Option Finance

La Lettre de l'Immobilier

Lundi 25 novembre 2019

AU SOMMAIRE

Dossier
L'immobilier est-il encore rentable ?

- L'immobilier est-il toujours rentable en France ? p. 2
- La rentabilité des investissements immobiliers mise à mal par l'IFI p. 4
- L'amélioration de la rentabilité de l'investissement locatif de logement par le levier de la TVA p. 6
- Crédit-bail immobilier et plafonnement des charges financières nettes : attention au calcul de l'EBITDA fiscal p. 8
- L'immobilier est-il soluble dans les «fonds fiscaux» ? p. 10
- Quand les impôts locaux pèsent lourdement dans la balance d'un investissement ! p. 12
- Urbanisme : la densité au secours de la rentabilité ? p. 13
- La rentabilité de l'immobilier à l'aune de la performance énergétique p. 14
- La fin du bail à construction : les sirènes du droit réel p. 16

C/M/S/ Francis Lefebvre
Avocats

Supplément du numéro 1536 du 25 novembre 2019

Cette lettre est imprimée sur du papier recyclé

EDITORIAL

Comment apprécier la rentabilité d'un actif immobilier ? Si l'on se limite à l'analyse fiscale, force est d'observer que peu d'arguments militeraient en faveur d'un investissement immobilier. Une telle conclusion doit vraisemblablement être nuancée en fonction du type d'investisseurs, mais nous ne pouvons que constater que le législateur a maintenu, voire aggravé, les prélèvements fiscaux pesant sur les investissements immobiliers.

Cette situation, bien connue des praticiens, a amené ces derniers à certes rechercher la voie de modes d'investissements moins coûteux fiscalement, mais également à trouver d'autres sources de rentabilité des actifs immobiliers, notamment dans certaines règles d'urbanisme et d'environnement ou bien encore dans l'utilisation d'outils d'investissements relevant de la sphère des investissements financiers.

C'est donc l'objet de cette nouvelle Lettre de l'Immobilier que d'exposer ainsi en quoi le nouvel impôt sur la fortune immobilière met à mal la rentabilité des investissements immobiliers, comment les nouvelles règles de limitation de la déduction des charges financières en matière d'impôt sur les sociétés peuvent pénaliser celle des entreprises qui recherchent des financements immobiliers sous forme de crédit-bail immobilier, comment la longue liste des impositions locales grève la valeur des actifs immobiliers lorsque certaines s'appliquent quand bien même les locaux sont inoccupés et, enfin, mais nous aurions pu sans doute évoquer d'autres situations, quelles sont les limites de l'amélioration de la rentabilité de l'investissement locatif par le levier de la TVA.

Nous évoquons ensuite dans ce sens la situation des «fonds fiscaux» (SIIC, SPPICAV, FPI, FCPI, SLP, ou bien encore SIPS) pour lesquels des régimes de faveur existent mais que la France entend limiter et priver progressivement de certains avantages dont on pouvait considérer qu'ils étaient la contrepartie des contraintes inhérentes à ce type d'investissements, le risque étant que les investisseurs étrangers, notamment, ne retrouvent plus alors la rentabilité attendue de leurs investissements français.

C'est dans cet objectif de recherche de rentabilité que nous analysons l'utilisation que feront les investisseurs des dispositions de la nouvelle loi ELAN et de son décret d'application du 23 juillet 2019 ainsi que de la nouvelle loi relative à l'énergie et au climat (LEC) du 26 septembre 2019.

Faisant cependant le constat que les marchés immobiliers continuent de susciter toutes les convoitises, nous avons demandé à un expert en évaluation immobilière son avis sur ce paradoxe. L'analyse financière délivrée est d'une grande clarté mais peut faire frémir.

Nous complétons enfin notre lettre par une réflexion toute juridique cette fois sur les difficultés pouvant survenir à l'occasion de l'arrivée du terme d'un bail à construction. ■

Richard Foissac, avocat associé

L'immobilier est-il toujours rentable en France ?

Par **Claude Galpin**, mrics rev by TEGoVA, président-fondateur de la société VIF Expertise qui se classe en 8e position des sociétés d'expertise en évaluation immobilière en France. Cette société, membre de l'AFREXIM, se caractérise d'une part, par son indépendance vis-à-vis des banques et des commercialisateurs et, d'autre part, notamment par son positionnement dans l'expertise en évaluation immobilière à forte valeur ajoutée. Claude GALPIN est l'ancien président de l'Institut Français de l'Expertise en Evaluation Immobilière et vice-président de l'AFREXIM.

Avec plus d'un million d'acquisitions en immobilier résidentiel fin juillet 2019 et en battant en 2018, le record de 2007 en immobilier d'entreprise, avec plus de 30 milliards d'euros investis, les marchés immobiliers suscitent actuellement toutes les convoitises. Toutefois, l'immobilier reste-t-il rentable ?

Cette bonne santé de l'activité des marchés immobiliers s'explique par des taux d'intérêt historiquement bas qui caractérisent la sphère financière depuis plus d'une décennie. En effet, le taux des obligations assimilables du Trésor, qui mesure la capacité de l'Etat français à s'endetter pour financer son déficit public, n'a cessé de baisser comme l'illustre le graphique ci-dessous.

Ce mouvement de baisse continu a débuté lors de la crise financière de l'été 2007 (crise des *Subprimes*) et de l'automne 2008 (faillite de la banque Lehmann Brothers).

Or, le taux de l'OAT 10 ans est le taux de référence en matière de placements immobiliers.

Pour les particuliers qui empruntent pour acquérir leurs logements, le faible niveau des taux d'intérêts les a resolvabilisés puisque le volume des ventes n'a pas diminué malgré un mouvement globalement haussier des prix depuis 12 ans.

Cette baisse des taux d'intérêts des emprunts a donc été rentable pour les acquéreurs et surtout pour ceux qui avaient investis une première fois à la fin des années 2000. Le marché résidentiel n'a cessé d'augmenter en tendance depuis l'été 2007. Lors de la revente, ces acquéreurs ont enregistré de confortables plus-values leur ayant permis de se positionner sur des logements à des prix très élevés.

«L'appréciation de la viabilité de la rentabilité s'effectue par différence entre le taux de rendement d'un compartiment immobilier et le niveau de l'OAT 10 ans.»

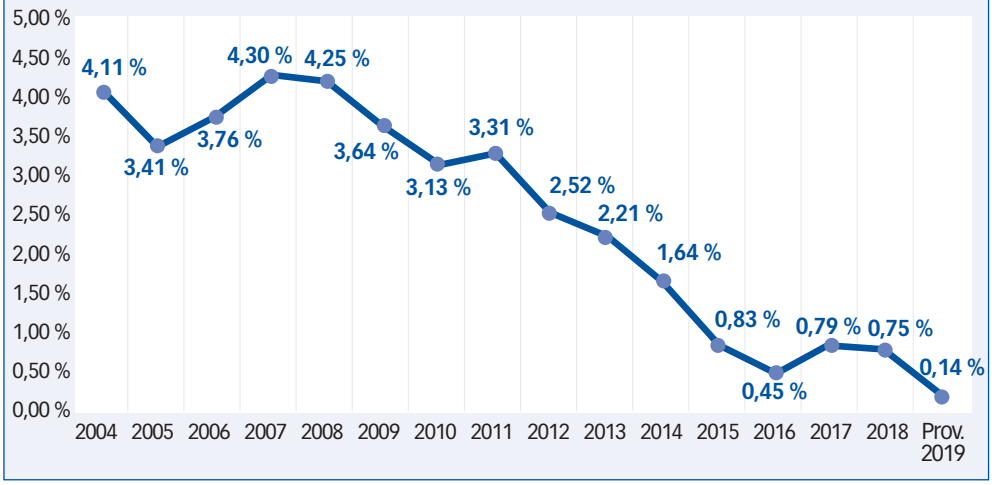
Pour les investisseurs institutionnels qui ont pour habitude de fixer les primes de risque qu'ils considèrent pouvoir prendre en fonction du taux des OAT 10 ans, la rentabilité s'analyse sous un autre prisme.

En effet, l'appréciation de la viabilité de la rentabilité s'effectue par différence entre le taux de rendement d'un compartiment immobilier et le niveau de l'OAT 10 ans.

Les anglo-saxons désignent cet écart comme un *spread* de taux. Le graphique ci-contre illustre l'évolution de cet écart depuis 2004.

Pour le compartiment des bureaux dans le quartier central des affaires (QCA) par exemple, on observe que l'écart n'a jamais été aussi important

Evolution du taux de l'OAT 10 ans



depuis 2012. La prime qui en résulte rémunère donc confortablement le risque pris par les investisseurs.

Cet écart explique l'engouement actuel des investisseurs pour le compartiment immobilier qui offre des rendements que seules les actions peuvent concurrencer. D'autant que les taux de rendement primes ne descendent pas en dessous de 3 % en moyenne pour l'instant pour les meilleurs actifs. Les actifs réels sont donc considérés comme très rentables par comparaison à des placements monétaires à taux nuls voire négatifs. D'autant que cette prime de risque, à la différence de ce qui s'est passé en 2007, n'est pas spéculative. En effet, en 2007 les taux de rendement dans le QCA avaient été supérieurs au taux de l'OAT comme le montre le graphique ci-dessous.

L'autre aspect qui matérialise cette rentabilité est l'indexation des loyers qui constitue un rempart contre l'inflation. Les flux de revenus connaissent également une croissance en raison de l'indexation des loyers par rapport à d'autres secteurs de l'investissement financier.

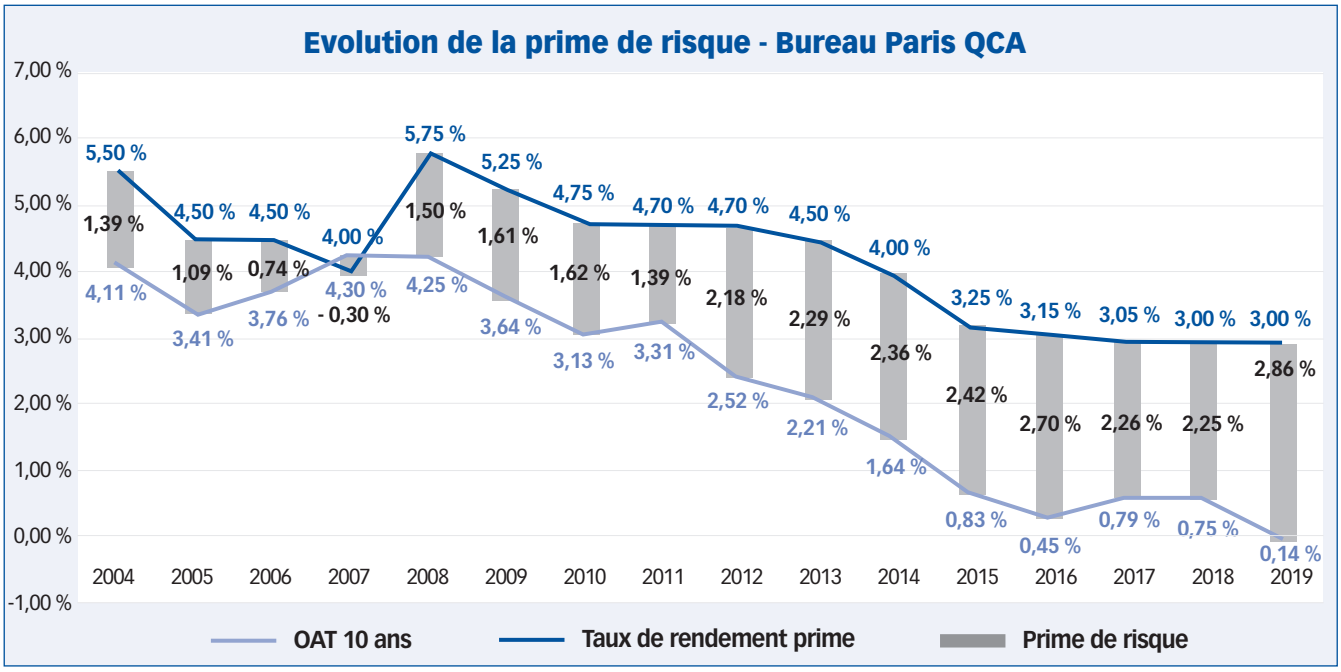
Enfin, avec des taux d'intérêt si faibles, l'effet de levier est maximal. L'effet de levier se calcule en mettant en rapport le taux de rentabilité de l'actif économique et le coût de la dette. En l'espèce, pour des bureaux, les investisseurs empruntent actuellement à moins de 1,8 % pour un rendement de 3 %.

Si cette quotité d'emprunt (*loan to value* ou LTV) est raisonnable, autour de 40 % si l'on tient compte des recommandations gouvernementales, le risque de remontée des taux sera en partie amorti. En revanche, les investisseurs qui empruntent à des LTV supérieurs à 60 % risquent, en cas de remontée des taux d'intérêts, d'être dans de sérieuses difficultés.

Tant que les taux d'intérêts réels (taux d'intérêt moins l'inflation) seront négatifs, l'investissement immobilier devrait continuer son embellie et constituer une valeur refuge comme l'investissement dans les infrastructures.

D'autant que les primes de risque constituent une couverture sérieuse dans un marché sain. En effet, en bureau les taux de rendement ne passent pas sous la barre des 3 % sauf quelques exceptions très spécifiques. Par ailleurs, la croissance des loyers dans le QCA, en raison d'une offre très inférieure au seuil de fluidité, est assez sensible et vient améliorer les rendements potentiels.

Enfin, les Etats européens et la France au premier rang d'entre eux, sont très endettés et le soutien à la conjoncture par des taux directeurs de la Banque centrale européenne bas voire négatifs devrait perdurer dans les années à venir. A défaut, et compte tenu du niveau d'endettement, c'est un risque systémique que déclencherait le banquier européen en décidant une hausse de taux qui ne semble pas envisageable politiquement actuellement. Et ce, même si les pays du nord de l'Europe seraient plus favorables à une politique monétaire moins accommodante. ■



La rentabilité des investissements immobiliers mise à mal par l'IFI

Sans négliger l'importante réforme entrée en vigueur en 2018, l'impôt sur la fortune immobilière (IFI) succède incontestablement à l'impôt de solidarité sur la fortune et à l'impôt sur les grandes fortunes et il n'est pas aberrant de comparer l'évolution du barème d'imposition entre 1982 et 2019. Le taux minimal – 0,50 % – et le taux maximal – 1,5 % – sont demeurés identiques malgré plusieurs variations au cours des années et alors même que le rendement des investissements devenait particulièrement faible voire, parfois, négatif ! Dans le même temps, le seuil de la première tranche d'imposition est passé de 457 000 euros à 800 000 euros, soit une augmentation limitée à environ 75 % alors que l'inflation cumulée dépassait 148 %. Il n'est donc pas surprenant que les incidences de l'imposition de la fortune sur la rentabilité des investissements se soient accrues et ce d'autant que, dans le même temps, les taux marginaux d'imposition sur les revenus fonciers sont passés de 60 % (sur une assiette minorée d'un abattement forfaitaire alors fixé à 20 %) à 66,2 % compte tenu de la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus et des prélèvements sociaux.

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

L'IFI porte une atteinte parfois disproportionnée à la rentabilité des biens immobiliers

Il suffit pour s'en convaincre de comparer la rentabilité d'un bien à la somme des impositions grevant le revenu constaté et la fortune que ce bien représente. Le tableau ci-dessous constitue une illustration éclairante.

Cette illustration, indicative mais détaillée, fait ressortir le poids très significatif de l'IFI dans la rentabilité de l'immeuble.

On rappellera que ce poids peut être minoré du fait du plafonnement prévue à l'article 979 du Code général des impôts (CGI) mais son application appelle d'autres observations (voir ci-après) qui méritent d'être éclairées par le constat de ce que, dans son principe même, l'IFI conduit à une dégradation très importante de la rentabilité de l'investissement immobilier.

A ce titre, on soulignera que le poids de l'IFI est ressenti dès les tranches basses des barèmes ; ainsi, la situation du premier contribuable serait identique pour une valeur d'immeuble de 150 000 euros ou 300 000 euros (du moment qu'il franchit préalablement le seuil de l'IFI). Si l'on considère que sa tranche marginale d'imposition est de 30 % (taux médian du barème), cela implique que son revenu imposable soit compris entre 27 000 euros et 73 000 euros.

On est très loin de la caricature du rentier et la rentabilité après inflation presque dérisoire constitue clairement un frein à un tel investissement.

La question se pose alors de savoir si l'intention – assumée – du Gouvernement de favoriser les investissements financiers par rapport aux investissements immobiliers peut justifier l'importance de cette fiscalité globale mais, outre le manque de clarté (et de pragmatisme ?) des positions prises jusqu'à ce jour sur les limites apportées aux impositions confiscatoires, on constate que la règlementation et l'*incitation* voulue par le Gouvernement ne tiennent pas compte de l'incapacité pratique pour une personne se trouvant dans la situation ci-dessus :

– de prendre des risques importants, sur la valeur

Taux marginal d'imposition	30 %	41 %	45 %	49 %
Valeur de l'immeuble	2 000 000 €	2 000 000 €	2 000 000 €	2 000 000 €
Revenu net imposable (hypothèse 3 %)	60 000 €	60 000 €	60 000 €	60 000 €
Impôt sur le revenu et prélèvements sociaux	28 320 €	34 920 €	37 320 €	39 720 €
IFI	0,50 %	0,50 %	1 %	1,50 %
	10 000 €	10 000 €	20 000 €	30 000 €
Revenu net après fiscalité	21 680 €	15 080 €	2 680 €	– 9 720 €
En pourcentage du revenu imposable	36,13 %	25,13 %	4,47 %	– 16,20 %
En pourcentage de la valeur de l'immeuble	1,08 %	0,75 %	0,13 %	– 0,49 %
En pourcentage de la valeur de l'immeuble après correction de l'inflation (0,8 % en moyenne sur les trois dernières années)	0,28 %	– 0,05 %	– 0,67 %	– 1,29 %

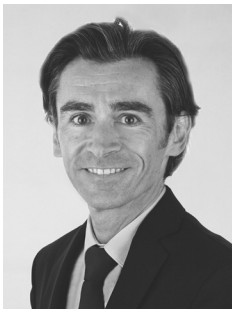
même de son capital, en investissant dans des produits financiers sans, pour autant, que leur rentabilité n'en soit nécessairement améliorée ;
– de structurer son patrimoine d'une manière plus efficiente en raison notamment de l'utilisation du revenu locatif comme un financement complémentaire de son niveau de vie.
Le taux de rentabilité après inflation, négatif, des autres contribuables (relevant des tranches d'imposition de 41 % ou plus) est tout à fait emblématique du caractère destructeur de valeur de l'IFI. Il n'est pas habituel de tenir compte de l'inflation dans l'appréciation de l'importance des taux d'imposition mais négliger de l'intégrer lorsque le poids de l'IFI seul peut atteindre, voire dépasser, 50 % du revenu brut avant impôt et qu'il en est de même de l'inflation, revient à priver les contribuables concernés de l'intégralité de leur rentabilité en refusant de rapprocher l'impôt des revenus produits par le seul patrimoine sur lequel il est calculé.
Une dernière observation portera sur le fait que l'inflation peut participer de la valorisation du bien mais cet argument devrait, à notre sens, être écarté en ce qu'il reviendrait à imposer par anticipation une plus-value latente qui :
– ne présente aucun caractère certain dès lors qu'elle peut disparaître avant la cession du bien ; et
– qui est elle-même imposable lors de la cession du bien de sorte que l'IFI ferait alors économiquement double emploi avec les règles sur les plus-values de cession.
Le poids excessif de l'IFI sur la rentabilité d'un investissement immobilier par une personne physique est ainsi manifeste.

Le plafonnement de l'IFI entraîne une taxation du travail ou du patrimoine exonéré de cet impôt

Avant même de tenir compte de l'existence d'autres revenus imposables, on constate que l'importance cumulée de l'impôt sur le revenu, des prélèvements sociaux et de l'IFI conduit à une taxation supérieure à 75 % du revenu pour les contribuables relevant d'une tranche d'imposition à 45 % ou 49 % (sur la base d'une rentabilité théorique de 3 % avant impôt).
On remarque un effet identique pour les autres contribuables si le taux de rendement baisse (en dessous de 3 % si le taux marginal est de 41 % ; en dessous de 1,8 % s'il est de 30 %).
Ainsi, si l'on ne tenait compte que du patrimoine immobilier et des revenus qu'il produit, l'importance de l'IFI dans un contexte de taux de rendement faible est telle que la majorité des contribuables assujettis bénéficierait du plafonnement.
Mais, la majorité des contribuables à l'IFI disposent d'autres revenus (revenus d'activité, pensions de retraites, revenus financiers, etc.).
Or, le mécanisme du plafonnement de l'IFI tient compte de l'ensemble des revenus de chaque contribuable ce qui conduit donc, lorsque la rentabilité du patrimoine immobilier est insuffisante, à faire supporter le poids de l'IFI par les revenus d'activité ou du patrimoine exonéré qui viennent accroître le plafond de référence.
La surtaxation de l'immobilier par rapport à sa rentabilité réelle est donc supportée par les revenus du travail ou par les fruits du patrimoine que le Gouvernement entendait exonérer.
On peine à comprendre en quoi les règles actuelles constitueraient une incitation à investir dans des supports autres que l'immobilier si, outre les risques complémentaires, les revenus de ces investissements financiers doivent servir au financement de l'IFI sur le patrimoine immobilier.
Dans ces conditions et sauf à remettre en cause l'objectif visant à favoriser les placements financiers – ce qui constituerait un autre débat – le mécanisme voulu par le Gouvernement devrait par cohérence conduire, dans un contexte de taux de rendement très faible, à réduire les taux du barème de l'IFI et/ou à déterminer le plafonnement de cette imposition au regard des seuls revenus issus du patrimoine imposable.
A défaut, les contribuables qui en ont la possibilité seront conduits à structurer leurs investissements de manière à éviter le cumul d'impositions à des taux marginaux élevés, conduisant à un prélèvement global excessif. ■

«Le mécanisme du plafonnement de l'IFI tient compte de l'ensemble des revenus de chaque contribuable ce qui conduit donc, lorsque la rentabilité du patrimoine immobilier est insuffisante, à faire supporter le poids de l'IFI par les revenus d'activité ou du patrimoine exonéré qui viennent accroître le plafond de l'IFI.»

L'amélioration de la rentabilité de l'investissement locatif de logement par le levier de la TVA



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

Déduire la TVA grevant l'investissement et ses frais de fonctionnement implique de taxer les loyers. Cet objectif n'est pas toujours facile à atteindre car peu de locations de locaux d'hébergement sont taxables et il n'est en principe pas compatible avec une utilisation privative du bien, même ponctuelle.

Les enjeux de la TVA

La déduction de la TVA grevant une dépense est autorisée uniquement si cette dépense est liée à la réalisation d'une opération taxable ou assimilée.

Or, les locations de logements à usage d'habitation sont en principe exonérées de TVA. Ce n'est que par dérogation que les activités hôtelières et celles qui les concurrencent sont taxables à la TVA (au taux intermédiaire de 10 %).

«La location de résidences de tourisme classées ou de locaux en para-hôtellerie est taxée à la TVA (à 10 %) et exonérée de CRL.»

Les deux modes d'investissements généralement retenus pour aboutir à ce résultat sont :
– la résidence de tourisme classée ;
– la «para-hôtellerie».

Les résidences de tourisme classées sont visées à l'article 261 D, 4° -a du Code général des impôts (CGI) qui prévoit que l'exonération de TVA ne s'applique pas aux prestations d'hébergement qui y sont fournies lorsque ces résidences «*sont destinées à l'hébergement des touristes et qu'elles sont louées par un contrat d'une durée d'au moins neuf ans à un ou plusieurs exploitants qui ont souscrit un engagement de promotion touristique à l'étranger dans les conditions fixées par un décret en Conseil d'Etat*».

La structuration est ainsi très encadrée, ce qui peut s'avérer trop contraignant et inadapté (par exemple, pour les résidences étudiantes ou séniors).

Il faut alors se tourner vers la para-hôtellerie, que l'investisseur peut choisir d'exercer directement, ou de confier à un tiers exploitant car toutes les locations dont la finalité est le logement meublé sont taxées à la TVA sous le même régime que la location à l'utilisateur final.

L'enjeu de la déduction de TVA peut se doubler de celui de la taxation à la contribution sur les revenus locatifs (CRL) lorsque l'immeuble est achevé depuis plus de quinze ans au 1er janvier de l'année concernée.

En synthèse :
– la location classique d'un hébergement est exonérée de TVA et soumise à la CRL (à 2,5 %) si l'immeuble est achevé depuis plus de quinze ans. Le coût d'investissement et le budget de fonctionnement sont TTC ;
– la location de résidences de tourisme classées ou de locaux en para-hôtellerie est taxée à la TVA (à 10 %) et exonérée de CRL. Le coût d'investissement et le budget de fonctionnement sont hors taxe.

La mise en œuvre d'une activité para-hôtelière doit respecter des contraintes tenant à la nature des services proposés et à la personne qui en assume la responsabilité.

Les critères de qualification en prestations para-hôtelières taxables à la TVA

● Description des critères de qualification en activité para-hôtelière

En vertu de l'article 261 D, 4° -b du CGI, les locations doivent être effectuées à titre onéreux et de manière habituelle, porter sur un local meublé ou garni et être accompagnées d'au moins trois des prestations suivantes, «*rendues dans des conditions similaires à celles proposées par les établissements d'hébergement à caractère hôtelier exploités de manière professionnelle : le petit déjeuner, le nettoyage régulier des locaux, la fourniture de linge de maison et la réception, même non personnalisée, de la clientèle*».

L'administration fiscale commente ces dispositions en apportant les indications suivantes :
– sur le petit-déjeuner : l'exploitant doit disposer des moyens nécessaires pour être en mesure, si besoin, de fournir le petit-déjeuner à l'ensemble des locataires selon les usages professionnels, c'est-à-dire, au choix de l'exploitant, soit dans

les chambres ou appartements, soit dans un local aménagé permettant la consommation sur place des denrées, situé dans l'immeuble ou l'ensemble immobilier ;
– sur le nettoyage des locaux : le nettoyage des locaux doit être effectué de manière régulière. Cette condition est remplie même lorsque l'exploitant ne fournit pas effectivement un service régulier de nettoyage, mais dispose des moyens lui permettant de proposer un tel service au client durant son séjour, selon une périodicité régulière. Le critère du nettoyage n'est pas respecté si l'exploitant se contente d'un nettoyage au début et en fin de séjour ;
– sur le linge de maison : l'exploitant doit disposer des moyens nécessaires pour être en mesure de fournir pendant le séjour le linge de maison à l'ensemble des locataires ;
– sur la réception : l'exploitant doit disposer, durant la période de location, des moyens nécessaires pour être en mesure de proposer un service de réception même non personnalisé de la clientèle.
En toute hypothèse, le local doit comporter tous les éléments mobiliers indispensables pour une occupation normale par l'utilisateur.

● Conditions de réalisation des services constitutifs de la para-hôtellerie
L'exploitant peut faire appel à des tiers pour l'exécution de tout ou partie des prestations annexes (traiteur, entreprise de nettoyage) s'il demeure seul responsable de la prestation vis-à-vis des clients et qu'il en perçoit directement le prix.
En pratique, la taxation à la TVA implique donc que les contrats de location conclus avec les utilisateurs incluent les différents services proposés et que les entreprises tierces adressent leurs factures à l'exploitant (et non pas directement aux occupants).
L'administration fiscale admet le recours à un intermédiaire agissant au nom et pour le compte de l'exploitant à l'égard des clients (un mandataire).

«La taxation à la TVA implique donc que les contrats de location conclus avec les utilisateurs incluent les différents services proposés et que les entreprises tierces adressent leurs factures à l'exploitant.»

La mise en œuvre pratique
La mise en œuvre de ce mode d'investissement peut être la suivante :
– l'investisseur, directement ou à travers une société commerciale, achète l'immeuble et les meubles qui le garnissent. Alternativement, il peut constituer une société civile pour acquérir l'actif immobilier, laquelle le donne en location nue à une structure d'exploitation commerciale qui achète les meubles et se charge de la location et des services rendus aux occupants ;
– l'investisseur (ou la société d'exploitation) conclut un contrat de services avec un ou plusieurs prestataires, de manière à être en mesure de proposer les services visés par le texte fiscal (le petit déjeuner, le nettoyage régulier des locaux, la fourniture de linge de maison et la réception) ;
– l'exploitant (ou la société d'exploitation) propose le local à la location de manière habituelle avec l'équipement et les services hôteliers. L'occupation personnelle du bien par son propriétaire est susceptible de générer des difficultés : au mieux, elle oblige à déclarer la TVA sur l'avantage, via la taxation d'une livraison à soi-même, au pire, l'occupation personnelle est jugée trop importante pour respecter la condition d'habitude de la mise à disposition et remet alors en cause la taxation des loyers et donc, toute la déduction de la TVA. La souplesse qui est admise pour les résidences de tourisme classées sur l'utilisation privative ne se retrouve *a priori* pas pour la para-hôtellerie. Il est donc préférable que l'investisseur paie un loyer à la société d'exploitation pour ses éventuelles périodes d'utilisation et se comporte comme n'importe quel client ;
– l'affectation de biens touristiques à une activité para-hôtelière habituelle peut être établie notamment au vu de l'utilisation de sites Internet pour la promouvoir.
Le respect de l'ensemble de ces contraintes est de nature à sécuriser le régime fiscal et, notamment, la déduction de la TVA sur l'investissement. Il est très important d'y être attentif. ■

Crédit-bail immobilier et plafonnement des charges financières nettes : attention au calcul de l'EBITDA fiscal

Par **Sebastian Boyxen,** avocat en droit fiscal. Il intervient en matière de fiscalité des entreprises et de groupes de sociétés ainsi que dans le cadre de la structuration fiscale d'acquisitions et de réorganisations internes de groupes notamment dans le secteur immobilier.
sebastian.boyxen@cms-fl.com

L'entrée en vigueur du nouveau dispositif de limitation de la déduction des charges financières nettes, prévue par les articles 212 bis et 223 B bis du Code général des impôts (CGI) pour les exercices ouverts à compter du 1er janvier 2019, incite à comparer le régime de plafonnement applicable en cas de financement d'un immeuble par crédit-bail avec celui applicable en cas d'acquisition directe de l'immeuble. Si la définition des charges financières concernées par le dispositif garantit un traitement égal des deux situations, les modalités de calcul du plafonnement des charges défavorisent potentiellement les entités qui financent l'immobilier par crédit-bail. Cette circonstance doit être intégrée dans l'appréciation de la rentabilité de l'investissement.

«Le preneur d'un crédit-bail immobilier [est placé], du moins pour la détermination des charges financières à prendre en compte pour l'application du dispositif de plafonnement, dans une situation analogue à celle d'une acquisition directe de l'immeuble.»

Un périmètre identique à l'ancien «rabot»

A l'instar des règles applicables sous l'ancien dispositif du «rabot» (anciens articles 212 bis et 223 B bis du CGI), les charges financières concernées par le nouveau dispositif de plafonnement incluent une quote-part des loyers versés en exécution du crédit-bail immobilier, censée représenter le montant des charges financières facturé par le bailleur au preneur.

Le montant des charges à prendre en compte par le preneur correspond à la différence entre le montant des redevances de crédit-bail effectivement pris en compte en tant que charge déductible, d'une part, et le montant des amortissements, y compris des amortissements financiers, prévus à l'article 39 C du CGI, pratiqués par le bailleur et des frais et prestations accessoires facturés au preneur, d'autre part.

Les règles spécifiques de déductibilité des loyers de crédit-bail prévues par l'article 39, 10 du CGI qui s'appliquent aux contrats portant sur des immeubles à usage de bureaux situés en Ile-de-France et achevés après le 31 décembre 1995 n'ont pas d'impact sur les modalités de calcul de la composante financière décrites ci-dessus.

En pratique, la détermination de la composante financière suppose que le bailleur mette à la disposition du preneur les informations relatives à l'amortissement linéaire et l'amortissement financier pratiqué. Par mesure de tolérance, l'Administration admet toutefois que lorsque le crédit-preneur ne dispose pas de ces informations, le montant des amortissements pris en compte peut aussi être déterminé d'après le montant des intérêts financiers effectivement supportés par le preneur tel qu'il résulte du tableau d'amortissement du crédit-bail communiqué au preneur. Cette tolérance existait déjà sous l'ancien dispositif du rabot.

Les dispositions précitées ont pour effet de placer le preneur d'un crédit-bail immobilier, du moins pour la détermination des charges financières à prendre en compte pour l'application du dispositif de plafonnement, dans une situation analogue à celle d'une acquisition directe de l'immeuble.

Un plafond d'EBITDA fiscal n'incluant pas la part d'amortissement du loyer de crédit-bail

Les charges financières nettes déterminées, selon le cas, au niveau de l'entreprise ou du groupe fiscal, sont déductibles du résultat individuel

ou du résultat d'ensemble soumis à l'impôt sur les sociétés (IS) dans la limite de trois millions d'euros (1er plafond) ou de 30 % du résultat fiscal avant intérêts, impôts, dépréciations et amortissement, dit «EBITDA fiscal» (2nd plafond), lorsque ce second montant est plus élevé. Ces plafonds sont respectivement réduits à un million d'euros ou 10 % de l'EBITDA fiscal lorsque la société ou le groupe fiscal est sous-capitalisé.

Aux termes des articles 212 bis et 223 B bis du CGI, l'EBITDA fiscal est déterminé en majorant notamment le résultat fiscal soumis à l'IS, outre des charges financières nettes entrant dans le champ du dispositif de plafonnement des «*amortissements admis en déduction, nets des reprises imposables*».

Cette définition légale de l'EBITDA fiscal, conforme à la définition retenue par la directive ATAD[1] dont le dispositif de plafonnement est issu, devrait s'opposer à la majoration du résultat fiscal de la quote-part de loyers de crédit-bail prise en compte pour la détermination du prix de cession du bien à l'issue du contrat, correspondant en pratique à l'amortissement financier de l'immeuble. Rappelons que sous l'ancien dispositif de sous-capitalisation cette quote-part était expressément prise en compte pour le calcul de la limite de couverture des intérêts par le résultat.

L'interprétation littérale des dispositions précitées laisse difficilement place à une définition des «amortissements admis en déduction» différente de celle des dotations aux amortissements fiscalement déduits, qui permettrait d'y inclure, outre les amortissements techniques et les amortissements dérogatoires (coûts non liés à la trésorerie), également la part «amortissement» de l'immeuble compris dans le loyer de crédit-bail. Ce constat conduit à la conclusion que, lorsque le plafond en fonction de l'EBITDA fiscal peut s'appliquer, le crédit-preneur est moins bien traité que s'il avait acquis directement l'immeuble.

«Lorsque le plafond en fonction de l'EBITDA fiscal peut s'appliquer, le crédit-preneur est moins bien traité que s'il avait acquis directement l'immeuble.»

Quid d'une analyse économique ?

Dès lors que la définition de l'EBITDA fiscal est une définition autonome différente de l'EBITDA comptable, la question se pose de savoir si la référence faite aux «amortissements admis en déduction» ne pourrait pas, selon une interprétation plus ouverte, attraire la part d'amortissement incluse dans le loyer de crédit-bail qui correspond à une charge d'exploitation au moins économiquement équivalente à des amortissements.

En effet, le régime fiscal du crédit-bail immobilier est comparable à celui d'un propriétaire mais, au lieu de porter l'immeuble au bilan sous forme d'une immobilisation corporelle et d'un emprunt correspondant, et au compte de résultat, sous forme d'une dotation aux amortissements et d'une charge financière, comme dans les comptes consolidés, la déductibilité des redevances est limitée à celle qu'elle aurait été en cas d'acquisition directe de l'immeuble, d'où la nécessité de procéder à :

– l'éclatement des loyers entre «amortissements» du capital engagé par le bailleur et frais financiers ;

– l'éclatement des «amortissements» entre éléments amortissables (constructions) et non amortissables (terrains) ; et

– la réintégration à l'échéance du contrat d'une fraction des loyers déduits en cours de contrat.

Toutefois, on peut craindre que cet argument économique se heurte aux motifs qui ont initialement conduit au choix de l'EBITDA comme référence pour limiter la déductibilité des charges financières. Dans le cadre des travaux du projet BEPS[2] mené par l'OCDE, il a en effet été considéré qu'«*en excluant les deux principaux postes de coûts non liés à la trésorerie dans un compte de résultat (amortissement des immobilisations et des actifs incorporels), l'EBITDA révèle au mieux la capacité d'une entité à honorer ses obligations de paiement d'intérêts*»[3].

Pour la définition des retraitements à effectuer au résultat fiscal pour déterminer l'EBITDA fiscal, l'impact sur la trésorerie de l'entreprise semble donc être le critère déterminant. La doctrine administrative qui admet l'inclusion dans l'EBITDA fiscal de l'amortissement purement fiscal des frais d'acquisition afférents aux titres de participation (art. 209, VII du CGI) semble indirectement confirmer cette approche[4]. ■

1. Anti Tax Avoidance Directive.
2. Base Erosion Profit Shifting.
3. OCDE (2017), «Limiter l'érosion de la base d'imposition faisant intervenir les déductions d'intérêts et d'autres frais financiers», Action 4 - 2015 Rapport final.
4. BOI-IS-BASE-35-40-10-20-20190731, n° 70 (projet soumis à consultation publique).

L'immobilier est-il soluble dans les «fonds fiscaux» ?

L'immobilier, généralement perçu comme un vecteur d'investissement sûr et rentable dans un contexte économique incertain et mouvant, attire de nombreux investisseurs, institutionnels comme particuliers, ce qui suscite et nécessite souvent la constitution de véhicules d'investissement adaptés. Au-delà de leur rentabilité intrinsèque, ces véhicules présentent des problématiques fiscales qu'il ne faut ni surestimer, ni ignorer.

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

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

Différents régimes de faveur existent, dans la législation fiscale française, pour orienter l'épargne vers les fonds d'investissement. Ces régimes (ex. : fonds communs de placement à risques, sociétés de capital-risque, fonds communs de placement dans l'innovation – FCPI, etc.) privilégient généralement l'investissement dans des secteurs qui sont assez loin de l'immobilier.

Certes, certains types de véhicules ont été institués spécifiquement pour les investissements immobiliers. Ainsi en est-il des sociétés d'investissements immobiliers cotées (SIIC), créées en 2003, ou des organismes de placement collectif immobilier (OPCI, qui recouvrent les SPPICAV – sociétés de placement à prépondérance immobilière à capital variable – et les FPI – fonds de placement immobilier) institués en 2005, qui ont pour objet principal l'acquisition ou la construction d'immeubles en vue de leur location ou la détention de participations dans des sociétés foncières.

Ces véhicules ont pour point commun de bénéficier de régimes d'exonération sur tout ou partie de leurs revenus, essentiellement immobiliers, à condition de respecter certaines obligations de distribution. Ils peuvent réaliser des plus-values mais ont une vocation essentiellement foncière et locative. Ils ne sont pas adaptés pour d'autres activités immobilières, telles que les activités de marchand de biens ou de promotion. Par ailleurs, la fiscalité des revenus (dividendes ou plus-values) des porteurs de parts de ces organismes est en règle générale, pour les résidents français, une fiscalité au taux plein, sans abattement ou exonération.

«Pour une société soumise à l'IS en France, l'investissement dans un fonds immobilier, quels que soient sa forme et son régime, produira généralement des revenus taxés au taux normal de l'IS.»

Les fonds investissant dans des activités immobilières autres que foncières, directement ou par l'intermédiaires de filiales, ne peuvent pas se placer sous des régimes spécifiquement prévus pour ces activités et doivent donc faire appel à des typologies de véhicules plus ou moins adaptées : par exemple, fonds professionnel de capital-investissement (FPCI), société de libre partenariat (SLP), société d'investissement professionnelle spécialisée (SIPS, qui correspond à un fonds professionnel spécialisé prenant la forme d'une société d'investissement à capital variable), ou société «classique» soumise à l'impôt sur les sociétés – IS – (société par actions simplifiée) ou au régime des sociétés de personnes (société en nom collectif).

Le choix de la forme du fonds dépend alors, très largement, de l'identité des investisseurs (institutionnels ou particuliers), de leur résidence, de leur statut fiscal et de la nature des opérations et investissements envisagés (immeubles, sociétés immobilières cotées ou non cotées, actifs exclusivement immobiliers ou non, etc.). Certains de ces véhicules tels que les FPCI, SLP ou SIPS bénéficient potentiellement de régimes fiscaux très favorables, avec des régimes de transparence fiscale et/ou d'exonérations plus ou moins larges, mais les régimes les plus favorables sont généralement conditionnés à des règles de composition d'actifs et d'investissements visant des activités industrielles ou commerciales que l'administration fiscale, à tort ou à raison, a tendance à interpréter de manière restrictive.

La structuration du fonds doit ainsi tenir compte des contraintes règlementaires ou juridiques

(éventuel agrément AMF, nature des structures ou activités dans lesquelles le fonds peut investir, etc.), mais également de la règlementation fiscale applicable, en se posant notamment les questions suivantes :
– sur quels types de revenus l'éventuel régime d'exonération s'applique-t-il ? ;
– quel est le régime des distributions opérées au profit des porteurs des parts et des plus-values de cession des parts ? ;
– les revenus du fonds sont-ils imposés chez les porteurs de parts au moment de leur distribution ou dès leur réalisation ?
En pratique, pour une société soumise à l'IS en France, l'investissement dans un fonds immobilier, quels que soient sa forme et son régime, produira généralement des revenus taxés au taux normal de l'IS (25 % à horizon 2022). Dans la plupart des cas, soit les plus-values (sur immeubles ou sociétés à prépondérance immobilière) ou revenus locatifs générés par le fonds seront soumis à l'IS au taux normal dans le fonds ou ses filiales, soit la société porteuse des parts sera taxée au taux normal sur les dividendes reçus du fonds ou les plus-values de cession des parts, voire sur les écarts de valeur liquidative constatés sur la valeur des parts à chaque clôture ou par transparence directement sur les revenus du fonds (distribués ou non).
Le principe d'une taxation en France s'applique également, en théorie, aux investisseurs non-résidents. Ainsi, le régime des distributions des fonds de type SPPICAV ou SIIC a progressivement été modifié dans le cadre des principales conventions fiscales signées par la France (cf. Etats-Unis, Royaume-Uni, Allemagne mais également la nouvelle convention franco-luxembourgeoise qui va entrer en vigueur le 1er janvier 2020), de sorte que les dividendes payés, à partir de revenus ou gains immobiliers, par un véhicule d'investissement français qui distribue la plus grande partie de ses revenus annuellement et bénéficie d'une exonération d'impôt à raison de ces revenus ou gains, sont désormais soumis à une retenue à la source au taux de droit interne (28 % ou 31 % à compter du 1er janvier 2020 pour les personnes morales, 12,8 % pour les personnes physiques) lorsque le bénéficiaire effectif est un investisseur non-résident qui détient, directement ou indirectement, une participation de plus de 10 % du capital du véhicule d'investissement. C'est seulement si cette participation n'excède pas 10 % que l'investisseur non-résident pourra bénéficier du taux réduit conventionnel (généralement fixé à 15 %).
En modifiant ainsi ses conventions, la France a entendu limiter les avantages fiscaux que les investisseurs étrangers pouvaient retirer des dispositifs favorables accordés notamment aux SIIC et aux SPPICAV. De manière générale, pour les investisseurs non-résidents, le régime de transparence ou d'exonération d'un fonds nécessite toujours de vérifier les conditions d'application de la convention fiscale qui les concerne.

«En modifiant ainsi ses conventions, la France a entendu limiter les avantages fiscaux que les investisseurs étrangers pouvaient retirer des dispositifs favorables accordés notamment aux SIIC et aux SPPICAV.»

Cela étant, les non-résidents ont également la possibilité d'investir via des fonds étrangers. En effet, les dividendes versés par une société française à un fonds étranger, situé dans l'Union européenne ou dans un Etat ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative, sont exonérés de toute retenue à la source, sous réserve des deux conditions suivantes :
– le fonds étranger doit lever des capitaux auprès d'investisseurs en vue de les investir, conformément à une politique d'investissement définie dans l'intérêt de ces derniers ;
– il doit présenter des caractéristiques similaires à celles des fonds français.
Il est à noter que les distributions prélevées sur les bénéfices exonérés des SIIC et SPPICAV (et de leurs filiales) ne peuvent pas bénéficier de cette exonération et sont soumises à un taux spécifique de 15 %. Reste bien entendu à s'assurer de la «comparabilité» du fonds étranger à un fonds français éligible, exercice toujours délicat mais désormais bien encadré par la doctrine administrative et la jurisprudence française et européenne. ■

Quand les impôts locaux pèsent lourdement dans la balance d'un investissement !

Que vous entendiez investir dans l'immobilier pour héberger votre activité professionnelle ou pour diversifier votre patrimoine, il vous sera nécessaire d'appréhender l'ensemble des taxes locales qui grèveront votre investissement.

Par **Vanessa Chiffert,** avocat en fiscalité. Elle intervient auprès d'une clientèle diversifiée (acteurs des secteurs industriel et commercial, énergies renouvelables, organismes à but non lucratif) tant en matière de conseil et d'assistance, notamment lors des contrôles fiscaux, que de contentieux dans les questions relatives aux impôts directs locaux, qu'il s'agisse de taxe foncière, CFE, CVAE, taxe d'habitation, IFER, TASCOM et de taxes sur les locaux en Ile-de-France.
vanessa.chiffert@cms-fl.com

En effet, sans vouloir vous dresser un inventaire à la Prévert des impôts locaux existants au nombre desquels nous citerons – tout de même – la taxe foncière (TF), la cotisation foncière des entreprises (CFE), la taxe d'enlèvement des ordures ménagères (TEOM), les deux taxes sur les bureaux ou locaux commerciaux et de stockage et les surfaces de stationnement en Ile-de-France (TBIDF et TSSIDF), la taxe sur les surfaces commerciales (TASCOM) et la taxe sur les friches commerciales, il convient de garder à l'esprit que ces taxes sont dues chaque année et, pour certaines, quand bien même les locaux sont inoccupés.
Ces taxes constituant l'essentiel des recettes des collectivités locales sur le territoire desquelles les immeubles sont situés, ces dernières sont particulièrement attentives à la vérification des bases imposables et des exonérations dont certains immeubles peuvent bénéficier.
Compte tenu de la variabilité de ces taxes d'un territoire à l'autre et selon que votre bien est à usage industriel ou commercial, il est primordial, avant d'acquérir un bien immobilier, d'avoir anticipé leur coût et de sécuriser le cas échéant leur refacturation au preneur du bien.
Ainsi, selon l'affectation industrielle ou commerciale du local, non seulement la TF et la CFE y afférentes seront établies selon des paramètres d'évaluation totalement différents (coût de construction et taux de 8 % pour les premiers versus surfaces et tarif au m² pour les seconds), mais encore certaines taxes (TEOM, TASCOM, TBIDF et TSSIDF) ne concerneront en principe que les locaux dits commerciaux par opposition aux locaux industriels.
De même, l'acquisition d'un local professionnel non industriel en région Ile-de-France (IDF) aboutira à son assujettissement quasi automatique à la TBIDF et à la TSSIDF. Or, ces deux taxes peuvent grever considérablement la rentabilité de l'investissement immobilier sachant qu'en 2019, les tarifs applicables aux bureaux et stationnements situés à Paris et dans les communes des Hauts-de-Seine ont augmenté de 10 % et qu'une «zone premium» serait créée en 2020 (certains arrondissements de Paris et certaines communes des Hauts-de-Seine) pour laquelle le tarif des bureaux serait encore augmenté de 20 %… sans compter que ladite taxe sur les bureaux n'est pas déductible du résultat fiscal.

«Compte tenu de la variabilité de ces taxes d'un territoire à l'autre […], il est primordial, avant d'acquérir un bien immobilier, d'avoir anticipé leur coût et de sécuriser […] leur refacturation au preneur du bien.»

Bien entendu, si les taux d'imposition à la TF (TEOM incluse) et à la CFE des villes de cette «zone premium» (de l'ordre respectivement de 19 % et 25 %) s'avèrent être inférieurs à ceux d'autres communes en IDF (en moyenne 45 % en TF et 30 % en CFE) ou de province (68 % en TF et 40 % en CFE à Lille, 58 % en TF et 40 % en CFE à Bordeaux, 38 % en TF et 31 % en CFE à Lyon), il n'en demeure pas moins qu'ils peuvent impacter fortement le rendement attendu de votre investissement, notamment s'il s'agit d'un investissement locatif pour lequel il est difficile de trouver preneur.
Notons encore que si les locaux industriels sont en principe hors du champ des TEOM, TASCOM, TBIDF et TSSIDF, d'autres problématiques liées à la prise en compte de certains investissements et équipements productifs dans le coût de construction peuvent alourdir le montant des TF et CFE dues.
En conclusion, si vous souhaitez persévérer dans l'investissement immobilier, il est urgent de consulter pour maîtriser parfaitement le budget que les taxes locales représenteront, dans quelle proportion elles impacteront la rentabilité de votre investissement et de sécuriser les clauses de refacturation. ■

Urbanisme : la densité au secours de la rentabilité ?

Les règles d'urbanisme exercent une influence déterminante sur la valeur des sols. Génératrices d'inégalités entre les propriétaires, elles sont régies dans le Code de l'urbanisme (CU) par le principe de non indemnisation des servitudes d'urbanisme[1]. Avec la concession d'aménagement notamment, les personnes publiques peuvent favoriser certaines catégories d'aménagements et de constructions et en contrôler le prix de mise sur le marché. La réforme des participations d'urbanisme de 2010 s'est intéressée, au moins incidemment, à la question de la valeur du foncier par l'institution d'un versement pour sous-densité (VSD). Traduisant la protection des espaces naturels et agricoles et prenant le contrepied du versement pour dépassement du plafond légal de densité (PLD) qui, naguère, taxait la surdensité, le VSD entend pénaliser les constructeurs qui n'utilisent pas la totalité des droits à construire résultant des règles d'urbanisme applicables à leur projet.

«Le bénéficiaire de l'autorisation de construire sera assujetti au paiement du VSD pour toute construction nouvelle d'une densité inférieure au seuil minimal fixé par la collectivité compétente.»

Après avoir défini la densité de la construction comme le rapport entre la surface de plancher et la surface du terrain sur laquelle la construction doit être implantée, sans retenir les parties de ce terrain inconstructibles pour des raisons naturelles ou juridiques, le CU confie aux communes et aux EPCI[2] compétents en matière de plan local d'urbanisme (PLU) la possibilité d'instituer un seuil minimal de densité en deçà duquel un versement pour sous-densité est dû par les demandeurs de permis de construire[3]. Ce seuil est déterminé pour une durée de trois ans dans les zones urbaines par secteurs définis dans un document graphique annexé au PLU. Pour chaque secteur, le seuil minimal de densité ne peut être ni inférieur à la moitié ni supérieur aux trois quarts de la densité maximale autorisée par les règles définies par le PLU[4].

Ainsi, le bénéficiaire de l'autorisation de construire sera assujetti au paiement du VSD pour toute construction nouvelle d'une densité inférieure au seuil minimal fixé par la collectivité compétente.

Ce versement est égal au produit de la moitié de la valeur du terrain par le rapport entre la surface manquante, pour que la construction atteigne le seuil minimal de densité, et la surface de la construction résultant de l'application du seuil minimal de densité. La loi limite le montant de ce versement à 25 % de la valeur du terrain et, si le seuil de densité ne peut être atteint en raison de l'existence de servitudes administratives frappant le terrain, aucun versement ne sera dû[5]. Ne sont pas considérées comme des constructions nouvelles les projets d'extension ou les projets de locaux annexes aux bâtiments déjà existants et les constructions situées sur des terrains de camping ou les parcs résidentiels de loisirs. Lorsqu'une construction nouvelle est édifiée sur un terrain qui comprend un bâtiment qui n'est pas destiné à être démoli, la densité est calculée en ajoutant sa surface de plancher à celle de la construction nouvelle.

Cette procédure oblige le pétitionnaire, dont le projet de construction n'atteint pas le seuil minimal de densité, à déclarer la valeur du terrain d'assiette de la construction appréciée à la date du dépôt de la demande de permis de construire[6]. Les exonérations du VSD (reconstructions, constructions des services publics, à usage agricole, ou dont la surface est inférieure à 5 m²), les modalités de son établissement, de son recouvrement, de son versement aux collectivités bénéficiaires et de son contrôle sont celles applicables à la taxe d'aménagement. En cas de construction sans autorisation ou en violation de l'autorisation de construire, le montant du versement pour sous-densité éventuellement dû est assorti d'une pénalité de 80 %. Afin de pallier les difficultés d'appréciation de la valeur de certains terrains, une procédure de rescrit permet aux constructeurs de connaître la position de l'Administration sur l'application du VSD, en particulier sur les parties du terrain jugées inconstructibles[7]. ■

Par **Yves Delaire,** avocat associé en droit public de CMS Francis Lefebvre Lyon Avocats. Il conseille et assiste les personnes publiques, les entreprises, les associations et les particuliers, notamment en matière de contrats publics, de droit des biens des personnes publiques, de droit de l'urbanisme, de l'environnement et de l'énergie.
yves.delaire@lyon.cms-fl.com

1. CU, article L.105-1.
2. Etablissements publics de coopération intercommunale.
3. CU, article L.331-36.
4. CU, article L.331-37.
5. CU, article L.331-38.
6. CU, article L.331-39.
7. CU, article L.331-40.

La rentabilité de l'immobilier à l'aune de la performance énergétique

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

Axelle Jeannerod, avocat en droit immobilier de CMS Francis Lefebvre Lyon Avocats. Elle intervient notamment en contentieux en matière de droit de la construction et droit immobilier.
axelle.jeannerod@lyon.cms-fl.com

Décret tertiaire, loi ELAN

La loi ELAN[1] du 23 novembre 2018 fixe comme objectif la réduction de la consommation d'énergie finale d'au moins 40 % en 2030, 50 % en 2040 et 60 % en 2050 (article 175).

Le décret n° 2019-771 du 23 juillet 2019, entré en vigueur le 1er octobre 2019, a introduit de nouvelles dispositions aux articles R.131-38 à R.131-44 du Code de la construction et de l'habitation visant à mettre en œuvre les objectifs édictés par la loi ELAN. Il précise les modalités qui encadrent l'obligation de diminution de la consommation énergétique des bâtiments à usage tertiaire.

Il s'applique aux bâtiments existants (aux propriétaires et, le cas échéant, aux preneurs à bail) qui hébergent exclusivement des activités tertiaires (marchands ou non marchands) ou à usage mixte sur une surface de plancher supérieure ou égale à 1 000 m².

> ***«Le principe de "proportionnalité" [...] permet de moduler les obligations de réduction des consommations énergétiques, tout en maintenant l'obligation de résultats.»***

Les propriétaires ou preneurs-bailleurs pourront intervenir sur :
– la performance énergétique des bâtiments ;
– l'installation d'équipements performants et de dispositifs de contrôle et de gestion active de ces équipements ;
– les modalités d'exploitation des équipements ;
– l'adaptation des locaux à un usage économe en énergie et le comportement des occupants.

L'esprit du texte est de permettre de moduler les objectifs lorsque les actions de réduction de consommation d'énergie finale font courir un risque de pathologie du bâti ou entraînent des modifications importantes de l'état des parties extérieures ou des éléments d'architecture et de décoration de la construction.

Cela doit s'inscrire dans le cadre de la stratégie bas-carbone instaurée par l'article L221-1 B du Code de l'environnement.

Le texte prévoit le principe de «proportionnalité» qui permet de moduler les obligations de réduction des consommations énergétiques, tout en maintenant l'obligation de résultats.

Dans tous les cas, les propriétaires ou preneurs à bail devront justifier ces modulations via l'établissement d'un dossier technique.

Que faut-il faire, concrètement ? Pour atteindre les objectifs ambitieux de – 40 % d'économies d'énergie d'ici 2030, il s'agit de mettre en place une organisation en identifiant qui va porter cet objectif au sein de l'activité.

Il convient d'instaurer un système de management de l'énergie avec un plan d'action, le suivi de la mise en œuvre des actions et de l'évolution des consommations ainsi qu'une revue périodique.

Les mesures seront nécessaires pour améliorer la performance énergétique et les seuils à atteindre.

Le contrôle se fera par la mise en place d'une plateforme numérique de recueil et de suivi des objectifs. Le gestionnaire de la plateforme devra vérifier que les objectifs fixés ont été atteints.

Cela passe également par :
– l'obligation de transmettre, dans le cadre d'une vente dans le compromis, ou à défaut dans l'acte authentique, l'évaluation du respect de l'obligation de réduction ;
– la publicité de la consommation d'énergie finale au cours des trois années écoulées, les objectifs passés et le prochain objectif à atteindre.

Le texte n'est pas seulement incitatif. Il impose un contrôle et des sanctions.

L'absence de transmission des données est sanctionnée, comme le non-respect des objectifs fixés, avec des sanctions pécuniaires.

Ainsi, s'il ne s'agit plus obligatoirement d'engager des travaux coûteux pour rendre son bâtiment moins énergivore, la modularité des solutions permet une souplesse de mise en œuvre mais nécessite une information de l'utilisation et des pratiques dans le bâtiment.

Ce dispositif mis en place permettra au secteur de l'immobilier et de l'énergie une grande souplesse d'adaptation, tant que les objectifs définis sont atteints. Pour le secteur de la construction, un nouveau type de mission est inventé et à exploiter.

1. Evolution du logement, de l'aménagement et du numérique.

La loi énergie-climat

La loi relative à l'énergie et au climat (LEC)[2], publiée au Journal officiel du 9 novembre 2019, inscrit «*l'urgence écologique et climatique*» dans le Code de l'énergie et actualise, au même titre que la loi ELAN, les objectifs de la politique énergétique de la France, notamment la réduction de 40 % de la consommation d'énergies fossiles d'ici 2030 (contre 30 % auparavant).
Cette loi met en place plusieurs dispositifs, en sus de ceux instaurés par la loi ELAN, grevant l'immobilier privé de contraintes nouvelles liées à l'objectif de maîtrise de la consommation d'énergie susceptibles d'obérer sa rentabilité.

● L'obligation de rénovation des logements énergivores

La LEC prévoit qu'à partir du 1er janvier 2028, la consommation énergétique des logements ne devra pas excéder 330 kilowattheures (kWh) d'énergie primaire par mètre carré et par an. Les propriétaires des logements qui dépasseront ce seuil, considérés alors comme des logements énergivores, devront mentionner le non-respect de ce seuil dans les informations et publicités relatives à la vente ou à la location de leur bien.
Afin d'atteindre cet objectif, cette loi prévoit des mesures incitant les propriétaires de logements énergivores à réaliser dès à présent des travaux de rénovation énergétique :
– à partir du 1er janvier 2021, les propriétaires de logements dont la consommation énergétique primaire est supérieure ou égale à 331 kWh par mètre carré et par an ne pourront pas augmenter librement le loyer entre deux locataires ;
– à partir du 1er janvier 2022, en cas de vente ou de location d'un logement excédant le seuil de 331 kWh, leur propriétaire devra faire réaliser un audit énergétique, annexé au diagnostic de performance énergétique - DPE -, contenant des propositions chiffrées de travaux ainsi qu'une estimation de leur impact sur la facture d'énergie ;
– au plus tard à partir du 1er janvier 2023, les logements particulièrement consommateurs d'énergies (dont le seuil sera précisé par décret) seront qualifiés de «logements indécents» et devront ainsi être rénovés pour pouvoir être loués.
Des dérogations à préciser par décret sont prévues, liées notamment aux contraintes techniques et architecturales des bâtiments ou encore lorsque le coût des travaux requis est disproportionné par rapport à la valeur du bien.

«[La LEC] met en place plusieurs dispositifs […] grevant l'immobilier privé de contraintes nouvelles liées à l'objectif de maîtrise de la consommation d'énergie susceptibles d'obérer sa rentabilité.»

● L'obligation d'un «dispositif vert» en toiture de certains projets

La LEC comprend également des mesures visant spécifiquement les projets de construction de locaux commerciaux, de locaux industriels et artisanaux, d'entrepôts, de hangars non ouverts au public faisant l'objet d'une exploitation commerciale ainsi que de nouveaux parcs de stationnement couverts et ouverts au public, lorsque ces projets ont une emprise au sol de plus de 1 000 m².
Ces constructions devront comporter sur au moins 30 % de leur toiture ou de leurs ombrières soit un dispositif d'énergies renouvelables (panneaux photovoltaïques), soit un système de végétalisation, soit tout autre dispositif aboutissant au même résultat.
Des exceptions sont néanmoins prévues et seront décidées au cas par cas par l'autorité compétente pour délivrer le permis de construire en raison, par exemple, d'une «*difficulté technique insurmontable ou qui ne peut être levée dans des conditions économiquement acceptables*» ou de la localisation du projet dans un périmètre protégé.
Ce dispositif s'appliquera aux projets dont la demande d'autorisation de construire sera déposée après la publication de la LEC. ■

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

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

2. Loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat.

La fin du bail à construction : les sirènes du droit réel

Par **Simon Estival,** avocat en droit immobilier. Il intervient dans tous les domaines du droit immobilier, notamment en matière de baux commerciaux, copropriété, construction et avant-contrats immobiliers.
simon.estival@cms-fl.com

Le bail à construction confère au preneur la propriété des constructions édifiées mais aussi l'obligation de les conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée du bail et d'en supporter les charges et réparations de toute nature ; le bailleur en devenant, sauf stipulation contraire, propriétaire en fin de bail, profite des ces améliorations.

L'attrait principal du bail à construction réside dans le fait que les constructions édifiées par le preneur reviennent, en principe, au bailleur sans indemnité, en bon état et libres d'occupation (sauf pour les baux de locaux d'habitation).

Toutefois, en pratique, le bailleur devra faire preuve de vigilance avant l'expiration du bail à construction, notamment, en cas de crainte d'un manquement du preneur à ses obligations contractuelles d'entretien et de réparation de toute nature et de doutes quant aux travaux réellement entrepris par ce dernier pendant le cours du bail.

En effet, dans cette hypothèse, il appartiendra au bailleur de faire constater contradictoirement l'état d'entretien et de réparations des constructions avant l'expiration du bail, pour pouvoir mettre en demeure le preneur de respecter ses obligations contractuelles.

Ceci peut s'avérer insuffisant et c'est l'expertise judiciaire qui devra bien souvent être envisagée afin de faire examiner contradictoirement lesdits manquements et de chiffrer les travaux nécessaires pour y remédier.

Si l'expertise judiciaire ne doit pas effrayer, dans la mesure où elle permet de préserver efficacement les intérêts du bailleur, il n'en demeure pas moins qu'elle présente des inconvénients en termes de coûts, de durée et de technicité, y compris juridique.

En définitive, il existe une large distorsion entre l'apparente évidence des textes légaux qui laissent espérer des locaux libres et en bon état, et la réalité qui confronte un bailleur à un preneur qui ne restitue pas les locaux, ou les restitue occupés par des tiers, ou encore dans un état peu satisfaisant, exclusif de leur remise en location immédiate. ■

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

twitter.com/cms_fl

Retrouvez toutes les informations relatives à notre activité en immobilier :

Option Finance

Supplément du numéro 1536 du Lundi 25 novembre 2019
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 : France - Taux de fibres recyclées : 100 % - Certification FSC Recycled.
Impact sur l'eau : Ptot : 0,008 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