

**N° 421913, 421914 et 421915 – Etat du Koweït**

**9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> chambres réunies**

**Séance du 8 janvier 2020**

**Lecture du 22 janvier 2020**

## **Conclusions**

### **Mme Emilie Bokdam-Tognetti, rapporteur public**

S'ils portent sur des configurations différentes – le premier pourvoi appelé portant sur un cas de détention et d'exploitation directe, les deux suivants sur la participation à des sociétés civiles immobilières – ces trois affaires ont en commun de soulever une question inédite dans votre jurisprudence : celle de l'assujettissement à l'impôt d'un Etat souverain étranger à raison d'investissements immobiliers opérés en France.

Avant d'en venir à l'examen des faits et à l'appréciation des conditions d'application matérielle et personnelle de l'impôt telles que posées par le droit interne, notamment au point de savoir si et comment adapter en pareil cas les grilles d'analyse habituellement utilisées en présence d'organismes privés ou publics de droit français, nous commencerons par évoquer et écarter certains obstacles que les parties ne discutent pas mais qu'il vous reviendrait, le cas échéant, de soulever d'office : ceux liés à l'immunité des Etats et à la souveraineté du contribuable que la France entend ici assujettir à l'impôt.

Les privilèges d'immunité dont jouissent les Etats sont au nombre de deux : l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution. L'une et l'autre procèdent de l'égalité des Etats souverains et renvoient à leur indépendance réciproque, dont découle la règle selon laquelle un Etat ne peut en principe soumettre un autre Etat à des actes d'autorité.

Si elle a été signée et ratifiée par la France, la convention des Nations unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens n'est pas entrée en vigueur faute d'avoir atteint un nombre suffisant de ratifications. C'est donc au regard des règles de la coutume internationale, dont cette convention ne fait au demeurant que s'inspirer – avec ses ambiguïtés en ce qui concerne la pierre de touche (nature ou finalité) des actes de souveraineté – et dont vous avez déjà reconnu l'existence notamment dans une décision *Mme S... et autres* de Section du 14 octobre 2011 (n° 329788, p. 473) ou plus récemment dans une décision *Etat d'Ukraine* du 28 décembre 2018 (n° 418889, p. 485), que s'apprécie aujourd'hui encore la portée des privilèges d'immunité des Etats souverains et de leurs démembrements.

L'immunité de juridiction s'oppose à ce qu'un Etat souverain soit soumis aux tribunaux d'un autre Etat. De nature procédurale, elle se soulève d'office. Elle ne constitue toutefois pas un obstacle au présent procès.

D'une part, et en tout état de cause, car l'Etat du Koweït est ici demandeur et à l'origine de l'action intentée devant les tribunaux français – hypothèse dans laquelle l'Etat souverain étranger est réputé avoir renoncé à son privilège. Mais cette renonciation s'explique par la nature particulière du litige ici soumis au juge français, marqué par les pouvoirs du créancier, lui-même souverain, contre lequel le Koweït agit en justice et dont il conteste la créance. L'administration fiscale établissant et recouvrant elle-même l'impôt, le contentieux fiscal est toujours engagé par le contribuable.

D'autre part, car l'immunité de juridiction des Etats (et des organismes agissant pour leur compte ou sur leur ordre) n'est pas absolue. Si la Cour de cassation avait jugé, par un arrêt du 22 janvier 1849, qu'« *un gouvernement ne peut être soumis, pour les engagements qu'il contracte, à la juridiction d'un Etat étranger* » (22 janvier 1849, *Gouvernement espagnol*, DP 1849. 1. 5 et S. 1849. 1. 81 et 94), l'on sait, depuis au moins un arrêt du 19 février 1929, *URSS c/ Association France Export* (DP 1929. 1. 73 et S. 1930. 1. 49), que la France retient à l'instar de la coutume internationale une acception restreinte de cette immunité, conduisant à distinguer les actes *de jure imperii* (actes de souveraineté ou de puissance publique) et les actes *de jure gestionis* (ou actes de gestion). La distinction se révèle toutefois parfois malaisée, compte tenu du maniement par la France du double critère de la nature et de la finalité de l'acte considéré. Dans son état le plus récent, la jurisprudence de la Cour de cassation juge ainsi que « *les Etats étrangers bénéficient de l'immunité de juridiction lorsque l'acte qui donne lieu au litige participe, par sa nature ou sa finalité, à l'exercice de la souveraineté de ces Etats et n'est pas un acte de gestion* » (Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juillet 2017, n° 15-29.334 et 15-29.335, Bull. 2017, I, n° 171), et apprécie cette finalité à l'aune de l'opération globale dans laquelle l'acte s'inscrit en recherchant notamment si l'acte a été accompli dans l'intérêt du service public de cet Etat étranger (v., même arrêt, pour l'application de l'exception d'immunité à un litige relatif à l'exécution d'un contrat de lobbying tendant à favoriser l'implantation d'une université privée dans un Etat étranger dans l'intérêt du service public de l'éducation de cet Etat).

Or en acquérant puis en donnant en location à des tiers des biens immobiliers en France, un Etat étranger accomplit des transactions de nature commerciale. Quant à la finalité des actes ici en cause, celle-ci ne nous paraît pas ressortir à des finalités de service public propres à caractériser des actes participant à l'exercice de sa souveraineté par l'Etat du Koweït. En effet, quand bien même le but final de ces acquisitions et des fruits locatifs que ces immeubles rapportent serait d'investir les excédents budgétaires de cet Etat aux fins de sécuriser les recettes futures du royaume dans l'intérêt des générations présentes et à venir, cet objectif, quoi que d'intérêt général, ne nous paraît pas pouvoir être regardé comme une finalité suffisamment définie et directe de service public qui permettrait de regarder la location comme un acte de souveraineté au sens et pour l'application des règles d'immunité. L'Etat étranger nous paraît agir comme un investisseur, non comme un souverain. Nous ne pensons donc pas que l'immunité de juridiction pourrait, à l'égard de pareille activité immobilière de location, trouver à s'appliquer. Mais en tout état de cause, on l'a vu, le litige a été engagé par l'Etat du Koweït lui-même.

La question de l'immunité d'exécution, qui protège un Etat souverain des actes d'exécution forcée et des mesures de contrainte tels que des saisies, se pose en des termes différents. Si cette immunité est plus forte, elle peut toutefois être écartée, notamment lorsque le bien saisi a été affecté à l'activité économique ou commerciale relevant du droit privé à l'origine du litige.

Il est à noter que l'article L. 111-1-1 du code des procédures civiles d'exécution, créé par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite « Sapin 2 ») fait désormais de l'autorisation du juge un préalable nécessaire à la mise en œuvre de mesures conservatoires ou d'exécution forcée sur un bien appartenant à un Etat étranger.

L'application de l'immunité d'exécution n'est pas sans soulever en matière fiscale des difficultés, dès lors qu'est en cause un créancier – l'Etat – qui établit lui-même son titre exécutoire et peut, grâce au privilège du préalable, forcer le recouvrement de ses créances sans saisir un juge de l'exécution. Cette question, intéressante et délicate, nous semble toutefois ressortir en tout état de cause au contentieux du recouvrement, non à celui de l'assiette dont vous êtes aujourd'hui seul saisi. En effet, si l'établissement de l'assiette de l'impôt conduit à soumettre l'Etat étranger à la loi fiscale française et à le reconnaître débiteur de l'administration fiscale française, et si la fiscalité est l'une des expressions les plus emblématiques et les plus essentielles du souverain, il nous semble que cette application de la loi française ne soulève pas, au stade de l'assiette et du point de vue de l'immunité d'exécution, de question de nature différente ou de difficulté plus grande que n'en poserait l'application d'autres branches du droit telles que le droit commercial, le droit du travail ou le droit des contrats.

Ces interrogations sur l'immunité des Etats en matière fiscale ne sont ni nouvelles ni proprement françaises. Si ces travaux n'ont finalement pas abouti à l'inscription dans la convention sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens de stipulations propres à la matière fiscale (à la différence de la convention européenne sur l'immunité des Etats du 16 mai 1972 qui exclut expressément de son champ d'application à son article 29 les procédures en matière de taxes et impôts), l'on peut ainsi noter que dans un questionnaire du 14 avril 1981, la commission du droit international de l'ONU adressait déjà aux Etats membres la question suivante : « *Si les activités ne revêtant pas un caractère public auxquelles se livre un Etat étranger sur le territoire de votre Etat sont de nature à être normalement assujetties au versement d'impôts, droits ou autres redevances, un Etat étranger est-il tenu de les payer, en est-il exempté dans tous les cas, ou l'est-il sur la base de la réciprocité ?* ». Cette problématique a gagné en vigueur avec le développement des fonds souverains, notion qui, si elle est dépourvue de statut juridique défini et renvoie à diverses formes d'investissement des Etats et de leurs démembrements pourvus ou non de la personnalité morale, renvoie à une réalité économique devenue incontournable. Si la Commission européenne s'intéresse principalement à la gouvernance, à la transparence et au contrôle de ces fonds (communication 2008/0115/final du 27 février 2008), l'OCDE se penche quant à elle notamment sur l'appréhension fiscale de ce phénomène.

Les Etats et leurs subdivisions politiques sont ainsi expressément inclus dans la définition de la notion de « *résident d'un Etat contractant* » proposée par l'article 4 du modèle OCDE de convention fiscale bilatérale – permettant ainsi aux Etats de bénéficier de la protection contre les doubles impositions offertes par les conventions et reconnaissant ainsi implicitement qu'un Etat peut être un sujet fiscal. Les commentaires officiels de cette convention, tels qu'amendés par le comité des affaires fiscales de l'OCDE en 2010, soulignent toutefois que l'application de la convention aux Etats « *ne saurait être interprétée comme ayant un quelconque effet sur l'application possible par chaque Etat du principe d'immunité des Etats reconnu par le droit international coutumier* ». Constatant l'absence de consensus

international sur les limites exactes de ce principe en matière fiscale, en notant que certains Etats le jugent entièrement étranger aux questions touchant la fiscalité, qu'une majorité l'écarte pour les seules activités d'entreprise, et qu'au sein même des Etats reconnaissant ainsi l'application possible de ce principe en matière fiscale des divergences existent quant à la nécessité ou non de son incorporation préalable en droit interne sous forme d'exonérations substantielles, l'OCDE conclut prudemment que « *chaque État contractant garde donc l'entière liberté d'appliquer sa propre interprétation de ce principe* ».

Une étude de D. Gaukrodger réalisée pour l'OCDE en 2010 (Gaukrodger, D. (2010), « *Foreign State Immunity and Foreign Government Controlled Investors* », OECD Working Papers on International Investment, 2010/02, OECD Publishing) a en effet mis en exergue la diversité des législations et des pratiques des Etats lorsqu'il s'agit d'assujettir à l'impôt l'un de leurs pairs. Cette étude souligne notamment que les Etats ne soumettant pas les autres Etats à l'impôt procèdent en général par voie de dispositions substantielles nationales exonérant les Etats souverains étrangers de l'impôt, plutôt que par application de l'obstacle purement procédural de l'immunité juridictionnelle ou d'exécution des Etats et de leurs démembrements.

Du tableau dressé par l'auteur de cette étude, il ressort notamment que l'Allemagne taxe les gouvernements étrangers sur leurs revenus passifs de la même manière que les entreprises commerciales, à l'instar de la Norvège, la Suisse et la Pologne. En revanche, l'Australie exempte d'impôt, en vertu du principe d'immunité, les Etats étrangers à raison de leurs activités non commerciales. Si elle considère qu'ils n'échappent pas à l'impôt pour leurs activités commerciales, elle adopte toutefois une conception étroite de ces dernières, la conduisant à exempter d'impôt les investissements passifs et à regarder comme non commerciales les prises de participations inférieures à 10%. Aux Etats-Unis, l'article 892 de l'*Internal Revenue Code* dispose que le revenu perçu par des Etats étrangers et provenant d'investissements en actions, obligations, valeurs mobilières et instruments financiers ne sont pas inclus dans le revenu brut imposable et sont exemptés d'impôt sur le revenu, mais que cette exonération ne s'étend pas aux revenus provenant directement de la conduite d'une activité commerciale ou perçus d'une entité commerciale dont l'Etat étranger détient le contrôle. Le Royaume-Uni retient une approche plus large encore de l'immunité le conduisant à regarder les Etats étrangers comme échappant à tous les impôts directs sur les revenus, pour leurs transactions commerciales comme non commerciales, l'article 11 du *State Immunity Act* n'envisageant leur assujettissement qu'aux impôts indirects (TVA, droits de douane et accises) et aux impôts frappant les seuls locaux occupés à des fins commerciales. Enfin, des réponses des Etats au questionnaire de la commission des Nations unies sur le droit international, il ressort que les Pays-Bas et la Suède (du moins dans les années 1980) regardaient les Etats étrangers comme passibles en principe des impôts, droits et redevances.

De ce panorama, nous retirons la conviction, d'une part, qu'il n'existe pas d'obstacle en droit international public à l'assujettissement à l'impôt d'un Etat souverain à raison des actes de gestion qu'il accomplit sur le territoire d'un Etat étranger, et d'autre part, que d'autres Etats que la France ont déjà franchi le pas de l'imposition en pareille configuration.

Encore faut-il, pour établir l'impôt, que le contribuable allégué entre bien dans le champ d'application matériel et personnel de cet impôt tel que défini par la loi interne.

Si le droit français comporte, pour certaines impositions, des dispositions expresses d'exonération des Etats souverains et des organisations internationales – telles celles de l'article 131 sexies du CGI s'agissant des retenues à la source frappant les revenus de capitaux mobiliers et celles de l'article 244 bis A, dont il est question dans une autre affaire du présent rôle, en matière de plus-values immobilières – il n'existe rien de tel pour l'impôt sur les sociétés. La soumission d'un Etat étranger à cet impôt doit donc être appréciée sur le fondement des dispositions de droit commun de l'article 206 du CGI.

Au terme du 1 de cet article : « ... sont passibles de l'impôt sur les sociétés, quel que soit leur objet, les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions, les sociétés à responsabilité limitée n'ayant pas opté pour le régime fiscal des sociétés de personnes (...), les sociétés coopératives et leurs unions ainsi que (...) les établissements publics, les organismes de l'Etat jouissant de l'autonomie financière, les organismes des départements et des communes et toutes autres personnes morales se livrant à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif ». Soulignons que l'effet de l'inclusion des personnes publiques ainsi mentionnées dans le champ d'application de l'IS se trouve toutefois réduit par les dispositions de l'article 207 du code, qui exonèrent d'impôt les collectivités territoriales, leurs groupements ainsi que leurs régies de service public, entendues par votre jurisprudence comme celles rendant un service indispensable à la satisfaction de besoins collectifs intéressant l'ensemble des habitants de la collectivité (CE, 7 mars 2012, *Commune de Saint-Cyprien*, n° 331970, T. pp. 609-718, RJF 6/12 n° 572, concl. V. Daumas BDCF 6/12 n° 70).

Vous jugez qu'il appartient au juge de l'impôt, saisi d'un litige portant sur le traitement fiscal d'une opération impliquant une société de droit étranger, d'identifier dans un premier temps, au regard de l'ensemble des caractéristiques de cette société et du droit qui en régit la constitution et le fonctionnement, le type de société de droit français auquel la société de droit étranger est assimilable, puis, compte tenu de ces constatations, de déterminer dans un second temps le régime applicable à l'opération litigieuse au regard de la loi fiscale française (CE, Plénière, 24 novembre 2014, *Société Artémis*, n° 363556, p. 345, RJF 2/15 n° 102, concl. E. Cortot-Boucher BDCF 2/15). Le même raisonnement par assimilation nous paraît devoir être suivi en présence d'une personne de droit étranger autre qu'une société.

Mais à quelle catégorie juridique de droit français faut-il assimiler un Etat souverain étranger pour l'application de l'article 206 : à l'Etat, à une autre collectivité publique, à un organisme sans but lucratif de droit privé français, ou encore à toutes autres personnes morales ?

Si l'on assimile un Etat souverain étranger à l'Etat (français) lui-même pour l'application de l'article 206, il en résulterait la soustraction de cet Etat étranger du champ de cet impôt, l'article 206 ne visant que « *les organismes de l'Etat jouissant de l'autonomie financière* », et non l'Etat lui-même ou ses démembrements dépourvus d'une telle autonomie.

Cette assimilation est concevable. Un Etat étranger peut en effet ressembler davantage, par sa nature juridique et ses attributs, à l'Etat qu'à une collectivité territoriale ou à l'une de ses régies, à un établissement public, ou encore à un organisme de droit privé.

Tel n'est toutefois pas, après réflexion, la solution que nous vous proposerons. D'une part, car l'article 206 ne traite pas, à proprement parler, de la catégorie juridique « Etat » mais procède plus par un silence. Il vise en revanche expressément certaines catégories d'organismes

publics déterminées et « *toutes autres personnes morales se livrant à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif* ». D'autre part, car le traitement réservé à l'Etat (français) ressortant en creux de son absence de mention à l'article 206 nous semble renvoyer à un ensemble à contenu nécessairement unique. Quel que soit le statut juridique et les caractéristiques d'un Etat souverain étranger, celui-ci ne nous paraît pas assimilable – notion allant plus loin que la simple comparaison – à l'Etat de la France en ce qu'il déploie sur son propre territoire ses pouvoirs de souveraineté illimités et crée et prélève pour se financer l'impôt sur les sociétés.

L'assimilation à l'Etat étant, si vous nous suivez, écartée, vous devrez donc procéder, soit par assimilation à l'une des collectivités publiques françaises autres que l'Etat mentionnées à l'article 206, soit par rattachement à la catégorie large et attrape-tout de « *toutes autres personnes morales se livrant à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif* », sur laquelle vous vous fondez notamment pour inclure dans le champ de l'IS des organismes privés français tels que des associations lorsqu'ils remplissent la condition de lucrativité posée par cette disposition. Que vous reteniez l'une ou l'autre de ces solutions, également possibles, vous devrez selon nous appliquer la même approche.

Les raisons vous ayant conduits dans votre décision *Commune de La Ciotat* (CE, 20 juin 2012, n° 341410, T. pp. 609-718, RJF 10/12 n° 902 avec chronique E. Bokdam-Tognetti, concl. V. Daumas BDCF 10/12 n° 110) à écarter l'application de la grille d'analyse de la lucrativité dégagée pour les associations de droit privé par votre jurisprudence *Association Jeune France* (CE, Section, 1er octobre 1999, n° 170289, p. 285, RJF 11/99 n° 1354 avec chronique E. Mignon p. 823, concl. J. Courtial BDCF 11/99 n° 104) pour retenir une grille propre aux collectivités publiques de droit français, fondée sur le seul objet du service et sur ses conditions d'exploitation, compte tenu de l'inadéquation du critère de gestion intéressée s'agissant de collectivités réputées agir dans un but d'intérêt général et enserrées dans des règles budgétaires contraintes, nous paraissent en effet transposables à un Etat étranger.

Certes, il peut n'apparaître pas complètement exclu qu'un tel Etat puisse se livrer à des opérations relevant d'une gestion intéressée, en ce sens qu'elle viserait à enrichir des personnes privées déterminées, notamment en cas de confusion des finances de l'Etat souverain et de ses dirigeants. Toutefois, il nous semblerait excessivement difficile pour le juge de l'impôt – nonobstant le réalisme du droit fiscal – de porter de telles appréciations diplomatiquement plus que délicates. D'autant que des cas pathologiques de cette nature sont parfois susceptibles de se présenter au sein de collectivités territoriales françaises sans que vous ayez pour autant décidé de réserver cette hypothèse dans votre considérant de principe *Commune de La Ciotat*.

Nous vous proposons donc de reprendre la grille d'analyse de cette décision et de juger qu'un Etat étranger est passible de l'IS en France lorsque les opérations qu'il réalise relèvent, eu égard à leur objet ou aux conditions particulières dans lesquelles cette activité est gérée, d'une exploitation à caractère lucratif.

Par l'objet du service, il faut entendre, comme le relevait V. Daumas dans ses conclusions sur l'affaire *Commune de La Ciotat*, la teneur de la prestation exécutée et la question de savoir si elle de celles que des entreprises privées poursuivant un but lucratif sont susceptibles de rendre. Les conditions particulières pourront quant à elles notamment renvoyer, comme

l'illustre votre décision *Centre départemental de Méjannes-le-Clap* du 20 juin 2016 (n° 382975, RJF 10/16 n° 810, concl. R. Victor C810), aux tarifs pratiqués, au public visé et aux méthodes de promotion commerciale mises en œuvre.

Le cadre juridique du litige ainsi tracé, il ne vous restera plus qu'à appliquer cette grille d'analyse au présent cas d'espèce.

Sous le n° 421913, vous êtes saisis d'un pourvoi formé par l'Etat du Koweït contre un arrêt de la cour administrative d'appel de Versailles ayant confirmé son assujettissement à l'impôt sur les sociétés à raison des revenus locatifs retirés de la Tour Manhattan, située à La Défense. Indiquons d'emblée, pour ne plus y revenir, que si la cour a relevé que la gestion de cet immeuble a été confiée le 3 mars 2009 à la Kuwait Investment Authority (KIA), agence publique koweïtienne dépendant du ministère des finances du Koweït, la propriété directe de l'immeuble et la perception des revenus correspondants par l'Etat du Koweït, retenues par la cour, ne sont pas arguées de dénaturation. Il ressort en effet des écritures de l'Etat que l'immeuble litigieux a été acquis par le ministère des finances de cet Etat en 1975. Le rôle et le statut exacts de la KIA ainsi que ceux du Kuwait Investment Office (KIO) ne sont donc pas en cause devant vous.

Estimant que la location de la Tour Manhattan participait de l'exercice par le Koweït d'une activité lucrative en France au sens du 1 de l'article 206 du code général des impôts, l'administration fiscale a assujéti l'Etat du Koweït à des cotisations d'impôt sur les sociétés et de contribution sociale sur cet impôt au titre des années 2010 et 2011, assortis d'intérêts de retard, pour un montant total d'environ 11 millions d'euros.

Pour rejeter l'appel du Koweït, la cour de Versailles a d'abord jugé qu'une activité exercée en France par une personne morale de droit public étrangère n'est pas passible de l'impôt sur les sociétés si cette activité ne relève pas, eu égard à son objet ou aux conditions particulières dans lesquelles elle est exercée, d'une exploitation à caractère lucratif, mais que la gestion d'un patrimoine immobilier par une telle collectivité peut constituer une opération à caractère lucratif, même si elle n'a pas de caractère commercial, sans qu'y fasse nécessairement obstacle le caractère, en principe, désintéressé de la gestion de cette collectivité. Puis, faisant application de la règle ainsi dégagée à l'espèce, la cour a constaté que l'activité consistant à louer des locaux nus à usage de bureaux en France, ne mettant en œuvre aucune prérogative de puissance publique et ne constituant pas un service public quand bien même elle traduirait la volonté de faire fructifier les excédents budgétaires du Koweït dans un but d'intérêt général, était de la nature de celles que des entreprises privées poursuivant un but lucratif sont susceptibles d'exercer et que les conditions d'exploitation, en particulier les prix pratiqués, ne faisaient pas apparaître que l'Etat du Koweït aurait entendu se placer en dehors du cadre d'une exploitation à caractère lucratif.

L'Etat requérant soutient d'abord que la cour a commis une erreur de droit en se fondant, pour rechercher si l'activité de location avait un caractère lucratif, sur des critères inopérants tirés de ce que l'activité exercée ne relevait ni d'un service public administratif ni de l'exercice de prérogatives de puissance publique, au lieu de rechercher si l'activité était en concurrence avec celle des entreprises commerciales. Mais si l'arrêt n'est pas exempt d'une certaine maladresse (en évoquant l'absence de caractère de service public administratif et de mise en œuvre de prérogatives de puissance publique, la cour nous paraît avoir davantage fait écho à

des problématiques se rapprochant, soit de l'immunité des Etats étrangers, soit du champ de l'exonération des services publics de l'article 207 que du champ même de l'article 206), elle a *in fine* manié les bons critères en constatant que l'activité de location en cause était de celle que des entreprises privées poursuivant un but lucratif sont susceptibles d'exercer et en se penchant sur les conditions d'exploitation de la tour. Par ailleurs, si la cour a évoqué la concurrence d'entreprises « privées » et non d'entreprises « commerciales », nous n'y voyons pour notre part pas d'erreur de droit, contrairement au pourvoi qui semble faire le plus grand cas de l'expression « entreprises commerciales » employées dans la jurisprudence *Jeune France*. En effet, comme le montre votre décision *Centre départemental de Méjannes-le-Clap*, évoquant indifféremment les « entreprises privées » et les « entreprises commerciales », l'adjectif « commercial » alors employé ne renvoie pas à la notion de bénéfices industriels et commerciaux mais à la notion de société commerciale, laquelle est déterminée par l'objet ou la forme de la société, et vous vous attachez à rechercher l'existence d'une concurrence avec l'activité de sociétés commerciales entendues notamment comme des sociétés sous forme de SNC, SARL, SCA ou SA.

L'Etat requérant soutient ensuite, d'une part, que la cour a commis une erreur de droit en jugeant que la gestion d'un patrimoine immobilier par une personne morale de droit public étrangère peut constituer une opération à caractère lucratif sans qu'y fasse nécessairement obstacle le caractère, en principe désintéressé, de la gestion de cette personne morale, alors que la gestion d'un patrimoine par une personne morale qui est désintéressée ne peut jamais constituer une activité lucrative. Le Koweït se prévaut, à l'appui de ce moyen, du 5 de l'article 206 du code général des impôts, en vertu duquel les établissements publics ainsi que les associations et collectivités non soumis à l'impôt sur les sociétés en vertu d'une autre disposition (notamment en vertu du 1 du même article assujettissant à l'IS toutes personnes morales se livrant à une exploitation ou des opérations à caractère lucratif) sont assujettis à cet impôt « en raison des revenus patrimoniaux qui ne se rattachent pas à leurs activités lucratives ». Or sont qualifiés de revenus patrimoniaux au sens du 5 de l'article 206 les revenus de la location des immeubles bâtis et non bâtis dont les organismes concernés sont propriétaires. Le Koweït en déduit que la perception de revenus patrimoniaux par une collectivité dont la gestion est désintéressée ne saurait jamais présenter, par elle-même, un caractère lucratif.

L'Etat requérant soutient, d'autre part, que la cour a inexactement qualifié les faits en jugeant que l'activité de location nue de la Tour Manhattan caractérisait en l'espèce une exploitation lucrative au sens du 1 de l'article 206 du CGI.

La circonstance qu'une activité ne soit pas commerciale par nature ne fait pas obstacle à son assujettissement à l'IS : commercialité et lucrativité ne sont pas synonymes. Si elle n'est pas transposable au présent cas d'espèce, en ce qu'elle est notamment fondée sur la nature particulière de ces entités et sur le caractère opaque et présumé intéressé de leur gestion, l'abondante jurisprudence sur les biens immobiliers mis à disposition, même gratuitement, par des *Anstalten* du Liechtenstein en sont la démonstration (v. notamment CE, 27 février 2013, *Etablissement Poudix*, n° 354994, RJF 2013 n° 471, concl. N. Escaut). Aussi, la circonstance que la location de locaux nus ne relève pas des bénéfices industriels et commerciaux tels que définis à l'article 35 du CGI ne saurait suffire à exclure par principe le caractère lucratif pour l'application de l'article 206 d'une activité de location.

Il est vrai qu'en règle générale, ainsi que l'illustre le 5 de l'article 206 du CGI, ne caractérise pas une exploitation à caractère lucratif la simple perception de revenus passifs, procédant de la simple détention et mise en valeur d'un patrimoine, par des associations, des fondations ou des collectivités dont l'activité principale est non lucrative (pour les sociétés de capitaux visées organiquement par le 1 de l'article 206, la question ne se pose pas : elles sont toujours assujetties à l'IS quel que soit leur objet) : sinon, ces organismes seraient tous passibles de l'IS en vertu du 1 en ce qu'ils seraient regardés comme se livrant du seul fait de la perception des fruits de ce patrimoine ainsi valorisé à une exploitation ou des opérations de caractère lucratif et le 5 de l'article 206 renverrait à un ensemble vide.

Dès lors, du constat que des sociétés de forme commerciale sont toujours susceptibles de faire fructifier leur propre patrimoine et notamment, dans le cas des investissements immobiliers, de donner des biens en location et de percevoir des loyers, il ne saurait être question de déduire que la perception de loyers par une association ou une collectivité sans but lucratif procédant de la simple mise en valeur de son patrimoine aux fins de se procurer des ressources ensuite utilisées pour son activité non lucrative, caractériserait une exploitation de caractère lucratif passible de l'IS au taux de droit commun en vertu du 1 de l'article 206.

Toutefois, si vous aviez jugé pour la taxe professionnelle que la location de locaux nus ne constituait pas une activité professionnelle pour l'application de l'article 1447 du CGI (CE, 3 octobre 2003, *min. c/ SCI Caladoise*, n° 246855, T. p. 747), avant que le législateur ne reprenne la main et ne répute ces locations exercées à titre professionnel et soumises à la CFE au-delà de 100 000 euros de recettes, la location de locaux nus peut constituer une activité économique dépassant le pur et simple patrimonial, conduite par des sociétés de capitaux poursuivant un but lucratif dont elle constitue l'objet principal.

Or dans la présente affaire, vous êtes saisis d'un cas très particulier, dans lequel l'unique objet de l'activité exercée en France est l'investissement et le rendement immobilier à grande échelle et où n'est pas en cause une activité limitée de location de locaux nus comme pourrait la réaliser un particulier bon père de famille, mais l'acquisition et la location de locaux nus à usage de bureaux très particuliers : une tour entière de 110 mètres de hauteur au cœur de la Défense. Il nous paraît s'agir, compte tenu de son objet, d'une activité de la nature de celle d'une grande foncière, en concurrence avec des sociétés de forme commerciale. La cour a par ailleurs souverainement relevé qu'elle était réalisée dans des conditions de prix et de public similaires à celles d'entreprises exerçant la même activité, en ce que les loyers correspondaient à ceux du marché et s'adressaient à une clientèle composée de sociétés commerciales.

Par suite, c'est sans erreur de droit ni erreur de qualification juridique des faits que la cour administrative d'appel de Versailles a déduit de ses constatations que l'Etat du Koweït se livrait à une exploitation à caractère lucratif passible de l'impôt sur les sociétés au taux normal au titre du 1 de l'article 206 du CGI. Dès lors, vous rejetterez le pourvoi n° 421913.

Les pourvois n° 421914 et 421915 se présentent en des termes différents, dès lors que l'Etat du Koweït n'y apparaît pas en tant que propriétaire direct de biens immobiliers situés en France mais en tant qu'associé de sociétés civiles immobilières françaises.

La SCI des Champs et la SCI Aigle, qui exercent une activité de location de locaux nus à usage de bureaux et dont l'Etat du Koweït détient 99,99% du capital, ont en effet fait l'objet de vérifications de comptabilité au titre de la période du 1er janvier 2010 au 31 décembre 2012. A l'issue de ces contrôles, l'administration fiscale a imposé les bénéfices réalisés par ces sociétés entre les mains de l'Etat du Koweït, à proportion de ses droits dans ces sociétés. Cette imposition s'est faite à l'IS. Le service a, par ailleurs, procédé à des contrôles sur pièces s'agissant, cette fois, de l'année 2013, à la suite desquels l'Etat du Koweït a été également assujéti à l'IS pour les mêmes motifs. L'Etat du Koweït, représenté par son ministre des finances, se pourvoit en cassation contre les deux arrêts par lesquels la cour administrative d'appel de Versailles a confirmé le rejet opposé en première instance à ses demandes en décharge par le tribunal administratif de Montreuil.

La cour a raisonné, dans ces affaires, comme sous le numéro précédent. Pour rejeter les requêtes de l'Etat du Koweït, la cour a en effet d'abord énoncé que la gestion d'un patrimoine immobilier par une personne morale de droit public peut constituer une opération à caractère lucratif sans qu'y fasse nécessairement obstacle le caractère, en principe désintéressé, de la gestion de cette personne morale. Puis elle a relevé qu'il n'est pas établi, ni du reste allégué, que l'activité consistant à louer des locaux nus à usage de bureaux qu'exercent la SCI des Champs et la SCI Aigle traduirait l'exercice d'une quelconque activité de service public à caractère administratif, ni l'exercice, par l'Etat du Koweït, de prérogatives de puissance publique. Elle a ensuite constaté que les conditions dans lesquelles ces SCI effectuent ces prestations, de la nature de celles que d'autres entreprises privées poursuivant un but lucratif sont susceptibles de fournir, ne font pas apparaître que l'Etat du Koweït aurait entendu se placer en dehors du cadre d'une exploitation à caractère lucratif et qu'il n'est pas, en particulier, contesté que la location à laquelle se livrent ces SCI est réalisée dans des conditions similaires à celles dans lesquelles des entreprises privées exercent leur activité, aux prix du marché et vis-à-vis d'une clientèle composée de sociétés commerciales. De l'ensemble de ces constatations, la cour a déduit que l'Etat du Koweït est passible de l'impôt sur les sociétés en France à raison des revenus de l'exploitation à laquelle se livrent ces SCI.

Mais en l'espèce, la cour n'était pas saisie de l'imposition à l'IS du Koweït à raisons de revenus tirés d'immeubles détenus et loués directement par cet Etat, mais de litiges portant sur son imposition à raison de sa quote-part des bénéfices de SCI propriétaires d'immeubles qu'elles donnent en location.

Dans le cadre du régime de l'article 8, les bénéfices réalisés en France par une SCI sont – sauf lorsque cette SCI relève des BIC de l'article 35 du code ou lorsque, sans en relever, elle a opté pour l'IS – imposables entre les mains de ses associés, à proportion de leurs droits. Cette imposition se fait, selon le statut fiscal de l'associé, à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés. S'agissant de ce dernier impôt, l'article 218 bis du CGI prévoit que « *les sociétés ou personnes morales passibles de l'impôt sur les sociétés en vertu de l'article 206, à l'exception de celles désignées au 5 de l'article, sont personnellement soumises audit impôt à raison de la part des bénéfices correspondant aux droits qu'elles détiennent, dans les conditions prévues aux articles 8, 8 quater, 8 quinquies et 1655 ter, en qualité d'associées en nom ou commanditées ou de membres de sociétés visées auxdits articles.* »

La cour aurait donc dû, dans un premier temps, rechercher si, comme le soutenait le ministre en défense, lequel se prévalait à titre principal de ce que l'Etat du Koweït exerçait une activité

lucrative en France le rendant passible de l'IS à travers la location de la Tour Manhattan et à titre subsidiaire de ce que la création par l'Etat du Koweït des SCI Aigle et des Champs en vue de l'acquisition et de la gestion d'un vaste parc immobilier caractérisait également en elle-même l'exercice par cet Etat d'une activité lucrative le rendant passible de cet impôt, l'Etat du Koweït était passible de l'IS eu égard à son statut juridique et à ses opérations propres en vertu des dispositions de l'article 206. Cette appréciation et cette recherche ne pouvaient s'opérer au regard de considérations relatives au caractère lucratif de l'activité exercée par les SCI, en raisonnant comme si les SCI étaient transparentes au lieu de translucides et comme si l'Etat du Koweït avait lui-même directement exercé l'activité de location exercée par ces sociétés.

Puis la cour aurait dû, dans un second temps, en déduire le cas échéant l'imposition de la quote-part de bénéfices des SCI en cause entre les mains de l'Etat du Koweït sur le fondement des dispositions combinées des articles 8 et 218 bis du CGI.

En statuant comme elle l'a fait et en raisonnant comme si l'activité des SCI était celle de l'Etat du Koweït et en imposant ce dernier sur le fondement du 1 de l'article 206 à raison du caractère lucratif de l'activité de location des SCI, la cour nous paraît donc avoir méconnu le principe de transparence des sociétés de personnes relevant de l'article 8 du CGI.

En particulier, il ne nous paraît pas possible d'interpréter l'arrêt comme ayant entendu apprécier si la création de ces SCI et la détention de la quasi-totalité de leurs parts caractérisaient, en elles-mêmes, l'exercice par l'Etat du Koweït d'une activité lucrative, dès lors que la cour n'a pas raisonné à partir de l'activité de création de SCI et de détention de parts mais comme si l'activité des SCI était directement celle de l'Etat du Koweït et s'est attachée à démontrer la lucrativité des opérations de location des SCI elles-mêmes.

Par suite, vous casserez les arrêts et renverrez les affaires à la cour.

Notons pour finir que, si vous nous suivez pour rejeter le pourvoi n° 421913 et retenir que l'Etat du Koweït était passible de l'IS en France au titre des exercices 2010 et 2011 à raison de son activité de location de la tour Manhattan, il en résultera qu'il dispose de la qualité de redevable de l'IS pour l'application de l'article 218 bis du CGI.

En revanche, si vous n'adhérez pas à l'analyse proposée sous le n° 421913, la soumission à l'impôt de la quote-part de bénéfices des SCI Aigle et des Champs entre les mains du Koweït se heurtera à une sérieuse difficulté. En effet, un Etat souverain n'étant pas une personne physique, il ne saurait être imposé à l'IRPP. L'imposition entre ses mains de la quote-part de bénéfices d'une société de personnes ne pourra donc s'opérer qu'à l'IS et dépendra par suite de la réalisation par l'Etat considéré d'opérations de caractère lucratif au sens du 1 de l'article 206 du code – la simple perception de revenus patrimoniaux relevant du 5 de l'article 206 ne permettant pas l'imposition de la quote-part des bénéfices d'une société de personnes dont la collectivité sans but lucratif serait associée. L'imposition du Koweït est donc subordonnée à la caractérisation d'une activité ou d'opérations lucratives propres. Or la simple détention de participations au capital de SCI ne saurait caractériser une telle activité. L'on ne pourrait à la limite envisager une telle qualification – encore cela n'irait-il aucunement de soi – que dans l'hypothèse très exceptionnelle où la nature, la fréquence et le nombre des participations dans des sociétés ainsi que les rapports entretenus avec celles-ci caractériserait une activité

lucrative comparable à celle d'une holding, en concurrence avec des sociétés commerciales ayant cet objet.

Par ces motifs, nous concluons :

- Sous le n° 421913, au rejet du pourvoi de l'Etat du Koweït ;
- Sous les n° 421914 et 421915, à l'annulation des arrêts du 3 mai 2018 de la cour administrative d'appel de Versailles, au renvoi des affaires à cette cour et à ce que l'Etat verse à l'Etat du Koweït 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.