

# La Lettre de l'Immobilier

## Dossier

### Les partenariats public-privé immobiliers

• Le contrat de partenariat : une formule contractuelle intéressante pour l'immobilier public

## Focus

• Brève présentation du projet de loi relatif aux contrats de partenariat, par Christine Maugué, conseiller d'Etat

## Interview

• Le traitement comptable et fiscal du titulaire d'un PPP

• La TVA dans les contrats de partenariat : un aspect à ne pas oublier

• Les contrats de partenariat et la fiscalité locale

• Le refinancement des titulaires de contrats : une réforme inutile ?

• Le contrat de partenariat : un schéma qui n'échappe pas à la problématique des ententes entre soumissionnaires

• La société de projet : utilité et gouvernance

## Actualité - France

• Profits de réévaluation libre d'actifs, profits immobiliers d'organismes à but non lucratif étrangers : quelques précisions

• Droit de préemption sur les fonds de commerce : le décret était-il nécessaire ?

• Crédit-bail immobilier et TVA

• Dépollution d'un site industriel

C/M/S/ Bureau Francis Lefebvre

Supplément du numéro 986  
du 23 juin 2008

## Éditorial

### Les partenariats public-privé immobiliers

**L**e 1<sup>er</sup> octobre 2007, le Président de la République a demandé au Premier ministre d'examiner un plan de stimulation des partenariats public-privé («PPP»), conçus comme un levier important de l'investissement public et de la réforme de l'Etat.

L'expression «partenariats public-privé» ou «PPP» renvoie aux modèles anglo-saxon et communautaire des «public-private partnerships» au champ d'application notablement plus étendu. Ainsi, au niveau communautaire, les «PPP» couvrent, outre des formules contractuelles qui, en droit français, incluraient la délégation de service public (DSP), des formes organiques, comme les sociétés d'économie mixte ou les groupements d'intérêt public (dits partenariats public-privé «institutionnels» ou «PPPI»).

En France, la pratique dénomme contrat de «partenariat public-privé» le nouveau type de contrat administratif créé par une ordonnance du 17 juin 2004 et intitulé – un peu maladroitement compte tenu de l'usage commun de ce terme – «contrat de partenariat». Mais sous ce vocable sont également visés certains montages précurseurs : les baux emphytéotiques administratifs et leurs déclinaisons, les baux emphytéotiques «hospitaliers», les baux spécifiques autorisés temporairement par les lois LOPSI-LOPJ dans les domaines de la justice, de la sécurité intérieure et de la défense. Ces différentes formes de PPP sont toutes des contrats administratifs globaux de longue durée, mettant à la charge d'un cocontractant le financement d'un investissement, sa réalisation et son

fonctionnement technique. Le cocontractant est rémunéré par l'administration et non par l'utilisateur du service public, à la différence de la plupart des DSP.

Pour le Conseil constitutionnel, le contrat de partenariat est nécessairement un contrat «dérogatoire au droit commun de la commande publique» (Cons. const., 26 juin 2003), c'est ce qui explique qu'il ait été, à l'origine, réservé aux seules situations de complexité ou d'urgence. La réforme législative de l'ordonnance, en cours d'adoption, vise à desserrer cette contrainte, d'une part, par l'ajout d'une nouvelle possibilité (souvent désignée sous le terme de «troisième critère»), l'efficacité démontrée du contrat de partenariat, d'autre part, en ouvrant la possibilité de recourir au contrat de partenariat dans un certain nombre de secteurs prioritaires pour lesquels le critère d'urgence est présumé rempli. Cette réforme vise également à améliorer sensiblement le dispositif existant, notamment en matière de fiscalité.

L'ouverture prochaine des PPP à de nouveaux secteurs, la plupart dans le domaine de l'immobilier – universités, efficacité énergétique, accessibilité des handicapés, développement durable, rénovation urbaine, etc. – mérite qu'un point de l'existant soit réalisé et que les conséquences de la réforme soient anticipées. ■

François Tenailleau, avocat,  
Jean-Luc Tixier, avocat associé

# Le contrat de partenariat : une formule contractuelle intéressante pour l'immobilier public



Par **FRANCOIS TENAILLEAU**, avocat. Il est en charge du développement des PPP et des contrats publics au sein de CMS Bureau Francis Lefebvre.

Il est membre du Centre d'expertise et d'observation des partenariats public-privé (CEFO-PPP). Il est chargé d'enseignement au master II d'Ingénierie immobilière (Paris X - Nanterre). Il est l'auteur d'un fascicule au juriscasseur (collectivités territoriales) sur les contrats de partenariat public-privé.  
francois.tenailleau@cms-bfl.com

Parmi toutes les formes de PPP, le contrat de partenariat constitue la formule la plus aboutie. Il est vrai qu'il existe d'autres formes de PPP à objet spécifiquement immobilier : baux emphytéotiques administratifs («BEA»), baux emphytéotiques administratifs «hospitaliers» («BEH»), autorisations d'occupation temporaire du domaine public combinées avec une location avec option d'achat («AOT-LOA») : baux spécifiques autorisés par les lois LOPSI-LOPJ dans le domaine de la justice, de la sécurité intérieure et de la défense). Ces formules ne sont toutefois utilisables que dans le seul domaine de la construction et de la gestion de bâtiments, sans adjonction possible d'autres prestations. Le contrat de partenariat, qui bénéficie des atouts que l'on peut attendre de ces formules déjà poussées d'externalisation immobilière, présente bien d'autres avantages qu'il convient de présenter.

### 1. Une approche globale de la vie de l'immeuble et la possibilité d'externalisation de fonctions complémentaires

Le «droit commun de la commande publique», tel que le dessine la décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003, repose sur une maîtrise d'ouvrage et un financement publics (budgétaire ou par emprunt) et sur la séparation des fonctions de conception, de construction et de maintenance des immeubles destinés à l'administration. Ces fonctions donnent lieu à des marchés publics séparés. Cet émiettement a été renforcé par le Code des marchés publics adopté en 2006, qui fait de la division en lots des marchés le principe.

A la différence de cette solution de maîtrise d'ouvrage publique («MOP»), le contrat de partenariat, comme les autres formules de PPP évoquées ci-dessus, permet de confier à un même cocontractant, sous sa maîtrise d'ouvrage : la conception (en tout ou partie), la construction, et l'entretien-maintenance d'un bien immobilier, ainsi que son financement. Ce faisant, l'immeuble est conçu et réalisé par le cocontractant pour tenir compte de son entretien et de sa maintenance. Les relations, parfois conflictuelles, entre les acteurs responsables des différentes phases – les «interfaces» – sont internalisées : l'administration est face à un seul responsable, le titulaire du contrat de partenariat. Celui-ci est sanctionné en cas de manquement par des pénalités de retard, de non-disponibilité ou de non-performance. Il est également sous la contrainte des banques finançant l'investissement, qui vérifient en amont la crédibilité du montage et sa solidité. L'efficacité et la qualité sur le long terme y gagnent indubitablement. La soumission des contrats de partenariat à une évaluation préalable obligatoire contribue également à une amélioration globale de la qualité des investissements publics immobiliers sur le long terme. En effet, la passation d'un contrat de partenariat donne lieu à la rédaction d'un rapport, qui doit notamment présenter une analyse comparative de différentes options (notamment la «MOP»), en termes de coût global, de performance et de partage des risques. Partant, ce qui est rarement le cas sinon, l'administration est amenée à raisonner en coûts complets (construction et maintenance), mais également à évaluer les coûts cachés (retard, interface...).

Le contrat de partenariat permet d'aller plus loin que les autres formules de PPP immobiliers dans la logique d'externalisation en donnant à l'administration la possibilité de se recentrer sur le cœur de ses fonctions. L'exemple des différents «lots» de prisons réalisés en PPP est à cet égard particulièrement significatif. Alors que les deux premiers lots, passés sous formes d'AOT-LOA, ont été limités à la fonction immobilière, le troisième lot a donné lieu à la conclusion d'un contrat de partenariat, le 20 février 2008, portant également sur les prestations de services suivantes : travail des détenus, formation professionnelle, restauration des détenus, hôtellerie, cantine, transport, accueil des familles et restauration du personnel. Certaines de ces prestations autorisent la perception de recettes tierces.

## 2. La possibilité de recettes tierces pour le titulaire du contrat de partenariat

Le titulaire d'un contrat de partenariat est en principe rémunéré par l'administration : remboursement de l'investissement initial (généralement désigné comme la

composante «L1» de la rémunération), rémunération correspondant à la réalisation du gros entretien et renouvellement («L2» : les sommes perçues alimentant un compte de provision), rémunération de l'entretien courant («L3») et des différentes prestations de

services («L4», «L5», etc.). Mais le titulaire d'un contrat de partenariat peut également se procurer des recettes «tierces» issues de l'exploitation alternative de l'ouvrage public ou de la valorisation du domaine public ou privé : c'est un atout décisif. Dans sa version actuelle, l'ordonnance sur les contrats de partenariat autorise

expressément le titulaire du contrat à percevoir des recettes tirées de l'exploitation des équipements à d'autres fins que la satisfaction des besoins de la collectivité publique. Par exemple, si le contrat de partenariat a pour objet la construction d'un grand ensemble sportif, des espaces peuvent être réservés à des entreprises, pour y réaliser des stands d'exposition de leurs produits. De même si le contrat a pour support un musée, le partenaire privé peut être autorisé à louer les salles afin d'accueillir les manifestations de prestige d'entreprises privées. Ces utilisations alternatives du bien permettent de dégager des recettes qui viennent en diminution de la rémunération versée par l'administration. On notera qu'une réponse ministérielle estime que l'ordonnance ne donnant pas d'indication sur les parts respectives de la rémunération versée par le cocontractant et des recettes propres, il n'y a pas de raison de considérer que la part de recettes propres ne peut excéder un seuil donné (rép. à quest. écrite n° 22017 de M. Bernard Piras : JO Sénat Q 8 mai 2006, p. 1385). La loi en cours d'adoption réformant l'ordonnance du 17 juin 2004, par souci de clarification, ajoute la possibilité de percevoir des recettes de valorisation du domaine (baux qui peuvent aller au-delà de la durée du contrat de partenariat ou même cessions du domaine privé). Le nouveau texte sécurisera ainsi les montages reposant sur la valorisation des espaces annexes à l'équipement public, comme ce fut le cas du PPP portant sur le stade de Lille. Le fait que le titulaire puisse conclure des baux emphytéotiques ou des baux à construction permettra notamment à certains types d'investisseurs telles les sociétés immobilières d'investissement cotées (SIIC) d'intervenir plus facilement. De même, les opérations «à tiroirs» (cession de biens ne répondant plus aux besoins de la personne publique en contrepartie de la réalisation de nouveaux équipements) devraient être facilitées. On peut en revanche rester dubitatif sur le développement du contrat de partenariat dans la «rénovation urbaine», pourtant présumé «secteur urgent», tant que le Code de l'urbanisme ne prendra pas expressément en compte ce nouvel instrument contractuel. ■

“ Le titulaire d'un contrat de partenariat peut se procurer des recettes «tierces» issues de l'exploitation alternative de l'ouvrage public ou de la valorisation du domaine public ou privé : c'est un atout décisif. ”

### Focus

# Brève présentation du projet de loi relatif aux contrats de partenariat



Par **CHRISTINE MAUGÜE**,  
conseiller d'Etat.  
Elle est conseillère juridique  
de la MAPP  
(Mission d'appui à  
la réalisation des contrats  
de partenariat).

**L**e projet de loi relatif aux contrats de partenariat en cours de discussion devant le Parlement au printemps 2008 a pour objet, au vu de l'expérience des premières années d'application de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, de desserrer un peu les conditions de recours au contrat de partenariat et d'améliorer un certain nombre de dispositions applicables aux contrats de partenariat (CP). Ce texte est né de la rencontre d'une réflexion interne à la Mission d'appui aux contrats de partenariat et d'une réflexion de certains parlementaires.

### 1. Des critères d'admission redéfinis

Le projet procède à la réécriture complète de l'article 2 de l'ordonnance. Deux points particuliers ressortent de cette réécriture. En premier lieu, le projet rajoute un 3<sup>e</sup> critère de recours au contrat de partenariat, aux côtés de l'urgence et de la complexité du projet. Ce critère, que l'on peut analyser comme un critère d'efficacité économique, est directement inspiré de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (cf. décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003). Il reflète l'idée que le recours à un contrat de partenariat peut, dans certains cas, être justifié parce qu'il permet une meilleure utilisation des deniers publics (raisonnement en termes de coût global actualisé) ou une commande publique plus efficace (raisonnement en termes de performance attendue). En deuxième lieu, le projet ouvre, à titre transitoire, une nouvelle voie d'accès sectorielle aux contrats de partenariat. Jusqu'au 31 décembre 2012, les besoins de certains secteurs sont présumés répondre à la condition d'urgence autorisant le

recours au contrat de partenariat.

Il s'agit :

- dans l'enseignement supérieur, des investissements permettant une amélioration des conditions d'étude et de vie étudiante (réhabilitation des campus universitaires) ainsi que de la structuration et de la qualité de la recherche ;
- des besoins de l'enseignement français à l'étranger et qui conduisent à répondre aux demandes de scolarisation des élèves français et étrangers ou à améliorer leurs conditions d'étude ;
- dans le secteur de la sécurité et de la justice, des investissements relevant du champ de la loi LOPSI et de la loi LOPJ ;
- dans le secteur de la police et de la gendarmerie nationale, des investissements nécessaires à la mise en place des nouvelles technologies ;
- des opérations rendues nécessaires par la réorganisation des implantations du ministère de la Défense ;
- des investissements nécessaires aux besoins de la santé ;
- des infrastructures de transport s'inscrivant dans un projet de développement durable, des opérations de rénovation urbaine et des opérations d'amélioration de l'efficacité énergétique des bâtiments publics.

La présomption d'urgence n'est toutefois pas irréfragable puisqu'elle tombe dès lors que les résultats de l'évaluation globale du projet seraient «manifestement défavorables».

Le projet procède ce faisant à un élargissement sensible des domaines par rapport à ceux éligibles aujourd'hui aux contrats complexes, comme en témoigne l'intégration de l'enseignement supérieur, de la recherche, des transports, de la rénovation urbaine, de l'amélioration de l'efficacité énergétique des bâtiments publics. Il maintient une différence entre

L'Etat et les collectivités locales, compte tenu de leurs compétences respectives : pour les collectivités locales, seules font partie des investissements autorisés de plein droit les opérations rendues nécessaires par la réorganisation des implantations du ministère de la Défense et les infrastructures de transport ou opérations de rénovation urbaine ou visant à l'amélioration de l'efficacité énergétique des bâtiments publics. Compte tenu du caractère expérimental de ce dispositif, un bilan sera dressé, au 31 décembre 2012, des contrats ainsi conclus. Cela n'exclut pas qu'il y ait, alors, une pérennisation du mécanisme ou une reconduite de l'expérimentation pour une période donnée.

## 2. Divers aménagements fiscaux et financiers

Il s'agit de questions en pratique importantes et qui ont souvent emporté la décision en défaveur du contrat de partenariat.

Les points saillants du projet de loi, sur ces questions, sont au nombre de quatre.

Le projet introduit d'abord une neutralité fiscale améliorée du contrat de partenariat par rapport aux autres modes de réalisation des projets publics, en particulier à travers le recours à des marchés publics (articles 26 à 28).

Ainsi, dans le domaine des taxes d'urbanisme, le projet procède à une extension de l'exonération de versement pour dépassement du plafond légal de densité (article L. 122-2 du Code de l'urbanisme) et de la redevance pour création de bureaux ou de locaux de recherche en région Ile-de-France (article L. 520-7 du Code de l'urbanisme). Dans la même veine, il unifie le régime d'imposition en cas de constitution d'un droit réel immobilier sur le domaine public (insertion d'un article 1048 ter dans le CGI qui soumet à un droit fixe de 125 euros la

publication au fichier immobilier des autorisations d'occupation temporaire du domaine public constitutives de droits réels).

Le projet recherche ensuite une neutralité en matière d'assurance (article 30). Il procède pour cela à une extension de l'exonération d'obligation d'assurance dommage ouvrage pour les personnes publiques qui font réaliser des travaux de construction pour un usage autre que l'habitation, par le biais d'un CP. Jusque-là, cette exonération ne jouait que si les personnes publiques effectuaient ces travaux comme maîtres d'ouvrage.

Le projet procède par ailleurs à une réécriture de l'article L. 313-29-1 du Code monétaire et financier relatif au régime des cessions de créances, afin de faciliter ces dernières (article 29). Le mécanisme de cession mis en place par l'ordonnance du 17 juin 2004 s'est en effet traduit par un relatif insuccès car seuls deux contrats de partenariat ont donné lieu à sa mise en œuvre, en tout ou en partie. Les améliorations apportées concernent l'assiette servant de base à la cession, qui se trouve précisée (inclusion des frais financiers intercalaires, des coûts d'étude et de conception, des coûts annexes à la construction), le fait que le caractère définitif de la créance est conditionné à la réalisation des investissements conformément aux prescriptions contractuelles, enfin le fait que le cessionnaire est garanti du paiement de sa créance, même en cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat. Le projet apporte enfin des précisions sur les recettes annexes perçues par le titulaire d'un contrat de partenariat. Il dit explicitement que les recettes annexes peuvent provenir de l'exploitation du domaine, des ouvrages et des équipements dont le cocontractant a la charge. Il mentionne par ailleurs la possibilité pour le titulaire d'encaisser auprès des usagers finals des prestations revenant à la personne publique. ■

### Interview

# Le traitement comptable et fiscal du titulaire d'un PPP

## Entretien avec Wilfried Aoustin et Philippe Grousset



WILFRID Aoustin, directeur en charge de l'activité Conseil en financement de projets – partenariats public-privé, chez Grant Thornton.  
wilfrid.aoustin@grant-thornton.fr



PHILIPPE GROUSSET, avocat associé, spécialiste en fiscalité directe. Il intervient plus particulièrement en matière de fiscalité des entreprises, fiscalité immobilière et financière, et fiscalité des sociétés d'économie mixte et des collectivités locales.  
Il est l'auteur de «La pratique de la vérification de comptabilité» (Editions Francis Lefebvre, 1997).  
philippe.grousset@cms-bfl.com

**L**es PPP impliquent la réalisation d'un investissement, son financement et son exploitation technique. Le traitement comptable et fiscal de ces différentes opérations soulève de nombreuses questions, dont l'impact financier sur le projet peut être majeur.

### 1. Quelles sont les règles applicables au plan comptable et fiscal aux structures juridiques titulaires d'un contrat de partenariat public-privé ?

**Wilfried Aoustin :** Il n'y a actuellement pas de règles comptables françaises particulières pour les PPP.

Les règles qui sont retenues s'appuient sur les principes comptables applicables pour l'établissement des comptes sociaux et issus du plan comptable général, des règlements du Comité de la

réglementation comptable et des avis du Conseil national de la comptabilité (CNC).

D'autre part, la récente réglementation sur la définition et l'évaluation des actifs exclut de son champ la famille des contrats de partenariat public-privé ainsi que les contrats de gestion déléguée. Enfin, le groupe de travail du Conseil national de la comptabilité dédié à l'étude de la question n'a pas encore conclu, ses travaux sont suspendus. Tout reste à faire. En conséquence, le traitement des PPP est inspiré du traitement comptable d'opérations qui s'en approchent : concessions, contrats à long terme, etc.

**Philippe Grousset :** Au plan fiscal, il faut, en premier lieu, préciser que les entreprises doivent respecter les définitions du plan comptable général, sous réserve que celles-ci ne soient pas incompatibles avec les règles applicables pour l'assiette de

l'impôt (article 38 quater annexe III au CGI).

Par ailleurs, l'application du principe de convergence ou de connexité de la fiscalité avec la comptabilité est aujourd'hui une réalité. C'est ce principe qui doit être adopté pour résoudre les difficultés d'interprétation de la norme fiscale.

Cela étant, comme vient de le rappeler Wilfried, tout reste à faire au plan comptable en matière de PPP et rien n'a encore été fait en matière d'impôt sur les sociétés. Pour la détermination du résultat fiscal des entités ad hoc, nous nous limitons donc, le plus souvent, à constater que les règles retenues au plan comptable, selon les différents schémas en cause, ne sont pas incompatibles avec des dispositions particulières du CGI.

Dans certaines situations, il faut toutefois noter que c'est la règle comptable qui suit la règle fiscale et non l'inverse : tel est par exemple le

# DOSSIER - Les partenariats public-privé immobiliers

cas des dispositions de l'article 39 C du CGI qui autorisent l'amortissement financier des biens donnés en crédit-bail ou en location avec option d'achat.

## 2. Quels sont en pratique le ou les traitements retenus le plus souvent ?

WA : Il convient de préciser que le critère de la propriété juridique de l'actif prime à défaut d'une analyse «en substance» où la notion de contrôle effectif de l'actif serait le critère.

Le modèle comptable le plus souvent appliqué est le modèle dit «corporel» où la société de projet titulaire du contrat de PPP enregistre l'investissement à l'actif de son bilan puis procède à son amortissement en mode linéaire sur la durée du contrat. Une analyse juridique, économique et financière du (projet de) contrat peut conduire au choix de règles sensiblement différentes.

Par exemple, en présence d'un mécanisme de paiement proche de celui de la concession de service public, un amortissement de caducité a pu être envisagé. La rémunération du titulaire du contrat de PPP devait provenir des utilisateurs des installations techniques, l'amortissement de caducité traduisait la disparition progressive des moyens de financement des immobilisations plutôt que la diminution de valeur de biens remis à la personne publique au terme du contrat.

Autre exemple, une société de projet qui doit faire l'objet d'une intégration globale dans le périmètre d'un établissement financier – ladite société, titulaire d'un contrat de PPP dont l'analyse a montré qu'il était assimilable à un contrat de location – a pu pratiquer l'amortissement financier de l'investissement où l'actif est amorti au rythme du capital emprunté sur la durée du contrat.

PHG : Le modèle dit «corporel» est celui qui, en l'état des dispositions légales, me paraît présenter, au plan fiscal, les meilleures garanties.

Je voudrais toutefois évoquer deux difficultés rencontrées en pratique. La première a trait aux conséquences de la cession de la créance représentative des loyers futurs et aux modalités d'imposition du produit correspondant. Ce produit doit-il ou non être imposé immédiatement ?

La position de l'administration sur cette question est a priori de considérer qu'à défaut de disposition particulière le produit doit être immédiatement imposé ce qui, au moins sur le plan économique, ne va pas de soi.

C'est la raison pour laquelle, dans le cadre de l'examen du projet de loi relative au PPP actuellement en discussion, un amendement a été déposé en première lecture devant l'Assemblée nationale, visant à «clarifier» le statut des cessions de créance et à traiter le produit comme une avance sur loyer. A la demande de Madame Christine Lagarde, cet amendement a toutefois été retiré et le gouvernement a pris l'engagement de proposer un système de provision spéciale.

Cette technique de provision présente cependant, à mon sens, deux inconvénients : elle confirme a contrario que le produit est, en application des principes généraux, imposable et elle crée un nouveau cas de divergence entre la comptabilité et la fiscalité.

La deuxième difficulté concerne le traitement de la redevance versée pour le renouvellement d'immobilisations. Son sort, au plan fiscal, est étroitement lié à celui retenu au plan comptable.

Or, dans ce domaine également, il me semble que les règles du jeu ne sont pas clairement établies, notamment à propos de la comptabilisation des composants, alors que ces derniers

ont une incidence directe sur la déduction ou non de la redevance.

## 3. Quelles sont vos attentes en matière de comptabilité et de fiscalité de PPP ?

WA : On peut espérer que les travaux du groupe de travail du CNC déjà évoqué reprennent et se concluent rapidement. La norme IFRIC 12 établie par l'IASB pourrait être le socle de cette réglementation. On peut espérer que le traitement des PPP dans les comptes publics soit arrêté aussi, qu'il y ait compatibilité et complémentarité des règles retenues pour les référentiels comptables privés et publics. A cet égard, l'IPSAS (pour International public sector accounting standards board) a publié en mars 2008 un document d'étude qui propose le critère de contrôle de l'actif dans le choix entre consolidation et déconsolidation dans les comptes publics des investissements réalisés par voie de PPP. Un dernier mot, sur le recours au PPP en tant que technique d'endettement déguisé. Sur le large échantillon d'opérations que nous avons étudié dans nos missions d'évaluation préalable, aucun de nos clients publics n'a mis en avant cet objectif. C'est dans tous les cas, la démonstration de l'efficacité technique et économique du PPP qui ont motivé le recours au PPP.

PHG : Il faut impérativement que les interrogations sur le traitement de ces opérations soient levées. Les impôts locaux ont, dès l'origine, été appréhendés par le législateur. Il reste maintenant à aborder la partie impôt sur les sociétés en liaison avec le groupe de travail du CNC. En tout état de cause, si le modèle «financier» devait être adopté il faudrait, me semble-t-il, que le Code général des impôts soit complété par de nouvelles dispositions. ■

# La TVA dans les contrats de partenariat : un aspect à ne pas oublier



Par **GWENAËL GAUTHIER**, avocat membre de l'équipe TVA de CMS Bureau Francis Lefebvre, elle dispose d'une expertise particulière sur les problématiques de TVA appliquées au contrat de partenariat public-privé. gwenael.gauthier@cms-bfl.com

**L**es deux principaux aspects du contrat de partenariat sont la taxation ou non de la rémunération à la TVA et, le cas échéant, l'éligibilité au FCTVA de la rémunération versée au partenaire privé.

### 1. La taxation de la rémunération dans les contrats de partenariat

Il s'agit là d'un point essentiel puisque du régime de TVA applicable au contrat dépendra la possibilité de récupérer la TVA grevant le coût de l'opération.

Compte tenu de l'individualisation des éléments de la rémunération entre la partie financement, investissement et fonctionnement, la question d'un traitement fiscal différencié de ces différentes composantes avait été évoquée par certains pour tenter d'exonérer la part financière. C'était dénaturer le caractère global du contrat de partenariat.

Dans une note adressée en septembre 2006 au président de la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (MAPPP), la direction de la législation fiscale a confirmé cette analyse considérant que le contrat de partenariat constitue une prestation globale passible, sauf exonération particulière, de la TVA dans son ensemble. Le même régime de TVA s'applique donc à l'ensemble des composantes du loyer à l'exception toutefois des prestations annexes qui seraient dissociables de l'objet même du contrat et qui doivent suivre le régime qui leur est propre. Ainsi pour les contrats de partenariat relatifs au financement d'un investissement immobilier, il y a lieu de rechercher si les locaux sont à usage d'habitation (exonération de TVA sauf régime de la para-hôtellerie), à usage professionnel ou administratif (exonération de TVA sauf option s'ils sont mis à disposition sans équipement et taxation de plein droit lorsqu'ils sont équipés). Lorsque la mise à disposition porte sur des équipements relevant de régimes de TVA différents, il y a

lieu de procéder à une ventilation du loyer (pour chacune de ces composantes) afin d'appliquer à chaque investissement les règles de taxation qui leur sont propres.

La détermination du régime de TVA suppose donc un examen au cas par cas de chaque projet de financement afin de déterminer l'affectation des locaux, leur consistance (équipés ou non), la nature des prestations fournies à l'occasion de la maintenance et/ou gestion de l'équipement immobilier.

### 2. L'éligibilité au FCTVA de la TVA grevant une part de la rémunération perçue par le partenaire

Afin de faciliter la mise en œuvre des contrats de partenariats, l'ordonnance du 17 juin 2004 a prévu leur éligibilité au FCTVA lorsque la TVA sur l'investissement n'est pas récupérable par la voie fiscale (immeubles non affectés à une activité taxable).

A la suite d'une proposition de loi du 20 décembre 2007, il est envisagé de rendre également éligibles au FCTVA les baux emphytéotiques administratifs et les autorisations d'occupation du domaine public constitutives de droits réels.

Sur la nature des dépenses actuellement éligibles, l'article L. 1615-12 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) prévoit que les collectivités territoriales ou leurs établissements publics bénéficient du FCTVA sur la part de la rémunération correspondant à l'investissement, réalisé par le partenaire privé, pour les besoins de leur activité n'ouvrant pas droit à récupération. Il n'était pas donné de définition des coûts d'investissement, mais dans le projet de loi sur les contrats de partenariat, l'article 23 précise que les coûts d'investissement comprennent en particulier les coûts d'étude et de conception, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires. Une fois cette loi définitivement adoptée, ces dépenses, distinctes du coût de construction proprement dit, seront donc, sans discussion, éligibles au FCTVA. ■

“ La détermination du régime de TVA suppose un examen au cas par cas de chaque projet de financement. ”

# Les contrats de partenariat et la fiscalité locale



Par **LAURENT CHATEL**,  
avocat associé en fiscalité,  
responsable du service  
impôts locaux du cabinet  
CMS Bureau Francis Lefebvre.  
laurent.chatel@cms-bfl.com

“ La société de projet peut être imposable sur les matériels qu'elle donne en location à la personne publique. ”

L'expérience acquise depuis l'adoption de l'ordonnance de 2004 a permis de cerner quelques caractéristiques propres aux contrats de partenariat et en particulier au regard de la fiscalité locale (hors taxes d'urbanisme, pour lesquelles les difficultés rencontrées sont traitées dans le cadre de la réforme, cf. l'article de Christine Maugué p. 4-5).

## 1. Taxes foncières et taxe sur les ordures ménagères

Aux termes de l'article 1415 du CGI, la taxe foncière sur les propriétés non bâties et la taxe foncière sur les propriétés bâties (TFPB) sont établies pour l'année entière d'après les faits existants au 1<sup>er</sup> janvier de l'année d'imposition. La TFPB s'applique aux propriétés bâties et biens assimilés à l'exception de celles qui en sont exonérées par une disposition spéciale. En application de l'article 1382, 1 bis du Code général des impôts, les immeubles construits dans le cadre des contrats de partenariat sont exonérés de taxe foncière sous réserve du respect des conditions suivantes :

- l'immeuble doit à l'issue du contrat de partenariat être incorporé au domaine de la personne publique ;
- l'immeuble doit être affecté à un service public ou d'utilité générale ; et
- l'immeuble doit être non productif de revenus.

Les contrats déjà mis en place répondent généralement aux conditions précitées permettant d'envisager sereinement l'exonération de taxe foncière.

Les commentaires formulés par la Direction de la législation fiscale (DLF) au MAPPP confirment la volonté de limiter la portée de l'exonération de taxe foncière aux seules parties des immeubles dont la personne publique a l'usage exclusif. Ainsi, toute utilisation privative par le partenaire d'une partie des immeubles justifierait une imposition dans les conditions de droit commun.

Il reste que l'analyse de la DLF concernant l'absence d'exonération des immeubles à la taxe d'enlèvement des ordures ménagères, nous semble contestable.

La taxe sur les ordures ménagères (TEOM) qui figure également sur les avis de taxe foncière est applicable aux contrats de partenariat et son coût est proportionnel à la base de la taxe foncière.

En tout état de cause la TEOM ne s'applique pas aux immeubles loués par les communes.

## 2. Taxe professionnelle

Dans le cadre des contrats de partenariat, la mise à disposition d'un ensemble immobilier s'accompagne de plusieurs types de prestations pouvant être identifiées comme donnant lieu à l'application de la taxe professionnelle au sens de l'article 1447 du Code général des impôts. Généralement, il y a lieu de considérer que la société de projet ne doit pas être imposable sur la valeur locative foncière de l'immeuble, sauf pour la part dont elle se réserve l'usage. Elle peut en revanche être imposable sur les matériels qu'elle donne en location à la personne publique (sauf à pouvoir qualifier le contrat de contrat soit de partenariat au sens de l'article 26 de l'ordonnance, soit en un crédit-bail).

Comme tous les contribuables de la taxe professionnelle, la taxe doit être encadrée en fonction de la valeur ajoutée produite au cours de l'année d'imposition.

La taxe professionnelle à partir d'une fourchette comprise entre :

- un maxima, le plafonnement à la valeur ajoutée fixé à 3,5 % de celle-ci ;

- un minima, la cotisation minimale sur la valeur ajoutée fixée à 1,5 % applicable seulement aux entreprises ayant un chiffre d'affaires HT supérieur à 7,6 millions d'euros.

Si la taxe foncière ne grève généralement pas les projets de PPP, il convient d'être particulièrement vigilant sur l'importance que peut représenter la taxe professionnelle pour la société de projet si du mobilier est financé et si des prestations de services sont dispensées. ■

# Le refinancement des titulaires de contrats : une réforme inutile ?



Par **ARNAUD REYGRABELLET**, professeur à l'université Paris X, et Of Counsel. [arnaud.reygrobellet@cms-bfl.com](mailto:arnaud.reygrobellet@cms-bfl.com)



et **ELISABETH FLAICHER-MANEVAL**, avocat. Au sein de l'équipe de doctrine juridique, ils suivent les questions d'actualité du droit des affaires. [elisabeth.flaicher-maneval@cms-bfl.com](mailto:elisabeth.flaicher-maneval@cms-bfl.com)

“ Le dispositif spécifique de cession de créances serait amélioré, mais aussi singulièrement compliqué. ”

La possibilité, pour une entreprise titulaire d'un contrat de partenariat, de se refinancer en cédant les créances détenues sur la personne publique a une influence décisive sur l'économie même du dispositif. Plus grandes seront les facilités de refinancement et plus le coût global de l'opération pourra s'en trouver réduit ; ce dont la collectivité publique bénéficiera nécessairement dans le cadre de la mise en concurrence.

Aussi comprend-on que, dès l'origine, c'est-à-dire à l'occasion de l'ordonnance du 17 juin 2004, les promoteurs du texte se soient préoccupés de faciliter ce refinancement. Mais ils l'ont fait dans des conditions telles que la pratique s'est très vite détournée du dispositif spécifique inscrit à l'article L. 313-29-1 du Code monétaire et financier pour recourir au mécanisme «classique» de la cession de créances Dailly. Ni les entreprises privées, ni les gestionnaires publics n'ont trouvé un intérêt à se saisir de la possibilité, offerte par le texte, d'assouplir les modalités d'acceptation de la cession (cette acceptation peut intervenir dans le contrat de partenariat lui-même) sous réserve d'en limiter le montant à «une fraction du coût des investissements».

Face à ce constat d'échec, deux voies étaient envisageables à l'occasion de la refonte du

dispositif. Soit entériner cette situation, donc supprimer purement et simplement le texte spécial ; ce qui fut proposé en commission lors de la première lecture du

texte au Sénat. Soit essayer de corriger le dispositif en l'amendant de ses principaux inconvénients, ce que tentait de faire le projet de loi et ce que le ministre de l'Économie a cherché à faire en réécrivant – et donc en maintenant – le dispositif spécifique de l'article L. 313-29-1. C'est ce

texte qui est actuellement en discussion à l'Assemblée nationale.

Quelles en sont les principales dispositions ? En premier lieu, afin, aux dires du ministre, que le partenaire privé soit maintenu en situation de risque et puisse se voir imposer des pénalités s'il n'atteint pas ses objectifs, a été maintenu le principe selon lequel l'intégralité de la créance ne peut être cédée. Simplement, pour remédier aux hésitations existant aujourd'hui, un seuil précis est fixé dans le texte en discussion : seule peut être transmise par bordereau Dailly une «fraction n'excédant pas 70 % de la rémunération due par la personne publique».

En second lieu, et là encore la clarification est bienvenue, le texte précise l'assiette de la fraction susceptible d'être cédée : sont concernés d'une part les coûts d'investissement proprement dits (comportant «notamment les coûts d'étude et de conception, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires») et, d'autre part, les coûts de financement de l'investissement.

Au résultat, le dispositif en ressortirait incontestablement amélioré, mais aussi singulièrement compliqué. Surtout, il repose la question de savoir si, en lieu et place de l'article L. 313-29-1, les parties peuvent décider d'avoir recours aux dispositions de droit commun des articles L. 313-28 et L. 313-29, soit pour l'ensemble des créances nées du contrat, soit pour la partie des créances hors investissements. La rédaction du texte, non modifié sur ce point («le contrat de partenariat... peut prévoir qu'une fraction»), devrait conduire à répondre positivement, malgré le souhait manifeste du ministre d'encadrer la pratique contractuelle. Il convient donc, sans doute, d'en déduire si le texte est adopté en l'état, qu'il sera également possible de mettre en place une cession acceptée sur le fondement des articles L. 515-15 et L. 515-21 du même Code, au profit d'une société de crédit foncier. ■

# Le contrat de partenariat : un schéma qui n'échappe pas à la problématique des ententes entre soumissionnaires



Par **CLAIRE VANNINI**, avocat.  
claire.vannini@cms-bfl.com

“ Tout comportement d'entreprise qui va porter atteinte à l'indépendance des offres et réduire l'incertitude de chacun des candidats sur la stratégie de ses concurrents est à proscrire. ”

Le «marché» des PPP se caractérise par une très forte concentration, tant au niveau de la demande (le nombre de contrats de partenariat destinés à être conclu par l'Etat ou les collectivités locales étant nécessairement limité), que du côté de l'offre puisque les grands groupes portent majoritairement de tels projets en rassemblant autour d'eux les différents intervenants nécessaires à la présentation d'une offre.

Ces données de marché invitent à prêter une attention particulière à ce que certains comportements ne tombent pas dans le champ de l'incrimination d'entente anticoncurrentielle, prohibée par les dispositions des articles 81 du traité CE et L. 420-1 du Code de commerce. En effet, outre les sanctions pécuniaires qui pourraient être directement infligées par le Conseil de la concurrence aux entreprises coupables de telles pratiques, les comportements anticoncurrentiels font peser une menace sur la procédure de passation ainsi que sur le contrat lui-même qui pourraient faire l'objet d'une annulation par la juridiction administrative et ouvrir droit à une action indemnitaire de la part de la collectivité publique victime de ces pratiques.

A cet égard, les principes posés par le Conseil de la concurrence en matière de marchés publics et délégations de service public sont en tous points transposables aux contrats de partenariats.

Les pratiques les plus fréquemment constatées et les plus lourdement sanctionnées sont celles dans lesquelles, à l'occasion d'une procédure de mise en concurrence donnée ou à une échelle plus globale de certains types de contrats passés par un pouvoir adjudicateur, les entreprises susceptibles de se porter candidates s'entendent sur le choix de celle qui présentera l'offre la mieux-disante, les autres

déposant des offres dont elles savent par avance qu'elles ne seront pas retenues. Cette pratique dite des «offres couverture» s'accompagne généralement d'accords plus globaux de répartition de marchés dans le cadre desquels les marchés perdus sont compensés par l'octroi, par le titulaire du contrat, de travaux en sous-traitance à ses concurrents.

Plus généralement, tout comportement d'entreprise qui, sans nécessairement aller jusqu'à organiser une répartition globale des marchés, va porter atteinte à l'indépendance des offres et réduire l'incertitude de chacun des candidats sur la stratégie de ses concurrents est à proscrire. C'est ainsi que la participation d'une même entreprise, en qualité de membre d'un groupement, d'associé d'une société de projet ou de sous-traitant, à plusieurs offres concurrentes, si elle n'est pas interdite en soi, est susceptible de poser des difficultés en droit de la concurrence, s'il est établi que, par ce biais, les entreprises ont pu échanger des informations sur la composition des offres. De la même manière, la constitution même du groupement ou de la société de projet ne doit pas être le moyen d'assécher la concurrence en rassemblant toutes les entreprises susceptibles de se porter candidates. Enfin, le dépôt, par plusieurs filiales d'un même groupe, d'offres concurrentes est également susceptible de présenter certaines difficultés. A cet égard, le Conseil de la concurrence recommande que, dans tous les cas, le pouvoir adjudicateur soit informé des liens capitalistiques existant entre les différentes entités. En outre, le dépôt d'offres concurrentes n'est licite que si ces offres ont été établies de manière totalement indépendante, ce qui suppose que les entités en question disposent d'une autonomie commerciale suffisante pour ce faire. ■

# La société de projet : utilité et gouvernance



Par **CHANTAL JORDAN**,  
avocat.  
chantal.jordan@cms-bfl.com

“ La société de projet devient alors l’interlocuteur unique de la collectivité publique. ”

Dans le cadre des PPP, la mise en place d’une société de projet est fréquente. En effet, tant le financement que la réalisation du projet entraîne la participation de divers intervenants (financiers, architectes, constructeurs, mainteneurs, etc.) pouvant justifier de l’opportunité de la mise en place d’une société dédiée prenant en charge ces différentes compétences. La société de projet devient alors l’interlocuteur unique de la collectivité publique.

### 1. Intérêt de la société de projet

La société de projet fait appel à différentes sources de financement que ce soit auprès des banques, sous forme notamment de crédits syndiqués, mais aussi «en equity» auprès de partenaires financiers qui apportent des fonds propres ou quasi-fonds propres. Ce dernier type de financement a notamment pour objet de permettre d’absorber certains risques transférés au titulaire du contrat (la société de projet) que celle-ci ne peut transférer, en tout ou partie, dans les sous-contrats conclus avec les intervenants (très souvent dans les PPP immobiliers, en premier rang : un contrat de promotion immobilière pour la phase conception-construction, un contrat de maintenance pour la phase d’exploitation).

La création d’une société de projet présentera donc de l’intérêt dans le cadre de schémas relativement complexes, lourds et où existent des risques de «process» (par exemple domaine hospitalier ou environnemental).

En revanche, dans les projets immobiliers faisant notamment appel à une maintenance immobilière classique – en matière de bureaux par exemple – d’autres montages, tels que ceux où intervient un investisseur de type crédit-bailleur, peuvent s’avérer plus adaptés. Quoi qu’il en soit, dès le stade de l’avis d’appel à candidatures ou dans le règlement de la consultation, l’Etat peut être conduit à préciser qu’il souhaite que les associés de la société de projet soient ceux qui font partie du groupement candidat. Dès lors, il sera essentiel de bien distinguer ceux qui auront vocation à faire partie de

l’actionnariat de la société de projet et ceux qui demeureront de simples prestataires extérieurs.

### 2. Précautions à prendre : choix d’une structure sociale adaptée

C’est très souvent la forme de SAS qui sera retenue en raison des atouts majeurs qu’elle présente et liés principalement à sa souplesse de fonctionnement qui relève, pour une large part, de la seule volonté de ses membres fondateurs. Ceux-ci peuvent ainsi se libérer des contraintes et du formalisme de la SA ou de la pesanteur, en matière de responsabilité, de la SNC.

Cette souplesse permet aussi une plus grande adaptation des statuts aux exigences requises, le cas échéant, par la collectivité publique et aux volontés exprimées par les membres partenaires pour préserver un fort intuitu personae à la société de projet.

De nombreuses clauses peuvent être insérées dans ses statuts notamment en matière :

- d’entrée et de sortie du capital (et notamment assurer la maîtrise des incidences liées à la défaillance d’une entreprise associée), d’inaliénabilité, de droit de veto (de la collectivité publique par exemple) ;
- de management de la structure (Président, organe collégial) ;
- de contrôle de la gestion (mise en place d’un conseil de surveillance, présence d’un commissaire aux comptes) ;
- de gouvernance de l’entreprise (droit d’information, de communication, de vote, etc.).

Tout comme dans les SA, des actions de préférence pourront être créées pour octroyer certains avantages pécuniaires à certains associés si les partenaires le désirent. De même, des obligations pourront être émises par la SAS dans le cadre du financement du projet. La seule restriction par rapport à la SA reste l’interdiction faite à une SAS de faire appel public à l’épargne.

Si des partenaires étrangers sont membres de la société de projet, il convient de s’assurer que les clauses statutaires ne sont pas contraires aux règles d’ordre public international des pays dans lesquels ces clauses seraient susceptibles d’être contestées notamment à l’occasion d’une demande d’exequatur. ■

### Profits de réévaluation libre d'actifs, profits immobiliers d'organismes à but non lucratif étranger : quelques précisions

L'administration fiscale s'est récemment prononcée (décision de rescrit 29 janvier 2008 n° 2008/3) dans le cadre du régime prorogé jusqu'au 31 décembre 2009 de l'article 238 bis JA du CGI qui prévoit que les plus-values nettes dégagées lors d'une réévaluation libre d'immeubles ou de titres de sociétés à prépondérance immobilière réalisée entre le 1<sup>er</sup> janvier 2004 et le 31 décembre 2007 sont soumises à une taxation à l'impôt sur les sociétés au taux de 16,5 % sous réserve de la souscription d'un engagement de conservation des actifs concernés pendant une durée minimale de cinq ans, sur les modalités d'imputation, dans une telle situation, des déficits fiscaux de l'entreprise.

L'administration a indiqué que l'écart de réévaluation peut être compensé avec le déficit subi au titre de l'exercice de réévaluation ou avec les déficits fiscaux des exercices antérieurs demeurant reportables, que la compensation doit alors être opérée euro pour euro, qu'elle est facultative et peut ainsi ne porter que sur une partie seulement du déficit dudit exercice ou des déficits fiscaux reportables.

C'est alors le solde net de l'écart de réévaluation qui est soumis à l'impôt sur les sociétés au taux de 16,5 %.

Par ailleurs, les organismes sans but lucratif de droit français qui relèvent de l'article 206-5 du CGI ne sont pas imposés sur leurs gains en capital, et notamment sur leurs gains immobiliers ou de cession de titres de sociétés à prépondérance immobilière.

L'administration considère, sur le fondement des dispositions de l'article 244 bis A du CGI, que les mêmes organismes à but non lucratif non résidents sont en revanche soumis au prélèvement du tiers à raison des mêmes plus-values de cession de titres à prépondérance immobilière.

La cour administrative d'appel de Paris en a jugé différemment dans un arrêt du 6 décembre 2007 (n° 06-3370, 5<sup>e</sup> ch. A, «Min. c/ Fondation Stichting Unilever Pensioenfond Progress») à propos d'une fondation hollandaise, sur le double fondement de la clause de non-discrimination contenue dans l'article 25 de la convention franco-néerlandaise du 16 mars 1973, et de la jurisprudence communautaire (CJCE 14 septembre 2006 aff. 386/04), en considérant que la fondation en question, gérant un régime de retraite et de prévoyance dont l'objet social est ainsi à but non lucratif, et qui avait cédé les droits sociaux qu'elle détenait dans une société française à prépondérance immobilière, ne pouvait être soumise à une imposition autre ou plus lourde que celle à laquelle aurait été assujettie une institution française gérant un régime de retraite et de prévoyance qui aurait réalisé la même opération imposable, sans que la différence de traitement ainsi constatée puisse être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général ou concerner des situations qui ne sont pas objectivement comparables.

La cour a ainsi jugé que la fondation de droit néerlandais en question était placée dans une situation objectivement comparable à celle des institutions françaises gérant un régime de retraite et de prévoyance et que le fait que de telles institutions assurent une mission de service public ne suffisait pas à établir la «raison impérieuse d'intérêt général» permettant de déroger au principe de libre circulation des capitaux institué par l'article 56 du traité des Communautés européennes. ■



Par RICHARD FOISSAC, avocat associé, spécialisé 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. richard.foissac@cms-bfl.com

“ La cour a ainsi considéré que la fondation hollandaise ne pouvait être imposée en France à raison des plus-values immobilières réalisées. ”

### Droit de préemption sur les fonds de commerce : le décret était-il nécessaire ?

Le décret précisant les modalités d'usage du droit de préemption sur les fonds de commerce, les fonds artisanaux et les baux commerciaux a finalement été adopté le 26 décembre 2007, puis complété par un arrêté du 29 février 2008 (journal officiel du 1<sup>er</sup> avril), publiant le formulaire de déclaration d'intention d'aliéner ad hoc.

Entre-temps, certaines collectivités, séduites par ce nouvel outil, et encouragées par une interprétation favorable du ministère, avaient mis en œuvre le droit de préemption des fonds de commerce.

Le débat sur la possibilité d'utiliser ce droit de préemption restait toutefois vif. Le tribunal administratif de Paris avait

bien annulé une partie du plan local d'urbanisme de Paris, protégeant les rez-de-chaussée commerciaux et artisanaux, mais ce dispositif était assez éloigné de celui prévu en matière de préemption des fonds de commerce (jugement du 2 août 2007, préfet de région d'Ile-de-France, préfet de Paris c/ville de Paris). Ce jugement n'avait donc pas été considéré comme une position de principe.

Il est revenu au Conseil d'Etat de se prononcer sur l'applicabilité de la loi avant l'adoption de son décret d'application. Dans un arrêt Société Megaron, il tranche le débat en considérant que «si l'application des dispositions de l'article L. 214-1 du Code de l'urbanisme n'était pas manifestement impossible, en l'absence du décret prévu à l'article L. 214-3, en tant qu'elles permettent au conseil municipal de délimiter un périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité, à l'intérieur

duquel les cessions de fonds artisanaux, de fonds de commerce ou de baux commerciaux pourront être soumises au droit de préemption, il en va différemment des autres dispositions [...] relatives à l'exercice du droit de préemption et au droit de rétrocession qui en est inséparable, dès lors que ce dispositif entièrement nouveau [...] ne peut être mis en œuvre sans qu'aient été adoptées par voie réglementaire les précisions nécessaires à son application» (CE, 21 mars 2008, Société Megaron, n° 310173).

Compte tenu de cette jurisprudence, qui distingue parmi les dispositions législatives nouvelles, était-il possible pour les communes d'instaurer par délibération un périmètre de préemption des fonds

“ Ce dispositif entièrement nouveau ne peut être mis en œuvre sans qu'aient été adoptées par voie réglementaire les précisions nécessaires à son application. ”

de commerce ? Malgré certaines positions concluant positivement, il est permis d'hésiter sur ce point dès lors que le décret a créé une formalité de procédure nouvelle nécessaire à la création de ce périmètre consistant en la consultation de la Chambre de commerce et d'industrie et de la Chambre des métiers et de l'artisanat.

Si la collectivité avait été amenée à décider de préempter un fonds avant l'adoption du décret, cette décision doit être considérée comme illégale car le seul fondement législatif ne permettait pas l'exercice du droit de préemption.

Dans un tel contexte, la prudence recommande de prendre à nouveau la délibération instaurant un périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité, d'une part, et d'étudier au cas par cas les conséquences du caractère illégal des décisions de préemption éventuellement prises sur le seul fondement de la loi, d'autre part. ■



Par **PAUL ELFASSI**, avocat, spécialiste en droit public.  
paul.elfassi@cms-bfl.com



et **HÉLÈNE CHALMETON**, docteur en droit public, chargée de recherche.  
helene.chalmeton@cms-bfl.com

## Crédit-bail immobilier et TVA

Un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes en date du 6 mars 2008, relatif au crédit-bail immobilier, pourrait avoir des conséquences fâcheuses sur les droits à déduction, en matière de TVA, des sociétés de crédit-bail immobilier.

La question examinée était celle de savoir si la notion de «biens d'investissement», dont la cession est exclue du calcul du prorata de TVA (coefficient de taxation), inclut des véhicules qu'une entreprise de crédit-bail acquiert en vue de les louer puis de les vendre à l'expiration des contrats de location-vente.

La Cour note qu'en adoptant les dispositions de l'article 19, paragraphe 2, de la sixième directive, le législateur communautaire a entendu exclure du calcul du prorata le chiffre d'affaires afférent à la vente de biens, lorsque cette vente revêt un caractère inhabituel par rapport à l'activité courante de l'assujetti concerné et ne nécessite donc pas une utilisation des biens ou des services à usage mixte d'une manière qui soit proportionnelle au chiffre d'affaires qu'elle génère.

Dans ces conditions, la notion de «biens d'investissement utilisés par l'assujetti dans son entreprise» au sens de l'article 19, paragraphe 2, de la sixième directive ne saurait inclure ceux dont la vente revêt, pour l'assujetti concerné, le caractère d'une activité économique habituelle. En effet, pour l'intéressé, l'acquisition, puis la vente de tels biens nécessitent l'utilisation courante des biens et des services à usage mixte. Il en résulte que cette vente relevant des activités habituelles et taxées de l'assujetti, le chiffre d'affaires y afférent doit être pris en compte dans le calcul du prorata de déduction pour que celui-ci reflète au mieux la part d'utilisation, pour ces activités, des biens et des servi-

ces affectés à un usage mixte, sauf à méconnaître l'objectif de neutralité du système commun de TVA.

Dès lors, selon la Cour, si la vente, à l'expiration des contrats de crédit-bail, des véhicules présente le caractère d'une activité courante pour l'assujetti concerné qui y procède de manière professionnelle et systématique, il serait contraire à l'objectif de neutralité que cet assujetti ne soit pas effectivement déchargé de la part de TVA grevant les frais généraux ayant servi à la réalisation de cette vente, et donc à l'exercice de l'activité économique habituelle taxée.

Il en résulte que le chiffre d'affaires afférent à une telle vente ne peut pas être considéré comme portant sur des «biens

“ Selon la jurisprudence, les cessions d'immeubles donnés en crédit-bail sont à inclure dans le prorata. ”

d'investissement utilisés par l'assujetti dans son entreprise» au sens de l'article 19, paragraphe 2, de la sixième directive.

La Cour de justice des Communautés européennes en conclut que la notion de «biens d'investissement utilisés par l'assujetti dans son entreprise» n'inclut pas des véhicules qu'une entreprise de crédit-bail acquiert en vue, comme dans l'affaire au principal, de les louer puis de les vendre à l'expiration des contrats de location-vente, dès lors que la vente desdits véhicules au terme de ces contrats fait partie intégrante des activités économiques habituelles de cette entreprise.

Il résulte donc de cette jurisprudence que les cessions de biens loués en crédit-bail doivent être incluses dans le prorata. Ceci a un effet bénéfique sur le prorata s'agissant des biens à caractère mobilier puisque leur vente est assujettie à la TVA, et ceci a un effet défavorable s'agissant des immeubles, puisque leur cession plus de cinq ans après leur achèvement est exonérée de TVA. ■



Par PHILIPPE TOURNES, avocat associé, spécialisé dans les questions de TVA notamment liées à l'immobilier.

[philippe.tournes@cms-bfl.com](mailto:philippe.tournes@cms-bfl.com)

## Dépollution d'un site industriel

Après avoir financé les travaux de dépollution du site accueillant les bâtiments dans lesquels il avait exploité pendant plusieurs années une usine de produits chimiques, l'ancien locataire des lieux en avait réclamé le remboursement au bailleur. Fort de ce qu'il était établi que le terrain litigieux était déjà pollué lors de son entrée en jouissance, il estimait être titulaire, en sa qualité de simple preneur, d'une créance de remboursement des frais de dépollution envers le bailleur, bénéficiaire de l'amélioration apportée au bien dépollué. Les juges du fond ayant rejeté sa demande au motif qu'une telle créance n'aurait pu procéder que d'une convention entre bailleur et preneur, il avait alors invoqué la violation de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la Convention des droits de l'homme (pro-

tection du droit de propriété).

Argument écarté par la Cour de cassation pour laquelle la charge de la dépollution d'un site industriel incombe, aux termes de la loi du 19 juillet 1976, au dernier exploitant et non au propriétaire du bien. La cour d'appel, qui n'avait pas violé l'article 1<sup>er</sup> précité, en avait déduit à bon droit que la remise en état du site résultant d'une obligation légale particulière dont la finalité est la protection de l'environnement et de la santé publique était à la charge du locataire (arrêt du 02/04/2008).

“ La charge de la dépollution incombe nécessairement au locataire. ”

Reste alors la possibilité pour l'intéressé d'agir en dédommagement contre son prédécesseur dans les lieux exploités pour manquement de celui-ci à sa propre obligation de dépollution après cessation d'activité. ■

Par ARNAUD REYGRABELLET, professeur à l'université Paris X, Of Counsel.

arnaud.reygrobellet@cms-bfl.com et ELISABETH FLAICHER-MANEVAL, avocat. Au sein de l'équipe de doctrine juridique, ils suivent les questions d'actualité du droit des affaires.

elisabeth.flaicher-maneval@cms-bfl.com

Si vous souhaitez contacter les auteurs de cette lettre, vous pouvez vous adresser à la rédaction qui transmettra aux personnes concernées. Vous pouvez également vous adresser à :

### C/M/S Bureau Francis Lefebvre

1-3, villa Emile Bergerat  
92522 Neuilly sur Seine Cedex  
Tél. 01 47 38 55 00/Fax 01 47 38 55 55

M<sup>e</sup> Laurent Chatel, [laurent.chatel@cms-bfl.com](mailto:laurent.chatel@cms-bfl.com)  
M<sup>e</sup> Paul Elfassi, [paul.elfassi@cms-bfl.com](mailto:paul.elfassi@cms-bfl.com)  
M<sup>e</sup> Elisabeth Flaicher-Maneval, [elisabeth.flaicher-maneval@cms-bfl.com](mailto:elisabeth.flaicher-maneval@cms-bfl.com)  
M<sup>e</sup> Richard Foissac, [richard.foissac@cms-bfl.com](mailto:richard.foissac@cms-bfl.com)  
M<sup>e</sup> Gwenaël Gauthier, [gwenael.gauthier@cms-bfl.com](mailto:gwenael.gauthier@cms-bfl.com)  
M<sup>e</sup> Philippe Grousset, [philippe.grousset@cms-bfl.com](mailto:philippe.grousset@cms-bfl.com)  
M<sup>e</sup> Chantal Jordan, [chantal.jordan@cms-bfl.com](mailto:chantal.jordan@cms-bfl.com)  
Arnaud Reygrobellet, [arnaud.reygrobellet@cms-bfl.com](mailto:arnaud.reygrobellet@cms-bfl.com)  
M<sup>e</sup> François Tenailleau, [francois.tenailleau@cms-bfl.com](mailto:francois.tenailleau@cms-bfl.com)  
M<sup>e</sup> Jean-Luc Tixier, [jean-luc.tixier@cms-bfl.com](mailto:jean-luc.tixier@cms-bfl.com)  
M<sup>e</sup> Philippe Tournes, [philippe.tournes@cms-bfl.com](mailto:philippe.tournes@cms-bfl.com)  
M<sup>e</sup> Claire Vannini, [claire.vannini@cms-bfl.com](mailto:claire.vannini@cms-bfl.com)