

## CONCLUSIONS

### Mme Céline Guibé, rapporteure publique

Une société immatriculée sous la forme d'une *corporation* dans l'Etat du Delaware aux Etats-Unis peut-elle être assimilée à une société de capitaux française, assujettie à l'IS en vertu du 1 de l'article 206 du CGI?

La société World Investment Corporation (WIC), créée en 1986 sous la forme d'une *corporation* du Delaware, a acquis au cours de cette même année un bien immobilier situé à Paris. Elle l'a cédé le 24 juin 2008, réalisant à cette occasion une plus-value d'un montant de 1 802 280 euros. Elle a déclaré et acquitté l'imposition correspondante, qu'elle a calculée en faisant application des modalités fixées, pour les personnes morales passibles de l'IS, par les dispositions de l'article 244 bis A du CGI. Celles-ci assujettissent les personnes résidant à l'étranger à un prélèvement sur les plus-values immobilières suivant des modalités qui diffèrent selon qu'elles relèveraient, si elles étaient résidentes de France, de l'IR ou de l'IS. Les personnes relevant de l'IR bénéficient d'un régime plus favorable en cas de détention longue du bien cédé, du fait de l'application d'un abattement de 10% au-delà de la cinquième année de détention, alors que les personnes relevant de l'IS bénéficient d'un abattement annuel de 2%.

La société WIC a assorti sa déclaration d'une réserve, faisant valoir que les modalités de calcul du prélèvement applicables à sa situation étaient celles des personnes relevant de l'IR, dès lors qu'elle n'entrait pas dans les prévisions du 1 de l'article 206 du CGI. En vertu de celles-ci, les redevables de l'IS comprennent, d'une part, certaines catégories de personnes morales limitativement énumérées, correspondant, quel que soit leur objet, aux sociétés anonymes, aux sociétés en commandite par actions, aux sociétés à responsabilité limitée, aux sociétés coopératives et à certaines personnes publiques, et d'autre part, toutes autres personnes morales se livrant à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif.

L'administration n'ayant pas fait droit à sa réclamation, la société a porté le litige sans succès devant le tribunal administratif de Paris, puis devant la cour administrative d'appel de Paris.

Rappelons que, par une décision de Plénière *Société Artemis*, vous avez défini l'analyse, en deux temps, à laquelle doit procéder le juge de l'impôt lorsqu'il est saisi d'un litige portant sur le traitement fiscal d'une opération impliquant une société de droit étranger. Il lui appartient d'identifier d'abord, au regard de l'ensemble des caractéristiques de la 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. Compte tenu de ces constatations, il doit ensuite déterminer le régime applicable à l'opération litigieuse au regard de la loi fiscale française (plén. 24 novembre 2014 n° 363556, Sté Artémis, au rec. et à la RJF 2/15 n° 102, chron. N. Labrune p. 83, concl. É. Cortot-Boucher BDCF 2/15 n° 15).

Votre 9<sup>e</sup> chambre a censuré un premier arrêt de la cour de Paris, qui, s'abstenant de mettre en œuvre cette méthode d'assimilation, s'était exclusivement fondée, pour confirmer l'imposition, sur le critère subsidiaire d'assujettissement à l'IS prévu par le 1<sup>er</sup> de l'article 206 du CGI, à savoir le caractère lucratif de l'activité de la société WIC. Il a été jugé que la cour avait inexactement qualifié les faits, s'agissant d'une activité de mise à disposition d'un ensemble immobilier à titre gratuit au profit de parents des associés de la société (n° 398055, RJF /18 n° 857, concl. Y. Bénard C 857).

Vous êtes désormais saisis d'un pourvoi du ministre contre l'arrêt de la cour de Paris, qui, après renvoi de l'affaire, a donné entière satisfaction à la société (19 décembre 2018, n° 18PA01750, RJF 5/19 n° 446).

Après avoir confirmé l'absence de caractère lucratif de son activité, comme vous l'y aviez invitée, la cour a jugé qu'elle ne pouvait être assimilée à une société passible de l'IS en raison de sa forme sociale. Elle s'est fondée sur quatre éléments : (i) le fait que, bien que son objet social concerne toutes les activités permises par la loi du Delaware, la société avait été constituée pour la seule activité de détention, à titre patrimonial, d'un bien immobilier ; (ii) sa création avec un faible capital social, les titres émis étant répartis de manière égalitaire entre les membres d'une même famille ; (iii) l'existence d'un droit prioritaire de souscription au profit des associés en cas d'émission de nouveaux titres et (iv) la responsabilité des dirigeants et des actionnaires à l'égard des dettes de la société.

Relevons que la doctrine assimile les *corporations* de droit américain aux sociétés relevant du régime fiscal des sociétés de capitaux, par opposition aux *partnerships* assimilés aux sociétés de personnes<sup>1</sup>. Toutefois, si la loi du Delaware prévoit que les *corporations* qui y sont établies disposent de la personnalité juridique et que leur capital social est composé de titres attribués aux actionnaires, elle renvoie, pour la définition de leurs caractéristiques sociales essentielles, à une multitude de dispositions supplétives qui peuvent ou non figurer, au choix de leurs fondateurs, dans le certificat de constitution des sociétés. La flexibilité du droit des sociétés du Delaware, ou, pour le dire plus franchement, le caractère minimaliste de cette réglementation, explique d'ailleurs que cet Etat constitue, de longue date, la juridiction de

---

<sup>1</sup> Dossiers internationaux F. Lefebvre (Etats-Unis) ; B. Gouthière, Les impôts dans les affaires internationales, p. 502.

prédilection pour la constitution d'une entité commerciale aux Etats-Unis, du plus grand groupe coté en bourse à la plus modeste officine, le nombre de sociétés qui y sont enregistrées dépassant même celui de ses habitants.

Il n'est donc pas possible d'assimiler par principe une *corporation* du Delaware à une société de capitaux passible de l'IS et l'examen des clauses du certificat de constitution de la société s'impose pour mettre en œuvre la méthode d'assimilation prévue par votre jurisprudence *Société Artemis*.

Si c'est bien ce qu'a fait la cour, les éléments qu'elle a relevés ne nous paraissent pas permettre de valider la solution retenue, que le ministre critique sous l'angle de l'erreur de qualification juridique<sup>2</sup>.

## **2.1. Comme le soutient le ministre, c'est tout d'abord à tort que la cour a retenu l'existence d'une responsabilité financière illimitée des associés de la société.**

Les juges d'appel ont sans doute été trompés par la traduction erronée des dispositions des §§ 325 et 326 du titre 8 du code du Delaware qui leur avait été présentée par la société WIC. En effet, contrairement à la version française versée au dossier, ces articles ne définissent pas l'étendue de la responsabilité financière des actionnaires et dirigeants d'une *corporation* mais se bornent à préciser les modalités selon lesquelles cette responsabilité peut être mise en cause, lorsqu'elle est prévue par d'autres dispositions du chapitre 1 du titre 8 du code du Delaware<sup>3</sup>. Or, le § 102, b, point 6 de ce chapitre pose le principe de l'absence de responsabilité financière des actionnaires, sauf si l'acte constitutif de la *corporation* (le « certificate of incorporation ») en dispose autrement<sup>4</sup>. Or en l'espèce, le certificat de

---

<sup>2</sup> Sur la nature du contrôle exercé en cassation : 2 février 2015 n° 370385, min. c/ Pastor : RJF 4/15 n° 334.

<sup>3</sup> 8 Del. C. § 325 : « Actions against officers, directors or stockholders to enforce liability of corporation ; unsatisfied judgment against corporation.

(a) When the officers, directors or stockholders of any corporation shall be liable by the provisions of this chapter to pay the debts of the corporation, or any part thereof, any person to whom they are liable may have an action, at law or in equity, against any 1 or more of them, and the complaint shall state the claim against the corporation, and the ground on which the plaintiff expects to charge the defendants personally.

(b) No suit shall be brought against any officer, director or stockholder for any debt of a corporation of which such person is an officer, director or stockholder, until judgment be obtained therefor against the corporation and execution thereon returned unsatisfied ».

8 Del. C. § 326 : « Action by officer, director or stockholder against corporation for corporate debt paid.

When any officer, director or stockholder shall pay any debt of a corporation for which such person is made liable by the provisions of this chapter, such person may recover the amount so paid in an action against the corporation for money paid for its use, and in such action only the property of the corporation shall be liable to be taken, and not the property of any stockholder ».

<sup>4</sup> 8 Del. C. § 102 « (...) (b) In addition to the matters required to be set forth in the certificate of incorporation by subsection (a) of this section, the certificate of incorporation may also contain any or all of the following matters : (...)

(6) A provision imposing personal liability for the debts of the corporation on its stockholders to a specified extent and upon specified conditions ; otherwise, the stockholders of a corporation shall not be personally liable for the payment of the corporation's debts except as they may be liable by reason of their own conduct or acts ».

constitution de la société WIC ne comportait aucune disposition régissant la responsabilité de ses associés, de sorte que ceux-ci n'étaient pas responsables des dettes de la société, sauf à raison de leurs agissements personnels.

Quelles conséquences tirer de l'erreur de la cour ?

Vous regardez le droit étranger comme un simple élément de fait<sup>5</sup>, utilisé par le juge de l'impôt pour caractériser une opération soumise à ce droit étranger au regard de la loi fiscale nationale, de sorte que l'appréciation à laquelle se livrent les juges du fond dans l'interprétation de la loi étrangère est souveraine, votre contrôle sur ce point étant limité à la dénaturation (CE 10 juin 1983, n° 27391, au rec. et à la RJF 8-9/83 n° 1037<sup>6</sup>).

En l'occurrence, les juges d'appel n'ont pas pris la peine de citer les règles du droit du Delaware dont ils tiraient la conclusion de l'existence d'une responsabilité illimitée des actionnaires des *corporations*. Si vous n'avez encore jamais eu l'occasion de censurer une telle omission, nous pensons qu'elle traduit une méconnaissance de leur office de la part des juges d'appel. La Cour de cassation s'est, quant à elle, déjà prononcé en ce sens. Elle impose au juge civil qui reconnaît applicable un droit étranger d'en rechercher la teneur soit d'office, soit à la demande d'une partie qui l'invoque, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, afin de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger (Com. 24 juin 2014, n° 10-27.648, Bull. civ. IV n° 112). Et la Cour de cassation censure pour défaut de base légale les décisions des juges du fond ne précisant pas les dispositions du droit étranger sur lesquelles elles se fondent (Civ. 1<sup>e</sup>, 6 février 2007, n° 05-19.333, Bull. civ. I. n° 50).

Vous inspirant de la jurisprudence civile, vous avez vous-même eu l'occasion de vous prononcer en faveur d'une obligation pesant sur le juge administratif d'accomplir les diligences nécessaires pour rechercher les éléments de droit étranger applicables, s'agissant d'un litige indemnitaire mettant en jeu une caisse de sécurité sociale étrangère (8 juin 2011, Caisse de compensation des services sociaux et Département de l'Aude, n°s 309607, 314508, 315107, aux T.). Nous vous aurions volontiers invités à saisir l'occasion de la présente affaire pour préciser les obligations qui s'imposent au juge saisi d'une requête mettant en jeu l'application de règles de droit étranger afin d'identifier les dispositions nécessaires à la solution du litige. Mais c'est chose impossible, le ministre n'invoquant aucun moyen tiré de la méconnaissance par la cour d'appel de son office ni de l'insuffisance de motivation de son arrêt, de tels moyens n'étant, par ailleurs, pas d'ordre public.

Le ministre contestant en cassation l'existence d'une responsabilité illimitée des actionnaires d'une *corporation*, vous pourrez toutefois retenir la dénaturation dès lors qu'en l'espèce la disposition pertinente du § 102 du code du Delaware, produite en première instance, figurait bien dans le dossier des juges d'appel.

---

<sup>5</sup> Jurisprudence concordante avec celle de la Cour de cassation : Civ. 1<sup>re</sup>, 13 janv. 1993, Coucke, n°91-14.415.

<sup>6</sup> Cette solution n'est bien sûr pas limitée au contentieux fiscal : CE, 26 mai 2014, M. Gao, n° 344265, au rec.

**2.2. Les autres éléments relevés par la cour ne permettaient par ailleurs pas d'exclure l'assimilation de la société WIC à l'une des formes de société visées par le 1 de l'article 206 du CGI, ce qui fait obstacle à vous neutralisez la dénaturation entachant son arrêt.**

En effet, la faiblesse du capital social initial de la société WIC, égal à 10.000 USD exclut uniquement une assimilation aux sociétés anonymes<sup>7</sup>, mais non aux sociétés par actions simplifiées<sup>8</sup> ni aux SARL, les textes ne fixant pas de montant minimal pour le capital de ces deux types de sociétés<sup>9</sup>. La répartition égalitaire des titres entre les membres d'une même famille n'apparaît pas non plus déterminante, la constitution d'une SARL ou d'une SAS permettant de répondre au souci des petites entreprises de maintenir le caractère familial d'une affaire<sup>10</sup>. Par ailleurs, l'existence d'un droit prioritaire de souscription au profit des actionnaires est de droit pour les SA et les SAS françaises<sup>11</sup> et peut être prévue par les statuts au profit des associés des SARL.

Reste la circonstance, également relevée par la cour, que la société avait été constituée pour la seule activité de détention, à titre patrimonial, d'un bien immobilier. Les juges d'appel se sont visiblement inspirés de votre décision *Sté immobilière St-Charles* du 24 mai 2006 (n° 278737, au rec. et à la RJF 8-9/06 n°996, concl. E. Glaser BDCF 8-9/06 n°98). Dans cette affaire, vous avez jugé qu'une société anonyme monégasque, immatriculée au répertoire des sociétés civiles de cet Etat et qui avait pour seul objet la mise à disposition gratuite d'un ensemble immobilier au profit de son principal actionnaire, ne pouvait pas, à la différence d'une société anonyme française, être regardée comme commerciale du seul fait de sa forme sociale, alors même que son capital était composé d'actions impliquant la limitation de la responsabilité de ses détenteurs.

Nous avouons toutefois peiner à adhérer pleinement au raisonnement qui sous-tend la décision *Sté immobilière St-Charles*, fondé sur la distinction entre sociétés civiles et commerciales, et, surtout, nous pensons que l'intervention de votre décision *Sté Artemis* en 2014 a, pour partie, renouvelé l'approche qu'il convient de suivre pour déterminer le régime fiscal d'une société étrangère au regard de la loi fiscale française. Ce qui importe est d'abord d'identifier la forme sociale de droit français auquel la société étrangère peut être assimilée, au regard de ses caractéristiques sociales, si besoin en l'y faisant « entrer de force »<sup>12</sup>, avant de déterminer le régime fiscal qui lui est applicable, la loi française étant principalement

---

<sup>7</sup> En 1986, l'article 71 de la loi n° 66-537 imposait un capital social initial de 100.000 F s'agissant des sociétés par actions ne faisant pas appel à l'épargne publique, soit environ 13.200 USD de l'époque. Aujourd'hui, l'article L. 224-2 du code de commerce impose un capital social minimal de 37.000 euros.

<sup>8</sup> L'article L. 224-2 du code de commerce ne s'applique pas aux SAS, en vertu de l'article L. 227-1 du même code.

<sup>9</sup> Le montant du capital des SARL est déterminé par leurs statuts (art. L. 223-2).

<sup>10</sup> Mémento FL, Sociétés commerciales, éd. 2020, § 30020. La division du capital en parts sociales égales est d'ailleurs imposée, pour les SARL, par l'article L. 223-2 du code de commerce.

<sup>11</sup> Article L. 225-132 du code de commerce pour les SA.

<sup>12</sup> Selon la formule du président Fouquet, Rev. adm. 2000, p. 265.

fondée, pour la mise en œuvre du second temps du raisonnement, sur la distinction entre sociétés de capitaux, visée à l'article 206 du CGI, et sociétés de personnes, visées par l'article 8 de ce code.

Au regard de cette grille d'analyse, l'objet civil ou commercial d'une société et la nature concrète de son activité n'apparaissent pas déterminants. Les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple, pour l'imposition des commandités, relèvent du régime fiscal des sociétés de personnes (sauf option pour le régime des sociétés de capitaux), quel que soit leur objet, et bien que l'article L. 210-1 du code de commerce leur confère, à l'instar des sociétés par actions ou des SARL, un caractère commercial par nature. Par ailleurs, si l'article 8 du CGI dispose que les sociétés civiles relèvent aussi du régime fiscal des sociétés de personnes, c'est à la réserve expresse que celles-ci ne revêtent pas, en droit ou en fait, l'une des formes de sociétés de capitaux visées au 1 de l'article 206. A l'inverse, il n'est pas rare que des SARL, voire des sociétés par actions, qui relèvent du régime fiscal des sociétés de capitaux, aient un objet purement civil<sup>13</sup>, le choix d'une telle forme de société présentant l'avantage de limiter la responsabilité financière des associés.

Pour procéder à l'assimilation de la société étrangère à un type de société française dans le cadre de la première étape de l'analyse imposée par votre jurisprudence *Sté Artemis*, votre rapporteur public E. Cortot-Boucher identifiait, au titre des critères pertinents, le caractère connu ou non de l'identité des associés, la possibilité pour ces derniers de céder librement leurs parts et, surtout, l'étendue de leur responsabilité personnelle en cas de pertes réalisées par la société. C'est au regard de tels critères que vous avez assimilé un *general partnership* constitué selon la loi du Delaware à une société en nom collectif (*Sté Artemis*), une *sociedad de responsabilidad limitada* (SRL) espagnole ayant un associé unique à une SARL française dont l'associé unique est une personne physique (2 février 2015 n° 370385, min. c/ Pastor : RJF 4/15 n° 334) ou encore une *Kommanditgesellschaft* de droit allemand dont le commandité est une SARL à une société en commandite simple de droit français (8 novembre 2019, min. c/ SAS Masterfoods Holding, n°430543, RJF 2/20 n° 148).

En l'espèce, les caractéristiques sociales de la société WIC conduisent selon nous à l'assimiler à une SAS, passible, en principe, de l'IS en vertu des dispositions combinées du 1 de l'article 206 et de l'article 1655 *quinquies* du CGI<sup>14</sup>. Outre l'absence de responsabilité financière des actionnaires, qui exclut l'assimilation à une société de personnes, et notamment à une société civile, la faculté pour les actionnaires, qui ne sont nommément désignés ni dans le certificat de constitution, ni dans les statuts<sup>16</sup>, de céder librement leurs titres nous conduit à exclure

---

<sup>13</sup> Relèvent par exemple d'une nature civile les activités correspondant à l'exercice d'une profession libérale (laquelle peut être effectuée sous la forme d'une SELARL), l'exploitation de carrières, ou encore l'activité de constructeur-promoteur (Memento F. Lefebvre, Sociétés commerciales, § 155).

<sup>14</sup> Article 1655 *quinquies* : « Pour l'application du présent code et de ses annexes, la société par actions simplifiée est assimilée à une société anonyme ».

<sup>15</sup> L'option pour le régime fiscal des sociétés de personnes n'étant pas ouvert aux sociétés étrangères (v., sur ce point, les conclusions d'E. Cortot-Boucher sur l'affaire *Société Artemis*).

<sup>16</sup> L'article L. 223-7 du code de commerce impose, s'agissant des SARL, que la répartition des parts sociales soit

l'assimilation à une SARL, l'article L. 223-14 du code de commerce imposant l'agrément de l'acquéreur en cas de cession des parts sociales à un tiers<sup>17</sup>.

Il est vrai que, s'agissant d'une entreprise française, il peut paraître incongru d'opter pour la constitution d'une société de capitaux afin d'exercer une activité de mise à disposition gratuite d'un immeuble. Mais un tel choix n'est pas interdit par la loi et votre jurisprudence *Sté Artemis* ne nous semble pas inviter à l'exercice, au demeurant périlleux compte tenu de la variété des objectifs des fondateurs des sociétés, qui consisterait à rechercher quelle aurait été la forme sociale la plus adaptée, en droit français, à l'exercice de l'activité d'une société étrangère, dans l'hypothèse où celle-ci aurait été constituée sur le territoire national.

Il nous reste à écarter l'application du régime de la transparence fiscale prévu par l'article 1655 *ter* du CGI, lequel peut s'appliquer, par dérogation au principe de l'assujettissement à l'IS, à certaines SAS. Celui-ci concerne les sociétés qui ont pour unique objet, quelle que soit leur forme juridique, la construction ou l'acquisition d'immeubles en vue de leur division par fractions destinées à être attribuées aux associés en propriété ou en jouissance, ou encore la gestion ou la mise en location des immeubles ainsi divisés. En effet, l'application de ce régime spécifique est entourée de conditions strictes, à savoir la division par fractions de l'immeuble en vue de leur attribution en jouissance aux associés, ce qui ne correspond pas au cas d'espèce, la jouissance de l'immeuble ayant en outre été attribuée à des tiers (26 mai 2010, M. Schmidt, n° 304299, aux T. et à la RJF 8-9/10 n° 770, concl. J. Boucher BDCF 8-9/10 n° 84).

Si vous nous avez suivie, vous annulerez l'arrêt attaqué, la cour ayant dénaturé les faits en jugeant que les dirigeants et actionnaires étaient responsables des dettes de la société et, réglant au fond le litige s'agissant d'une deuxième cassation, vous constaterez que la société WIC était passible de l'IS à raison de sa forme sociale. C'est par suite à bon droit que le tribunal administratif de Paris a jugé que la plus-value résultant de la cession de l'immeuble appartenant à la société en 2008 devait être calculée et taxée selon les modalités propres aux personnes morales assujetties à l'IS, prévues par le III de l'article 244 bis A du CGI. Et, la société n'ayant pas soulevé d'autre moyen devant la cour, vous rejetterez sa requête d'appel et remettrez les impositions en litige à sa charge.

PCMNC à l'annulation de l'arrêt attaqué, au rejet de la requête d'appel de la société WIC et à ce que le prélèvement litigieux soit remis à la charge de la société WIC.

---

mentionnée dans les statuts.

<sup>17</sup> Art. L. 223-14 : « Les parts sociales ne peuvent être cédées à des tiers étrangers à la société qu'avec le consentement de la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales, à moins que les statuts prévoient une majorité plus forte ».