

# LA LETTRE DE L'IMMOBILIER

Lundi 30 novembre 2020

## AU SOMMAIRE

### Dossier

#### Essor de la logistique, comment sécuriser vos opérations ?

- Financement d'un bâtiment logistique... se prémunir contre les défaillances p. 2
- La structuration des investissements fonciers via le Luxembourg est-elle toujours d'actualité ? p. 4
- Entrepôts et droit de l'environnement : analyse des prescriptions et des contraintes applicables p. 6
- Les impacts des prestations connexes à la mise à disposition d'entrepôts en matière de TVA et d'impôt sur les sociétés p. 8
- L'investisseur, l'ICPE, l'entrepôt... et les panneaux p. 10
- La logistique à l'épreuve de la subjectivité de la fiscalité locale p. 11
- Plateformes logistiques : déterminer son résultat de façon simplifiée et sécurisée p. 12

### Actualités

- Les bonnes pratiques pour les activités d'*asset management* et de *property management* dans le cadre de la gestion de fonds immobiliers p. 13
- Bail commercial et cas de force majeure : attention aux désillusions p. 15
- Retenue à la source sur dividendes versés aux organismes de placement collectif établis en dehors de l'UE : l'Administration précise les conditions d'exonération p. 16

**C/M/S' Francis Lefebvre**

Avocats

Supplément du numéro 1584 du 30 novembre 2020

## EDITORIAL

**T**rois milliards d'euros ont été investis dans le secteur logistique sur les trois premiers trimestres de l'année 2020. Comme nous l'avons évoqué dans notre précédent numéro, ce marché est robuste face aux effets économiques négatifs de la crise sanitaire, avec une demande placée de 2,1 millions de mètres carrés, 647 000 mètres carrés de chantiers en cours et un taux de rendement sur les actifs prime en contraction autour de 4 %, signe manifeste de l'intérêt grandissant pour cette classe d'actifs. Le développement constant du e-commerce, favorisé par les circonstances actuelles et des changements de modes de consommation des ménages, dynamise les projets d'infrastructures logistiques et attire toujours plus les investisseurs. 42 % des transactions ont à ce titre porté sur des programmes neufs « clé en main » au cours des trois premiers trimestres de l'exercice. Pratiquement 90 % des investissements dans le secteur logistique en France sont de provenance étrangère et leur structuration implique régulièrement plusieurs juridictions, notamment le Luxembourg. Ces montages d'optimisation, exigeants, sont parfois ambitieux et peuvent se confronter aux changements de réglementation ou de coopération entre les Etats. Pourtant, des schémas franco-français sont susceptibles de répondre aux contraintes et exigences de ces investisseurs, sous réserve d'en connaître les finesses et spécificités. En effet, implanter un bâtiment logistique en France peut s'avérer d'une complexité sophistiquée :

- la réglementation ICPE mérite une étude approfondie et ce d'autant plus que de nouvelles mesures post-Lubrizol entreront très prochainement en vigueur ;
- la qualification par l'administration fiscale de l'activité logistique peut en outre surprendre tant le propriétaire que l'exploitant d'un bâtiment logistique. L'activité légitimement considérée comme commerciale peut en effet être appréhendée comme une activité industrielle en matière de fiscalité locale ;
- en matière d'imposition directe, la méthode de détermination du résultat imposable de certains centres logistiques, proche de celle applicable aux prix de transfert (*cost plus*), repose sur une tolérance administrative dont le bénéfice implique un accord de l'administration fiscale ; et
- les groupes industriels étrangers installant un centre logistique en France doivent s'accommoder d'une définition évolutive de la notion d'établissement stable susceptible de déclencher une imposition à la TVA.

La structuration et le financement de l'acquisition ou du développement d'un bâtiment logistique révèlent enfin des spécificités stimulantes pour les financeurs et acteurs logistiques ainsi que leurs conseils.

Dans cette nouvelle édition de la Lettre de l'Immobilier, les équipes juridiques et fiscales des pôles immobilier et financement de CMS Francis Lefebvre Avocats vous apportent les clés d'une compréhension pertinente de l'environnement logistique. ■

Par Geoffrey Levesque, avocat conseil et Sadri Desenne-Djoudi, avocat

## Financement d'un bâtiment logistique... se prémunir contre les défaillances

**Malgré la crise sanitaire et ses effets sur l'économie, le marché des bâtiments logistiques reste dynamique. Au troisième trimestre 2020, 42 % des transactions ont porté sur le développement d'actifs neufs «clés en main», résultant notamment de l'essor continu du e-commerce. Le financement d'un bâtiment logistique présente des particularités et n'est pas sans risque, notamment lorsque les opérateurs affrontent des difficultés économiques ou financières.**



Par **Geoffrey Levesque**, avocat conseil en droit bancaire, 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



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

### **F**inancement de la construction d'un bâtiment logistique

Les modalités du financement d'un tel bâtiment diffèrent selon qu'il porte sur l'acquisition d'un actif existant ou sur la construction d'un nouvel entrepôt. Dans le premier cas, le prêteur finance un prix d'acquisition versé au vendeur par l'emprunteur en sa qualité d'acquéreur et le crédit est intégralement mis à la disposition de ce dernier à la date du transfert de propriété de l'entrepôt logistique construit et exploité. Dans le second cas, sur lequel nous porterons notre attention, le prêteur finance la construction d'un nouvel actif dans le cadre de la conclusion d'un contrat de vente en l'état futur d'achèvement (VEFA) : le crédit est progressivement mis à la disposition de l'emprunteur pour les besoins de cette construction tandis qu'un bail en l'état futur d'achèvement conclu avec le locataire vient idéalement sécuriser les loyers sur une période ferme.

La structuration et les modalités du financement d'un contrat de VEFA portant sur un actif logistique présentent des spécificités :

– la période de tirage du crédit doit être calibrée sur le calendrier des échéances de paiement par l'emprunteur du prix de la VEFA. La fréquence des tirages, ainsi que leur montant maximal, doivent donc être adaptés à ce calendrier incluant les différents jalons de construction (fondations, charpente, couverture etc.). Le cas échéant, un surdimensionnement de la période de tirage permet à l'emprunteur d'honorer ses obligations de paiement au titre du contrat de VEFA en cas de retard des travaux. Par ailleurs, certaines échéances du prix de la VEFA peuvent être dues à l'émission de certificats de conformité administrative ou environnementale, parfois obtenus

postérieurement à la levée des réserves et à la fin de période de construction. Un mécanisme de tirage ultime du crédit en fin de période de tirage, dont le produit est crédité sur un compte bancaire nanti au bénéfice du prêteur, viendra garantir le financement de ces échéances ;

– le suivi des flux de loyers, qui ne doivent pas être déconnectés du marché locatif, est par ailleurs fonda-

mental pour le prêteur dont le désintéressement dépend de la perception par l'emprunteur de ces flux. Un ICR (interests coverage ratio) ou DSCR (debt service coverage ratio) inclus dans le contrat de crédit lui permettra de les contrôler. Une attention particulière doit être portée sur ce qui est inclus dans leur calcul : – les loyers impayés du locataire sur une certaine durée en sont souvent exclus. Néanmoins, l'emprunteur est susceptible de disposer d'une trésorerie palliative suffisante et il

conviendrait de ne pas retenir une période d'impayés trop courte pour ne pas le sanctionner. De la même façon, dans l'intérêt de l'emprunteur, il conviendrait de ne pas exclure du calcul des ratios prospectifs les loyers prévisionnels en période de congé potentiel du locataire, l'emprunteur pouvant être pénalisé lorsqu'il est en cours de négociation de renouvellement du bail avec son locataire ;

– l'assiette de l'hypothèque ou du privilège de prêteur de deniers, octroyés au prêteur finançant le développement d'un bâtiment logistique, doit enfin être adaptée aux futurs projets de l'emprunteur portant sur son entrepôt. Il est en effet courant que des installations additionnelles, notamment des panneaux photovoltaïques, soient réalisées et exploitées sur la toiture de ces entrepôts. Lorsqu'il ne les finance pas et qu'elles s'incorporent dans l'immeuble, le prêteur n'a pas vocation à bénéficier d'une sûreté réelle sur

**«Le financement d'un bâtiment logistique présente des particularités et n'est pas sans risque, notamment lorsque les opérateurs affrontent des difficultés économiques ou financières.»**

ces constructions nouvelles, qui devront être exclues de l'assiette de la sûreté dans la documentation de financement.

### L'épreuve de la procédure collective

La bonne fin du financement tel qu'il est exposé ci-dessus peut être mise à mal par la défaillance de l'acheteur du bâtiment ou du preneur à bail de ce bâtiment dont les loyers doivent permettre à l'acheteur d'assumer le financement.

### Procédure collective du locataire

L'ouverture d'une sauvegarde, d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire aura pour effet de classer le bail en l'état futur d'achèvement parmi les contrats en cours. Pour mémoire, il s'agit des contrats en cours d'existence et d'exécution à l'ouverture de la procédure collective. Ainsi, le débiteur et les organes de sa procédure collective auront le droit de renoncer à la poursuite de l'exécution du contrat. Le choix entre poursuite ou cessation sera avant tout objectif et fondé sur deux critères :

- l'utilité du contrat pour le débiteur : le débiteur a-t-il un besoin opérationnel impérieux de ce contrat ? Peut-il trouver, à cette date, un service similaire à meilleur coût sur le marché ? ;
- la solidité financière du débiteur : peut-il payer les loyers correspondant à une occupation des locaux postérieure à la date de l'ouverture de sa procédure ?

Si le débiteur ou les organes de la procédure demandent la cessation de l'exécution, le juge-commissaire est censé avoir la possibilité de vérifier que cette cessation ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant. La portée de cette disposition reste obscure et sa mise en œuvre pourrait aboutir à une impasse.

Par ailleurs, en cas de cession de l'activité du débiteur, le bail pourra être transmis au repreneur si ce dernier le sollicite dans son offre de reprise. A ce titre, il doit être souligné que (i) le contrat transféré sera exécuté aux mêmes clauses et conditions par le repreneur qui n'aura été choisi ni par le propriétaire du bâtiment, ni par son financeur et que (ii) les clauses dites de «solidarités inversées» stipulant que le repreneur serait garant solidaire du paiement des

arriérés locatifs seront neutralisées.

### Procédure collective de l'acheteur

Dans ce cadre, si l'immeuble est inachevé, les contrats de construction, auxquels l'acheteur serait partie, seront considérés comme des contrats en cours. Il en ira de même pour le contrat de financement, si des sommes doivent encore être versées à l'acheteur.

Outre le risque d'arbitrage par le débiteur et ses organes (cf. ci-dessus), les contreparties de l'acheteur doivent continuer d'exécuter leurs obligations nonobstant toute éventuelle défaillance antérieure à l'ouverture de la procédure collective (source de créances antérieures «frappées» par le gel du passif

et l'interdiction des paiements). Les créances correspondantes bénéficieront du statut de créances régulières, postérieures et utiles à la procédure collective et conféreront à leur titulaire un droit à paiement et un rang de privilège significatif en cas de défaillance post ouverture de la procédure collective.

En cas de poursuite de l'activité du débiteur (plan de sauvegarde ou de redressement) les contrats seront poursuivis (sauf refus de poursuite de l'exécution, cf. ci-dessus) et seul le passif

général avant l'ouverture sera l'objet d'un moratoire judiciaire pouvant s'étendre sur une dizaine d'années. L'efficacité des sûretés prises est alors à questionner. Ainsi, schématiquement, celles constituées par le débiteur lui-même devraient être paralysées alors que celles octroyées par des tiers devraient, en principe, pouvoir être activées.

Ici comme ailleurs, le recours à une fiducie permettant d'isoler le bien immobilier, malgré des coûts notamment fiscaux, pourrait permettre de sécuriser plus efficacement une opération avec un acteur à la santé financière incertaine.

En cas d'adoption d'un plan de cession incorporant l'actif, le sort des sûretés immobilières prises sur le bien afin de garantir son financement devrait permettre de transférer au repreneur la charge des échéances à venir à compter de la signature des actes de cession.

A l'heure incertaine où aucune défaillance n'est à exclure, il est impératif d'anticiper la sécurisation de l'opération et, peut-être, d'accepter de recourir à des moyens plus coûteux mais aussi plus efficaces. ■



**Sadri Desenne-Djoudi**, avocat en droit bancaire. Il conseille et assiste des banques, des fonds ainsi que des institutionnels, français ou étrangers, dans le cadre de tous types d'opérations de financements, notamment transfrontalières. Il a développé une expertise particulière en matière de financements de projets et d'opérations immobilières.  
sadri.desenne-djoudi@cms-fl.com



et **Clémentine Quintard**, avocate membre de l'équipe Restructuring. Elle intervient en matière de prévention et de traitement amiable et judiciaire des difficultés des entreprises.  
clementine.quintard@cms-fl.com

# La structuration des investissements fonciers via le Luxembourg est-elle toujours d'actualité ?

**L'utilisation par un investisseur étranger d'un véhicule luxembourgeois pour investir dans l'immobilier en France est une pratique usuelle depuis plusieurs décennies. Néanmoins, la question de l'intérêt d'une telle structuration se pose, compte tenu de l'évolution de l'environnement juridique.**



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. frederic.gerner@cms-fl.com



et **Mary Lédée**, avocat en fiscalité. Elle intervient en matière de fiscalité transactionnelle et conseille également les entreprises au quotidien, principalement dans le secteur immobilier. mary.ledee@cms-fl.com

**L'**attractivité historique du Luxembourg pour investir en France s'expliquait par (i) la souplesse de la législation locale, (ii) les avantages fiscaux qu'offrait la convention fiscale conclue entre la France et le Luxembourg et (iii) la sécurité juridique qui était procurée par l'octroi de rescrits de la part de l'administration luxembourgeoise.

La signature d'une nouvelle convention entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2020 («*la Convention*»)

combinée à l'affaire des «Luxleaks» révélant le contenu de certains rescrits luxembourgeois a sonné le glas de cet âge d'or pour les investisseurs. Désormais, les rescrits sont plus rares et la Convention est l'une des plus modernes signées par la France à ce jour. Cette modernité se traduit en pratique par de nombreuses clauses anti-abus visant à limiter l'octroi des avantages conventionnels.

Ce changement d'environnement ne semble pas avoir impacté l'attrait du Luxembourg auprès des investisseurs, le Duché restant le lieu d'implantation privilégié des plateformes d'investissements pan-européens. La pratique montre pourtant que la structuration des investissements immobiliers français s'avère plus complexe depuis l'entrée en vigueur de la Convention.

## **L'utilisation d'un SIF luxembourgeois pour investir dans un OPCI**

L'ancienne convention permettait aux investisseurs ayant un portefeuille d'actifs immobiliers français assez important de structurer leurs investissements au travers d'un OPCI (véhicule exonéré d'impôt sur les sociétés («IS»)) en France sous condition de redistribution des revenus) détenu par une société luxembour-

geoise. Ce schéma s'avérait très efficace, la fiscalité française étant alors limitée à l'application d'une retenue à la source («RAS») de 5 %. La Convention a mis fin à cette pratique en refusant les avantages conventionnels lorsque l'actionnaire luxembourgeois détenait au moins 10 % du capital de l'OPCI. Le droit interne français prévoyant une RAS limitée à 15 % lorsque l'entité bénéficiaire des dividendes est un fonds d'investissement comparable à un fonds français

(au lieu des 28 % actuellement applicables en droit commun), le marché s'est adapté et l'utilisation des SIF (fonds d'investissements spécialisés) luxembourgeois, jugés éligibles à la RAS de 15 %, s'est développée pour investir dans les OPCI.

Le SIF n'est toutefois pas adapté à toutes les situations. Les SIF sont en effet soumis à une obligation de diversification des inves-

tissements qui les rend inutilisables pour les portefeuilles de moins de 4 actifs. Leur constitution est en outre subordonnée à l'octroi d'un agrément au Luxembourg qui s'avère assez long à obtenir en pratique.

## **L'utilisation d'une société de capitaux luxembourgeoise pour investir dans une société de personnes française**

Lorsque la combinaison SIF/OPCI n'est pas une option viable, les investisseurs peuvent recourir à une structuration plus classique dans laquelle une société de capitaux luxembourgeoise détient les parts d'une société de personnes française de type SCI. L'utilisation d'une société de personnes entraîne alors l'imposition en France des revenus et plus-values immobilières nets. Cependant, elle sécurise l'absence de frottement fiscal en France lors de la remontée des flux et l'absence de décote pour fiscalité latente sur le

**«Les nouveaux schémas d'investissement mis en place s'appuient sur l'application du droit interne français et non sur les avantages conventionnels.»**

prix de cession des parts de la SCI en cas de sortie d'investissement via un share deal. A l'heure actuelle, une telle structuration se heurte toutefois à des problèmes d'interprétation de la Convention côté luxembourgeois. Les SCI françaises sont traditionnellement perçues comme des sociétés transparentes par les autorités fiscales luxembourgeoises. Les investissements réalisés au travers de SCI françaises sont donc réputés être directement réalisés par la société luxembourgeoise. Cette qualification aboutit en principe à une exonération d'IS au Luxembourg des revenus et plus-values immobilières de source française (ce qui, en contrepartie, est susceptible côté français d'entraîner le rejet de la déduction de l'intégralité des intérêts versés par la SCI à son actionnaire luxembourgeois en application des règles anti-hybrides codifiées à l'article 205 B du CGI).

La Convention reconnaît toutefois aux SCI la qualité de résident et prévoit par ailleurs que les revenus appréhendés par un résident luxembourgeois via une société de personnes française (revenus fonciers et plus-values sur cessions des actifs par la SCI) soient également imposables au Luxembourg. L'élimination de la double imposition s'effectue alors par imputation sur l'impôt luxembourgeois d'un crédit d'impôt égal à l'impôt français. L'impôt luxembourgeois est composé de l'IS au taux de 18,19 % et de l'impôt commercial au taux de 6,75 %. En pratique, il semblerait que l'administration fiscale locale permette uniquement l'imputation de l'IS français sur l'IS luxembourgeois, sans possibilité d'imputation sur l'impôt commercial. Si une telle interprétation devait prospérer, il en résulterait une situation de double imposition à hauteur de 6,75 %. Bien qu'une telle situation soit contraire au but et à la lettre de la Convention (l'impôt commercial entrant dans le champ d'application de la Convention), l'administration luxembourgeoise n'a pas, à ce jour, formellement pris position sur l'interprétation qui sera donnée à la Convention sur ce point.

**«La réalisation d'un investissement immobilier en France peut présenter un réel intérêt combinant les performances du marché français, l'accès à un réseau étendu de conventions fiscales et le choix entre des modalités de structuration variées.»**

### Les avantages de la législation française

En définitive, les nouveaux schémas d'investissement mis en place s'appuient sur l'application du droit interne français et non sur les avantages conventionnels. Par ailleurs, les difficultés d'interprétation de la Convention sont, en attendant une prise de position formelle des autorités fiscales luxembourgeoises, une source d'incertitude juridique pour les investisseurs. Dès lors, on peut se demander si l'utilisation d'une structure luxembourgeoise pour porter les investissements français présente toujours une utilité.

Si l'investisseur étranger accepte l'idée qu'il devient difficile, dans le contexte politique, économique et légal actuel, de bénéficier globalement d'une fiscalité symbolique sur un

investissement immobilier, et qu'un minimum d'impôt doit être acquitté dans l'Etat de situation du bien comme c'est la règle générale en matière de fiscalité internationale, la réalisation d'un investissement immobilier en France peut présenter un réel intérêt. Elle combine en effet les performances du marché français, l'accès à un réseau étendu de conventions fiscales et le choix entre des modalités de structuration variées. Celles-ci peuvent chacune présenter un intérêt fiscal, sachant que contrairement aux idées reçues qui sont surtout liées à son système

social, la France est aujourd'hui plutôt compétitive du point de vue du coût fiscal.

Sociétés translucides (SCI), sociétés de capitaux avec un taux d'IS modéré (25 % en 2022), organismes exonérés (OPCI) : l'investisseur devrait avoir le choix, en fonction de sa localisation et de son propre statut (société, particulier, fonds, etc.), pour réaliser un investissement direct adapté en France dans des conditions fiscales raisonnables. ■

# Entrepôts et droit de l'environnement : analyse des prescriptions et des contraintes applicables

Depuis 1986<sup>1</sup>, en raison des dangers et inconvénients qu'ils peuvent présenter pour les tiers et l'environnement, les bâtiments à usage d'entrepôt, lorsqu'ils remplissent certains critères, sont soumis à la réglementation sur les installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE). Cette réglementation, qui a vocation à régir la vie entière d'un entrepôt, évolue continuellement afin de prendre en compte les particularités de ces bâtiments et tirer les conséquences des incidents affectant le secteur. Toutefois, elle peut paraître encore inadaptée à certains égards.



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



et **Anne Plisson**, avocat en droit de l'urbanisme et de l'environnement. Elle intervient en matière de conseil, rédaction d'actes et contentieux dans le cadre de projets de développement et d'aménagement.  
anne.plisson@cms-fl.com

## **L**a détermination du régime et des règles applicables aux entrepôts

L'entrepôt se définit traditionnellement comme tout bâtiment servant de lieu de dépôt de marchandises, produits, substances, etc. Toutefois, il existe une pluralité d'entrepôts, ces derniers se distinguant notamment par la nature et le volume de leur stockage.

Relèvent de la réglementation ICPE :

– au titre de la rubrique 1510, les entrepôts couverts disposant (i) d'une quantité de stockage de matière ou produits combustibles supérieure à 500 tonnes et (ii) d'un volume de stockage supérieur ou égal à 5 000 m<sup>3</sup> ;

– au titre de la rubrique 1511, les entrepôts frigorifiques disposant d'un volume de stockage supérieur ou égal à 5 000 m<sup>3</sup>.

Les entrepôts peuvent également relever d'autres rubriques ICPE encadrant les stockages sectoriels, telles que les rubriques 1530 (stockage de papier et cartons), 1531 et 1532 (stockage de bois), 2160 (stockage de céréales et grains), 2662 (stockage de polymères) ou encore 2663 (stockage de pneumatiques). Ces rubriques et les prescriptions qui leur sont applicables ont été modifiées et les nouvelles dispositions prendront effet à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2021 (voir ci-après). Selon le volume de l'entrepôt et du stock concerné ainsi que de la rubrique applicable, le régime

de fonctionnement diffère, les entrepôts pouvant être soumis à autorisation (A), enregistrement (E) ou déclaration contrôlée (DC).

Le ministre chargé des ICPE fixe par arrêté les prescriptions générales et techniques applicables, ces dernières pouvant être complétées par arrêté

préfectoral pour une installation donnée.

Le respect de l'ensemble de ces prescriptions relève de la responsabilité de l'exploitant en titre.

## **Le titulaire de l'autorisation d'exploiter l'entrepôt**

Si le Code de l'environnement précise que le titulaire de l'autorisation d'exploiter (entendue au sens large) est l'exploitant de l'installation<sup>2</sup>, la pratique est plus complexe, le titulaire de cette autorisation pouvant être soit l'occupant de l'entrepôt soit son propriétaire, notamment lorsque celui-

ci est multi-occupants. Cela n'est pas sans poser de difficultés, dans cette dernière hypothèse, le titulaire de l'autorisation d'exploiter n'étant pas l'exploitant de fait et ayant un objet social sans lien avec l'activité exercée (le propriétaire étant souvent une société civile immobilière ou un promoteur, voire un investisseur).

Par ailleurs, d'autres difficultés sont susceptibles de se présenter :

- Au regard de l'obligation de délivrance du bailleur<sup>3</sup>. Lorsque le propriétaire donne à bail un entrepôt relevant de la réglementation des ICPE, en raison du volume susceptible d'être stocké, ou

**«Si le Code de l'environnement précise que le titulaire de l'autorisation d'exploiter (entendue au sens large) est l'exploitant de l'installation<sup>4</sup>, la pratique est plus complexe, le titulaire de cette autorisation pouvant être soit l'occupant de l'entrepôt soit son propriétaire (...).»**

du type de produits stockés, est-ce au propriétaire de porter l'autorisation ? Doit-on prévoir, à titre de condition suspensive, qu'il appartient au preneur d'entreprendre toute démarche visant à se voir délivrer ladite autorisation d'exploiter ? Ou doit-on prévoir un transfert de l'autorisation d'exploiter au bénéficiaire du preneur ? Ce choix peut s'avérer délicat au regard notamment des responsabilités attachées à la qualité du titulaire de l'autorisation en application de la réglementation sur les ICPE, laquelle ne connaît que le titulaire de l'autorisation.

Si le propriétaire est le titulaire de l'autorisation, il conviendra alors que le bail comprenne des dispositions spécifiques répercutant les obligations applicables à l'exploitant, même si les conventions de droit privé sont inopposables à l'Administration et ne régissent que les relations entre bailleur et preneur. Dans le cas contraire, lorsque le preneur est le titulaire de l'autorisation, il conviendra que le bail comprenne des dispositions visant à ce

que le preneur respecte la réglementation applicable de telle sorte que le propriétaire ne soit pas inquiété, tout en prévoyant, par exemple, une information de ce dernier quant aux incidents et accidents sur le site.

- En cas de pluralité d'occupants de cellules distinctes d'un même entrepôt, parfois même avec des activités de stockage différentes. Dans une telle situation, et sous certaines conditions, il est considéré que le site doit être régi par un unique arrêté d'autorisation. Le propriétaire est donc le titulaire de l'autorisation alors même qu'il n'exploite pas, en pratique, les cellules. Il convient alors d'apporter un soin particulier à la rédaction des baux, ces derniers devant comporter des dispositions spécifiques tant au regard des autorisations à obtenir, des obligations environnementales en cours de bail que des conditions tenant à la restitution des locaux.

## La mise à l'arrêt définitif d'un entrepôt

A l'instar des autres ICPE, l'arrêt définitif d'un entrepôt nécessite la réalisation de plusieurs démarches par l'exploitant.

L'exploitant doit notamment notifier préalablement au préfet la cessation de son activité, dans un délai allant de 1 mois à 6 mois avant la date de l'arrêt définitif selon notamment que le site est

soumis à autorisation, enregistrement ou déclaration. Il doit également mettre le site en sécurité, évacuer les déchets conformément aux articles L. 512-12-1, L. 512-7-6 et L. 512-6-1 du Code de l'environnement et remettre le site dans un usage comparable à celui de la dernière activité.

Un dossier de cessation d'activité devra être présenté à l'Administration afin de justifier de la compatibilité du site à cet usage et le cas échéant, indiquer les mesures de réhabilitation, surveillance, restrictions d'usage ....

## L'après Lubrizol

A la suite de l'incendie survenu le 26 septembre 2019 sur les sites de Normandie Logistique et Lubrizol à Rouen, le ministère de la transition écologique et solidaire a présenté, le 11 février dernier, un plan d'actions dont l'objectif est d'éviter un nouvel accident industriel.

Dans la ligne de ce Plan d'actions, le Gouvernement a soumis à la consultation du public sept

projets de textes (arrêtés et décrets) au cours de l'été 2020 qui ont été publiés au Journal officiel le 26 septembre 2020, soit un an jour pour jour après la survenance de l'incendie à Rouen.

Outre le fait qu'ils redéfinissent et réorganisent les rubriques ICPE, en relevant notamment de manière paradoxale le seuil de déclenchement du régime

de l'autorisation de la rubrique 1510<sup>5</sup>, ces textes ont renforcé les règles applicables aux entrepôts, en mettant l'accent plus particulièrement sur les entrepôts de matières combustibles. Il prévoit ainsi plusieurs mesures, telles que :

- la tenue d'un état des matières stockées ainsi que des dispositions relatives aux accès en cas de sinistre avant l'arrivée des services d'incendie et de secours ;
- des dispositions portant sur le désenfumage des locaux techniques présentant un risque incendie ;
- le renforcement de l'éloignement des stockages extérieurs susceptibles de favoriser la naissance d'un incendie des parois externes des cellules des entrepôts.

Les rubriques modifiées et les nouvelles prescriptions entreront en vigueur pour la plupart à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2021. ■

**«Comme pour les autres ICPE, l'arrêt définitif d'un entrepôt nécessite la réalisation de plusieurs démarches par l'exploitant.»**

1. Décret n° 86-1077 en date du 26 septembre 1986.

2. Voir notamment les articles L. 512-15 et R. 512-68 du Code de l'environnement.

3. CCass, 3<sup>e</sup> civ., 4 juin 2009, n° 08-12126.

4. Voir notamment les articles L. 512-15 et R. 512-68 du Code de l'environnement. 5. Le régime de l'autorisation s'applique désormais aux entrepôts d'un volume supérieur à 900 000 m<sup>3</sup> (et non 300 000 m<sup>3</sup> comme auparavant).

# Les impacts des prestations connexes à la mise à disposition d'entrepôts en matière de TVA et d'impôt sur les sociétés

**Le projet de loi de finances pour 2021 légalise la jurisprudence communautaire applicable en matière de TVA aux prestations de services dites complexes. De telles prestations, fournies en complément de la mise à disposition d'entrepôts, sont susceptibles d'entraîner des conséquences tant en matière de TVA qu'en matière d'impôt sur les sociétés («IS») dans certaines situations.**



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

et **Mary Lédée**, avocat en fiscalité. [mary.ledée@cms-fl.com](mailto:mary.ledée@cms-fl.com)

## **L**a problématique de qualification au regard de la TVA

La mise à disposition d'entrepôts logistiques est soumise à des régimes fiscaux différents selon qu'elle s'accompagne ou non de services connexes et selon l'importance de ces derniers.

Au regard de la TVA, la problématique de qualification des opérations complexes est d'actualité puisque le projet de loi de finances pour 2021 propose de légaliser une «clarification» des règles établies au fil du temps par la jurisprudence, notamment de la Cour de justice de l'Union européenne.

Les enjeux sont multiples : outre la territorialité des services, le régime de taxation en dépend car, selon que la prestation s'analyse ou non en une location immobilière, elle est exonérée de TVA ou taxable de plein droit, ou sur option. Chaque opération imposable à la TVA est considérée comme distincte et indépendante et suit son régime propre, déterminé en fonction de son élément principal ou de ses éléments autres qu'accessoires.

L'étendue d'une opération est déterminée au terme d'une appréciation d'ensemble, réalisée du point de vue du consommateur normalement exigeant. Elle tient compte de l'importance des différentes composantes de l'opération en termes de quantité et de qualité ainsi que de l'ensemble des circonstances dans lesquelles l'opération se déroule.

Relèvent ainsi d'une opération unique les éléments si étroitement liés qu'ils forment une seule prestation économique indissociable dont la décomposition revêtirait un caractère artificiel. Lorsqu'un élément est accessoire à un ou plusieurs autres éléments, il relève de la même opération que ces derniers.

Par exemple, le «self stockage» qui inclut la

présence de personnel aux horaires d'ouverture, le gardiennage et la surveillance des locaux, la mise à disposition de matériel de maintenance et la fourniture d'électricité et de chauffage, s'analyse en principe en une prestation unique globalement distincte de la location.

Elle est alors taxable à la TVA de plein droit au taux normal, à la différence d'une location nue d'entrepôt qui serait exonérée de TVA, sauf option du bailleur en faveur de la taxation volontaire.

L'immeuble demeurant central dans le service, l'opéra-

tion est a priori localisée dans l'Etat où il se situe. Rappelons en effet que l'article 47 de la directive 2006/112/CE soumet les prestations se rattachant à un immeuble à la TVA de l'Etat dans lequel l'immeuble se situe, par dérogation à la règle générale de l'article 44 entre assujettis, localisant les services au lieu d'établissement du preneur.

L'article 31 bis du règlement d'exécution n°1042/2013 du Conseil, du 7 octobre 2013, précise que notamment, le crédit-bail ou la location d'un bien immeuble, y compris l'entreposage de biens dans une partie spécifique de l'immeuble affectée à l'usage exclusif du preneur entrent

**«Autant il ne fait pas de doute que la simple mise à disposition des entrepôts s'analyse en une location, autant il convient de procéder à un examen au cas par cas lorsqu'elle est accompagnée de services connexes.»**

dans la catégorie de services se rattachant à un immeuble.

Pour savoir si un service complexe d'entreposage s'analyse en une location au regard de la TVA, il convient de répondre aux deux questions suivantes :

– l'entreposage est-il fourni avec d'autres services si étroitement liés qu'ils forment une prestation indissociable, dont l'élément entreposage reste, en tout état de cause, la prestation principale recherchée par la clientèle ?

– l'entreposage est-il fourni avec d'autres services qui représentent pour la clientèle non pas une fin en soi, mais simplement le moyen de bénéficier dans les meilleures conditions du service

d'entreposage (alors dits «accessoires») ?

Si la réponse à l'une de ces deux questions est affirmative, la prestation complexe doit être traitée comme une prestation unique.

Dès lors qu'une partie spécifique du site d'entreposage est affectée à l'usage exclusif du preneur, les services indissociables, dans le premier cas, et tous les éléments de la prestation complexe, dans le deuxième cas (à la fois l'entreposage de biens et les services

accessoires), sont soumis à la TVA à l'endroit où le site d'entreposage est situé.

En pratique, autant il ne fait pas de doute que la simple mise à disposition des entrepôts s'analyse en une location au regard de la TVA, autant il convient de procéder à un examen au cas par cas lorsqu'elle est accompagnée de services connexes.

### **Le risque IS lié à la création d'un établissement stable («ES»)**

Il est communément admis que la simple détention d'un actif immobilier en France aux fins de location n'est pas constitutive d'un ES français. Il peut toutefois en être autrement lorsque le bailleur fournit, en plus de la mise à disposition des locaux, des prestations supplémentaires.

En pratique, dès lors que les loyers sont déjà imposables en France en application du droit interne français et de la plupart des conventions fiscales internationales, de telles prestations, si elles sont incluses dans le coût du loyer,

devraient être sans incidence pour le bailleur, qu'il soit ou non résident fiscal français.

Elles pourraient toutefois avoir un impact pour l'entreprise locataire lorsque celle-ci est non-résidente si le bailleur venait à être regardé comme constitutif d'un ES français de son locataire. On peut se demander s'il pourrait en être ainsi par exemple lorsque le bailleur est en charge - en sus de la location *stricto sensu* - du passage à quai des marchandises comprenant leur réception et leur dépôt puis de la préparation et de l'expédition des commandes aux destinataires finaux.

Dans une telle situation, le principal risque pourrait être la qualification du bailleur d'agent

dépendant du locataire afin d'attirer l'imposition des bénéficiaires de ce dernier en France. En effet, l'article 12 de la convention multilatérale («ML») ratifiée par la France a élargi la définition de l'agent dépendant qui suffit à caractériser un ES. Ainsi, l'indépendance de l'agent permettant d'éviter la qualification d'ES est écartée lorsque ce dernier agit exclusivement ou presque exclusivement pour le compte d'une ou plusieurs entreprises auxquelles il est étroitement lié. Au sens de la

convention MLI, une personne est «étroitement liée à une entreprise» lorsque *«compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents, l'une est sous le contrôle de l'autre ou toutes les deux sont sous le contrôle des mêmes entreprises»*. Un tel contrôle peut être aussi bien capitalistique qu'économique.

En pratique, les entreprises spécialisées dans la vente en ligne pourraient potentiellement être concernées dans les cas où elles seraient l'unique locataire de leur bailleur/prestataire.

La qualification d'agent dépendant du bailleur supposerait toutefois que ce dernier ait le pouvoir de contracter pour le compte de son locataire ou à tout le moins de jouer un rôle principal dans la conclusion des contrats entre le locataire et ses clients. De telles conditions ne devraient pas être satisfaites dans les faits dans la mesure où, en général, le bailleur n'intervient pas dans le processus commercial. ■

**«Dès lors que les loyers sont déjà imposables en France, de telles prestations, si elles sont incluses dans le coût du loyer, devraient être sans incidence pour le bailleur, qu'il soit ou non résident fiscal français.»**



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



**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



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

# L'investisseur, l'ICPE, l'entrepôt... et les panneaux

**L**a logistique est pour l'investisseur un produit à part en termes de gestion des risques.

## Les risques et enjeux

En effet, les entrepôts sont soumis à des contraintes techniques et juridiques spécifiques, en particulier lorsque l'activité envisagée est soumise au régime des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) et, selon les cas, à autorisation, enregistrement ou déclaration préalable.

Au regard des sanctions administratives, financières et pénales lourdes prévues en cas de violation de cette législation, l'enjeu sera pour lui de s'assurer que le risque sera porté dans la chaîne contractuelle par la partie la plus appropriée, qu'il s'agisse du vendeur en l'état futur ou le preneur à bail.

## Les réponses appropriées

Les investisseurs doivent d'abord s'assurer que le vendeur livrera bien, dans les délais de validité, un immeuble conforme aux autorisations obtenues et aux activités de son preneur relevant de cette législation. Lorsque la commercialisation intervient tardivement, l'investisseur doit être en mesure d'exiger de son vendeur des modifications du bâtiment comme des autorisations et déclarations obtenues nécessaires à l'activité de son candidat preneur. Les modalités de portage de l'ICPE – et donc du risque lié à leur non-respect – par le vendeur puis par le preneur, après la livraison de l'immeuble dès que c'est possible, doivent être organisées. Lorsque le propriétaire demeure bénéficiaire de l'ICPE, le bail devra lui permettre de mettre en œuvre les actions nécessaires pour assurer la conformité de l'exploitation de son ou

ses preneurs. L'investisseur devra également être en mesure d'agir rapidement en cas d'interruption d'exploitation du preneur pour éviter la caducité des autorisations. Pendant la vie du bail, l'encadrement de l'évolution des activités exercées par le preneur dans les locaux, qui devra être portée à la connaissance des autorités administratives, et les modalités de prise en charge des règles nouvelles applicables aux installations existantes ou des pres-

criptions nouvelles sont également sources de négociations.

Enfin, il est nécessaire que le bail organise la transition au départ du preneur. La procédure de changement d'exploitant, au bénéfice du propriétaire ou d'un nouveau preneur doit être prévue. Le départ du locataire

n'induit en effet pas automatiquement une cessation de l'exploitation des activités classées sur le site.

**«Ce jeu à trois est devenu depuis peu un jeu à quatre lorsque les entrepôts sont soumis à l'obligation de réaliser des panneaux solaires en toiture.»**

## L'extension de la chaîne contractuelle

Ce jeu à trois est devenu depuis peu un jeu à quatre lorsque les entrepôts sont soumis à l'obligation de réaliser des panneaux solaires en toiture. Dans ce cas, l'opérateur chargé de ces travaux devra rejoindre la chaîne relationnelle et contractuelle. Les discussions qui seront entreprises avec lui, sur la livraison conforme du bâtiment dans les délais pour maintenir la rentabilité de la centrale ainsi que sur l'accès à la toiture par anticipation et ce en parallèle des travaux preneurs, feront échos aux discussions menées avec le vendeur et le preneur. ■

# La logistique à l'épreuve de la subjectivité de la fiscalité locale

**L'analyse des modalités concrètes de l'activité logistique par l'administration fiscale peut générer des différences de traitement majeures en termes d'identification du redevable et de détermination des bases imposables en fiscalité locale.**

Le logisticien qui opère dans l'entrepôt de son client ne sera imposable à la cotisation foncière des entreprises (CFE) à raison de ce local que s'il en a la disposition privative et exclusive. Ce point doit être clarifié dans le contrat, lequel précisera si le logisticien se limite à rendre une prestation de service au profit de son client ou s'il exploite lui-même les locaux dont il a la disposition. Une refacturation au client pourra alors être envisagée.

Les modalités d'exercice de l'activité logistique déterminent le mode de calcul de la valeur locative foncière. S'agissant de la problématique de la valeur locative foncière qui sert au calcul des assiettes de la taxe foncière et de la CFE, rappelons que celle-ci est évaluée différemment selon que le local est qualifié d'établissement commercial ou industriel. Dans le premier cas, la valeur locative foncière est calculée selon la méthode tarifaire en appliquant aux surfaces du local un tarif représentatif d'un loyer moyen au m<sup>2</sup>. En cas de qualification industrielle, elle sera déterminée selon la méthode comptable, c'est-à-dire en appliquant un pourcentage au prix de revient actualisé des immobilisations foncières. Cette dernière méthode conduit à des bases généralement très supérieures à la méthode tarifaire.

L'article 156 de la Loi de finances pour 2019 a légalisé la définition de l'établissement industriel que le Conseil d'Etat avait dégagée en 2005 dans son arrêt «*Miroline*» (CE, 22/07/2005 n°261899). Ainsi, doivent être qualifiés de locaux «industriels» les établissements qui nécessitent d'importants moyens techniques, non seulement lorsque cette activité consiste dans la fabrication ou la transformation de biens corporels mobiliers mais aussi lorsque le rôle des installations techniques, matériels et outillages mis en œuvre, fût-ce pour les besoins d'une autre activité, est prépondérant.

Le texte s'est limité à compléter cette définition d'un seuil de 500 000 euros de prix de revient des matériels et outillages mis en œuvre, en dessous duquel les

immeubles demeurent évalués en méthode comparative.

Le législateur a donc entériné une définition qui était pourtant très critiquée en raison de la grande subjectivité des notions d'importance et de prépondérance du rôle de l'outillage, laquelle avait permis à l'administration fiscale d'en faire une application extensive à l'égard des entrepôts.

Malgré les annonces de réduction des bases imposables, une clarification des critères de la qualification industrielle demeure nécessaire.

Conscient du caractère insatisfaisant de ce procédé, le législateur avait enjoint Bercy de remettre au Parlement

en avril 2020 un rapport dans lequel il devait lui proposer des pistes de réformes de la méthode comptable. La crise sanitaire a eu raison de cette échéance ainsi que des espoirs des logisticiens de voir enfin levée l'imprévisibilité des requalifications.

En effet, le Gouvernement, animé par les soucis de réduire les impôts de production et de soutenir l'industrie française, a opté pour une solution radicale consistant à proposer de réduire de 50 % les bases de taxe foncière et de CFE des locaux industriels

évalués selon la méthode comptable dans le cadre du projet de Loi de finances pour 2021.

Si les entrepôts qualifiés d'industriels vont bénéficier de cette mesure, nous constatons que la méthode tarifaire devrait demeurer généralement plus favorable par l'effet cumulé des mécanismes d'accompagnement de la révision des valeurs locatives des locaux professionnels (coefficient de neutralisation, dispositifs du «plançonnement» et du lissage), lesquels sont toutefois provisoires.

L'ambiguïté de la qualification industrielle demeurant entière, on ne peut qu'appeler la jurisprudence à pallier la frilosité du législateur en établissant des ratios chiffrés objectifs pour la caractériser. Cette clarification est nécessaire pour permettre aux logisticiens de sécuriser leurs obligations déclaratives et d'anticiper leur niveau d'imposition. ■



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

# Plateformes logistiques : déterminer son résultat de façon simplifiée et sécurisée



Par **Stéphanie Némard-Attias**, avocat conseil en fiscalité. Elle intervient dans tous les domaines de la fiscalité des entreprises, notamment en matière immobilière. [stephanie.nemard@cms-fl.com](mailto:stephanie.nemard@cms-fl.com)

**L**a multiplication des centres logistiques, en particulier à proximité des grandes villes, fait écho à l'essor colossal du e-commerce.

En France, un dispositif spécial leur propose, non un avantage en terme de coût fiscal, mais la certitude que la façon dont ils déterminent leurs résultats imposables ne sera pas remise en cause ultérieurement par les services fiscaux. Ce régime n'a pas été codifié ; il s'agit d'une construction administrative prévue à l'égard de trois séries d'entités : les quartiers généraux, les centres de logistique et les centres de coordination de recherche et de développement<sup>1</sup>. Les centres logistiques ont la particularité de n'exercer que des activités à caractère préparatoire ou auxiliaire (stockage, conditionnement, étiquetage, distribution, activités administratives, etc.), à l'exclusion de fonctions directement productives.

Quelle que soit leur nature juridique (société ou établissement stable), ces entités soumises à l'impôt sur les sociétés en France doivent agir exclusivement pour le compte des entreprises du groupe.

## **La méthode du «prix de revient majoré»**

Compte tenu de la nature des services rendus et des bénéficiaires, l'administration admet que le bénéfice imposable de ces centres de logistique soit déterminé selon des modalités simplifiées, c'est-à-dire sans recourir au résultat comptable retraité.

La méthode consiste à appliquer un pourcentage de marge bénéficiaire au montant des charges d'exploitation courantes.

Le taux de marge est fixé en fonction de l'activité et de ses conditions d'exercice, à un niveau qui correspond au profit qui aurait été réalisé par une entreprise indépendante dans le respect du principe de pleine concurrence.

Si le centre de logistique est adjoint à un quartier général, le taux de marge retenu peut être dis-

tinct de celui défini par le quartier général. Les charges incluent les frais inhérents à l'entrepôt, au conditionnement, au transport, à la livraison et à l'étiquetage des matières, fournitures, marchandises et produits ainsi que les frais de restructuration récurrents<sup>2</sup>.

En revanche, les éventuels produits ou pertes réalisés à raison de la vente de matières premières et fournitures aux sociétés du groupe sont imposés dans les conditions de droit commun.

## **L'accord préalable de l'Administration**

Les demandes d'application de ce régime doivent être adressées en amont à la direction des grandes entreprises (DGE) qui a la faculté de solliciter des compléments d'informations.

Le taux de marge, qui est validé avec l'administration pour une période de 3 à 5 ans, est

susceptible d'être modifié avant l'expiration de ce délai en cas de changement des conditions d'exploitation. De tels changements doivent être signalés par les entreprises titulaires des accords dans le délai d'un mois.

Dans la mesure où la base d'imposition est considérée comme reflétant le bénéfice susceptible d'être réalisé dans des conditions de pleine concurrence, la garantie de l'Administration

implique que le centre de logistique «facture» ses prestations sur la base du coût majoré de la marge fixée.

Une surfacturation entraînerait la constatation d'un résultat complémentaire imposable à l'impôt sur les sociétés. Une sous-facturation s'analyserait en un avantage occulte constituant un revenu distribué.

Cette méthodologie d'accord préalable pour les centres de logistique s'inscrit plus que jamais dans la logique de partenariats pour une relation de confiance entre les entreprises et l'administration fiscale. ■

**«Quelle que soit leur nature juridique (société ou établissement stable), ces entités soumises à l'impôt sur les sociétés en France doivent agir exclusivement pour le compte des entreprises du groupe.»**

1. BOI-SJ-RES-30-20, 12-09-2012.

2. CAA Marseille 15-1-2013 n° 09MA01670

# Les bonnes pratiques pour les activités d'asset management et de property management dans le cadre de la gestion de fonds immobiliers

**A**u cours de l'année 2019, l'AMF a procédé au contrôle SPOT de six sociétés de gestion de portefeuille (les «SGP») de fonds d'investissement immobiliers (les «Fonds»), avec pour thème les modalités de réalisation des prestations immobilières de ces sociétés.

Le rapport de ce contrôle (le «Rapport»), publié par l'AMF le 27 mars 2020, a avant tout pour finalité de rappeler les SGP à leurs obligations s'agissant des activités d'asset management et de property management dans le cadre de la gestion de Fonds. Il constitue donc une lecture riche d'enseignements pour les acteurs concernés.

## Définition des prestations d'asset management et de property management

Le premier intérêt du Rapport est de formuler une définition des notions d'asset management et de property management au prisme de la gestion de Fonds :

– la fonction d'asset management «a pour objet de définir et de mettre en œuvre la stratégie permettant d'optimiser la valorisation des actifs».

Elle recouvre au minimum la définition de la stratégie locative, de la supervision, de la commercialisation et de la relation avec les brokers, la définition de la stratégie en matière de travaux structurants, la modalisation des business plans, le rôle d'interface avec le property manager et les propositions de cessions d'actifs immobiliers ;

– la fonction de property management «consiste en la gestion opérationnelle de l'actif en cours de détention par le fonds» au travers des volets de la gestion locative (quittancement et recouvrement des loyers, suivi du taux de vacance, suivi des charges et des taxes, etc.) et de la

gestion technique (gestion et suivi des travaux de réparation, de remise en l'état et de maintenance courante, etc.)

En définissant et en précisant ces activités, le régulateur définit en creux ce qui relève des fonctions de gestion de Fonds et ne peut être délégué par une SGP qu'à un autre gestionnaire de fonds d'investissements alternatifs.

## L'établissement d'un corps procédural précis

L'AMF a relevé que la majorité des sociétés contrôlées ne disposaient pas de procédures suffisamment précises et opérationnelles s'agissant de l'asset management et du property management.

Sans grande surprise, le régulateur rappelle donc la bonne pratique consistant en la mise en place

de procédures les plus complètes possible (i) détaillant les prestations entrant dans le champ du property management et de l'asset management et (ii) précisant les modalités de sélection et de suivi des prestataires d'asset management et de property management.

A cet égard, en matière de sélection et de suivi des prestataires immobiliers les SGP doivent :  
– formaliser une liste pondérée et hiérarchisée permettant de comparer la pertinence

des réponses des prestataires interrogés sur l'ensemble des critères de sélection pertinents ;  
– formaliser la décision ayant entériné le choix du prestataire ;

– exposer, aux prestataires non retenus, les motifs de leur non-sélection.

L'AMF rappelle également qu'une évaluation d'un prestataire de façon discrétionnaire, sans que des indicateurs objectifs aient été définis,



Par **Jérôme Sutour**, avocat associé, responsable des pratiques services financiers et blockchain/crypto-actifs. Il intervient sur tous les aspects de régulation bancaire et financière. Il accompagne plusieurs acteurs spécialisés dans la tokenisation des actifs financiers et immobiliers et l'offre au public de crypto-actifs. [jerome.sutour@cms-fl.com](mailto:jerome.sutour@cms-fl.com)



et **Michel Zacharz**, avocat en banque & finance. Il est spécialisé dans la réglementation applicable aux banques, entreprises d'investissement et établissements bancaires. Il conseille les institutions financières sur l'ensemble des problématiques réglementaires qu'elles peuvent rencontrer durant leur existence. [michel.zacharz@cms-fl.com](mailto:michel.zacharz@cms-fl.com)

constitue une mauvaise pratique.

## **Le renforcement de l'information des porteurs concernant le recours aux prestations immobilières**

L'information des investisseurs est également pointée dans le Rapport : leur bonne compréhension des champs d'intervention des acteurs participant aux activités des Fonds est une obligation que l'AMF entend renforcer. Ainsi, il est rappelé que doivent être précisés :

- dans la documentation réglementaire remise avant toute souscription aux investisseurs, les informations concernant le champ des missions d'asset management et de *property management* réalisées en interne et celui de celles externalisées, les modalités de sélection des prestataires et l'existence de conflits d'intérêts ;
- dans la note d'information des SCPI, si les fonctions d'asset management et de *property management* sont déléguées et si leurs frais sont inclus dans la commission de gestion ;
- dans les documentations d'information périodique, les différentes catégories de frais, de manière à permettre aux investisseurs d'identifier ceux relatifs aux prestations d'asset management et de *property management*.

## **Gestion des conflits d'intérêts et contrôle - l'absolue nécessité de la traçabilité**

La question des conflits d'intérêts est certainement la plus importante zone de risque réglementaire en matière de gestion de Fonds. A ce titre, la principale source de conflits d'intérêts s'agissant des activités d'asset management et de *property management* dans le cadre de la gestion de Fonds réside dans la sélection des prestataires immobiliers, en particulier lorsque ce choix porte sur un prestataire faisant partie du groupe de la SGP.

Le Rapport rappelle à cet égard donc qu'un manquement à ces obligations est d'autant plus grave lorsque les prestataires appartiennent au même groupe que la SGP. Cette dernière doit donc pouvoir justifier la pertinence du choix d'un prestataire groupe, *a fortiori* lorsque ce dernier n'a pas été mis en concurrence. Sur ce point, on notera que non seulement doivent être pris

en compte des éléments de comparaison sur la qualité des travaux mais également, des comparables en termes de niveau de frais. Cette prise en compte suppose donc l'existence, la mise en œuvre et la traçabilité d'une procédure précise. Le Rapport pointe enfin, s'agissant de la traçabilité de ces procédures, un certain nombre de carences auxquelles les SGP pourraient remédier :

- s'agissant du contrôle permanent, si les contrôles de second niveau relatifs à la sélection des prestataires, aux frais et à la gestion des conflits d'intérêts sont globalement mis en place, les contrôleurs de l'AMF notent que certaines SGP contrôlées n'effectuent pas un contrôle

permanent sur les frais relatifs aux prestataires d'asset management et que leur traçabilité de ces contrôles est insuffisante ;

- s'agissant du contrôle périodique, les carences observées sont les mêmes : les SGP contrôlées réalisent des contrôles périodiques insuffisants, voir aucun contrôle, sur les différents aspects des activités

d'asset management et de *property management* dans le cadre de la gestion de Fonds. Et à nouveau, le Rapport de pointer que si certaines SGP ont bien procédé à des contrôles sur les frais et sur la sélection des prestataires, ceux-ci souffraient d'une traçabilité insuffisante.

En conséquence, les SGP assumant la gestion des Fonds devraient (i) revoir à la lumière du Rapport leurs procédures sur les frais des prestations de *property management* et *asset management*, en particulier s'agissant des frais de leurs prestataires et (ii) mettre en œuvre des contrôles formalisés, traçables et suffisamment précis sur lesdites procédures. ■

**«La question des conflits d'intérêts est certainement la plus importante zone de risque réglementaire en matière de gestion de fonds.»**

# Bail commercial et cas de force majeure : attention aux désillusions

**Lors du premier confinement lié à la crise sanitaire due au Covid-19, des locataires de baux commerciaux ont opposé à leurs bailleurs la force majeure afin de se soustraire à leur obligation de paiement des loyers. Arguant que l'épidémie de Covid-19 constituait un cas de force majeure au sens de l'article 1218 du Code civil, ils ont considéré que l'exécution de l'obligation de paiement des loyers devait être suspendue.**

## **F**orce majeure et exigibilité des loyers, une multiplication des contentieux

L'argument de la force majeure a rencontré un fort engouement. Or, cet argument comportait une faille. En effet, dans un arrêt rendu par la Cour de cassation le 16 septembre 2014, il a été jugé que : le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure. Il en résulte que les difficultés financières issues de circonstances extérieures ne peuvent constituer un cas de force majeure. Toutefois, cette décision de principe rendue en matière de prêt connaît un assouplissement. En effet, si le débiteur de l'obligation de paiement parvient à démontrer une impossibilité matérielle d'effectuer le paiement, il peut invoquer la force majeure. C'est l'hypothèse d'une panne informatique empêchant l'intéressé d'exécuter son virement bancaire.

L'explosion des contentieux judiciaires liés à l'exigibilité des loyers en période de crise sanitaire a permis à des juridictions d'appliquer le principe énoncé par la Cour de cassation en 2014, en matière de baux commerciaux. Dans une ordonnance du 17 juillet 2020, le juge des référés du tribunal judiciaire de Paris a jugé que : «(...) si les mesures prises par le gouvernement dans le cadre de la crise sanitaire ont empêché la société X de recevoir sa clientèle, cette circonstance n'est pas de nature à faire échec au paiement des loyers postérieurs au 14 mars 2020 dès lors que le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure». De même, dans une ordonnance du 10 septembre 2020 rendue par le juge des référés du tribunal judiciaire de Montpellier, il a été jugé que «(...) le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut

**«Le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure.»**

s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure. Le débiteur qui pourrait offrir une solution satisfaisante pour le créancier ne peut se prévaloir de la force majeure, ce qui est le cas en l'espèce. La société Z sera donc condamnée à titre provisionnel à payer à la société Y la somme de 32.291,46 euros au titre des loyers et charges». Enfin, dans une décision de la cour d'appel de Grenoble en date du 5 novembre 2020, il a été jugé que «concernant le moyen pris de

la force majeure liée à l'épidémie de Covid-19, il n'est pas justifié par l'intimée de difficultés de trésorerie rendant impossible l'exécution de son obligation de payer les loyers. Cette épidémie n'a pas ainsi de conséquences irrésistibles».

## **L'argument de la bonne foi, un autre outil juridique pour l'exécution des contrats ?**

Les locataires doivent s'orienter vers d'autres mécanismes juridiques pour espérer ne pas avoir à payer leur loyer pendant les périodes de fermetures administratives de leurs locaux. En tout état de cause, la règle d'or est que chaque partie doit manifester un comportement de bonne foi dans l'exécution du contrat de bail et dans les négociations de gré à gré concernant l'exigibilité des loyers. Il ressort des récentes décisions judiciaires que les juges veillent au respect de la bonne foi. A titre d'exemple, dans une ordonnance du 16 septembre 2020, le juge des référés du tribunal judiciaire de Limoges a énoncé que «les contrats devant être exécutés de bonne foi en vertu de l'article 1104 du Code civil, il en résulte que les parties sont tenues, en cas de circonstances exceptionnelles, de vérifier si ces circonstances ne rendent pas nécessaire une adaptation des modalités d'exécution de leurs obligations respectives». L'argument de la bonne foi peut être exploité tant par le bailleur que par le preneur. Actuellement, c'est sans doute l'outil juridique qui permet d'obtenir les meilleurs résultats devant un juge des référés. ■



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 coauteur des *Mémentos Experts Francis Lefebvre Baux commerciaux et Gestion immobilière*.  
aline.divo@cms-fl.com

# Retenue à la source sur dividendes versés aux organismes de placement collectif établis en dehors de l'UE : l'Administration précise les conditions d'exonération

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

et **Yacine Bousraf**, avocat en fiscalité. Il intervient notamment en matière de transactions immobilières et de structuration de fonds immobiliers.  
yacine.bousraf@cms-fl.com

L'article 119 bis 2 du Code général des impôts prévoit une exonération de retenue à la source sur les dividendes versés aux organismes de placement collectif qui, notamment, présentent des caractéristiques similaires à celles de certains organismes de droit français visés par le texte. Cette exonération ne trouve pas à s'appliquer pour les dividendes distribués par les OPCV et les SIIC : pour ces deux véhicules, la loi prévoit un taux réduit de retenue à la source de 15 %.

À la suite de nombreuses discussions de place, l'administration fiscale a récemment modifié ses commentaires portant sur cette condition de comparabilité<sup>1</sup>. En effet, jusqu'à maintenant les critères de comparabilité retenus par l'administration s'appuyaient exclusivement sur les directives OPCVM et FIA. Les nouvelles conditions posées par l'administration française se veulent donc plus en adéquation avec la situation spécifique des fonds étrangers qui ne relèvent ni de la

catégorie des OPCVM ni de celle des FIA. S'il convient de saluer ces nouvelles précisions issues de l'Administration, de nombreux points restent en suspens et l'analyse de comparabilité des fonds étrangers demeure un exercice délicat. Toutefois, comparabilité ne doit pas rimer avec identité et, selon nous, un fonds étranger devrait valablement pouvoir organiser sa comparabilité à un organisme de placement collectif de droit français au travers de sa documentation et des stipulations contractuelles qui l'unissent à ses différents prestataires. La comparabilité d'un fonds étranger ne devrait, en effet, pas être exclue au seul regard des cadres juridique et réglementaire prévus par la loi de l'Etat où il se situe.

Au demeurant, la prudence reste de mise et, sauf cas particuliers, il ne peut être que conseiller aux opérateurs concernés de sécuriser leur situation en amont via la sollicitation d'une prise de position individuelle de l'Administration. ■

1. BOI-RPPM-RCM-30-30-20-70, 12 août 2020.

**C/M/S/ Francis Lefebvre**

Avocats

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)

 [twitter.com/cms\\_fl](https://twitter.com/cms_fl)

Retrouvez toutes les informations relatives à notre activité en immobilier :



**Option Finance**

Supplément du numéro 1584 du Lundi 30 novembre 2020

Option Finance - 10, rue Pergolèse 75016 Paris - Tél. 01 53 63 55 55

SAS au capital de 2 043 312 € RCB Paris 343256327 - Directeur de la publication : Jean-Guillaume d'Ornano

Service abonnements : 10, rue Pergolèse 75016 Paris - Tél. 01 53 63 55 58 Fax : 01 53 63 55 60 - Email : [abonnement@optionfinance.fr](mailto:abonnement@optionfinance.fr)

Impression : Megatop - Naintre - Origine du papier : Autriche - Taux de fibres recyclées : 0 %, Certification PEFC,

Impact sur l'eau Ptot : 0.04 kg/tonne - N° commission paritaire : 0922 T 83896

