificialisation »), c'est-à-dire l'opération de restauration ou d'amélioration de la fonctionnalité d'un sol ayant pour effet de transformer un sol artificialisé en un sol non artificialisé. L'artificialisation nette est le solde des opérations d'artificialisation et de renaturation. C'est l'objectif de zéro artificialisation nette qui est visé pour 2050.

Les divers documents de planification et d'urbanisme, tels que les plans locaux d'urbanisme, qui ne permettent pas de satisfaire ces objectifs devront être adaptés dans les délais impartis par la loi (par exemple un délai de 6 ans pour les PLU).

Des sanctions sont prévues en cas de non-respect de ce délai, telles que la suspension de l'ouverture à l'urbanisation ou l'impossibilité de délivrer une autorisation d'urbanisme dans certaines zones.

Pour faciliter cette intégration, les procé-

dures d'adaptation des différents documents sont simplifiées.

## Privilégier la réhabilitation des constructions ou de certains secteurs

La réhabilitation des constructions est privilégiée sous deux axes : empêcher la démolition et prévenir la démolition.

Pour les travaux de démolition ou de rénovation significative de bâtiments, la réalisation d'un diagnostic relatif à la gestion des produits, matériaux et déchets issus de ces travaux est déjà requise. A l'avenir, le maître d'ouvrage sera également tenu de réaliser une étude évaluant le potentiel de changement de destination et d'évolution du bâtiment, y compris par sa surélévation.

Préalablement aux travaux de construction de certains bâtiments (à définir par décret), une étude du potentiel de changement de destination et d'évolution de ceux-ci, y compris par leur surélévation devra être réalisée, une attestation de la réalisation de cette étude devant par ailleurs être déposée à la demande de permis de construire.

La loi privilégie la réhabilitation et l'op-



Par **Florence Chérel**, avocat associé en droit immobilier et droit public. Elle accompagne les entreprises (investisseurs, promoteurs, aménageurs) dans le cadre de projets de développement notamment en matière de maîtrise foncière, de montages contractuels, de suivi des procédures d'aménagement, de l'intégration des contraintes environnementales ou de l'obtention des autorisations administratives préalables.  
florence.cherel@cms-fl.com



Et **Pierre-Edouard Vino**, avocat en droit immobilier. Il assiste des entreprises, professionnels de l'immobilier, investisseurs ou collectivités publiques sur l'ensemble des aspects de droit public immobiliers.  
pierre-edouard.vino@cms-fl.com

timisation de certains secteurs, notamment les friches et les zones d'activité économique.

Un régime juridique nouveau relatif aux friches devra être élaboré. Les friches sont définies comme tout bien ou droit immobilier bâti ou non bâti, inutilisé et dont l'état, la configuration ou l'occupation totale ou partielle ne permet pas un réemploi sans un aménagement ou des travaux préalables. Les modalités d'application seront plus précisément fixées par décret.

Les projets de construction ou de travaux réalisés sur une friche peuvent être autorisés, par décision motivée de l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation d'urbanisme, à déroger aux règles relatives au gabarit dans la limite d'une majoration de 30 % de ces règles et aux obligations en matière de stationnement, lorsque ces constructions ou travaux visent à permettre le réemploi de ladite friche.

Une attention particulière est portée aux zones d'activité économique. Sont concernées les zones d'activités industrielle, commerciale, tertiaire, artisanale, touristique, portuaire ou aéroportuaire. Un inventaire du taux de vacances et de l'état de dégradation devra être réalisé. Dans certains secteurs opérationnels, si l'état de dégradation ou l'absence d'entretien par les propriétaires des locaux identifiés dans l'inventaire compromettent la réalisation d'une opération d'aménagement ou de restructuration de la zone d'activité, les propriétaires pourront être mis en demeure de procéder à la réhabilitation des locaux, terrains ou équipements concernés.

Si les travaux de réhabilitation n'ont pas débuté dans un délai d'un an de cette

**« La loi durcit les conditions de délivrance des autorisations d'aménagement commercial. »**

mise en demeure, une procédure d'expropriation pourra être engagée.

**Les secteurs plus particulièrement ciblés**

**Le commerce**

La loi durcit les conditions de délivrance des autorisations d'aménagement commercial. A ce titre, elle interdit la création de nouvelles surfaces commerciales entraînant une artificialisation des sols pour tous les projets de plus de 10.000 m<sup>2</sup> ou dépassant ce seuil (sauf extension limitée de moins de 1.000 m<sup>2</sup>). Pour les projets d'une surface inférieure, certains critères devront être remplis (insertion dans secteurs ou opérations ou compensation par la transformation d'un sol artificialisé en sol non artificialisé), pour obtenir l'autorisation.

**Equipements de logistiques commerciaux**

Les schémas de cohérence territoriaux détermineront dorénavant, comme cela existe pour les équipements commerciaux, les conditions d'implantation des constructions logistiques commerciales en fonction de leur surface et de leur impact sur l'artificialisation des sols. Ces conditions privilégient la consommation économe de l'espace. Des secteurs privi-

légiés d'implantation seront définis.

**Le secteur industriel**

Les études d'impact préalables à l'obtention des autorisations classées pour la protection de l'environnement devront contenir des informations concernant l'artificialisation des sols.

**Evaluations périodiques**

La loi institue des mécanismes d'évaluation périodique à plusieurs niveaux. Ainsi, à titre d'exemple, au moins une fois tous les cinq ans, le gouvernement rendra public un rapport relatif à l'évaluation de la politique de limitation de l'artificialisation des sols. Pour les communes dotées d'un PLU ou d'une carte communale, un rapport sera soumis au conseil municipal ou à l'assemblée délibérante, au moins une fois tous les trois ans. ■

# Défi énergétique : l'atout des ventes en l'état futur d'achèvement dites VEFA

Nombreux sont les défis qui pèsent sur le secteur de l'immobilier, notamment pendant la période actuelle. La crise sanitaire a sans doute accéléré les différentes tendances qui se dessinaient depuis quelques années : réflexions notamment sur l'occupation des locaux, le renouvellement du secteur du commerce et de celui de l'hôtellerie, le télétravail, la valorisation des immeubles.

## La facture transition énergétique

S'ajoute à cela aujourd'hui le défi de la transition écologique. La prise de conscience de l'impact du secteur immobilier sur le climat a pris de l'ampleur et les acteurs institutionnels de l'immobilier adoptent des stratégies de plus en plus volontaristes sur ce sujet.

Notre propos n'est pas de traiter ici des réglementations à venir pour atteindre l'amélioration de la performance énergétique, mais plutôt d'aborder une partie des conséquences de la poursuite de cet objectif.

Comme pour tout changement structurel, il y a de l'incertitude sur plusieurs points, notamment la « facture » de l'amélioration de performance énergétique.

Soulignons d'emblée la volonté réelle et sincère de tous de participer à l'effort de lutte contre le changement climatique. Que ce soient les constructeurs, investisseurs, conseils (chez CMS notamment un groupe de travail transversal et transfrontalier se penche sur le sujet) ou utilisateurs : chacun souhaite apporter sa pierre à l'édifice.

Mais, il reste à ce jour un doute sur la

prise en charge des coûts nécessaires pour améliorer la performance énergétique, surtout quand on sait que le parc immobilier en France ne se renouvelle qu'à hauteur d'environ 1 % par an.

## Les avantages de la VEFA

Dans ce contexte, une des conséquences du défi énergétique est la recherche d'investisseurs pour des produits de très bonne performance énergétique. En effet, les immeubles vieillissants vont devoir connaître de lourdes rénovations faute de quoi ils risquent de faire l'objet d'un « brown discount » et auront certainement plus de mal à trouver des occupants. Il en résulte un réel engouement pour les VEFA. Ces immeubles doivent respecter des normes réglementaires récentes permettant aux investisseurs d'envisager les futures exigences des immeubles avec plus de sérénité. Au-delà des qualités techniques de l'immeuble à construire, l'échéancier de paiement est un point clé de la négociation. Il doit réussir à combiner le besoin de trésorerie du vendeur et la volonté de l'investisseur de disposer d'une réelle contrepar-

tie immobilière afin de sécuriser la partie du prix versée. L'échéancier peut aussi servir de garantie à l'investisseur pour sécuriser son investissement et ainsi la prise de possession du locataire. Si ce dernier remet en général une garantie de prise de possession, celle-ci, coûteuse, ne permet souvent pas de couvrir le préjudice de l'acquéreur d'un immeuble finalement resté vacant en raison d'un défaut du locataire. Dans la période actuelle de Covid-19 et d'incertitude financière et économique, l'échéancier peut à cet égard servir de variable d'ajustement intéressante. Par ailleurs, les acheteurs négocient âprement les garanties connues données par le vendeur (levée des réserves, conformité, GPA, etc.), mais aussi et de plus en plus la certification environnementale de l'immeuble. En effet, la crainte de devoir palier le défaut du vendeur sur ce sujet et l'incertitude sur le coût nécessaire pour atteindre l'objectif attendu mènent à des négociations sur les contre-garanties données par le vendeur.

En définitive, dans le contexte actuel de crise et de défis liés au changement climatique, la VEFA s'avère non seulement un outil financier efficace dans la mesure où elle permet à l'évidence de réduire les dépenses de réhabilitation énergétique future, mais aussi le marqueur d'une stratégie volontariste de certaines entreprises. ■

« Ces immeubles doivent respecter des normes réglementaires récentes permettant aux investisseurs d'envisager les futures exigences des immeubles avec plus de sérénité. »



Par **Benjamin Bill**, avocat associé en droit immobilier. Il conseille, tant sur le secteur privé que public, les investisseurs, les gestionnaires d'actifs et les sociétés immobilières et les accompagne dans le cadre de leurs projets immobiliers nationaux et transfrontaliers.  
benjamin.bill@cms-fl.com

# Bail commercial et insolvabilité : anticipation ou chausse-trape ?

La conclusion d'un bail commercial créant souvent une relation de temps long, les affres affectant l'exploitation du preneur sont susceptibles de se répercuter sur le bailleur (la crise du Covid-19 en est un exemple saisissant). Des moyens juridiques permettant au bailleur de faire valoir ses droits dans le cadre d'une telle défaillance existent et leur efficacité est conditionnée par l'anticipation des difficultés. Pris à défaut, le bailleur, comme les autres créanciers, sera fort malmené.

Schématiquement, avant que le preneur n'ait recours à une procédure amiable de traitement de ses difficultés, le bailleur doit contrecarrer les écueils en mobilisant ses droits en temps utile. En procédure collective, le bailleur doit prendre garde à sécuriser l'exercice de ses droits qui peuvent disparaître s'il n'y prend garde.

## Anticiper la négociation amiable

Lorsque le preneur rencontre des difficultés et que le service des loyers constitue une charge importante, son réflexe sera souvent de débiter, hors cadre spécifique, des négociations afin de tenter d'obtenir des efforts du bailleur. Puis, les discussions ne trouvant pas d'issue, le preneur aura bien souvent recours à une procédure de conciliation.

Dans les faits, la stratégie du preneur est souvent d'augmenter au maximum la dette locative afin de préserver la trésorerie et de maximiser la pression sur son bailleur.

Or, la conciliation, naguère procédure essentiellement volontaire, a vu sa dimension coercitive renforcée par les « ordonnances Covid » ayant introduit un dispositif permettant au débiteur de solliciter le gel

« Le risque d'une procédure collective à l'égard du preneur doit susciter chez le bailleur des réflexes visant à sécuriser ses droits. »

du passif à l'égard du ou des créanciers invités à la procédure.

Ce dispositif a été globalement pérennisé par l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre dernier<sup>1</sup>, simplement saupoudré d'une dose de contradictoire qui sera souvent un leurre pour le bailleur ne disposant pas des éléments de nature à lui permettre de contrer la demande de délais de grâce formulée à son encontre pour la durée de la conciliation (5 mois). D'autant que, renforcé, ce dispositif profite désormais également à la caution<sup>2</sup>.

Dans ce contexte, le bailleur gagne à faire preuve de diligence, notamment en appelant en paiement à bonne date le débiteur ou son garant (voire en introduisant des voies d'exécutions, le cas échéant, plus rapidement définitives en cas de bail authentique) et, selon la stratégie choisie, en poursuivant l'acquisition de la clause résolutoire. Une telle diligence est indispensable pour consolider sa position lors de l'entrée en négociation. Il peut en outre se ménager un meilleur recouvrement des loyers, notamment en sollicitant une garantie autonome plutôt qu'un cautionnement.

Le poids du bailleur dans les négociations dépend donc de ce qu'il s'est assuré,

avant l'ouverture de la conciliation, le bénéfice d'une position de force.

## S'assurer de participer à la discipline judiciaire

Le risque d'une procédure collective à l'égard du preneur doit susciter chez le bailleur des réflexes visant à sécuriser ses droits.

Certes, les sûretés dont bénéficie le bailleur peuvent se révéler efficaces en procédure collective. Toutefois, leur efficacité ne doit pas être anéantie par une déclaration de créances trop sommaire qui n'indiquerait pas la créance garantie, la sûreté, et le privilège la garantissant avec son assiette.

L'ordonnance précitée a en effet renforcé la portée de la déclaration des sûretés en sanctionnant son irrégularité par l'inopposabilité, au débiteur et à son garant personne physique<sup>3</sup>, de la sûreté non déclarée. Il reviendra à la jurisprudence, notamment pour le dépôt de garantie, de se prononcer sur l'étendue de cette obligation de déclaration. Double peine donc pour le créancier qui aura fait preuve d'approximation, alors que les sûretés consenties par des tiers solvables sont souvent sa seule planche de salut.

Dans un tel cadre et à l'inverse du traitement amiable, rappelons que seules les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie bénéficieront de la protection de la procédure. Il serait en effet regrettable que le bailleur laisse réduire à néant ses meilleures armes par une absence de déclaration ou une déclaration imparfaite ou irrégulière. ■



Par **Guillaume Bouté**, avocat conseil, docteur en droit, membre de l'équipe Restructuring. Il intervient au support de tous les acteurs confrontés aux problématiques liées aux difficultés des entreprises. [guillaume.boute@cms-fl.com](mailto:guillaume.boute@cms-fl.com)



Et **Arnaud Valverde**, avocat en droit immobilier. Il conseille des investisseurs, des promoteurs et des utilisateurs nationaux et internationaux sur tout type d'actifs. Il intervient notamment dans le cadre d'opérations immobilières complexes d'acquisition, de joint-ventures, de vente, de baux et de construction. [arnaud.valverde@cms-fl.com](mailto:arnaud.valverde@cms-fl.com)

1. Ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021 portant réforme du livre VI du Code de commerce, ayant modifié l'article L.611-7 du Code de commerce.  
2. Art. L.611-10-2 du Code de commerce.  
3. Art. L.622-26 du Code de commerce.

# Le bâtiment face aux défis énergétiques

**Le secteur du bâtiment est le plus gros consommateur d'énergie en France, loin devant ceux du transport et de l'industrie. Il est donc naturellement un important contributeur aux émissions de gaz à effet de serre (GES). En conséquence, tous les domaines du bâtiment (habitat individuel ou collectif, bâtiments tertiaires), que ce soit dans le neuf ou l'ancien, font l'objet d'une réglementation de plus en plus sévère tendant à la réduction de leurs consommations énergétiques et de leurs émissions carbone.**

## Des exigences toujours plus fortes sur la construction

La prise de conscience de la nécessité d'économiser l'énergie est née avec le premier choc pétrolier, qui a conduit à la mise en place de la réglementation thermique des bâtiments neufs. Ce sont six réglementations thermiques qui se sont succédé jusqu'à la dernière, devenue réglementation environnementale « RE 2020 » définie par le décret n° 2021-1004 du 29 juillet 2021. Ce décret qui s'appliquera à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2022 détermine les caractéristiques et les performances énergétiques et environnementales des bâtiments neufs. Il s'agit de diminuer l'impact sur le climat des bâtiments, d'améliorer leur performance énergétique avec des bâtiments à énergie positive (BEPOS) en réduisant les consommations et de construire des logements adaptés aux conditions climatiques futures.

## Les bâtiments existants eux aussi concernés

Les bâtiments à usage tertiaire existants sont soumis à une réglementation spécifique. L'article L.111-10-3 du Code de la construction et de l'habitation (« CCH ») modifié par l'article 175 de la loi Elan n°2018-1021 du 23 novembre 2018 impose en effet la mise en œuvre d'actions de réduction de la consommation d'énergie finale dans ces bâtiments afin de parvenir à une baisse de la consommation d'énergie finale d'au moins 40 % en 2030, 50 % en 2040 et 60 % en 2050 par

rapport à 2010 pour les bâtiments dont la surface de plancher est supérieure ou égale à 1 000 m<sup>2</sup>. Le décret n° 2019-771 du 23 juillet 2019 complété par un arrêté du 10 avril 2020 est venu déterminer les conditions d'application de cette obligation.

Par ailleurs, la vente ou la mise en location de tout bâtiment fait l'objet d'une information élargie en termes de performance énergétique du bâtiment au moyen d'un diagnostic qui sert à estimer la consommation d'énergie et les taux d'émission de GES du bâtiment concerné. Le DPE a fait l'objet d'une importante réforme par la loi Elan ainsi que par la loi Climat énergie n° 2019-1147 du 8 novembre 2019, destinée à la rendre plus lisible et mieux adapté aux enjeux climatiques. Cette réforme dont les conséquences en termes

de responsabilité contractuelle sont à surveiller a été mise en œuvre par deux décrets du 17 décembre 2020 complétés par trois arrêtés du 31 mars 2021, relatifs à l'établissement du diagnostic, l'affichage des informations dans les annonces et les baux ainsi qu'à la durée de validité du diagnostic. L'article 148 de la loi Climat et résilience n° 2021-1104 du 22 août 2021 est venue ensuite donner une base législative aux différents niveaux du DPE en classant les bâtiments à usage d'habitation de « extrêmement performants » (classe A) à « extrêmement peu performants » (classe G).

Élément pivot de l'action de la politique énergétique nationale, la rénovation énergétique dans le secteur du bâtiment est désormais consacrée dans les objectifs de la politique énergétique tout comme les moyens destinés à sa mise en œuvre. L'article 151 de la loi Climat et résilience a en effet complété l'article L.100-1 A du Code de l'énergie relatif aux objectifs de la politique énergétique en rappelant « l'objectif de disposer à l'horizon 2050 d'un parc de bâtiments sobres en énergie et faiblement émetteurs de gaz à effet de serre », qui repose sur « une incitation financière accrue aux rénovations énergétiques performantes et globales, via la mise en œuvre d'un système stable d'aides budgétaires, d'aides fiscales de l'État ou d'aides résultant du dispositif des certificats d'économies d'énergie ». Le chantier est immense, tout comme ses besoins de financement. ■

**« Tous les domaines du bâtiment (...) font l'objet d'une réglementation de plus en plus sévère tendant à la réduction de leurs consommations énergétiques et de leurs émissions carbone. »**



Par **Aurore-Emmanuelle Rubio**, avocat conseil en droit de l'énergie. Elle accompagne les opérateurs économiques (industriels, établissements bancaires et financiers, opérateurs publics) dans leurs projets dans le secteur de l'énergie (conseil réglementaire, négociation contractuelle, contentieux).  
aurore-emmanuelle.rubio@cms-fl.com

# L'usufruit : des effets fiscaux à ne pas sous-estimer

**Droit réel d'usage et de jouissance d'un bien pour une durée limitée, l'usufruit ne correspond qu'à une partie du droit de propriété : celle permettant notamment de recevoir les fruits produits par le bien démembré, tels les résultats courants d'une société ou les loyers d'un immeuble.**

Parmi les catégories de loyers, celle correspondant à la valeur de ceux des travaux et embellissements réalisés par le locataire qui sont transférés gratuitement au bailleur, a donné lieu à deux jurisprudences récentes précisant le statut fiscal de l'usufruitier.

## Un usufruit immobilier conduisant à la résiliation du bail

Céder pour une durée temporaire (non viagère) son droit d'usufruit implique :

- en premier lieu, de se rappeler que la première cession d'un usufruit temporaire réalisée par une personne physique, directement ou par une société non soumise à l'impôt sur les sociétés (IS) dont il est l'associé, génère (Code général des impôts, article 13.5) un profit fiscal soumis non pas aux règles des plus-values de cession, mais à celles des revenus d'exploitation correspondants (par exemple, celles des revenus fonciers en cas d'usufruit temporaire immobilier) ;

- en second lieu, d'identifier que, si le futur usufruitier de l'immeuble en est locataire, la cession d'usufruit rendra celui-ci également bailleur, et cette confusion des qualités mettra fin au bail. Bien que, juridiquement (et en droits d'enregistrement), cette réunion des qualités ne s'opère que sur la tête du locataire et pas chez le bailleur, une décision du Conseil d'Etat du 19 avril 2021 a jugé

que cette cession d'usufruit s'assimile à une « *résiliation amiable tacite* » du bail, rendant imposable le bailleur sur le loyer en nature afférent aux travaux et embellissements qui devaient contractuellement lui revenir sans indemnité. Cette décision étend ainsi à une cession d'usufruit un courant de jurisprudence inauguré en 2005 à propos du transfert par le bailleur au preneur de la pleine propriété d'un terrain donné à bail à construction, étendu en 2011 à un transfert de terrain analogue mais sujet à un bail de droit commun, et, par la décision du 19 avril dernier, à une cession d'un usufruit. Ainsi, les bailleurs souhaitant céder un usufruit à leur locataire, et tout particulièrement ceux soumis à l'impôt sur les sociétés (IS), doivent examiner en détail les conséquences d'impôts directs que pourrait induire une telle cession.

## Un usufruitier de parts de SCI, imposé sur tous les loyers

Tout aussi récemment, le Conseil d'Etat a confirmé à qui, de l'usufruitier ou du nu-proprétaire des parts d'une société civile immobilière (SCI) bailleuse non soumise à l'IS, doit être attribué le résultat fiscal afférent à un loyer en nature similaire reçu du preneur, compte tenu que la loi fiscale ne définit pas précisément les « *droits dans les bénéfices* » revenant à chacun.

**« Bien que non propriétaire du bien démembré, l'usufruitier peut parfois être traité fiscalement comme un véritable propriétaire. »**

En effet, son accession à la propriété de tels travaux avait conduit la SCI bailleuse à constater comptablement une augmentation de son actif et un produit de loyers. L'usufruitier contestait être imposable, estimant que cette augmentation de l'actif social suffisait à en rendre le nu-proprétaire soumis à l'impôt à ce titre. Telle n'a pas été l'analyse du Conseil d'Etat le 19 mai 2021 (n° 429.332), confirmant que, en cas de démembrement des droits sociaux, tous les produits de loyers, de quelque nature qu'ils soient, doivent être fiscalisés entre les mains de l'usufruitier, sauf convention de répartition expresse contraire pré-convenue entre les titulaires de droits sociaux, dont le Conseil d'Etat a (décision précitée ; 20 juillet 2021, nos 434.029 et 434.030), opportunément rappelé l'opposabilité. ■

Par **François Lacroix**, avocat associé en fiscalité. Il intervient plus particulièrement dans les secteurs de la fiscalité immobilière, des services publics, des entreprises et des personnes morales publiques ou privées non lucratives.  
francois.lacroix@cms-fl.com



# La somme s'ajoutant au prix restitué lors de l'exercice de la faculté de rachat par le vendeur initial constitue une prestation de services soumise à la TVA

La vente à réméré (rebaptisée, depuis la loi du 12 mai 2009, vente avec faculté de rachat) est une institution existant depuis l'Ancien régime, définie à l'article 1659 du Code Civil comme : « [...] un pacte par lequel le vendeur se réserve le droit de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal et le remboursement dont il est parlé à l'article 1673 ». Ces ventes avec faculté de rachat ne correspondent pas à un véritable rachat mais à un retrait conventionnel, et les ventes à réméré s'analysent selon une jurisprudence constante de la Cour de Cassation comme des ventes conclues sous condition résolutoire. Au plan de la TVA, l'administration fiscale a précisé que, sous réserve que la faculté de rachat ait été prévue dans le contrat de vente lui-même et que le rachat soit effectué dans le délai stipulé audit contrat, l'exercice du réméré est considéré comme l'accomplissement d'une condition résolutoire, remplaçant les parties en l'état où elles se trouvaient avant la vente. Au plan des droits de mutation, l'acte est simplement enregistré au droit fixe de 125 euros.

Il ne faisait alors aucun doute que l'exercice du réméré faisant jouer une clause résolutoire, la restitution de l'immeuble et du prix au vendeur initial ne constituait pas une nouvelle mutation de l'immeuble, qui relèverait de la TVA si celui-ci est achevé depuis moins de cinq ans. C'est ce que le Conseil d'Etat a toutefois dû rappeler dans un arrêt du 7 octobre 2021 (n°430136, Sté Victoria

ACR), la cour administrative d'appel de Nantes, ayant jugé dans une décision du 28 février 2019, que la mise en œuvre de la faculté de rachat impliquaient une nouvelle opération de transfert, de l'acquéreur initial vers le vendeur initial, du pouvoir de disposer du bien comme un propriétaire, transfert constitutif d'une livraison de biens au sens de la TVA.

## Vente à réméré, quel régime de TVA des sommes s'ajoutant au prix restitué ?

Cette analyse du traitement fiscal de la vente à réméré confirmée, restait la question du régime de TVA des sommes s'ajoutant au prix restitué (la différence entre le prix de rachat et le prix de vente). Plusieurs natures pouvaient être envisagées pour qualifier ces sommes : rémunération d'un service rendu par l'acquéreur au vendeur ou indemnisation d'un préjudice subi par l'acquéreur du fait de la résiliation de la vente ?

La qualification d'indemnité n'a pas été retenue en l'espèce, fort logiquement, dès lors que le modèle économique développé par la société Victoria reposait sur la conclusion de contrats à réméré et que le contrat a été conclu par les deux parties dans l'objectif souhaité d'un rachat effectif. La marge conservée par l'acquéreur dans la réalisation de l'opération de réméré apparaît donc comme la rétribution d'un service rendu par ce dernier, service qu'il convient néanmoins de qualifier.

L'analyse retenue par la Cour adminis-

trative d'appel, selon laquelle ce service est inhérent au contrat de vente à réméré et ainsi non détachable de la vente elle-même, avec laquelle il forme une opération complexe unique de livraison de biens exonérée de TVA (l'immeuble étant achevé depuis plus de cinq ans) est infirmée par la Haute Juridiction dès lors qu'elle a rappelé que l'exercice de la faculté de rachat ne constitue pas une livraison de biens. Le Conseil d'Etat écarte également la qualification de prestation d'octroi de crédit, exonérée de TVA en application de l'article 261 C-1° du CGI, au motif que le rachat des immeubles étant défini par les contrats comme une simple faculté à la main du vendeur, un risque existe que cette faculté ne soit pas exercée. Le Conseil d'Etat en conclut alors que la somme correspondant à la différence entre le prix de rachat et le prix de vente s'analyse comme la contrepartie de réserver au vendeur la possibilité, dans le délai fixé par le contrat, d'obtenir la résolution de la cession immobilière et ainsi de récupérer effectivement son bien. Ce service est soumis à la TVA de plein droit en application de l'article 256 du CGI. Cette solution inédite n'était pas évidente et ne peut qu'inviter les opérateurs immobiliers utilisant cet instrument juridique à être prudent à l'avenir dans la réalisation de leurs opérations. ■

« Cette somme s'analyse comme la contrepartie de réserver au vendeur la possibilité, dans le délai fixé par le contrat, d'obtenir la résolution de la cession immobilière. »



Par **Armelle Abadie**, avocat conseil en fiscalité. Elle conseille et assiste les entreprises, notamment en immobilier, dans l'ensemble des sujets relatifs à la TVA ainsi que dans le suivi et la gestion de contrôles fiscaux et de contentieux.  
armelle.abadie@cms-fl.com

# La Cour de justice restreint le champ d'application de la TVA sur marge

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a rendu le 30 septembre 2021 son arrêt dans l'affaire ICADE qui lui était renvoyée par le Conseil d'Etat. La Cour de justice considère que l'article 392 de la directive TVA doit être interprété en ce sens qu'il permet d'appliquer le régime de taxation sur la marge à des opérations de livraison de terrains à bâtir aussi bien lorsque leur acquisition a été soumise à la TVA, sans que l'assujetti qui les revend ait eu le droit de déduire cette taxe, que lorsque leur acquisition n'a pas été soumise à la TVA alors que le prix auquel l'assujetti-revendeur a acquis ces biens incorpore un montant de TVA qui a été acquitté en amont par le vendeur initial. Toutefois, en dehors de cette hypothèse, cette dis-

position ne s'applique pas à des opérations de livraison de terrains à bâtir dont l'acquisition initiale n'a pas été soumise à la TVA, soit qu'elle se trouve en dehors de son champ d'application, soit qu'elle s'en trouve exonérée.

La Cour juge également que le régime de la marge n'est pas applicable aux opérations de livraison de terrains à bâtir lorsque ces terrains acquis non bâtis sont devenus, entre le moment de leur acquisition et celui de leur revente par l'assujetti des terrains à bâtir. Il s'applique en revanche à des opérations de livraison de terrains à bâtir qui ont fait l'objet entre le moment de leur acquisition et celui de leur revente par l'assujetti, de modifications de leurs caractéristiques telles qu'une division en

lots ou la réalisation de travaux d'aménagement permettant l'installation de réseaux desservant lesdits terrains, à l'instar, notamment, des réseaux de gaz ou d'électricité.

Le champ d'application de la TVA sur marge est donc restreint par rapport à la pratique actuelle découlant de la doctrine administrative, qui admet l'application de la TVA sur marge dès lors que l'assujetti-revendeur n'a pas supporté de TVA lors de son acquisition, sans qu'il ait à prouver que celle-ci a été grevée d'une TVA non récupérable ou que le vendeur initial avait lui-même supporté une TVA qu'il n'avait pas pu récupérer. La doctrine administrative devra vraisemblablement évoluer une fois que le Conseil d'Etat aura rendu son arrêt dans cette affaire. ■

16



Par **Philippe Tournès**, avocat associé en fiscalité.  
Il conseille et assiste les entreprises dans l'ensemble des sujets relatifs à la TVA, notamment liés à l'immobilier.  
philippe.tournes@cms-fl.com

**CMS Francis Lefebvre**

2 rue Ancelle 92522 Neuilly-sur-Seine Cedex  
T +33 1 47 38 55 00  
cms.law/fl

 [linkedin.com/company/cms-francis-lefebvre-avocats](https://www.linkedin.com/company/cms-francis-lefebvre-avocats)

 @cms\_fl

**Option Finance**

Supplément du numéro 1633 du Lundi 6 décembre 2021  
Option Finance - 10, rue Pergolèse 75016 Paris -  
Tél. 01 53 63 55 55  
SAS au capital de 2 043 312 € RCB Paris 343256327 -  
Directeur de la publication : Jean-Guillaume d'Ornano  
Service abonnements : 10, rue Pergolèse 75016 Paris -  
Tél. 01 53 63 55 58 Fax : 01 53 63 55 60 -  
Email : [abonnement@optionfinance.fr](mailto:abonnement@optionfinance.fr)  
Impression : Megatop - Naintre - Origine du papier :  
Glückstadt, (Allemagne) - Taux de fibres recyclées : 100 %,  
Certification PEFC, Impact sur l'eau Ptot : 0,004 kg/tonne -  
N° commission paritaire : 0922 T 83896

