

f *Les nouvelles* **fiscales**

SYNTHÈSES & COMMENTAIRES DE L'ACTUALITÉ

- ✓ **Projet de loi de finances rectificative pour 2008**
- ✓ **Fiscalité des partenariats public-privé**
- ✓ **TVA : la CJCE précise la notion d'assujetti**
- ✓ **Indemnité compensatrice d'usage d'un patronyme imposée en BNC**

Fiscalité des PPP : liberté, égalité, neutralité

La réforme du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariats a rendu plus aisé le recours à ce type de contrats, en facilitant les procédures de passation mais aussi en réduisant le coût fiscal des projets. L'objectif du législateur à cet égard a été d'assurer la neutralité fiscale du choix de ce mode contractuel par rapport à celui des opérations faites en direct par les collectivités publiques.



Noël Chahid-Nourai
Avocat à la Cour, associé
Allen & Overy LLP Paris



Jean-Luc Champy
Avocat à la Cour,
Allen & Overy LLP Paris



David Affejee
Avocat à la Cour,
Allen & Overy LLP Paris



L. n° 2008-735, 28 juill. 2008,
JO 29 juill., p. 12144.

→ Repère : Lamy Fiscal 2008,
§ 4065, 4069.

La loi du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariats⁽¹⁾ est venue consacrer le retour du droit fiscal dans le corpus des règles spécifiques aux Partenariats Public-Privé (PPP). Si elle n'apporte pas toutes les réponses attendues par la profession, cette loi comble certaines lacunes et incite à dresser un bilan des problématiques fiscales posées. Aujourd'hui, les différentes formes de contrats sont envisageables, mais le facteur fiscal est essentiel, aussi bien en phase de construction des infrastructures qu'en période d'exploitation.

→ Le paramètre fiscal : un facteur clé

Les différentes formes juridiques des PPP

Le PPP recouvre plusieurs formes d'associations entre secteur public et secteur privé. Il peut être institutionnel, dans le cas des sociétés d'économie mixte, ou contractuel, lorsqu'il porte sur un contrat global de longue durée par lequel une personne publique confie le financement, la réalisation et l'exploitation d'un ouvrage public ou d'un service public à un opérateur privé, en contrepartie d'une rémunération étalée sur la durée du contrat. À noter, cependant, que la définition française du PPP est plus restrictive que celle qui a cours à l'étranger, car elle en exclut les concessions et autres formes de délégations de service public (affermage, régies intéressées).

Le mode de structuration d'un PPP

Les montages contractuels réalisés sous forme de PPP sont habituellement structurés autour d'une société ad hoc, constituée par les membres du groupement d'entreprises attributaire du contrat, qui est titulaire de celui-ci. Cette société passe des contrats avec les différents membres du groupement pour la conception-construction et pour l'exploitation-maintenance de l'ouvrage. Elle souscrit également des contrats de financement pour permettre la réalisation de l'ouvrage. Le financement mis en place est, le plus souvent, un financement de projet à recours limité sur les actionnaires de la société de projet.

Le cadre normatif

En droit français, il existe plusieurs formes de PPP, le contrat de partenariat étant la plus récente. Dans l'attente de la mise au point de cet outil contractuel à vocation générale, deux PPP « sectoriels » avaient été créés pour permettre de rattraper un important retard d'investissement constaté dans le domaine de la police et la justice (AOT/LOA) et dans le domaine de la santé (BEH). Par ailleurs, à côté de ces montages existait déjà le bail emphytéotique qui, associé à une convention d'exploitation non détachable, pouvait constituer une forme de PPP.

Ces instruments spécifiques subsistent mais l'ordonnance du 17 juin 2004⁽²⁾ a institué un

(1) L. n° 2008-735, 28 juill. 2008, JO 29 juill., p. 12144.

(2) Ord. n° 2004-559, NOR : ECOX0400035R, 17 juin 2004, JO 19 juin.

outil à vocation générale : le contrat de partenariat, qui permet à une personne publique de confier à un tiers une mission globale comportant au minimum le préfinancement, la construction et l'exploitation d'un ouvrage ou d'équipements nécessaire(s) au service public. La rémunération du titulaire du contrat s'effectue sous la forme d'un loyer étalé dans le temps et peut inclure des recettes annexes. Contrairement aux montages sectoriels qui ne sont assortis d'aucune condi-

tion, cette ordonnance a limité le recours au contrat de partenariat aux projets complexes et/ou urgents, ces conditions étant appréciées strictement, du fait de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État. Elle a également imposé la réalisation d'une évaluation préalable.

Les apports de la loi du 28 juillet 2008

Établie sur la base des retours d'expérience des premiers PPP, la loi du 28 juillet 2008⁽³⁾ a réformé le régime des contrats de partenariat et, de manière plus limitée, celui des PPP « sectoriels », dans trois directions :

- l'élargissement des conditions de recours au contrat de partenariat, notamment en créant un troisième cas d'éligibilité, le bilan coût-avantage favorable ;
- l'amélioration de la procédure de passation et du fonctionnement des contrats en vue de rendre les contrats plus efficaces ;
- la facilitation du financement des contrats de partenariat, en améliorant le mécanisme de cession de créances applicables aux PPP, en élargissant le champ des recettes annexes que le titulaire peut mobiliser et, surtout, en limitant les distorsions fiscales qui pénalisaient les montages en PPP par rapport à ceux réalisés sous maîtrise d'ouvrage publique.

La nécessaire prise en compte des aspects fiscaux

Du fait de la diversité des acteurs impliqués dans les schémas de PPP et de la maturité des projets (15 ans au minimum et le plus souvent une trentaine d'années), l'identification précise, dans la modélisation financière des structures, des taxes et redevances applicables, revêt une importance primordiale. On distingue à cet égard, de façon classique, et même si la dis-

inction peut paraître schématique, d'une part les impôts liés à la construction des infrastructures (taxes d'urbanisme et taxe de publicité foncière) et d'autre part, les impôts liés à la personne du cocontractant, qui recouvrent principalement l'impôt sur les sociétés prélevé sur le bénéfice réalisé par la société de projet, la taxe sur la valeur ajoutée appliquée aux loyers

facturés à la collectivité et la taxe professionnelle.

La société de projet cherchera généralement à refacturer à son

cocontractant la totalité des taxes d'urbanisme, ainsi que, s'il y a lieu, le coût fiscal lié à l'enregistrement des actes. Cette refacturation est faite à l'euro l'euro, sur présentation des pièces justificatives. S'agissant de la TVA, si le redevable est bien le partenaire privé, le coût de la taxe est naturellement supporté par la collectivité publique (la TVA étant facturée en sus des loyers). S'agissant en revanche de l'impôt sur les sociétés et de la taxe professionnelle, ces impositions sont réglées par la société de projet, laquelle n'en répercutera le coût sur son partenaire qu'au travers des loyers et non par le biais d'une refacturation, sauf dans certains cas, pour le second de ces impôts, en raison des risques forts d'instabilité de la législation qui la régit, conduisant ainsi par prudence à une refacturation à l'euro l'euro.

De cette modalité de répartition des risques fiscaux découlent pour les cocontractants des conséquences opposées : la société de projet ne subit pas le risque de changement de loi (augmentation du taux, création de nouvelles taxes) lorsque le coût fiscal est refacturé à la collectivité ; elle est en revanche en position de risque en matière d'impôt sur les sociétés et, parfois, de taxe professionnelle⁽⁴⁾.

Le facteur fiscal est également fondamental s'agissant des rapports entre les banques et la société de projet. Du point de vue du prêteur, les impositions, taxes et redevances viennent obérer la trésorerie de l'emprunteur et ses capacités de remboursement. Dès lors, les établissements de crédit chercheront à obtenir, par le biais de déclarations et engagements de l'em- ▶

(3) Voir (1).

(4) On notera que les contrats prévoient généralement des clauses de compensation en cas de changements législatifs ou réglementaires, qui pourraient s'appliquer en matière fiscale.

prunteur souscrits dans le contrat de prêt, le maximum de garanties quant au respect par la société de projet de ses obligations fiscales.

Cette préoccupation du facteur fiscal a conduit la Mission d'appui aux PPP (Mapp) à un très heureux effort didactique. Des fiches résumant la position à prendre sur certains aspects fiscaux essentiels et oubliés par la Direction de la Législation Fiscale (DLF) et/ou par la Direction Générale des Finances Publiques (DGFIP) sont diffusées sur le site de la Mission. On peut regretter seulement qu'elles ne couvrent pas toutes les questions et que cet effort pédagogique ne soit pas doublé d'un effort de coordination générale au niveau de la DGFIP entre principaux services compétents et appuyé par la mise en place d'une hotline.

→ La fiscalité applicable en période de construction : vers un régime d'exonération ?

Quelles sont les taxes appliquées dans les programmes actuels de PPP ?

Le partenaire privé s'engageant à réaliser des infrastructures immobilières est en principe redevable des taxes d'urbanisme et assimilées dues sur les opérations de construction. On citera ainsi la Taxe Locale d'Équipement (TLE) et ses taxes

assimilées (taxe pour le financement des conseils d'architecture,

d'urbanisme et d'environnement et taxe des espaces naturels et sensibles), le versement pour dépassement du plafond légal de densité, la redevance pour création de bureaux en Île-de-France, la participation pour non-réalisation d'aires de stationnement et la redevance d'archéologie préventive.

Il convient d'ajouter aux taxes d'urbanisme la taxe de publicité foncière et le salaire du conservateur des hypothèques, même si ces derniers sont liés non pas à la construction mais à la publication du contrat de partenariat. Avant que la loi du 28 juillet 2008 ne vienne lever les dernières incertitudes, des doutes existaient en effet quant au traitement des contrats de partenariat : dans l'hypothèse où l'une des parties aurait souhaité publier le contrat et où il

aurait été considéré que ce dernier devait s'analyser comme une AOT d'une part et comme un bail d'une durée supérieure à 12 ans d'autre part, cette publication aurait entraîné l'application de la taxe de publicité foncière au taux de 0,715 % (le coût total de la publicité atteignant 0,815 % en incluant le salaire du conservateur des hypothèques) assise sur le montant des loyers futurs, plafonné à 20 années (CGI, art. 742). Le coût fiscal en eut été dirimant.

Quel est l'esprit de la réforme ?

Le poids de la fiscalité immobilière risquait à terme de limiter le recours par les collectivités publiques aux schémas de PPP, dans la mesure où un régime d'exonération prévaut généralement s'agissant des immeubles édifiés en direct par l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics administratifs. La loi du 28 juillet 2008 vise précisément à établir une égalité de traitement fiscal entre PPP et marchés publics, s'agissant tant des taxes d'urbanisme que des taxes prélevées en cas de publication des actes. On relèvera toutefois que les exonérations votées ne s'appliquent pas à l'ensemble des impositions, l'exposé des motifs du projet de loi précisant à cet égard qu'il serait complété ultérieurement par un volet réglementaire⁽⁵⁾ pour les textes fiscaux qui ne relèvent pas du domaine législatif.

« La loi du 28 juillet 2008 vise précisément à établir une égalité de traitement fiscal entre PPP et marchés publics »

L'article 37 de la loi du 28 juillet 2008 permet en premier lieu

d'exonérer de taxe de publicité foncière les contrats de PPP listés au nouvel article 1048 ter du CGI⁽⁶⁾, pour lesquels seul un droit fixe de 125 € est désormais dû⁽⁷⁾. Cette réforme permet notamment d'aligner le traitement des AOT du domaine public consenties par les collectivités territoriales (jusqu'alors soumises à la taxe de publicité foncière) sur celui des AOT consenties par l'État (qui ne donnait lieu qu'au droit fixe de 125 €). Elle a également pour effet d'exonérer de taxe de publicité foncière les baux d'une durée de plus de 12 ans : le

(5) Confirmé par une réponse ministérielle Lecerf en date du 21 août 2008 (Rép. min. Lecerf, n°2956, JO Sénat Q 21 août 2008, p.1652). À la date de rédaction de cette étude, les décrets n'avaient pas été publiés.

(6) Cette liste reprend les contrats classiques de PPP : AOT/LOA, BEH, BEA, contrats de partenariats.

(7) Mesure applicable aux actes publiés depuis le 29 juillet 2008, date de publication de la loi.

régime fiscal des contrats de partenariat est ainsi clarifié. Enfin, et en application de l'article 40 de la loi du 28 juillet 2008, les cessions de créance de plus de 3 ans ne donnent plus lieu à la taxe de publicité foncière lorsque ces cessions concernent des actes conclus dans le cadre de PPP. Les actes publiés demeurent toutefois soumis au salaire du conservateur des hypothèques (au taux de 0,10 %) : des mesures réglementaires devraient être prises pour instituer également un régime d'exonération.

S'agissant des taxes d'urbanisme, les articles 35 et 36 de la loi exonèrent de versement pour dépassement du PLD et de la redevance pour création de bureaux en Île-de-France les constructions érigées dans le cadre de PPP. De même, l'article 41 de cette loi permet d'aligner l'assiette de la redevance d'archéologie préventive sur celle retenue pour les constructions érigées par les collectivités publiques (*C. patr., art. L 524-7*)⁽⁸⁾. En revanche, la TLE et ses taxes assimilées devront faire l'objet de mesures réglementaires.

→ La fiscalité applicable en période d'exploitation : doutes et progrès

Les principales problématiques fiscales concernent la fiscalité locale et les impôts d'État : IS et TVA.

La fiscalité locale : un chantier inachevé

La loi du 28 juillet 2008 a étendu aux contrats de partenariat le dispositif d'exonération existant déjà en matière de taxe foncière sur les propriétés bâties s'agissant des ouvrages édifiés dans le cadre de BEH ou dans le cadre d'AOT/LOA (immeubles destinés à la justice, la police ou les armées). La taxe sur les propriétés non bâties ne devrait, quant à elle, être due qu'en période de construction (et non en période d'exploitation), son coût étant en tout état de cause marginal.

Le sort de la taxe professionnelle est, quant à lui, incertain. Dans l'attente d'une éventuelle réforme de cette taxe⁽⁹⁾, et conformément à la position exprimée par l'administration fiscale dans les fiches fiscales communiquées par la Mapp, les praticiens considèrent que les contrats de PPP ne constituent ni des contrats de location ni des contrats de crédit-bail. En conséquence, dès lors que la personne publique

utilise matériellement les biens pour la réalisation des opérations qu'elle effectue dans le cadre de son « activité professionnelle », celle-ci sera considérée comme en disposant et sera donc redevable de la taxe (mais en pratique sera exonérée s'agissant des infrastructures utilisées dans un cadre non lucratif). La société de projet ne sera donc pas soumise à la taxe professionnelle assise sur les valeurs locatives des biens, mais devra en revanche acquitter la cotisation minimale sur la valeur ajoutée (plafonnée à 1,5 %) si son chiffre d'affaire annuel est supérieur à 7,6 M€.

Des incertitudes en matière d'impôt sur les sociétés

En l'absence de disposition comptable⁽¹⁰⁾ ou fiscale spécifique, les problématiques rencontrées en pratique ont notamment porté sur la durée d'amortissement des biens, sur la nécessité d'identifier des composants, et sur la possibilité d'appliquer l'amortissement financier visé au 2^e alinéa du I de l'article 39 C du CGI. Concernant le premier point, la solution généralement retenue par la pratique a consisté à suivre les règles définies en matière de durée par le règlement CRC n° 2002-10⁽¹¹⁾ et à amortir les constructions de façon linéaire sur la durée du contrat. Conformément au principe de convergence posé par l'administration fiscale dans son instruction du 30 décembre 2005⁽¹²⁾, laquelle toutefois ne vise pas les contrats de concession et les PPP, le traitement fiscal a été aligné sur le traitement comptable. S'agissant du second point, l'interprétation combinée des règlements CRC n° 2002-10 et CRC n° 2004-06⁽¹³⁾ a conduit à exclure la comptabilisation de composants. Enfin, l'amortissement financier visé au I de l'article 39 C du CGI, qui permet d'aligner l'amortissement des biens sur celui du principal de la dette bancaire ayant financé la construction de ces mêmes biens, n'a pas été retenu à ce jour, malgré quelques velléités, dans la mesure notamment où ce dispositif ne s'applique qu'aux établissements de crédit. ▶

(8) Dispositions applicables aux projets de partenariat en cours de passation, y compris ceux pour lesquels un avis d'appel public à la concurrence a été passé avant le 29 juillet 2008.

(9) Un Comité pour la réforme des collectivités locales, créé par décret du 22 octobre 2008 (D. n° 2008-1078, 22 oct. 2008, JO 24 oct.) doit rendre ses conclusions en février 2009.

(10) L'avis CNC n° 2004-15 relatif à la définition, la comptabilisation et l'évaluation des actifs exclut de son champ d'application les contrats de PPP.

(11) Régl. CRC n° 2002-10, 12 déc. 2002.

(12) Instr. 30 déc. 2005, BOI 4 A-13-05.

(13) Régl. CRC n° 2004-06, 23 nov. 2004.

Si la loi du 28 juillet 2008 n'apporte aucune réponse à ces questions, elle a en revanche cherché à clarifier le traitement fiscal des cessions de créance afin de faciliter le recours pour les sociétés de projet à l'endettement. Contrairement à l'approche comptable, l'Administration avait considéré que la cession de créances futures de crédit-bail induisait, chez le crédit-bailleur cédant, la constatation d'une variation positive d'actif net taxable, égale au prix de cession⁽¹⁴⁾. Pour éviter l'imposition immédiate qui en résulterait, les sociétés de crédit-bail étaient autorisées, en application de l'article 39 quinquies I du CGI, à doter une provision fiscalement déductible permettant de ne taxer que le profit économique de l'opération de cession. Une telle provision ne pouvait toutefois être dotée dans le cadre de PPP par les sociétés de projet, dès lors que ces dernières n'étaient pas des sociétés de crédit-bail. La loi du 28 juillet 2008 a pour ces raisons complété le dispositif de l'article 39 quinquies I du CGI en introduisant un mécanisme de provision similaire s'agissant de cessions de créances réalisées dans le cadre d'un contrat de partenariat.

Un régime de TVA stabilisé

Le traitement de la TVA des loyers facturés par la société de projet dans le cadre de contrats de partenariats soulevait des difficultés du fait du caractère composite des prestations rendues (construction et exploitation d'infrastructures). Certains praticiens, constatant l'usage d'une terminologie immobilière (« loyers ») et de l'existence d'une composante location de bâti, penchaient pour le régime de la TVA sur option. D'autres concluaient que l'appellation « loyer » ne devait pas occulter le caractère composite de la prestation et la dominante « services » dans celle-ci. D'où, selon eux, une taxation à la TVA dans les conditions du droit commun.

Si la loi du 28 juillet 2008 n'apporte pas de précision sur ce point, la position de l'admini-

nistration fiscale est claire, cette dernière considérant que la prestation rendue par la société de projet constitue une prestation globale en principe soumise dans son ensemble à la TVA, sauf exonération particulière⁽¹⁵⁾. L'Administration considère par ailleurs que, dans l'hypothèse où la société de projet souhaiterait céder les créances détenues sur la personne publique, une telle cession serait hors du champ de la TVA.

S'agissant de la collectivité publique, laquelle devrait supporter le coût de la TVA non récupérable, se pose la question de l'éligibilité au Fonds de Compensation pour la TVA (FCTVA). L'ordonnance du 17 juin 2004⁽¹⁶⁾ avait prévu qu'une collectivité passant un contrat de partenariat pourrait bénéficier du FCTVA sur la part de la rémunération versée à la société de projet qui correspond à l'investissement réalisé par cette dernière. Afin de faciliter le recours des petites collectivités aux structures de PPP, la loi du 28 juillet 2008 rend également éligible au FCTVA (sous condition) les BEA, ces derniers étant en général utilisés de préférence aux contrats de partenariats dans le cadre de projets de petite dimension.

COMMENTAIRE

En matière de TVA, comme en matière de taxes d'urbanisme et de taxe de publicité foncière, c'est donc bien un objectif de neutralité fiscale qui aura présidé aux modifications apportées par le législateur. Cet effort doit désormais être complété au niveau réglementaire.

(14) Dans la mesure où s'agissant de créances futures non comptabilisées à l'actif, leur cession n'entraîne pas de sortie d'actif corrélative (BOI 4 A-6-00, n° 46 à 48).

(15) Voir en ce sens les fiches fiscales de la Mappo :

(http://www.ppp.minefi.gouv.fr/fiches_fiscales.pdf).

(16) Ord. n° 2004-559, NOR : ECOX0400035R, 17 juin 2004, JO 19 juin.