

## Conclusions

### Mme Emilie Bokdam-Tognetti, rapporteur public

La SCI Faucon, société civile immobilière de droit français, est détenue, à hauteur de 99,99% de ses parts, par le ministère des finances de l'Etat du Koweït (ce dernier ayant la qualité d'associé en vertu des statuts de la SCI, mais se faisant dans les statuts de celle-ci domicilier au siège londonien de son émanation « Kuwait Investment Office » et les juges du fond ayant ainsi souverainement retenu, sans qu'aucun moyen de dénaturation soit soulevé sur ce point, une détention directe des parts par l'Etat), et pour les 0,1% restants, par une société néerlandaise. La société Faucon ayant cédé le 30 septembre 2011 un ensemble immobilier dénommé « Aéroполе » situé promenade des Anglais à Nice pour un prix de 23 350 000 euros, la plus-value de cession de cet immeuble a donné lieu au paiement, par la SCI, du prélèvement prévu à l'article 244 bis A du CGI.

La SCI Faucon a ultérieurement réclamé contre ce prélèvement en soutenant, d'une part, que la plus-value aurait été calculée de manière erronée faute de prise en compte de certains frais dans le prix d'acquisition de l'immeuble, et d'autre part, qu'elle aurait dû bénéficier de l'exonération de prélèvement prévue par l'article 244 bis A du code au bénéfice des Etats étrangers.

Le tribunal administratif de Nice, puis la cour administrative d'appel de Marseille ont estimé que la SCI Faucon était fondée à invoquer cette exonération pour obtenir la décharge de la totalité du prélèvement qu'elle avait acquitté.

La cour a ainsi jugé, d'une part, qu'il résulte des dispositions de l'article 244 bis A du CGI que les sociétés de personnes ne sont soumises au prélèvement libératoire institué par cet article, au prorata des droits sociaux détenus par leurs associés étrangers, que dans la seule mesure où ces associés ne seraient pas eux-mêmes exonérés de plein droit de ce prélèvement. Elle a considéré, d'autre part, que si l'article 244 bis A renvoie pour bénéficier de cette exonération aux conditions posées à l'article 131 sexies du même code, la condition tenant au caractère direct de l'investissement prévue par ces dernières dispositions ne pouvait par construction s'appliquer qu'à des placements mobiliers et que l'exigence d'un agrément préalable ne pouvait dès lors être opposée à une cession de biens immobiliers telle celle de l'espèce.

A l'appui de son pourvoi, le ministre soutient que la cour a, en statuant ainsi, entaché son arrêt d'une double erreur de droit. Il fait valoir que l'article 244 bis A du CGI n'exonère de prélèvement que les Etats souverains et non les sociétés civiles qui, bien que détenues par de tels Etats, ont une personnalité fiscale propre. Il soutient par ailleurs qu'à supposer que les

sociétés civiles puissent l'invoquer, le bénéfice de l'exonération est en tout état de cause subordonné à l'obtention préalable d'un agrément en application de l'article 131 sexies du CGI. Ce moyen soulève, dans ses deux branches, des questions inédites.

L'article 244 bis A du CGI soumet les plus-values immobilières réalisées en France par des non-résidents, personnes physiques ou morales, à un prélèvement à un taux égal au taux normal de l'impôt sur les sociétés – abaissé à 19% pour les personnes physiques résidentes d'un Etat membre de l'UE (ou d'un Etat partie à l'EEE 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). Les organisations internationales, les Etats étrangers, les banques centrales et les institutions financières publiques de ces Etats sont exonérés de ce prélèvement. En application de l'article 244 bis A, le prélèvement est libératoire de l'impôt sur le revenu dû en raison des sommes qui ont supporté ce prélèvement. S'agissant de l'IS, en revanche, le prélèvement s'impute, le cas échéant, sur le montant de l'impôt dû par le contribuable à raison de cette plus-value au titre de l'année de sa réalisation ; s'il excède l'impôt dû, l'excédent est restitué.

Jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2005, ce prélèvement ne s'appliquait pas aux sociétés de personnes françaises ayant des associés non-résidents. En effet, la transparence fiscale des sociétés relevant de l'article 8 du CGI conduisait à regarder la plus-value immobilière provenant de la cession du bien immobilier appartenant à la société comme réalisée par cette société. Cette dernière ayant son siège en France, il n'y avait donc pas lieu d'appliquer le prélèvement de l'article 244 bis A du CGI visant les plus-values des non-résidents, mais simplement d'imposer la plus-value entre les mains des associés – selon le cas, à l'IR ou à l'IS – en tant que quote-part du bénéfice de la société de personnes résidente. Or tandis que le taux proportionnel d'imposition des plus-values immobilières à l'IR s'élevait alors à 16 %, le taux du prélèvement de l'article 244 bis A s'établissait, y compris pour les cédants personnes physiques<sup>1</sup>, au niveau d'un tiers.

Le législateur a estimé que la différence de traitement entre non résidents, selon qu'ils détiennent directement le bien immobilier cédé ou le possèdent par le biais d'une société de personnes, résultant de l'application des règles fiscales de droit commun de ces sociétés, défavorisait la détention directe, conduisait au recours systématique à des sociétés civiles françaises à des fins d'évasion fiscale, et n'était ainsi pas souhaitable.

Aussi la loi de finances rectificative pour 2004 a-t-elle ajouté, au nombre des personnes assujetties au prélèvement de l'article 244 bis A du CGI, « *les sociétés ou groupements dont le siège social est situé en France et qui relèvent des articles 8 à 8 ter au prorata des droits sociaux détenus par des associés qui ne sont pas domiciliés en France ou dont le siège social est situé hors de France* ».

Le prélèvement étant dû et acquitté par la société, tandis que l'impôt sur le revenu, dont le prélèvement est libératoire, est dû et en principe acquitté par chacun des associés, des dispositions d'articulation et de coordination étaient nécessaires. Ainsi, afin d'assurer la concordance du taux de l'IR et du taux du prélèvement, l'article 200 B prévoit, par dérogation au taux forfaitaire de 16% ultérieurement porté à 19%, l'imposition des plus-values

---

<sup>1</sup> A l'exception des personnes physiques résidentes d'un Etat membre de l'UE, bénéficiant alors du taux de 16%.

immobilières à l'IR au taux d'un tiers « *lorsqu'elles sont dues : a) par des associés de sociétés ou groupements dont le siège est situé en France et qui relèvent des articles 8 à 8 ter (...) qui ne sont pas fiscalement domiciliés ou n'ont pas leur siège social dans un Etat membre de la Communauté européenne* ». Par ailleurs, afin d'organiser l'articulation entre les modalités d'acquittement du prélèvement et celles de l'IR, l'article 150 F du CGI précise, à son II, qu'en cas de cession d'un bien ou d'un droit immobilier par une société relevant de l'article 8, l'impôt sur le revenu afférent à la plus-value, dû au prorata des droits sociaux détenus par les associés soumis à cet impôt présents à la date de la cession de l'immeuble, est, en ce qui concerne les associés non-résidents, « *acquitté par la société (de personnes) selon les modalités prévues à l'article 244 bis A* ».

Il résulte des travaux préparatoires de la loi de finances rectificative pour 2004 que la modification de l'article 244 bis A du CGI ainsi opérée a eu pour objet « *d'aligner les modalités d'imposition des associés non-résidents de sociétés de personnes dont le siège est en France, qu'ils relèvent ou non de l'impôt sur le revenu, sur les modalités d'imposition des non-résidents détenant en direct le bien cédé* » (P. Marini, rapport n° 114 fait au nom de la commission des finances du Sénat, déposé le 15 décembre 2004).

Doit-on toutefois en déduire que les sociétés de personnes résidentes ne seraient assujetties au prélèvement de l'article 244 bis A que dans la mesure où leurs associés, d'une part, ne sont pas résidents fiscaux français et d'autre part, seraient eux-mêmes soumis au prélèvement sans exonération s'ils avaient détenu et cédé directement le bien ?

L'approche est tentante dès lors d'une part, que seule pareille double condition permettrait d'assurer le parfait alignement souhaité par le législateur, et d'autre part, que ce dernier n'a, à la lecture des travaux préparatoires, pas eu à l'esprit le cas particulier des Etats associés de sociétés de personnes et la spécificité de leur situation.

Alors que la réforme opérée par la loi de finances rectificative pour 2004 visait à mettre un terme au traitement préférentiel des cessions d'immeubles par des sociétés de personnes françaises ayant des associés non-résidents par rapport aux cessions directes par ces non-résidents, assurant ainsi désormais une charge fiscale aussi lourde dans le premier cas que dans le second, la loi, a en effet eu, si l'on adopte la lecture proposée par le ministre, l'effet inverse pour les Etats. Tandis que le choix d'un mode de détention était auparavant, pour les Etats qui ne sont passibles ni de l'IR ni de l'IS, neutre fiscalement (exonération du prélèvement dans le premier cas, situation hors du champ de l'IR et de l'IS rendant impossible l'imposition entre leurs mains à l'un ou l'autre de ces impôts de la quote-part de plus-value de la société de personnes dans le second), ce mode de détention devient, si l'on suit l'interprétation proposée par le ministre, déterminant (exonération totale si la cession est directe, prélèvement dû par la société de personnes dans les autres cas). Dans le cas très particulier d'un Etat ayant une activité propre justifiant par ailleurs son assujettissement à l'IS, cet Etat, qui avait déjà avant 2005 intérêt à détenir l'immeuble directement (pour pouvoir bénéficier de l'exonération) plutôt que par le biais d'une société de personnes relevant de l'article 8, voit cet intérêt maintenu.

Mais si les parlementaires n'ont sans doute pas eu conscience de ce que le dispositif qu'ils instaurent ne permettaient pas une parfaite homothétie du traitement fiscal entre cessions

directes et indirectes par des non-résidents, nous pensons toutefois trop constructive la lecture retenue par la cour.

D'une part, cette approche nous paraît se heurter à un obstacle littéral. La loi ne subordonne pas l'assujettissement de la société de personnes au prélèvement de l'article 244 bis A à une condition générale tenant à l'absence d'exonération personnelle de ses associés non-résidents et ne prévoit qu'une condition tenant à la résidence fiscale de ces associés. Le législateur n'a par ailleurs pas modifié l'alinéa exonérant les Etats souverains du prélèvement pour y ajouter l'hypothèse des cessions par des sociétés de personnes interposées dont les Etats seraient associés.

D'autre part, cet obstacle littéral se double d'un obstacle fiscal. Par la formulation retenue, le législateur n'a en effet pas choisi d'instaurer un système dans lequel la plus-value aurait été réputée réalisée directement par les associés des sociétés de personnes et dans lequel ceux-ci auraient été eux-mêmes assujettis au prélèvement, mais a opté pour un système conservant la transparence et la personnalité fiscale des sociétés de personnes. Le sujet du prélèvement est, en vertu de l'article 244 bis A, la société de personnes, fiscalement transparente, personnellement soumise au prélèvement et désignée redevable de ce dernier (sur les conséquences de la personnalité fiscale des sociétés de personnes au regard des règles de territorialité de l'impôt et de l'application des conventions fiscales, v. CE, Plénière, 11 juillet 2011, *Société Quality Invest*, n° 317024, p. 342, RJF 10/2011 n° 1063). Dès lors, il nous paraîtrait impossible, sans support textuel en ce sens, de faire bénéficier la société de personnes, au prorata des associés concernés, des exonérations personnelles prévues par la loi au bénéfice des redevables répondant aux caractéristiques qu'elle vise lorsque ces caractéristiques sont en l'espèce satisfaites par ses associés, et également impossible de faire bénéficier ces associés, lesquels ne sont pas redevables du prélèvement, des exonérations ouvertes aux personnes qui réalisent les cessions en propre.

Au demeurant, il convient de noter que l'exonération des Etats souverains n'apparaît pas le seul avantage fiscal lié à la qualité du cédant à passer par pertes et profits en cas de détention du bien par le truchement d'une société de personnes. Ainsi, vous avez jugé, pour l'impôt sur le revenu mais par un raisonnement qui nous semble transposable au prélèvement litigieux, que l'exonération des plus-values immobilières réalisées par les titulaires de pension de vieillesse ne s'appliquait qu'aux plus-values réalisées personnellement par ces titulaires, et non par des sociétés de personnes dont ils seraient associés (CE, 8 juillet 1998, *M...*, n° 165227, T. p. 881, RJF 7/98 n° 944). Il en va différemment lorsque l'exonération est attachée, non à la qualité du cédant, mais à la nature du bien cédé (v., pour l'exonération de la résidence principale, la décision *M...* précitée, confirmant une précédente décision *R...* du 17 mai 1989, n° 62678, non fichée).

La loi de finances rectificative pour 2004 nous paraît donc, en n'ayant pas réservé le cas des associés non-résidents qui auraient été exonérés s'ils avaient cédé eux-mêmes le bien, avoir laissé un angle mort, mais seul le législateur, non le juge, nous paraît apte à pouvoir réparer, s'il l'estime opportun, cet oubli.

Par suite, nous vous invitons à retenir que la cour a commis une erreur de droit en jugeant que les sociétés de personnes visées au 2 du I de l'article 244 bis A du CGI ne sont soumises au prélèvement libératoire ainsi institué, au prorata des droits sociaux détenus par leurs associés

non-résidents, que dans la mesure où ces associés ne seraient pas eux-mêmes exonérés de ce prélèvement, en application du 1 du I de ce même article, et en en déduisant que la SCI Faucon, ayant pour associé à 99,99% l'Etat du Koweït, ne pouvait être soumise à cette imposition.

Si vous ne nous suiviez pas et dégagez, pour la soumission au prélèvement de l'article 244 bis A des sociétés de personnes ayant des associés non-résidents, une condition tirée de l'absence d'exonération de ces associés, vous devriez examiner le moyen d'erreur de droit subsidiaire soulevé par le ministre s'agissant des modalités d'octroi d'une telle exonération et de la portée du renvoi à l'article 131 sexies du CGI.

Aux termes du troisième alinéa du 1 du I de l'article 244 bis A du CGI, « *les organisations internationales, les Etats étrangers, les banques centrales et les institutions financières publiques de ces Etats sont exonérés de ce prélèvement dans les conditions prévues à l'article 131 sexies* ». L'article 131 sexies dans sa rédaction alors applicable dispose: « *I. Les produits d'actions, de parts sociales ou de parts bénéficiaires distribués par des sociétés françaises, ainsi que les produits mentionnés à l'article 118 qui bénéficient à des organisations internationales, à des Etats souverains étrangers ou aux banques centrales de ces Etats, sont exonérés des retenues ou du prélèvement prévus aux articles 119 bis et 125 A. / Ces placements ne doivent pas constituer un investissement direct au sens de la loi n° 66-1008 du 28 décembre 1966 modifiée relative aux relations financières avec l'étranger et des textes réglementaires pris pour son application. Les titres doivent revêtir la forme nominative ou être déposés auprès d'un établissement de crédit établi en France. / II. Sur agrément du ministre de l'économie et des finances, les retenues ou le prélèvement prévus aux articles 119 bis et 125 A peuvent être réduits ou supprimés en ce qui concerne : Les produits mentionnés au I qui bénéficient à des institutions publiques étrangères; Les produits mentionnés aux articles 124 et 1678 bis et ceux afférents à des placements constituant des investissements directs en France au sens du I qui bénéficient à des organisations internationales, à des Etats souverains étrangers, aux banques centrales de ces Etats ou à des institutions financières publiques étrangères.* »

Il résulte de ces dispositions, ainsi que des travaux préparatoires de la loi du 19 juillet 1976 dont l'article 244 bis A du CGI est issu, qu'en renvoyant aux conditions de l'article 131 sexies du CGI, le législateur a entendu soumettre à agrément l'exonération des plus-values visées à l'article 244 bis A en cas d'investissement direct, et ouvrir le bénéfice de plein droit à l'exonération dans tous les autres cas.

Si vous deviez juger que le bénéfice de l'exonération des Etats souverains se conserve en cas de détention indirecte du bien ou droit immobilier cédé, vous devriez, nous semble-t-il, apprécier la qualification d'investissement direct au niveau de l'investissement réalisé par l'intermédiaire de la société de personnes, et non au niveau de la prise de participation de l'Etat souverain dans la société de personnes elle-même. Il s'agirait en effet alors de rechercher si, eût-il détenu directement le bien, l'Etat aurait été exonéré de plein droit lors de la cession ou aurait dû obtenir un agrément.

Contrairement à ce que soutient le ministre, vous ne sauriez vous référer, pour interpréter la notion d'investissement direct, à la jurisprudence de la CJUE sur l'application des articles 63 et 64 du TFUE : l'article 131 sexies du CGI renvoie en effet à la notion d'investissement

direct au sens de la loi n° 66-1008 du 28 décembre 1966 modifiée relative aux relations financières avec l'étranger, codifiée depuis une ordonnance du 14 décembre 2000 aux articles L. 151-1 et suivants du code monétaire et financier, et des textes réglementaires pris pour son application, figurant aujourd'hui aux articles R. 151-1 et R. 152-1 et suivants du même code.

La loi de 1966 et ses décrets d'application ayant eu pour objet d'encadrer la réalisation des investissements étrangers par l'instauration de régimes de déclaration ou d'autorisation préalables, et l'agrément exigé par l'article 131 sexies (qui porte sur les produits de placements effectués en France et non sur des gains en capital) nous apparaissant pour l'application de l'article 131 sexies devoir être préalable à la réalisation de l'investissement lui-même, nous inclinons, pour apprécier si une plus-value de cession relevant de l'article 244 bis A porte sur un « investissement direct », à faire application de la définition de cette notion en vigueur à la date à laquelle l'investissement a été réalisé plutôt qu'à celle applicable à la date de la cession du bien.

Or à la date à laquelle l'immeuble en cause a été acquis par la SCI Faucon, la définition des investissements directs posée à l'article 1<sup>er</sup> du décret n° 89-938 du 29 décembre 1989 réglementant les relations financières avec l'étranger, commune à l'ensemble des dispositions du décret, ne visait que les formes de création et de prise de contrôle de fonds de commerce, d'entreprise ou de sociétés, sans mentionner les investissements immobiliers. L'acquisition d'un immeuble nu ne constituait donc pas un investissement direct.

Même si vous décidiez de faire application de la définition de la notion d'investissement direct en vigueur à la date de réalisation de la plus-value, il n'en irait pas différemment. Certes, l'article R. 151-1 du CMF comportait à cette date une double définition de la notion d'investissements directs étrangers : l'une, énoncée pour les besoins statistiques mentionnés aux articles R. 152-1 à -4 du code (établissement de la balance des paiements et de la position extérieure de la France), inclut expressément, outre les acquisitions dépassant 10% du capital d'une société, les investissements immobiliers ; l'autre, dégagée pour les seuls besoins de l'article R. 152-5 (soumission à déclaration préalable des investissements étrangers en France), n'envisage que la création ou la prise de contrôle (franchissement du tiers du capital) directe ou indirecte par des non-résidents d'entreprises, de sociétés ou de branches d'activité françaises. Mais au regard de l'objet de la distinction faite par l'article 131 sexies du CGI entre investissements directs dont les fruits sont exonérés sur agrément et investissements indirects ouvrant droit de plein droit à exonération, et à la lumière de l'historique et des versions successives des textes réglementaires d'application de la loi du 28 décembre 1966, il ne nous paraît pas faire de doute qu'en renvoyant à la notion d'investissement direct au sens de la loi du 28 décembre 1966, l'article 131 sexies renvoyait alors à la définition restrictive énoncée à l'article R. 151-1 pour les besoins de l'article R. 152-5 du code.

Par suite, l'exonération des Etats souverains du prélèvement sur les plus-values immobilières ne nous paraît subordonnée à agrément que dans l'hypothèse où ces plus-values portent sur des investissements directs au sens de cette définition, c'est-à-dire lorsqu'elles proviennent de la cession de parts ou actions de sociétés immobilières ou à prépondérance immobilière dont ces Etats détiennent plus du tiers du capital ou des droits de vote, ou de la cession d'un immeuble faisant partie d'une branche d'activité (encore qu'en pareil cas, elle serait probablement en tout état de cause exonérée du prélèvement, la plus-value relevant alors des

plus-values professionnelles). L'exonération nous paraît en revanche devoir être de plein droit dans le cas d'un immeuble nu tel celui cédé par la SCI Faucon.

Par suite, si vous deviez suivre l'interprétation large, incluant les SCI ayant des Etats comme associés, du champ de l'exonération retenue par la cour administrative d'appel de Marseille, vous devriez également écarter le moyen tiré de ce qu'elle aurait à tort jugé cette exonération comme étant de plein droit dans le présent cas d'espèce. Mais telle n'est pas la solution que nous vous proposons à titre principal.

Relevons pour finir que depuis diverses mesures de simplification au profit des entreprises par un décret du 10 mai 2017, les investissements directs étrangers ne sont plus soumis à autorisation préalable et l'article R. 151-1 du CMF ne comporte dès lors plus qu'une définition à des fins statistiques des investissements directs français et étrangers, sans rapport avec la législation à laquelle la loi fiscale entendait depuis 1976 faire référence en renvoyant à la loi du 28 décembre 1966. Il serait peut-être temps d'actualiser l'article 131 sexies du CGI.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'arrêt du 27 juin 2018 de la cour administrative d'appel de Marseille ;
- au renvoi de l'affaire est renvoyée à cette cour ;
- et au rejet des conclusions présentées par la SCI Faucon au titre de l'article l. 761-1 du code de justice administrative.