

La lettre de L'IMMOBILIER

Lundi 12 juin 2023

Option
Finance

Editorial

Cette nouvelle édition de la Lettre de l'Immobilier est consacrée aux enjeux juridiques et fiscaux de l'immobilier géré.

L'évolution rapide et protéiforme des modes d'occupation des constructions oblige les opérateurs à suivre avec attention la législation, dont il s'agit aussi bien de connaître l'état précis à un moment donné que d'anticiper les modifications adoptées pour accompagner les nouveaux besoins.

Dans le secteur résidentiel où émergent des besoins nouveaux de partage (*coliving*) et de prestations de services, les opérateurs doivent trouver la voie entre une réglementation (notamment Code de l'urbanisme) consacrant une vision dichotomique des destinations liées à l'habitation et l'hôtellerie et la loi d'ordre public du 6 juillet 1989 relative aux baux d'habitation imposant des contraintes de durée et d'encadrement du loyer inconciliables avec des produits hybrides de location partagée avec plus ou moins de services. La diversité des offres dans le marché du *coliving* – taille des résidences, services proposés, etc. – ne simplifie pas les choses.

Dans le secteur des résidences avec services, des problématiques similaires se rencontrent, imposant de concilier rigidité des règles d'urbanisme, caractéristiques techniques du local et modes d'occupation.

Outre les enjeux résultant de la réglementation (Code de l'urbanisme et PLU locaux), ces modes d'occupation posent des questions concernant l'organisation même de l'occupation des locaux par le(s) utilisateur(s). Ainsi, les parties devront choisir entre différents types de contrats (civil, commercial, mandat de gestion, contrat de prestation de services, etc.), parfois eux-mêmes source de contraintes juridiques et économiques (comme l'encadrement des loyers).

De son côté, le développement du télétravail, accéléré par la crise du Covid-19, conduit certaines entreprises à vouloir – au moins temporairement – redimensionner leur mode d'occupation de l'espace de bureaux et à chercher de la flexibilité, sans pour autant recourir au *cwoking* qui, depuis plusieurs années, fait partie des modes d'occupation intégrés par les acteurs de l'immobilier et connaît une multiplication et une diversification des offres.

Toutefois, un tel changement ne pourra en principe s'envisager pour le locataire que dans la durée, compte tenu des contraintes du statut des baux commerciaux, pourtant instaurées pour le protéger. En effet, au vu de la durée généralement ferme des baux consentis, toute flexibilité dans l'offre locative nécessitera un accord du bailleur.

Finalement, le choix du mode d'occupation des immeubles « gérés » devra aussi tenir compte des implications fiscales, tant en termes d'impôts directs que de TVA (ex : variation du taux selon le niveau de services des résidences proposées).

À ce jour, si les nouveaux modes d'occupation n'ont pas encore trouvé de régime légal adapté, on peut s'interroger sur la réelle pertinence de la création de nouveaux dispositifs ad hoc au regard de la rapide évolution des besoins.

Nous vous souhaitons une bonne lecture. ■

Par Benjamin Bill, avocat associé

Dossier

Résidences avec services : quelles sont les frontières ?

- Diversité des résidences services au regard des règles de destination p. 2
- L'organisation juridique de la relation entre le bailleur et le preneur p. 4
- Peut-on loger des résidences services dans tout type de fonds immobilier ? p. 5
- Résidences services : la nécessité d'une véritable activité économique p. 6
- Résidences services: un régime fiscal à géométrie variable pour les investisseurs p. 7
- Le coworking et la fiscalité locale : une activité aux multiples visages p. 8
- Vers une redéfinition des critères de taxation à la TVA dans la para-hôtellerie ? p. 9

Actualités

- Projet de loi d'industrie verte et suite de la loi d'accélération des ENR : Que retenir des dernières actualités du droit de l'environnement ? p. 10
- Inflation et baux commerciaux : vers la redécouverte du mécanisme de la révision légale du loyer commercial ? p. 11
- Article 2334 du Code civil et financement des énergies renouvelables : entre avancée et complexité p. 12

Ce supplément est réalisé par les avocats de

CMS Francis Lefebvre

Supplément du numéro 1707
du 12 juin 2023

Diversité des résidences services au regard des règles de destination

La question de la qualification de la destination des résidences services met en exergue la porosité des frontières des destinations reconnues par le Code de l'urbanisme. Le rattachement à telle ou telle destination dépendra en effet d'une analyse fine du mode d'exploitation de la résidence et plus particulièrement de la combinaison des paramètres services/modalités d'occupation.

L'enjeu est d'importance. Ce travail de qualification déterminera en effet la faisabilité du projet au regard des destinations autorisées ou soumises à condition dans la zone concernée ou encore écartera ou non l'assujettissement à une obligation de réalisation de logements locatifs sociaux.

2 **La *summa divisio* des résidences services**

Il sera rappelé que, depuis la réforme des destinations entrée en vigueur en 2016 (*R. 151-27 du Code de l'urbanisme et l'arrêté du 10 novembre 2016 modifié*), la qualification de ces résidences s'inscrit désormais dans une *summa divisio*. Ces résidences relèvent de l'une ou l'autre des destinations : Habitation ou Commerce avec activité de service. Le rattachement à une catégorie de constructions d'intérêt collectif (« équipements d'intérêt collectif et services publics ») ne sera plus possible puisque cette catégorie est destinée à être réservée à des établissements soumis à des régimes spécifiques (établissements médico-sociaux).

Les deux destinations identifiées sont elles-mêmes divisées en deux sous-catégories (sous-destinations) :

Logement ou hébergement pour la destination « habitation » ;

« Ce travail de qualification déterminera en effet la faisabilité du projet au regard des destinations autorisées ou soumises à condition dans la zone concernée ou encore écartera ou non l'assujettissement à une obligation de réalisation de logements locatifs sociaux. »

Et hôtels ou autres hébergements touristiques pour ce qui est de la destination « commerce et activités de service ».

Plus précisément, le logement se définit comme les constructions destinées au logement principal, secondaire ou occasionnel des ménages à l'exclusion des hébergements couverts par la sous-destination « hébergement ».

L'hébergement recouvre quant à lui les constructions destinées à l'hébergement dans des résidences ou foyers avec services (maisons de retraite, résidences universitaires).

Les « hôtels » recouvrent les constructions destinées à l'accueil de touristes dans des établissements commerciaux qui offrent à une clientèle de passage qui, sauf exception, n'y élit pas domicile, des chambres ou des appartements meublés en location, ainsi qu'un certain nombre de services.

Les « autres hébergements touristiques » sont les constructions autres que les hôtels destinées à accueillir des touristes, notamment les résidences de tourisme et les villages de vacances.

La combinaison des critères de classification des constructions

Les indices de classification sont multiples et se combinent pour conduire à l'élaboration d'un tableau à plusieurs entrées.

Dans un premier temps, sont concernés les services. Les services proposés caractérisent-ils une activité hôtelière ? Le Code de l'urbanisme vise en effet « *un certain nombre de services* » pour définir les hôtels. Ces services ne sont pas expressément énumérés mais les services caractérisant une activité hôtelière au sens de l'article L.261-D du Code général des impôts (TVA) servent de référence à l'Administration (Fiche technique 6 Réforme des destinations). Il s'agit des services suivants : la réception même non personnalisée de la clientèle, le nettoyage régulier des locaux, la fourniture de linge de maison et le petit-déjeuner.

Les services sont-ils imposés et inclus ou sont-ils à la carte, voire tellement à la carte qu'ils disqualifient toute activité commerciale hôtelière et font dès lors relever l'activité de la simple location de meublés de tourisme ? Ainsi, la proposition optionnelle



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



Et **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

et théorique de certains des services n'apparaît donc pas suffisante pour conclure à une exploitation hôtelière et pourra qualifier une autre forme d'hébergement touristique. Dans un second temps, l'affectation à une population déterminée (étudiants ; personnes âgées) combinée à l'existence de services communs non individualisés spécifiquement adaptés à cette catégorie de population (accueil permanent et personnalisé ; personnel spécifique attaché à la résidence ; espaces communs ; surveillance...) caractérisera l'existence d'un hébergement. Les résidences services prévues par l'article L.631-13 du Code de la construction et de l'habitation ou toute autre résidence répondant à ces conditions particulières d'exploitations sont concernées. Ainsi, l'existence de services ne définit pas systématiquement une activité de type hôtelier ou touristique. Le caractère dédié de la résidence et les conditions d'occupation priment donc dès lors toutefois que l'occupation présente une certaine pérennité.

Enfin, la durée de l'occupation importe. Les hôtels et hébergements touristiques sont destinés à accueillir une clientèle de passage. Aucune précision n'est apportée sur la durée de ce passage. Cette durée est bornée par des frontières extrinsèques : d'une part, le Code du tourisme se réfère pour qualifier les meublés de tourisme à une location à la journée, semaine ou au mois (*« les meublés de tourisme sont des villas, appartements ou studios meublés, à l'usage exclusif du locataire, offerts à la location à une clientèle de passage qui n'y élit pas domicile et qui y effectue un séjour caractérisé par une location à la journée, à la semaine ou au mois ».*).

« Les résidences services prévues par l'article L.631-13 du Code de la construction et de l'habitation ou toute autre résidence répondant à ces conditions particulières d'exploitations sont concernées. »

D'autre part, la loi du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs définit la résidence principale comme le logement occupé au moins huit mois par an. Le seuil entre l'occupation pérenne caractérisant le logement des ménages et l'occupation de passage se situe donc entre ces deux frontières. Ainsi, des services pourront également accompagner les constructions destinées au logement principal ou secondaire (dès lors que l'occupation est exclusive). La résidence services sera alors à destination d'habitation. Bien évidemment, la durée de l'occupation déterminera également la soumission ou non de la résidence à la législation des établissements recevant du public. Le droit de l'urbanisme exige, on le voit, un travail de qualification sur mesure. ■

L'organisation juridique de la relation entre le bailleur et le preneur

Au-delà des problématiques qui peuvent se poser au niveau de la destination au sens du droit de l'urbanisme pour les activités des résidences avec services, la relation contractuelle entre le propriétaire et l'occupant de l'immeuble suscite aussi des interrogations.

Il en va ainsi du coworking, qui peut être défini comme le fait pour des professionnels de partager le même espace de travail. A cela s'ajoutent en principe des prestations de services à destination des utilisateurs dudit espace de travail. En pratique, et pour assurer la cohérence et l'harmonie de l'espace de travail partagé, le propriétaire fera appel à une entreprise du secteur. Le support contractuel de cette première relation sera dans la majorité des cas un bail commercial entre le propriétaire et ladite entreprise. Cette dernière conclura ensuite des contrats avec les utilisateurs finaux. Ces contrats sont de nature hybride dans la mesure où l'objet comprend, d'une part, la mise à disposition de locaux et, d'autre part, la fourniture d'un certain nombre de services. On peut penser à la mise en place d'un contrat de prestation de services ou un contrat de sous-locations.

S'agissant du coliving, il convient tout d'abord de préciser que ce terme regroupe des modes d'occupation et des réalités variés et différents. A ce jour, il n'existe aucun régime légal spécifique applicable au secteur du coliving. Tout dépendra de la destination des locaux et des modalités d'exploitation choisies mais aussi des services proposés (à ce titre, on pense notamment aux services de conciergerie, de ménage, etc.). La relation entre les occupants et l'exploitant des locaux dépendra également de la durée des contrats. A titre d'exemple, des contrats de courte durée peuvent engen-

drer des incompatibilités avec la destination habitation de l'immeuble. Ainsi, peut être envisagée la conclusion de baux meublés ou mobilité. Le propriétaire peut également décider de ne pas exploiter directement et confier l'exploitation à un tiers.

S'agissant des résidences avec services, qui sont en quelque sorte un autre mode d'exploitation du coliving, les mêmes questions et interrogations se posent. Le montage contractuel entre le propriétaire et l'exploitant s'articulera principalement autour du choix entre la conclusion d'un bail commercial ou d'un mandat de gestion. Le choix n'est pas anodin dans la mesure où il existe des différences notables : d'une part, la durée (encadrée pour le bail commercial, laissée à la discrétion des parties pour le mandat) ; d'autre part, la détention du fonds

de commerce. Celui-ci sera détenu par l'exploitant dans le cadre d'un bail commercial alors qu'il restera chez le propriétaire dans le cadre d'un mandat de gestion. Un point d'attention pour les propriétaires : dans le cas de figure du mandat de gestion, le propriétaire devra être structuré sous forme de SAS ou SARL puisqu'il détient le fonds de commerce alors qu'en présence d'un bail commercial, le propriétaire pourra être structuré également sous forme de SCI. Dans la relation contractuelle, le bailleur percevra un loyer fixe et pourra imputer au tiers exploitant, en sa qualité de preneur, les charges et réparations afférentes aux locaux loués, sous réserve des limites prévues par la réglementation. En revanche, dans le cadre du mandat de gestion, le propriétaire percevra en principe une redevance versée par le prestataire en fonction notamment du chiffre d'affaires réalisé. On peut aussi envisager une garantie de performance à la charge du prestataire, pouvant le cas échéant conduire à la résiliation du contrat. La mise en place d'un régime juridique spécifique au coliving pourrait être souhaitable afin de mieux accompagner son développement et prendre en compte la variété de ses modes d'exploitation. ■

« Ces contrats sont de nature hybride dans la mesure où l'objet comprend, d'une part, la mise à disposition de locaux et, d'autre part, la fourniture d'un certain nombre de services. »



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

Peut-on loger des résidences services dans tout type de fonds immobilier ?

Qui dit « résidences services » dit location meublée - activité réputée commerciale au plan fiscal - assortie de prestations de services accessoires. Or, ces activités ne sont pas toujours compatibles avec les contraintes réglementaires ou fiscales auxquelles sont soumis certains fonds immobiliers.

Les sociétés d'investissement immobilier cotées, SIIC

Les SIIC et leurs filiales ayant opté pour le régime de l'article 208 C du Code général des impôts (CGI) doivent avoir pour objet principal l'acquisition ou la construction d'immeubles en vue de la location.

N'étant pas soumises à une exclusivité d'objet, elles peuvent exercer des activités autres que celles répondant à leur objet principal, sans perdre le bénéfice de leur exonération fiscale.

Cette souplesse les autorise à détenir et louer des meubles équipant des résidences services, voire à assurer elles-mêmes les prestations de services accessoires en lien avec ces résidences.

Il reste que l'exonération d'impôt sur les sociétés (IS) ne s'étend ni aux revenus tirés de la location meublée ni aux autres activités dites « accessoires », pour lesquelles la valeur brute des actifs utilisés ne doit pas excéder 20 % du total de l'actif brut de la société¹.

Les organismes de placement collectif en immobilier, OPCI

Les OPCI sont soumis à une condition stricte d'objet, qui leur interdit d'envisager une activité autre que locative, même accessoire.

La liste des actifs qu'ils peuvent détenir, définie de façon stricte par le Code monétaire et financier (immeubles, droits réels immo-

« Ces activités ne sont pas toujours compatibles avec les contraintes réglementaires ou fiscales auxquelles sont soumis certains fonds immobiliers. »

biliers et titres de filiales ou fonds immobiliers) a été élargie² aux « *meubles meublants, biens d'équipement ou biens meubles affectés (aux) immeubles et nécessaires au fonctionnement, à l'usage ou à l'exploitation de ces derniers par un tiers* » ce qui les autorise à pratiquer la location meublée.

Le régime fiscal de cette activité diffère selon la structure retenue.

Pour les OPCI constitués sous forme de SPPICAV, l'exonération d'IS, totale, couvre aussi bien les revenus des immeubles loués nus que ceux loués meublés. Pour les OPCI constitués sous forme de FPI, leur régime de transparence fiscale impose de distinguer les revenus des immeubles loués meublés (taxés dans la catégorie des bénéfices industriels et commerciaux) de ceux loués nus (taxés dans la catégorie des revenus fonciers). Quant aux filiales d'OPCI soumises au régime SIIC, elles sont taxées à l'IS sur les revenus issus de la location meublée.

Les sociétés civiles de placement immobilier, SCPI

Comme les OPCI, les SCPI ne peuvent exercer une activité autre que locative, même accessoire. La liste des actifs qu'elles peuvent détenir est encadrée encore plus strictement et n'a pas été étendue aux « *meubles meublants, biens d'équipements ou biens meubles affectés aux immeubles* ». Oubli ? Volonté de privilégier les OPCI ? Elar-

gisement jugé inutile (les SCPI pouvant déjà acquérir les « équipements ou installations nécessaires à l'utilisation des immeubles ») ? Cette dernière hypothèse ne convainc pas, car la liste des équipements nécessaires à l'utilisation des immeubles³ n'a jamais inclus les meubles meublants.

En l'état, les SCPI restent donc cantonnées à l'acquisition des murs de résidences services.

Autres structures

Pour les sociétés civiles immobilières, l'exercice d'une activité commerciale n'est pas compatible avec leur translucidité fiscale, sauf à ce que les recettes de nature commerciale n'excèdent pas 10 % de leurs recettes brutes annuelles⁴, ce qui leur offre une (petite) fenêtre de diversification dans la location meublée.

Enfin, pour les sociétés à objet strictement immobilier⁵ éligibles comme support en UC des contrats d'assurance-vie, la décision d'investir dans des résidences services devra être envisagée avec précaution, leur patrimoine devant être exclusivement composé d'immeubles bâties ou de terrains. ■

1. BOI-IS-CHAMP-30-20-10 n°360.
2. Loi n°2015-990 du 6 août 2015, article 139.

3. BOI-IS-CHAMP-20-10-20 n°480.

4. BOI-IS-CHAMP-10-30 n°320.

5. Code des assurances, articles R. 131-1, I, 2° et R. 332-2, 9° bis.



Par **Anne-Sophie Rostaing**, avocat associé en fiscalité. Elle intervient auprès des entreprises et des acteurs de l'immobilier, tant en matière de conseil que de contentieux.
anne-sophie.rostaing@cms-fl.com



Et **Léa Hadjadj**, avocate en banque & finance. Elle est spécialisée en réglementation bancaire et financière et intervient principalement dans les domaines de l'assistance des entités bancaires et financières.
lea.hadjadj@cms-fl.com

Résidences services : la nécessité d'une véritable activité économique

C'est une question désormais classique dans les choix d'investissements que de savoir si les activités d'exploitation de résidences de services constituent des activités professionnelles. Une telle qualification n'est pas neutre en matière de droits de mutation à titre gratuit, d'impôt sur la fortune ou bien encore d'impôt sur le revenu au regard des régimes de sursis ou de report d'imposition. Dans les trois situations, il est fait référence à l'exercice d'une activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale, agricole ou financière et sont exclues les activités de gestion pour compte propre d'un patrimoine mobilier ou immobilier.

Dans un récent arrêt du Conseil d'Etat du 19 avril 2022, (n°442946) pris pour l'application de l'article 150-0 B du CGI (sursis d'imposition des plus-values d'apport), il a été jugé qu'une activité de loueur en meublé ne peut être regardée comme un investissement à caractère économique que si cette activité de location est effectuée par le propriétaire dans des conditions le conduisant à fournir une prestation d'hébergement ou si elle implique pour lui, alors qu'il en assure directement la gestion, la mise en œuvre d'importants moyens matériels et humains.

C'est une grille de lecture intéressante que le Conseil d'Etat a ainsi établie qui renvoie à l'existence de prestations annexes à celle de la simple mise à disposition d'un logement

meublé ou en cas d'exploitation directe, à la mise en œuvre d'importants moyens matériels ou humains. Ces prestations peuvent être diverses, restauration, accueil, nettoyage, activités de loisirs, etc.

Cette grille de lecture est d'autant plus importante que depuis le 5 avril 2021, l'administration fiscale a exclu du bénéfice du régime de l'exonération de 75% (régime de l'article 787 B du CGI -donations dites Dutreil-), les donations ou successions portant sur les activités de locations meublées ou de locations d'établissements commerciaux ou industriels munis du matériel nécessaire à leur exploitation exercées en direct ou par l'intermédiaire de sociétés. Jusqu'à cette date, la doctrine administrative qui renvoyait à une position favorable prise en matière d'ISF, protégeait les contribuables mais elle a été rapportée par référence aux nouvelles règles en matière d'IFI.

En effet, sont notamment soumises à l'IFI les parts ou actions des sociétés à hauteur de la fraction de leur valeur représentative de biens ou droits immobiliers détenus directement ou indirectement par la société. Mais ne sont pas pris en considération les immeubles affectés à une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale. Ici encore, le dispositif exclue les activités de gestion de patrimoine immobilier propre et donc notamment selon l'admi-

nistration fiscale les activités de location de locaux meublés à usage d'habitation et les activités de loueurs d'établissements commerciaux ou industriels munis du mobilier ou du matériel nécessaires à leur exploitation. Toutefois, et il s'agit d'une exception à cette règle, les activités de location de locaux meublés à usage d'habitation et de loueurs d'établissements commerciaux ou industriels munis d'équipements nécessaires à leur exploitation peuvent, dans certains cas, être considérées comme commerciales pour l'application de l'exonération d'IFI prévue à l'article 975 du CGI, en application du V de cet article (BOI-PAT-IFI-30-10).

Ce dispositif exonère d'IFI, sous certaines conditions, les biens et droits immobiliers ainsi que les parts ou actions de sociétés ou organismes représentatives de ces mêmes bien ou droits actifs immobiliers, affectés à des activités et qui peuvent, en partie ou en totalité, être affectés à l'activité professionnelle principale du redevable et regardés comme l'outil de travail du redevable (actifs professionnels). ■

« Jusqu'à cette date, la doctrine administrative qui renvoyait à une position favorable prise en matière d'ISF, protégeait les contribuables mais elle a été rapportée par référence aux nouvelles règles en matière d'IFI. »

Par **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



Résidences services: un régime fiscal à géométrie variable pour les investisseurs

La fiscalité des revenus et cessions de tout ou partie des lots d'une résidence services dépend de leurs modalités de détention et d'exploitation. L'investisseur doit se poser les bonnes questions pour tirer le meilleur parti des opportunités fiscales que proposent les résidences services.

La création et l'exploitation des résidences services pose de nombreuses questions de qualification et de détermination des réglementations applicables en matière juridique. C'est également vrai en matière fiscale. Un investisseur particulier acquérant un lot d'une résidence services sera imposé sur ses revenus dans la catégorie des revenus fonciers s'il loue les murs nus (par exemple à l'exploitant de la résidence), ou se placera sous le régime de la location meublée non professionnelle (« LMNP ») ou de la location meublée professionnelle, ou encore dans celui du droit commun des bénéfices industriels et commerciaux en cas de location avec services (sous réserve de leur importance).

La structuration de l'investissement, un élément clé

Pour un particulier, la structuration de ce qui est fondamentalement un investissement dans de la pierre sera donc essentielle pour les conditions de détermination de ses revenus imposables (sans amortissement déductible en matière de revenus fonciers, avec amortissement en matière de location meublée ou de bénéfices commerciaux), pour les modalités d'utilisation de ses éventuels déficits (imputables ou reportables dans des conditions différentes selon que le revenu relève de la catégorie des revenus fonciers ou des bénéfices commerciaux), ainsi que pour les conditions d'imposition des plus-values à la sortie (possibilité de bénéficier du régime des plus-values immobilières avec exonération au bout de 30 ans en cas de location nue ou de LMNP). Moda-

« Modalités d'exploitation ou de location, et nature des conventions et des services rendus (ou non) seront les critères clés de la qualification de l'activité. »

lités d'exploitation ou de location, et nature des conventions et des services rendus (ou non) seront les critères clés de la qualification de l'activité. C'est vrai que l'investissement soit effectué en direct par un particulier, ou qu'il soit effectué par une société. Ainsi, une société civile immobilière non soumise à l'impôt sur les sociétés (« translucide ») pourra porter l'investissement en location nue (activité civile), mais non en location meublée ou avec services (activité commerciale).

Régime d'imposition et qualification de l'activité

Pour les groupes investissant dans les résidences services via des sociétés assujetties à l'IS, la qualification de l'activité sera également déterminante pour le régime d'imposition des plus-values sur les titres. Si la société a une activité de location (nue ou meublée), elle sera qualifiée de société à prépondérance immobilière et le résultat de cession

de ses titres sera taxable dans les conditions de droit commun (taux d'IS de 25 %). Si la société a une activité d'exploitation des lots dans lesquels elle a investi, en rendant des services suffisamment significatifs aux clients-occupants, les immeubles qu'elle possède pourront être considérés comme affectés à une activité d'exploitation commerciale et elle ne sera en principe pas à prépondérance immobilière : la plus-value de cession de ses titres sera alors éligible au régime de quasi-exonération des plus-values à long terme, avec un taux effectif d'imposition à l'IS de 3 %. On peut noter en revanche que dans un cas comme dans l'autre, en matière de droits de mutation, la cession pourra être soumise aux droits au taux de 5 % applicable aux sociétés immobilières, la loi fiscale poussant la subtilité jusqu'à proposer des définitions différentes de la prépondérance immobilière selon les impôts concernés.

Les résidences services offrent ainsi à l'investisseur de multiples choix et motifs de réflexion pour la structuration de son investissement, qu'il devra méditer attentivement s'il souhaite maîtriser la fiscalité qui s'appliquera aux revenus qu'il en tirera. ■



Par **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.
frédéric.gerner@cms-fl.com

Le coworking et la fiscalité locale : une activité aux multiples visages

Si l'essor de l'activité de coworking remonte maintenant à plusieurs années, la fiscalité locale peine encore à en définir un traitement uniforme.

La multiplication des offres d'espace de coworking témoigne du dynamisme de ce secteur. Les modalités de mise à disposition de ces espaces de travail partagés d'exercice peut varier tant par la durée de leur utilisation, qui va de l'occupation annuelle à la tarification horaire, que par le panel des services accessoires qui peut y être associé. La diversité des formules de coworking suscite plusieurs questions en matière de fiscalité locale.

La désignation du redevable de la CFE

La première d'entre elles concerne l'identification du redevable de la cotisation foncière des entreprises (CFE) à raison des espaces de coworking. En effet, la CFE est due par celui qui exerce au 1^{er} janvier de l'année une activité professionnelle non salariée, au titre des surfaces dont il a la disposition privative et exclusive. Or, qui de la société de coworking ou de l'utilisateur doit être considéré comme le véritable exploitant de ces espaces de travail partagés ?

Ainsi, la désignation du redevable de la CFE va dépendre des stipulations contractuelles qui vont permettre ou non la caractérisation du caractère privatif et exclusif de la disposition des locaux par l'utilisateur. Il s'agira notamment des clauses relatives à la durée de la mise à disposition, des locaux utilisés (fixité

du bureau attribué), de leur privatisation (bureau verrouillable), de leur accessibilité (existence de contrainte horaire d'ouverture et de fermeture du site).

La qualification des surfaces ...

La seconde question qui se pose en matière de *taxe annuelle sur les locaux à usage de bureaux, locaux commerciaux, locaux de stockage et surfaces de stationnement en Ile-de-France* (TSB)¹ est celle de la qualification des surfaces de coworking en bureaux ou en surface commerciale. De cette qualification va dépendre le tarif applicable à ces surfaces ainsi que le seuil d'assujettissement qui est de 100 m² pour les bureaux et de 2 500 m² pour les locaux commerciaux.

Si la cour administrative d'appel de Paris² a considéré que les surfaces de coworking relevaient des locaux à usage de bureaux, le tribunal administratif de Paris³ a jugé quelques jours plus tard qu'au contraire ces surfaces devaient être qualifiées de locaux commerciaux.

La contradiction n'est toutefois qu'apparente puisque l'examen des motivations de ces décisions révèle que la qualification commerciale est subordonnée à l'existence de prestations accessoires à la mise à disposition d'espaces de travail.

... et l'importance des prestations accessoires

C'est l'existence de ces prestations accessoires qui conduit à considérer que le contrat évolue d'une simple mise à disposition d'espace de bureau à une prestation commerciale plus globale (accueil, secrétariat, accès à des salles de réunion, à des espaces de détente, à un service de restauration, à des équipements télématiques, possibilité de recevoir ses propres clients, etc.).

On comprend aisément que les réponses apportées à ces deux questions vont dépendre de l'analyse par les juridictions d'un faisceau d'indices. Cette appréciation étant largement subjective, gageons qu'elle sera source de solutions contradictoires. Enfin, il importe de garder à l'esprit que les différentes taxes locales sont interconnectées :

la qualification de l'activité en TSB sera de nature à modifier le paramétrage servant à l'évaluation des bases imposables en taxe foncière et en CFE ou induire des régularisations en matière de taxe pour création de bureaux.

Le traitement du coworking en matière de fiscalité locale suppose donc un examen au cas par cas des contrats mais implique surtout une réflexion d'ensemble au regard de ses différentes composantes. ■

« Il importe de garder à l'esprit que les différentes taxes locales sont interconnectées. »

1. Article 231 ter du CGI.
2. CAA Paris, 5^e chambre, 10 novembre 2022,
21PA04670.
3. TA Paris, 29 novembre 2022, n° 2113114.

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



Vers une redéfinition des critères de taxation à la TVA dans la para-hôtellerie ?

La notion de « para-hôtellerie » regroupe toutes les formes de mise à disposition d'un local meublé ou garni, effectuées à titre onéreux et de manière habituelle, comportant en sus de l'hébergement au moins trois des prestations suivantes, rendues dans des conditions similaires à celles proposées par les établissements d'hébergement à caractère hôtelier exploités de manière professionnelle : le petit déjeuner, le nettoyage régulier des locaux, la fourniture de linge de maison et la réception, même non personnalisée, de la clientèle.

Découlant de l'article 261 D, 4° du Code général des impôts (CGI), ces critères pourraient être supprimés ou redéfinis à brève échéance. Le Conseil d'Etat examine en effet leur conformité au droit de l'Union européenne, sur saisine de la cour administrative d'appel de Douai (2 mars 2023, 4^e chambre, 22DA01547).

A la clé, peut-être une extension du champ de la taxation à la TVA et des droits à déduction qui y sont attachés au profit de certains bailleurs, mais aussi peut-être la sortie du dispositif pour d'autres.

Dispositions françaises et directive européenne, la nécessaire conformité

Pour comprendre, il faut rappeler que les dispositions françaises doivent être conformes à celles de l'article 135 de la directive 2006/112/CE, qui exonèrent les locations de biens immobiliers, nus ou meublés, à l'exception des « opérations d'hébergement telles qu'elles sont définies dans la législation des Etats membres qui sont effectuées dans le cadre du secteur hôtelier ou de secteurs ayant une fonction similaire ».

Le texte français actuel est le fruit de la réac-

tion à un précédent examen du même type par le Conseil d'Etat en 2001, qui avait alors conclu que le cumul des quatre prestations, alors imposé par la loi, méconnaissait le droit communautaire en restreignant excessivement la taxation.

Le législateur avait choisi de maintenir la liste des quatre services, mais en prévoyant que la fourniture d'au moins trois d'entre eux suffirait à rendre l'activité taxable.

Toujours pas conforme au droit de l'Union pour certains opérateurs, dont l'un a déjà obtenu gain de cause devant le tribunal administratif de Grenoble et dont un autre a réussi à convaincre la Cour de saisir le Conseil d'Etat pour avis.

La tendance semble générale. Le projet de directive européenne « VAT in digital age » (ViDA), envisage de soumettre systématiquement à la TVA certaines prestations d'hébergement proposées par l'intermédiaire de plateformes numériques (tel que Airbnb, Abritel, Booking, etc.).

La durée du séjour, au cœur des débats ?

Redéfinir les critères caractérisant les activités concurrentielles de l'hôtellerie pourrait donner un rôle important, mais pas décisif, à la courte durée du séjour.

La Cour de justice de l'Union européenne a validé la pertinence de ce critère dans une affaire mettant en jeu la législation bavaroise, tout en précisant que cette appréciation valait « en règle générale », n'excluant ainsi pas l'existence de cas dans lesquels le critère ne fonctionne pas (12 février 1998 aff. 346/95).

Le raisonnement *a contrario* conduit pour sa part à une conclusion inexacte. Le Conseil d'Etat a en effet jugé qu'il ne faut pas déduire

« Le législateur avait choisi de maintenir la liste des quatre services, mais en prévoyant que la fourniture d'au moins trois d'entre eux suffirait à rendre l'activité taxable. »

de cette affaire que les longs séjours ne caractérisent jamais des prestations para-hôtelières (CE 27 février 2006, n° 258807, 8^e et 3^e s.-s.).

Une réflexion générale sur de nouveaux critères pertinents en matière de para-hôtellerie paraît engagée. L'activité hôtelière a elle-même sensiblement évolué et les quatre services historiques du CGI sont peut-être datés. Ils présentent malgré tout l'avantage d'offrir une sécurité juridique appréciable par rapport à une appréciation globale sans critère objectif précis. De nombreuses analyses dans d'autres domaines que la TVA s'y réfèrent d'ailleurs officieusement pour se créer des points de repère. ■



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

Projet de loi d'industrie verte et suite de la loi d'accélération des ENR : que retenir des dernières actualités du droit de l'environnement ?

Le projet de loi « Industrie verte »

Présenté en Conseil des ministres du 16 mai 2023, le projet de loi Industrie verte ambitionne d'accélérer la réindustrialisation de la France pour en faire le leader européen de la transition écologique. Ce projet de loi s'articule autour de 15 mesures dont certaines concernent des dispositifs relatifs plus spécifiquement à la réhabilitation d'anciens sites industriels :

- il est notamment prévu d'élargir la procédure de tiers demandeur ou tiers intéressé prévue à l'article L.512-21 du Code de l'environnement qui permet à un tiers de se substituer à l'exploitant d'une Installation Classée pour la Protection de l'Environnement (ICPE) dans ses obligations de remise en état d'un site. Le projet de loi prévoit d'étendre cette faculté de substitution aux mesures de mise en sécurité qui doivent être déployées lors de la cessation d'activité. Par ailleurs, cette procédure de substitution pourra ne concerner qu'une partie des installations ;
- il est également prévu de supprimer l'obligation pour certaines ICPE de constituer des garanties financières pour la remplacer par des mesures permettant de sécuriser les sommes destinées à la mise en sécurité du site, dans les deux cas ciblés (liquidation et exploitation illégale). Ces mesures sont les suivantes : (i) Introduction des dépenses visant à assurer la mise en sécurité des ICPE dans la liste des créances à payer à leur échéance en cas de liquidation judiciaire ; (ii) séniorisation de la créance environnementale en cas de liquidation judiciaire de l'entreprise ; (iii) consignation de sommes en cas de non-respect des mesures conser-

« Le ministère de la transition écologique a soumis à la consultation publique le 22 mai 2023, et jusqu'au 13 juin 2023, un projet de décret et deux projets d'arrêté qui précisent les conditions d'application de l'article L.171-4 du CCH relatif à l'installation d'énergies renouvelables ou de végétalisation en toiture de certains bâtiments. »

vatoires imposées par l'Administration sans mise en demeure préalable.

Le projet de loi fera l'objet d'une étude plus approfondie dans une publication à venir.

Suites de la loi d'accélération des énergies renouvelables sur la solarisation des bâtiments

Le ministère de la transition écologique a soumis à la consultation publique le 22 mai 2023, et jusqu'au 13 juin 2023, un projet de décret et deux projets d'arrêté qui précisent les conditions d'application de l'article L.171-4 du CCH relatif à l'installation d'énergies renouvelables ou de végétalisation en toiture de certains bâtiments. Le calendrier et le champ d'application de cet article issu de la loi n°2021-1104 dite « loi climat et résilience » ont été modifiés et étendus par la loi n°2023-1104 dite « loi AER » aux bureaux, bâtiments administratifs, hôpitaux, équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, ainsi qu'aux bâtiments ou parties de bâtiments scolaires et universitaires.

Le projet de décret définit ainsi les travaux

de rénovation lourde prévus dans le champ d'application du nouveau dispositif.

Le premier projet d'arrêté précise la proportion de toiture devant être couverte par un système de production d'EnR ou un système de végétalisation. Il indique que ces obligations doivent ainsi être réalisées sur une surface de toiture au moins égale à :

- 30 % de la surface à compter du 1^{er} juillet 2023 ;
- 40 % à compter du 1^{er} juillet 2026 ;
- 50 % à compter du 1^{er} juillet 2027.

Le rapport minimal entre le coût de l'installation du système et le coût des travaux permettant de demander une exonération pour disproportion économique serait fixé à 15 %.

Le second projet d'arrêté est relatif aux caractéristiques des toitures végétalisées. Ces caractéristiques concernent l'épaisseur de substrat minimale, la capacité de rétention maximale en eau, le nombre minimal d'espèces végétales, la présence d'un point d'eau et d'un dispositif d'accès ainsi que la fréquence minimale d'entretien. ■

Par **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



Inflation et baux commerciaux : vers la redécouverte du mécanisme de la révision légale du loyer commercial ?

L'inflation « post-covid » a déjà marqué le droit des baux commerciaux avec la loi n° 2022-158 du 16 août 2022 pour la protection du pouvoir d'achat instaurant une mesure de « bouclier » destinée à limiter les hausses de loyers liées aux clauses d'indexation dans les baux commerciaux. Cette mesure temporaire était applicable à certains locataires de type « PME » en prévoyant que, pour les indexations réalisées sur la base de l'indice des loyers commerciaux (ILC) du 2^e trimestre 2022 au 1^{er} trimestre 2023, la variation de loyer ne devait pas dépasser 3,5 %. Elle devrait être reconduite jusqu'à fin mars 2024.

Ce dispositif exclut, de fait, de nombreux preneurs et tous les baux commerciaux faisant référence à l'indice du coût de la construction (ICC) ou à l'indice des loyers des activités tertiaires (ILAT). Toutefois, du fait des hausses importantes des indices ILC¹, ILAT et ICC ces derniers trimestres, de nombreuses actions en révision des loyers pourraient être initiées dans le futur sur le fondement de l'article L.145-39 du Code de commerce.

Rappel des conditions de mise en œuvre de la révision légale du loyer

Pour être mise en œuvre, la révision du loyer fondée sur l'article L.145-39 du Code de commerce suppose la réunion de deux conditions :

- la présence d'une clause d'indexation dans le bail ; et
- une augmentation ou diminution du loyer de plus de 25 % par rapport au loyer précédemment fixé (loyer initial, loyer de renouvellement, dernière révision du loyer, etc.)².

Certains baux prévoit une indexation du loyer en fonction de la variation de l'ICC sont

déjà susceptibles de remplir ces conditions. Il conviendra de surveiller également les évolutions prochaines des indices ILC et ILAT qui pourraient ouvrir des actions en révision des loyers sur le fondement de l'article L.145-39 du Code de commerce.

Lorsque les conditions de la révision sont réunies, l'une des parties au bail peut notifier à l'autre partie, sans condition de délai, une demande de révision par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par acte extrajudiciaire³. Cette demande précisera, à peine de nullité, le montant du loyer demandé. Sauf à ce qu'un accord intervienne entre les parties, il sera possible de saisir le juge des loyers commerciaux pour fixer le montant du loyer révisé. L'action en fixation du loyer révisé devra être introduite dans le délai de deux ans⁴, à compter de la demande de révision, soit à compter du jour de signification de l'acte extrajudiciaire ou du jour de l'expédition de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception⁵.

La pertinence d'une demande de révision du loyer dépendra de la valeur locative « statutaire » des locaux loués, laquelle est déterminée, à défaut d'accord entre les parties conformément à l'article L.145-33 du Code de commerce, d'après :

- « 1° Les caractéristiques du local considéré ;
- 2° La destination des lieux ;
- 3° Les obligations respectives des parties ;
- 4° Les facteurs locaux de commercialité ;
- 5° Les prix couramment pratiqués dans le voisinage ; »

Si cette valeur est inférieure au dernier loyer indexé, une action en révision du loyer pourrait s'avérer pertinente pour le locataire. A l'inverse, si la valeur locative « statutaire » est

supérieure au dernier loyer indexé, l'action en révision pourra être envisagée par le bailleur.

En cas de révision légale du loyer à la baisse, les clauses du bail encadrant le loyer de renouvellement et le lissage légal de la variation du loyer n'auront pas vocation à s'appliquer

Il peut être utile de rappeler que dans l'hypothèse d'une révision du loyer à la baisse, les stipulations du bail en matière de fixation du loyer de renouvellement, qui sont souvent favorables aux bailleurs, ne s'appliqueront pas⁶. De même, il ne sera pas fait application du mécanisme de lissage de 10 % qui avait été instauré par la loi Pinel. Cette solution est particulièrement favorable aux preneurs. Elle fait en revanche peser un risque important de perte de rendement pour les bailleurs. Ce sujet devra donc nécessairement être anticipé par les deux parties dans le cadre des négociations amiables à la suite d'une demande de révision. ■

1. Le décret n° 2022-357 du 14 mars 2022 avait pourtant modifié la formule de calcul de l'indice ILC en supprimant la composante « chiffre d'affaires du commerce de détail » et ce afin de contenir la hausse des loyers commerciaux.

2. Si le loyer est un loyer variable avec un loyer minimal garanti, sauf clause contraire, le loyer minimal garanti ne pourra faire l'objet d'une révision en application des dispositions de l'article L.145-39 du Code de commerce (en ce sens : Cass. civ. 3^e, 5 mars 2013, n° 11-28.461)

3. Article R. 145-25 du Code de commerce.

4. Article L.145-60 du Code de commerce.

5. Cass. civ. 3^e, 7 novembre 1990, n° 89-12922 / Cass. civ. 3^e, 13 février 2002, n° 00-17667.

6. TGI Paris, 7 novembre 2012, n° 10/09762



Par **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

Article 2334 du Code civil et financement des énergies renouvelables : entre avancée et complexité

L'article 2334 du Code civil dans sa rédaction issue de l'ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 prévoit que « *le gage peut avoir pour objet des meubles immobilisés par destination* ». Le rapport relatif à la réforme visait expressément dans les biens concernés par cet outil juridique « *les turbines, les transformateurs, les panneaux solaires et les autres équipements des parcs éoliens, des centrales solaires, etc.* ». Nous évoquerons quelques éléments à prendre en compte pour s'assurer de l'efficacité d'un tel gage en cas d'existence d'une hypothèque. Une première difficulté consiste en la possibilité même de consentir les deux sûretés : par exemple, dans le cas d'un financement immobilier au titre duquel une hypothèque est consentie aux banques finançant l'ac-

quisition lorsque, par la suite, le constituant souhaite installer des panneaux photovoltaïques sur l'immeuble et les faire financer par d'autres banques. Dans une telle configuration, l'hypothèque préexistante peut s'étendre à tout l'immeuble et ne pas permettre la constitution d'un gage sur les seuls panneaux photovoltaïques. Il convient donc, *ab initio* ou dans le cadre d'une demande de renonciation, d'obtenir des banques bénéficiant de l'hypothèque qu'elles autorisent la constitution du gage sur les panneaux photovoltaïques fixés sur l'immeuble hypothéqué.

Quant aux rangs des différentes sûretés, l'article 2334 du Code civil renvoie à l'article 2419 du Code civil pour déterminer le rang entre un gage et une hypothèque concurren-

rente : c'est la date de l'inscription qui déterminera le rang des sûretés. En pratique cela imposera à tout créancier envisageant de prendre une hypothèque ou un gage sur un bien susceptible d'être considéré comme un immeuble par destination de vérifier l'existence d'une inscription d'une sûreté tant sur l'état hypothécaire que sur le registre des gages.

Enfin, la question de l'exécution d'un gage et d'une hypothèque concurrente ne va pas sans poser des difficultés dans la mesure où les procédures civiles d'exécution ne prévoient pas de modalités particulières dans un tel cas. En pratique, les créanciers concurrents devront gérer cette problématique par des accords contractuels permettant une exécution concomitante des sûretés. ■

12



Par **Geoffrey Levesque**, avocat associé en droit bancaire et financier, responsable du financement de projet. Il accompagne des sponsors industriels et des fonds d'investissement ainsi que des prêteurs institutionnels. Il intervient notamment dans les domaines des infrastructures et de l'énergie.
geoffrey.levesque@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

@cms_fl

Option Finance

Supplément du numéro 1707 du Lundi 12 juin 2023

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

Impression : Megatop - Naintre - Papier 100 % PEFC (0 % recyclé)

provenance = Autriche

PTot = 0,04 kg/tonne -

N° commission paritaire : 0927 T 83 896



PEFC™ 10-31-1523 / Certifié PEFC / Ce produit est issu de forêts gérées durablement et de sources contrôlées. / pefc-france.org