

LA LETTRE DE L'IMMOBILIER

Lundi 14 septembre 2020

AU SOMMAIRE

Dossier

Covid-19 et valorisation des immeubles, quels impacts ?

- Contrats privés de construction : nouveaux enjeux juridiques et fiscaux liés à l'épidémie de Covid-19 p.2
- Les investissements immobiliers en période de Covid-19 p.4
- Incertitudes sur les valeurs vénales : quelles conséquences sur la qualification fiscale des sociétés détentrices d'immeubles ? p.5
- Covid-19 et fermeture des locaux commerciaux : quel impact sur le loyer ? p.6
- Crise sanitaire et l'actualisation des grilles tarifaires d'évaluation des locaux commerciaux p.7
- Vacance de l'immeuble : quels impacts fiscaux pour le bailleur ? p.8
- Covid-19 et provisions : quels traitements s'agissant de vos actifs immobiliers ? p.11
- Reclassement intra-groupe de stocks immobiliers : des règles fiscales à respecter p.12

Actualités

- La sous-traitance, «pas un long fleuve tranquille» pour le maître d'ouvrage p.13
- Nouveau rebondissement dans «l'affaire de la TVA sur marge» p.14

Actualité internationale

- Exonération de retenue à la source sur les dividendes versés au sein de l'UE : le Conseil d'Etat valide la condition relative au bénéficiaire effectif p.15

C/M'S' Francis Lefebvre

Avocats

Supplément du numéro 1573 du 14 septembre 2020

EDITORIAL

La période que nous traversons est inédite et représente un réel défi pour les économies européennes. Les différents instituts économiques prévoient pour l'année 2020 une chute historique d'environ 8 % du PIB en France.

Plus particulièrement pour le marché commercial de l'immobilier, le montant des investissements connaîtra une baisse des volumes après près d'une décennie de hausse constante. Le marché locatif connaît quant à lui une baisse importante du «take up» des locaux.

S'agissant des secteurs d'activités, le secteur du tourisme est en berne et les commerces (physiques) en difficulté. A contrario, le secteur de la logistique est en plein essor et les bureaux et le résidentiel se montrent plutôt robustes, naturellement avec des variations en fonction de leur localisation et de leur état. En ce qui concerne les taux de recouvrement des loyers, on constate une quasi-stabilité sur le résidentiel et la logistique, un taux satisfaisant pour les bureaux et des difficultés en ce qui concerne les commerces. Les différents indices prévoient une baisse pour l'ILC et l'ILAT et une stabilité pour l'IRL.

Certains acteurs du marché s'inquiètent du risque d'augmentation de faillites d'entreprises (et donc de locataires). Comme partout en Europe, le Gouvernement français a mis en place d'importants plans de relance pour soutenir l'économie et l'emploi.

Tous ces facteurs, ajoutés au côté inédit de la présente crise sanitaire, créent une incertitude sur les valeurs locatives.

Au-delà des chiffres, nous constatons également un changement de comportement pour l'occupation des espaces, notamment des bureaux : la tendance à la densification des espaces cède la place à une augmentation des espaces individuels et à la généralisation du télétravail.

Après presque 10 ans d'augmentation stable, prévisible et constante des valeurs immobilières en France, qui ont fait le bonheur des investisseurs/propriétaires, les questions quant à l'évolution du marché sont nombreuses.

Dans ce contexte, se posent plusieurs questions qui sont au cœur de la valorisation de l'immeuble : comment se comporteront les vendeurs et acquéreurs dans un projet d'investissement, quel sera la relation bailleur-preneur dans le futur et comment prendre en compte et anticiper fiscalement cette incertitude quant à la valeur de l'immeuble ?

Nous sommes donc ravis de vous présenter cette nouvelle édition de la Lettre de l'Immobilier, réalisée par les équipes juridiques et fiscales du pôle immobilier de CMS Francis Lefebvre Avocats. ■

Benjamin Bill, avocat associé

Contrats privés de construction : nouveaux enjeux juridiques et fiscaux liés à l'épidémie de Covid-19



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 **Grégoire Marin**, avocat en droit immobilier. Il intervient notamment en matière de ventes et d'acquisitions immobilières (actifs ou sociétés), de baux commerciaux et de contrats de construction.
gregoire.marin@cms-fl.com

Malgré l'assouplissement progressif des contraintes liées à la situation sanitaire, il est complexe de réaliser des travaux dans des conditions analogues à celles préalables à l'épidémie de Covid-19. Dans ce contexte, les parties à un contrat privé de construction se trouvent confrontées à de nouveaux enjeux juridiques sans omettre des problématiques fiscales dans le cadre de leurs (re)négociations, portant notamment sur les évolutions possibles des délais et du prix applicables aux travaux.

Des chantiers confrontés à de nouvelles contraintes fluctuantes

Ainsi qu'il résulte désormais de l'article 1^{er} du décret n°2020-860 du 10 juillet 2020 pour faire face à l'épidémie de Covid-19, les mesures dites «*barrières*» doivent être observées «*en tout lieu et en toute circonstance*» : règles de distanciation sociale (incluant la distanciation physique d'au moins un mètre entre deux personnes) et mesures d'hygiène (notamment le port du masque si les règles précédentes ne peuvent pas être respectées).

Les modalités d'application aux chantiers de construction de ces nouvelles règles sont détaillées et explicitées par le «*Guide de préconisations de sécurité sanitaire pour la continuité des activités de la construction en période d'épidémie de Coronavirus SARS-COV-2*» publié par l'OPPBTP (Organisme Professionnel de Prévention du Bâtiment et des Travaux Publics) et mis à jour le 8 juillet 2020.

Même s'il ne s'agit que de préconisations sans valeur réglementaire, ce guide sert de référence aux acteurs de la construction pour déterminer les conditions de déroulement des chantiers et implique de nombreuses contraintes tant dans l'organisation du chantier que dans l'exécution des tâches y afférentes.

Surtout, ces nouvelles contraintes liées à l'épidémie de Covid-19 évoluent en fonction de la

réalité de la circulation du virus et des connaissances scientifiques, sans qu'il soit possible de connaître avec certitude les règles qui s'imposeront sur les chantiers dans les mois à venir.

Des impacts sur les délais et sur le prix initialement convenus dans les contrats passés

Ces nouvelles contraintes impactent *de facto* les délais et le prix de réalisation des travaux. Pour les contrats en cours lors de l'apparition de l'épidémie, l'entreprise en charge des travaux cherche généralement à proroger les délais et à augmenter le prix initialement convenus, ce que le maître d'ouvrage veut éviter.

Les marges de renégociation dépendent essentiellement des stipulations contractuelles : causes légitimes de suspension des délais de réalisation des travaux prévues, encadrement

contractuel éventuel de la force majeure, renonciation éventuelle à l'imprévision prévue à l'article 1195 du Code civil, éléments inclus dans le prix, etc.

Néanmoins, en toutes hypothèses, l'article 4 de l'ordonnance n°2020-306 suspend ou décale automatiquement les effets des sanctions contractuelles prévues dans les contrats en cours jusqu'au 23 juin 2020

en cas de défaillance d'une partie (par exemple : pénalités en cas de retard dans l'achèvement des travaux) pour une durée pouvant aller jusqu'à 104 jours calendaires (soit la période entre le 12 mars et le 23 juin 2020), dépendant de la date de signature du contrat (antérieure ou non au 12 mars 2020) et de la date d'exigibilité de l'obligation sanctionnée (antérieure ou non au 23 juin 2020).

Il en est de même si des enjeux fiscaux sont à la clé du point de vue de l'investisseur comme du promoteur. On sait par exemple que de nombreux dispositifs incitatifs sont soumis à une contrainte d'achèvement dans un certain délai (Pinel, Censi Bouvard). De même, un promoteur a pu prendre un engagement de cet ordre lors

«Les marges de renégociation dépendent essentiellement des stipulations contractuelles.»

de l'achat du foncier, soit pour bénéficier d'une exonération de droits (cas des engagements de construire ou de revendre) soit pour faire bénéficier le cédant d'une économie fiscale (abattements exceptionnels en matière d'IR et de prélèvements sociaux ; réduction du taux d'IS). S'agissant des délais imposés par la législation fiscale à l'égard de ces dispositifs incitatifs - et notamment ceux dans lesquels doivent être respectés des obligations ou des engagements reposant sur le contribuable, un professionnel ou le cessionnaire d'un bien ou d'un titre pour le bénéfice d'avantages fiscaux - la doctrine administrative (BOI-DJC-CO-VID19-10-24/06/2020) a admis que ces délais qui n'avaient pas expiré avant le 12 mars 2020 ont été, à cette date, suspendus jusqu'à la fin de la période juridiquement protégée, c'est à dire jusqu'au 23 juin 2020 inclus.

L'Administration accorde donc une prorogation automatique et générale de 104 jours calendaires qui s'applique à une liste de dispositifs expressément cités par le BOFIP sans, toutefois être exhaustive.

Des impacts sur les délais et sur le prix à encadrer dans les nouveaux contrats

Les nouvelles contraintes et incertitudes influent également *de facto* sur les négociations des parties au regard de la détermination et de la variation des délais et du prix applicables aux travaux dans les nouveaux contrats.

Généralement, le maître d'ouvrage voudra que les délais et le prix convenus contractuellement couvrent toutes les contraintes actuelles et futures liées à l'épidémie de Covid-19, tandis que l'entreprise de travaux voudra au contraire que les délais et le prix puissent évoluer en fonction des contraintes applicables au chantier.

Les parties aboutiront le plus souvent à une position de compromis, après avoir notamment négocié les trois principaux points suivants :

– causes légitimes de suspension des délais de réalisation des travaux

L'enjeu est de déterminer si l'épidémie de Covid-19 et ses conséquences (confinement total ou partiel, nouvelles contraintes réglementaires applicables aux chantiers, etc.) pourront ou non influencer sur les délais de réalisation des travaux

et, le cas échéant, d'encadrer cet impact. A ce titre, les parties pourront ou non déroger à la force majeure telle que prévue à l'article 1218 du Code civil («*un évènement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur*»);

«Les parties aboutiront le plus souvent à une position de compromis.»

– éléments inclus dans le prix

Les parties devront déterminer le juste prix pour que toutes les contraintes réglementaires et recommandations d'organismes professionnels connues à la date de signature du contrat soient prises en charge par l'entreprise

de travaux.

Le sort des évolutions des contraintes applicables fera quant à lui l'objet de plus âpres négociations et la prise en charge par l'entreprise des contraintes futures ne se fera généralement pas sans augmentation du prix initial ;

– encadrement de l'imprévision

L'article 1195 du Code civil permet une renégociation du contrat en cas de «*changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat*» qui «*rend l'exécution excessivement onéreuse pour un partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque*».

Sauf renonciation à ces dispositions, l'entreprise en charge des travaux pourrait tenter de renégocier les conditions initialement convenues en cas d'évolution des contraintes applicables au chantier.

Quels que soient les accords des parties, il ne peut être exclu que les évolutions de la situation sanitaire conduisent à l'adoption de nouveaux textes modifiant les effets des clauses contractuelles (comme l'article 4 de l'ordonnance n°2020-306 susmentionné). ■

Les investissements immobiliers en période de Covid-19



Par **Benjamin Bill**, avocat associé en droit immobilier. Il conseille, tant sur le secteur privé que public, les investisseurs, les gestionnaires d'actifs et les sociétés immobilières et les accompagne dans le cadre de leurs projets immobiliers nationaux et transfrontaliers. benjamin.bill@cms-fl.com

Dans le cadre de la crise liée au Covid-19 et de ses conséquences sur le marché immobilier, se pose la question de la valorisation d'un immeuble. Nous rappelons que les facteurs clés d'un investissement immobilier et de sa valorisation comprennent notamment la sécurisation d'un rendement et la possibilité de générer une augmentation de valeur. S'il est peut-être trop tôt pour connaître les conséquences exactes du Covid-19, pouvons-nous néanmoins tirer de premières leçons et penser la valorisation de l'investissement immobilier des prochains mois et années ? Ce qui semble indéniable, est que nous constatons que le Covid-19 sert d'accélérateur de tendances sur plusieurs points.

S'agissant des retards ou défauts de paiement des loyers

Les professionnels de l'immobilier constatent en termes de recouvrement des loyers une quasi-stabilité dans les secteurs des bureaux, de la logistique et du logement. En revanche, les commerces (s'il est naturellement faux de généraliser, dans la mesure où le secteur du commerce est très varié, il s'agit de retenir certaines tendances) font l'objet d'une baisse des recouvrements des loyers. Les raisons peuvent être résumées comme suit : d'une part, les commerces, depuis plusieurs années, souffrent du changement de comportement de consommation des utilisateurs au profit du e-commerce (qui favorise la logistique), d'autre part, les gestes barrières et la distanciation sociale frappent en premier lieu les lieux fréquentés. Finalement, les ordonnances mises en place dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire n'ont pas toujours été très claires sur les obligations qui pèsent sur les bailleurs et les preneurs. Par ailleurs, on peut s'attendre à une baisse de l'indice ILC. A court et peut être moyen termes, ces facteurs rendent la valorisation d'un actif plus compliquée et moins prévisible. En

«Dans la situation actuelle, la relation bailleur-preneur semble être un facteur davantage déterminant de valorisation d'un immeuble que d'ordinaire.»

revanche, les commerces constituent le cœur de la cité, des lieux d'échanges et de rencontres. Donc, à condition qu'ils puissent se réinventer dans le but d'offrir aux consommateurs une expérience plus qu'une simple consommation, on peut raisonnablement prévoir que les commerces resteront une classe d'actifs robustes à moyen et long termes.

S'agissant de l'utilisation des espaces, notamment des bureaux

Le télétravail et, plus généralement, l'utilisation des locaux, est au centre des réflexions des utilisateurs. Les attentes évoluent entre flexibilité, image corporate et prise en compte de la volonté du personnel de disposer de la possibilité de télétravailler. L'investisseur devra en conséquence soumettre son projet à une analyse encore plus approfondie de la flexibilité des locaux et donc penser l'immeuble comme un espace de valorisation multiple.

La relation bailleur-preneur au cœur de l'investissement

Dans la situation actuelle, la relation bailleur-preneur semble être un facteur davantage déterminant de valorisation d'un immeuble que d'ordinaire. En effet, l'objectif de valorisation d'un investissement dépendra en bonne partie de la faculté du bailleur d'être à l'écoute du preneur et d'œuvrer de bonne foi pour le bien-être des utilisateurs. Nombre de conflits peuvent en effet être évités par de l'asset management proactif et proche des locataires.

L'évolution du marché de l'investissement demandera aux professionnels de réfléchir également aux contrats d'occupation. Certains outils et nouveaux types de contrats d'occupation qui voient le jour mettent au centre la prise en compte des besoins de l'utilisateur dans le but de sécuriser son maintien dans les locaux et le paiement du loyer. ■

Incertitudes sur les valeurs vénales : quelles conséquences sur la qualification fiscale des sociétés détentrices d'immeubles ?

La crise du Covid-19 pourrait impacter la valeur vénale de certains actifs immobiliers et, incidemment, la qualification fiscale des sociétés détentrices. Ainsi, des sociétés précédemment à prépondérance immobilière pourraient basculer désormais dans la non-prépondérance en raison de la baisse de valeur des actifs immobiliers qu'elles détiennent. Dans ce contexte, nous vous proposons ici un bref panorama non exhaustif des différentes notions de prépondérance immobilière qui coexistent en matière de droits d'enregistrement et d'impôts directs.

D'une manière générale, la détermination de la prépondérance immobilière d'une société résulte du rapport existant entre la valeur vénale de ses actifs immobiliers (numérateur) et la valeur vénale de la totalité de ses éléments d'actif (dénominateur). Si le rapport excède 50 %, la société est à prépondérance immobilière.

Les actifs immobiliers retenus au numérateur du rapport ne sont pas les mêmes en fonction de l'impôt considéré (localisation, nature et affectation de l'actif, etc.). La date d'appréciation de la prépondérance immobilière varie également d'un impôt à l'autre. Le régime fiscal de la société considérée ou sa cotation en bourse peuvent également être des facteurs déterminants.

En matière de plus-values immobilières privées¹, seules les sociétés «translucides» sont visées et le rapport doit excéder 50 % à la clôture des trois exercices qui précèdent celui au cours duquel intervient la cession. Les actifs immobiliers affectés à l'activité opérationnelle de la société cédée ne sont pas pris en compte au numérateur du rapport.

S'agissant des plus-values soumises à l'impôt sur les sociétés², c'est la date de cession des titres ou celle de la clôture du dernier exercice de la société cédée qui doit être considérée. Là encore, les actifs immobiliers affectés à l'activité opéra-

tionnelle de cette dernière ne sont pas pris en compte au numérateur du rapport. En revanche, les droits afférents à un contrat de crédit-bail sont assimilés à des immeubles et doivent être retenus.

S'agissant des plus-values réalisées par des non-résidents³, les sociétés cotées dont le cédant détient moins de 10 % du capital ne sont pas visées. Pour les autres, le rapport doit excéder 50 % à la clôture des trois exercices qui précèdent celui au cours duquel intervient la cession. Logiquement, les actifs immobiliers étrangers ne sont pas pris en compte au numérateur du rapport.

En matière de droits d'enregistrement⁴, seules les sociétés non cotées sont visées. Là encore, les actifs immobiliers étrangers ne sont pas pris en compte au numérateur du rapport. En revanche, tous les actifs immobiliers français y figurent. Leur affectation à l'activité opérationnelle de la société cédée est ici indifférente. La prépondérance immobilière s'apprécie à la date de cession des titres ou à celle de la clôture du

dernier exercice de la société cédée.

Enfin, la notion de prépondérance immobilière pour l'application de la taxe de 3 % sur la valeur vénale des immeubles⁵ est relativement proche de celle applicable en matière de droits d'enregistrement. En matière de taxe de 3 %, le rapport doit excéder 50 % au 1^{er} janvier de l'année d'imposition et son numérateur n'inclut pas les actifs immobiliers français affectés à l'activité opérationnelle de la société cédée. Il en va de même pour le stock immobilier français des sociétés exerçant une activité de marchand de biens ou de construction-vente.

Il résulte de cette pluralité de définitions une certaine complexité que les contribuables doivent désormais concilier à une incertitude sur les valeurs vénales. Dans le contexte actuel, l'exercice de qualification pourra donc, dans certains cas, s'avérer délicat. ■



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



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

1. Art. 150 UB du CGI.

2. Art. 219 I a sexies-0 bis du CGI.

3. Art. 244 bis A du CGI.

4. Art. 726 I, 2° du CGI.

5. Art. 990° du CGI.

Covid-19 et fermeture des locaux commerciaux : quel impact sur le loyer ?



Par **Chloé Strasser**, avocat en droit immobilier. Elle assiste des investisseurs français et internationaux, des gestionnaires d'actifs et des promoteurs sur l'ensemble des aspects transactionnels et contentieux du droit immobilier. chloe.strasser@cms-fl.com

Face à la crise sanitaire provoquée par l'épidémie de Covid-19, le Gouvernement a adopté certaines mesures en vue d'endiguer la propagation du virus. Dans ce contexte, la fermeture des locaux commerciaux relevant de la catégorie M a notamment été ordonnée à compter du 15 mars 2020 et jusqu'au 10 mai 2020 inclus.

Pour accompagner cette cessation d'activité de la plupart des enseignes, le Gouvernement a également adopté des mesures de soutien aux entreprises. Deux ordonnances impactent les relations bailleur/preneur :

– une ordonnance interdisant aux bailleurs de mettre en œuvre les clauses résolutoires et les clauses de pénalité financières pendant la période d'état d'urgence sanitaire

contre les preneurs éligibles au fond de solidarité ;

– une seconde ordonnance repoussant le délai d'acquisition des clauses résolutoires postérieurement à la date de fin d'état d'urgence sanitaire.

Les ordonnances n'ont donc pas instauré de dispositif de report ou d'étalement des loyers commerciaux. Toutefois, la

cessation d'activité a suscité de la part des preneurs des demandes d'exonération du paiement du loyer, fondées notamment sur la force majeure, l'exception d'inexécution, l'imprévision, etc.

En pratique, la mise en œuvre de mesures d'accompagnement a été discutée de gré à gré entre les parties. Une majorité de bailleurs a renoncé à percevoir les loyers, voire les charges, afférents à la période de fermeture administrative des locaux commerciaux.

Au-delà de ces mesures temporaires, certains preneurs voudront faire baisser durablement leur loyer.

Le statut des baux commerciaux offre aux preneurs deux modes de révision :

– la révision dite triennale sur le fondement de l'article L. 145-38 du Code de commerce qui peut être demandée trois ans après la dernière fixation du loyer, sous réserve de rapporter la preuve de deux conditions :

• une modification matérielle des facteurs locaux de commercialité ;

• une variation de plus de 10 % de la valeur locative à raison de ladite modification matérielle.

– si le bail comporte une clause d'indexation, la révision sur le fondement de l'article L. 145-39 du Code de commerce sous réserve de démontrer que, par le jeu de la clause d'indexation, le loyer a évolué de plus de 25 % par rapport au prix précédemment fixé.

Dans le cadre de la crise sanitaire actuelle, l'obligation de fermeture administrative des locaux commerciaux est un argument en faveur de la baisse de la valeur locative.

La valeur locative se détermine par comparaison

avec les prix couramment pratiqués dans le secteur, étant précisé que c'est le loyer économique qui est pris en compte. Le loyer économique se calcule à partir du loyer facial auquel on retranche l'ensemble des mesures d'accompagnement comme la franchise de loyer, la mise en place d'un loyer progressif, la prise en charge par le bailleur de travaux d'aménagement du preneur, etc. En période de crise,

celles-ci prennent d'autant plus d'importance.

Il convient toutefois de noter que toutes les valeurs locatives ne s'inscriront pas à la baisse.

Certaines activités comme les supermarchés alimentaires ont enregistré des surperformances.

Outre la baisse de la valeur locative, il faudra également justifier d'une modification des facteurs locaux de commercialité, c'est-à-dire une modification de l'environnement commercial (facteurs géographique, démographique, accessibilité des locaux, etc.) au regard de l'activité considérée.

La jurisprudence considère par exemple que la fermeture de boutiques accompagnée de la baisse des valeurs locatives constitue une modification matérielle des facteurs locaux de commercialité.

Aussi, une demande de révision triennale, dans un secteur où des preneurs rendent les clés et où les cellules libérées sont recommercialisées à des valeurs inférieures, serait recevable. ■

«Une majorité de bailleurs a renoncé à percevoir les loyers, voire les charges, afférents à la période de fermeture administrative des locaux commerciaux.»

Crise sanitaire et l'actualisation des grilles tarifaires d'évaluation des locaux commerciaux

La crise sanitaire et la crise économique vont-elles avoir un impact sur l'évolution des valeurs locatives foncières des locaux commerciaux servant de base à la taxe foncière et à la CFE ?

Entrée en vigueur en 2017, la révision des valeurs locatives des locaux professionnels servant d'assiette à la taxe foncière et à la CFE repose sur la création de grilles tarifaires départementales établies sur les valeurs des loyers du marché actuel (référence 2013) et sur la mise en place d'un système de mise à jour permanente des grilles tarifaires.

Rappelons qu'auparavant les valeurs locatives reposaient sur une référence datant de 1970, dont l'actualisation était assurée par un coefficient voté chaque année dans le cadre de la loi de finances.

Le nouveau système de mise à jour permanente des grilles tarifaires a été conçu pour permettre un ajustement des tarifs en

fonction de l'évolution des loyers, à la hausse comme à la baisse, suivant les fluctuations du marché locatif.

Pour ce faire, le législateur a créé une nouvelle obligation déclarative «DECLOYER». En pratique, chaque année les exploitants occupant des locaux professionnels doivent joindre à leur déclaration de résultats une annexe relative à la déclaration des loyers des locaux qu'ils exploitent au 1^{er} janvier de l'année d'imposition et pour lesquels ils sont redevables de la CFE à la même date.

Ce dispositif de mise à jour annuelle n'est pas un dispositif de taxation, mais uniquement un processus statistique permettant de collecter et de déterminer l'évolution moyenne des loyers des locaux professionnels et d'y indexer la variation des grilles tarifaires.

Dans le contexte actuel, on pouvait logiquement penser que les réductions, franchises ou diminutions de loyer consenties par les bailleurs aux locataires en raison de la crise sanitaire entraineraient consécutivement une diminution des grilles tarifaires et, par voie de conséquence, une réduction des bases imposables en matière de taxe foncière et CFE.

Or, tel n'est pas le cas dans la mesure où le montant du loyer à indiquer dans la déclaration DECLOYER doit correspondre au montant du loyer annuel tel que fixé dans le bail.

Ainsi, dans le cas où le bailleur a accepté d'accorder un allègement, une franchise de loyer ou encore un report de paiement des échéances pendant la période de la crise sanitaire, ces allègements ne seront donc pas pris en compte pour l'actualisation des grilles tarifaires puisque les entreprises ont dû déclarer le montant inscrit dans le bail, sans tenir compte de la diminution accordée par leur propriétaire.

Si l'un des objectifs affichés de la réforme de 2017 était notamment d'éviter les écarts trop

souvent constatés par le passé entre les valeurs locatives et la réalité du marché locatif, on peut aujourd'hui s'interroger sur la pérennité du nouveau système face à un événement tel que celui que nous traversons actuellement.

En effet, trois ans à peine après l'entrée en vigueur de la révision, l'actualisation des

valeurs locatives foncières des locaux professionnels ne sera déjà plus en adéquation avec l'évolution du marché locatif.

Finalement, ce n'est que dans l'hypothèse où les loyers viendraient à baisser de façon pérenne, à la suite d'une renégociation des baux par les locataires, que l'actualisation des valeurs locatives foncières pourrait entraîner une baisse des bases taxables en matière de taxe foncière et de CFE. Cette situation, si elle venait à se produire, serait alors inédite puisque jamais un coefficient d'actualisation en fiscalité locale dans le passé n'a été négatif et l'on peut dans ce cas également présumer que le législateur sera alors contraint d'intervenir pour préserver les recettes des collectivités locales. ■

«On peut aujourd'hui s'interroger sur la pérennité du nouveau système face à un événement tel que celui que nous traversons actuellement.»



Par **Cathy Goarant-Moraglia**, avocat associé en fiscalité. Elle intervient dans le cadre de la gestion des impôts locaux grevant les programmes immobiliers ainsi que dans le cadre de restructurations lourdes ou de commercialisations. Elle mène également des missions d'audit, d'assistance, de conseil technique et de défense des entreprises dans tous les secteurs d'activité. cathy.goarant@cms-fl.com



et **Virginie Roche**, avocat en fiscalité. Elle intervient plus particulièrement dans les dossiers de conseil et de contentieux en matière de fiscalité locale. virginie.roche@cms-fl.com

Vacance de l'immeuble : quels impacts fiscaux pour le bailleur ?

La situation sanitaire liée au Covid-19 a conduit l'Etat à prendre des décisions drastiques de fermeture des lieux ouverts au public afin de limiter la propagation de la pandémie. Ces fermetures ont pu entraîner des situations de vacance dont l'incidence économique est aisée à deviner pour le bailleur. Dans ce contexte, l'on ne peut qu'inciter celui-ci à se préoccuper également des impacts fiscaux de ces situations de vacance, afin de parer à d'éventuelles difficultés ou, le cas échéant, d'alléger certains coûts.



Par **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



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

Le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire (EUS) interdisait tout déplacement et ordonnait la fermeture physique des locaux d'activités non essentielles. La mise en œuvre de ces mesures s'est traduite par une situation inédite de quasi-suspension de la vie économique, qui a eu de fortes répercussions sur le marché locatif et a pu entretenir ou générer des situations de vacance en raison des difficultés rencontrées par les preneurs.

Sur le plan de la TVA, l'on peut s'interroger sur le coût éventuel, en termes de régularisations, d'une vacance temporaire de l'immeuble pour le bailleur.

Cette question est traitée par la jurisprudence communautaire et par la doctrine administrative en ce qui concerne les locaux nus à usage professionnel pour lesquels le bailleur a opté pour l'assujettissement des loyers à la TVA. La doctrine administrative (BOFIP TVA-CHAMP-50-10 n°180) précise expressément qu'aucune régularisation n'est exigible sur le fondement de l'article 207-III de l'annexe II au Code général des impôts (CGI) dans les situations où, pendant la durée de l'option, il est constaté une vacance temporaire des locaux nus à usage professionnel justifiée par des circonstances économiques étrangères à la volonté du bailleur, telles que le changement de locataire, pendant la période au cours de

laquelle le bailleur effectue les diligences nécessaires à la recherche d'un nouveau locataire. C'est également ce que la Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de rappeler dans un arrêt du 28 février 2018 (aff. 672/16, Imofloresmira), rendu dans une affaire portant sur des locaux situés dans deux immeubles restés vacants pendant plus de deux ans, que le bailleur n'avait pas cessé de chercher à louer pendant cette période. La Cour confirme que cette situation n'entraîne pas de régularisation de la TVA antérieurement déduite dans le chef du bailleur. En effet, en application d'une jurisprudence constante (CJUE 29 février 1996, aff. 110/94, Inzo), lorsque l'Administration a admis la qualité d'assujetti à la TVA d'une société qui a déclaré son intention de commencer une activité économique imposable, ce statut ne peut plus lui être retiré avec effet rétroactif en raison

de la survenance ou de la non-survenance de certains événements, sauf en cas de situations frauduleuses ou abusives.

Il en résulte que le fait qu'un immeuble soit inoccupé pendant une certaine durée n'interrompt pas l'affectation de l'immeuble aux fins de l'entreprise lorsqu'il est établi que le bailleur a toujours l'intention de continuer

à exercer une activité de location soumise à la TVA et entreprend les démarches nécessaires à cet effet (conclusion de mandats, recherche de locataires, etc.). Toutefois, la doctrine administrative française va plus loin et considère que dans une situation où la vacance des locaux perdure et aboutit, en définitive, à une cessation de son activité imposable de location d'immeuble,

«L'entité propriétaire de l'immeuble devra (...) démontrer que la recherche de nouveaux locataires n'a pas été interrompue.»

le bailleur doit déclarer la perte de la qualité d'assujetti et procéder à une régularisation de la TVA antérieurement déduite lorsque cette cessation d'activité intervient avant le commencement de la dix-neuvième année qui suit celle de l'ouverture des droits à déduction.

Précisons que cette solution a été transposée récemment aux locations de locaux (nus ou meublés) consenties à des exploitants d'établissements d'hébergement hôteliers ou para-hôteliers imposables de plein droit à la TVA en application de l'article 261 D-4-c du CGI (CAA de Bordeaux, 25 juin 2019, SCI Pastel Capital).

Enfin, bien que la vacance temporaire de locaux n'entraîne pas une régularisation globale de la TVA ayant grevé la construction ou l'acquisition de ces biens par le bailleur, elle pourrait mécaniquement entraîner une dégradation des droits à déduction de ce dernier lorsque les locaux vacants qui génèrent normalement la perception de loyers en TVA sont situés dans un immeuble comportant d'autres locaux donnés en location exonérée.

Certains propriétaires de locaux demeurés ou devenus vacants doivent également se préoccuper de l'incidence de cette situation sur les conditions d'imposition de leurs revenus ou bénéfices.

Ainsi par exemple :

– En cas de départ d'une entreprise locataire non liée au bailleur sans paiement des loyers encore dus jusqu'à l'échéance contractuelle, le bailleur sera soumis, en fonction des modalités juridiques convenues lors de ce départ, soit au régime favorable de déduction des abandons de loyers créé par l'article 3 de la loi COVID 19 du 25 avril 2020, soit au droit commun fiscal impliquant qu'il justifie son absence de recours juridique à l'encontre du preneur pour ses engagements locatifs non tenus.

– Une vacance prolongée de logements sujets à une réduction d'impôt sur le revenu sur investissements locatifs devra conduire le bailleur, pour éviter la restitution de cet avantage fiscal, à introduire un rescrit destiné à le prémunir contre ce risque, et à étudier une révision à la baisse des loyers proposés, tenant compte du coût fiscal qui s'induirait de cette restitu-

tion à défaut de location dans les 12 mois du début de la vacance, pour proposer des loyers d'abord faibles puis susceptibles d'une révision haussière.

La question se pose également de l'impact des situations de vacance sur certains bailleurs soumis à un régime fiscal spécifique, qui repose notamment sur la perception de loyers. Ainsi, les SCI, SCPI, SIIC ou OPCI ne sont pas assujettis à l'IS, soit parce qu'ils sont fiscalement transpa-

rents, soit parce qu'ils en sont exonérés, à condition qu'ils aient une activité principalement ou exclusivement foncière, caractérisée par la perception de revenus locatifs.

En soi, la vacance, réduisant temporairement

la détention de l'immeuble à un acte purement patrimonial, ne devrait pas dénaturer l'activité de ces entités et la conformité de celle-ci à leur objet social. Ne pas percevoir de loyer ne signifie pas développer une activité autre que foncière. Même si cette absence de perception de loyer est intrinsèquement en contradiction avec l'objectif poursuivi par ces entités, elle ne menacera pas en elle-même leur régime fiscal et se contentera de générer d'autres problématiques, liées notamment à la valorisation des actifs ou à la dégradation des distributions normalement promises à leurs associés.

L'entité propriétaire de l'immeuble devra toutefois veiller à pouvoir démontrer que la recherche de nouveaux locataires n'a pas été interrompue. L'absence de perception de loyers conjuguée à un changement de perspective pour l'immeuble (mise en vente, en particulier) pourrait en effet conduire l'administration fiscale à considérer que l'actif a cessé d'être affecté à une activité locative et se trouve désormais à la source d'une activité commerciale, ce qui pourrait nuire au régime fiscal particulier de l'entité bailleur.

La vacance des locaux induite par l'EUS et ses répercussions économiques ont enfin des effets en matière de fiscalité locale, sous différents angles (taxe foncière, cotisation foncière des entreprises (CFE) et cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises (CVAE)).



François Lacroix, avocat associé en fiscalité. Il intervient plus particulièrement dans les secteurs de la fiscalité immobilière, des services publics, des entreprises et des personnes morales publiques ou privées non lucratives.
francois.lacroix@cms-fl.com



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

En matière de taxe foncière sur les propriétés bâties, l'article 1389-I du CGI prévoit la faculté pour les contribuables d'en solliciter le dégrèvement en cas de vacance d'une maison normalement destinée à la location à usage d'habitation ou d'inexploitation d'un immeuble utilisé par le contribuable lui-même à usage commercial ou industriel.

Le dégrèvement est subordonné à la triple condition : i) que la vacance ou l'inexploitation soit indépendante de la volonté du contribuable, ii) qu'elle ait une durée minimale de trois mois, et iii) qu'elle concerne la totalité de l'immeuble ou une partie susceptible d'exploitation ou de location séparée.

Ce texte pourrait être invoqué tant en ce qui concerne les locaux d'habitation n'ayant pas trouvé preneur que les locaux professionnels dont l'activité aurait cessé en raison de la mise en œuvre de ce dispositif. Afin de pouvoir s'en prévaloir, le contribuable devra démontrer que les restrictions réglementaires liées à l'EUS s'imposant à lui sont indépendantes de sa volonté et constituent un obstacle inéluctable à la poursuite de l'exploitation pendant au moins trois mois.

Le dégrèvement serait accordé à partir du premier jour du mois suivant celui du début de la vacance ou de l'inexploitation, jusqu'au dernier jour du mois au cours duquel la vacance ou l'inexploitation a pris fin.

S'agissant de la CFE, la situation de vacance, et plus généralement d'inexploitation des locaux, peut entraîner des dégrèvements en application des deux dispositifs suivants.

Le premier dispositif prévu à l'article 1478-I alinéa 2 CGI, lequel relève du droit commun, prévoit qu'en cas de cessation d'activité en cours d'année, la CFE n'est pas due pour les mois restant à courir. Il permet aux entreprises qui auront fermé définitivement un établissement de bénéficier d'un dégrèvement de CFE au prorata temporis. Ce dispositif suppose qu'il n'y ait pas eu de cession de l'activité exercée dans l'établissement ni de transfert d'activité.

La troisième loi de finances rectificative pour 2020 (article 11 de la loi n° 2020-935 du 30 juillet 2020) a instauré un second dispositif, qui est spécifique à la crise sanitaire, en offrant la possibilité pour les collectivités locales bénéficiaires de la CFE d'accorder exceptionnellement

un dégrèvement de CFE 2020 à hauteur des 2/3, dont 50 % sera pris en charge par l'Etat. Toutefois, les délibérations des collectivités locales devaient être adoptées pour le 31 juillet 2020 au plus tard, de sorte qu'il est très probable que ce mécanisme sera applicable dans peu de communes.

Le décret n° 2020-979 du 5 août 2020 précise les secteurs éligibles au dégrèvement (essentiellement tourisme, transport, restauration, activités culturelles et de loisirs, événementiel).

En ce qui concerne la CVAE des bailleurs, une situation de vacance prolongée des locaux devrait mécaniquement entraîner une diminution de la valeur ajoutée servant à son calcul par rapport aux années antérieures en raison de la perte consécutive des loyers. Les contribuables devront donc veiller à l'applicabilité du dispositif de dégrèvement de la CET pour plafonnement en fonction de la valeur ajoutée prévu à l'article 1647 B sexies du CGI.

Globalement, en cas de situation de vacance créée par la crise sanitaire, le bailleur aura donc tout intérêt à en analyser attentivement les conséquences sur le plan fiscal, et à constituer un dossier lui permettant de bénéficier des mesures d'allègement existantes, ou d'éviter l'altération de son régime fiscal. ■

Covid-19 et provisions : quels traitements s'agissant de vos actifs immobiliers ?

La situation économique hors-norme que notre pays traverse est susceptible de conduire les entreprises, y compris celles du secteur immobilier, à doter d'importantes provisions comptables. A ce jour, aucun assouplissement du traitement fiscal de ces dernières n'a été adopté. Focus sur les règles fiscales applicables aux différents types de provisions relatives aux actifs immobiliers et à l'activité immobilière.

Obligation comptable et règles fiscales strictes

Par principe, les comptes annuels doivent donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise, contraignant les entreprises à constater une dépréciation d'actif ou à anticiper un risque.

Bien que la comptabilisation d'une provision soit une obligation comptable, le droit fiscal n'admet l'anticipation d'une charge ou d'une dépense probable, que si c'est pour faire face à une perte ou une charge déductible, nettement précisée, que des événements en cours rendent probable à la clôture de l'exercice de dotation et à condition qu'elles aient été effectivement constatées dans les écritures de l'exercice.

Une provision de nature générale motivée par la crise économique du secteur immobilier liée au Covid-19 ne pourra donner lieu à une dotation fiscalement déductible en l'état des textes.

Les provisions pour dépréciation des terrains ou des constructions immobilisés

A la clôture de chaque exercice, l'entreprise doit apprécier s'il existe un indice interne ou externe de perte de valeur de ses actifs immobilisés. Si la valeur vénale d'un bien immobilier relevant de cette catégorie devient inférieure à sa valeur nette comptable, une provision pour dépréciation sera admise en déduction du résultat imposable de la société sous réserve de justificatifs. Cela conduira à la modification de la base amortissable et du plan d'amortissement du bien immobilisé pour l'avenir. En revanche, recourir directement à un amortissement excep-

tionnel ou accentuer son rythme d'amortissement risquera de se heurter à une réintégration fiscale.

Les provisions sur stocks immobiliers

De la même manière, à la clôture de chaque exercice, les immeubles inscrits en stocks doivent être évalués. Si la crise économique conduit à une baisse des prix de l'immobilier et que le prix auquel l'entreprise peut espérer revendre le bien est devenu inférieur à son prix de revient, elle pourra constituer, sous réserve de justificatifs, une provision pour dépréciation.

Le recours à la méthode statistique devra être utilisé avec une grande prudence pour l'évaluation des stocks et s'appuyer sur des données historiques réelles pour ne pas apparaître comme purement forfaitaire.

L'anticipation de pertes d'exploitation locale ou de revente

A l'issue de l'exercice clos en 2020, des entreprises auront déjà connaissance d'une baisse d'activité sur les exercices à venir. Certaines foncières pourraient, pour assurer la pérennité de leurs revenus, consentir des remises ou des baisses de loyers à leurs clients dans le cadre de renégociation moyennant le cas échéant des prorogations de bail. Elles pourraient alors vouloir enregistrer une provision pour perte d'exploitation future, comme cela est envisageable dans certains

cas très spécifiques de contrats dont l'exécution s'échelonne sur plusieurs exercices. Comptablement et fiscalement, la perte d'exploitation future ne peut pas faire l'objet d'une provision dès lors qu'elle ne résulte pas d'une obligation envers un tiers. La déductibilité fiscale d'une telle provision nécessiterait que des mesures exceptionnelles soient prises au plan légal, ce qui n'est pour l'instant pas le cas. Espérons que dans le cadre du projet de loi de finances pour 2021, des assouplissements aux principes généraux, rappelés ci-avant, puissent accompagner de nouvelles mesures de soutien à l'économie. ■

Par **Christophe Frionnet**, avocat associé en fiscalité. christophe.frionnet@cms-fl.com



et **Carole Laplace**, avocat en fiscalité. Elle conseille les entreprises dans l'ensemble de leurs opérations. carole.laplace@cms-fl.com

Reclassement intra-groupe de stocks immobiliers : des règles fiscales à respecter

Par **François Lacroix**,
avocat associé en fiscalité.
francois.lacroix@cms-fl.com

Ces derniers mois, les promoteurs immobiliers ont dû relever de multiples défis, d'abord opérationnels : pour obtenir des collectivités territoriales la validation de leurs programmes, des entreprises de travaux la reprise des chantiers grevés de surcoûts, et des clients l'acceptation des délais supplémentaires de livraison.

Mais ce fort ralentissement d'activité a également fragilisé le financement des programmes, dont le retard pris dans l'avancement des chantiers a affecté, pour les VEFA, l'émission des appels de fonds correspondants et le dégagement de marges d'exploitation (différées et réduites en raison des surcoûts) vitales pour

l'auto-financement de nouvelles opérations et pour l'obtention de crédits ou de garanties extrinsèques d'achèvement.

Pour pallier cette dégradation de sa trésorerie et de ses fonds propres et préserver les ratios requis par ses partenaires financiers, un promoteur pourra donc envisager de revendre certains immeubles au sein de son groupe. Pour autant, la détermination du prix de ces cessions devra intégrer les principes dégagés par la réglementation fiscale, dont voici le rappel des points saillants.

Entre deux sociétés membres d'un groupe fiscal, la cession d'un stock immobilier dont le prix de revient fiscal serait inférieur à sa valeur vénale réelle pourrait conduire, selon une application littérale du 5^e alinéa de l'article 223 B du CGI, à considérer comme non critiquable tout prix de cession compris entre ces deux limites.

Hors de l'intégration fiscale, une telle souplesse ne se rencontrera pas : le prix de cession d'un stock immobilier devra correspondre à sa valeur vénale réelle, ainsi appréciée :

– les frais de commercialisation qui auraient dû être normalement engagés si l'immeuble avait été cédé à des clients pourront être reconstitués, et déduits de la valeur vénale réelle pour déterminer

celle à prendre en compte ;

– seul un «*écart significatif*» entre le prix de cession retenu et la valeur vénale réelle pourra autoriser l'Administration à substituer la seconde au premier ; toutefois, aucun des quinze arrêts énonçant cette règle ne définit cet écart, tandis qu'une décision écarte expressément la référence à un écart de 20 % qui prévaut pour les cessions de valeurs mobilières non cotées ; conformément à la jurisprudence existante, tout écart supérieur à 10 % risque d'encourir la critique de l'Administration ;

– la valeur vénale sera celle :

• déterminée par référence à des cessions «*de biens similaires*» ...

• ... intervenues à «*une date peu éloignée dans le temps*», antérieure ...

• ... ou postérieure à la cession considérée. C'est ainsi que certaines décisions se sont référées à une cession intervenue 19 mois après la vente litigieuse. Manifestement conçue pour des périodes de stabilité, cette règle paraît peu adaptée aux périodes de crise. Rappelons à cet égard qu'un arrêt du 11 avril 2000 (97PA01096), certes antérieur à la jurisprudence précitée, a validé le prix retenu en 1991 par le contribuable, par référence expresse à la crise immobilière de 1990 ;

– en cas de revente ultérieure à «*une date peu éloignée*» par la société acquéreur du groupe, le prix de cette revente pourra cristalliser une valeur vénale susceptible d'être invoquée par l'Administration. Ce lien établi par plusieurs décisions suggère que le prix de la cession initiale intra-groupe puisse être déterminé en liaison avec celui de la revente.

Enfin, le résultat de cession sera fiscalisé à la date de cette dernière, quand bien même l'immeuble cédé serait à construire (vente à terme ou VEFA), pour peu que l'acquéreur ait le droit de revendre avant l'achèvement les droits immobiliers acquis ; d'autre part, le prix de cession devra tenir compte des risques attachés à la construction en cours. ■

«Entre deux sociétés membres d'un groupe fiscal, la cession d'un stock immobilier dont le prix de revient fiscal serait inférieur à sa valeur vénale réelle pourrait conduire (...) à considérer comme non critiquable tout prix de cession compris entre ces deux limites.»

La sous-traitance, «pas un long fleuve tranquille» pour le maître d'ouvrage

Pour la construction d'une résidence de tourisme, les travaux ont été confiés à une entreprise principale, sous l'assistance d'une maîtrise d'œuvre. Au cours du chantier le maître d'ouvrage a reçu directement une facture d'une entreprise intervenue pour la construction des fondations spéciales. L'entreprise principale sollicitait une demande d'agrément auprès du maître d'ouvrage. Le sous-traitant n'était finalement pas agréé faute d'avoir transmis l'ensemble des éléments et, en parallèle l'entreprise principale déposait le bilan. Le sous-traitant obtenait la condamnation du maître d'ouvrage sur le fondement de l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975, au solde des travaux comprenant des travaux supplémentaires.

Par arrêt du 24 janvier 2012, la cour d'appel de Lyon a infirmé le jugement et a débouté l'entreprise sous-traitante¹.

Par arrêt du 15 mai 2013², la Cour de cassation a cassé en jugeant :

«(...) que [le maître d'ouvrage] n'avait pas été informé par le Maître d'œuvre de la présence de sous-traitants sur le

chantier, qu'[il] n'avait appris la présence [du sous-traitant] que le 14 mai 2007, après avoir effectué des règlements importants à l'entreprise générale et qu'[il] avait un droit légitime de refuser l'agrément du sous-traitant ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il appartenait au maître de l'ouvrage, qui avait connaissance dès le 14 mai 2007 de l'intervention sur le chantier du [sous-traitant], de mettre l'entrepreneur principal en demeure d'exécuter ses obligations, la Cour d'appel a violé les textes susvisés».

La Cour confirme la nécessité pour le maître d'ouvrage d'adresser une mise en demeure à l'entrepreneur principal, quelles que soient les circonstances, et ce dès la connaissance de la présence d'un sous-traitant.

Par arrêt du 30 avril 2015³, la cour d'appel de renvoi de Lyon a confirmé la condamnation initialement prononcée.

Un nouveau pourvoi est introduit par le maître

d'ouvrage. La Cour de cassation⁴ a suivi l'argumentaire développé par le maître d'ouvrage, et casse une nouvelle fois en jugeant que :

«Le maître de l'ouvrage ne peut être condamné sur le fondement de l'article 14.1 de la loi du 31 décembre 1975 qu'aux sommes que sa défaillance a fait perdre au sous-traitant ; et qu'il ne peut être condamné qu'à la condition de ne pas avoir réglé à l'entrepreneur principal les sommes auxquelles il était tenu avant d'avoir connu l'intervention du sous-traitant ;

Qu'en se bornant à énoncer, pour condamner (...) maître de l'ouvrage, à l'égard (...), sous-traitant, qu'il était "bien certain" que, lorsqu'elle avait eu connaissance de l'intervention de cette société sur son chantier le 14 mai 2007, elle

n'avait mis en demeure (...), entrepreneur principal, de respecter ses obligations à l'égard de ce sous-traitant, sans rechercher, comme elle y était invitée, si elle n'avait pas déjà payé à l'entrepreneur principal avant cette date l'ensemble des sommes auxquelles elle était tenue en vertu du marché à forfait signé avec lui, la Cour d'appel a privé sa décision

de base légale (...);

Alors enfin, en tout état de cause, que le maître de l'ouvrage qui a signé un marché à forfait avec l'entrepreneur principal ne peut être recherché au titre de l'action directe du sous-traitant pour le paiement de travaux supplémentaires qu'il n'a pas approuvés, même s'ils sont nécessaires à la réalisation de l'ouvrage ;»

Le maître de l'ouvrage ne peut être condamné sur le fondement de l'article 14.1 qu'aux sommes que sa défaillance a fait perdre au sous-traitant.

La cour d'appel de Grenoble sur renvoi a limité les condamnations aux sommes non encore réglées à l'entreprise principale et a exclu le paiement des travaux supplémentaires⁵.

Un nouveau pourvoi a été introduit par l'assureur de la maîtrise d'œuvre, la Cour d'appel ayant reconnu sa faute et l'ayant condamné à garantir le maître d'ouvrage. Affaire à suivre. ■



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

1. CA LYON 8^e Chambre 24 janvier 2012 n° 11/00018.

2. Cass Civ 3^e 15 mai 2013 n° 12-16343 et 12-12561.

3. CA LYON 1^{ère} Chambre civile A 30 avril 2015 n°13/04845.

4. Cass Civ 3^e 13 juillet 2016.

5. CA Grenoble 9 janvier 2020 n° 16/04190.

Nouveau rebondissement dans «l'affaire de la TVA sur marge»



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

Le champ d'application du régime de la TVA sur marge, en matière immobilière, comporte bon nombre d'incertitudes, notamment quant à la question de savoir si cette assiette dérogatoire est applicable lorsqu'un terrain partiellement bâti fait l'objet d'une division par lots avant sa revente, ou bien de travaux de viabilisation importants.

Mais, la principale interrogation nous paraissait être de savoir si ce régime est applicable lorsque l'acquisition du terrain ou de l'immeuble en vue de sa revente n'a pas supporté de TVA. En effet, la rédaction de l'article 392 de la directive TVA de 2006 («Les Etats membres peuvent prévoir que, pour les livraisons de bâtiments et de terrains à bâtir achetés en vue de la revente par un assujetti qui n'a pas eu droit à déduction à l'occasion de l'acquisition, la base d'imposition est constituée par la différence entre le prix de vente et le prix d'achat»), comporte une ambiguïté : un assujetti-revendeur qui n'a pas supporté de TVA lors de son acquisition peut-il bénéficier de la taxation sur la seule marge lors de la revente, ou bien l'application de ce texte suppose-t-elle que l'acquisition ait été grevée d'une TVA n'ayant pu être récupérée ?

A cette question, la cour administrative d'appel de Versailles a répondu, dans un arrêt du 19 octobre 2017 que, puisque l'article 392 autorise les Etats membres à prévoir que la TVA sur marge s'applique pour la livraison des terrains à bâtir achetés en vue de la revente par un assujetti qui n'a pas eu droit à la déduction à l'occasion de l'acquisition, tel est bien le cas en l'espèce en l'absence de tout paiement de taxe lors de l'achat.

Cet arrêt ayant fait l'objet d'un pourvoi en cassation, le Conseil d'Etat, au vu de la difficulté d'interprétation posée par le texte, a décidé par une décision du 25 juin 2020 de saisir la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) des questions préjudicielles suivantes :

– l'article 392 de la directive doit-il être interprété

comme réservant l'application du régime de taxation sur la marge à des opérations de livraisons d'immeubles dont l'acquisition a été soumise à la taxe sur la valeur ajoutée sans que l'assujetti qui les revend ait eu le droit d'opérer la déduction de cette taxe, ou permet-il d'appliquer ce régime à des opérations de livraisons d'immeubles dont l'acquisition n'a pas été soumise à cette taxe, soit parce que cette acquisition ne relève pas du champ d'application de celle-ci, soit parce que, tout en relevant de son champ, elle s'en trouve exonérée ? ;

– l'article 392 de la directive doit-il être interprété comme excluant l'application du régime de taxation sur la marge à des opérations de livraisons de terrains à bâtir dans les deux hypothèses

suivantes :

- lorsque ces terrains, acquis non bâtis, sont devenus, entre le moment de leur acquisition et celui de leur revente par l'assujetti, des terrains à bâtir ;
- lorsque ces terrains ont fait l'objet, entre le moment de leur acquisition et celui de leur revente par l'assujetti, de modifications de leurs caractéristiques telles que leur division en lots ou la réalisation de travaux permettant leur desserte par divers réseaux (voirie, eau potable, électricité, gaz, assainissement, télécom-

munications) ?

Dans l'hypothèse où la CJUE répondrait que la TVA sur marge ne s'applique pas lorsque l'acquisition n'a pas supporté une TVA non récupérable, seraient affectés :

– d'une part, les particuliers et autres non assujettis à la TVA qui achètent des terrains à bâtir, puisque leurs acquisitions seraient grevées d'une TVA sur le prix total et non plus sur la seule marge, d'où un risque de renchérissement du prix des terrains à leur niveau puisqu'ils ne peuvent pas récupérer la TVA ;

– d'autre part, les collectivités locales qui, au lieu de percevoir des droits de mutation sur les terrains acquis par les non assujettis au taux de 5,80 % ne percevraient plus que la seule TPF (Taxe sur la Publicité Foncière) de 0,70 %.

«La principale interrogation nous paraissait être de savoir si ce régime est applicable lorsque l'acquisition du terrain ou de l'immeuble en vue de sa revente n'a pas supporté de TVA.»

Exonération de retenue à la source sur les dividendes versés au sein de l'UE : le Conseil d'Etat valide la condition relative au bénéficiaire effectif

Dans une décision du 5 juin 2020, le Conseil d'Etat (CE), statuant en chambres réunies, valide la condition prévue par l'article 119 ter 2 du Code Général des Impôts (CGI), qui subordonne le bénéfice de l'exonération de retenue à la source (RAS) sur les dividendes versés à des entités établies dans un Etat membre de l'Union européenne (UE) à la preuve que ces dernières en sont les bénéficiaires effectifs.

Le contexte de la décision

L'article 119 ter du CGI transpose en droit interne français la Directive Européenne 90/435/CEE dite «mère-filles» (la Directive) interdisant le prélèvement d'une RAS au titre des dividendes circulant au sein de l'UE.

Aux termes de la Directive, l'exonération était conditionnée au respect par l'entité bénéficiaire des conditions cumulatives suivantes :

- être considérée comme ayant son domicile fiscal dans un Etat membre ;
- revêtir l'une des formes sociales limitativement listées à l'Annexe de la Directive ;
- détenir une participation d'au moins 20 % (10 % depuis 2009) pendant une période d'au moins deux ans ;
- être passible de l'impôt sur les sociétés (IS) ou tout autre impôt équivalent sans possibilité d'option et sans en être exonéré.

La Directive applicable aux faits de l'espèce ne comporte pas de clause spécifique «anti-abus» visant à restreindre son champ d'application en cas de mise en place de montages artificiels. En revanche, elle laisse une marge de manœuvre aux Etats membres en prévoyant qu'elle «ne fait pas obstacle à l'application de dispositions

nationales ou conventionnelles nécessaires afin d'éviter les fraudes et abus».

La France a utilisé cette possibilité lors de la transposition de la Directive en droit interne et avait ainsi prévu initialement deux conditions supplémentaires visant à refuser l'exonération de RAS lorsque :

- l'entité bénéficiaire des dividendes ne justifie pas qu'elle en est le bénéficiaire effectif ;
- l'entité bénéficiaire est contrôlée directement ou indirectement par un ou plusieurs résidents d'Etats qui ne sont pas membres de l'Union, sauf si elle justifie que la chaîne de participations n'a pas comme objet principal ou comme un de ses objets principaux de tirer avantage du

dispositif (clause modifiée depuis 2016).

Au cas d'espèce, l'administration fiscale s'est notamment appuyée sur la 1^{re} condition pour justifier l'application d'une RAS à des dividendes versés entre 2005 et 2009 par une société française au profit d'une société luxembourgeoise, détenue par une société chypriote, elle-même détenue par une société suisse.

Le contribuable s'est défendu en arguant que cette condition n'étant pas prévue par la Direc-

tive, le droit français était contraire au droit de l'UE.

S'appuyant sur une décision récente de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)², le CE considère (i) qu'il faut être le bénéficiaire effectif des dividendes pour se voir appliquer la Directive et (ii) qu'il appartient à l'entité recevant les dividendes d'en apporter la preuve.

Au cas d'espèce, le CE a considéré que le contribuable n'avait pas été en mesure de prouver que la société luxembourgeoise était



Par **Julien Saiac**, 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 Ledée**, 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.ledée@cms-fl.com

1. Modifiée par la Directive 2003/123/CE du 23 décembre 2003.
2. CJUE, 26 février 2019, Aff C-115/16, N Luxembourg 1 c/ Skatteministeriet ; Aff C-116/16, Skatteministeriet c/ T Danmark et Y Denmark Aps.

titulaire du compte sur lequel les fonds avaient été versés, malgré la production de différents éléments devant les juges du fond.

La question qui va désormais préoccuper les contribuables et les praticiens est donc celle du niveau de preuve requis pour convaincre l'Administration et les juges.

L'adéquation de la décision avec l'environnement fiscal actuel

Comme indiqué, cette décision se fonde sur l'arrêt du 26/02/2019 de la CJUE dans lequel celle-ci a rappelé le principe général du droit de l'UE selon lequel «les contribuables ne sauraient frauduleusement ou abusivement se prévaloir de normes du droit de l'UE» et qu'en conséquence, «un État membre doit refuser le bénéfice des dispositions du droit de l'Union lorsque celles-ci sont invoquées non pas en vue de réaliser les objectifs de ces dispositions, mais dans le but de bénéficier d'un avantage du droit de l'Union alors que les conditions pour bénéficier de cet avantage ne sont que formellement remplies»².

La décision du CE est par ailleurs cohérente avec l'approche retenue par le passé sur la validité de la condition de bénéficiaire effectif

pour l'application des taux conventionnels de RAS sur les dividendes même en l'absence de disposition expresse³.

Elle est également conforme avec la jurisprudence de ces dernières années tant nationale qu'europpéenne qui tend à écarter une lecture littérale des textes au profit de l'application de principes généraux anti-abus, qui sont présumés refléter l'intention des auteurs de ces textes. Ainsi, le CE a jugé, dans une décision du 25 octobre 2017, que les Etats signataires d'une convention fiscale «ne sauraient être regardés comme ayant entendu appliquer ses stipulations à des situations procédant de montages artificiels dépourvus de toute substance économique» et ce, même en l'absence de clause anti-abus spécifique⁴.

La prudence est donc plus que jamais de mise, d'autant que la CJUE a fait du bénéficiaire effectif une condition autonome pour obtenir l'exonération de RAS, même en l'absence d'avantage fiscal ou d'abus, dans le cas où le bénéficiaire effectif a sa résidence hors de l'UE.

On peut toutefois se demander si cette interprétation reste valable sous l'emprise de la nouvelle directive de 2015, qui contient une clause anti-abus spécifique. ■

3. CE, 23 novembre 2016, n°383838, Société Eurotrade Juice.

4. CE, 25 octobre 2017, n°396954.

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

Retrouvez toutes les informations relatives à notre activité en immobilier :



Option Finance

Supplément du numéro 1573 du Lundi 14 septembre 2020

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

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

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

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

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



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