

# LA LETTRE DE L'IMMOBILIER

Lundi 8 février 2021

## AU SOMMAIRE

### Dossier

#### L'immobilier fait sa transition écologique

- Urbanisme et transition écologique : des moyens d'action protéiformes p. 2
- Financer la rénovation énergétique par les certificats d'économies d'énergie p. 4
- Déploiement d'infrastructures de recharge de véhicules électriques dans les bâtiments à usage collectif p. 5
- La compensation environnementale, pas qu'une idée pour la forêt p. 6
- Les contrats de performance énergétique, un outil pour améliorer la performance énergétique des bâtiments p. 7
- La transition écologique, moteur des stratégies d'investissement « value added » : quelle structuration pour les opérations ? p. 8
- Lutte contre l'artificialisation des sols et loi de finances pour 2021, quelles mesures fiscales ? p. 9

### Actualité internationale

- Immeubles détenus indirectement par des entités étrangères et taxe de 3 % : un contexte peu favorable à l'erreur p. 10

### Actualités

- L'évaluation foncière des locaux industriels ne doit pas intégrer les outillages p. 11
- Locataires en difficulté, le bailleur à la rescousse : incitations fiscales et outils de restructuration p. 12
- Le nouveau dispositif d'étalement des plus-values de cession dans le cadre d'opérations de cession-bail p. 14
- Frais de surperformance et fonds immobiliers : pour l'instant tout va bien ? p. 15
- Vers un assujettissement à la TVA des syndicats de copropriété ? p. 16

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

Avocats

Supplément du numéro 1593 du 8 février 2021

## EDITORIAL

**D**epuis les lois Grenelle de 2009 et 2010, la France s'est engagée à diviser par quatre ses émissions de gaz à effet de serre en 2050 par rapport à 1990. L'immobilier durable est au cœur de cet objectif, qui suppose à la fois la construction de bâtiments durables et la rénovation du parc existant. La loi de 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte est venue renforcer cette ambition, en façonnant durablement la stratégie immobilière des entreprises. Le projet de loi Climat (portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets), qui sera prochainement examiné par l'Assemblée nationale, devrait également apporter son lot de nouvelles mesures en faveur de la transition écologique.

Aujourd'hui, sous l'impulsion de ces nouveaux dispositifs, les différents acteurs du secteur de l'immobilier, privés ou publics, innovent, expérimentent et se transforment.

Nous avons déjà évoqué incidemment la transition écologique dans notre dossier consacré à la *Smart City*, en nous interrogeant sur cette ville du futur à la pointe de la transition écologique et de la performance énergétique, sur la place de l'autoconsommation dans son développement ainsi que sur l'intérêt des outils numériques dans la transformation, comme le *Building Information Model* mentionné dans notre Lettre consacrée à l'immobilier hôtelier : en phase d'exploitation des immeubles, il permet d'optimiser l'efficacité énergétique des bâtiments. Nous avons aussi dressé à l'époque un panel des incitations fiscales à l'immobilier écologique en vigueur.

Cette nouvelle Lettre de l'Immobilier, consacrée à la transition écologique dans le secteur immobilier, vient compléter et enrichir cette analyse. Seront ainsi présentées les mesures mises en place, en droit de l'urbanisme, pour favoriser cette transition écologique, ainsi que la problématique de la conjugaison du développement de l'offre de logements et de la lutte contre l'artificialisation des sols. Un point sur le déploiement de l'infrastructure de recharge de véhicules électriques dans les bâtiments s'est par ailleurs imposé. Enfin, nous reviendrons sur certains dispositifs spécifiques qui favorisent cette transition (certificats d'économies d'énergie, contrats de performance énergétique et mécanismes de compensation environnementale).

Nous vous souhaitons une très bonne lecture. ■

Par Céline Cloché-Dubois, avocat associé  
et Aurore-Emmanuelle Rubio, avocat conseil

# Urbanisme et transition écologique : des moyens d'action protéiformes

**Les préoccupations environnementales ont conduit le législateur à mettre en place un dispositif juridique complet pour leur donner une résonance pratique. En droit de l'urbanisme, elles se traduisent notamment par l'adoption récente de mesures fiscales incitatives, complétées par des outils règlementaires variés.**



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



et **Clotilde Laborde**, avocat en droit de l'urbanisme et de l'environnement. Elle intervient tant en conseil qu'en contentieux auprès des entreprises et des personnes publiques. [clotilde.laborde@cms-fl.com](mailto:clotilde.laborde@cms-fl.com)

## **L**a mise en place (trop) progressive d'une fiscalité incitative pour lutter contre l'artificialisation des sols

Dans la continuité de la réforme de la fiscalité de l'urbanisme de 2012 et des propositions de la Convention citoyenne pour le climat, le législateur a adopté, dans la loi de finances pour 2021<sup>1</sup>, différentes mesures pour « favoriser le renouvellement urbain plutôt que l'étalement », et ainsi diviser par deux le rythme d'artificialisation des sols d'ici 2030. L'article 141 de la loi prévoit :

### ● Une incitation à la « renaturation » des espaces urbanisés.

La part départementale de la taxe d'aménagement (TA) est affectée au financement des politiques de protection des espaces naturels sensibles (ENS), destinées à préserver la qualité des sites, des paysages et des milieux naturels ainsi que la biodiversité en finançant des actions d'acquisition, d'aménagement, d'entretien et de gestion des ENS. Cette part peut désormais être affectée également aux opérations de « renaturation », c'est-à-dire l'acquisition de terrains abandonnés ou laissés en friche en vue d'y réaliser des travaux de transformation en espaces naturels et limiter l'extension de l'urbanisation<sup>2</sup>.

### ● Une incitation à la « densification et à la sobriété foncière » par ...

... de nouveaux cas d'exonération en matière de TA. Afin d'encourager la création de surfaces de stationnement intégrées au bâti ou en sous-œuvre et éviter l'extension de l'artificialisation

des sols, une nouvelle exonération de plein droit de TA est introduite à l'article L.331-7 du CU. A compter du 1<sup>er</sup> janvier 2022, seront totalement exonérées de TA les places de stationnement intégrées au bâti dans un plan vertical ou aménagées au-dessus ou en dessous des immeubles. Les constructeurs seront ainsi incités à concevoir des projets moins consommateur de surfaces au sol en limitant les stationnements

structurellement indépendants. Rappelons que le régime de la TA favorisait jusqu'alors les stationnements extérieurs davantage taxés que les stationnements intérieurs. Seuls les stationnements affectés à de l'habitation bénéficiaient d'une exonération si le principe en avait été décidé par les collectivités locales.

● ... Un encadrement du taux majoré de TA. Les communes et les EPCI peuvent majorer le taux de TA (jusqu'à 20 %) dans certaines zones pour financer des travaux substantiels de voirie ou de réseaux ou la création d'équipements

publics généraux<sup>3</sup>. A compter du 1<sup>er</sup> janvier 2022, une telle majoration ne pourra être décidée que « si la réalisation de travaux substantiels de voiries ou de réseaux, de restructuration ou de renouvellement urbain pour renforcer l'attractivité des zones concernées et réduire les incidences liées à l'accroissement local de la population ou la création d'équipements publics généraux sont rendues nécessaires en raison de l'importance des constructions nouvelles édifiées dans ces secteurs ». Sont concernés les travaux de recomposition et d'aménagement des espaces publics permettant d'améliorer la

**« Dans la continuité de la réforme de la fiscalité de l'urbanisme de 2012 et des propositions de la Convention citoyenne pour le climat, le législateur a adopté, dans la loi de finances pour 2021, différentes mesures pour favoriser le renouvellement urbain (...). »**

qualité du cadre de vie, de lutter contre les îlots de chaleur urbains, de renforcer la biodiversité ou de développer l'usage des transports collectifs et des mobilités actives.

Ces modifications étaient pour partie attendues depuis longtemps. Nous ne pouvons que regretter leur entrée en vigueur différée, en contradiction avec la volonté affichée de « faire évoluer rapidement les modèles d'aménagement et de construction ».

## L'adoption d'outils réglementaires variés

Les collectivités territoriales peuvent déroger aux règles générales d'urbanisme afin d'encourager la densification de zones d'ores et déjà urbanisées, évitant ainsi l'étalement urbain et imposer de nouveaux critères lors de la rénovation du bâti existant ou la construction de nouveaux bâtiments. Parmi les dispositifs, doivent être relevés les éléments suivants :

● **Economiser la ressource foncière en favorisant le renouvellement urbain.** Plusieurs dispositions du CU permettent aux collectivités territoriales d'encourager la densification des zones urbanisées tout en encadrant et modulant les formes urbaines. Les collectivités peuvent ainsi :

– imposer, dans des secteurs situés à proximité des transports collectifs, une densité minimale de construction ou encore définir, en fonction des circonstances locales, les règles concernant l'implantation des constructions<sup>4</sup> ;

– autoriser, dans certains secteurs situés en zones urbaines, un dépassement des règles relatives au gabarit, à la hauteur et à l'emprise au sol pour permettre l'agrandissement ou la construction de bâtiments à usage d'habitation<sup>5</sup>. Ainsi, le PLU de Paris fixe des règles de gabarit pour chaque parcelle, variant selon la largeur de la voie, qui permettent de faire évoluer le gabarit des immeubles existants et de rationaliser l'utilisation des sols<sup>6</sup>.

● **Renforcer les exigences de performance énergétique des bâtiments.** Dans le cadre

de projets de réhabilitation, modification ou surélévation de constructions existantes et de constructions neuves, le PLU peut fixer des exigences sur les caractéristiques thermiques et énergétiques des projets ou la qualité des matériaux employés. Elles viennent compléter les exigences légales relevant du Code de la

construction et de l'habitation<sup>7</sup>, notamment le respect de la réglementation thermique. S'agissant par exemple de Paris, l'article UG 15 du PLU impose des obligations spécifiques lors de la construction de bâtiments nouveaux, afin que soient intégrés « les effets positifs de la végétalisation du bâti dans la perspective d'un bilan d'émission de CO<sub>2</sub> aussi faible que possible en utilisant des matériaux à faible empreinte environnementale, en maîtrisant les consommations énergétiques et en privilé-

giant l'utilisation d'énergies renouvelables ».

Des contraintes similaires peuvent s'appliquer aux opérations de rénovation du bâti existant et imposer la mise en place de dispositifs d'économie d'énergie, de panneaux solaires, thermiques ou photovoltaïques, etc<sup>8</sup>. Enfin, depuis le 10 novembre 2019, la construction de certains projets<sup>9</sup> soumis à autorisation d'exploitation commerciale doivent utiliser un procédé de production d'énergie renouvelable ou créer une toiture végétalisée<sup>10</sup>. ■

**« Les collectivités territoriales peuvent déroger aux règles générales d'urbanisme afin d'encourager la densification de zones d'ores et déjà urbanisées (...). »**

1. Loi n° 2020-1721 du 29 décembre 2020 de finances pour 2021.

2. Article L.331-3 modifié C.urb.

3. Article L.331-15 du CU.

4. Articles L.151-26 et L.151-17 du CU.

5. Article L.151-28 du CU.

6. Article 10 de la zone UG du PLU de Paris.

7. Articles L.111-9 à L.111-10-6.

8. Lors d'opération de réhabilitation lourde d'un bâtiment d'une surface de plancher supérieure à 1 500 m<sup>2</sup>.

9. Les obligations s'appliquent, lorsqu'elles créent plus de 1 000 mètres carrés d'emprise au sol, aux nouvelles constructions soumises à une autorisation d'exploitation commerciale au titre des 1°, 2°, 4°, 5° et 7° de l'article L.752-1 du Code de commerce, aux nouvelles constructions de locaux à usage industriel ou artisanal, d'entrepôts, de hangars non ouverts au public faisant l'objet d'une exploitation commerciale ainsi qu'aux nouveaux parcs de stationnement couverts accessibles au public.

10. Article L.111-18-1 du CU, anciennement article L.111-19 du CU désormais abrogé

# Financer la rénovation énergétique par les certificats d'économies d'énergie



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

aurore-emmanuelle.rubio@cms-fl.com



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

armelle.abadie@cms-fl.com

**Les certificats d'économies d'énergie (CEE), instaurés par la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005, constituent l'un des principaux instruments français de maîtrise de la demande énergétique aux fins de l'atteinte par la France des objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre à horizon 2030.**

## **L**e mécanisme incitatif des CEE

Il impose aux vendeurs d'énergie, les « obligés », d'atteindre des objectifs d'économies d'énergie sur une période fixée par l'Etat, selon les cas, à trois ou quatre ans. Les CEE sont délivrés par le ministre chargé de l'énergie aux acteurs éligibles (obligés et personnes morales dites « éligibles »), en contrepartie d'actions visant à réaliser des économies d'énergie sur leur patrimoine ou sur celui de tiers (ménages, collectivités territoriales ou entreprises). Ces actions peuvent être menées dans divers secteurs d'activité

(résidentiel, tertiaire, industriel, agricole, transport, etc.). Pour obtenir un CEE, l'obligé doit apporter la preuve de son rôle actif, incitatif et antérieur dans la réalisation de l'opération d'économies d'énergie (principe d'« additionnalité »). Sa contribution peut prendre diverses formes dont celle, extrêmement fréquente et au cœur du dispositif de financement de la rénovation énergé-

tique, d'une contribution financière à des travaux (prime, bon d'achat, prêt bonifié, etc.<sup>1</sup>), qui peut aller jusqu'à couvrir la totalité du coût de cette rénovation pour le bénéficiaire. Des « fiches standardisées » définies par arrêté ministériel allouent forfaitairement un volume d'économies d'énergie à des catégories d'opérations. Certaines primes bénéficient d'une forte notoriété auprès du grand public, comme les primes « Coup de Pouce ».

## **La rénovation énergétique, domaine privilégié des CEE**

La mise en œuvre du dispositif, entre 2006 et 2021, a mis en évidence son importance dans le financement de la rénovation énergétique des bâtiments. 141 des 207 fiches d'opérations standardisées<sup>2</sup> sont consacrées aux bâtiments résidentiels et tertiaires ainsi qu'à l'industrie, ce qui confirme la

place centrale de la rénovation énergétique dans le dispositif des CEE. A noter que les opérations standardisées représentent 86,1 % du volume des CEE délivrés entre 1<sup>er</sup> janvier 2018 et le 30 novembre 2020<sup>3</sup>, dont 75,9 % concernent les seuls bâtiments résidentiels et tertiaires (Ibid).

De plus, et depuis 2015, les obligés sont tenus d'obligations d'économies d'énergie spécifiques en faveur des ménages en situation de précarité énergétique<sup>4</sup>, c'est-à-dire ceux ne disposant pas des ressources nécessaires à la réalisation des travaux

requis<sup>5</sup>, ce qui permet d'orienter les acteurs du dispositif vers les logements les plus mal isolés, véritables « passoires thermiques ».

## **Les incidences fiscales du financement par CEE**

Il convient cependant d'être vigilant sur les conséquences fiscales, notamment au regard de la TVA, induites par ces schémas de financement de travaux par l'attribution de CEE. En effet, le régime de TVA applicable aux flux entre

obligés/éligibles et professionnels (ou porteurs de programmes d'incitation aux économies d'énergie) est rendu complexe en l'absence de prise de position formelle de l'administration fiscale sur le sujet et les rappels de TVA effectués sont nombreux.

Selon que l'analyse retenue est menée chez l'obligé ou le professionnel chargé des travaux, les risques varient. L'obligé encourt un risque de rejet de son droit à déduction de la TVA éventuellement facturée « à tort » à hauteur de la prime reversée au bénéficiaire des travaux (qui constitue en réalité une subvention, hors champ de la TVA). Le professionnel, quant à lui, doit être en mesure d'identifier le montant de la prime qui sera reversée au bénéficiaire et ne pas traiter cette dernière comme une réduction du prix des travaux facturés, sous peine d'un rappel de la TVA collectée à hauteur de cette somme. ■

**« Les certificats d'économies d'énergie (CEE), instaurés par la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005, constituent l'un des principaux instruments français de maîtrise de la demande énergétique (...) »**

1. Voir point 3.1 de l'Annexe 5 de l'arrêté du 4 septembre 2014 fixant la liste des éléments d'une demande de certificats d'économies d'énergie et les documents à archiver par le demandeur.

2. Arrêté du 18 décembre 2020 modifiant l'arrêté du 22 décembre 2014 définissant les opérations standardisées d'énergie.

3. <https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/2020-12%20lettre%20d%27infos%20VE.pdf> (Lettre d'information du ministère de la transition écologique du mois de décembre 2020).

4. Article 30 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte codifié à l'article L. 221-1-1 du code de l'énergie.

5. Les plafonds de revenus du ménage sont fixés à l'article 3-1 de l'arrêté du 29 décembre 2014 relatif aux modalités d'application du dispositif des certificats d'économies d'énergie.

# Déploiement d'infrastructures de recharge de véhicules électriques dans les bâtiments à usage collectif

**Souhaité par les autorités publiques dans le cadre de la relance économique et au service de la transition climatique et numérique, le développement du parc de véhicules électriques nécessite un accroissement du nombre des infrastructures de recharge de véhicules électriques (IRVE), ouvertes au public ou privées, installées en habitat individuel ou dans les bâtiments à usage collectif. Dans ce dernier cas, les pouvoirs publics combinent incitations législatives ou réglementaires et soutien fiscal.**

## Obligations juridiques applicables aux IRVE dans les bâtiments à usage collectif

Trois situations, qui ont toutes fait l'objet d'adaptations récentes, doivent être distinguées.

D'abord, les locataires, occupant de bonne foi, indivisaires, copropriétaires et membres des sociétés de construction bénéficient d'un « droit à la prise » dans les bâtiments dotés d'un parc de stationnement d'accès sécurisé à usage privatif<sup>1</sup>. Cela signifie qu'ils peuvent installer sous certaines conditions une IRVE pour alimenter leur propre emplacement de stationnement.

La procédure accompagnant le droit à la prise a été raccourcie et simplifiée le 1<sup>er</sup> janvier 2021, avec l'adoption du

décret n° 2020-1720 du 24 décembre 2020<sup>2</sup>. La procédure concernant les immeubles soumis au régime de la copropriété demeure plus longue et fastidieuse que pour les autres immeubles mais les nouvelles dispositions sont toutes bienvenues pour faciliter l'exercice du droit à la prise. Ensuite, les bâtiments non résidentiels existants devront comprendre, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2025, au moins un point de recharge par tranche de vingt places de stationnement<sup>3</sup>. Si elle implique des travaux importants d'adaptation de l'installation électrique, cette obligation est limitée « *de telle sorte que les travaux en amont du tableau général de basse tension, y compris sur ce tableau, n'excèdent pas le coût total des travaux situés en aval de ce tableau* ».

Enfin, les emplacements de stationnement dans les bâtiments neufs ou faisant l'objet de

rénovations importantes, de même que ceux jouxtant ces bâtiments, font l'objet d'obligations de pré-équipement et d'équipement. Un nouveau dispositif s'appliquera aux déclarations préalables et demandes de permis de construire déposées à partir du 11 mars 2021<sup>4</sup>.

Ainsi, dans les secteurs résidentiel et non-résidentiel, respectivement 100 % et 20 % des places de stationnement devront être prééquipées s'il y a plus de dix emplacements. De plus, dans le non-résidentiel, au moins une place de stationnement devra être équipée s'il y a plus de dix emplacements et deux places s'il y a plus de 200 emplacements ; dans ces deux hypothèses, un emplacement au moins sera réservé

aux personnes à mobilité réduite.

## Incitations fiscales à l'installation de bornes de recharge

Depuis 2014, l'acquisition d'un système de charge pour véhicule électrique était éligible au crédit d'impôt sur le revenu afférent aux dépenses en faveur de la transition énergétique (CITE).

En dépit de la transformation du CITE en prime versée par l'Agence nationale de l'habitat, (Anah), le législateur a souhaité continuer à soutenir ce type d'investissement par la création d'un nouveau crédit d'impôt dédié à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2021<sup>5</sup>.

Si les modalités de fonctionnement de cet avantage fiscal restent similaires, son champ d'application est élargi. ■

**« (...) Ce développement nécessite un accroissement du nombre des infrastructures de recharge de véhicules électriques (IRVE) aussi bien dans les espaces publics que privés (habitat individuel ou bâtiments à usage collectif). »**



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)



et **Marc Devedeix**, avocat en droit de l'énergie et droit public. Il accompagne les clients dans leurs activités industrielles régulées, sur les aspects contractuels et réglementaires dans leurs rapports avec l'Etat, le régulateur ou d'autres opérateurs économiques. [marc.devedeix@cms-fl.com](mailto:marc.devedeix@cms-fl.com)

1. Article L.111-3-8 (futur L. 113-16) du Code de la construction et de l'habitation.

2. Codifié aux articles R. 111-1 A à R. 111-1 C du CCH.

3. Article L.111-3-5 (futur L. 113-13) du CCH.

4. Voir articles L. 111-3-3 (futur L. 113-11) et L. 111-3-4 (futur L. 113-12) du CCH. Il convient également de se référer au décret n° 2020-1696 du 23 décembre 2020 codifié à l'article R. 111-14-2 du CCH et à l'arrêté interministériel du même jour.

5. Codifié à l'article 200 quater C du CGI, introduit par la loi n° 2020-1721 du 29 décembre 2020 de finances pour 2021.

# La compensation environnementale, pas qu'une idée pour la forêt

La réglementation française depuis la loi sur la protection de la nature de 1976 impose au maître d'ouvrage, dans un ordre hiérarchique : d'Éviter les impacts de leurs projets, de Réduire les impacts non évités, de Compenser les impacts résiduels, en conduisant des actions positives pour la biodiversité (ERC).



Par **Anne-Charlotte Goursaud-Treboz**, avocat en droit immobilier de CMS Francis Lefebvre Lyon Avocats. Elle intervient, tant en conseil qu'en contentieux, en droit de la construction, droit immobilier, ainsi que dans le cadre de problématiques environnementales.  
anne-charlotte.goursaud-treboz@lyon.cms-fl.com

**E**n théorie, il s'agit de restaurer un milieu naturel équivalent à celui dégradé par le projet.

## Équivalence écologique et perte de biodiversité, comment les apprécier ?

Depuis la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages (dite « loi Biodiversité »), la séquence ERC vise à une absence de perte nette de biodiversité, voire un gain. Il s'agit en outre d'une obligation de résultat. Un projet ne peut désormais être autorisé en l'état lorsque les atteintes à la biodiversité « ne peuvent être ni évitées, ni réduites, ni compensées de façon satisfaisante » selon l'article L.163-1 du Code de l'environnement.

Mais comment est apprécié le respect de l'équivalence écologique et l'absence de perte nette de biodiversité ? La loi indique simplement que

« les mesures de compensation devront être mises en œuvre en priorité sur le site endommagé ou, en tout état de cause, à proximité de celui-ci afin de garantir ses fonctionnalités ».

La loi ouvre trois modalités de compensation : par l'aménageur lui-même, par le recours à un opérateur de compensation ou par achat d'unités de compensation dans le cadre d'un site naturel de compensation agréé.

## Le contrat de fiducie, un outil pour suivre l'objectif de compensation

La fiducie foncière environnementale répond à cette exigence, tout comme l'obligation réelle environnementale. La fiducie est une opération juridique de transfert des biens, de droits des constituants au fiduciaire. Pendant le temps du contrat passé entre le propriétaire et le fiduciaire, celui-ci est le propriétaire temporaire du bien ou du droit et en règle les charges. En fin de contrat, le fiduciaire restitue le bien ou le

droit au propriétaire initial, ou à ses descendants ou à un autre tiers désigné dans le contrat. Le contrat de fiducie indique l'objectif de compensation à atteindre, les actions à mettre en œuvre ainsi que la durée en années. C'est ce contrat qui garantit la pérennité des actions de compensation. L'obligation réelle environnementale fait partie des nouveaux outils juridiques, créés par la loi Biodiversité, permettant aux propriétaires fonciers de faire naître sur leur terrain des obligations durables de protection de l'environnement.

Ces dispositifs, de nature variée, se rapprochent par leur finalité qui est de garantir par un contrat avec le propriétaire du terrain la pérennité des mesures de compensation écologiques.

## Le rôle des réserves biologiques

La loi Biodiversité a également posé le cadre juridique applicable aux réserves biologiques, constituées par les forêts,

avec l'article L.212-2-1 du Code forestier qui règlemente les documents d'aménagement, en prévoyant que l'ONF, chargée de les élaborer, pourra y inclure des zones identifiées comme « susceptibles de constituer des réserves biologiques ».

Ces dispositions législatives laissent aussi la place à des initiatives privées, ayant la volonté de compenser et de valoriser le domaine forestier. En région Auvergne Rhône Alpes par exemple, certains acteurs de la construction ont mis en œuvre le principe développé par la société FORESTOR, qui consiste, pour un projet avec un droit à construire, à faire réaliser à moins de 30 km du programme, sur une parcelle du domaine public ou privé, une forêt d'une surface égale à la surface de la parcelle et aux surfaces de plancher. S'y développent également les micro-forêts urbaines, en application de l'idée du botaniste japonais Akira Miyawak.

Jacques Dutronc pourra continuer de chanter « De grâce, de grâce, monsieur le promoteur, ne coupez pas mes fleurs ». ■

**« La loi ouvre trois modalités de compensation : par l'aménageur lui-même, par le recours à un opérateur de compensation ou par achat d'unités de compensation dans le cadre d'un site naturel de compensation agréé. »**

# Les contrats de performance énergétique, un outil pour améliorer la performance énergétique des bâtiments

**Le plan « France Relance » présenté par le Gouvernement le 3 septembre 2020, prévoit une enveloppe de 6,7 milliards d'euros dédiée à la rénovation énergétique des bâtiments publics et privés et des logements, dont 4 milliards pour la rénovation des bâtiments publics de l'État et des collectivités territoriales. Ce financement doit notamment permettre d'atteindre les objectifs déjà fixés par le « décret tertiaire » du 23 juillet 2019<sup>1</sup> qui oblige les bâtiments tertiaires, publics ou privés, de plus de 1 000 m<sup>2</sup> à réduire leur consommation d'énergie finale d'au moins 40 % en 2030, 50 % en 2040 et 60 % en 2050 par rapport à 2010. Pour atteindre ces objectifs, un outil paraît particulièrement utile : le contrat de performance énergétique (CPE)<sup>2</sup>.**

## **L**e CPE, un outil au service de la transition énergétique

Défini à l'origine par le droit de l'Union européenne<sup>3</sup>, le CPE est un contrat, public ou privé, conclu entre le détenteur d'un ouvrage (propriétaire, affectataire, emphytéote, etc.) et un opérateur mettant en œuvre des mesures destinées à améliorer le niveau de performance énergétique d'ouvrages existants. Le CPE comporte un engagement de résultat en matière d'économies d'énergie : la garantie de performance énergétique. Les mesures mises en œuvre par l'opérateur visent à garantir, par rapport à une situation de référence initiale, une diminution des consommations énergétiques de l'ouvrage, vérifiée et mesurée dans la durée, grâce à un investissement dans des travaux, fournitures ou services. La rémunération de l'opérateur est, au moins en partie, corrélée au niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique générée par cet investissement. Compte tenu de l'objectif d'amélioration de l'efficacité énergétique, la mise en œuvre du CPE doit permettre de mesurer les gains énergétiques obtenus par des actions ou travaux d'amélioration. Ces actions peuvent porter sur l'amélioration des performances thermiques de la construction (notamment par l'isolation), l'amélioration de l'efficacité énergétique des équipements (climatisation, chauffage et production d'eau sanitaire, éclairage, etc.), le renouvellement d'air des locaux, l'hygrométrie, l'exploitation, la régulation (notamment par l'homogénéisation des températures), la télégestion ou télé-exploitation, la modification des conditions d'usage, le comportement des usagers, voire la fourniture d'électricité par utilisation d'énergies décarbonées (électricité, EnR) en substitution d'énergies carbonées

(gaz, fioul). Pour apprécier la différence entre l'énergie consommée dans la situation d'origine et celle qui résulte des actions ou travaux d'amélioration, des procédures de mesure et de vérification sont mises en place. La méthode la plus usuelle est celle reposant sur le protocole international de mesures et de vérifications (plus connu sous son acronyme anglais « IPMVP »).

## **CPE, quel régime juridique ?**

Dans le secteur public, les CPE prennent, aujourd'hui, très souvent, la forme de marchés globaux de performance (article L.2171-3 du Code de la commande publique). On parle alors de marchés globaux de performance énergétique (MGPE). Mais ils peuvent également s'incarner sous la forme de marchés de partenariat de performance énergétique (MPPE), voire d'accords-cadres de MPPE. Dans le secteur privé, il s'agit de contrats d'entreprise (ou « louage d'ouvrage »), au sens des articles 1710 et 1792 et suivants du Code civil. Les CPE sont des contrats qui n'obéissent donc pas à un régime juridique propre mais dont les clauses ont peu à peu été élaborées par la pratique et dont les principales caractéristiques ont été consacrées récemment par le pouvoir réglementaire<sup>4</sup>. ■

1. Décret en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2019, codifié aux articles R. 131-38 à R. 131-44 du Code de la construction et de l'habitation. Voir aussi ses arrêtés d'application : arrêté du 10 avril 2020 dit « Méthode » et arrêté du 24 novembre 2020 dit « Valeurs Absolues » publié au JORF du 17 janvier 2021.

2. Compte tenu de l'objectif d'amélioration de l'efficacité énergétique, la mise en œuvre du CPE doit permettre de mesurer les gains énergétiques obtenus par des actions ou travaux d'amélioration.

3. Actuellement : directive 2012/27/UE du 25 octobre 2012.

4. A. 24 juill. 2020 relatif aux CPE.



Par **François Tenailleau**, avocat associé en droit public et responsable de la pratique Infrastructure. Il accompagne des opérateurs de tous secteurs et des entreprises de construction, des institutions financières et des fonds d'infrastructure ainsi que les entités du secteur public. Il intervient notamment en matière de contrats publics (marchés publics, concessions, partenariats public-privé, etc.).

francois.tenailleau@cms-fl.com



et **Thomas Carezni**, avocat en droit public. Il intervient en droit public des affaires et en particulier dans les domaines suivants : commande publique et montages contractuels complexes, droit des propriétés publiques, financement des entités publiques, institutions publiques et parapubliques, aides publiques.

thomas.carenzi@cms-fl.com

# La transition écologique, moteur des stratégies d'investissement « *value added* » : quelle structuration pour les opérations ?



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



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

1. Les véhicules spécifiquement dédiés aux investissements immobiliers (i.e. sociétés d'investissements immobiliers cotées « SIIC », les organismes de placement collectif immobilier « OPCI », les sociétés civiles de placement immobilier « SCPI », etc.) ont vocation à détenir des actifs en vue de leur location et ne sont pas destinés à réaliser des opérations *value added*.  
2. Seules les activités commerciales par nature sont éligibles au quota fiscal prévu par l'article 163 quinquièmes B du CGI.

**D**ans un contexte où les marchés immobiliers risquent de connaître des évolutions contrastées, l'essor des stratégies d'investissement *value added* devrait se confirmer. Confrontés à la potentielle perte de rendement des investissements *core*, certains investisseurs ciblent les opportunités de création de valeur en se positionnant sur des actifs à fort potentiel nécessitant des travaux de revalorisation. Aussi, la performance énergétique occupe une place croissante parmi les différents leviers de revalorisation qualitative d'un bien. Son incidence sur le niveau des charges et des loyers est indéniable et il est fort à parier que les investisseurs vont accorder de plus en plus d'importance au verdissement de leurs actifs. Se pose alors la question : quel type de structuration peut-on recommander pour ce genre d'opérations ?

**En soi, il n'existe pas de véhicule spécifiquement dédié à la réalisation d'opérations *value added*<sup>1</sup>.**

Mais certains véhicules sont sans doute à privilégier. Il s'agit des fonds professionnels de capital investissement ou des sociétés de libre partenariat. Dans ce cas, les opérations sont généralement portées par des sociétés « classiques » soumises à l'impôt sur les sociétés (SAS) elles-mêmes détenues par le fonds. Toutefois, le recours à des fonds d'investissement implique certaines contraintes réglementaires ou juridiques. Il peut également être envisagé d'utiliser directement des sociétés de droit commun (SAS ou SCA). Dans ce dernier cas, les opérations peuvent être portées par des sociétés de personnes fiscalement translucides (SNC) interposées.

**Les investisseurs peuvent bénéficier de régimes fiscaux favorables, sous certaines conditions**

Conditionnés notamment à certaines règles de composition d'actifs et d'investissements visant

des activités industrielles ou commerciales, les investisseurs peuvent bénéficier de régimes fiscaux très favorables (i.e. régime des fonds « fiscaux », éligibilité au emploi de l'article 150-0 B ter du CGI, exclusion de la valeur des titres détenus de l'assiette de l'impôt sur la fortune immobilière, etc.). Sur ce point, la question de la « commercialité » de l'activité immobilière exercée par les sociétés propriétaires des actifs devient centrale. Les investissements *value added* se caractérisent par des cycles de détention courts. Les actifs sont acquis en vue de leur revente. En ce sens, ils peuvent s'analyser en des opérations de marchand de biens. Lorsque l'importance des travaux de revalorisation concourent à la production d'un

immeuble neuf, ils peuvent également s'analyser en des opérations de promotion immobilière. Les activités de marchand de biens et de promotion immobilière sont des activités commerciales respectivement visées aux articles 34 et 35 du Code général des impôts (CGI). Elles peuvent donc s'inscrire, dans une certaine mesure, dans le cadre des dispositifs fiscaux susvisés<sup>2</sup>. Toutefois, pour que les sociétés propriétaires des actifs puissent être

valablement regardées comme exerçant une activité immobilière de nature commerciale, leurs opérations doivent revêtir un caractère habituel et spéculatif. Le critère de l'intention spéculative est satisfait lorsqu'il peut être documenté que l'actif était destiné à la revente au moment de son acquisition ou de sa construction. Le critère d'habitude s'entend généralement de la réalisation d'une pluralité d'opérations. La satisfaction du critère d'habitude peut dans certains cas soulever des difficultés pour les véhicules constitués en vue de réaliser une opération spéculative unique consistant à acheter et revendre en bloc un même bien. Toutefois, plusieurs arguments pourraient, selon nous, permettre la satisfaction du critère d'habitude en présence d'une opération isolée. ■

**« Dans un contexte où les marchés immobiliers risquent de connaître des évolutions contrastées, l'essor des stratégies d'investissement *value added* devrait se confirmer. »**

# Lutte contre l'artificialisation des sols et loi de finances pour 2021, quelles mesures fiscales ?

**La lutte contre l'artificialisation des sols, qui se traduit par la transformation d'un sol naturel dans le but de l'affecter à des fonctions urbaines (habitats, commerces, etc.), a été présentée comme l'un des objectifs du Gouvernement. Pour faire face au manque toujours structurel de logements, nombreuses ont été les incitations fiscales mises en place. Cependant, la question de la pérennité de cette politique de soutien doit aujourd'hui nécessairement se poser face aux défis environnementaux. La loi de finances (LF) pour 2021 du 29 décembre 2020 peut en partie nous permettre d'appréhender l'équilibre à trouver pour concilier cet objectif avec le développement de l'offre de logements.**

**P**rorogation du dispositif « Pinel »  
Si la LF a prorogé le dispositif « Pinel » prévu à l'article 199 novovicies du Code général des impôts (CGI) et bénéficie aux contribuables qui acquièrent ou construisent des logements neufs, cette prorogation s'accompagne d'une réduction progressive de la réduction d'impôt accordée en 2023 et 2024 ce qui a pour vocation d'organiser la transition vers un nouveau dispositif.

A ce titre, il est prévu qu'un rapport présentant des dispositifs alternatifs sera remis au Parlement par le Gouvernement avant le 30 mars 2021.

De plus, le texte de loi confirme le recentrage du dispositif « Pinel » sur les logements acquis neufs ou en l'état futur d'achèvement situés dans un bâtiment d'habitation collectif et étend l'application de cette nouvelle condition aux logements que les contribuables font construire.

Aussi, il est fort à parier que les dispositifs, qui lui succéderont, encourageront davantage la rénovation de logements anciens en lieu et place de la construction de programmes immobiliers neufs. D'ailleurs, cet objectif se retrouve déjà dans la LF 2021 qui prévoit que le taux de la réduction d'impôt « Pinel » restera inchangé jusqu'en 2024 pour les logements situés dans les quartiers prioritaires de la politique de la ville ou qui satisfont des normes environnementales exemplaires.

## Des abattements pour les opérations de grande ampleur

La loi n'a pas prorogé le dispositif temporaire prévu par l'article 28 de la LF rectificative pour 2017. Il permettait, sous conditions, de réduire de 70 % ou 85 % le montant de la plus-value imposable résultant de la cession de biens immobiliers bâtis ou non bâtis, sous réserve que le cessionnaire s'engage à y réaliser un ou plusieurs bâtiments d'habitation collectifs.

En parallèle, la loi instaure un nouveau dispositif d'abattement exceptionnel applicable dans des conditions similaires mais réservé aux cessions d'immeubles situés dans le périmètre d'une grande opération d'urbanisme ou d'une opération de revitalisation du territoire, c'est-à-dire au sein d'opérations de grande ampleur visant notamment à aménager ou rénover des parcs de logements et de locaux commerciaux préexistants.

## Loi de finances pour 2021, lutter contre l'artificialisation des sols

Enfin, la LF proroge jusqu'au 31 décembre 2022<sup>1</sup> et assouplit le dispositif prévu par l'article 210 F du CGI. Celui-ci soumet à un taux réduit d'impôt sur les sociétés de 19 % les plus-values de cession de locaux à usage de bureaux ou à usage commercial ou industriel, destinés à être transformés en logements, ce qui se concilie avec l'idée de ne pas créer d'habitat là où les sols ne sont pas encore artificialisés.

Le texte prévoit notamment de permettre à l'acquéreur d'obtenir de l'administration, sur demande, et pour une durée d'un an, renouvelable une fois, une prolongation du délai de quatre ans au terme duquel il doit avoir achevé les travaux de transformation.

On aurait pu s'interroger, s'agissant des terrains « à bâtir », également compris dans le champ d'application de ce régime de faveur. Mais quand on sait que celui-ci est réservé aux seuls biens immobiliers situés dans les zones dites « A bis » et « A » du territoire, à savoir celles les plus denses de nos agglomérations, la probabilité de se trouver en présence d'un terrain nu n'ayant jamais été occupé en tout ou partie par des bâtiments est très rare. La notion de terrain à bâtir ici évoquée concerne par exemple des bâtiments simplement devenus impropres à un quelconque usage. ■



Par **Christophe Frionnet**, avocat associé en fiscalité.

Il conseille notamment les entreprises dans l'ensemble de leurs opérations. Il est chargé d'enseignement en matière de fiscalité immobilière à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne.

christophe.frionnet@cms-fl.com



et **Nathan Kegler**, avocat en fiscalité.

nathan.kegler@cms-fl.com

*1. Ce dispositif s'appliquera aux promesses de vente conclues entre le 1<sup>er</sup> janvier 2021 et le 31 décembre 2022 inclus, à condition que la cession soit réalisée au plus tard le 31 décembre 2024.*

# Immeubles détenus indirectement par des entités étrangères et taxe de 3 % : un contexte peu favorable à l'erreur

**La taxe de 3 % sur les immeubles n'a pas vocation à être payée mais plutôt à obliger les contribuables qui détiennent des immeubles français au travers de sociétés interposées, à dévoiler leur identité ainsi que la situation et la valeur vénale desdits immeubles.**



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



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

**D**ans cette optique, sont notamment exonérées les entités qui s'engagent à révéler ces informations soit sur demande de l'administration, en cas d'engagement en ce sens pris lors de l'acquisition de l'actif, soit au plus tard le 15 mai de chaque année, au moyen d'un formulaire spécifique (n°2746). A compter de 2021, ce formulaire, jusqu'à présent envoyé sous format papier, devra obligatoirement être télédéclaré sur le site de l'administration fiscale.

## Télédéclaration, quelles conséquences ?

Ce changement devrait être relativement indolore pour les entités françaises et étrangères déjà identifiées auprès des services fiscaux français. Mais il pourrait susciter des complications pour les entités étrangères n'ayant à ce jour jamais déposé de déclaration fiscale en France. En effet, le dépôt sous format électronique de leurs déclarations supposera qu'elles fassent au préalable une demande d'attribution d'un numéro SIREN, qui, une fois attribué, leur permettra de créer leur espace professionnel en ligne et ainsi satisfaire à leurs obligations déclaratives. Or, en pratique, il peut arriver que les sociétés étrangères, dont la présence en France se limite à une détention très indirecte d'actifs immobiliers, ne déposent pas la déclaration qui leur assure pourtant l'exonération. Cet oubli est généralement sans conséquence dès lors que, par tolérance administrative, la taxe de 3 % n'est pas due si le contribuable de bonne foi envoie les informations demandées dans les 30 jours suivant la réception d'une première mise en demeure de régulariser sa situation. Cette régularisation n'est toutefois possible que si l'entité n'a jamais bénéficié de cette tolérance auparavant. Elle se fait en pratique par l'envoi des formulaires n°2746 au titre des années concernées. Le défaut d'envoi dans les délais est susceptible d'entraîner la taxation d'office.

**« Alors que le formalisme se dématérialise et suppose des démarches préalables auprès de l'administration fiscale française, il demeure essentiel de déposer les formulaires dans les délais. »**

## Veiller à bien respecter les délais de dépôt des formulaires

La dématérialisation des déclarations s'étendra-t-elle à celles déposées à la suite d'une mise en demeure ? La Direction générale des finances publiques a indiqué oralement que le format papier resterait, dans un premier temps, privilégié pour les procédures de régularisation. A terme, on peut craindre des difficultés pratiques pour les entités étrangères qui ne disposent souvent ni de comptable ni de conseil habituel en France pour les aider à régulariser leur situation. L'administration fiscale fera-t-elle preuve de bienveillance en cas de retard dû à des difficultés rencontrées dans le cadre du dépôt annuel sous format

électronique, voire à la suite d'une régularisation ? Il a été indiqué que cela serait le cas mais uniquement à ce stade pour la campagne déclarative de 2021 et sous réserve de prévenir l'Administration en amont des problèmes rencontrés.

En tout état de cause, alors que le formalisme se dématérialise et suppose des démarches préalables auprès de l'administration fiscale française, il demeure essentiel de déposer les formulaires dans les délais.

En effet, la Cour de cassation a confirmé tout récemment (Cour de cassa-

tion, 4 novembre 2020, n°18-11.771) que le dépôt tardif de la déclaration était sanctionné par l'exigibilité de la taxe elle-même, et non pas seulement par des pénalités de retard, sauf à pouvoir bénéficier de la tolérance précitée. En pratique, cela signifie que les contribuables qui en auraient déjà bénéficié par le passé pourraient être redevables de la taxe de 3 % s'ils ne parvenaient pas à télédéclarer le formulaire à temps.

Afin d'éviter tout risque en cas de difficultés dans le cadre de la nouvelle procédure dématérialisée, l'envoi d'une déclaration papier dans les délais devrait être privilégié, le non-respect du format dématérialisé n'étant sanctionné que d'une amende de 15 euros par déclaration (sans que le total des amendes applicables puisse être inférieur à 60 euros ni supérieur à 150 euros). ■

# L'évaluation foncière des locaux industriels ne doit pas intégrer les outillages

**Par une décision du 11 décembre 2020 (n°422418, GKN Driveline), le Conseil d'Etat rappelle enfin que les outillages sont exonérés de taxe foncière.**

**H**istoriquement, la valeur foncière des établissements industriels, relevant de la méthode comptable, est appréciée en retenant 8 ou 9 % du prix de revient d'origine des terrains et constructions (il est utile d'indiquer que ce taux passe à 4 % dès 2021 réduisant donc de 50 % les évaluations foncières servant de base à la fois à la taxe foncière et à la cotisation foncière des entreprises (CFE) - article 29 de la loi de finances pour 2021).

## La CET s'accompagne de la suppression de l'imposition des matériels

A l'époque de la taxe professionnelle, toutes les immobilisations spécifiques à l'activité étaient exonérées de taxe foncière conformément au 11° de l'article 1382 du Code général des impôts, CGI. Corrélativement, elles étaient imposées dans la catégorie des équipements et biens mobiliers (EBM) pour une base retenue à hauteur de 16 % du prix de revient. L'instauration de la contribution économique territoriale (CET) ne devait pas avoir pour effet de remettre en cause cette exonération, comme l'ont soutenu certains vérificateurs, ces derniers estimant que toute immobilisation faisant corps avec l'immeuble devait être classée dans les biens de nature foncière. Pourtant, la définition des biens fonciers n'a pas été modifiée lors de la suppression de la taxe professionnelle.

Cette dérive constatée lors des contrôles fiscaux provient sans doute du fait que le Conseil d'Etat dans une décision du 25 septembre

2013 (n°357029, Menuiserie du Centre) a jugé que les biens fonciers « s'entendent de ceux qui participent directement à l'activité industrielle de l'établissement et sont dissociables des immeubles ».

Selon l'interprétation des vérificateurs, tous les immeubles par destination, qui sont des biens indissociables de l'immeuble avec lequel ils font corps, venaient majorer le prix de revient des immeubles évalués en méthode comptable.

Il aura donc fallu sept ans de contentieux au cours desquels nous avons expliqué l'origine de l'article 1382 11° du CGI. Force est de constater que ce dispositif n'aurait aucune utilité s'il visait à exonérer uniquement les biens mobiles ou démontables, lesquels sont exonérés de taxe foncière par nature. D'ailleurs, dans les années 80, la Haute assemblée avait jugé qu'une cheminée d'usine en béton, constituant donc un immeuble par destination non déplaçable, relevait bien de l'exonération précitée applicable aux installations spécifiques à l'activité de l'exploitant.

## Les outillages exclus de l'évaluation foncière

Dans cette décision adoptée en formation plénière, le Conseil d'Etat précise donc que si l'évaluation foncière intègre les immobilisations faisant corps avec l'immeuble, le 11° de l'article 1382 du code exonère « ceux de ces biens qui font partie des outillages, autres installations et moyens matériels d'exploitation d'un établissement industriel, [...] ».

Les immobilisations qui étaient exonérées de taxe foncière sous l'empire de la taxe professionnelle,

pour être imposables dans la catégorie des EBM, ne sont donc pas devenues foncières à compter de l'entrée en vigueur de la CET.

Dans les nombreux litiges dont les juridictions sont actuellement saisies, il est temps désormais de rappeler ces principes. Nous ne doutons pas que les instances en cours pourront trouver des solutions favorables, à condition bien évidemment pour le contribuable concerné

d'être en mesure de prouver que l'immobilisation qu'il entend exclure participe directement à son processus industriel.

Pour les entreprises qui n'auraient pas contesté l'analyse des vérificateurs qui les auraient rehaussés sur ce motif de non-dissociabilité de l'immobilisation avec l'immeuble, ou qui en auraient inclus à tort en foncier, il est toujours temps de réclamer en taxe foncière et en CFE sur les années non prescrites. ■



Par **Laurent Chatel**, avocat associé en fiscalité. Spécialisé en impôts locaux, il assiste les entreprises et les établissements publics aussi bien en conseil qu'en contentieux ou dans le cadre d'audit et également les collectivités locales généralement dans leur relation avec l'Etat. laurent.chatel@cms-fl.com

# Locataires en difficulté, le bailleur à la rescousse : incitations fiscales et outils de restructuration

**Dans le contexte de la crise sanitaire, de très nombreuses entreprises se trouvent en difficulté. Le premier objectif de ces dernières réside dans l'identification et la mise en œuvre de moyens leur permettant d'éviter une panne de trésorerie et donc une procédure collective. Toutefois, au-delà de cet objectif premier, ces entreprises doivent ensuite trouver les moyens d'éviter la constitution d'un mur de dettes qui risque de devenir rapidement infranchissable.**



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



**Alexandre Bastos**, avocat associé, responsable de l'activité Restructuring. Il intervient sur l'ensemble des problématiques liées au traitement des difficultés des entreprises, tant en conseil qu'en contentieux. alexandre.bastos@cms-fl.com

**C**onscient de cet enjeu, le législateur a adopté un dispositif incitatif pour les bailleurs qui accepteront de renoncer à l'encaissement d'une partie des loyers dus par leurs locataires, allégeant d'autant le fardeau de dettes de ces derniers.

Ainsi, outre la prorogation jusqu'au 31 juin 2021 de la période pendant laquelle les bailleurs peuvent consentir des abandons de loyers déductibles à certains locataires, l'article 20 de la loi de finances pour 2021 a instauré un crédit d'impôt à raison des abandons consentis à certaines entreprises au titre des loyers de novembre 2020 dans le cadre du second confinement (1).

Ces incitations législatives ne doivent pas faire perdre de vue que le soutien apporté par le bailleur à son locataire doit être encadré par certaines précautions et que des outils sur-mesure existent, permettant de construire une solution de retournement la plus complète possible (2).

## Crédit d'impôt au titre des abandons de loyers

Bien que peu complexe, le régime mis en place repose sur un nombre significatif de conditions qui concernent l'identification des bailleurs et des locataires éligibles, la délimitation des abandons de loyers pris en considération ainsi que le calcul et l'imputation du crédit d'impôt.

Le texte prévoit que le crédit d'impôt sera octroyé sur la base d'une déclaration du bailleur conforme à un modèle établi par l'administration qui devra être annexée à la déclaration de revenu ou de résultat. S'agissant des bailleurs, le crédit d'impôt s'applique

aux personnes physiques domiciliées en France ou aux personnes morales à raison de locaux situés en France. Il est également applicable aux entreprises, pour autant qu'elles ne soient pas elles-mêmes en difficulté, bénéficiant de certains régimes d'exoné-

ration et en particulier les sociétés foncières relevant du régime des SIIC et les SPPICAV.

Les locataires ouvrant droit à ce régime sont les entreprises de moins de 5.000 salariés exerçant leur activité dans des locaux faisant l'objet d'une interdiction d'accueil du public au cours du mois de novembre 2020 ou exerçant leur activité principale dans un secteur particulièrement touché par la crise (en particulier l'hôtellerie, la restauration, le tourisme, l'événementiel, le

sport et la culture).

Sont néanmoins exclues les entreprises locataires qui,

- au 31 décembre 2019, étaient en difficulté au sens du règlement communautaire UE 651/2014 du 17 juin 2014, à l'exception des micro et petites entreprises pour autant qu'elles ne bénéficient d'une procédure de sauvegarde, d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire en cours à cette date et/ou ;
- font l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire au 1<sup>er</sup> mars 2020.

A noter qu'en cas de liens (familiaux ou de dépendance capitalistique) entre le bailleur et l'exploitant de l'entreprise locataire, le bénéfice du crédit d'impôt sera subordonné à la démonstration des difficultés de trésorerie de l'entreprise. Les bailleurs concernés devront dès lors rassembler et conserver,

**« (...) le législateur a adopté un dispositif incitatif pour les bailleurs qui accepteront de renoncer à l'encaissement d'une partie des loyers dus par leurs locataires, allégeant d'autant le fardeau de dettes de ces derniers. »**

dans la perspective d'un éventuel contrôle, les justificatifs correspondants.

Toutefois, le montant total des abandons bénéficiant à un même locataire, retenu dans la limite du montant du crédit d'impôt correspondant, ne peut pas excéder un plafond qui vient d'être porté à 1,8 million d'euro par la Commission européenne pour la généralité des entreprises (hors activités spécifiques) ; le plafond s'apprécie ainsi par rapport au montant de l'avantage fiscal. La situation du bailleur peut ainsi être influencée en fonction de l'éligibilité de ses locataires et des aides que ces derniers pourraient recevoir ou avoir reçu d'un autre bailleur, alors-même que le bailleur ne dispose en principe d'aucun accès efficace à une telle information et peut seulement interroger son locataire sur sa situation.

S'agissant du calcul du crédit d'impôt, celui-ci est égal à 50 % des loyers éligibles abandonnés au titre du mois de novembre 2020 à condition que la décision soit prise au plus tard le 31 décembre 2021. Cependant, l'assiette de calcul du crédit d'impôt est limitée à deux tiers du montant de ces loyers lorsque l'entreprise locataire bénéficiaire de l'abandon emploie entre 250 et 5 000 salariés.

Il est imputable sur l'impôt exigible au titre de l'année civile en cours à la date de la décision pour les contribuables

relevant de l'impôt sur le revenu ou de l'exercice en cours pour ceux relevant de l'impôt sur les sociétés. En cas d'excédent ou en l'absence d'impôt sur lequel imputer le crédit d'impôt (notamment si le bailleur est une entreprise exonérée), le montant non imputé est remboursé au bailleur.

### Les outils du restructuring

Le curseur de l'aide apportée à un débiteur en difficulté réside dans le fait que cette aide lui permette de construire un retournement pérenne. A défaut, l'aide apportée pourrait s'apparenter à un cautère sur une jambe de bois. Une telle situation risque de conduire le locataire dans l'impasse d'une solution liquidative et le bailleur à des pertes accrues, voire un risque de mise en cause de sa responsabilité.

Ainsi, tant le bailleur que le locataire auront intérêt à se ménager les preuves que l'aide sollicitée du bailleur et accordée par celui-ci s'inscrit dans un plan de retournement crédible à la date à laquelle l'effort est fait.

Dans cette optique, il est certainement utile d'inscrire cette démarche dans le cadre d'une mesure amiable et préventive de traitement des difficultés : le mandat ad hoc ou la conciliation. Ces procédures sont pour l'essentiel amiables, volontaires, confidentielles et consensuelles.

Conduites sous l'égide d'un professionnel (administrateur/mandataire judiciaire le plus souvent), elles ont pour vocation de mettre en présence les partenaires de l'entreprise en difficulté avec lesquels cette dernière entend bâtir une solution de retournement pérenne : actionnaires, banquiers, bailleurs, pouvoirs publics, etc. Ces partenaires négocieront avec l'entreprise la solution sur-mesure permettant

**« (...) l'enjeu sera de parvenir à un accord équilibré permettant de sauvegarder au mieux les intérêts en présence : le bailleur conservera un locataire et donc un revenu, le locataire pourra construire un retournement permettant d'assurer la pérennité de son activité. »**

d'assurer son retour à la profitabilité, solution qui sera ensuite soumise à la « validation » du Président du tribunal de commerce (accord de conciliation constaté) ou du tribunal lui-même en cas d'homologation de l'accord de conciliation.

La crise économique générée par la pandémie a conduit le législateur à renforcer l'attrait de ces procédures pour les débiteurs en instaurant un mécanisme coercitif mais facultatif de gel du passif au cours des négociations et en facilitant la possibilité pour l'entreprise en difficulté de solliciter, à défaut d'accord avec

ses créanciers, l'obtention de délais de grâce auprès du Président du tribunal ayant ouvert la procédure de conciliation. En complément, le législateur permet que les conciliations ouvertes avant le 31 décembre 2021 se prolongent jusqu'à 10 mois au lieu de cinq. Enfin, signalons que, dans le cadre de la transposition de la directive européenne « restructuration et insolvabilité », le principe du libre accès à la sauvegarde accélérée devrait être pérennisé. Il s'agit ici d'une procédure collective permettant de « forcer » la mise en œuvre d'un accord trouvé en conciliation avec une majorité des créanciers impliqués en dépit de l'opposition minoritaire de quelques-uns d'entre eux. Ainsi, dans les rapports entre bailleur et locataire aussi, l'enjeu sera de parvenir à un accord équilibré permettant de sauvegarder au mieux les intérêts en présence : le bailleur conservera un locataire et donc un revenu, le locataire pourra construire un retournement permettant d'assurer la pérennité de son activité. ■



et **Guillaume Boute**, 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

# Le nouveau dispositif d'étalement des plus-values de cession dans le cadre d'opérations de cession-bail

**Afin de permettre aux entreprises d'améliorer leurs fonds propres à des conditions fiscales non pénalisantes, le législateur remet en vigueur pour une durée de temps limitée, l'ancien dispositif de l'article 39 novodécies du Code général des impôts (CGI), concernant les opérations de cession-bail d'immeubles.**



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

**Un dispositif temporaire et optionnel**  
Ce nouveau dispositif, optionnel, s'applique aux cessions d'immeubles à une société de crédit-bail réalisées entre le 1er janvier 2021 et le 30 juin 2023, et précédées (conditions cumulatives) d'un accord de financement accepté par le crédit-preneur à compter du 28 septembre 2020, et au plus tard le 31 décembre 2022 et porte sur l'ensemble de la plus-value de cession-bail.

## **Un dispositif limité à certaines entreprises et à certains actifs immobiliers**

Seuls peuvent bénéficier du dispositif les cédants relevant de l'impôt sur les sociétés ou de l'impôt sur le revenu dans une catégorie de revenus professionnels (bénéfices industriels et commerciaux, bénéfices agricoles ou bénéfices non commerciaux). Les sociétés de personnes ne sont pas exclues du dispositif mais celui-ci ne s'applique qu'aux quotes-parts de plus-values relevant aux associés relevant des régimes d'imposition précités.

Seuls sont visées les plus-values de cession des immeubles bâtis ou non

bâtis affectés par le crédit-preneur à son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ce qui exclue les immeubles de placement, c'est-à-dire ceux affectés par l'entreprise à des activités de gestion de son propre patrimoine.

L'entreprise cédante doit par ailleurs retrouver la jouissance de l'immeuble ce qui s'oppose, en principe, à ce que l'immeuble repris en crédit-bail fasse l'objet d'une exploitation sous la forme de sous-location.

Il existe cependant une exception pour les groupes de sociétés, lorsque l'immeuble faisant l'objet du lease-back est loué par l'entreprise crédit-preneuse à une entreprise avec laquelle elle entretient des liens de dépendance au sens de l'article 39, 12 du CGI et

qui affecte elle-même l'immeuble à son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole.

## **Un dispositif non d'exonération mais d'étalement de la plus-value de cession-bail**

Le dispositif vise la plus-value de cession constatée lors d'une opération de cession-bail, ce qui parait (i) exclure la compensation entre plus-value et moins-value, la plus-value brute étant visée (ii) amener à retenir la plus-value en principe soumise à l'impôt c'est-à-dire susceptible, en fonction du régime d'imposition du cédant, de bénéficier le cas échéant d'abattements spécifiques (exemple abattement pour durée de détention prévu à l'article 151 septies B du CGI).

C'est la durée du contrat qui fixe en principe la durée d'étalement de la plus-value sans pouvoir excéder cependant quinze ans. L'étalement s'opère à part égales sur les exercices clos pendant cette durée et la durée d'étalement est calculée à partir de l'année de réalisation de la plus-value.

Cette règle doit être dès lors aménagée en fonction d'événements tels que la modification de la durée d'un exercice, la conclusion d'un avenant au contrat de crédit-bail immobilier, la cession du

contrat, la fusion absorption du crédit-preneur, etc. Sur ces différents points, on peut penser que l'administration fiscale reprendra les solutions qu'elle avait publiées dans ses commentaires sous l'ancien dispositif, dont certaines n'étaient cependant pas exemptes de toutes critiques. Il conviendra ainsi sur ce point d'être vigilant sur les commentaires qui seront publiés.

Le dispositif prévoit enfin classiquement qu'il est mis fin à l'étalement lorsque celui-ci est encore en cours, lorsque l'immeuble est acquis par l'entreprise ou en cas de résiliation du contrat de crédit-bail. Dans ces deux cas, le solde de la plus-value restant à étaler est alors immédiatement imposable. ■

**« Seuls peuvent bénéficier du dispositif les cédants relevant de l'impôt sur les sociétés ou de l'impôt sur le revenu dans une catégorie de revenus professionnels (...). »**

# Frais de surperformance et fonds immobiliers : pour l'instant tout va bien ?

**L'ESMA, le régulateur européen, a publié en novembre 2020 ses Orientations (les Orientations) sur les commissions de surperformance dans les organismes de placement collectif en valeurs mobilières (« OPCVM ») et certains types de fonds d'investissement alternatifs (FIA). Les Orientations ont été reprises par l'AMF le 5 janvier 2021 dans sa position 2021-01 et sont applicables depuis cette date.**

Si les FIA immobiliers et de capital-risque sont exclus du champ de ces Orientations, les principes qui y sont posés devraient en toute hypothèse intéresser les sociétés de gestion de portefeuille chargées de la gestion desdits fonds dans la mesure où elles constituent un prisme d'interprétation de ce qui est licite s'agissant des stratégies d'investissements plus « classiques ».

Ainsi, les Orientations s'articulent autour de 5 grands thèmes qui ambitionnent d'encadrer ces commissions. Elles présentent l'intérêt de détailler les principaux modes de calcul ainsi que les éléments de calculs utilisés pour établir ce type de commissions. Sont ainsi notamment explicités les modèles *High-Water Mark* (« HWM ») selon lesquels la commission ne peut être prélevée que si la surperformance a atteint le seuil le plus haut de la précédente période de référence.

## Quelles sont les règles posées par les Orientations ?

Les règles que posent les Orientations constituent, pour la plupart, des principes de bon sens ou un éclairage intéressant sur les conditions d'élaboration des méthodes de calcul de cette typologie de frais. On y lit, par exemple :

- que la méthode de calcul des commissions de surperformance doit être vérifiable et empêcher toute possibilité de manipulation ;
- que l'indice de comparabilité de la performance et l'indice de référence du fonds doivent être identiques et cohérents avec l'objectif de gestion ou, à défaut, cohérents avec cet objectif ;
- que la fréquence de cristallisation des commissions de surperformance ne doit pas être supérieure à un an, à moins que le mode de calcul soit un mode « Fulcrum fee » selon lequel la commission de surperformance augmente ou diminue, proportionnellement à la performance de l'investissement du fonds sur une période donnée et relativement à la performance d'un indicateur

de référence ;

– que les performances négatives sur la période de référence doivent venir impacter les commissions non exigibles.

En revanche, d'autres préconisations apparaissent relativement attentatoires au principe de liberté contractuelle, une tendance qui devient une habitude en droit financier (voir en ce sens l'encadrement des incitations dans le cadre de la directive MIF 2). Ainsi, les Orientations prescrivent que « *la méthode utilisée constitue une incitation raisonnable tout en étant alignée sur les intérêts des investisseurs* ».

Il ne fait pas de doute que l'exigence d'un « alignement d'intérêts » implique qu'un prestataire ne puisse utiliser une méthode lui permettant d'obtenir une rémunération supérieure, en montant et surtout en pourcentage, à celle que son client obtient par l'action du prestataire. Cela étant, la précision que l'incitation doit être « raisonnable » laisse au régulateur un pouvoir d'interprétation

## Des indications sur la période de référence de la performance

Par ailleurs, dès lors que le mode de calcul de la commission de surperformance est fondé sur un indice de

référence, les Orientations requièrent que la période de référence de la performance, si elle est plus courte que la durée de vie totale du fonds, soit fixée à une durée d'au moins cinq ans. Cette durée de cinq ans est également applicable pour le reset d'un modèle HWM, de sorte que la commission de performance calculée selon cette modalité ne pourra être prélevée que si la surperformance excède toutes les sous-performances au cours des cinq années précédentes.

Comme on l'a déjà dit, ces Orientations ne sont pas applicables aux fonds immobiliers où la surperformance est versée en principe à la liquidation du fonds. Pour autant, il convient à notre sens a minima de s'en inspirer en ce qui concerne notamment les obligations de transparence des modalités de calcul et, bien sûr, de suivre avec attention l'interprétation qui sera donnée sur ce que sont des « commissions raisonnables ». ■



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

## Vers un assujettissement à la TVA des syndicats de copropriété ?



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

**L**e régime de TVA des syndicats de copropriété résulte d'un arrêt du Conseil d'Etat du 7 décembre 2001 ayant jugé qu'en raison du lien direct entre les dépenses engagées par les syndicats de copropriété et les charges appelées, les syndicats doivent être regardés comme fournissant des prestations de services entrant dans le champ d'application de la TVA. Toutefois, ne constitue pas une activité taxable le simple fait pour un syndicat d'assurer la mission de conservation et d'entretien de l'immeuble et d'administration des parties communes que lui assigne la loi, comme le ferait le propriétaire unique d'un immeuble. En effet, seule est taxable la fourniture aux copropriétaires de services sans lien avec la conservation de l'immeuble et l'administration des parties communes, telle la restauration. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) vient pour sa part de statuer sur la question de l'assujettissement à la TVA d'un groupement de propriétaires (semblant en droit allemand poursuivre un objet semblable à celui de nos

syndicats). Dans un arrêt du 17 décembre 2020, la Cour va plus loin que la juridiction française puisqu'elle juge que ce groupement est assujéti à la TVA sur la livraison de chaleur faite aux propriétaires concernant tant les parties privatives que les parties communes, l'argument selon lequel le groupement n'agirait pas à titre indépendant car il ne fait qu'exercer des fonctions qui lui sont conférées par la législation nationale étant écarté au seul motif qu'il s'agit d'une personne morale distincte des propriétaires. Cet arrêt est-il de nature à soumettre à la TVA les syndicats de copropriété pour l'ensemble de leurs missions ? Cela n'est pas certain, car l'arrêt de la CJUE concerne un groupement qui était propriétaire des installations de production de chaleur, ce qui permet à la Cour d'indiquer que ce groupement exploitait ces installations. Tel n'est pas le cas en droit français, le syndicat de copropriété ne pouvant jamais être propriétaire des équipements communs, ceux-ci appartenant en indivision aux copropriétaires. ■

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 1593 du Lundi 8 février 2021

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

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

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

Impression : Megatop - Naintre - Origine du papier : Glückstadt, (Allemagne) - Taux de fibres recyclées : 100 %, Certification PEFC, Impact sur l'eau Ptot : 0.04 kg/tonne - N° commission paritaire : 0922 T 83896

