

# La lettre de L'IMMOBILIER

Lundi 28 novembre 2022

Option  
**Finance**

## Editorial

Les aléas juridiques, climatiques ou encore économiques inhérents aux projets immobiliers font peser un poids d'importance croissante sur leur réalisation, parfois au point d'en remettre en cause l'équilibre voire la pertinence.

La réglementation applicable en matière d'urbanisme peut, en particulier, être source de multiples retards en considération des délais de traitement des dossiers, de potentiels refus, parfois – ou souvent – des recours. Sur ce point justement, des pratiques se sont développées pour substituer à de longs contentieux des accords ou transaction tendant à limiter ou éviter les recours, parfois en contrepartie d'indemnité dont le traitement fiscal peut soulever des interrogations.

D'une manière générale, au demeurant, la fiscalité des opérations immobilières doit s'accommoder, parfois imparfaitement, du calendrier et des incidents propres à ces projets notamment au regard des règles d'urbanisme ; ces incidents peuvent d'ailleurs entraîner des conséquences – parfois importantes – sur leur mise en œuvre, elles-mêmes fonction des modalités, notamment contractuelles, retenues par les parties.

Les dispositions fiscales contiennent également des mécanismes incitatifs dont les caractéristiques peuvent présenter des contraintes importantes s'agissant de la préparation et de la négociation des conditions de mise en œuvre des projets mais, également, de leur exécution ; le tout dans des délais contraints que les aléas pris en considération ne permettent pas toujours de respecter.

Cette édition de La Lettre de l'Immobilier aborde également l'apport de récentes décisions en matière d'appréciation de la situation de véhicules d'investissement étranger comme en matière de baux commerciaux.

Enfin, le retour de l'inflation aura une incidence sur l'assiette des taxes locales déterminées par références à des valeurs locatives lorsque leur évolution est elle-même fonction de l'augmentation des prix. Le projet de loi de finances constitue par ailleurs l'occasion de faire un point sur les prorogations des dispositions propres à divers régimes incitatifs.

Autant de sujets qui incitent à espérer une meilleure prise en considération de la gestion des délais et des aléas propres aux projets immobiliers dans les différentes réglementations qui leur sont applicables et, dans l'attente, qui renforcent si besoin était la nécessité d'une attention particulière dans l'anticipation et la gestion de ces aléas par les personnes et les entreprises concernées. ■

Par Pierre Carcelero, avocat associé

## Dossier

### Les aléas de l'urbanisme et leurs conséquences

- Les causes de retard dans les projets d'urbanisme : les délais, les refus, les recours **p. 2**
- Aspects de régularisation au stade du contentieux **p. 3**
- La renonciation à un recours contre une autorisation d'urbanisme n'est pas soumise à la TVA **p. 5**
- Les impacts fiscaux occasionnés par les aléas et incidents issus du droit de l'urbanisme **p. 7**
- Les aléas de l'urbanisme et leurs incidences sur certains contrats dans le secteur immobilier **p. 10**
- Règles d'urbanismes et aléas : la délicate conciliation entre règles d'urbanisme et dispositifs fiscaux incitatifs **p. 11**

## Actualité internationale

- Structures de détention immobilière étrangères : illustrations récentes de la méthode d'assimilation **p. 13**

## Actualités

- Loyers commerciaux : plafonnement de la variation de l'ILC **p. 15**
- Dispositifs temporaires de défiscalisation immobilière : des prorogations quasi actées, d'autres encore espérées **p. 16**

Ce supplément est réalisé par les avocats de

**CMS Francis Lefebvre**

Supplément du numéro 1680  
du 28 novembre 2022

# Les causes de retard dans les projets d'urbanisme : les délais, les refus, les recours

## « Quand pourrai-je commencer mes travaux ? »

Cette question posée à juste titre met le juriste dans l'embarras. Si l'entreprise en charge des travaux est en mesure d'indiquer un délai prévisionnel de réalisation, le juriste est bien souvent dans l'impossibilité d'en faire autant s'agissant d'indiquer une date précise pour le début des travaux. Cette impossibilité tient essentiellement aux différentes causes de retard, dans l'obtention des autorisations d'urbanisme requises et de leur caractère définitif et qui peuvent retarder la pose de la première pierre du projet.

## L'obtention de l'autorisation : des délais peu maîtrisables

Si les délais d'instruction des autorisations d'urbanisme, encadrés par le Code de l'urbanisme, sont particulièrement courts (deux à trois mois), il existe de nombreuses causes de majoration et prolongation (ex : consultation des commissions et autorités diverses). Ainsi, le délai est porté à cinq mois pour la réalisation d'un établissement recevant du public ou quatre mois en cas de consultation de l'ABF.

Toutefois dans la pratique les délais ne sont pas appliqués avec rigueur. D'une

part, les services compétents peuvent demander des pièces complémentaires, ce qui prolonge l'instruction. D'autre part, le retard à émettre les avis par les services compétents constitue également une autre cause de dérapage des délais pouvant conduire jusqu'à un refus. S'ajoutent à ces délais ceux de démarches préalables obligatoires : procédure de concertation du public ; obtention d'une autorisation nécessaire au dépôt du permis.

Il faut aussi évoquer le sursis à statuer qui permet à l'autorité administrative, dans certains cas (élaboration ou révision du PLU et projet de nature à compromettre ou à rendre plus onéreuse l'exécution du futur plan), de ne pas se prononcer sur la demande pendant un délai de deux ans. La Ville de Paris envisage ainsi de sursoir à statuer sur certaines demandes de permis de construire déposés pendant la période d'élaboration en cours du PLU bioclimatique.

L'administration peut aussi tout simplement refuser de délivrer l'autorisation d'urbanisme. Le porteur de projet peut alors choisir entre déposer une nouvelle demande ou contester le refus qui lui est opposé. Le choix de la stratégie dépendra des circonstances, notam-

ment si l'opposition apparaît justifiée ou non. Toutefois, la contestation du refus ne conduit pas la délivrance d'un permis. En effet, en cas de succès, l'Administration devra se prononcer à nouveau sur la demande, et plusieurs années se seront alors écoulées.

## L'obtention du caractère définitif de l'autorisation : une cause fréquente de retard

Dès l'obtention de l'autorisation d'urbanisme, le porteur de projet peut légalement commencer les travaux. Toutefois, en cas de recours, il s'expose à une annulation de l'autorisation, voire à terme à une démolition des constructions réalisées. Une suspension des travaux pendant le chantier est également possible. Ainsi, la sécurisation de l'opération requiert d'attendre pour commencer les travaux que l'autorisation soit définitive, c'est-à-dire que soit expiré le délai du droit de retrait dont bénéficie l'administration (3 mois) et le délai de recours contentieux du préfet et des tiers (2 mois), étant précisé que ce recours contentieux peut aussi être précédé d'un recours gracieux préalable (demande de retrait adressée à l'administration) qui reportera le délai de purge jusqu'à 6 mois si l'autorité administrative ne répond pas avec diligence.

Ce caractère définitif de l'autorisation est dans la pratique érigé en condition suspensive pour la passation des différents contrats et actes indispensables à l'opération de construction : promesses de vente, ventes en VEFA, contrats de financement... ■

« Si les délais d'instruction des autorisations d'urbanisme, encadrés par le Code de l'urbanisme, sont particulièrement courts (deux à trois mois), il existe de nombreuses causes de majoration et prolongation (...). »



Par **Florence Chérel**, avocat associé en droit immobilier. Elle accompagne les entreprises (investisseurs, promoteurs, aménageurs) dans le cadre de projets de développement notamment en matière de maîtrise foncière, de montages contractuels et contrats de construction, 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



**Paul Leroy**, juriste en droit de l'immobilier, notamment en matière de droit de l'urbanisme et de droit de l'aménagement.  
paul.leroy@cms-fl.com

# Aspects de régularisation au stade du contentieux

L'une des principales causes de retard d'un projet immobilier est le risque de recours contentieux à l'encontre de l'autorisation d'urbanisme.

Ce problème est d'autant plus prégnant que le délai de traitement d'un tel recours par les juridictions administratives est très long. Le délai moyen de traitement du recours, de la saisine du tribunal administratif à la décision du Conseil d'Etat, est de cinq-six ans.

Des garde-fous ont néanmoins été spécifiquement mis en place pour mieux encadrer la procédure et éviter in fine l'annulation des autorisations d'urbanisme. Même si cet encadrement n'empêche pas tout recours, il permet de réduire les risques d'annulation totale.

## Un intérêt à agir strictement apprécié

Tout requérant doit justifier d'un intérêt à agir, qui est défini par le Code de l'urbanisme. Ainsi, toute personne, autre que publique, doit justifier que la construction, l'aménagement ou le projet autorisé est de nature à affecter directement les conditions d'occupation, d'utilisation ou de jouissance du bien dont elle est propriétaire ou qu'elle occupe régulièrement. Cet intérêt à agir est apprécié in concreto par les juges. La seule qualité de voisin immédiat n'est ainsi pas suffisante pour le caractériser<sup>1</sup>.

## Le couperet de la cristallisation des moyens

Passé le délai de deux mois à compter de la communication du premier mémoire en défense, il n'est plus possible

« Le délai moyen de traitement du recours, de la saisine du tribunal administratif à la décision du Conseil d'Etat, est de cinq-six ans. »

d'invoquer de nouveaux moyens de nullité de l'autorisation. Il s'agit de la « cristallisation des moyens », qui vise à encadrer le calendrier de la procédure contentieuse en évitant toute manœuvre du/des requérant(s) (dépôt de mémoires successifs visant à repousser sine die la réalisation des travaux).

## Le référé-suspension : un recours parallèle et complémentaire

Le référé-suspension permet de demander la suspension provisoire de l'exécution de l'autorisation d'urbanisme. Son intérêt est d'obtenir rapidement une décision, le juge des référés devant prononcer dans un délai variant entre 48 heures et un mois (parfois plus) en fonction de l'urgence de la situation. En matière d'urbanisme, l'exercice du référé-suspension est dérogatoire : il est enfermé dans le délai de deux mois de la cristallisation des moyens susvisé.

## La régularisation du projet par la délivrance en cours d'instance d'un permis de construire modificatif

L'existence d'un recours contentieux contre une autorisation d'urbanisme irrégulière ne conduit pas inévitablement à l'annulation de l'autorisation s'il est possible

au titulaire de celle-ci, et ce à tout moment de l'instance, de régulariser les vices affectant le permis de construire initial par la délivrance d'un permis de construire modificatif. En pratique, il est usuel de déposer un permis de construire modificatif avant même que le juge administratif ne statue sur le fond de l'affaire.

## Les pouvoirs du juge administratif pour limiter l'annulation des autorisations d'urbanisme

Le juge administratif dispose d'une palette d'instruments pour limiter l'annulation contentieuse d'une autorisation d'urbanisme.

- Le sursis à statuer dans l'attente de la délivrance d'un permis de construire modificatif : le juge administratif doit surseoir à statuer s'il estime qu'un vice affectant le projet est susceptible d'être régularisé. Il fixe alors un délai pour cette régularisation, même après l'achèvement des travaux.

1. La notion de voisin immédiat est définie de manière casuistique. Ainsi, il a été que la simple allégation d'atteintes visuelles ou sonores du projet était insuffisante à établir l'intérêt à agir (CE, 18 mars 2019, n° 422460).

2. Art. L. 600-5 C. Urb.

3. CE, 6 février 2004, n° 240560.



**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](mailto:celine.cloche-dubois@cms-fl.com)



**Audrey Pichon Varesio**, juriste en droit de l'urbanisme et droit de l'environnement, elle intervient notamment dans le cadre de projets de développement et d'aménagement. [audrey.pichon-varesio@cms-fl.com](mailto:audrey.pichon-varesio@cms-fl.com)

• L'annulation partielle en cas de régularisation possible : s'il n'opte pas pour le sursis à statuer, le juge administratif est tenu, de sa propre initiative, de ne prononcer qu'une annulation partielle de l'autorisation d'urbanisme s'il estime qu'un vice affectant une partie seulement du projet peut être régularisé. Il fixe

alors le délai dans lequel le titulaire de l'autorisation pourra en demander la régularisation, même après l'achèvement des travaux<sup>2</sup>.

• La substitution de motifs : l'administration compétente pour délivrer l'autorisation peut demander au juge administratif de substituer les motifs illégaux fondant

sa décision d'octroi par un ou plusieurs autres motifs, dès lors qu'une décision similaire aurait été prise en se fondant sur le(s) motif(s) substitué(s), et que cela ne prive pas le(s) requérant(s) d'une garantie procédurale<sup>3</sup>. ■

## Zoom sur les enjeux fiscaux

### Fiscalité locale et décisions d'urbanisme sont liées pendant toute la durée de vie de l'ouvrage.

Ainsi, le Conseil d'Etat<sup>4</sup> subordonne le reclassement d'un terrain en terrain à bâtir à la réunion du critère subjectif de la volonté du propriétaire d'implanter des constructions ou de vendre en vue que le cessionnaire construise, et du critère objectif de la possibilité juridique d'y édifier des constructions au regard des règles d'urbanisme.

Ces décisions peuvent constituer le fait générateur de la taxe, ainsi, l'avis de taxe d'aménagement est adressé au redevable à la suite de la délivrance de l'autorisation de construire ou d'aménager.

Elles peuvent également influencer la date du fait générateur d'autres impositions soumises eu principe de l'annualité selon lequel l'imposition est due par le propriétaire du local achevé au 1<sup>er</sup> janvier de l'année. Il s'agit notamment de la taxe annuelle sur les locaux en Ile-de France<sup>2</sup> (TSB) ou la taxe foncière sur les propriétés bâties. Un retard dans la délivrance de l'autorisation pourra entraîner un différé d'imposition.

Au contraire, un retard dans l'octroi d'un permis de démolir aura pour conséquence de maintenir l'assujettissement du propriétaire de l'immeuble à la taxe foncière jusqu'à la

concrétisation de ladite démolition.

Dans le cadre des opérations de restructuration lourde, un retard dans une autorisation de changement d'affectation peut avoir pour effet de maintenir une imposition en matière de TSB. Selon le Conseil d'Etat<sup>3</sup>, l'exonération de TSB suppose que l'immeuble soit entièrement démoli ou, s'il subsiste à l'état brut de béton, que l'affectation des locaux change à l'issue des travaux (bureaux convertis en commerce par exemple). L'autorisation du changement d'affectation va alors conditionner l'arrêt de l'imposition à la TSB pendant la phase des travaux.

Cette décision influencera aussi la catégorie de la grille tarifaire à laquelle va être rattaché l'ouvrage pour les besoins de la taxe foncière et de la CFE.

4. CE, 1<sup>er</sup> juill. 2019, n° 423609.

5. Art. 231 ter CGI.

6. CE, 26 mai 2021, n° 436308.



Et **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

# La renonciation à un recours contre une autorisation d'urbanisme n'est pas soumise à la TVA

**La signature de protocoles ayant pour objet le désistement d'un recours introduit contre une autorisation de construire est fréquente. La contrepartie d'un tel désistement par le requérant peut prendre différentes formes : financière, modification du projet initialement autorisé ou réalisation/prise en charge de travaux par le porteur du projet. La forme de la contrepartie n'a cependant pas d'impact sur la qualification à retenir en matière de TVA, qui est celle de la réparation d'un préjudice subi par le requérant.**

## La contrepartie du désistement du recours par le requérant peut prendre différentes formes

L'introduction d'un recours contre l'autorisation d'urbanisme nécessaire à la réalisation d'un projet de construction conduit à paralyser l'opération (cf. *Les causes de retard dans les projets d'urbanisme*.)

Le règlement du litige relève alors de la juridiction administrative et n'intervient que plusieurs années après l'obtention du permis de construire.

Le porteur du projet qui a un intérêt particulier, d'une part, à maîtriser les délais et, d'autre part, à ne pas exposer son autorisation à un risque d'annulation peut préférer convenir de la signature d'un protocole destiné à mettre fin rapidement au contentieux en cours.

Un tel protocole a principalement pour objet le désistement du recours introduit contre l'autorisation de construire. Il s'accompagne de différents engagements, pris principalement par le porteur du projet à l'égard des requérants promettant de se désister.

La contrepartie du désistement est le plus souvent financière. Ainsi, en contrepartie du versement d'une somme d'argent, le requérant s'engage à se

« Le porteur du projet qui a un intérêt particulier, d'une part, à maîtriser les délais et, d'autre part, à ne pas exposer son autorisation à un risque d'annulation peut préférer convenir de la signature d'un protocole destiné à mettre fin rapidement au contentieux en cours. »

désister de son recours. Il renonce également à contester les éventuelles autorisations qui viendraient à être requises ultérieurement pour permettre la réalisation du projet, telles qu'un éventuel permis de construire modificatif.

Cette contrepartie peut également consister en la modification du projet initialement autorisé afin d'en minimiser les impacts à l'égard du requérant, un permis de construire modificatif étant

alors déposé par le porteur du projet pour entériner la version modifiée du projet.

La contrepartie peut enfin prendre la forme de travaux réalisés et/ou financés par le bénéficiaire du permis de construire sur la propriété du requérant. Précisons que cette capacité de transiger est encadrée par le Code de l'urbanisme pour les associations (art. L.600-8 du Code de l'urbanisme). Les transactions conclues avec des associations ne peuvent en effet pas avoir pour contrepartie le versement d'une somme d'argent, sauf lorsque celles-ci agissent pour la défense de leurs intérêts matériels propres. Cette disposition vise à permettre la transparence et limiter la constitution d'associations de circonstance dont les membres seraient motivés par un intérêt (indirectement personnel) principalement financier.

La signature du protocole ne suffit pas pour considérer que le contentieux a définitivement pris fin. Des démarches sont à prévoir. Le protocole sera enregistré. La juridiction saisie sera par ailleurs amenée à prendre acte du désistement intervenu. Le caractère définitif de l'autorisation d'urbanisme ne sera alors établi qu'après l'obtention de cette décision et



Par **Armelle Abadie**, avocat associé 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

Et **Florence Chérel**, avocat associé en droit immobilier.  
florence.cherel@cms-fl.com

l'expiration des délais de recours à son encontre, ce qui conduit là encore le porteur du projet à subir quelques mois de retard pour son projet.

**Quelle que soit la forme de la contrepartie, l'opération est située hors du champ d'application de la TVA**

La question se pose de savoir comment se traite, au regard de la TVA, le versement d'une somme d'argent au requérant dans le cadre de ces protocoles ayant pour objet le désistement du recours introduit contre l'autorisation de construire. Pour déterminer si cette somme est soumise à la TVA, il convient, dans chaque situation de fait, d'analyser les conditions de son versement afin de savoir si elle constitue la contrepartie d'une prestation de services ou d'une livraison de biens. C'est l'analyse qui est préconisée par l'administration dans sa doctrine (BOFIP TVA-BASE-10-10-50) concernant les indemnités, doctrine mise à jour en mai 2022 pour tenir compte de la jurisprudence communautaire récente rendue en la matière.

L'administration rappelle en effet que pour être imposées à la TVA, les indemnités doivent correspondre à des sommes perçues en contrepartie d'une prestation de service individualisée rendue à celui qui la verse ou d'une livraison de biens. A l'inverse, une indemnité qui a pour objet exclusif de réparer un préjudice n'a pas à être soumise à la TVA dès lors qu'elle ne constitue pas la contrepartie d'une prestation de services ou d'une livraison de biens.

Il est cependant précisé dans les commentaires administratifs que le seul fait que le versement de l'indemnité soit subordonné à la renonciation par le bénéficiaire à tout recours juridictionnel ne saurait être assimilé à un service rendu

**« L'administration rappelle en effet que pour être imposées à la TVA, les indemnités doivent correspondre à des sommes perçues en contrepartie d'une prestation de service individualisée rendue à celui qui la verse ou d'une livraison de biens. »**

par la partie versante. Dès lors que le fait pour une partie de renoncer à exercer un recours n'est pas constitutif d'un service rendu au profit de la partie versante, la somme versée est située hors du champ d'application de la TVA. C'est le cas lorsque le requérant est indemnisé au seul motif qu'il s'engage à se désister de son recours. Le fait que le porteur du projet procède à la modification de son projet initialement autorisé afin d'en minimiser les impacts à l'égard du requérant ne modifie pas cette analyse. Il en est également de même lorsque la contrepartie prend la forme de travaux réalisés et/ou financés par le bénéficiaire du permis de construire sur la propriété du requérant. En effet, dans cette situation, le porteur du projet choisit de réaliser des travaux ou de prendre en charge les travaux réalisés par un tiers au titre de l'indemnisation du préjudice subi par le requérant. Seule la forme de la contrepartie change. Toutefois, que cette contrepartie au désistement prenne la forme d'un versement financier ou d'une réalisation/prise en charge de travaux, aucun service n'est rendu par le requérant et l'opération est ainsi située hors du champ d'application de la TVA de la même manière. Il s'agit ici d'une compensation entre le service rendu par le porteur du projet consistant dans la réalisation de travaux (soumise à la TVA) et l'indemnité versée au requérant au

titre de son préjudice induit par le projet immobilier envisagé (hors du champ d'application de la TVA). Il convient néanmoins d'être vigilant sur les montants envisagés dans le protocole dès lors que sont compensés un montant TTC (travaux) et un montant non soumis à la TVA (indemnité) et que le porteur du projet devra collecter la TVA au titre des travaux. Cette TVA n'étant pas récupérable par le requérant qui n'est vraisemblablement pas assujéti dans l'hypothèse envisagée, l'enjeu pour le porteur du projet n'est pas négligeable. ■

# Les impacts fiscaux occasionnés par les aléas et incidents issus du droit de l'urbanisme

Il n'est pas rare que le droit de l'urbanisme soit à l'origine d'obstacles dans le déroulement d'un projet immobilier et qu'il conduise à retarder le démarrage ou la réalisation des travaux, voire à les rendre impossibles. Ces aléas et incidents ne sont pas neutres sur le plan fiscal et sont susceptibles de générer des coûts supplémentaires en modifiant l'économie des opérations et entités concernées. Les opérateurs immobiliers sont ainsi exposés aux risques (i) de ne pouvoir réaliser l'opération immobilière projetée qu'à l'issue de délais trop longs (ii) ou de ne pouvoir tout simplement pas la réaliser, ce qui peut entraîner dans les deux cas, la décision d'arrêter l'opération et soit de conserver les actifs en l'état, soit de devoir les céder.

On pense immédiatement aux opérations de marchand de biens placées sous le régime de faveur de taxation au taux réduit de la taxe de publicité foncière, sous condition de revente dans le délai de cinq (voire deux) ans, mais pas nécessairement de requalification des immeubles constitutifs de stocks en immobilisations<sup>1</sup>. Mais ces problématiques sont connues et ne génèrent plus beaucoup de litiges complexes pour les opérateurs soumis à l'impôt sur les sociétés. Il en va en revanche différemment pour les opérateurs bénéficiant de régimes fiscaux particuliers et notamment les sociétés civiles de construction-vente.

## Sociétés civiles, quels impacts fiscaux ?

On sait que les sociétés civiles de construction-vente sont en principe pas-

« Il n'est pas rare que le droit de l'urbanisme soit à l'origine d'obstacles dans le déroulement d'un projet immobilier et qu'il conduise à retarder le démarrage ou la réalisation des travaux, voire à les rendre impossibles. »

sibles de l'impôt sur les sociétés (IS) dès lors qu'elles exercent une activité réputée commerciale du point de vue fiscal mais que par dérogation, l'article 239 ter du Code général des impôts (CGI) prévoit que les sociétés civiles ayant pour objet la construction d'immeubles en vue de la vente sont, sous certaines conditions, exclues du domaine de l'IS et soumises au même régime fiscal que les sociétés en nom collectif effectuant les mêmes opérations.

Cet objet peut être réalisé conjointement avec l'exercice d'une activité civile du type location d'immeubles nus mais non avec celle d'une autre activité réputée commerciale.

La question s'est ainsi posée de savoir si une société civile de construction-vente (SCCV) qui ayant acquis des terrains ne pouvait réaliser le projet de construction-vente projeté au motif d'obstacles liés notamment au droit de l'urbanisme et était amenée à devoir les revendre, encourait le risque de voir constaté l'exercice d'une activité commerciale de marchand de biens et perdre dès lors le bénéfice de son régime fiscal.

Le Conseil d'Etat s'est montré assez bienveillant dans les situations dans

lesquelles la vente de terrains s'est effectuée dans des conditions telles que l'objet social était respecté, ou lorsque la société avait été empêchée de réaliser son objet social pour des raisons indépendantes de sa volonté, ou encore en cas de cessions non spéculatives à des collectivités publiques.

Dans un arrêt du 3 juin 1988, (n° 57626), le Conseil d'Etat avait ainsi retenu le fait que :

- la société avait été contrainte de modifier son projet de construction primitif par l'ouverture, au travers de son terrain, d'une voie nouvelle qui a séparé la parcelle vendue de celle sur laquelle elle a réalisé son opération ;
- l'autorité administrative compétente avait subordonné la délivrance du permis

*1. Les dispositions de l'article 1115 du CGI qui prévoient notamment que sous réserve des dispositions de l'article 1020, les acquisitions d'immeubles, de fonds de commerce ainsi que d'actions ou parts de sociétés immobilières réalisées par des personnes assujetties au sens de l'article 256 A sont exonérées des droits et taxes de mutation quand l'acquéreur prend l'engagement de revendre dans un délai de cinq ans, sont en principe indépendantes de la question de qualification en stocks ou en immobilisations des actifs immobiliers acquis.*



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



**Richard Foissac**, avocat associé en fiscalité. Il traite notamment des dossiers d'acquisition et de restructuration de groupes immobiliers cotés ou non cotés et les conseille sur leurs opérations. Il est chargé d'enseignement en droit fiscal aux Universités Paris I Panthéon-Sorbonne et Nice Sophia-Antipolis.  
richard.foissac@cms-fl.com

de construire sur cette dernière parcelle à la condition que l'autre parcelle devenue inconstructible en raison de son exiguïté soit réunie au terrain contigu sur lequel une autre société de construction-vente envisageait de réaliser sa propre opération de construction, et ainsi considéré que l'équilibre de l'opération initialement projetée par la société civile immobilière était devenu irréalisable du fait d'un événement indépendant de sa volonté.

Comme on le voit, il convient d'être en mesure de justifier que les difficultés encourues imposent véritablement à l'opérateur des choix non voulus, situation proche de celle qualifiée de force majeure. Or, l'application inattendue des règles du droit de l'urbanisme si elles peuvent générer des coûts supplémentaires ne conduisent pas toujours, loin de là, à des cas de force majeure, ce qui place alors les sociétés concernées dans une zone d'incertitude dans les conséquences fiscales des choix qui seront faits.

#### Qu'en est-il pour les OPCI et les SIIC ?

Les opérateurs bénéficiant de régimes fiscaux spécifiques liés à une activité foncière, tels que les organismes de placement collectif immobilier (OPCI) et les sociétés d'investissements immobiliers cotées (SIIC) peuvent se retrouver placés dans des situations proches. Le régime fiscal de faveur octroyé à ces entités est en effet étroitement lié à leur activité réelle, qui doit correspondre à l'acquisition ou la construction d'immeubles en vue de la location. L'exercice d'une activité de promotion ou de marchand de biens est soit exclu (OPCI), soit limité à des opérations accessoires, ne bénéficiant pas de l'exonération d'impôt sur les sociétés (SIIC). Or, la nature d'une opération ou l'appréciation que peut en

« L'exercice d'une activité de promotion ou de marchand de biens est soit exclu (OPCI), soit limité à des opérations accessoires, ne bénéficiant pas de l'exonération d'impôt sur les sociétés (SIIC). »

avoir l'administration fiscale peut être altérée par des événements liés au droit de l'urbanisme. Une procédure de recours contre un permis de construire, qui peut allonger significativement la période de construction d'un immeuble voire l'empêcher, peut par exemple réduire ou supprimer la période de location, et introduire un doute sur la qualification de l'opération, notamment si l'immeuble est revendu en l'état ou peu de temps après sa mise en location. Seule l'intention à l'origine de l'opération devrait être retenue, mais la tendance de l'administration à faire de la durée de location un élément-clé d'appréciation peut ajouter aux difficultés juridiques une incertitude fiscale malvenue.

Certes, le droit de l'urbanisme et plus généralement le droit immobilier peut aussi se révéler favorable aux organismes fonciers, et leur octroyer des revenus ou indemnités, par exemple en cas de recours abusif contre un permis de construire, ou de difficultés rencontrées avec des locataires, des prestataires ou encore des autorités publiques. Décision favorable ne rime pas pour autant avec sécurité fiscale, et la question peut se poser du traitement fiscal de l'indemnité perçue, notamment pour les SIIC, dont le cadre fiscal n'est défini que partiellement et qui bénéficient d'exonérations limitées à certains types de revenus. La question se pose alors de la nature

du revenu, et de la possibilité de le faire entrer dans des catégories de revenus exonérés limitativement définies. Le cas échéant, quand le calendrier des événements le permet et quand l'organisme est en mesure de gérer une réponse potentiellement défavorable, il peut être recommandé de supprimer l'incertitude en sollicitant une prise de position de l'administration par le biais d'une demande de rescrit.

#### Le respect des délais, entre prorogation et substitution

Le respect des délais est une préoccupation fréquente en ce qui concerne les droits de mutation, car les acquisitions réalisées en vue d'édifier ou de remettre à neuf un immeuble sont généralement placées sous un engagement d'achever les travaux dans un délai de quatre ans, afin de bénéficier en contrepartie d'une exonération de taxe de publicité foncière. A défaut de respecter ce délai, les droits sont dus dans les conditions en vigueur au moment de l'acquisition et sont majorés de l'intérêt de retard.

Les événements de force majeure permettent de s'en affranchir, mais ils se caractérisent notamment par leur imprévisibilité. Or, les aléas issus du droit de l'urbanisme sont suffisamment fréquents pour être prévisibles et ils ne constituent donc en principe pas des événements de force majeure.



Et **Frédéric Gerner**, avocat associé en fiscalité. Il intervient tant en matière de conseil que de contentieux dans les questions relatives aux impôts directs, notamment celles liées aux restructurations intragroupes et à l'immobilier. frederic.gerner@cms-fl.com

Il est ainsi très improbable de pouvoir invoquer avec succès les vicissitudes de l'instruction d'une demande de permis de construire ou d'un recours de tiers pour se libérer de l'obligation de construire dans le délai.

Heureusement néanmoins, le délai imparti par la législation fiscale peut être allongé. Il l'a d'ailleurs été à titre exceptionnel par l'effet de la suspension de 104 jours prévue par l'article 8 de l'ordonnance du 25 mars 2020 pendant la période du 12 mars 2020 au 23 juin 2020 inclus en raison de la pandémie de Covid. Indépendamment de cet événement particulier, des prorogations annuelles renouvelables peuvent être demandées à l'administration fiscale, au plus tard dans le mois suivant l'expiration du délai imparti pour construire. Elles doivent être motivées et préciser la consistance des travaux concernés ainsi que le montant des droits dont l'exonération demeure subordonnée à la réalisation de la construction envisagée.

Si l'administration ne prend pas une décision de rejet motivée dans les deux mois à compter de sa réception, la prorogation est tacitement accordée.

Face à un projet immobilier complexe ou d'envergure, faisant apparaître dès l'origine que le délai de quatre ans pour achever les constructions ne pourra pas être tenu, il est possible d'adopter une stratégie consistant à souscrire initialement un engagement de revendre dans un délai de cinq ans, puis d'y substituer un engagement de construire, dont le délai de quatre ans commencera alors à courir à la date de la substitution.

Cela permet ainsi de disposer d'un délai de quasiment neuf ans pour achever les constructions (en procédant à la substitution juste avant l'expiration du délai de cinq ans pour revendre), sans avoir à de-

mander de prorogations à l'administration fiscale (qui pourront néanmoins être sollicitées par la suite si besoin).

Ce « confort » a toutefois un prix puisqu'il implique le paiement de la taxe de publicité foncière au taux réduit de 0,715 % lors de l'acquisition. La substitution équivaut à un respect de l'engagement de revendre et ne permet donc pas de revendiquer le remboursement de la taxe qui reste définitivement acquise au Trésor.

L'incidence du droit de l'urbanisme au regard de l'engagement de construire s'étend jusqu'à la notion même d'achèvement puisque le droit fiscal la définit indirectement comme le dépôt de la déclaration d'achèvement et de conformité des travaux en mairie, érigée règlementairement en mode de preuve opposable à l'administration.

Notons pour conclure que d'une manière générale, les services fiscaux accordent en principe les prorogations de délais demandées tant que la réalité du projet immobilier et des difficultés rencontrées pour y parvenir ne sont pas mises en doute. Il leur arrive même de passer outre la tardiveté de certaines demandes de prorogations

Il n'en demeure pas moins que les fréquents aléas et incidents issus du droit de l'urbanisme nécessitent un suivi rigoureux des délais fiscaux, d'autant que lorsque l'administration fiscale se manifeste spontanément, c'est qu'il est déjà trop tard, il s'agit d'une proposition de rectification pour non-respect des délais. ■

**« Les fréquents aléas et incidents issus du droit de l'urbanisme nécessitent un suivi rigoureux des délais fiscaux. »**

# Les aléas de l'urbanisme et leurs incidences sur certains contrats dans le secteur immobilier

La question de l'aléa en matière d'urbanisme vise, plus généralement, l'incertitude de la mise en œuvre d'un projet immobilier, que ce soit dans la réalisation de travaux, l'achat d'un immeuble ou une prise à bail de locaux. Pour l'ensemble des projets immobiliers qui nécessitent l'obtention d'une autorisation ou la sécurisation d'une situation administrative satisfaisante ou nécessaire à leur bon déroulement, les acteurs du secteur immobilier tendent à rechercher la gestion du risque. Nous renvoyons à ce titre à l'article rédigé en page deux dans cette édition de la Lettre de l'Immobilier.

Ce risque peut se rencontrer aussi bien en amont d'une opération que lors de son suivi.

10

## La gestion du risque d'un aléa en amont d'un projet

En amont d'une opération, l'acquéreur, le locataire ou, plus généralement, la partie souhaitant mettre en œuvre un projet, aura comme objectif de sécuriser son projet en écartant autant que possible les aléas pouvant mettre en péril ce projet. Ces aléas peuvent se situer au stade de l'obtention ou à celui du maintien d'une ou de plusieurs autorisations nécessaires pour mener à bien le projet. Pour les gérer, il est possible de prévoir dans les contrats une condition suspensive relative à l'obtention desdites autorisations. Aussi, les parties peuvent prévoir un délai pour la réalisation de ses conditions suspensives, y compris des dates butoir à partir desquelles la possibilité est ouverte à chacune des parties de prendre ses distances avec le projet,

en particulier pour éviter de bloquer des fonds et/ou les équipes de projet sur une période trop importante. L'exemple de la vente en l'état futur d'achèvement, dans laquelle l'acquéreur aura comme objectif de sécuriser le risque lié à l'obtention d'une autorisation de construire purgée de tout recours de tiers, est assez classique. Pour gérer l'aléa d'un éventuel recours à cette autorisation, l'acquéreur cherchera le juste équilibre entre la sécurisation de l'autorisation et le délai nécessaire pour ladite obtention. La même problématique se pose pour un locataire qui souhaite exercer certaines activités au sein de locaux. Certes, un bailleur ne peut se libérer de son obligation de délivrance, mais dans l'hypothèse où l'activité du locataire nécessite des autorisations supplémentaires spécifiques, il est recommandé de réaliser en amont de la signature du bail, une étude de faisabilité d'obtention de ses autorisations.

## La sécurisation du projet

A la suite de la signature d'un contrat concernant un projet spécifique, il n'est pas inhabituel de prévoir des obligations

à la charge d'une partie. Nous pouvons penser ici à l'obtention de la conformité de l'autorisation de construire ou de certifications visant une certaine performance énergétique ou environnementale. Ces éléments ont fait partie de la valorisation par les parties du projet et, en conséquence, leur obtention correspond à l'accord global. La difficulté tient aux objectifs opposés des parties : le vendeur ou bailleur souhaite se libérer d'une obligation de faire et l'acquéreur ou le preneur souhaite disposer de l'ensemble des documents et autorisations pour son projet. A ce titre, les parties peuvent prévoir des mécanismes ayant une incidence sur le prix ou le loyer. Il en va ainsi de la mise en place d'un séquestre ayant pour objet de permettre à une partie de disposer d'une somme (qui de facto revient à une réduction du prix) pour réaliser les travaux nécessaires afin d'obtenir la conformité ou la certification recherchée. La négociation entre les parties portera en particulier sur le montant des sommes séquestrées. Une analyse aussi bien juridique que technique peut être utile afin d'évaluer aussi bien la faisabilité que le prix d'obtention d'un document. ■

**« Pour l'ensemble des projets immobiliers qui nécessitent l'obtention d'une autorisation ou la sécurisation d'une situation administrative satisfaisante ou nécessaire à leur bon déroulement, les acteurs du secteur immobilier tendent à rechercher la gestion du risque. »**



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](mailto:benjamin.bill@cms-fl.com)

# Règles d'urbanismes et aléas : la délicate conciliation entre règles d'urbanisme et dispositifs fiscaux incitatifs

Différents régimes incitatifs en matière de fiscalité immobilière reposent, le plus souvent à titre principal, sur l'obligation de transformer ou en tout cas d'affecter un bien immobilier à un usage conforme à celui ou ceux fixés par le législateur dans un délai prédéfini.

Cependant, la longueur des procédures administratives tend à multiplier les difficultés afférentes à la durée de la phase préparatoire d'une opération (I) ou tenant au respect des engagements pris (II).

## I. Des incitations fiscales souvent temporaires et parfois difficilement compatibles avec les périodes de conception et de préparation des opérations immobilières

Dans un contexte de raréfaction des terrains utilement constructibles, les acteurs (propriétaires et promoteurs) intègrent désormais fréquemment la fiscalité comme un paramètre de négociation de l'ensemble de l'opération.

Or, l'exigence pratique d'un pré-accord, par exemple sous la forme d'une promesse de vente, soumis à conditions suspensives impliquant nombre de démarches préalables et d'obtentions administratives (permis de construire pouvant impliquer ou non la modification du plan local d'urbanisme, « négociation » de l'affectation des différentes surfaces à construire ou réhabiliter, etc.) peut conduire à priver les parties de la faculté de soumettre l'opération à un régime fiscal pourtant applicable à la date de l'accord de principe.

Tel est notamment le cas des dispositions de l'article 210 F du Code général des impôts (CGI) qui permettent aux sociétés assujetties à l'impôt sur les sociétés de bénéficier d'un taux d'imposition favorable (19 % en lieu et place du taux de droit commun actuel de 25 %) à rai-

« Dans un contexte de raréfaction des terrains utilement constructibles, les acteurs (propriétaires et promoteurs) intègrent désormais fréquemment la fiscalité comme un paramètre de négociation de l'ensemble de l'opération. »

son des plus-values réalisées sur la cession de certains actifs immobiliers.

Ce dispositif au profit du vendeur visait initialement à favoriser la transformation d'immeubles d'activités en immeubles à usage de logement ; il a été au fil du temps élargi aux ventes de terrains à usage industriel ou de terrain à bâtir toujours sous condition de transformation (ou de construction) en immeuble à usage de logement. Les zones d'implantation concernées ont en revanche été réduites (zones A et Abis), tandis que le

délai exigé par la loi auprès de l'acquéreur pour achever les travaux de transformation n'a quant à lui jamais été réduit. Rappelons en effet qu'en principe, faute de respecter cet engagement dans les quatre ans qui suivent la date de clôture de l'exercice au cours duquel l'acquisition est intervenue, l'acquéreur encourt une pénalité actuellement égale au montant de l'économie d'impôt réalisée par le cédant.

Si la période d'application de ce régime a été prorogée ou renouvelée à plusieurs reprises – non sans être accompagnée de certaines adaptations – le principe et les modalités géographiques comme temporelles des renouvellements successifs ont pu s'avérer insuffisants ou inadaptés pour permettre à des projets déjà engagés de s'adapter.

En d'autres termes, il est délicat de développer un projet subordonné à une adaptation des règles d'urbanisme et à un accord avec les collectivités locales impliquées alors que la durée d'application du régime telle que prévue pendant la période des discussions fait peser une incertitude forte – à défaut de énième prorogation – sur son applicabilité au projet en discussion.

En pratique, les périodes d'application retenues conduisent soit à faire peser



Par **Pierre Carcelero**, avocat associé en fiscalité. Il traite notamment des dossiers d'acquisition et de restructuration de groupes immobiliers cotés et non cotés et les conseille sur leurs opérations.  
pierre.carcelero@cms-fl.com



Et **Christophe Frionnet**, avocat associé en fiscalité. Il conseille notamment les entreprises dans l'ensemble de leurs opérations. Il est chargé d'enseignement en matière de fiscalité immobilière à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne.  
christophe.frionnet@cms-fl.com

sur le cédant le risque d'avoir négocié une cession sur la base d'un régime qui aura disparu lors de la levée des conditions suspensives soit à faire peser sur l'acquéreur le risque de s'être engagé en considération d'un projet qui ne pourra pas être réalisé en l'état prévu.

On peut comprendre qu'aucune des deux parties ne soit disposée à assumer le risque correspondant même si, en pratique, la réduction du taux de droit commun de l'impôt sur les sociétés (passé de 33,33 % à 25 % depuis 2012) minore l'importance à la fois de l'intérêt et des risques inhérents à ce dispositif.

Les dispositions des 7<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> du II de l'article 150 U du CGI instituant des exonérations, le cas échéant, partielles en faveur des cessions de biens immobiliers par des personnes physiques à certains acquéreurs s'engageant à réaliser des logements sociaux appellent des remarques de même nature compte tenu des limites fixées à leur application à chaque reconduction successive.

Dans toutes ces situations, la durée – insuffisante - d'application du régime s'avère fréquemment un obstacle compte tenu du délai nécessaire à l'obtention d'un permis de construire définitif et purgé de recours.

## II. Des obligations et engagements dont le respect peut être mis en péril par des événements extérieurs

Les promoteurs ayant pris envers les cessionnaires des terrains constructibles ou envers leurs clients des engagements d'achèvement dans un délai déterminé peuvent, sans mauvaise volonté, se trouver empêchés pour des motifs étrangers à leurs projets (événements climatiques, Covid-19, pénurie de matériaux) de réaliser la construction de biens immobiliers dans les délais impartis.

**« L'administration fiscale, quelques temps avant la crise sanitaire, avait déjà admis d'octroyer des délais complémentaires dérogatoires dans des situations exceptionnelles proches de la force majeure. »**

L'administration fiscale, quelque temps avant la crise sanitaire, avait déjà admis d'octroyer des délais complémentaires dérogatoires dans des situations exceptionnelles proches de la force majeure.

Naturellement, la crise sanitaire a imposé la généralisation de la suspension des délais ; toutefois, dès après la période de suspension, les entreprises n'ont pas toutes été en mesure de relancer immédiatement les chantiers rencontrant fréquemment des problématiques de personnels, de sous-traitants et/ou de fourniture de matériaux.

Des mesures particulières ont été prises mais elles s'avèrent malheureusement trop ciblées et parfois insuffisantes en termes de délais octroyés.

En outre, elles ne s'appliquent pas/plus aux nouvelles opérations alors que les conditions actuelles ne permettent pas toujours aux entreprises de s'inscrire dans les délais fixés par le législateur.

Il en est particulièrement ainsi des dispositions relatives au dispositif PINEL (article 199 novovicies du CGI) dont le C du I prévoit que l'investisseur peut béné-

ficier d'un avantage fiscal si, entre autres conditions, le logement prévu est achevé dans un délai de trente mois suivant la signature de l'acte d'acquisition.

Dans de nombreuses situations mais en particulier dans le cadre de ce régime qui impose un délai particulièrement serré, le manque de terrains constructibles a contraint certains acteurs à ne plus pouvoir subordonner la signature des acquisitions à une clause suspensive de permis purgé de recours ce qui fait courir un risque important en cas de refus, contestation et, a fortiori, remise en cause du permis sollicité.

Les règles propres au dispositif PINEL mentionné précédemment présentent en outre la particularité de faire courir un délai distinct pour chaque vente/lot alors même que la construction de l'immeuble constitue un ensemble qui justifierait la référence à un délai uniforme.

Outre la problématique de l'achèvement qui doit être réalisé à temps, le dispositif PINEL dans sa version optimale sera désormais recentré le 1<sup>er</sup> janvier prochain sur les acquisitions de logements répondant à des caractéristiques environnementales et énergétiques particulières très strictes. Elles imposent aux promoteurs des contraintes propres au programme et dont la compatibilité avec celles imposées par les PLU ou par les surcoûts d'approvisionnement actuels peut s'avérer délicate.

Quand il s'agira de trouver un ou des successeurs à ces dispositifs incitatifs pour les investisseurs, et à l'heure où le marché pourrait marquer le pas, espérons que le principe fondamental de sécurité juridique inspire les pouvoirs publics dans un sens propice à leur application. ■

# Structures de détention immobilière étrangères : illustrations récentes de la méthode d'assimilation

L'assimilation des sociétés étrangères à des sociétés françaises est un exercice délicat. L'exercice se complique davantage lorsqu'il est question de véhicules régulés. Les affaires récentes « Sté Phoenix Union »<sup>1</sup> et « Société Invest Conseils »<sup>2</sup> le démontrent. Si l'arrêt « Sté Phoenix Union » illustre utilement la méthode d'assimilation dégagée par la décision « Artémis »<sup>3</sup>, le jugement « Société Invest Conseils » surprend sans convaincre.

## Affaire « Sté Phoenix Union » : illustration d'une méthode d'assimilation bien établie... jusqu'ici tout va bien

Les faits de l'espèce étaient simples : une société de droit suisse mettait à disposition gratuite de son associé deux appartements situés à Cannes ; cette mise à disposition gratuite des biens était conforme aux prévisions statutaires de la société dans la mesure où l'objet social prévoyait expressément cette faculté. Au regard de ses qualités juridiques, la société de droit suisse a été tout d'abord assimilée par l'administration à une société anonyme de droit français et, partant, à une société de droit français passible de l'impôt sur les sociétés. Puis, l'administration s'est fondée sur la notion d'acte anormal de gestion afin d'exiger l'imposition de loyers que la société aurait dû normalement percevoir de son associé.

La mise à disposition gratuite d'un bien immobilier par une société passible de l'impôt sur les sociétés constitue en effet une renonciation à recettes qui, lorsqu'elle est contraire à son intérêt social, doit être réintégrée dans ses bénéfices imposables.

Afin d'assimiler la société suisse à une société anonyme de droit français, l'Administration, suivie par les juges du fond,

« L'exercice d'assimilation commande d'analyser les caractéristiques de la société étrangère au regard des seules dispositions de droit civil et de droit des sociétés étrangers. Les règles de droit fiscal ou comptable applicables dans le pays de constitution du véhicule sont indifférentes. »

a ainsi étudié l'ensemble des caractéristiques juridiques propres de la société helvète et a notamment relevé sa nature de société de capitaux et la responsabilité de son associé limitée au montant de ses apports.

Saisi de cette affaire, le Conseil d'État a logiquement validé la méthode d'assimilation employée en rappelant le principe, aujourd'hui bien établi, posé par la jurisprudence Artémis : « Il appartient au

juge de l'impôt, saisi d'un litige portant sur le traitement fiscal d'une opération impliquant une société de droit étranger, d'identifier dans un premier temps, au regard de l'ensemble des caractéristiques de cette société et du droit qui en régit la constitution et le fonctionnement, le type de société de droit français auquel la société de droit étranger est assimilable. Compte tenu de ces constatations, il lui revient ensuite de déterminer le régime applicable à l'opération litigieuse au regard de la loi fiscale française ».

Le Conseil d'État a par ailleurs confirmé que le caractère civil ou commercial de l'objet social du véhicule étranger est indifférent pour l'analyse de comparabilité<sup>4</sup>. L'exercice d'assimilation commande, en effet, d'analyser les caractéristiques de la société étrangère au regard des seules dispositions de droit civil et de droit des sociétés étrangers qui en régissent la constitution et le fonc-

1. CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ch., 22 juill. 2022, n° 444942, Sté Phoenix Union Co.

2. TA Paris, 9 juin 2022, n°2010825/2-3, Société Invest Conseils.

3. CE 24 novembre 2014 n° 363556, Plén., Sté Artémis SA.

4. Le critère de l'objet social retenu dans la décision Sté Immobilière Saint-Charles (CE, 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> ss-sect., 24 mai 2006, n° 278737, Sté immobilière Saint-Charles) semble donc avoir été définitivement abandonné.



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



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

tionnement. Parmi ces différentes caractéristiques, le critère de la responsabilité des associés apparaît prépondérant. En revanche, les règles de droit fiscal ou comptable applicables dans le pays de constitution du véhicule sont indifférentes.

Force est de constater toutefois que cette grille d'analyse se complexifie en présence de véhicules régulés. A l'enveloppe juridique s'ajoute en effet un habit réglementaire répondant à des critères bien spécifiques.

**Décision « Société Invest Conseils » : analyse lacunaire des juges de première instance... rien ne va plus**

Dans cette affaire, une société française a formé une réclamation contentieuse afin d'obtenir l'application du régime mère-fille aux distributions reçues d'un véhicule d'investissement constitué sous la forme d'un *limited partnership* de droit écossais. La société considérait, en effet, que le véhicule écossais devait s'analyser en une société en commandite simple de droit français dont elle était associée commanditaire. Par suite du rejet de la réclamation l'affaire a été portée devant le tribunal administratif de Paris où l'administration a fait valoir que le véhicule écossais était assimilable à une société de libre partenariat.

Les juges du fond se sont rangés derrière la position de l'administration. Pour se faire, ils ont développé une analyse en deux temps.

– Dans un premier temps, conformément à l'analyse de la société requérante, ils ont conclu que le véhicule écossais devait être assimilé à une société en commandite simple en relevant qu'il (i) disposait d'une personnalité morale distincte de celle de ces associés, (ii) faisait cohabiter des associés commandités et des

**« Seule l'analyse des caractéristiques réglementaires spécifiques d'une société étrangère est de nature à permettre son assimilation à un véhicule réglementé de droit français. »**

associés commanditaires (iii) et que les commanditaires n'étaient responsables qu'à hauteur de leurs apports. Cette analyse, conforme à la méthode d'assimilation façonnée par le Conseil d'Etat, nous semble être la seule pouvant prévaloir.

– Dans un second temps, ils ont poussé l'analyse à une étape supplémentaire en soulignant le point suivant : « *Il est constant que le «partnership» dénommé Mezzanine Management Fund IV exerce une activité de fonds d'investissement. Il s'ensuit que s'il doit être assimilé [...] à une société en commandite simple, il doit plus précisément être regardé, au sein de cette catégorie, comme une société de libre partenariat* ». En d'autres termes, dès lors qu'il exerce une activité de fonds d'investissement, le véhicule écossais doit nécessairement s'analyser en une société de libre partenariat ; ces dernières étant des « Fonds Professionnels Spécialisés » constitués sous forme de société en commandite simple. L'activité exercée par le véhicule écossais semble donc être ici le seul critère ayant guidé le tribunal administratif dans ce second temps de leur réflexion.

Cette analyse manque, selon nous, de rigueur et ne convainc pas. Rappelons tout d'abord, s'il en est besoin, qu'une

société en commandite simple peut tout à fait « exercer une activité de fonds d'investissement » sans pour autant prendre l'habit d'un « Fonds Professionnel Spécialisé ». Il s'agit, dans ce cas, d'un « Autre FIA » qui relève du régime fiscal de droit commun et dont les distributions bénéficiant aux commanditaires sont, en principe, éligibles au régime mère-fille.

Seule l'analyse des caractéristiques réglementaires spécifiques d'une société étrangère est de nature, selon nous, à permettre son assimilation à un véhicule réglementé de droit français. A ce titre, l'administration elle-même fournit dans sa doctrine officielle<sup>5</sup> une liste précise des critères de comparabilité permettant une telle assimilation en matière de retenue à la source. Ils sont au nombre de quatre concernant les « Fonds Professionnels Spécialisés » :

- existence d'un agrément ou d'un enregistrement auprès d'une autorité de tutelle ;
- existence d'un dépositaire soumis à une surveillance prudentielle et répondant à certaines obligations ;
- existence d'une société de gestion agissant par délégation du fonds ou, à défaut, existence de moyens humains techniques au niveau du fonds pour le gérer ;
- certification des comptes par un CAC.

Au cas particulier, l'analyse retenue par le tribunal administratif de Paris ne nous paraît pas satisfaisante dans la mesure où, selon nous, cette analyse réglementaire aurait dû également porter sur ces quatre critères d'ordre réglementaire. S'agissant de la distinction « Autre FIA » et « Fonds Professionnels Spécialisés », le critère déterminant devrait être l'existence d'un agrément ou d'un enregistrement du véhicule écossais auprès d'une autorité de tutelle locale. ■

# Loyers commerciaux : plafonnement de la variation de l'ILC

La loi n°2022-1158 du 16 août 2022 pour la protection du pouvoir d'achat<sup>1</sup> comprend trois volets principaux : la protection du niveau de vie des ménages, la protection des consommateurs et la souveraineté énergétique.

Une des mesures importantes du volet relatif à la protection du niveau de vie des Français est le « bouclier » concernant l'augmentation de l'indice des loyers commerciaux (indice ILC). Ce dispositif est instauré par l'article 14 de la loi.

A titre préliminaire, il convient de rappeler que l'indice ILC a déjà connu une modification importante cette année. L'indice ILC était en effet historiquement calculé à partir de trois composantes :

- l'indice des prix à la consommation, à hauteur de 50 % ;
- l'indice des coûts de construction, à hauteur de 25 % ; et
- l'indice du chiffre d'affaires dans le commerce de détail à hauteur de 25 %.

Or, l'intégration dans le calcul de l'ICAV du e-commerce, en plein essor particulièrement depuis la crise du Covid-19, favorisait manifestement les variations à la hausse de l'ILC.

Un décret en date du 14 mars 2022<sup>2</sup> a donc supprimé le « chiffre d'affaires du commerce de détail » de la composition de l'ILC. Le calcul de l'ILC n'intègre désormais plus que l'indice des prix à la consommation, à hauteur de 75 %, et l'indice du coût à la construction à hauteur de 25 %.

Toutefois, cette mesure s'est révélée insuffisante pour protéger les locataires des variations de loyers compte tenu du contexte inflationniste. L'étude d'impact de la loi du 16 août 2022 souligne le fait que cette loi s'inscrit dans un contexte macroécono-

« Une des mesures importantes du volet relatif à la protection du niveau de vie des français est le «bouclier» concernant l'augmentation de l'indice des loyers commerciaux (indice ILC). »

mique de la hausse des prix à la consommation. En juillet 2022, selon l'INSEE, la hausse de l'inflation a atteint en France 6,1 % sur un an, un niveau inconnu depuis 1985.

C'est dans ce contexte que le législateur a introduit un dispositif de limitation de la variation de l'indice ILC.

## Un champ d'application du « bouclier » restreint

Le champ d'application du dispositif est restreint dans ses aspects temporel et matériel. Il ne s'applique que pour les indexations réalisées sur la base des indices du 2<sup>e</sup> trimestre 2022 au 1<sup>er</sup> trimestre 2023.

Il est par ailleurs réservé uniquement aux PME :

- employant moins de 250 salariés ; ou
- dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros.

Les indices ILAT et ICC sont de fait exclus du dispositif. L'actualisation des loyers que l'on rencontre fréquemment dans les baux

en l'état futur d'achèvement n'est à l'évidence pas affectée par ce nouveau dispositif.

Le plafonnement prévu sera définitivement acquis pour l'avenir. L'article 14 prévoit ainsi expressément que les indexations postérieures ne pourront pas prendre en compte la part de variation de l'ILC supérieure à 3,5 % sur cette période. Les indexations à venir devront donc être réalisées en prenant pour base de calcul le loyer résultant du plafonnement.

## Une incertitude sur la sanction en cas de non-respect du « bouclier »

Une incertitude importante demeure autour de ce dispositif d'urgence. En effet, le législateur n'a pas prévu de sanction en cas de non-respect du plafonnement. A l'heure actuelle, il est à notre avis impossible d'affirmer que l'article 14 de la loi du 16 août 2022 serait d'ordre public en l'absence d'indication expresse sur ce point dans le texte de la loi.

Il appartiendra donc aux tribunaux de se prononcer sur le caractère d'ordre public ou non du texte.

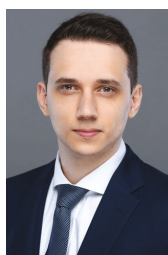
La prudence invite toutefois les bailleurs à ne pas prévoir de stipulation contraire à l'article 14 de la loi du 16 août 2022. Le risque étant à notre avis pour les bailleurs, de s'exposer, même si elle n'est pas prévue par la lettre du texte, à une action du preneur en restitution des loyers trop perçus, sous réserve du respect de la prescription de cinq ans (art. 2224 C. civ.). ■

1. Loi n° 2022-1158 du 16 août 2022 portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat.

2. Décret n° 2022-357 du 14 mars 2022 modifiant le décret n° 2008-1139 du 4 novembre 2008 relatif à l'indice national trimestriel des loyers commerciaux



Par **Aline Divo**, avocat associé en droit immobilier. Elle intervient dans tous les domaines du droit immobilier et notamment dans la rédaction, la négociation et le contentieux des baux commerciaux, tant côté locataire que côté bailleur. Elle est coauteure des « Mémentos Experts Francis Lefebvre Baux commerciaux et Gestion immobilière ». [aline.divo@cms-fl.com](mailto:aline.divo@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)

# Dispositifs temporaires de défiscalisation immobilière : des prorogations quasi actées, d'autres encore espérées

Le compte à rebours touchait à sa fin pour quelques dispositifs fiscaux incitatifs du secteur immobilier. Alors qu'aucune mesure n'était contenue dans le projet de loi de finances initial pour 2023, c'est par voie d'amendements que les parlementaires ont eu à se prononcer sur certains régimes expirant fin 2022. Ces prorogations ont été reprises par l'Exécutif lors de l'adoption de la première partie du PLF par la voie de l'article 49.3 de la Constitution. Même si la procédure parlementaire se poursuit, on devrait donc sans surprise pouvoir notamment compter sur la poursuite :

– des exonérations temporaires de plus-values immobilières en faveur du logement social (7° et 8° du II de l'article

150 U du CGI) et de la réduction d'impôt « Malraux » en faveur des immeubles situés dans certaines zones de quartiers anciens dégradés (QAD) ou présentant une concentration élevée d'habitats dégradés (NPNRU) (jusqu'au 31/12/2023) ; – de l'exonération des plus-values réalisées lors de la cession d'un droit de surélévation (prévue au 9° du II de l'article 150 U du CGI) (jusqu'au 31/12/2024). De même, la réduction d'impôt pour réalisation de travaux de réhabilitation et de confortation de logements anciens Outre-mer prévue à l'article 199 undecies A, 1-e du CGI qui s'appliquait aux travaux réalisés jusqu'au 31 décembre 2023 ira d'ores et déjà jusqu'au 31 décembre 2029.

En revanche aucune initiative n'a pour l'heure été prise pour proroger la réduction d'impôt « Censi-Bouvard » relative aux acquisitions d'immeubles destinés aux résidences services pour étudiants ou personnes âgées, secteurs dans lesquels les investissements sont pourtant considérés comme nécessaires. Sauf, espérons-le, modifications législatives d'ici là, les contribuables n'ont plus que jusqu'au 31 décembre prochain pour en bénéficier. Il en serait de même du dispositif d'abattement exceptionnel de 70 % (ou 85% dans certains cas) applicables, sous conditions, aux plus-values réalisées au titre des cessions de terrains à bâtir ou d'immeubles bâtis situés en zones tendues. ■

Par **Christophe Frionnet**, avocat associé en fiscalité.  
christophe.frionnet@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 1680 du 28 novembre 2022  
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 - Papier 100 % PEFC (0 % recyclé)  
provenance = Autriche  
PTot = 0,04 kg/tonne -  
N° commission paritaire : 0927 T 83 896

