

# Prélèvement sur les plus-values de cessions de bien immobilier en fonction du lieu de résidence des associés et libre circulation des capitaux

## Lire les conclusions de :

**Laurent Levy Ben Cheton**

Conclusions du rapporteur public

## Lire les commentaires de :

**Lukasz Stankiewicz**

« Clause de gel » ou de l'intérêt de l'archéologie fiscale...

## DÉCISION DE JUSTICE

---

CAA Lyon, 2ème chambre – N° 12LY00100 – SCI Saint-Etienne et M et Mme A. – 29 janvier 2013 – C+ [↗](#)

Arrêt confirmé en cassation : voir CE - 20 octobre 2014 - N° 367234 - B

## INDEX

---

### Mots-clés

Plus-values immobilières, Article 244 bis A du code général des impôts, Droit de l'UE, Liberté de circulation des capitaux, Lieu de résidence des associés, Clause de gel, Clause de sauvegarde, Article 58 du TCE

### Rubriques

Fiscalité

Résumé Conclusions du rapporteur public Note universitaire

## Résumé

### DECISION CE

<sup>1</sup> Libre circulation des capitaux - Liberté de circulation des capitaux entre les Etats membres et entre les Etats membres et les pays tiers - Prélèvement sur les plus-values de cessions d'immeubles réalisées par les sociétés relevant des articles 8 à 8 ter du CGI - 1) Application d'un taux plus élevé aux plus-values correspondant à des droits d'associés résidant dans certains pays tiers - Restriction aux mouvements de capitaux - 2) Clause de gel (article 57 § 1 du TCE) - Inapplicabilité - 3) Clause de sauvegarde du a de l'article 58 du TCE - Comparaison en fonction du lieu de résidence des associés.

<sup>2</sup> 1) Distinction, pour l'application d'un prélèvement libératoire de l'impôt sur le revenu dû au titre des plus-values de cessions d'immeubles réalisées par les sociétés relevant des articles 8 à 8 ter du code général des impôts (CGI), entre les droits détenus, d'une part, par des associés résidents de France, d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un Etat partie à l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention fiscale comportant une clause d'assistance administrative (taux de 16%) et, d'autre part, les associés résidents d'un pays tiers autre qu'un Etat partie à l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une telle convention fiscale (taux d'un tiers). En réduisant le taux de rentabilité d'un investissement immobilier en France, ces dispositions sont de nature à dissuader les investisseurs résidents de certains pays tiers d'investir en France et, par suite, constituent une restriction aux mouvements de capitaux en provenance ou à destination de ces pays, en principe interdite par l'article 56 du traité instituant la Communauté européenne (TCE).

<sup>3</sup> 2) Clause de sauvegarde de l'article 57 du traité instituant la Communauté européenne, devenu l'article 64 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE, clause de gel au 31 décembre 1993). En l'espèce, avant le 31 décembre 2004, les plus-values de cession d'un bien immobilier situé en France réalisées par des sociétés civiles immobilières étaient soumises à un prélèvement de 16 %, quel que soit le pays de résidence de leurs associés, tandis que les plus-values afférentes à la cession d'un même bien réalisées par des personnes physiques résidentes d'un pays tiers à l'Union européenne étaient soumises à un prélèvement d'un tiers. C'est pour remédier à la différence de traitement entre contribuables non-résidents, selon qu'ils détenaient un bien immobilier en France directement ou par l'intermédiaire d'une société civile immobilière,

que, par l'article 50 de la loi du 30 décembre 2004 de finances rectificative pour 2004, le législateur a notamment étendu le champ d'application du prélèvement d'un tiers aux plus-values de cession d'un bien immobilier situé en France réalisées par des sociétés civiles immobilières, au prorata des droits détenus par des associés qui ne sont pas résidents de France, d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un Etat partie à l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention fiscale comportant une clause d'assistance administrative. La différence de traitement n'a donc pas existé en droit national de façon ininterrompue depuis le 31 décembre 1993 et la clause de gel ne peut s'appliquer.

<sup>4</sup> 3) Application de la clause de sauvegarde du a de l'article 58 du TCE (art. 65 TFUE, situations différentes ou raison impérieuse d'intérêt général). Il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, et notamment des arrêts des 14 décembre 2006 et 10 mai 2012 rendus dans les affaires C-170/05, D. et C-338/11, Santander Asset Management, que, pour déterminer si des contribuables se trouvent dans des situations différentes en ce qui concerne leur résidence ou le lieu où leurs capitaux sont investis, leurs situations doivent être comparées en tenant compte du critère de distinction pertinent de la disposition fiscale en cause. En l'espèce, les dispositions critiquées font dépendre le taux du prélèvement libératoire sur les plus-values de cession d'immeubles détenus par des sociétés civiles immobilières du lieu de résidence de leurs associés. Par suite, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en comparant, pour juger que ce dispositif fiscal n'entre pas dans le champ du a de l'article 58, des sociétés civiles immobilières en fonction du lieu de résidence de leurs associés.

## ARRET CAA Lyon : confirmé

<sup>5</sup> Taux différents des plus-values de cession de bien immobilier en fonction du lieu de résidence des associés et libre circulation des capitaux

<sup>6</sup> La différence de traitement, issue des dispositions des articles 150 U, 150 VF, 200 B et 244 bis A du code général des impôts, qui conduit à imposer différemment les plus-values de cessions de bien immobilier réalisées en France par une société ou un groupement relevant des articles 8 à 8 ter du même code dont le siège social est situé en France selon que les associés sont résidents soit d'un Etat membre de la Communauté européenne, ...

<sup>7</sup> ...ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention fiscale qui contient une clause d'assistance administrative, soit d'un Etat tiers comme la Suisse, constitue une restriction au mouvement de capitaux entre les Etats membres et les Etats tiers, restriction qui, en principe,

est interdite par le paragraphe 1 de l'article 56 du traité instituant la Communauté européenne, devenu l'article 63 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

<sup>8</sup> Par cette décision, la Cour a écarté l'application des dispositions de l'article 244 bis A du CGI, issues de l'article 50-I de la loi de finances du 30 décembre 2004, jugées inconstitutionnelles dans la mesure où elles assujettissent à un taux d'un tiers (au lieu de 16%) les plus-values de cession immobilières réalisées par les sociétés de personnes (8 à 8 ter CGI) dont les associés résident hors de l'Union européenne (UE) (et, sous conditions d'assistance, de l'Espace Economique Européen (EEE) . Ainsi jugé, qu'en tant qu'elle s'applique à des personnes morales résidentes en France, cette différence de traitement fiscal, fondée sur l'origine des investissements, constitue une restriction incompatible avec le principe communautaire de libre circulation des capitaux garanti par l'article 56 TCE, devenu article 63 Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) (CJCE 11 août 1995 Wielcokx C-80/94, recueil p. I-2493 ; CJCE 23 février 2006 n° 513/03, 3è ch Héritiers de M. E. A. van Hilten- van der Heijen (§ 36) RJF 2006 n° 0646 ; CJCE 11 octobre 2007 aff 443/06 HollmannRJF 1/08 n° 98) . Après avoir écarté l'application de la clause de sauvegarde de l'article 58 b) TCE, ces restrictions n'étant exigées par aucun motif impérieux d'intérêt général, notamment, s'agissant d'un prélèvement libératoire opéré dès le fait générateur de l'imposition, de tout risque de fraude ou d'évasion fiscale), la Cour a ensuite jugé que ces restrictions n'avaient pas d'équivalent antérieurs au 31 décembre 1993, et n'entraient ainsi pas davantage dans le champ de la clause de gel consentie aux Etats par l'article 57 TCE, s'agissant des restrictions préexistant au traité de Maastricht.

<sup>9</sup> La Cour a, en conséquence, réduit l'imposition litigieuse, par application du taux de 16 % à la plus-value de cession immobilière réalisée par une SCI française dont les associés étaient un couple de résidents suisses.

<sup>10</sup> Si elle peut à première vue paraître s'opposer frontalement à la solution retenue par la Cour administrative d'appel de Versailles qui avait retenu la clause de gel et validé l'applicabilité du taux d'un tiers (7 juin 2012, n° 11VE03607 ministre c/ M. A., RJF, octobre 2012, n° 0969), la solution lyonnaise traite, en réalité, de dispositions distinctes, au sein du même article 244 bis A, le cédant n'étant, ici, non une personne résidant à l'étranger (laquelle peut au demeurant bénéficier du taux de 16% en vertu des stipulations de l'article 15 de la convention franco-suisse : CAA Paris, 31 mai 2012, n° 10PA04737 ministre c/ A ;CAA Versailles 21 juillet 2011 n° 10VE04101 M. W.), mais une société résidant en France, dont seuls les associés étaient résidents suisses : les dispositions spécifiques à ce cas de figure, issues de la loi de finance pour 2005, visaient à mettre fin à la

possibilité du contournement du taux de 33, 33% par le truchement d'un écran social constitué en France ; implicitement fondées, à la lumière des travaux parlementaires, sur la prémisse du caractère transparent des sociétés de personnes relevant de l'impôt sur le revenu, ces dispositions traduisent la volonté avouée (voir lesdits travaux préparatoires) du législateur de contrer les effets de la jurisprudence « Kingsgroup » (CE, 4 avril 1997, N° 144211 Sté Kingsgroup, RJF 5/97 n° 0424, conclusions F. Loloum BDCF 3/97 n° 050 ; CE 9 février 2000 n° 178389 Sté Suisse Hubertus AG, RJF 3/00 n° 0342, conclusions Arrighi de Casanova BDCF 3/00) . Rappelons que cette approche, fondée sur la théorie de la translucidité de ce type de personnes morales, regardées comme sujets d'imposition à part entière, a été consacrée récemment par l'arrêt Société Quality Invest (CE 11 juillet 2011 n° 0317024 Sté Quality Invest, RJF 2011 n° 01063, conclusions Laurent Olléon BDCF 2011 n° 0117 et chronique Cécile Raquin RJF 2011 p. 907 et suivantes, et commentaires de cette décision par Bruno Gouthière au feuillet rapide 1131 « Conventions fiscales, associés non résidents de personnes ») . Dans cette mesure, ces dispositions de la loi interne (explicitement « correctives ») n'avaient (par construction) pas d'équivalent antérieurement à leur édicition, et ne sauraient bénéficier de l'immunité de la clause de *standstill*.

<sup>11</sup> La solution dégagée par la Cour administrative d'appel de Lyon entend s'inscrire en cohérence avec la logique d'ensemble de cette lignée jurisprudentielle (Kingsgroup/Hubertus/Quality Invest), laquelle implique, de façon corollaire, l'inapplicabilité des stipulations de la convention franco-suisse de non double imposition (notamment son article 15) aux sociétés de personnes résidant fiscalement en France, en dépit du lieu de résidence de leurs associés helvétiques ( ce qu'avait jugé, à juste titre, le tribunal administratif de Grenoble dans cette affaire - les premiers juges n'étant en revanche pas saisis de l'inconventionnalité de l'article 244 bis A, moyen soulevé pour la première fois en appel) .

<sup>12</sup> Voir sur ce point les conclusions du rapporteur public, à lire ci-dessous et comparer à la solution inverse retenue par la Cour administrative d'appel de Versailles (25 novembre 2012, N° 11VE03111 et N° 11VE03119, Mme G.) .

# Conclusions du rapporteur public

**Laurent Levy Ben Cheton**

Rapporteur public à la cour administrative d'appel de Lyon

DOI : [10.35562/alyoda.6070](https://doi.org/10.35562/alyoda.6070)

<sup>1</sup> Dans ses conclusions sur l'arrêt « Sté Quality Invest » CE, 11 juillet 2011 (dont il sera souvent question *infra*), L. Olléon rappelait le qualificatif de « sac d'embrouilles » dont le Pr Cozian avait affublé le régime fiscal des sociétés de personnes » (« Un sac d'embrouilles : les sociétés de personnes relevant de l'impôt sur le revenu », Rev. sociétés, 1980, p. 217) .

<sup>2</sup> L'on est tenté d'ajouter que le régime des plus-values immobilières réalisées par des personnes résidant à l'étranger en est un autre - qui au demeurant a donné lieu, durant l'année écoulée, à de nombreuses décisions des juridictions du fond, parfois discordantes (nous y reviendrons également).

<sup>3</sup> Le problème de droit que pose la présente affaire se situe à la croisée de ces deux séries de questionnements, puisqu'il a trait à l'imposition d'une plus-value de cession immobilière réalisée par une SCI résidant fiscalement en France, mais dont les associés sont un couple de résidents suisses.

## 1. Les faits sont les suivants :

<sup>4</sup> La SCI SAINT ETIENNE, qui a son siège à Grenoble, a pour seuls associés M. A. et son épouse, qui résident à Genève (Suisse).

<sup>5</sup> Créée en 1994, elle a pour activité la location de son patrimoine immobilier, et la même année avait acquis, de la commune de Saint-Geoirs (Isère), un tènement immobilier comprenant l'ancienne gare désaffectée, la maison du garde-barrière, et le terrain attenant. Il semblerait qu'elle ait fait édifier un troisième bâtiment, et loué l'ensemble à une SARL « Hôtel club de la Gare » (société dont on ne sait pas si elle est, ou non, véritablement dépourvue de liens économiques avec les associés de la SCI - rien au dossier ne permettant de l'affirmer).

<sup>6</sup> Le 21 juin 2006, la SCI SAINT ETIENNE a vendu ce tènement, pour la somme de 762 000 euros environ (la SARL percevant, quant à elle, sur ce produit un montant de 85 000 euros en remboursement des aménagements qu'elle avait effectué sur les immeubles).

<sup>7</sup> En vertu des dispositions de l'article 244 bis A du Code général des impôts (CGI) dans leur version alors applicable, la plus-value de 142 821 € réalisée par la SCI lors de la cession de ce tènement a été imposée entre ses propres mains, lors de la publication de l'acte à la

conservation des hypothèques, et la société requérante s'est ainsi acquittée d'un prélèvement au taux forfaitaire de 33, 33 % (soit, en droits, 47 607 €).

## 2. la SCI requérante soulève un moyen supplémentaire en appel :

<sup>8</sup> Devant les premiers juges, la SCI SAINT-ETIENNE n'avait contesté le montant de cette imposition, dont elle demande qu'il soit ramené à 16 %, que sur le seul fondement des stipulations de la convention franco-suisse de non double imposition. Ce moyen est repris en appel et l'on verra que c'est à juste titre que le tribunal administratif de Grenoble l'a écarté.

<sup>9</sup> Relevons ici que la demande de première instance était bien recevable (ce n'est au demeurant pas contesté) : bien qu'elle ait été présentée par la SCI et par ses associés, la mention de ces derniers est simplement surabondante (voyez CE, 14 mars 1997, n° 156211, commune de Narbonne, et les conclusions de C. Bergeal sur cet arrêt), la SCI, qui est ici le contribuable, ayant présenté la réclamation conformément aux exigences de l'article L190 du Livre des procédures fiscales : cette question de procédure ne présente pas, en soi, de difficulté particulière, mais il peut être déjà souligné qu'elle ouvre par elle-même une fenêtre intéressante sur les difficultés de fond que pose ce dossier : le contribuable du prélèvement litigieux est ici une personne morale française, et non ses associés, résidant à l'étranger (et ce, même si selon la lettre même de l'article 150 VF du Code général des impôts, le prélèvement de 33, 33% acquitté par la société est libératoire de l'impôt sur le revenu dû sur cette plus-value, par ses associés) . L'absence d'intérêt à agir, concurremment, de ces derniers, ne nous semble finalement pas si évident, si ce n'est toutefois qu'ils n'ont pas, en l'espèce, été les auteurs de la réclamation.

<sup>10</sup> Si, on l'a dit, cela n'a dans cette affaire aucune influence sur la recevabilité, il sera en revanche déterminant, sur le fond du dossier, de vous prémunir d'une telle confusion, qui à notre avis n'a pas été totalement dissipée dans plusieurs décisions récentes, sur lesquelles nous reviendrons en détail :

<sup>11</sup> - Cour administrative d'appel de Versailles, 25 novembre 2012, N° 11VE03111 et N° 11VE03119, Mme D. G. ( deux espèces)

<sup>12</sup> - Tribunal administratif Montreuil, 6 mai 2011, Mme N G. n° 1003762, et 8 déc 2011, Mme B., Dr. Fiscal n° 025 21 juin 2012 comm. 341.

13 En appel, la SCI SAINT ETIENNE vous saisit d'un moyen supplémentaire, tiré cette fois-ci de l'inconventionnalité des dispositions du Code général des impôts assujettissant à un taux majoré les sociétés de personnes dont les associés résident hors Union européenne (ainsi - en simplifiant à ce stade - qu'hors Espace Economique Européen), ce qui, soutient-elle, méconnaît le principe de libre circulation des capitaux garanti par l'article 56 du TCE - devenu l'article 63 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) .

### 3. Ordre d'examen des questions :

14 Cette exception d'inconventionnalité de la loi fiscale française constitue une question d'amont au regard de l'invocation la convention franco-suisse, qui on le sait est d'application subsidiaire (sur ce dernier point, CE 31 juillet 2009 n° 297933, min. c/ Sté Swiss International Airlines AG : RJF 11/09 n° 0980, et n° 296471 Sté Overseas Thoroughbred Racing Stud Farms Ltd : RJF 11/09 n° 0979, chronique V. Daumas p. 819, conclusions E. Glaser BDCF 11/09 n° 0133 ) .

15 En effet, au contraire des conventions bilatérales de non double imposition, l'éventuelle méconnaissance du TFUE pose la question de la validité du fondement légal (interne) de l'impôt (en l'occurrence, de l'applicabilité du taux de 33, 33%).

16 Cet ordre d'examen des questions s'imposera à votre décision.

17 Néanmoins, pour les besoins de la démonstration, nous y dérogerons dans les présentes conclusions, afin d'écarter *préalablement* l'applicabilité de l'article 15 de la convention franco-suisse, afin de mieux éclairer les motifs, assez corollaires, qui nous conduiront à vous proposer d'écarter l'application des dispositions en cause de l'article 244 bis A du Code général des impôts, selon nous sont inconventionnelles en tant qu'elles appliquent un taux différent aux sociétés de personnes françaises en fonction de l'Etat de résidence de leurs associés.

### 4. La lettre et l'esprit de la réforme du 30 décembre 2004 :

18 En vertu de l'article 150 UH du Code général des impôts, les plus-values de cession immobilières réalisées par les personnes physiques ou les sociétés et groupements relevant des articles 8 à 8 ter du même code sont imposées dans les conditions fixées aux articles 150 V et 150 VH du Code général des impôts. Ces dernières dispositions prévoient, s'agissant de ces personnes morales, que l'impôt sur le revenu est dû au prorata des droits sociaux détenus par les associés

présents à la date de cession, mais qu'il est acquitté par la société ou le groupement sous forme d'un prélèvement libératoire de l'impôt sur le revenu afférent à la plus-value dû par les associés.

19

Depuis le 1er janvier 2004, l'article 200 B prévoit quant à lui que les plus-values de cession sont en principe imposées au taux forfaitaire de 16 %, mais que ce taux est de 33 1/3 lorsque les personnes cédantes (physiques ou morales) résident fiscalement dans un Etat non membre de l'Union européenne. Le bénéfice du taux de 16% a été ultérieurement étendu aux Etats membres de l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance fiscale : la Suisse ayant refusé par référendum d'intégrer cet Espace, les personnes y résidant n'entrent donc pas dans le champ de cette dérogation.

20

Le champ d'application du taux de 33, 33 % a toutefois été élargi un an plus tard par l'article 50-I de la loi de finances du 30 décembre 2004, visant à aligner l'imposition des associés non-résidents de sociétés de personnes dont le siège est en France (qui étaient jusqu'alors imposés à 16%, comme toute société française) sur celle des non-résidents détenant en direct le bien cédé (soit une imposition au taux de 33, 33%).

21

Il ressort des travaux parlementaires (voyez l'exposé des motifs de l'avant-projet de loi ainsi que les observations et la décision de la commission mixte paritaire) que ce nouveau dispositif visait à éviter la possibilité pour les investisseurs étrangers d'é luder cette majoration de taux par l'écran d'une société civile immobilière française permettant une imposition au taux de 16%.

22

Ainsi, l'article le II de 150 VF dudit code modifié par cet article 50, a précisé à compter de 2005 que : « *L'impôt sur le revenu afférent à la plus-value dû par les associés qui ne sont pas fiscalement domiciliés en France (ou dont le siège social est situé hors de France pour les associés personnes morales) est acquitté par la société ou le groupement selon les modalités prévues à l'article 244 bis A.* », lequel article 244 bis A, disposait que : « *I. 1. Sous réserve des conventions internationales, (...) les sociétés ou groupements qui relèvent des articles 8 à 8 ter dont le siège social est situé en France (...), au prorata des droits sociaux ou des parts détenus par des associés ou porteurs qui ne sont pas domiciliés en France ou dont le siège social est situé hors de France, sont soumis à un prélèvement d'un tiers sur les plus-values résultant de la cession d'immeubles (...)* / *Par dérogation au premier alinéa, (...) les associés (...) résidents d'un Etat membre de la Communauté européenne, ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention fiscale qui contient une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale, sont soumis à un prélèvement de 16 %/ (...)* ».

## 5. La non-transparence des sociétés de personnes a été récemment confirmée s'agissant de l'application de conventions bilatérales.

<sup>23</sup> Ainsi, les sociétés de personnes françaises sont-elles saisies différemment par le droit fiscal en fonction du lieu de résidence de leurs associés : la possibilité (ou non) de cette différence de traitement renvoie à une question plus large, qui est celle de l'identification du sujet d'imposition, débat qui a longtemps opposé deux conceptions doctrinales, prônant respectivement la transparence et la translucidité (fiscales) des sociétés de personnes.

<sup>24</sup> Les termes de ce débat (en substance : la situation propre de l'associé non résident doit-elle être prise en compte, ou doit-on se borner à appréhender la société de personnes françaises comme seul sujet fiscal ? ), ont été synthétisés par L. Olléon dans ses conclusions sur l'arrêt CE 11 juillet 2011 n° 317024 Sté Quality Invest ( RJF 2011 n° 01063, conclusions Laurent Olléon BDCF 2011 n° 0117 et chronique Cécile Raquin RJF 2011 p. 907 et suivantes, et commentaires de cette décision par Bruno Gouthière au feuillet rapide 1131 « Conventions fiscales, associés non-résidents de personnes ») : selon la thèse de Bruno Gouthière, les sociétés de personnes sont dotées non seulement de la personnalité morale mais également d'une véritable personnalité fiscale, l'imposition de leur bénéfices entre les mains de leurs associés ne constituant qu'une sorte de modalité de recouvrement, ce qui a pour effet de priver les associés non-résidents de l'invocabilité de leur situation propre, et donc des conventions bilatérales de non double imposition. En sens inverse, Ph. Derouin, tenant de leur transparence fiscale, qui se prévaut non seulement de dissonances passées dans la jurisprudence administrative, mais aussi des travaux de l'OCDE dont le rapport 1999 du comité des affaires fiscales prône le principe général de transparence des sociétés de personnes, soutient la thèse antagoniste selon laquelle les associés de ces sociétés sont les seuls assujettis à l'impôt sur le revenu, et leur situation doit seule être prise en compte, au risque d'engendrer un vide conventionnel.

<sup>25</sup> L'arrêt Sté Quality Invest a tranché clairement ce débat, au sujet de la convention franco-norvégienne, en confirmant clairement la lignée jurisprudentielle ouverte par les arrêts CE, 4 avril 1997, Sté Kingroup (RJF 5/97 n° 0424, conclusions F. Loloum BDCF 3/97 n° 050), et CE 9 février 2000 n° 178389 Sté Suisse Hubertus AG (RJF 3/00 n° 342, conclusions Arrighi de Casanova BDCF 3/00) . Quitte à ce que la position de la France s'en trouve isolée au sein de l'OCDE, le Conseil d'Etat a, suivant les conclusions de son rapporteur public, décidé, pour des motifs, notamment, de cohérence fiscale interne, de faire

sienne la thèse de la translucidité des sociétés de personnes : d'une part, les sociétés régies par l'article 8 du Code général des impôts ont une personnalité distincte de celle de leurs membres et exercent une activité leur est propre ; d'autre part, c'est parce que c'est la société qui, au regard des règles du droit interne, réalise le bénéfice imposable, qu'il convient de lui conférer la qualité de résidente française, eu sens des conventions bilatérales de type OCDE (dès lors qu'elles ne s'y opposent pas) ; enfin, est sans incidence, de ce point de vue, la circonstance que le paiement de l'impôt soit réclamé à ses associés.

<sup>26</sup> Ces derniers ne sauraient alors utilement se prévaloir des stipulations d'une convention bilatérale relative aux revenus dénommés, ces stipulations ne visant que les revenus réalisés en propre par le contribuable. Par l'arrêt « société Quality invest », la même solution est retenue s'agissant des revenus non dénommés ( i.e. la clause balai de la convention) .

<sup>27</sup> Cette approche « personnaliste » nous semble devoir être le point de départ, et le fil conducteur, de votre raisonnement dans la présente affaire.

## 6. D'ailleurs les dispositions en litige de l'article 150 VF témoignent précisément de cette autonomie fiscale des sociétés de personnes.

<sup>28</sup> Il nous semble en effet, s'agissant des cessions opérées par une société (...) qui relève des articles 8 et 8 ter, que les dispositions de l'article 150 VF selon lesquelles « *l'impôt sur le revenu afférent à la plus-value est dû au prorata des droits sociaux détenus par les associés soumis à cet impôt* » participent largement d'une fiction juridique, visant seulement la cohérence d'ensemble du régime de l'article 8 du Code général des impôts, dès lors que ce même article 150 VF prévoit ensuite que « *cet impôt (sur la plus-value) est acquitté par la société* » : aussi, s'agissant des plus-values de cession, et contrairement à ce qu'il en est de l'imposition des bénéfices, les associés ne sont pas même les instruments des modalités de recouvrement de l'imposition de la matière imposable dégagée, en France, par la société de personnes, puisque celle-là est directement payée par celle-ci en matière de plus-values de cessions immobilières : la SCI est non seulement sujet fiscal, mais également le contribuable de l'imposition de la plus-value.

<sup>29</sup> Il y a bien là une dichotomie entre régime d'imposition des plus-values et des bénéfices, et seul le caractère libératoire de ce prélèvement permet d'assurer la passerelle nécessaire entre cette

imposition propre de la personne morale et son imputation dans la dette d'impôt sur le revenu des associés (telle une sorte d'avoir fiscal - toutes choses égales par ailleurs...).

<sup>30</sup> Il convient donc, pour mesurer la portée des articles 150 VF et 244 bis A combinés, de distinguer l'imposition des bénéfices de l'imposition des plus-values, puisqu'ainsi que le rappelait L. Olléon à propos de l'arrêt Hubertus (conclusions précitées), « la quote-part des bénéfices d'une SCI ne correspond pas à une plus-value immobilière, quand bien même la SCI tire ce bénéfice d'une telle plus-value ». Autrement dit, cette fois-ci selon les termes de Bruno Gouthière, « ce ne sont pas les profits « retirés » par l'associé qui sont imposables, ce sont les profits « réalisés » par la société civile ».

## 7. Le sujet d'imposition, dans notre cas, n'est pas l'associé résidant en Suisse, mais la SCI française.

<sup>31</sup> En l'espèce, c'est donc bien la plus-value retirée par la SCI grenobloise qui est seule en cause, d'autant plus qu'elle en a été le contribuable par voie de prélèvement.

<sup>32</sup> Le seul lien avec les associés, qui n'ont pas perçu la plus-value mais seulement le produit de leurs participations, est ténu, et selon nous s'exprime seulement dans le caractère libératoire de ce paiement, au regard de leur impôt sur le revenu propre.

## 8. Première série de conséquences : sur l'application de la convention franco-suisse.

<sup>33</sup> La société requérante fait valoir que la plus-value réalisée constitue un gain provenant d'une cession de biens immobiliers situés en France au sens du 1. de l'article 15 de la convention franco-suisse, imposable en France.

<sup>34</sup> Elle se prévaut alors du 4. de l'article 15 de cette convention, pour soutenir que l'imposition d'un tel gain doit être calculée dans les mêmes conditions, que le bénéficiaire soit résident de France *ou* de Suisse, le taux de 16% devant s'appliquer pour le calcul du prélèvement à effectuer *y compris* lorsque les associés sont des résidents suisses.

<sup>35</sup> Ce moyen serait fondé si la cession de ce bien n'avait pas été réalisée par une SCI résidente française, mais directement par M. et Mme AIME ; voyez notamment, réduisant l'imposition à 16 % en application de la convention franco-suisse :

36 - Cour administrative d'appel de Paris le 31 mai 2012 n° 10PA04737 ministre c/ A.

37 - Cour administrative d'appel Versailles 21 juillet 2011 n° 10VE04101 M.A

38 Toutefois, on l'a dit, cette SCI n'est pas « transparente » par rapport à ses associés : c'est à bon droit que les premiers juges ont écarté ce moyen, au motif que la société Saint Etienne, bien que régie par l'article 8 du Code général des impôts, est un sujet fiscal distinct de ses membres qui ont leur résidence en Suisse (ie. hors Union européenne et Espace Economique Européen) . Ayant son siège et son lieu d'exercice et de direction en France, elle doit être regardée, au sens de la convention, comme une société résidente en France et non de Suisse.

39 Or, la plus-value litigieuse ayant été réalisée par la société française, et non par ses associés suisses, qui ont seulement perçu des revenus à raison de leur participation à son capital : les stipulations précitées de l'article 15 de la convention, qui ne visent que les revenus immobiliers réalisés en propre par la société de personne, lui sont donc inapplicables.

40 En outre, aucune autre stipulation de la convention ne fait obstacle à cette imposition :

41 - ni l'article 7.8, attribuant l'imposition des revenus provenant des droits dans les sociétés de personnes, à l'Etat où cette société a un établissement stable, qui nous paraît également inapplicable en l'espèce, puisque de tels revenus ne sont pas en cause (en tout état de cause, la SCI requérante a en France son siège, un gérant en France, et le lieu d'exercice de son activité).

42 - ni son article 26, prohibant toute discrimination fondée sur la nationalité, la SCI ayant son siège en France (voyez par exemple, CE 15 décembre 2004 n° 257337 ministre économie c/ société de promotion écologique, RJF 3/05 n° 0261 avec conclusions L. Olléon p. 147)

43 Aussi, nous semble isolée la solution donnée par la Cour administrative d'appel de Versailles à une question parfaitement semblable (plus-value de cession immobilière réalisée par une SCI française dont les associés sont suisses), dans un récent arrêt de (Mme G.), précité, réduisant l'imposition de 33, 33 % à 16% au motif non pas de l'atteinte à la libre circulation des capitaux (solution retenue en première instance dans cette affaire), mais, d'une méconnaissance de l'article 15 de la Convention franco-suisse. Une telle solution nous semble méconnaître directement la jurisprudence « Société Quality Invest ».

44 Précisions que si le Tribunal administratif de Montreuil, dans une autre affaire de configuration semblable (8 déc. 2011, Mme B., précité) avait accueilli la demande sur le terrain de l'article 56 TCE, l'application de la clause de gel y avait été écartée non au regard de la spécificité des dispositions de 2004 visant les SCI résidentes en France (motif selon nous fondamental), mais compte tenu de l'absence d'investissement direct en l'espèce ; aussi son rapporteur public précisait-il subsidiairement (et selon nous à tort sur ce point) que la décharge pourrait être aussi bien prononcée sur le terrain de la convention franco-suisse. Une telle piste nous paraît fermée par translucidité fiscale des sociétés de personnes, lecture clairement réaffirmée par la jurisprudence « Quality Invest ».

45 Revenons alors au droit interne, et plus précisément à l'exception d'inconventionnalité de l'article 244 bis A....

## 9. les dispositions en cause de l'article 244 bis A constituent-elles une restriction prohibée à la libre circulation des capitaux ?

46 La société requérante soutient que ces dispositions du CGI sont incompatibles avec l'article 56 du TCE, qui garantit la libre circulation des capitaux.

47 Cet article 56 du traité instituant la Communauté européenne issu du traité d'Amsterdam alors en vigueur (ex-article 73 B), devenu l'article 63 du TFUE à compter du 1er décembre 2009, dispose que : « 1. Dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites. ».

48 Cette obligation du législateur conditionne la validité de la norme fiscale interne, puisque si la fiscalité directe relève de la compétence des Etats membres, ces derniers doivent toutefois l'exercer dans le respect du droit communautaire (CJCE 11 août 1995 Wielcokx C-80/94, recueil p. I-2493, principe rappelé par la Cour de Justice des Communautés Européennes 23 février 2006 n° 513/03, 3è ch Héritiers de M. E. A. van Hilten- van der Heijen (§ 36) RJF 2006 n° 646).

49 Mais si, au même titre que la liberté d'établissement, la liberté de circulation des capitaux est applicable en matière d'impositions directes, elle s'en distingue à ce qu'en outre, son champ est plus vaste, puisqu'elle prohibe les restrictions aux mouvements de capitaux entre Etats membres et entre Etats membres et les Etats tiers (cf CJCE héritiers Van Hilten précité ; CJCE du 18 décembre 2007 aff 101/05 Gr. Ch., A, RJF 2008 n° 378)

50 Quant à la consistance de la notion de « mouvement de capitaux », elle est également vaste, puisque vous noterez que relèvent du champ de l'article 56, notamment une opération consistant en la liquidation d'un investissement immobilier (était précisément en cause un taux d'imposition différent entre résident et non résident : CJCE 11 octobre 2007 aff 443/06 Hollmann RJF 1/08 n° 98).

51 Certes, à la lumière de nos développements précédents, objecterez-vous qu'est en cause ici une société française : toutefois, nous pensons qu'il ne s'agit plus, à ce stade, d'analyser la nature fiscale du litige en cause (qui est le sujet d'imposition ? qui est le contribuable ? quelle est la matière imposable appréhendée), mais d'examiner la nature économique du flux de capitaux : en l'espèce, le taux de 33 % retenu en fonction du lieu de résidence de l'actionnaire engendre nécessairement une restriction (entendu comme dissuasion, ou dés-incitation) de la liberté de circulation des capitaux des investisseurs des Etats hors Union européenne et Espace Economique Européen, que ceux-ci aient eu l'intention d'investir en France directement ou par le truchement de société de personnes (ce qui, économiquement, ne change rien) .

52 Pour un exemple, en matière de placements mobiliers cette fois-ci, voyez CE 21 novembre 2011 n° 329439 de B. RJF 2012 n° 128, concernant l'inconventionnalité (au regard de l'article 56 TCE) de dispositions excluant du bénéfice d'un abattement pour l'imposition de la plus-value de cession d'actions, les titres de sociétés cotées en Bourse dont le siège social est dans un Etat membre ni de l'Union Européenne ni l'espace économique européen (ce qui est le cas de société suisse)

53 Dans notre affaire, relève donc également du champ d'application de l'article 56, la législation assujettissant à un taux de 33, 33% (au lieu de 16%) les plus-values immobilières réalisées par les sociétés civiles immobilières à hauteur de la quote-part détenue par les associés domiciliés fiscalement en Suisse : cette législation est en effet liée directement à l'investissement opéré, dans une SCI française, par des résidents suisses.

54 S'il y a donc bien ici objectivement une discrimination en fonction de l'origine du capital transité, il convient alors de raisonner selon l'enchaînement des questions retenue par la CJUE :

55 - les situations des contribuables ainsi discriminés sont-elles-comparables (article 58 a TCE) ?

56 - si oui, cette différence de traitement peut-elle être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général (article 58 b) ?

57 - enfin, cette discrimination n'est-elle pas couverte par la clause de gel de l'article 57 (cf études de M.Mechior Wathelet, RJF 2008 p. 90 et suivantes, « Souveraineté fiscale des Etats membres et Cour de

justice : nouvelles tendances et confirmation ? », ainsi que D. Berthin, RTDE 2008, p. 125, « chronique de jurisprudence fiscale européenne 2007 » ; voir également, B. Delaunay, « L'évolution de la jurisprudence fiscale de la Cour de justice en matière de circulation des capitaux », Dr. Fiscal, n° 47, 22 novembre 2012, 526)

## 10. Comparabilité des situations ?

<sup>58</sup> Ainsi que le souligne le Pr Berthin dans la chronique précitée, le critère de la résidence n'est souvent, dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne, que le point de départ objectif de la comparaison des situations : la différence d'Etat de résidence constitue alors une prémisse posant la présomption simple d'une différence de situation, qui cède facilement face à la comparaison effective des situations, qui s'apprécie de façon téléologique, à l'aune de l'objectif poursuivi par la législation sous examen (voyez par exemple les motifs de l'arrêt CJCE 18 juillet 2007 aff. 231/05, gr. ch., Oy AA, RJF novembre 2007 n° 1359).

<sup>59</sup> S'agissant de la discrimination entre investisseurs selon qu'ils sont résidents ou non dans un Etat membre de l'Union (étendue à l'Espace Economique Européen), la démonstration de la totale comparabilité des situations a été fort bien faite par Mme N. Peton-Philippot, dans ses conclusions sous Tribunal administratif Montreuil 25 février 2011 n° 09-13507, 09-13471 et 09-4837 ( RJF 2011 n° 1010 ; BDCF 2011 n° 105) , qui rappelait que s'agissant des plus-values immobilières, la CJCE présume au contraire que tous les contribuables sont dans une même situation, dès lors que « cette réglementation ne poursuit pas, au moyen du traitement fiscal avantageux accordé aux résidents, une finalité sociale, et donc ce n'est pas établi qu'elle vise à tenir compte de la situation personnelle du contribuable pour la liquidation de l'impôt ».

<sup>60</sup> Voyez pour un exemple récent CJCE, 6 octobre 2009, aff 562/07, Commission c/ Espagne, RJF 1/10 n° 88, jugeant que restreint irrégulièrement la libre circulation des capitaux, un Etat membre qui impose différemment les plus-values réalisées dans cet Etat, selon qu'elles étaient obtenus par des résidents ou par des non-résidents, alors que ces contribuables se trouvaient dans une situation objectivement comparable au regard de cette imposition.

<sup>61</sup> S'agissant de la différence de taux résultant de l'article 244 bis A, vous constaterez ainsi :

<sup>62</sup> - Que dans les deux cas (16 ou 33, 33 %), l'imposition est la même et que l'Etat source du revenu imposable est la France.

<sup>63</sup> - Que la différence de lieu de résidence fiscale des associés de ces sociétés n'a pas de conséquence sur la détermination de la base imposable de la plus-value, ni sur sa recouvrabilité, laquelle est

assurée par la voie d'un prélèvement libératoire dès le fait générateur de l'imposition.

<sup>64</sup> Vous en déduirez logiquement que les personnes assujetties au taux d'1/3 se trouvent dans une situation objectivement comparable au regard de l'imposition, et de ses objectifs (lesquels ne sont au demeurant pas éclairés par les travaux parlementaires de la loi 2003-1311 du 30 décembre 2003, qui ne dévoilent pas les motifs pour lesquels le taux de 16% est réservé aux résidents des Etats de l'Union).

## 11. La Clause de sauvegarde de l'article 58 b) du TCE est-elle, en l'espèce, applicable ?

<sup>65</sup> En matière fiscale, dans le cadre du b) de l'article 58 TCE (devenu 65 TFUE) les motifs impérieux d'intérêt général invoqués par les Etats devant la CJUE sont, classiquement (voyez la chronique précitée du Pr Berthin), la lutte contre la fraude fiscale, la lutte contre l'évasion fiscale, et enfin l'efficacité du contrôle fiscal.

<sup>66</sup> Notons que dans notre dossier, l'administration n'a avancé aucun argument sérieux sur ces différents points.

<sup>67</sup> Nous pensons toutefois qu'il est de votre office, s'agissant de vous déterminer sur l'applicabilité de la loi, d'envisager vous-même les impérieuses préoccupations d'intérêt général susceptibles d'exiger une telle discrimination.

<sup>68</sup> Or, s'agissant de l'article 244 bis A, la différence de taux d'imposition en fonction du lieu de résidence fiscale des associés ne peut être regardée comme une mesure en lien avec la lutte contre les infractions en matière fiscale, ni avec la préservation de l'efficacité des contrôles fiscaux, ce que l'administration, qui ne fait en outre état d'aucune autre justification tirée de raisons impérieuses d'intérêt général, n'allègue d'ailleurs pas.

<sup>69</sup> La justification de la lutte contre la fraude nous semble exclue, dans l'hypothèse d'une plus-value de cession immobilière, imposée par prélèvement lors du fait générateur, mode de recouvrement qui par lui-même éteint toute nécessité de contrôle, et place les cédants de toutes origines dans la même situation au regard du paiement de l'impôt.

<sup>70</sup> Enfin, s'agissant d'un agent économique étranger investissant et réalisant des plus-values taxables en France, c'est peu dire que l'hypothèse d'évasion fiscale, c'est-à-dire d'une soustraction de matière imposable, ne nous convainc pas.

## 12. Clause de Gel ?

<sup>71</sup> Reste qu'une atteinte à la libre circulation des capitaux, même lorsqu'elle n'est justifiée ni par des différences de situation (58 a), ni par des justifications impérieuses d'intérêt général (58 b), peut être couverte par la « clause de standstill » (ou « clause de gel ») de l'article 57 (devenu 64 TFUE) consentie aux Etats membres dans le Traité de Maastricht afin de tempérer la rigueur de la libéralisation des mouvements de capitaux avec les pays tiers, et qui vise à figer les restrictions apportées, antérieurement au 31 décembre 1993, à la libre circulation des capitaux avec les pays tiers impliquant des investissements directs.

<sup>72</sup> La clause de gel n'était pas opposée en défense, dans notre affaire, mais elle est d'ordre public et doit être soulevée d'office lorsque en sont remplies les conditions : CE 28 juillet 2011 n° 322672, RJF 11/11 n° 1249) .

<sup>73</sup> Vous avez donc à juste titre communiqué aux parties l'éventualité d'un tel moyen.

<sup>74</sup> L'article 57 TCE dispose que : « 1. *L'article 56 ne porte pas atteinte à l'application, aux pays tiers, des restrictions existant le 31 décembre 1993 en vertu du droit national ou du droit communautaire en ce qui concerne les mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers lorsqu'ils impliquent des investissements directs, y compris les investissements immobiliers, l'établissement, la prestation de services financiers ou l'admission de titres sur les marchés des capitaux.* ».

<sup>75</sup> La clause de gel est donc subordonnée à deux conditions cumulatives : d'une part, des restrictions existant avant le 31 décembre 1993, d'autre part, des mouvements de capitaux impliquant des investissements directs (voir notamment les conclusions de Claire Legras sur CE, 28 juillet 2011, Min C/ M et Mme Holtzer, précité)

## 13. Première condition : antériorité de la restriction

<sup>76</sup> Cette condition, qui résulte de la lettre même du Traité, a été précisée, notamment, par une décision de la CJCE, 12 déc. 2006, aff. C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation, ainsi que CJUE 18 décembre 2007 aff 101/05 gr ch., A, RJF 2008 n° 378, en son point 48 : « la notion de restriction existant le 31 décembre 1993 suppose que le cadre juridique dans lequel s'insère la restriction en cause ait fait partie de l'ordre juridique de l'Etat membre concerné d'une manière ininterrompue depuis cette date. En effet, s'il en était autrement, un Etat membre pourrait, à tout moment, réintroduire des

restrictions aux mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers qui existaient dans l'ordre juridique national le 31 décembre 1993, mais qui n'ont pas été maintenues. ».

77 A cet égard, s'agissant de l'article 244 bis A, la question se pose, selon nous, en des termes différents, selon que sont en cause les dispositions de cet article relatives aux plus-values réalisées *directement* par des personnes (morales ou physiques) résidant hors Union européenne et Espace Economique Européen, ou celles, introduites le 31 décembre 2004, visant les sociétés de personnes françaises *dont les associés* résident dans un pays tiers.

78 La première de ces deux hypothèses a été tranchée par la Cour administrative d'appel de Versailles, dans un arrêt 7 juin 2012 n° 11VE03607, (RJF, octobre 2012, n° 969) .

79 La Cour, après avoir constaté que l'application du taux d'un tiers constituait une restriction à la libre circulation des capitaux, non justifiée par d'impérieux motifs d'intérêt général, avait toutefois considéré qu'elle était couverte par la clause de gel, dès lors, d'une part, que le prélèvement d'un tiers dont s'agit ayant été institué par l'article 8 de la loi n° 76-660 du 19 juillet 1976, soit antérieurement à la date du 31 décembre 1993 mentionnée à l'article 57 du traité instituant la Communauté européenne, d'autre part, que si ce n'est certes qu'à compter de l'année 2004 qu'un prélèvement forfaitaire a été mis en place pour les résidents à un taux de 16 %, il résultait toutefois de l'instruction que du fait de l'application d'une imposition progressive sur le revenu existant depuis 1976, les contribuables résidents n'étaient soumis au taux applicable aux non-résidents qu'à partir du moment où leur revenu global atteignait un certain seuil, et devaient être ainsi regardés comme étant soumis, en deçà de ce seuil, à une imposition moindre que celle des non-résidents.

80 La dernière séquence de ce raisonnement peut paraître extrêmement constructive... quoiqu'il en soit, les données du problème, telles qu'elles se posent à vous, ne sont pas identiques.

81 En effet, dans notre affaire, la plus-value n'a pas été réalisée par une personne non-résidente, mais par une SCI de nationalité et de résidence française. Ce sont uniquement ses associés qui résident en Suisse.

82 Or, en pareil cas de figure, ces derniers pouvaient échapper, par le truchement de cette société de personnes, au taux d'un tiers, jusqu'à ce qu'intervienne, on l'a dit, la réforme de décembre 2004.

83 Cela était même rappelé d'ailleurs dans l'instruction 8 M-1-04 du 14 janvier 2004, en son point 8.

84 Il n'y a donc, s'agissant du cas des sociétés de personnes, pas d'antériorité à 2005 (et donc *a fortiori* à décembre 1993).

85

Au contraire, c'est dans cette « faille » détectée en 2004 que réside la cause même de la réforme, ainsi qu'en témoignent les observations et décisions de la commission mixte paritaire, qui, après avoir rappelé la transparence de ces sujets d'imposition et les conséquences de la jurisprudence Kingsgroup, relève que « *le régime fiscal des cessions d'immeuble par un non-résident est différent selon que ce dernier le détient directement et indirectement. En effet le contribuable non-résident, résident dans un Etat qui n'est pas membre de la communauté européenne, est imposé en cas de cession d'un immeuble qu'il détient directement au taux d'1/3, [alors qu'] il est imposé au taux de 16 % lorsqu'il détient un immeuble au travers d'une société civile qui a son siège en France. Cette différence de traitement est susceptible d'occasionner d'importantes évasions fiscales, les contribuables non-résidents faisant, lors de l'acquisition du bien, systématiquement et pour des raisons exclusivement fiscales, le choix de détenir le bien au travers d'une société civile qui a son siège en France. Il est (donc) proposé d'aligner les modalités d'imposition des associés non-résidents de sociétés de personnes dont le siège en France, qu'il relève ou non de l'impôt sur le revenu, sur les modalités d'imposition des non-résidents détenant en direct le bien cédé.* »

86

On voit d'ailleurs, par le rappel de l'arrêt Kingroup introduisant le raisonnement, qu'il s'est agi là de neutraliser les effets logiques de cette jurisprudence en faisant prévaloir, par détermination de la loi, le lieu de résidence des associés, afin de neutraliser l'écran social de la société qui n'est regardé que comme étant le simple véhicule de leurs investissements directs.

87

Ainsi la commission mixte ajoute-t-elle que « *les associés résidents d'un Etat non membre de la communauté européenne seraient imposés au taux d'1/3 lorsqu'ils détiennent le bien au travers une société qui relève des articles 8 à 8 ter et qui a son siège en France.* ».

88

Il en résulte, à l'évidence, que ce dispositif de restriction, qui singulièrement frappe des sociétés françaises, à raison du lieu de résidence de leurs membres, non seulement n'avait pas de précédent, mais encore se présente expressément comme un « correctif » à la situation *ex ante* : il s'agit en réalité d'une neutralisation législative des conséquences non souhaitées, en droit interne, d'une jurisprudence développée en matière de conventions bilatérales, mais dont les prémisses sur lesquelles elle repose impliquent la possibilité du montage décrit par le législateur.

89

L'on ne peut que constater, en premier lieu, que la condition d'antériorité à décembre 1993 fait défaut et qu'incontestablement, la clause de gel ne saurait s'appliquer au cas des sociétés de personnes

françaises dont les plus-values de cession immobilière sont taxées au taux d'un tiers à raison du lieu de résidence de leurs associés.

90 Cette restriction est donc selon nous objectivement hors du champ de la clause de standstill, et se trouve ainsi affectée d'inconventionnalité au regard de l'article 56 TCE.

91 En second lieu, on doit souligner que non seulement cette solution s'impose objectivement, mais encore qu'elle est juste, puisqu'en sens inverse, les résidents suisses investissant directement en France peuvent utilement se prévaloir de l'article 15 de la convention de non double imposition, qui est inapplicable aux SCI qu'ils monteraient en France : il serait aussi incohérent qu'injuste de déplacer les prémisses du raisonnement, de passer de la Théorie de la transparence à celle de leur translucidité, et finalement de changer la règle du jeu, selon que l'on statue sur un moyen tiré respectivement d'une convention fiscale puis de la violation du droit communautaire ; ainsi que l'avait déjà précisé L. Olléon (conclusions précitées sur Sté Quality Invest), « une société de personnes ne saurait changer la nature selon que l'on passe de l'un à l'autre régime : elle est ou n'est pas transparente, et l'analyse doit être la même en droit interne et en droit conventionnel ».

92 Nous aboutissons ainsi à la conclusion qu'en tant qu'elles incluent les sociétés de personnes résidentes en France dans le champ du taux d'un tiers, les dispositions de l'article 244 bis A du Code général des impôts méconnaissent l'article 56 TCE. Que leur application doit donc être écarté, et que les plus-values réalisées par ces personnes morales, quel que soit le lieu de résidence de leurs associés, doivent être imposées au même taux que celui auxquels sont assujettis les résidents des Etats-membres de l'Union.

93 C'est seulement si vous ne nous suiviez pas sur ce critère de l'antériorité à décembre 1993, que vous devrez alors examiner la seconde condition à laquelle est cumulativement subordonnée l'invocation de la clause de gel.

## 14. Qu'en est-il, subsidiairement, de la seconde condition cumulative de l'article 57 TCE, tenant à l'exigence d'un investissement direct ?

94 Nous ne nous étendrons pas longuement sur ce point, puisque des analyses détaillées de la question, auxquelles nous vous renvoyons, ont déjà été faites, et fort bien :

95 - d'une part, par Mme N. Peton-Phillipot, dans ses conclusions sous Tribunal administratif de Montreuil, 8 dec 2011, Mme Beaufour, Dr. Fiscal n° 025 21 juin 2012 comm. 341 (voyez aussi l'étude consacrée

à ce jugement par E. Dinh, dans la même revue, comm. 339),

<sup>96</sup> - d'autre part, par M. Guidal, dans ses conclusions sur Cour administrative d'appel Marseille, 13 mars 2012, 09MA00500, Min c/ G. (Dr Fiscal, n° 25, 21 juin 2012, comm 342), s'agissant alors de l'inconventionnalité non plus de l'article 244 bis A mais de l'article 164 C du Code général des impôts.

<sup>97</sup> Pour résumer, il nous semble d'abord acquis que, comme l'a démontré Mme N. Peton-Phillipot, la clause de gel ayant la nature d'une exception, elle doit être d'interprétation stricte (CJCE, 12 dec 2006, aff C-446/04, Test Claimants in the FII group litigation, Dr fiscal 2006, n° 52, act 265).

<sup>98</sup> Rappelons ensuite que, faute de définition des investissements directs dans le Traité lui-même, la Cour de justice de l'Union Européenne s'oriente en fonction d'une nomenclature annexée à la directive 88/361/CEE du Conseil pour la mise en œuvre de l'article 67 du Traité, mais ne lui reconnaît qu'une portée indicative.

<sup>99</sup> La qualification à cet égard des investissements immobiliers ne saurait être déduite de leur nature, puisque dans cette nomenclature, ils apparaissent tant dans la catégorie I (investissements directs), que dans celle des investissements de Catégorie II.

<sup>100</sup> La CJCE déduit surtout des notices explicatives de la nomenclature une définition *matérielle* de la notion « d'investissements directs », qui sont ceux « qui concernent les investissements de toute nature auxquels procèdent les personnes physiques ou morales et qui servent à créer ou à maintenir des relations durables et directes entre le bailleur de fonds et l'entreprise à qui ces fonds sont destinés en vue de l'exercice d'une activité économique ».

<sup>101</sup> Aussi, y compris en matière d'investissements immobiliers, convient-il de se déterminer au regard de ce critère : mobilisation durable de fonds dans une entreprise permettant à l'actionnaire de participer effectivement à la gestion ou au contrôle de cette société, aux fins d'exercer une activité économique. (Voyez notamment, en matière d'*organisme de placement collectif en valeurs mobilières* OPCVM, l'avis du Conseil d'Etat du 23 mai 2011, n°s 344678 à 344687, A. Société Santander Asset Management SGIIC SA et autres, RJF 8-9/11 n° 01009, concl. P. Collin BDCF 8-9/11 n° 0104).

<sup>102</sup> Or, les investissements immobiliers de particuliers, y compris par le truchement d'une SCI, ne paraissent pas pouvoir être *présupposés* relever d'une activité économique, mais plutôt d'une activité civile et patrimoniale de placement, y compris à travers la location de ces biens (voir en ce sens Cour administrative d'appel de Paris, 7 octobre 2011, n° 09PA04989 Caisse Autonome des retraites de Monaco, RJF 1/12 n° 84, où ledit organisme avait cédé des parcelles qu'elle

détenait dans les Alpes Maritimes, ainsi, s'agissant d'une SCI, que le jugement « B. » du Tribunal administratif de Montreuil, 8 décembre 2011, précité.)

<sup>103</sup> A cet égard, nous ne partageons pas, sur ce point, l'idée défendue par M. Guigal dans ses conclusions précitées sur l'arrêt sus-indiqué de la Cour administrative d'appel Marseille, selon qui la constitution d'une SCI suffirait à conférer la nature d'un investissement direct au placement immobilier : l'activité économique ne nous semble pas consubstantielle de la personnalité morale, en particulier s'agissant de sociétés civiles immobilières, dont les fruits de l'exploitation sont en général appréhendés dans la catégorie des revenus fonciers.

<sup>104</sup> Rappelons au surplus que sont appréhendés, par l'article 244 bis A, des plus-values exclusivement non *professionnelles* (ce qui est rappelé d'ailleurs dans l'instruction 8 M-1-04 du 14 janvier 2004, en ses points 7, 16 et 17).

<sup>105</sup> En l'espèce, la SCI Saint-Etienne a acquis la parcelle, fait construire un hôtel et revendu 12 ans plus tard, avec plus-value : peut-être cette opération-là pourrait sembler de nature économique, mais nous ne sommes pas en présence d'une opération conduite en direct par un opérateur suisse : or, ce qui est en cause, avec la clause de gel, c'est la participation capitalistique du non résident dans une société française, et c'est donc selon nous à *l'ensemble* de l'activité de cette dernière qu'il conviendrait d'examiner, afin sans doute de rechercher si prédomine l'activité de placement patrimonial, ou une activité « économique » : or, vous ne disposez pas de ces données au dossier, le ministre, surtout, ne s'en prévaut pas, et il résulte en revanche de l'instruction que la SCI Saint-Etienne tirait (on peut penser « pour l'essentiel ») les fruits de ses revenus locatifs.

<sup>106</sup> Pour toutes ces raisons, nous sommes plutôt convaincus que le second critère d'invocabilité de la clause de gel fait *également* défaut.

<sup>107</sup> Mais, si vous nous suivez dans le raisonnement que nous vous suggérons à titre principal, vous n'aurez pas à examiner cette dernière piste, la première des conditions cumulatives de l'article 57, n'étant, en tout état de cause, objectivement pas remplie.

<sup>108</sup> Par ces motifs nous concluons, à la substitution du taux de 16 % à celui, in conventionnel, de 33, 33 %, à la décharge partielle, en droits et pénalités, des cotisations contestées, résultant de leur liquidation par application de cet autre taux et à ce qu'une somme de 2000 euros soit mise à la charge de l'Etat au titre des frais irrépétibles.

# Note universitaire

## « Clause de gel » ou de l'intérêt de l'archéologie fiscale...

Lukasz Stankiewicz

Maître de conférences de droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Autres ressources du même auteur



DOI : [10.35562/alyoda.6071](https://doi.org/10.35562/alyoda.6071)

<sup>1</sup> *La Cour administrative d'appel de Lyon a jugé que l'article 244 bis A du CGI était contraire à la liberté européenne de circulation des capitaux, seule liberté de circulation s'appliquant dans les relations avec les Etats tiers (Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE), art. 63 et s.), en ce qu'il soumettait une SCI française détenue par des résidents suisses à un prélèvement plus lourd sur une plus-value immobilière de source française que celui applicable à une même SCI détenue par des résidents français.*

<sup>2</sup> *De manière inédite, la décision précise que la « clause de gel », consacrée à l'article 64 du TFUE, qui constitue une exception spécifique à la liberté de circulation des capitaux, n'était pas applicable car, en ce qui concerne les SCI françaises détenues par les résidents des Etats tiers, la différence de traitement résultant de l'article 244 bis A du CGI a été introduite postérieurement au 31 décembre 1993.*

<sup>3</sup> *Par ailleurs, la cour ne prend pas position sur le point de savoir si un investissement immobilier, tel qu'en l'espèce, caractérise un « investissement direct » au sens de la « clause de gel ». Ce point, devenu inutile à la solution du litige, reste controversé en doctrine et en jurisprudence.*

<sup>4</sup> 1. Les implications fiscales de la liberté de circulation des capitaux se précisent de plus en plus en jurisprudence sans que celle-ci ait encore atteint la maturité nécessaire. Par son arrêt du 29 janvier 2013, la Cour administrative d'appel de Lyon a apporté sa contribution à ce développement, en tranchant, en faveur du contribuable, une question inédite relative à l'articulation du prélèvement de [l'article 244 bis A du CGI](#), en ce qu'il vise la situation des sociétés civiles immobilières (SCI) résidentes de France, avec la « clause de gel » prévue à l'article 64 du TFUE.

<sup>5</sup> Les faits étaient très simples. Un couple résidant en Suisse détenait des parts dans une SCI de droit français, non soumise à l'impôt sur les sociétés (IS). La société était propriétaire d'un immeuble situé en France, dont la cession, en 2006, a dégagé une plus-value.

<sup>6</sup> En substance, conformément à l'article 244 bis A du Code général des impôts (CGI), une plus-value immobilière de source française réalisée par un non-résident est passible d'un prélèvement au taux de 33 1/3%. Cependant, lorsque la plus-value est réalisée par une personne physique résidente de France la plus-value est imposée à 19% au titre de l'impôt sur le revenu (le taux en vigueur à la date de la cession en 2006 était de 16%). Le bénéfice du taux réduit est étendu aux personnes physiques résidentes d'un Etat membre de l'Union Européenne ou d'un Etat de l'Espace Economique Européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative.

<sup>7</sup> Ce prélèvement du tiers s'applique aussi, comme en l'espèce, aux sociétés de personnes de droit français au prorata des droits sociaux détenus par des associés non résidents. Cependant, par coordination, le taux réduit de 19% (16% en 2006) bénéficie aux sociétés de droit français, non soumises à l'impôt sur les sociétés, au prorata des droits sociaux détenus par des associés personnes physiques, résidents dans l'un des Etats de l'Union Européenne ou de l'Espace Economique Européen précités. Or, la Suisse ne figure pas parmi les Etats éligibles.

<sup>8</sup> Dès lors, en l'espèce, la société civile a acquitté le prélèvement au taux d'un tiers sur la plus-value réalisée, pour réclamer ensuite, ensemble avec ses associés résidents suisses, le remboursement partiel de l'imposition à concurrence du taux de 16% alors applicable.

<sup>9</sup> De manière classique dans ce type de litige, la cour a été amenée à confronter l'article 244 bis A du CGI aux normes supérieures découlant de [la convention fiscale franco-suisse](#) et du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne.

<sup>10</sup> 2. Pour écarter **le grief de l'incompatibilité des dispositions pertinentes de l'article 244 bis A du CGI avec la convention fiscale franco-suisse**, la CAA de Lyon a tiré toutes les conséquences du principe de translucidité des sociétés de personnes non soumises à l'IS, récemment réaffirmé avec force par le Conseil d'Etat ([CE 11 juill. 2011 n° 0317024 : R/JF 10/11 n° 1063](#)) . Selon ce principe, la société de personnes constitue un sujet d'imposition distinct de ses associés, les bénéfices étant réalisés par la société elle-même nonobstant le fait que le paiement de l'impôt puisse être réclamé aux associés au prorata de leur participation.

<sup>11</sup> Il en résulte, sur le plan des conventions fiscales, que la société de personnes de droit français est résidente de France, ses bénéfices de source française constituant dès lors un élément de revenu tiré par un résident de France et non pas l'associé non-résident. La situation se présente comme purement interne. On note que la personnalisation de la société de personnes est encore plus forte dans le cadre du prélèvement visé à l'article 244 bis A du CGI par rapport au droit commun des sociétés translucides, puisque c'est la société

elle-même qui s'acquitte du prélèvement sur la plus-value immobilière au prorata des droits sociaux détenus par les associés non-résidents et non les associés. Fort de ce constat, la cour a implicitement affirmé la conformité du prélèvement du tiers avec les stipulations de la convention franco-suisse.

<sup>12</sup> 3. Débouté sur le terrain conventionnel, c'est dans **la liberté de circulation des capitaux** que le contribuable a trouvé son salut. En effet, contrairement aux autres libertés européennes de circulation, celle relative aux capitaux est également invocable par les résidents des Etats tiers à l'Union Européenne (TFUE, art. 63 et s.).

<sup>13</sup> La cour s'est immédiatement positionnée sur le terrain de la liberté de circulation des capitaux sans chercher à écarter expressément l'application de la liberté d'établissement. Or, si l'espèce relevait de la liberté d'établissement, le contribuable n'aurait pu obtenir gain de cause, car, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, cette liberté ne s'étend pas aux résidents des Etats tiers et, lorsque ses conditions d'application sont réunies, la liberté d'établissement exclut la liberté de circulation des capitaux.

<sup>14</sup> Lorsqu'une personne physique acquiert elle-même un bien immobilier dans un Etat membre, elle se place indiscutablement sur le terrain de la libre circulation des capitaux. Cependant, en l'espèce, l'investissement immobilier a été réalisé par le truchement d'une SCI intégralement détenue par le couple de résidents suisses. Le couple de résidents suisses a acquis les parts sociales lui assurant le contrôle de la SCI et c'est la SCI, personne morale résidente de France, qui a réalisé l'investissement immobilier. Cependant, le but du couple de résidents suisses était clairement d'investir dans un bien immobilier situé en France et non d'assumer le contrôle d'une SCI française, qui n'était qu'un simple instrument juridique utilisé à cette fin. L'application de la liberté de circulation des capitaux paraît, dès lors, fondée.

<sup>15</sup> 4. De manière classique, la Cour administrative d'appel de Lyon a d'abord caractérisé l'existence d'une **restriction à l'exercice de la liberté de circulation des capitaux** avant d'examiner les justifications éventuelles.

<sup>16</sup> Pour caractériser la restriction, le rapporteur public Monsieur Laurent Levy Ben Cheton a préféré analyser « la nature économique du flux de capitaux » sans s'arrêter à « la nature fiscale du litige en cause », dictée par le principe de transparence des sociétés de personnes imposé par le droit interne français. La cour l'a suivi puisque, manifestement, elle a regardé à travers la société pour examiner la résidence des associés. Dans cette optique, la cour a, à notre sens correctement, comparé la situation de la SCI française

détenue par les associés résidents de Suisse, soumise au taux du prélèvement de 33 1/3%, avec celle d'une SCI française détenue par les associés résidents de France, soumise elle au taux de 16%.

17

La Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) a déjà jugé qu'un Etat membre « *qui impose différemment les plus-values réalisées dans cet Etat (...) selon qu'elles étaient obtenues par des résidents ou par des non-résidents alors que ces contribuables se trouvent dans une situation objectivement comparable au regard de cette imposition* » restreint la libre circulation des capitaux, en soulignant toutefois que s'agissant des plus-values, les résidents et non-résidents sont placés dans la même situation dès lors qu'il s'agit d'une « *réglementation qui ne vise que les plus-values résultant de cessions de biens détenus dans l'Etat membre concerné, qui ne poursuit pas, au moyen du traitement fiscal avantageux accordé aux résidents, une finalité sociale et dont il n'est pas établi qu'elle vise à tenir compte de la situation personnelle du contribuable pour la liquidation de l'impôt* » (CJCE 6 octobre 2009, aff. C-562/07 (sommaire), *Commission c/ Espagne : RJF 1/10*) . Or, puisqu'en matière de plus-values immobilières les résidents français sont assujettis à l'impôt sur le revenu à un taux proportionnel indépendamment de leurs facultés contributives, la situation des résidents et non-résidents ne présentait ici aucune différence objective.

18

**5. Toute restriction à l'exercice d'une liberté de circulation peut être justifiée** par d'impérieux motifs d'intérêt général, au nombre desquels la nécessité de lutte contre la fraude fiscale ou de préserver l'efficacité des contrôles fiscaux. Les justifications doivent être proportionnées au but recherché mais, précisément, lorsque la liberté de circulation des capitaux bénéficie aux résidents d'Etats tiers le motif tiré de la lutte contre la fraude fiscale est plus facilement admis par la jurisprudence européenne (CJUE, 3<sup>e</sup> ch., 28 oct. 2010, C-72/09, *Dr. fisc. 2010, n° 49, comm. 588*) . Cependant, cet argument ne pouvait prospérer dès lors qu'une simple différence de taux d'imposition n'a ni pour but ni pour effet de lutter contre la fraude fiscale, étant donné par ailleurs que l'administration a une parfaite connaissance de la consistance de la matière imposable, qui est de source française, et procède dans tous les cas au recouvrement de l'impôt par voie de prélèvement concomitant au fait générateur auprès de la société résidente de France (pour un exemple où le Conseil d'Etat a admis cette justification voir CE, 21 nov. 2011, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.-s., n° 329439 : *Dr. fisc. 2012, n° 24, comm. 336*) .

19

6. Dans les seules relations avec les Etats tiers, les restrictions à la liberté de circulation des capitaux sont également susceptibles d'être justifiées lorsqu'elles sont couvertes par la « **clause de gel** », prévue à l'article 64 du TFUE. En substance, une mesure nationale restreignant la libre circulation des capitaux peut bénéficier de la dérogation à la double condition cumulative qu'elle concerne, d'une

part, les mouvements des capitaux à destination des Etats tiers impliquant des investissements directs et, d'autre part, qu'elle ait été instituée avant le 31 décembre 1993 et subsiste de manière ininterrompue dans l'ordre interne depuis cette date.

<sup>20</sup> La question de savoir si un investissement immobilier constitue **un « investissement direct »** ne semble toujours pas définitivement tranchée par la jurisprudence. La lettre de l'article 64 du TFUE semble accréditer la thèse selon laquelle tout investissement immobilier est englobé dans la catégorie des investissements directs. Le traité autorise, en effet, les Etats membres à maintenir les restrictions existant déjà au 31 décembre 1993 relatives aux « mouvements de capitaux à destination ou en provenance des pays tiers, lorsqu'ils impliquent des investissements directs, y compris les investissements immobiliers ».

<sup>21</sup> Cela dit, le traité ne donnant aucune définition de l'investissement direct, la jurisprudence communautaire se réfère à la nomenclature annexée à la directive 88/361/CEE du Conseil, à laquelle elle n'attache cependant qu'une portée indicative. Or, cette nomenclature distingue les « investissements directs », classés en catégorie I de celle-ci et, selon l'intitulé, les « investissements immobiliers (non compris dans la catégorie I) » (CJUE, 5 mai 2011, C-384/09 : RJF 7/11, n° 910) .

<sup>22</sup> Dans un arrêt du 28 juillet 2011, publié au *Recueil* (CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> s.-s., 28 juill. 2011, n° 322672, Dr. fisc. 2011, n° 44, comm. 576), le Conseil d'Etat semble avoir tranché, de manière apparemment cohérente avec la position de la CJUE (CJUE, 5 mai 2011, préc.), en faveur de l'inclusion d'un investissement immobilier à caractère patrimonial dans la catégorie des investissements directs (la décision a été rendue sur le terrain de l'article 164 C du CGI, qui a pour effet d'assujettir à l'impôt sur le revenu les personnes non-domiciliées en France mais y disposant d'une ou plusieurs habitations, sur une base forfaitaire égale à trois fois la valeur locative réelle de ces habitations) . Cependant, la Cour administrative d'appel de Marseille paraît camper sur ses positions en distinguant toujours les investissements immobiliers directs et ceux ne revêtant pas cette nature (CAA Marseille, 13 mars 2012, n° 09MA00500 : Dr. fisc. 2012 n° 025, comm. 342 ; CAA Marseille, 22 mai 2012, n° 11MA03576) . S'agissant du prélèvement au titre de l'article 244 bis A du CGI, la position de la CAA de Marseille a trouvé un écho dans une décision de la CAA de Paris (CAA Paris, 7 oct. 2011, n° 09PA04989 : RJF 1/12 n° 84), alors que la CAA de Versailles s'est rangée à la lecture du Conseil d'Etat (CAA Versailles, 7 juin 2012, n° 11VE03607, 6<sup>e</sup> ch.) prenant le contrepied des jugements du tribunal administratif de Montreuil sur ce point (TA Montreuil, 25 fév. 2011, n° 009-4837, 10<sup>e</sup>

ch. : *RJF* 8-9/11 n° 01010 ; TA Montreuil 8 déc. 2011 n° 01104045, 10<sup>e</sup> ch. : *Dr. fisc.* 2012 n° 025, comm. 341 avec étude approfondie par E. Dinh).

<sup>23</sup> Dans ses conclusions sur la présente affaire, le rapporteur public semblait adhérer davantage à la « fronde » des juges du fond pour refuser de qualifier l'investissement immobilier à travers une SCI d'investissement « direct ».

<sup>24</sup> 7. Cependant, la Cour administrative d'appel de Lyon, par économie des moyens, a, avec habileté, évité de prendre position dans ce « dialogue des juges » puisqu'elle a jugé la clause de gel inapplicable au regard du non-respect **de la condition d'antériorité de la mesure restrictive à la date du 31 décembre 1993.**

<sup>25</sup> Il est constant que le prélèvement du tiers a été institué par l'article 8 de la loi n° 076-660 du 19 juillet 1976, soit antérieurement à la date fatidique du 31 décembre 1993 visée à l'article 64 du TFUE. La différenciation des taux par l'introduction du taux réduit de 16% pour les résidents de l'UE résulte seulement de l'article 10 de la loi n° 02003-1311 du 30 décembre 2003 de finances pour 2004. Cette différenciation était directement dictée par la réforme générale du régime des plus-values immobilières privées des résidents français, portée par le même texte, qui a substitué à l'imposition au barème progressif un prélèvement forfaitaire au taux de 16%, en principe liquidé et collecté par le notaire.

<sup>26</sup> En substance, au 31 décembre 1993, les personnes physiques résidentes étaient taxées au barème progressif alors que celles non-résidentes l'étaient au taux forfaitaire du tiers. Dès lors, au 31 décembre 1993, une personne physique résidente de France ayant réalisé une plus-value immobilière pouvait, compte tenu de l'application du barème progressif (et non du taux de 16% introduit postérieurement), se trouver tantôt favorisée tantôt défavorisée par rapport à un non-résident soumis au taux de 33 1/3 %.

<sup>27</sup> Le seul fait qu'un non-résident pouvait potentiellement, mais pas nécessairement, subir une charge fiscale plus lourde a suffi à la Cour administrative d'appel de Versailles pour juger la condition d'antériorité satisfaite et la clause de gel applicable dans le cas où le résident d'un Etat tiers a cédé l'immeuble qu'il détenait directement en son nom (CAA Versailles, 7 juin 2012, n° 11VE03607 ; la cour ayant par ailleurs considéré qu'il s'agissait d'un investissement direct) .

<sup>28</sup> Cependant, dans la présente affaire, l'immeuble était détenu à travers une SCI de droit français. Or, il est également constant qu'au 31 décembre 1993, l'article 244 bis A du CGI, dans sa rédaction issue de l'article 43-I de la loi n° 93-1353 du 30 décembre 1993 de finances rectificative pour 1993, n'assujettissait au prélèvement du tiers que

les personnes physiques non résidentes et les personnes morales, quelle qu'en soit la forme, dont le siège est hors de France. A contrario, une SCI de droit français, dont le siège est précisément en France, se trouvait hors du champ d'application personnel de ce prélèvement alors même que les parts de la société pouvaient être détenues par des non-résidents. Ce n'est qu'en vertu de l'article 50 de la loi du 30 décembre 2004 de finances rectificative pour 2004 que le prélèvement du tiers ou de 16%, selon l'Etat de résidence des associés, a été mis à la charge de la société française non soumise à l'impôt sur les sociétés alors qu'aucun prélèvement n'est dû au prorata des parts détenues par les associés résidents.

29

Fort de ce constat, la Cour administrative d'appel de Lyon, a, **de manière inédite** (c'est ici que réside le principal apport jurisprudentiel de cette décision), considéré que la condition d'antériorité de la mesure restrictive n'était pas remplie dans le contexte d'un investissement immobilier réalisé par un résident suisse à travers une SCI française, pour juger la clause de gel inapplicable et ordonner le dégrèvement de la différence entre le taux d'un tiers et de 16%, eu égard à la contrariété de l'article 244 bis A du CGI avec la liberté de circulation des capitaux.

30

Le raisonnement suivi par la Cour n'est cependant pas évident, même si le résultat semble correct. Pour apprécier l'existence d'une différence de traitement depuis le 31 décembre 1993, la Cour paraît s'être bornée à constater que la société civile française n'était redevable d'aucun prélèvement sur la plus-value réalisée, au prorata des parts détenues par les non-résidents, avant l'entrée en vigueur de la loi du 30 décembre 2004 (la décision évoque, cons. 9, que la société « n'était pas soumise à un taux majoré d'imposition » avant cette date, mais en réalité elle n'était redevable d'aucun prélèvement). La discrimination remonterait donc « seulement » à 2004 et non au 31 décembre 1993.

31

En d'autres termes, la Cour a appliqué sur le terrain de la libre circulation des capitaux le principe de transparence des sociétés de personnes, qui régit le droit interne et l'application par la France de ses conventions fiscales. Cette approche ne nous semble pas adaptée par rapport au droit de l'Union Européenne où l'interprétation littérale des textes cède souvent devant l'approche téléologique. La transparence est un concept purement français, totalement isolé en droit comparé. L'importer sur le terrain du droit de l'Union Européenne n'a donc rien d'évident. Par ailleurs, en suivant, selon la recommandation du rapporteur public, « la nature économique du flux des capitaux » pour caractériser la restriction à la libre circulation, la Cour a regardé la résidence fiscale des associés à travers l'écran sociétaire, ce qui relève d'une approche de transparence. En effet, il nous paraît difficile de regarder la société par le prisme de la transparence pour caractériser la restriction à la

libre circulation des capitaux voire même pour faire le choix, déterminant, entre la liberté d'établissement et celle de circulation des capitaux, et ensuite mettre les verres de « transparence » pour apprécier les conditions d'application de la « clause de gel » de cette dernière liberté.

<sup>32</sup> Cependant, si on devait apprécier la condition d'antériorité de la « clause de gel » au niveau des associés personnes physiques, on aboutirait, à notre avis, au même résultat que la juridiction lyonnaise.

<sup>33</sup> Au 31 décembre 1993, l'associé non-résident personne physique d'une société non soumise à l'impôt sur les sociétés résidente de France aurait dû voir la quote-part de la plus-value lui revenant imposée au barème progressif dans les mêmes conditions qu'un associé résident de France. Cela ressort clairement de l'instruction n° 71 du 16 avril 2002 (8 M-2-02) par laquelle l'administration tire les conséquences de la jurisprudence du Conseil d'Etat écartant, pour l'application des conventions fiscales, la théorie de la transparence des sociétés de personnes résidentes de France (CE 4 avril 1997, 9<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> s.-s., n° 144211 ; CE 9 fév. 2000, n° 178389, 8<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.-s.). Dès lors que la plus-value est réalisée par la société française, et non pas par l'associé non-résident, et que le texte de l'article 244 bis A, dans la rédaction alors applicable, ne permettait pas de mettre le prélèvement à charge de la société française, l'associé ne pouvait logiquement qu'être imposé dans les conditions de droit commun. La réforme du régime d'imposition des plus-values immobilières, à partir du 1 janvier 2004, n'a pas non plus introduit de différence de traitement car l'associé non-résident continuait à relever du droit commun, cette fois-ci du prélèvement forfaitaire à 16%. C'est cette « faille » que la loi de finances rectificative pour 2004 a entendu réparer car il était plus intéressant pour des résidents d'Etats tiers de détenir les immeubles en France à travers les SCI par rapport à une détention directe.

<sup>34</sup> Certes, il semblerait que, dans les années 1990, l'administration assujettissait néanmoins les associés non-résidents au prélèvement du tiers (B. GOUTHIERE, *Impôts dans les affaires internationales*, 4<sup>e</sup> éd., 1998, p. 685) avant de reconnaître elle-même par l'instruction précitée l'illégalité de ces pratiques. Mais, en tout état de cause, si la pratique de l'administration pouvait constituer de fait une restriction à l'exercice de liberté de circulation des capitaux, elle s'est de toute façon interrompue entre 2002 et 2004, faisant obstacle à l'application de la « clause de gel ».

<sup>35</sup> Bien qu'elle soit juridiquement fondée, il n'empêche que la décision de la Cour administrative d'appel de Lyon, conjuguée aux autres décisions des cours d'appel en la matière, aboutit à ébranler la cohérence du régime d'imposition des plus-values immobilières privées réalisées par les non-résidents.

36

La décision de la Cour administrative d'appel de Versailles (CAA Versailles, 7 juin 2012, préc.), fondée sur une analyse qui n'est pas juridiquement en contradiction avec la présente décision, aboutit à une déclaration de conformité du prélèvement du tiers avec la liberté de circulation des capitaux en cas de détention directe de l'immeuble par un résident d'un Etat tiers.

37

Au contraire, la décision commentée révèle la non-conformité de ce même prélèvement en cas de détention indirecte de l'immeuble à travers une SCI. Le rapporteur public a souligné, de manière incidente, la justice de la solution de l'espèce, car il est vrai qu'en cas de détention directe par les résidents suisses d'un immeuble situé en France, une disposition très spécifique de la convention fiscale franco-suisse (art. 15 §4) empêche l'assujettissement d'un résident suisse à un prélèvement libératoire qui serait plus lourd qu'un prélèvement comparable appliqué à un résident de France (CAA Versailles, 21 juill. 2011, n° 10VE04101) . Dans les relations avec la Suisse, c'est donc le taux de 16% (19% aujourd'hui) qui frappe la plus-value peu importe si l'immeuble est détenu directement ou sous forme de « pierre-papier ». Cependant, le raisonnement développé sur le terrain de la liberté de circulation des capitaux vaut évidemment à l'encontre de l'ensemble des Etats tiers bien au-delà des frontières helvétiques.

38

En l'état donc, car les solutions ne sont guère stabilisées, il semblerait que la plus-value immobilière privée de source française tirée par un résident d'un Etat tiers doit être imposée à 33 1/3 % en cas de détention directe (sauf pour les résidents suisses...) et à 19% en cas d'investissement à travers une SCI, ce à quoi s'ajoutent désormais, dans les deux cas, les prélèvements sociaux. La neutralité du droit fiscal n'en sort pas renforcée.