

CONCLUSIONS

M. Frédéric ALADJIDI, rapporteur public

1 – Le présent litige d'IS portait, jusqu'en appel, sur 25 MF environ de gains de change réalisés par une société française lors de la cession, en 1996, d'un immeuble de bureau qu'elle avait acquis à Tokyo en 1986 et dont la location constituait son unique activité au Japon.

A la suite d'une VC, l'administration avait, en effet, réintégré, dans le bénéfice de la société au titre de l'IS et de la contribution additionnelle pour 1996, ces gains qui étaient liés:

- pour **4MF** environ, à la variation du yen au cours des dix années de détention du bien ;
- pour plus de **20 MF**, à un emprunt qui avait été contracté en 1995 pour racheter le droit au bail du locataire de l'immeuble et les aménagements que celui-ci avait réalisés.

Après rejet de sa réclamation par l'administration, et de sa demande de décharge par un *juge-ment du TA de Paris du 1/10/2009*, la société a été rachetée par la requérante qui a fait appel et a obtenu, en cours d'instance, un dégrèvement sur 80% du gain de change lié à l'emprunt car cette part avait déjà été déclarée fin 1995 et ne pouvait donc être imposée en 1996.

La société repreneuse se pourvoit régulièrement contre *l'arrêt du 23 juin 2011*, par lequel la *CAA de Paris*, a, par suite, prononcé un NLAS partiel à l'*article 1^{er}*, et rejeté, à l'*article 2*, le surplus des conclusions d'appel. Mais elle ne conteste ce rejet du surplus qu'en tant qu'il porte sur le gain de change lié à la cession et non celui qui demeurerait lié à l'emprunt.

2 – Pour admettre l'imposition en France des deux gains de change:

a) La cour a, d'abord, admis le principe de cette imposition, en droit national, au regard de *l'article 209 du CGI* en relevant, conformément à votre décision *CE 14 mars 1979 n° 07098, société X... : RJF 5/79 n° 282*, que le siège de la société redressée avait son siège en France et que la gestion de l'immeuble cédée était réalisée par celui-ci et non par un établissement autonome qui aurait été situé au Japon ;

b) Puis suivant votre décision *d'Assemblée du 28 juin 2002 n° 232276, ministre c/ Sté Schneider Electric : RJF 2002, n°1080*, la cour a recherché si la convention fiscale

bilatérale applicables à savoir la **convention franco-japonaise du 27 novembre 1964 amendée le 10 mars 1981**, faisait obstacle à l'application de la loi fiscale, étant précisé que :

- **l'article 5** prévoit que les « *profits provenant de l'aliénation de biens immobiliers* » « *sont imposables dans l'Etat contractant où ces biens sont situés* », c-a-d le Japon ;

- mais que **l'article 7 §1** stipule, en revanche, qu'« *une entreprise d'un Etat contractant n'est imposable que dans cet Etat, en ce qui concerne ses BIC, à moins qu'elle n'exerce son activité dans l'autre Etat contractant par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé* ».

c) Enfin, la cour a relevé, dans ce cadre :

- d'une part, que le gain de change lié à la cession « *doit être distingué, pour l'application de la convention, de la plus-value sur cession d'actif résultant de la différence entre le coût de revient et le prix de vente de l'immeuble et ne relève donc pas de l'article 5* » ;

- d'autre part, que celui qui est lié à l'emprunt est imposable en vertu de **l'article 38 §4 du CGI** qui impose la prise en compte, pour la détermination du résultat imposable de chaque exercice, des « *écarts de conversion des devises ainsi que des créances et dettes libellées en monnaies étrangères par rapport aux montants initialement comptabilisés* » ;

- et elle en a déduit que les deux gains relèvent par suite de **l'article 7 §1**, si bien qu'en l'absence d'ES de la société au Japon, les gains devaient être imposés en France.

3 – Si le pourvoi avait porté sur le gain de change lié à l'emprunt, il aurait été aisé à rejeter.

Dans une récente décision **CE 1er octobre 2013 n° 351982 Sté BNP Paribas : RJF 2013, n°1123 – Conclusions V. Daumas**, les 3/8 SSR ont, en effet, jugé qu'une cour – il s'agissait de celle de Versailles – n'avait pas commis d'EDD en jugeant que des écarts de conversion positifs liés à un emprunt réalisé en vue de l'acquisition d'un immeuble situé à Londres, puis un gain de change effectif lors de son remboursement partiel ne pouvaient être regardés comme des revenus immobiliers au sens de **l'article 5 de la convention fiscale franco-britannique**, au motif qu'ils avaient été réalisés à l'occasion et dans le cadre d'opérations à caractère financier et qu'ils ne provenaient pas de l'exploitation de l'immeuble en cause.

Autrement dit, à propos d'une convention qui est très proche de celle qui nous intéresse, toutes deux étant inspirées du **modèle de convention de l'OCDE**, vous avez validé la solution retenue par l'arrêt attaqué, même si c'était sur la base d'une rédaction plus explicite, pour des gains de change qui n'étaient pas directement liés à une cession d'immeubles mais aux opérations financières qui l'avait accompagnée, à savoir un emprunt, comme dans notre affaire, mais aussi une opération de couverture contre le risque de change, de type « swap ».

4 - La question de l'imposition, en droit français et au regard des stipulations conventionnelles précitées, des gains de change liés à la cession même des immeubles est plus délicate :

- parce qu'aucune disposition du CGI ne les évoque expressément dès lors que *l'article 38-4* ne vaut que pour les détentions de devises, de créance ou de dette ;
- et parce qu'ils ne sont pas les produits, à la différence du *précédent d'octobre*, d'une opération financière clairement distincte de l'aliénation du bien.

Vous devrez néanmoins apporter une réponse à cette question:

- d'une part, parce qu'elle est au cœur du principal moyen du pourvoi, qui est tiré de l'EQJ que la cour aurait commise en refusant de regarder l'écart de conversion litigieux comme une composante de la plus value de cession et de l'EDD qui en a découlé;
- et d'autre part, parce que le défaut de réponse à moyen et l'insuffisance de motivation qui sont, par ailleurs, reprochés à la cour, précisément sur la même question, manquent en fait.

On notera que votre décision sera, à notre connaissance et au regard notamment du *rapport de 2009 de l'International fiscal association sur le traitement des effets de change dans l'ordre international*, l'une des premières parmi les pays de l'OCDE sur une difficulté qui a, pourtant, été identifiée par le *comité des affaires fiscales* de cet organisme, depuis 1977.

4 – Même si les *commentaires de ce comité* sur le modèle de convention de l'OCDE ne s'imposent pas à vous lorsqu'ils sont, comme en l'espèce, postérieurs à la convention à interpréter (cf. *CE 30 décembre 2003 n° 233894, 8e et 3e s.-s., SA Andritz : RJF 2004, n°238– Conclusions G. Bachelier*), ils peuvent néanmoins « éventuellement influencer le juge fiscal s'ils sont convaincants » comme l'indiquait *Ph. Martin* dans son *Etude sur l'interprétation des conventions fiscales internationales - Droit fiscal n° 24, 13 Juin 2013, 320*.

Ici, les *commentaires* les plus pertinents sont ceux de *l'article 13 §1* dont s'inspire *l'article 5 de la convention franco-japonaise de 1964* en ce qu'il prévoit que « *Les gains qu'un résident d'un Etat contractant tire de l'aliénation de biens immobiliers (...)situés dans l'autre Etat contractant, sont imposables dans cet autre Etat* », et en particulier :

- le *point 11* qui indique que « *L'article ne fait pas de distinction selon l'origine du gain en capital. (...) Sont aussi visés les gains en capital qui résultent de la perte de valeur de la monnaie nationale. Bien entendu, il appartient à chaque Etat de décider si de tels gains doivent ou non être imposés* », sans que l'on sache, toutefois, ce que recouvre « *chaque Etat* »

- le *point 16* qui évoque les problèmes dans le calcul des gains en capital, notamment liés aux ventes de biens immobiliers, qui seraient liés, comme en l'espèce, à des bénéfices provenant de variation du cours de change entre les monnaies de l'Etat de résidence et de l'Etat source ;

- et surtout le *point 17* qui précise, d'abord, que les stipulations de *l'article 13* « *ne règlent pas l'ensemble des questions concernant l'imposition des gains de change* », qu'ensuite « *ces gains ne dépendent pas, dans la plupart des cas, de l'aliénation de l'actif ; souvent même ils ne peuvent pas être déterminés dans l'Etat auquel le droit d'imposer les gains en capital est attribué en vertu de l'article* » et qu'enfin « *En général, la question n'est d'ailleurs pas de savoir si l'Etat dans lequel un établissement stable est situé a le droit d'imposer mais si l'Etat dont le contribuable est un résident doit, lorsqu'il applique la méthode de l'exemption, s'abstenir d'imposer de tels gains de change qui, dans la plupart des*

cas, ne peuvent résulter que de la comptabilité du siège central. La réponse à cette dernière question ne dépend pas seulement de l'article mais aussi de l'article 7 et de l'article 23 A ».

5 – Ces commentaires ne sauraient permettre de trancher une question dont ils nous semblent surtout, faire apparaître le caractère ouvert. Mais ils proposent, tout de même, in fine, en insistant sur la méthode de l'exemption et ***l'article 23 A***, une piste à approfondir.

Pour la comprendre, il faut, d'abord rappeler que l'attribution de compétence qui est prévue en faveur de l'Etat source, par ***l'article 5 de la convention de 1964***, n'est pas exclusive de celle de l'Etat de résidence, compte tenu de sa rédaction, et implique donc d'analyser, comme vous l'avez fait dans votre ***décision CE 26 février 1992 n° 83461, M... : RJF 4/92 n° 534, conclusions O. Fouquet Dr. fisc. 52/92 c. 2459***, ce que sont les modalités grâce auxquelles la double imposition est, concrètement, évitée.

Et il faut préciser que la ***conventions de 1964*** applique aux profits qui nous intéressent, la méthode prévue par ***l'article 23 A du modèle de convention de l'OCDE*** tandis que la ***convention du 3 mars 1995*** qui lui a succédé pour les revenus postérieurs au 1^{er} janvier 1997, s'inspire, à travers un crédit d'impôt, de la méthode alternative de ***l'article 23 B***, c-a-d:

- pour la 1^{ère}, la « *méthode d'exemption* », qui prévoit que « *Lorsqu'un résident d'un Etat (...) reçoit des revenus (...) qui, conformément aux dispositions de la présente Convention, sont imposables dans l'autre Etat(...), le premier Etat exempté de l'impôt ces revenus* » ;

- et pour la 2nde, la « *méthode d'imputation* », qui prévoit que « *Lorsqu'un résident d'un Etat (...) reçoit des revenus (...)qui, conformément aux dispositions de la présente Convention, sont imposables dans l'autre Etat (...), le premier Etat accorde : a) sur l'impôt qu'il perçoit sur les revenus de ce résident, une déduction d'un montant égal à l'IR payé dans cet autre Etat* », « *cette déduction ne [pouvant]toutefois excéder la fraction de l'IR (...), calculé avant déduction, correspondant (...) aux revenus (...) imposables dans cet autre Etat* ».

Lorsque la méthode d'imputation s'applique, l'Etat de résidence conserve toute latitude, pour imposer, sur la base de son droit interne, les gains de change. Tout au plus cette imposition peut-elle être diminuée par celle de l'Etat de source, pour lequel, toutefois, les profits en cause sont quasiment invisibles s'il se borne à considérer la plus-value dans sa devise nationale.

A l'inverse, lorsque la méthode d'exemption est retenue, la situation de l'Etat de résidence est plus contrainte et la possibilité d'imposer les gains de change dépend de la question de savoir s'ils font partie ou non des revenus exemptés.

6 – Dans cette hypothèse qui est donc celle de la ***convention de 1964***, il n'est pas possible de tenir compte, *ratione temporis*, du ***point 39 des commentaires du comité des affaire fiscales*** qui précise, également depuis 1977, que « *le montant de revenus devant être exempté de l'impôt dans l'Etat de résidence est le montant qui, en absence de convention, serait soumis à l'impôt national selon les règles du droit interne. Ce montant peut donc différer de celui soumis à l'impôt par l'Etat de source en raison de ses propres règles d'assiette.* »

Une telle règle rejoint néanmoins :

- la solution implicite issue de votre décision **CE 22 mai 1992, n° 63266, SPA Raffaella : RJF 7/92 n° 960** selon laquelle, pour l'application d'une telle convention, il faut se référer à la définition nationale des catégories de revenus non définies par la convention ;

- ainsi que *l'article 3 §2 du modèle de convention de l'OCDE ou des conventions de 1964 et 1995* qui, avec des rédactions un peu différentes, aboutissent au même résultat.

Autrement dit, la question déterminante pour l'issue du litige est celle de savoir, en fin de compte, si, en droit interne, les gains de change sont dissociables des PV de cession, au même titre que vous vous êtes déjà prononcé, suivant une telle logique :

- sur des revenus provenant des domaines ruraux acquis par des sociétés luxembourgeoises au regard de *l'article 2 de la convention* avec ce pays dans la décision **CE 18 mars 1994, n° 79971, SARL « Société d'investissement agricole et forestier » : RJF 5/94 n° 530**

- sur les dividendes mentionnés à *l'article 10 de la convention franco-néerlandaise de 1973* dans la décision **CE 13 octobre 1999, n° 190083, ministre c/ SA Banque française de l'Orient : RJF 12/99 n° 1587 avec conclusions J. Arrighi de Casanova p. 938 ;**

- et sur les intérêts moratoires liés à un règlement tardif d'achats par une société française à son fournisseur suisse dans la décision **CE 27 juillet 2001 n° 215124, SA Golay Buchel France : RJF 11/01 n° 1428, concl. G. Goulard BDCF 11/01 n° 140.**

Dans cette dernière affaire, vous aviez à déterminer si les sommes en cause étaient des intérêts au sens de *l'article 12 de la convention franco-suisse de 1966* qui auraient donné une compétence fiscale partielle à l'Etat source ou des « *bénéfices* » au sens de *l'article 7 de cette convention*, qui réservait, comme celui de la *convention franco-japonaise*, cette compétence fiscale à l'Etat de résidence.

Et vous avez jugé « *qu'au regard de la législation fiscale française, les intérêts moratoires afférents à une somme due constituent, pour le créancier, un élément accessoire de cette dernière, de même nature que la créance principale elle-même, et non pas un « revenu » tiré de cette créance et, le cas échéant, distinctement imposable comme tel* »

Mais, alors que votre jurisprudence avait déjà précisé, en droit interne, la nature des intérêt en cause (cf. notamment **Section du 4 décembre 1992, n° 83205, B... : RJF 1/93 n° 3 avec conclusions Mme M-D Hagelsteen p. 3**), ce n'est pas le cas ici pour les gains de change liés à l'aliénation d'un bien immobilier.

7 - La réponse est délicate, même s'il est certain que ces gains seraient imposables, en l'absence de convention bilatérale, puisque *l'article 38-1 du CGI* couvre « *les résultats d'ensemble des opérations de toute nature effectuées par les entreprises, y compris notamment les cessions d'éléments quelconques de l'actif (...)* ».

Il n'est, en effet, pas évident de déterminer :

- si cette imposition se ferait au titre de la PV de cession elle-même en considérant, comme ***l'instruction BOI-RFPI-PVI-20-10-20120912*** le fait pour ***l'art. 150 V du CGI*** (IR) que « *Le montant de la PV immobilière doit être déterminé pour sa valeur en euros. Ainsi, les éléments de détermination de la plus-value (notamment le prix de cession, le prix d'acquisition du bien, les charges venant en majoration ou en minoration) libellés dans une devise autre que l'euro doivent impérativement être convertis en euros par application du taux de change à la date de chaque opération* », ce qui inclue mathématiquement le gain de change ;

- ou bien si les écarts de change pourraient, ou même devraient, être dissociés de la PV de cession comme l'impose la doctrine administrative sur les titres en devise (cf. ***Instruction du 26 mars 1993, 4 A-11-93; D. adm. 4 A-2373, 9 mars 2001 et BOI-BIC-PDSTK-10-20-80-30 n° 70***) en fournissant un mode d'emploi tout à fait transposable.

8 – A l'appui de la 2nde option qui a été retenue par la cour, on peut relever, comme le faisait le rapporteur public devant elle, que d'un point de vue économique, il y a bien deux « *causes distinctes de profit* » entre la PV qui « *résulte de la différence entre le prix d'achat et le prix de vente* » et le gain de change qui « *ne résulte que d'une variation du cours des devises* ».

Dans ses ***conclusions sur la décision d'octobre dernier, V. Daumas*** allait dans le même sens en indiquant que le gain de change « *trouve (...) son origine dans les mouvements qui affectent le cours d'une devise et pas dans l'élément d'actif ou de passif dont la valeur est libellée dans cette devise. Il n'est pas, par rapport à cet élément, un accessoire mais un incident* ».

Il mentionnait, en outre:

- d'une part, le ***commentaire du projet de convention modèle de l'OCDE de 1963***, antérieurs donc à la convention qui nous intéresse, précisant que l'attribution à l'Etat de situation d'un bien immobilier des revenus tirés de son exploitation se justifie par le « *lien économique très étroit* » qui existe entre la source du revenu - l'immeuble - et l'Etat où il est implanté ;

- d'autre part, la conception étroite que vous avez retenue de tels revenus dans la décision ***CE 31 juillet 2009 n° 296471, Sté Overseas Thoroughbred Racing Stud Farms Ltd : RJF 11/09 n° 979 - chronique V. Daumas p. 819, concl. E. Glaser BDCF 11/09 n° 133***, en n'acceptant l'imposition que de ceux qui sont « *directement rattachables à l'exploitation* » de l'immeuble.

A cette analyse il faut ajouter le principal argument du ministre tiré de ce que « *la convention fiscale destinée à éliminer une double imposition ne peut prendre en compte un gain qui par définition ne peut être appréhendé par l'Etat étranger où est situé l'immeuble* », son mémoire en réplique ne manquant pas de relever que la société requérante elle-même a admis dans ses écritures que « *par définition, l'opération ayant été réalisée au Japon en Yen avec un emprunt libellé en yen, aucun effet de change n'a pu avoir lieu sur le territoire japonais* ».

9 – En sens inverse, on peut toutefois relever, que la différence économique entre les PV de cession et gain de change n'implique pas nécessairement une différenciation fiscale :

- alors que, comptablement, c'est **l'article 324-1 du PCG** qui impose que « *Le coût d'entrée des immobilisations incorporelles et corporelles et stocks exprimé en monnaie étrangère [soit] converti en monnaie nationale au cours du jour de l'opération* » et puisque si l'on en croit, le **mémento fiscal EFL**, la distinction entre le résultat de la cession à proprement parler et celui du change n'est, en pratique, pas fréquemment retenu ;
- et alors que, s'agissant des règles françaises de taxation, il n'y a pas de spécificité quant à la taxation des PV de cession immobilière comparable à celle des titres en devise pour lesquels peut s'appliquer le taux réduit du régime des PVLTL.

D'un point de vue économique, la société a, d'ailleurs, dû abandonner une partie de sa PV pour payer l'impôt japonais en yen ou a dû acheter cette devise pour s'en acquitter, de sorte que son gain de change n'existe que sur la PV nette après impôt. Imposer, dès lors, à l'IS le gain de change inscrit en comptabilité conduirait à la taxation d'un enrichissement de l'entreprise supérieur à son enrichissement réel.

Par ailleurs, l'analyse de V. Daumas aurait conduit à justifier par un « *en tout état de cause* » la solution retenue par la CAA de Versailles à propos des gains de changes liés aux emprunts et aux swap. Or ce n'est pas le terrain qu'ont retenu les **3/8 SSR**, lesquelles n'ont donc pas avalisé l'opinion de notre collègue pour qui « *le lien entre le revenu et l'exploitation de l'immeuble* » semblait « *inexistant, par construction, lorsqu'est en cause un gain de change* ».

Au contraire, la distinction entre ces gains et les PV de cession peut paraître artificielle :

- on peut, certes, raisonner comme si la société avait acheté des yen pour pouvoir acquérir l'immeuble et avait vendu les yens que lui a procuré la vente, après celle-ci ;
- mais, les 1^{er} et dernier temps n'auraient pas existé sans l'opération d'achat-vente dont ils ne sont que la traduction en unité de compte française ;
- ce sont, en outre, des montants différents qui sont en cause au début et à la fin, une durée importante séparant ces 2 étapes et aucune intention spéculative n'étant identifiable ;
- Enfin, il n'y a pas de dispositions comparables à celles de **l'article 38-4 du CGI** prévoyant l'imposition des écarts de change indépendamment de la réalisation de la cession.

10 – Il est vrai qu'il y a d'autant plus matière à hésitation, qu'au niveau communautaire, dans une situation symétrique de la nôtre, la CJCE, a jugé, dans une décision du **28 février 2008 aff. 293/06, 4e ch., Deutsche Shell GmbH : RJF 2008, n°623**, que les **articles 52 et 58 du TCE** « *s'opposent à ce qu'un EM exclue une perte de change, subie par une société ayant son siège statutaire sur le territoire de cet Etat, lors du rapatriement du capital de dotation qu'elle avait alloué à un établissement stable lui appartenant, situé dans un autre EM, pour la détermination de la base d'imposition nationale* ».

Mais ce précédent repose sur une analyse relative à la liberté d'établissement qui ne vaut que pour les relations au sein de l'UE et qui n'est pas en cause dans notre affaire. Dans le sens de la thèse de la société, on peut, à l'inverse, relever :

- un **arrêt du 16 février 1996 de la cour fédérale des finances** (Bundesfinanzhof), faisant semble-t-il encore jurisprudence en Allemagne, qui a eu à se prononcer sur l'imputation des pertes de change associés à des revenus générés à l'étranger par l'ES d'une société allemande et qui a estimé que ces pertes, ou inversement d'éventuels gains, devaient être imputés à cet établissement et non au siège en considérant que les écarts de conversion étaient liées aux revenus en cause puisqu'en leur absence, ils n'auraient pas vu le jour ;

- et le fait qu'en dehors de l'Allemagne, des pays comme les Etats-Unis, le Royaume-Uni, l'Australie, l'Afrique du Sud, mais aussi l'Italie, ont une législation nationale qui considère les gains et pertes de change comme des composantes de la PV à laquelle ils sont associés. Et c'est aussi le cas du Japon d'après sa contribution au **rapport de l'IFA de 2009** déjà évoqué.

Pour lever un dernier scrupule, nous préciserons que le fait que votre lectures des textes applicables puisse aboutir à une double non-imposition, à supposer que l'Etat source ne taxe jamais le gain de change ne serait pas une première (cf. **décision M... de 1992 précitée** à propos des jetons de présence et de la **convention franco-américaine de 1967** qui résulte, cela dit, plus de considérations conjoncturelles que structurelles) et qu'elle est atténuée par le fait, qu'au moins pour le Japon, la nouvelle **convention de 1995** a désormais réglé le problème, en abandonnant la méthode de l'exemption au profit de l'imputation.

8 - Si vous nous suivez, pour considérer que le gain de change lié à la cession d'un bien immobilier doit être regardé comme un profit provenant de l'aliénation de l'immeuble et relève ainsi **de l'article 5 de la convention** qui donne compétence au Japon, sans permettre à la France, compte tenu de la méthode d'exemption retenue en 1964, pour l'imposer, vous pourrez censurer l'arrêt pour avoir jugé, au contraire, qu'il devait être distingué de la PV de cession, pour l'application de la convention.

Après annulation partielle de l'arrêt, vous pourrez prononcer la décharge demandée dans cette mesure qui découle de votre motif de cassation, puisqu'il suffit à écarter le moyen de défense, présenté en appel par le ministre, et tiré de ce que les gains de change auraient été des revenus couverts par la **clause balais de la convention**. Vous pourrez mettre à la charge de l'Etat le versement à la société requérante de 4000€ en application de **l'article L. 761-1 du CJA**.

Et PMNC :

- à l'annulation de l'article 2 de l'arrêt attaqué en tant qu'il statue sur le gain net de change litigieux, lié à la cession immobilière intervenue en 1996 ;
- à la réduction de la base imposable de la société à hauteur de 4 101 254 F au titre de cet exercice ;
- à la décharge des cotisations supplémentaires d'IS et de contribution additionnelle ainsi que des intérêts de retard correspondants ;
- à la réformation du jugement du TA en ce qu'il a de contraire ;
- et à l'octroi des frais irrépétibles.