

La lettre de L'IMMOBILIER

Lundi 7 février 2022

Option
Finance

Editorial

Dans un environnement dans lequel l'immobilier demeure un élément central des espaces privés et professionnels, la détermination et la contestation des valeurs locatives continuent à présenter des enjeux à la fois primordiaux et d'actualité.

L'administration fiscale, en particulier, s'intéresse de près au montant des loyers facturés dans certains contextes pour contrôler l'existence éventuelle d'un acte abnormal de gestion ; étant souligné dans une telle hypothèse le cumul des conséquences d'une rectification sur la fiscalité du propriétaire avec les retenues à la source potentiellement applicables à raison de l'avantage consenti au bénéficiaire.

La valeur locative des immeubles constitue également une composante essentielle de l'assiette des impôts locaux et les réformes en cours ou annoncés en la matière soulèvent des incertitudes sur le traitement prochain des contribuables concernés.

Les désaccords portant sur ces valeurs se heurtent d'ailleurs, parfois de manière non coordonnée aux dispositions légales relatives aux modifications des baux.

Les règlementations juridiques et techniques et leurs évolutions ont également une incidence en matière de relations entre bailleurs et locataires, lesquelles doivent désormais tenir compte des règles fixées en matière d'investissement socialement responsable ainsi que de celles applicables en matière de performance énergétique.

Ce dernier numéro de La Lettre de l'Immobilier est par ailleurs l'occasion de rappeler les dernières évolutions en matière de lutte contre l'évasion fiscale et à la transposition de la directive ATAD II.

Enfin, le retour de l'inflation aura une incidence sur l'assiette des taxes locales déterminées par référence à des valeurs locatives lorsque leur évolution est elle-même partiellement fonction de l'augmentation des prix.

Autant de sujets sur lesquels les opérateurs de l'immobilier vont faire face à de nouvelles règles, de nouveaux coûts mais en bénéficiant également de la clarification de certaines pratiques qui pouvaient leur être préjudiciables. ■

Par Pierre Carcelero, avocat associé

Dossier

Les enjeux des valeurs locatives

- Détermination et contestation de la valeur locative d'un bien immobilier en matière fiscale **p. 2**
- Redressement fondé sur la valeur locative et risque de retenue à la source : une double imposition possible au niveau de la société propriétaire du bien immobilier ? **p. 4**
- Impôts locaux : absence de visibilité sur le devenir des valeurs locatives foncières **p. 6**
- La justification du montant de la valeur locative retenue par les parties en présence ou non d'un bail en cours **p. 8**
- Incidence de la loi climat et résilience sur la valeur locative des baux d'habitation **p. 11**
- Les fonds d'investissement face à la réglementation de l'investissement socialement responsable et aux rapports locatifs **p. 12**

Actualités

- Conséquences des mesures ATAD 2 sur les véhicules d'investissement immobilier **p. 14**
- Le retour de l'inflation impactera les taxes locales de certains immeubles en 2022 **p. 16**

Ce supplément est réalisé par les avocats de

CMS Francis Lefebvre

Supplément du numéro 1641
du 7 février 2022

Détermination et contestation de la valeur locative d'un bien immobilier en matière fiscale

Les discussions portant sur la valeur locative d'un bien immobilier sont fréquentes et peuvent s'avérer complexes. Si la jurisprudence retient le principe, classique en la matière, que cette valeur doit être fixée par référence à la valeur locative de biens comparables, son application pratique recèle de nombreuses difficultés.

Passons sur les questions récurrentes de prise en compte des particularités des biens concernés (état, localisation ou vue spécifique, etc.) et leur incidence sur l'appréciation de la comparabilité tout en relevant que certaines caractéristiques des biens retenus comme « comparables » ne sont, sauf exception, pas connues.

Il demeure que certains biens sont difficilement comparables en raison de leurs caractéristiques ou de l'insuffisance d'un marché locatif de référence.

Cette circonstance a conduit à un contentieux fiscal spécifique, ancien mais toujours d'actualité, vraisemblablement guidé par la « nécessité » de permettre à l'administration de corriger des situations jugées critiquables lorsqu'elle ne dispose pas – de son propre aveu – de références suffisantes.

Si plusieurs situations peuvent donner lieu à discussion s'agissant de l'importance des loyers, la plus fréquente est celle de la mise à disposition d'un bien immobilier au profit d'associés, dirigeants ou personnes liées ou présumées telles.

De longue date¹, le juge de l'impôt a admis que l'Administration puisse dans de telles circonstances déterminer la valeur locative en appliquant à la valeur vénale (elle-même estimée par recours à des comparables plus ou moins nombreux et pertinents) un taux de rendement théorique ; plusieurs décisions ont ainsi admis de retenir un taux généralement compris entre 3 % et 4 %, voire 5 %².

On soulignera que ces affaires portaient initialement sur des périodes anciennes – antérieures à 2000 – et l'on peut supposer que les taux retenus et admis aient été implicitement fixés à des seuils significativement inférieurs aux taux moyens de rendement constatés sur ces périodes pour « compenser » le caractère particulièrement forfaitaire de la méthode.

Mais depuis une quinzaine d'années, cette jurisprudence a conduit à des dérives résultant de la tentation pour l'administration fiscale d'appliquer la méthode précitée en retenant des taux de même importance alors que les taux de rendement réels se sont effondrés et que les prix de l'immobilier se sont quant à eux globalement envolés.

L'administration fiscale tente ainsi depuis plusieurs années d'opposer les décisions antérieures comme ayant validé, sur le plan juridique, des taux de rendement de 3 % ou 4 % en omettant le fait que le taux de rendement relevait de circonstances

de fait et non d'une règle de principe. Heureusement, dans des décisions récentes, le juge de l'impôt a retenu plusieurs conclusions qui devraient conduire à des positions davantage pragmatiques. Ces décisions portent à la fois sur la charge de la preuve (1) et sur la détermination de la valeur locative (2).

Sur la charge de la preuve

Par exception au principe de liberté de gestion des entreprises, le Conseil d'Etat a reconnu à l'administration fiscale la faculté d'écartier les conséquences sur le résultat fiscal des entreprises de décisions qui leur étaient préjudiciables, à condition de démontrer cumulativement l'appauvrissement de l'entreprise et l'intention d'agir contre son intérêt et dans l'intérêt exclusif d'un tiers³.

Si l'administration fiscale a été dispensée d'établir l'élément intentionnel lorsqu'il est présumé en présence d'une relation d'intérêts entre les parties concernées ou

« (...) le juge de l'impôt a admis que l'Administration puisse dans de telles circonstances déterminer la valeur locative en appliquant à la valeur vénale (elle-même estimée par recours à des comparables plus ou moins nombreux et pertinents) un taux de rendement théorique. »

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



pour certains actes dont la nature conduisait à renverser la charge de la preuve (abandons de créances ou prêts sans intérêts), l'Administration a également et plus récemment été dispensée d'apporter la preuve de l'élément intentionnel en cas de cession d'éléments de l'actif immobilisé⁴. L'administration fiscale n'hésitait pas jusqu'alors à « présumer » de relations d'intérêts non établies pour se dispenser, dans certaines circonstances et sans motif valable, d'une telle démonstration. Elle s'est désormais prévalué de cette jurisprudence pour opposer aux contribuables le fait que la seule démonstration de l'écart entre le loyer pratiqué et le loyer « de marché » déterminé par ses services mettrait à leur charge la preuve de l'existence d'un intérêt spécifique ou d'une contrepartie justificative.

Dans une première décision, le Conseil d'Etat a pourtant confirmé que le principe fixé par la décision précitée en matière de cession d'un élément de l'actif immobilisé n'était pas applicable à des opérations courantes portant sur la cession de stocks⁵. Il n'était en effet pas illogique de solliciter de la part des entreprises une attention plus importante dans la réalisation d'opérations exceptionnelles que dans celles de leurs opérations courantes. L'Administration se refusait généralement à en tenir compte dans les procédures portant sur la valeur locative de biens immobiliers. Mais dans une seconde décision « Société La Maisonnette » que nous reprendrons dans la dernière partie, le Conseil d'Etat réaffirme clairement que, s'agissant de la contestation d'une opération courante (loyer perçu à raison de la location d'un bien immobilier), l'Administration doit « établir les faits sur lesquels elle se fonde pour évoquer » le caractère anormal d'un acte en ce compris, comme l'exposait le rapporteur public dans cette affaire, la preuve de l'élément intentionnel.

« Le Conseil d'Etat réaffirme clairement que, s'agissant de la contestation d'une opération courante (loyer perçu à raison de la location d'un bien immobilier), l'Administration doit “établir les faits sur lesquels elle se fonde pour évoquer” le caractère anormal d'un acte en ce compris, comme l'exposait le rapporteur public dans cette affaire, la preuve de l'élément intentionnel. »

Le Conseil d'Etat confirme ainsi clairement la nécessité pour l'Administration d'établir l'existence soit d'une relation d'intérêts, soit d'une intention d'avantage un tiers. A défaut de quoi les rehaussements devraient être considérés comme insuffisamment motivés.

Sur la valeur locative

S'agissant de l'utilisation par l'Administration de taux forfaitaires déterminés par la seule référence à des jurisprudences antérieures portant cependant sur des périodes ou des territoires très différents, certains juges du fond se montraient réticents à censurer cette pratique, y compris – dans certains cas – lorsque les propriétaires faisaient valoir des éléments (expertises, rapprochement avec des modes locatifs différents tels que les locations saisonnières, etc.) de nature à soutenir le caractère excessif du taux retenu.

Mais l'Administration ne procédant généralement à aucune motivation circonstanciée du taux de rendement appliqué, certaines juridictions ont accepté de retenir les éléments produits par les contribuables constatant cumulativement leur cohérence d'ensemble, l'absence de toute contradiction sérieuse et l'absence de toute justification pertinente du taux opposé.

L'argumentation de l'administration fiscale selon laquelle le contribuable ne pou-

vait utilement contester sa méthode et le taux de rentabilité qu'en se référant à des locations comparables dont l'inexistence ou l'insuffisance constituaient pourtant la justification du recours à sa méthode forfaitaire a ainsi été écartée.

En ce sens, la décision du Conseil d'Etat précitée du 8 mars 2021 vient confirmer très explicitement que la Cour aurait dû « rechercher si l'Administration démontrait elle-même que le taux de rendement de 4 % appliquée sur la valeur vénale de la villa pour déterminer sa valeur locative était pertinent, alors qu'il lui incombaît d'établir le caractère anormalement bas du loyer consenti et que la société requérante soutenait que ce taux ne correspondait pas au rendement réel d'un immeuble » tel que celui en cause.

Le rapporteur public rappelle dans ses conclusions que l'Administration ne pouvait pas se contenter d'invoquer « une fourchette de taux de 3 % à 5 %, prétdument issue » de la jurisprudence et l'absence de contestation lors d'un précédent contrôle ou le rendement locatif local élevé (non étayé).

Les propriétaires immobiliers faisant l'objet de procédures portant sur la valeur locative de leurs biens disposent à ce jour, sur la base des dernières décisions rendues, d'arguments complémentaires pour combattre les valorisations davantage forfaitaires et parfois excessives. ■

1. Voir à titre d'illustration Conseil d'Etat, 3 mai 1989, n°78223.

2. Voir notamment, décision précitée ou décision de la cour Administrative d'Appel de Marseille du 18 juin 2013, n°10MA01250.

3. Voir notamment décision du 28 février 2001, n°199295.

4. Conseil d'Etat, 21 décembre 2018, n°402006.

5. Conseil d'Etat, 4 juin 2019, n°418357.

Redressement fondé sur la valeur locative et risque de retenue à la source : une double imposition possible au niveau de la société propriétaire du bien immobilier ?

On le sait, les entreprises disposent en principe de la liberté de prendre toutes décisions qu'elles estiment opportunes dans le cadre de l'exercice de leur activité sans que l'administration fiscale puisse s'immiscer dans leur gestion. Toutefois, ce principe de non-immixtion de l'Administration dans la gestion des entreprises ne s'oppose pas à ce que cette dernière rectifie les conséquences d'un acte de gestion anormale. La mise à disposition gratuite¹, ou pour un loyer inférieur à la valeur locative², d'un bien immobilier par une société passible de l'impôt sur les sociétés (IS) peut constituer un acte anormal de gestion à hauteur du loyer dont la société s'est privée. Pour la société propriétaire du bien immobilier, cela se traduira du point de vue fiscal tout d'abord par un rehaussement du montant de ses revenus locatifs, qui viendra augmenter le résultat soumis à l'IS (mais également le chiffre d'affaires soumis à la TVA ou à la CRL).

Mais l'absence ou la minoration de loyer a également un impact fiscal au niveau de la personne qui a profité de l'avantage anormal. L'occupant ou le locataire du bien immobilier est, en effet, considéré comme ayant perçu une distribution occulte à hauteur de l'avantage ainsi décelé. Lorsque la société propriétaire du bien immobilier est soumise à l'IS, une telle distribution constitue un revenu imposable dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers, dans les

« L'absence ou la minoration de loyer a également un impact fiscal au niveau de la personne qui a profité de l'avantage anormal. »

conditions prévues aux articles 109-1-2^e ou 111 c. du Code général des impôts (CGI). Lorsque le bénéficiaire est un résident fiscal français, ce dernier est imposable en sa qualité de résident sur ce revenu réputé distribué.

La situation est différente lorsque le bénéficiaire est un non-résident, ce qui n'est pas rare en présence de sociétés immobilières utilisées par des ressortissants étrangers pour détenir en France des biens de villégiature, notamment des villas situées sur la Côte d'Azur ou des chalets à la montagne. Le revenu réputé distribué ne peut alors être imposé directement au niveau du bénéficiaire non-résident, puisque les règles d'imposition prévues par le droit français conduisent à soumettre de telles distributions à la retenue à la source de l'article 119 bis du CGI, libératoire pour le bénéficiaire de l'impôt sur le revenu ou de l'IS français. Cette retenue à la source, dont le taux est aujourd'hui de 12,8 % lorsque le bénéficiaire est une personne physique et de 25 % lorsque celui-ci est une personne morale, est supportée, selon l'article 1672-2 du

CGI, par la personne en France qui assure le paiement des revenus, c'est-à-dire, dans la plupart des cas, la société propriétaire de l'immeuble censée avoir accordé l'avantage anormal. Cette société devra alors supporter l'ensemble des rappels d'imposition associés au redressement, y compris la retenue à la source. Pour le calcul de la retenue à la source, l'Administration considère que l'avantage octroyé est net de retenue à la source non acquittée, ce qui lui permet de calculer les rappels d'impôt sur une base reconstituée incluant le montant des retenues à la source (calcul dit « en dedans »). Cela aboutit à des taux d'imposition effectifs de 15,76 % (soit 12,8/81,2) pour une personne physique et de 33,33 % (soit 25/75) pour une personne morale.

L'impôt de distribution s'applique en principe tant aux sociétés françaises qu'étrangères, si elles sont soumises à l'IS en France³, notamment à raison de la détention d'un bien immobilier français. En effet, l'article 108 du CGI permet de traiter comme des revenus de capitaux mobiliers l'ensemble des bénéfices ré-



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 **Frédéric Roux**, avocat counsel en fiscalité internationale.
frédéric.roux@cms-fl.com

putés distribués par une entité soumise à l'IS en France, même étrangère. Cette solution est également admise dans l'hypothèse où l'avantage occulte est réputé versé par une société de personnes française fiscalement translucide propriétaire du bien, détenue par une société de capitaux étrangère relevant en France de l'IS. Cet avantage correspond, pour la part des bénéfices de la société de personnes revenant à la société étrangère associée, à une distribution de revenus imposable dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers⁴.

Néanmoins, les décisions de jurisprudence ayant admis ces solutions traitaient à chaque fois de bénéficiaires résidents de France. La question est plus délicate lorsque le bénéficiaire n'est pas un résident fiscal français et que la société source du bénéfice réputé distribué est soit une société étrangère, soit une société de personnes française translucide détenue par une société étrangère opaque. Dans un tel cas de figure, on peut exprimer un doute sur la possibilité d'assujettir ces sociétés à la retenue à la source de l'article 119 bis du CGI. Certes, dans une décision récente⁵, le Conseil d'Etat a validé l'assujettissement d'une société de personnes détenue par des non-résidents à la retenue à la source de l'article 119 bis du CGI. Mais cette solution se fondait sur l'article 75 de l'annexe II au CGI qui qualifie d'établissement payeur une société fiscalement translucide au titre des revenus qu'elle perçoit. En outre, la situation dans cette affaire était assez spécifique, puisque la société de personnes française ne versait pas le revenu réputé distribué mais, bien au contraire, elle le percevait en tant que bénéficiaire de l'avantage anormal.

Dans sa doctrine, l'Administration in-

« L'impôt de distribution s'applique en principe tant aux sociétés françaises qu'étrangères, si elles sont soumises à l'IS en France⁶, notamment à raison de la détention d'un bien immobilier français. »

dique, qu'outre l'hypothèse d'un assujettissement à la « branch tax »⁶ de l'article 115 quinque du CGI, la retenue à la source prévue à l'article 119 bis du CGI ne concerne que des sociétés soumises à l'IS et ayant leur siège en France⁷. Ces deux conditions prises cumulativement devraient donc exclure du champ de cette retenue à la source, d'une part, les sociétés de personnes et d'autre part, les sociétés étrangères.

Par ailleurs, dans l'hypothèse de bénéficiaires non-résidents, les conventions fiscales conclues par la France devraient pouvoir être invoquées, malgré la difficulté à appréhender des situations où l'avantage constitué par la minoration ou l'absence de loyer est réputé versé par une société étrangère à un bénéficiaire lui-même non-résident. On peut toutefois relever que dans une affaire impliquant des bénéfices réalisés en France par une société polonaise et considérés comme distribués à son associé polonais, le Conseil d'Etat a accepté d'appliquer la clause balai de la convention fiscale franco-polonaise, interdisant de ce fait l'assujettissement de l'associé réputé bénéficiaire à un impôt de distribution français⁸. La transposition d'une telle approche permettrait d'empêcher l'assujettissement d'une société étrangère à la retenue à la source de l'article 119 bis du CGI au titre de redressements fondés sur la valeur locative d'un bien immobilier français qu'elle détient. ■

1. CAA Lyon 21 juillet 1995 n°93-1983 SA Pamobir.

2. Par exemple CE, 9^e et 7^e s.-s., 12 novembre 1990 n° 71047, SA Trèbe.

3. CE, 8^e et 3^e ch., 24 novembre 2010 n° 308646 Seguin.

4. CE, 3^e et 8^e ch., 11 octobre 2019 n°399010 Ghrenassia reprenant la logique suivie dans la décision CE, 3^e et 8^e ch., 29 juin 2001 n°223663 min. c/ Belmes.

5. CE 6 décembre 2021, n°429308.

6. Applicable notamment aux bénéfices d'établissements stables français.

7. BOI-RPPM-RCM-10-20-20-10, 12 sept. 2012, § 10.

8. CE, 8^e et 3^e ss-sect., 31 janv. 2001, n° 199543, SA Bank Polska Kasa Opieki (BPKO).

9. CE, 8^e et 3^e ch., 24 novembre 2010 n° 308646 Seguin.

Impôts locaux : absence de visibilité sur le devenir des valeurs locatives foncières

Il aura fallu attendre 40 ans¹ pour que le législateur s'attelle à la révision des valeurs locatives des locaux professionnels et 10 ans de plus² pour qu'il l'étende aux locaux d'habitation. La valeur locative foncière sert de base de calcul aux principaux impôts locaux tels que la taxe foncière sur les propriétés bâties, la cotisation foncière de entreprises, la taxe d'habitation, etc. La rupture avec le système des locaux de référence donnés en location en 1970 était devenue indispensable tant le système était devenu obsolète et décorrélé du marché locatif actuel. Toutefois le chantier est colossal : 3,4 millions de locaux professionnels et 46 millions de locaux d'habitation.

C'est ainsi que la révision des locaux professionnels a été conçue comme un test avant son extension aux locaux habitation qui en reprend les grands principes (I).

Dans l'attente de la révision des locaux d'habitation, des dispositifs de neutralisation et d'atténuation des effets de la réforme ont été mis en place dans le cadre de la révision des locaux professionnels (II).

Ces mécanismes complexes devaient prendre fin en 2026 ; néanmoins cette

option de la simplicité semble être compromise (III).

Les nouvelles méthodes d'évaluation révisées

Méthodes d'évaluation de la valeur locative des locaux professionnels applicée à compter de 2017

a) **La méthode tarifaire** consiste en l'application à la surface pondérée des locaux d'un tarif représentatif du marché locatif. Chaque local est classé dans l'une des 38 catégories de typologie d'activité qui ont été créées pour tenir compte de l'utilisation et des caractéristiques physiques des locaux.

Des secteurs d'évaluation regroupent dans chaque département les communes ou parties de commune présentant un marché locatif homogène. Les tarifs ont été déterminés par m² à partir des loyers constatés dans chaque secteur d'évaluation pour chaque catégorie de propriété au 1^{er} janvier 2013 (cette grille tarifaire est mise à jour annuellement).

Pour tenir compte de la situation particulière de la parcelle d'assise de la proprié-

té au sein du secteur d'évaluation des coefficients de localisation de 1,3 à 0,7 peuvent venir majorer ou minorer le tarif. La valeur locative révisée brute est obtenue en multipliant la surface pondérée du local par le tarif de la catégorie à laquelle il doit être rattaché dans le secteur locatif où il se situe, puis par le coefficient de localisation de la parcelle.

b) **Lorsque la méthode tarifaire est inapplicable, les locaux professionnels doivent être évalués selon la méthode de l'appréciation directe.** Celle-ci consiste en l'application d'un taux d'intérêt de 8 % à la valeur vénale de l'immeuble constatée au 1^{er} janvier 2013 ou au 1^{er} janvier de l'année de sa construction si elle est postérieure à 2013. Cette valeur vénale serait réduite de 50 % lorsque l'immeuble est affecté partiellement ou totalement à un service public ou reconnu d'intérêt général.

Méthodes d'évaluation de la valeur locative des locaux d'habitation applicables à compter de 2026

La révision des valeurs locatives des locaux d'habitation prévue par la loi de finances pour 2020³ reprend l'architecture de la révision des locaux professionnels.

Ainsi, l'ensemble des propriétés à usage d'habitation vont être classées en quatre sous-groupes : les maisons individuelles, les appartements situés dans les immeubles collectifs, les dépendances isolées (piscines, ...) et les locaux d'ha-

« Les dispositifs de neutralisation et d'atténuation des valeurs locatives des locaux professionnels devraient être prorogés ou aménagés. »

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



bitation présentant des caractéristiques exceptionnelles (châteaux...);

a) L'évaluation cadastrale des propriétés relevant des trois premiers sous-groupes repose sur une méthode tarifaire : elles seront classées en différentes catégories en fonction de leur superficie ou de leur utilisation. Les commissions départementales des valeurs locatives identifieront dans chaque département des secteurs d'évaluation. Elles détermineront des tarifs par m² à partir des loyers moyens constatés dans chaque secteur d'évaluation, par catégorie de propriétés, à la date de référence du 1^{er} janvier 2023. Les tarifs pourront ensuite être personnalisés par application d'un coefficient de localisation.

b) Les locaux d'habitation à caractère exceptionnel seront évalués par voie d'appreciation directe, en appliquant un taux de 8 % à la valeur vénale de la propriété telle que constatée au 1^{er} janvier 2023 (ou au 1^{er} janvier de l'année de création si elle est postérieure à cette date), si l'immeuble était libre de toute location ou occupation. À défaut, la valeur sera déterminée en ajoutant à la valeur vénale du terrain, constatée le 1^{er} janvier 2023 par comparaison avec les transactions réalisées dans une zone similaire, la valeur de reconstruction de la propriété à la même date.

Les propriétaires bailleurs de locaux ordinaires et l'ensemble des propriétaires de locaux exceptionnels devront souscrire avant le 1^{er} juillet 2023 une déclaration indiquant les informations requises sur la base de laquelle sera rédigé un rapport en 2024.

Les mécanismes d'accompagnement

Cette application de la révision en deux temps a dû s'articuler avec l'unicité du taux de taxe foncière pour l'ensemble

« L'extrême complexité de calcul des valeur locatives à laquelle les révisions devaient mettre fin devrait encore perdurer pendant plusieurs années. »

des locaux quelle que soit leur affectation ainsi qu'avec le principe de neutralité de la réforme. La mise à jour initiale des seules bases foncières professionnelles ne pouvait être compensée par une baisse des taux d'imposition car elle aurait également bénéficié aux locaux d'habitation non encore révisés. La loi a donc prévu, s'agissant des locaux professionnels, trois mesures d'accompagnement de la révision.

Le coefficient de neutralisation résulte du principe de neutralité de la réforme qui suppose que les recettes issues de la fiscalité locale doivent être identiques au niveau de la collectivité avant ou après réforme. Ce coefficient de neutralisation est égal, pour chaque taxe et chaque collectivité territoriale, au rapport entre, d'une part, la somme des valeurs locatives non révisées des locaux professionnels au 1^{er} janvier 2017 imposables au titre de cette année dans son ressort territorial et, d'autre part, la somme des valeurs locatives révisées de ces propriétés à la date de référence du 1^{er} janvier 2013. Ce mécanisme devait s'appliquer jusqu'à ce que la réforme des évaluations foncières des locaux d'habitation entre en vigueur soit 2026.

Le mécanisme de « planchonnement » consiste à réduire de moitié l'écart entre les bases révisées 2017 (en taxe foncière et en CFE) et les bases théorique 2017 non révisées jusqu'en 2025.

Le mécanisme de lissage sur les années 2017 à 2025 des écarts constatés entre l'imposition 2017 théorique avant réforme et l'imposition 2017 après réforme.

Une lisibilité compromise

L'évolution de la valeur locative des locaux professionnels devait donc être prévisible sur une période de 10 ans au terme de laquelle la baisse des taux d'imposition applicables à l'ensemble des valeurs locatives uniformément révisées devait permettre de compenser la suppression de ces trois dispositifs. Or l'article 146 susvisé prévoit que le rapport de 2024 proposera les modalités de mise en place et de sortie des dispositifs de neutralisation et d'atténuation de la révision des valeurs locatives des locaux professionnels et d'habitation. On comprend ainsi que des dispositifs de neutralisation et d'atténuation seront également appliqués de manière transitoire aux locaux d'habitation et que, de fait, ceux des locaux professionnels devraient être prorogés ou aménagés.

En conséquence, l'extrême complexité de calcul des valeur locatives à laquelle les révisions devaient mettre fin devrait encore perdurer pendant plusieurs années. ■

1. Article 34 de la loi 2010-1658 du 29 décembre 2010.

2. Article 146 de la loi 2019-1479 du 28 décembre 2019.

3. Loi 2019-1479 du 28-12-2019 art. 146.

La justification du montant de la valeur locative retenue par les parties en présence ou non d'un bail en cours

Il est de nombreuses situations dans lesquelles l'administration fiscale est amenée, soit à contester le montant des loyers appliqués en présence d'un bail, soit à devoir fixer le montant de l'avantage octroyé en cas de mise à disposition gratuite de locaux au profit de tiers, liés ou non à l'entreprise.

Il s'agit de deux situations différentes puisque dans le premier cas, le bail existant, sauf à devoir le considérer comme fictif, produit des effets juridiques qui ne peuvent être ignorés, alors que dans le second cas, l'absence de tout bail permet à l'Administration de proposer une valeur locative « objective » comme base de l'avantage consenti.

Quelle que soit la situation, lorsque l'Administration (i) parvient à démontrer en présence d'un bail, un loyer anormalement faible ou élevé, ou (ii) détermine valablement en l'absence de bail, la valeur de l'avantage consenti, les conséquences ne sont pas les mêmes en matière d'impôts directs et en matière de TVA.

8

1/ En présence d'un bail

1-1/ Loyer anormalement bas

1-1-1/ En matière de TVA

La notion d'acte anormal de gestion est par principe étrangère à la TVA. La TVA étant en effet due sur les sommes réellement encaissées, la jurisprudence considère de longue date que l'Administration ne peut modifier la base taxable en cas de prix anormalement bas ou de renonciation à recettes ; qu'elle ne peut pas non plus en tirer

des conséquences en matière de TVA déductible, sauf lorsque l'opération est constitutive d'une libéralité et que le bailleur ne peut être considéré comme exerçant une activité économique.

La difficulté réside donc dans l'appréciation de la notion de libéralité.

Il résulte d'une jurisprudence constante que lorsque le prix d'un loyer est fixé à un niveau très inférieur au prix du marché, l'opération est alors constitutive d'une libéralité et le bailleur ne peut être considéré comme exerçant une activité économique au sens des dispositions de l'article 256 et suivants du CGI. La notion de libéralité sera donc retenue dès lors qu'il existe une disproportion manifeste, sur le plan économique, entre la mise à disposition des locaux loués et le loyer acquitté par le locataire (CAA Lyon, 5^e ch., 15 mai 2007 n°03-1267, EURL Imhotep). La circonstance que le loyer soit seulement inférieur au prix normal de marché est en revanche sans incidence sur la qualification d'opération à titre onéreux dès lors que le loyer ne présente pas un caractère insignifiant. Lorsque le loyer est insignifiant, les locations se trouvent placées hors du champ d'application de la TVA et l'option pour l'assujettissement des loyers à la TVA (applicable pour les locaux nus à usage professionnel) est inopérante.

Lorsque la notion de libéralité est retenue, les conséquences fiscales sont lourdes pour le bailleur, qui doit reverser :

- la totalité de la TVA déduite si les loyers sont anormalement faibles dès le début de la location ;
- une fraction de la TVA déduite l'année où les loyers fixés à un niveau normal deviennent anormalement bas.

1-1-2/ En matière d'impôts directs

Les conséquences sont classiques. L'Administration est en droit de réintégrer dans le résultat fiscal du bailleur l'insuffisance de loyers constatés (des spécificités existent lorsque le bailleur relève du régime des revenus fonciers, situation qui n'est pas examinée ici). S'agissant du bénéficiaire, il est réputé en principe bénéficiaire de revenus distribués et assujetti à l'impôt à ce titre. Une particularité doit cependant être notée concernant les bénéficiaires relevant d'un régime réel d'imposition. Pour ces derniers en effet, le Conseil d'Etat a retenu une solution de neutralité (voir notamment CE 22-6-1984 n° 37280, 8^e et 9^e s.-s. : RJF 8-9/84 n° 956) en considérant que le fait pour un contribuable de n'avoir pas à supporter une charge à laquelle il devrait normalement faire face n'a pas entraîné la passation d'écritures comptables



Par **Richard Foissac**, avocat associé en fiscalité. Il traite notamment des dossiers d'acquisition et de restructuration de groupes immobiliers cotés ou non cotés et les conseille sur leurs opérations. Il est chargé d'enseignement en droit fiscal aux Universités Paris I Panthéon-Sorbonne et Nice Sophia-Antipolis.
richard.foissac@cms-fl.com



Armelle Abadie, avocat associé 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

« Quelle que soit la situation, lorsque l'Administration (i) parvient à démontrer en présence d'un bail, un loyer anormalement faible ou élevé, ou (ii) détermine valablement en l'absence de bail, la valeur de l'avantage consenti, les conséquences ne sont pas les mêmes en matière d'impôts directs et en matière de TVA. »

et notamment l'inscription en charge de la somme qu'il aurait normalement dû débourser ; que l'absence de passation de cette charge en comptabilité affecte donc nécessairement en hausse les résultats imposables de l'intéressé, ce dont il résulte que l'Administration commet un double emploi si elle prétend en outre imposer le bénéficiaire à raison de la distribution dont il a pu bénéficier en éludant une charge à laquelle il aurait dû faire face.

1-2/ Loyers anormalement élevés

1-2-1. En matière de TVA

Selon le principe énoncé ci-dessus en vertu duquel la TVA s'applique à la réalité des opérations, sans considération d'une gestion commerciale anormale, le caractère anormalement élevé d'un loyer est sans influence sur le droit de déduire la TVA ayant grevé le loyer (CE 7^e-8^e- s.s. 18 mars 1992, n°62403, SA LHS).

Seuls comptent les éléments suivants :

- que la facture mentionne la TVA ;
- qu'elle ait été établie par le prestaiaire au nom du redevable ;
- qu'elle corresponde effectivement à la prestation de service indiquée (en l'espèce, la location d'un bien immobilier),

– et qu'elle mentionne le prix devant être réellement acquitté par le preneur. La seule exception concerne l'hypothèse dans laquelle les factures émises par le bailleur auraient revêtu un caractère fictif ou de complaisance, autorisant ainsi l'Administration à remettre en cause le droit à déduction du locataire sur le fondement des articles 272-2 et 283-4 du CGI.

1-2-2/ En matière d'impôts directs

Les loyers facturés, quel que soit leur montant, constituent des produits imposables du chef du bailleur.

Pour les locataires en revanche, seuls les loyers correspondant à des loyers de marché sont déductibles.

2/ En l'absence de bail

L'analyse retenue est celle de l'octroi par le propriétaire du bien mis à disposition d'un avantage correspondant à la valeur locative de ce bien.

2-1/ En matière de TVA

Les conséquences sont identiques à celles rappelées au 1.1.1. en matière de TVA déductible dès lors que la mise à disposition à titre gratuit d'un bien constitue une libéralité et place l'opé-

ration hors du champ d'application de la TVA.

2-2/ En matière d'impôts directs

Les conséquences sont identiques à la situation dans laquelle est caractérisée une insuffisance de loyers.

La question qui se pose est dès lors de savoir si, en présence d'un bail, (l'autre situation est plus simple puisque l'administration fiscale « part d'une page blanche »), l'administration fiscale peut démontrer un loyer anormal.

Rappelons tout d'abord que la situation n'est pas la même selon qu'il existe des liens entre bailleur et locataire (ou occupant à titre gratuit) et que, sauf cas particuliers, l'administration fiscale limite en règle générale ses actions aux situations de parties liées dans le cadre de baux existants.

Pour les besoins de l'appréciation du « bon montant de loyer » (ou de l'avantage octroyé en cas de mise à disposition gratuite), l'Administration recherche des éléments de comparaison relatifs à des biens similaires en termes d'adresse, de superficie, de configuration (nombre de pièces, d'étages, activité exercée) et de durée du bail (en ce sens notamment CE 9 déc. 1988, req. n° 40068, RJF 2/1989 n°172). L'Administration peut également faire référence au taux normal de rentabilité des actifs, méthode qui n'est pas sans critique notamment en présence d'actifs détenus de longue durée. Les dispositions contractuelles spécifiques peuvent également être prises en considération pour déterminer le caractère excessif ou non du loyer, notamment si en contrepartie d'un loyer en deçà de la valeur locative réelle des locaux loués, le preneur a



Et **Géraldine Machinet**, avocat counsel en droit immobilier. Elle intervient tant en conseil qu'en contentieux, notamment en matière de baux commerciaux.
geraldine.machinet@cms-fl.com

accepté de réaliser à ses frais d'importants travaux d'aménagement qui auraient dû être exécutés par le bailleur avant l'entrée dans les lieux du preneur. Une expertise peut également être ordonnée afin d'établir le montant de la valeur locative réelle des locaux. Toutefois, dans le cadre de son appréciation, l'administration fiscale ne peut faire fi des règles applicables en matière de baux consistant à encadrer le montant du loyer que ce soit à l'occasion d'un bail commercial, d'un bail professionnel ou d'un bail d'habitation en cours de bail ou lors de son renouvellement. Il convient donc de se référer, pour chaque type de bail concerné, à la réglementation spécifique en matière de plafonnement ou d'encadrement du loyer.

En matière de bail commercial, le montant du loyer du bail renouvelé est soumis, en application de l'article L.145-34 du Code de commerce, à la règle du plafonnement. A défaut pour le bailleur de prouver un motif de déplafonnement du loyer (inhérent à la durée du bail, à l'existence d'une modification notable des facteurs locaux de commercialité, de la destination des locaux, ou des obligations respectives des parties...) justifiant une augmentation du loyer de renouvellement, ce dernier sera fixé en application de la variation des indices (indice des loyers commerciaux ou indice des loyers des activités tertiaires) intervenue entre la date de prise d'effet du bail et la prise d'effet du bail renouvelé. Quand bien même les valeurs locatives auraient subi une forte augmentation pendant le cours du bail commercial, le loyer de renouvellement ne saurait être fixé à la valeur locative réelle (et donc déplafonnée) sans la démonstration d'un motif de déplafonne-

« Toutefois, dans le cadre de son appréciation, l'administration fiscale ne peut faire fi des règles applicables en matière de baux (...). »

ment. Le juge administratif applique rigoureusement ces règles puisqu'il a eu l'occasion de juger que l'administration fiscale n'était pas fondée à procéder à un redressement faute d'établir que le bailleur était en droit d'obtenir une dérogation au mécanisme de déplafonnement du loyer (CE 18 déc. 1987, req. 71301).

La crise du Covid-19, qui a pu entraîner une baisse des valeurs locatives de locaux commerciaux ou de bureaux, n'est pas sans conséquences car l'absence éventuelle de renégociation par les preneurs des loyers lors du renouvellement des baux en cours pourrait qualifier une gestion anormale. La règle est en effet que lors du renouvellement du bail, le loyer est fixé de plein droit à la valeur locative lorsque celle-ci est d'un montant inférieur au loyer plafond calculé en fonction de la variation indiciaire.

Les mêmes règles sont applicables en matière de sous-locations commerciales (et notamment de sous-locations au sein d'un même groupe de société) et ce d'autant que le loyer de la sous-location ne peut être fixé à un montant supérieur au montant de la location principale sous peine de voir le propriétaire des locaux loués exercer son action en réajustement du loyer principal

en application de l'article L.145-31 du Code de commerce et exiger une augmentation du prix de la location principale.

En revanche, concernant les baux affectés exclusivement à un usage professionnel (experts-comptables, avocats, médecins, conseils en gestion, consultants, etc.) et relevant de l'article 57 A de la loi du 23 décembre 1986, il n'existe pas de droit au renouvellement et donc de règles opposables à l'Administration qui viendreraient limiter sa capacité de corriger les loyers appliqués. Par ailleurs, en dehors des modalités d'indexation conventionnelle du loyer, il n'existe pas de mécanisme spécifique de revalorisation du loyer en cours de bail.

La situation des baux d'habitation est plus complexe. En cours de bail, le bailleur ne peut procéder qu'aux indexations prévues par le bail, à moins de solliciter une majoration exceptionnelle liée à la réalisation de travaux d'amélioration financés à ses frais. A l'expiration du bail, le bailleur ne peut augmenter le montant du loyer que si ce dernier est sous-évalué par rapport au prix du marché et sous réserve de fournir des éléments de comparaison situés dans le même quartier. Par ailleurs, dans les communes situées en zone tendues, l'augmentation de loyer est plafonnée à la moitié de la différence entre la moyenne des loyers habituellement constatés dans le voisinage dont le bailleur fournit des exemples au locataire, et le loyer du locataire en place. A l'inverse, le locataire bénéficie d'une action en diminution du loyer s'il démontre que le loyer de base (hors complément de loyer) est supérieur au loyer de référence majoré en vigueur au moment de la signature du bail. ■

Incidence de la loi climat et résilience sur la valeur locative des baux d'habitation

La loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (la Loi) fait du diagnostic de performance énergétique (DPE) un nouveau critère contraignant pour la location des immeubles d'habitation. Le principe de libre fixation du montant du loyer connaît de nombreuses restrictions, notamment dans les zones tendues.

L'incidence à la baisse de la performance énergétique sur la valeur locative d'intégration

La Loi introduit de nouvelles restrictions lorsque les logements sont classés, par le DPE, en classe F ou G selon les critères définis à l'article L.173-1-1 du Code de la construction et de l'habitation. Le nouveau loyer ne pourra ainsi excéder le dernier loyer appliqué au précédent locataire que ce soit en cas de relocation, que le bien soit loué nu, meublé ou qu'il fasse l'objet d'un bail « mobilité », et que le logement soit situé ou non dans une zone tendue. Cette disposition sera applicable en métropole aux contrats de location conclus, renouvelés ou tacitement reconduits à compter du 25 août 2022.

La Loi intègre les nouveaux critères du DPE, issus la loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019, dite « loi Énergie et climat », dans les caractéristiques du logement décent.

Ce texte a introduit un seuil minimal de consommation d'énergie. Ainsi, à compter du 1^{er} janvier 2025, les logements classés G ne seront plus considérés comme des logements décents. Il en sera de même à compter du 1^{er} janvier 2028, pour les logements classés F et à compter du 1^{er} jan-

vier 2034, pour les logements classés E. En cas de logement « *indécent* » au sens de ces nouvelles dispositions, les sanctions de l'article 20-1 de la loi du 6 juillet 1989 s'appliqueront.

Le juge saisi pourra contraindre le propriétaire à effectuer les travaux nécessaires, imposer une réduction de loyer et accorder des dommages et intérêts au locataire. Ces sanctions s'appliqueront à tous les contrats conclus postérieurement à l'entrée en vigueur des nouveaux critères de décence.

Deux exceptions ont toutefois été prévues :

- pour les logements en copropriété, lorsque le copropriétaire démontre que, malgré ses diligences tendant à la réalisation de travaux relevant des parties communes ou d'équipements communs et la réalisation de travaux dans les parties privatives de son lot adaptés aux caractéristiques du bâtiment, il n'a pu parvenir à ce niveau de performance minimal ;
- pour les logements soumis à des contraintes architecturales ou patrimo-

niales qui font obstacle à l'atteinte de ce niveau de performance minimal.

Mais même dans ces situations où les travaux ne pourront pas être réalisés, le juge pourra là encore imposer une baisse de loyer et accorder des dommages et intérêts.

Par ailleurs, le bailleur qui souhaite procéder à la révision du loyer, à sa majoration, à sa réévaluation ou à son augmentation devra respecter un minimum de performance énergétique.

Ainsi, pour le bien loué classé F, la mise en œuvre de la clause de révision du loyer se trouvera paralysée. Le bailleur ne pourra pas non plus faire jouer le mécanisme de majoration du loyer en application d'une clause expresse par laquelle il accepte de réaliser des travaux d'amélioration moyennant une augmentation du loyer.

L'interdiction d'augmenter le montant du loyer pour les logements les plus énergivores est applicable aux contrats de location conclus, renouvelés ou tacitement reconduits un an après la publication de la loi du 22 août 2021, soit à compter du 25 août 2022.

« Le juge saisi pourra contraindre le propriétaire à effectuer les travaux nécessaires, imposer une réduction de loyer et accorder des dommages et intérêts au locataire. »

« La valeur verte », valorisation de la valeur locative

Corrélativement, les logements avec une « bonne note » DPE vont voir leur valeur locative augmentée.

La loi « Climat et résilience » leur confère une « valeur verte », qui correspond à l'augmentation de valeur engendrée par une meilleure performance énergétique et environnementale d'un bien immobilier, critère qui sera pris en compte pour apprécier la valeur locative du bien. ■



Par **Anne-Charlotte Goursaud-Treboz**, avocat counsel en droit immobilier de CMS Francis Lefebvre Lyon. 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



Et **Alice Royaux**, avocat en droit public de CMS Francis Lefebvre Lyon, elle intervient essentiellement en droit de l'urbanisme, tant en conseil qu'en contentieux, au profit de personnes publiques et privées.
alice.royaux@lyon.cms-fl.com

Les fonds d'investissement face à la règlementation de l'investissement socialement responsable et aux rapports locatifs

L'investissement socialement responsable (ISR) est devenu un enjeu crucial pour les acteurs de la gestion financière, tant en raison de la demande des investisseurs que des normes qui leurs sont imposées.

ESG et gestion immobilière, quels impacts sur les fonds ?

Les acteurs de la gestion immobilière n'échappent pas à cette évolution lourde. Ils doivent désormais intégrer et publier nombre de facteurs liés à cette nouvelle démarche, que leur stratégie d'investissement soit ou non compatible avec les objectifs fixés d'amélioration de la durabilité. Par ailleurs, les gérants financiers immobiliers (« GFIA ») sont fortement incités par leurs investisseurs à adopter des stratégies engagées en matière d'environnement, social et gouvernance (ESG), ces derniers étant eux-mêmes soumis à de telles obligations et les GFIA perçus comme pouvant avoir un impact déterminant ou tout au moins plus évident dans ce domaine.

En effet, la particularité de la finance immobilière est que les fonds concernés ont un contrôle direct sur l'actif qu'ils détiennent à la différence des stratégies sur les autres classes d'actifs dans lesquelles le GFIA ne peut généralement qu'inciter la société dont il détient les titres à adopter une démarche plus responsable. C'est donc principalement sur le volet environnemental du triptyque ESG que ces gérants sont à même d'intervenir. Cela étant, les aspects sociaux et de gouvernance restent toutefois réellement pertinents, en particulier au travers de la stratégie de location adoptée pour les actifs.

Au niveau européen, la réglementation sur la finance durable s'appuie en premier lieu

sur le Règlement (UE) 2020/852 dit « Règlement Taxonomie » dont l'objet est d'établir les critères permettant de déterminer si une activité économique est considérée comme durable au regard de six objectifs environnementaux :

- l'atténuation du changement climatique ;
- l'adaptation au changement climatique ;
- l'utilisation durable et la protection des ressources aquatiques et marines ;
- la transition vers une économie circulaire ;
- la prévention et la réduction de la pollution ; et
- la protection et la restauration de la biodiversité et des écosystèmes.

Afin d'être considérée comme durable, une activité économique doit ainsi :

– contribuer substantiellement à au moins un des 6 objectifs environnementaux ;

– ne causer de préjudice significatif à aucun des 6 objectifs environnementaux sur l'ensemble du cycle de vie des produits et services de l'activité ;

– être exercée dans le respect de normes minimales en matière sociale et de gouvernance ; et

– être conforme aux critères d'examen technique établis par la Commission européenne.

En second lieu, le règlement (UE) 2019/2088 dit « Règlement SFDR » impose aux acteurs financiers de communiquer sur les impacts de leur activité sur l'environnement tant en ce qui concerne leur activité propre que leurs produits. C'est ce texte qui a créé, rappelons-le, les trois catégories de fonds :

- les fonds ayant pour objectif l'investissement durable (dits fonds article 9) ;
- les fonds promouvant notamment des caractéristiques environnementales ou sociales (dits fonds article 8) ; et
- les autres pour lesquels SFDR ne requiert que des obligations « minimales » de transparence en matière de suivi du risque de durabilité (dit fonds article 6).

Ce dernier texte a conduit l'Autorité des marchés financiers à édicter sa Position 2020-03 qui détaille les informations que les fonds d'investissement peuvent communiquer en lien avec la prise en compte de critères extra-financiers.

« L'investissement socialement responsable (ISR) est devenu un enjeu crucial pour les acteurs de la gestion financière, tant en raison de la demande des investisseurs que des normes qui leurs sont imposées. »



Par **Jérôme Sutour**, avocat associé en banque & finance, responsable des pratiques services financiers et blockchain/crypto-actifs. Il intervient sur tous les aspects de régulation bancaire et financière.
jerome.sutour@cms-fl.com

Enfin les GFIA étant soumis à la directive 2011/61/UE dite « directive AIFM », le règlement délégué (UE) 2021/1255 est venu modifier le règlement délégué (UE) 231/2013 pris en application d'AIFM afin que les GFIA tiennent compte des risques en matière de durabilité dans leur activité de gestion.

La relation avec les parties prenantes, au cœur de la démarche ESG

Toutefois, si les axes réglementaires induisent un biais pouvant conduire à considérer que seuls les aspects de pure performance environnementale n'ont d'importance dans le déploiement d'une stratégie immobilière durable, la relation avec les parties prenantes, et notamment les locataires, constitue bien une composante intégrale d'une démarche ESG dans ce secteur.

Au-delà des seuls critères de sélection des actifs fondés sur leur efficacité énergétique et leur faible impact en termes d'émission de gaz à effet de serre ou encore, des stratégies d'amélioration de la performance du parc du fonds, la relation avec le locataire constitue également un axe de politique ESG dans l'environnement réglementaire actuel.

Déjà, en 2016, l'Association française des sociétés de placement immobiliers¹ avait identifié dans sa charte d'engagement en faveur de la gestion ISR en immobilier la dimension locative comme concourant au déploiement d'une stratégie d'investissement socialement responsable. La dimension locative d'une politique d'investissement responsable a depuis été reprise, notamment dans les référentiels ISR en date du 23 juillet 2020 décrivant les conditions à remplir pour les fonds souhaitant bénéficier de ce label.

Ainsi, en matière de location, l'approche ISR s'appuie principalement sur le bail vert intitulé en droit français l'« annexe environ-

« Au-delà des seuls critères de sélection des actifs fondés sur leur efficacité énergétique et leur faible impact en termes d'émission de gaz à effet de serre ou encore, des stratégies d'amélioration de la performance du parc du fonds, la relation avec le locataire constitue également un axe de politique ESG dans l'environnement réglementaire actuel. »

nementale » applicable aux baux conclus ou renouvelés portant sur des locaux de plus de 2 000 m² à usage de bureaux ou de commerces, à l'exclusion des entrepôts et des bâtiments industriels. Il convient toutefois de souligner qu'en pratique, les bailleurs investisseurs institutionnels prévoient souvent l'insertion de cette annexe dans leurs baux quand bien elle ne serait pas obligatoire.

La législation relative à l'annexe environnementale impose trois séries d'obligations à la charge du bailleur et du locataire : la communication mutuelle des informations utiles relatives aux consommations énergétiques des locaux loués, la mise en place, selon la périodicité qu'ils fixent, d'un bilan de l'évolution de la performance énergétique et environnementale des locaux loués et l'engagement sur un programme visant à améliorer la performance énergétique et environnementale des locaux loués. Le locataire est également tenu d'une obligation spécifique permettant au bailleur l'accès aux locaux loués pour la réalisation de travaux d'amélioration de la performance énergétique.

Si les engagements relatifs à la communication d'informations sont essentiels au GFIA afin de collecter celles lui permettant de suivre et communiquer sur l'efficacité de sa stratégie en matière ISR, les autres aspects sont tout aussi importants.

En effet, le volet portant sur les obligations du preneur et les interactions avec le bail-

leur constitue un aspect notable de la mise en œuvre d'une stratégie ISR par les fonds immobiliers au regard des principes d'investissement responsable développés, en lien avec l'Organisation des Nations unies,² par l'association du même nom (ci-après « APRI ») et déjà utilisés par l'INREV pour ses propres directives.

Ainsi, dans ses principes 12 à 14, l'APRI a développé un ensemble d'indicateurs en lien avec les relations entre preneurs et bailleurs et leurs engagements sur les enjeux ESG. Ces indicateurs traduisent une démarche pouvant être coercitive et incitative dans la prise en compte de l'ESG.

Dans sa composante coercitive, l'APRI envisage le bail vert comme pouvant constituer le cadre fixant les obligations du preneur favorisant le développement durable au travers d'objectifs ESG spécifiques (par exemple concernant la gestion de l'énergie, des eaux usées et des déchets).

Dans sa composante incitative, les aspects de sensibilisation et de formation dédiées au développement durable à destination des occupants constituent un axe efficace pour démontrer, au titre de la politique ISR d'un fond immobilier, son engagement comme bailleur à l'égard de ses preneurs de favoriser une meilleure et plus grande prise en compte des enjeux ESG.

Ainsi, la relation entre le fonds d'investissement bailleur et ses locataires apparaît bien comme un axe déterminant d'une stratégie ISR efficace. ■

1. ASPIM.

2. cf. INREV Guidelines: Custom Build.

Conséquences des mesures ATAD 2 sur les véhicules d'investissement immobilier

Les commentaires de l'Administration relatifs aux dispositions anti-hybrides issues de la Directive ATAD 2 viennent d'être publiés près de deux ans après son entrée en vigueur. Bien que fournissant quelques précisions utiles, ils sont globalement décevants.

L'Administration a publié ses commentaires sur les mesures de lutte contre les dispositifs hybrides le 15 décembre 2021. Pour rappel, ces mesures ont été introduites aux articles 205 B, 205 C et 205 D du CGI par la loi de finances pour 2020¹ et visent à neutraliser les asymétries fiscales issues de possibles divergences entre législations nationales. Sont principalement concernées les situations de double déduction d'une charge, de double non-imposition d'un produit ou de déduction d'une charge dans un Etat sans imposition corrélative du produit dans l'autre Etat. L'une des difficultés d'application de ces mesures réside dans la nécessité d'examiner les législations étrangères susceptibles d'avoir une incidence en France ou inversement.

Ces dispositions ne s'appliquent toutefois qu'aux dispositifs hybrides intervenant (i) entre entreprises associées ou entre entreprises associées d'un même contribuable, (ii) entre établissements stables et sièges ou encore (ii) en présence de dispositifs dits structurés. L'impact des dispositions anti-hybrides sur le financement des opérations immobilières semble assez limité. A certains égards, ces nouvelles dispositions s'avèrent même moins contraignantes que l'ancienne règle anti-hybride de l'article 212, I-b du CGI (aujourd'hui abrogé) dès lors qu'elles ne visent pas les intérêts payés à des prêteurs exonérés

d'impôt ou établis dans des juridictions ne levant pas d'impôt ou levant un impôt presque nul. En outre, les structurations immobilières impliquant des instruments financiers hybrides et des entités françaises semblent assez rares en pratique. C'est particulièrement vrai en ce qui concerne le financement d'opérations étrangères depuis la France. D'un point de vue français, les instruments de quasi-equity restent, en effet, qualifiés d'instruments de dette. En revanche, l'identification de dispositifs impliquant des entités hybrides est beaucoup plus fréquent. Loin de prétendre à l'exhaustivité, les commentaires ci-après tentent d'en faire l'illustration.

Les sociétés de personnes françaises

Il est essentiel que les structures de détention mises en place par les investisseurs étrangers pour porter leurs opérations immobilières en France ne conduisent pas à une taxation plus lourde que celle qu'ils supporteraiten cas d'investissement direct. Cette attente légitime se heurte aux difficultés grandissantes d'accès aux réductions ou aux exonérations de retenues à la source prévues par les conventions fiscales et la Directive mère-fille. Cela se traduit par le recours de plus en plus fréquent à des structures d'investissement standards et basiques (dites « *plain vanilla* ») avec une acquisition directe des actifs depuis l'étranger ou

« L'impact des dispositions anti-hybrides sur le financement des opérations immobilières semble assez limité. »

via l'interposition d'une société de personnes translucide. Dans les deux cas, la remontée des profits générés et imposés en France peut être réalisée sans aucun frottement fiscal.

Or, la « translucidité » fiscale d'une société de personnes française ne s'impose pas aux juridictions étrangères. Aussi, certains pays de résidence des investisseurs les voient comme étant totalement transparentes d'un point de vue fiscal. C'est notamment le cas du Luxembourg. L'associé luxembourgeois d'une société de personnes française est considéré comme détenant directement ses actifs. En cas de financement de cette dernière via un prêt d'associé, les intérêts qu'il perçoit ne constituent pas des revenus imposables au Luxembourg. Or, en France, ces mêmes intérêts sont, en principe, déductibles du résultat de la société de personnes (imposé au niveau de ses associés).



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



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

Ce traitement fiscal asymétrique, matérialisé par une déduction en France sans inclusion dans une base taxable au Luxembourg, est donc susceptible de tomber dans le champ d'application du 1^o du I de l'article 205 B du CGI visant les paiements effectués par une entité hybride. La déduction en France des intérêts devrait donc être remise en cause.

Les véhicules français régulés

Il existe une grande variété de véhicules régulés pouvant être utilisés pour porter des investissements immobiliers. Même lorsqu'ils sont constitués sous forme contractuelle, ils ne devraient pas pouvoir être considérés comme des entités fiscalement transparentes en France pour les besoins de l'application des mesures anti-hybrides. Dans la grande majorité des cas, le recours à des véhicules régulés français ne devrait donc pas conduire à la caractérisation de dispositifs hybrides inversés qui consisterait à un investissement via une entité, d'une part, fiscalement transparente dans sa juridiction d'établissement et, d'autre part, opaque dans la juridiction de ses investisseurs. L'exclusion prévue pour les fonds de placement à participation large serait donc sans objet pour les fonds français. Les commentaires de l'administration sur la notion d'inclusion semblent militier en ce sens². Malgré une formulation maladroite, l'administration précise en effet que le régime fiscal spécifique des « sociétés d'investissement (comme les fonds communs de placement à risques en France) » ne peut pas être assimilé à une absence d'inclusion. Cela impliquerait en creux que lesdits véhicules ne peuvent pas être regardés comme des entités fiscalement transparentes en France.

« Le recours à des véhicules régulés français ne devrait donc pas conduire à la caractérisation de dispositifs hybrides inversés. »

Les véhicules étrangers (régulés ou non)

La responsabilité des investisseurs des véhicules d'investissement étrangers est généralement limitée au montant de leurs apports. De ce fait, ces véhicules doivent en principe être considérés comme des entités opaques en France alors mêmes qu'ils sont traités comme totalement transparents dans leur juridiction. C'est notamment le cas des fonds luxembourgeois constitués sous forme de Société en Commandite Simple (SCS) ou de Société en Commandite Spéciale (SCSp). Dans ce cas, les paiements d'intérêts en faveur d'une SCS / SCSp peuvent donner lieu à une charge déductible (le cas échéant, en France) sans être inclus dans les revenus imposables de l'entité hybride au Luxembourg ni dans ceux de l'investisseur français. Cette asymétrie est directement imputable aux divergences entre la législation française et la législation luxembourgeoise concernant l'attribution du paiement. Elle est donc susceptible de tomber dans le champ d'application du b du 1^o du I de l'article 205 B du CGI visant les paiements effectués en faveur d'une entité hybride. Il est regrettable que l'exclusion prévue pour les fonds de placement à participation large en matière de dispositifs hybrides inversés ne soit pas applicable dans cette situation. Au demeurant, comme le rappellent les commentaires de l'Administration, pour que le dispositif hybride soit qualifié « l'asymétrie doit survenir entre un

contribuable et une entreprise associée ou entre entreprises associées d'un même contribuable »³. La loi et les commentaires administratifs restent toutefois muets sur le niveau de la chaîne de détention où il convient de se placer pour apprécier cette condition (entre la société débitrice et l'entité hybride ? entre l'entité hybride et l'investisseur ? à chacun de ces niveaux ?). Selon nous, puisque l'asymétrie découle des divergences existantes entre la législation de l'investisseur et celle de l'entité hybride, aucun dispositif hybride ne devrait pouvoir être qualifié dès lors que l'investisseur et l'entité hybride ne sont pas liés. ■

1. Transposition de la directive UE/2016/1164 du 12 juillet 2016 (ATAD 1) telle que modifiée par la directive UE/2017/952 du 29 mai 2017 (ATAD 2). Ces directives font suite au travaux « BEPS » menés par l'OCDE (cf. rapport « Action 2 : Neutraliser les effets des dispositifs hybrides » publié le 5 octobre 2015 et rapport « Neutraliser les dispositifs hybrides impliquant une succursale » publié le 27 juillet 2017).

2. BOI-IS-BASE-80-10 §100.

3. BOI-IS-BASE-80-20-10 §80.

Le retour de l'inflation impactera les taxes locales de certains immeubles en 2022

La taxe foncière, la cotisation foncière des entreprises et la taxe d'habitation sont communément qualifiées d'impôts locaux « fonciers », car leur assiette taxable - sur laquelle sont appliqués les taux d'impositions votés par les collectivités locales - est constituée de la valeur locative foncière de l'immeuble imposé. Cette valeur locative foncière est actualisée chaque année par différentes méthodes selon les typologies d'immeubles. Pour la généralité des locaux professionnels, cette actualisation suit désormais l'évolution réelle des loyers. En effet, la dernière révision générale des valeurs locatives, qui est entrée en vigueur en 2017, a institué une procédure

de mise à jour permanente des bases d'imposition en fonction des données collectées au moyen des déclarations DECLOTER déposées chaque année par les locataires (en annexe de leurs déclarations de résultat).

En revanche, **les logements, les établissements industriels et les locaux professionnels dont les caractéristiques sortent de l'ordinaire** (stades, parcs de loisirs, etc.) sont exclus de ce dispositif. Leur valeur locative foncière est en effet actualisée, chaque année, en fonction de l'évolution de l'indice des prix à la consommation harmonisé (ICPH) calculée par l'INSEE entre les mois de novembre N-2 et novembre N-1.

Or, l'ICPH du mois de novembre 2021 affiche une hausse de 3,4 % par rapport à celui du mois de novembre 2020.

A taux constants et toutes choses étant égales par ailleurs, les propriétaires de ces locaux doivent donc s'attendre, en 2022, à une augmentation de 3,4 % de leur taxe foncière et, le cas échéant, de leur taxe d'enlèvement des ordures ménagères.

Les occupants des locaux (propriétaires ou non) seront également impactés par une hausse de 3,4 % de la base imposable à la cotisation foncière des entreprises ou, pour les logements, à la taxe d'habitation sur les résidences secondaires. ■

16



Par **David Barreau**, avocat en fiscalité. Il intervient plus particulièrement dans les dossiers de conseil et de contentieux en matière de fiscalité locale.
david.barreau@cms-fl.com

CMS Francis Lefebvre

2 rue Ancelle 92522 Neuilly-sur-Seine Cedex

T +33 1 47 38 55 00

cms.law/fl

linkedin.com/company/cms-francis-lefeuvre-avocats

@cms_fl

Option Finance

Supplément du numéro 1641 du Lundi 7 février 2022

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 : Glückstadt, (Allemagne) - Taux de fibres recyclées : 100 %, Certification PEFC,

Impact sur l'eau Ptot : 0,004 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