

N° 447932 – Société Patrizia Frankfurt Kapital

9^{ème} et 10^{ème} chambres réunies

Séance du 23 mai 2022

Lecture du 9 juin 2022

Conclusions

Mme Emilie BOKDAM-TOGNETTI, Rapporteuse publique

En vertu de l'article 235 ter ZAA du CGI, les redevables de l'impôt sur les sociétés réalisant un chiffre d'affaires supérieur à 250 millions d'euros sont assujettis à une contribution exceptionnelle égale à une fraction de cet impôt calculé sur leurs résultats imposables aux taux normal des exercices clos avant le 30 décembre 2016. Le dernier alinéa du I précise que le chiffre d'affaires au sens de ces dispositions s'entend de celui réalisé par le redevable au cours de l'exercice ou de la période d'imposition.

Par ce critère de chiffre d'affaires, le législateur a, ainsi que vous l'avez jugé par votre décision *min. c/ sté IKB Deutsche Industriebank* du 29 mars 2017 (n° 402162, RJF 6/17 n° 607, concl. E. Crépey), entendu soumettre les grandes entreprises à une contribution supplémentaire, compte tenu de leurs capacités contributives plus fortes.

Par une décision du 9 décembre 2016, *Office de coordination bancaire et financière* (n° 396160, RJF 2017 n° 266, concl. contraires R. Victor), vous avez précisé que le seuil de 250 millions d'euros mentionné à l'article 235 ter ZAA s'apprécie par référence aux recettes retirées de l'ensemble des opérations réalisées par le redevable dans le cadre de son activité professionnelle, exercée en France et hors de France, quel que soit le régime fiscal du résultat des opérations correspondant à ce chiffre d'affaires. Pour apprécier le dépassement de ce seuil, il n'y a donc pas lieu, comme le juge également une décision *min. c/ Société Savills Fund Management GmbH* du même jour (n° 395015, RJF 2017 n° 234), de faire application au chiffre d'affaires des règles de territorialité prévues en matière d'IS et de ne retenir que les recettes des opérations se rattachant aux bénéficiaires réalisés en France et soumis à cet impôt conformément à l'article 209 du CGI. Il existe ainsi un décalage entre la mondialité de l'agrégat déterminant l'assujettissement à la contribution et la territorialité française de l'assiette de la taxe une fois cet assujettissement acté.

La société de droit allemand IVG Institutional Funds GmbH, devenue Patrizia Frankfurt Kapitalverwaltungsgesellschaft mbH, exerce une activité de gestion de fonds d'investissement dans le cadre de laquelle elle gère et administre des actifs immobiliers qu'elle donne à bail à des locataires dans le but de générer des revenus locatifs stables et pérennes pour des investisseurs institutionnels à la recherche de revenus sécurisés à long terme. Propriétaire d'immeubles en France, elle a spontanément acquitté, au titre des exercices clos les 31

décembre 2011 et 2012, la contribution exceptionnelle sur l'IS prévue par l'article 235 ter ZAA du CGI, puis a demandé la restitution de cette contribution, en contestant avoir dépassé le seuil de 250 millions d'euros de chiffre d'affaires emportant assujettissement à celle-ci. Le TA de Montreuil n'ayant fait droit à sa demande qu'en ce qui concerne l'exercice 2012, la société a interjeté appel devant la cour administrative d'appel de Versailles qui, par un premier arrêt (RJF 2018 n° 164), a rejeté sa requête.

Vous prononçant en cassation sur cet arrêt par votre décision du 10 juillet 2019 (n° 412968, aux Tables, RJF 11/12 n° 1041), vous avez alors précisé, faisant ainsi application de la même définition que celle donnée par le Conseil constitutionnel dans sa décision sur la contribution exceptionnelle sur les grandes entreprises de l'article 1^{er} de la LFR pour 2017 (Cons. cons., 29 novembre 2017, n° 2017-755 DC, RJF 2018 n° 197) et vous inspirant de la notion comptable de chiffre d'affaires, que les opérations à prendre en compte sont celles réalisées par le redevable dans le cadre de son activité professionnelle « normale ». Puis vous avez transposé, pour l'appréciation du rattachement d'une cession d'immobilisation à l'activité normale d'une entreprise, l'approche déjà retenue par votre jurisprudence pour le calcul de la valeur ajoutée, et avez censuré pour erreur de droit l'arrêt de la cour qui s'était fondée sur le caractère récurrent, l'importance et de le nombre des cessions d'immeubles réalisées en France en 2011 pour en déduire que les plus-values en résultant devaient être intégrées au chiffre d'affaires pour l'application de l'article 235 ter ZAA du CGI, sans rechercher si ces cessions s'inscrivaient dans le modèle économique de l'entreprise.

Retrouvant l'affaire après renvoi, la cour a jugé que les plus-values de cession de dix immobilisations réalisées en 2011 par la société ne faisaient pas partie de son modèle économique et, dès lors, revêtaient le caractère de produits exceptionnels exclus du chiffre d'affaires pour l'application de l'article 235 ter ZAA du CGI. Elle en a déduit le bien-fondé de la requête et la décharge de la contribution en litige.

A l'appui du pourvoi qu'il forme contre ce nouvel arrêt, le ministre soutient que la cour a commis une erreur de droit en déduisant de la seule exclusion du chiffre d'affaires de ces plus-values réalisées en France que la société n'était pas assujettie à la contribution en litige, sans vérifier si le chiffre d'affaires mondial de celle-ci, même sans tenir compte de ces plus-values, n'excédait pas le seuil de 250 millions d'euros. Ce moyen est fondé. S'agissant d'une seconde cassation, il vous faudra régler l'affaire au fond.

Vous pourrez reprendre à votre compte, en ce qui concerne les plus-values de cession de certains immeubles acquis entre 2000 et 2002 par la société, l'analyse qu'avait conduite la cour sur le caractère exceptionnel de ces plus-values. Le ministre, d'ailleurs, a lui-même renoncé à leur inclusion dans le chiffre d'affaires de l'entreprise. C'est donc à tort que le TA les avait prises en compte.

Une fois ces plus-values exclues, le chiffre d'affaires de la société dépassait-il, au titre de l'exercice 2011, le seuil d'assujettissement à la contribution de l'article 235 ter ZAA – étant entendu qu'il convient, ainsi que nous l'avons rappelé au début de ces conclusions, de retenir le chiffre d'affaires mondial ?

La réponse à cette question dépend du point de savoir s'il convient, dans le chiffre d'affaires de la société au sens de l'article 235 ZAA du CGI, de ne retenir que les honoraires de gestion des fonds d'investissement dont elle assure la gestion – ce que la société désigne comme le chiffre d'affaires qu'elle réalise « en propre » – ou s'il faut inclure l'ensemble des revenus locatifs issus des immeubles dont elle a la propriété et qu'elle administre dans l'intérêt de ces fonds.

Si la société se présente comme une société de gestion de fonds d'investissement, son modèle juridique et économique la distingue toutefois des sociétés de gestion de fonds d'investissement français.

En effet, à la différence d'une société française, la requérante ne se borne pas à accomplir des actes de gestion et d'administration pour le compte d'investisseurs propriétaires des actifs dans lesquels les fonds ont investi, que cette propriété des investisseurs soit indirecte via une société d'investissement à capital variable elle-même propriétaire juridique du portefeuille d'actifs et dont les investisseurs détiennent des parts sociales, ou qu'elle passe par le biais d'un fonds commun de placement dépourvu de la personnalité morale et présentant le caractère d'une copropriété de valeurs. La société IVG est la seule propriétaire juridique des actifs immobiliers générant les revenus locatifs alimentant les fonds : elle acquiert en son nom propre puis administre ces biens immobiliers, mais dans l'intérêt des investisseurs.

Cette forme d'organisation résulte du droit allemand. La consultation juridique produite par la requérante souligne ainsi que les fonds en cause ont été établis sous la forme d'un « *Sondervermögen* », c'est-à-dire un ensemble ou un portefeuille spécial d'actifs dépourvu de la personnalité morale, appartenant juridiquement à la société de gestion mais constituant en quelque sorte un patrimoine d'affectation. La consultation souligne que dans le cadre prévu par le KAGB (*Kapitalanlagegesetzbuch*), les actifs appartenant juridiquement à la société de gestion, elle est seule propriétaire des immeubles et est en droit d'en disposer en son nom propre, mais accomplit cette gestion pour le compte et dans l'intérêt du fonds d'investissement. Si la société répond seule des créances des tiers sur le fonds d'investissement, les créanciers de la société ne peuvent toucher aux actifs du *Sondervermögen* en cas d'insolvabilité. Tout actif acquis par la société de gestion pour le compte du *Sondervermögen* doit être clairement alloué à ce fonds et séparé des actifs propres de la société de gestion et des patrimoines des autres fonds. La consultation précise enfin que les *Sondervermögen* disposent en Allemagne d'une comptabilité séparée.

Les indications données dans la consultation ainsi produite se fondent, selon les termes mêmes de cette consultation, sur le *Kapitalanlagegesetzbuch* (ou KAGB) adopté le 22 juillet 2013 et pris pour la transposition de la directive 2011/61/UE. S'il nous semble qu'au titre de la période d'imposition en litige, le cadre juridique allemand était celui de l'*Investmentgesetz*, le contenu n'en était toutefois, pour ce qui nous occupe aujourd'hui, pas substantiellement différent.¹

¹ Ainsi, l'*Investmentgesetz* définissait un *Sondervermögen* comme un fonds d'investissement sous forme contractuelle, géré par une société d'investissement (*Kapitalanlagegesellschaft*) pour le compte des investisseurs

Nous n'avons pas trouvé de modèle juridique assimilable en droit français au modèle allemand du *Sondervermögen*. En effet, la propriété juridique des biens par la société d'investissement emporte une différence capitale d'avec la société de gestion d'un fonds constitué sous la forme d'une SPICCAV française, avec laquelle la société IVG entend se comparer : la SPICCAV ayant la personnalité morale et étant propriétaire des immeubles, la société de gestion ne perçoit comme recettes que ses honoraires de gestion tandis que les revenus locatifs et plus-values immobilières ne peuvent être comptabilisés que dans le chiffre d'affaires de la SPICCAV, propriétaire des biens. Par ailleurs, si la notion de patrimoine d'affectation n'est pas sans rappeler la fiducie, qui fait l'objet d'une comptabilisation complète entièrement autonome du bilan et du compte de résultat du fiduciaire, le régime juridique, comptable et fiscal spécifique en droit français de la fiducie, laquelle correspond à un contrat de transfert temporaire de biens appartenant à un constituant dans un patrimoine fiduciaire géré par un fiduciaire, ne saurait selon nous être d'utilité pour apprécier la notion de chiffre d'affaires d'une société d'investissement allemande. En particulier, il n'est pas question ici d'un transfert de propriété : la société d'investissement acquiert elle-même les biens, selon une politique d'investissement prédéfinie, et est constituée, en matière immobilière, sans limitation de durée.

La société se prévaut de l'exigence, selon la loi allemande, d'une séparation comptable des biens alloués au fonds spécial et des biens lui appartenant sans être grevés d'une telle affectation, ainsi que d'une comptabilisation distincte des produits et charges du fonds par rapport à ses produits et charges « individuelles », dont elle déduit l'absence totale de disposition comptable des revenus en cause.

Mais si la loi allemande en vigueur en 2011 exigeait une séparation entre le fonds et les actifs propres de la société d'investissement et la publication par celle-ci d'un rapport annuel comportant un état du passif et de l'actif du fonds et un état de ses produits et charges, le traitement comptable allemand nous semble par lui-même indifférent. Tout aussi indifférents nous apparaissent les développements de la société soulignant l'exigence d'individualisation de l'activité des fonds d'investissement alternatifs dans la directive 2011/61/UE sur les gestionnaires de tels fonds, dès lors que cette directive n'était pas encore applicable et qu'en tout état de cause, son article 22 imposant la publication par le gestionnaire d'un fonds d'un rapport annuel comportant un bilan ou un état du patrimoine et un compte des revenus et des

selon les conditions prévues par la loi et par le contrat. L'*Investmentgesetz* prévoyait que les biens composant un *Sondervermögen*, ou bien étaient détenus en copropriété par les investisseurs, ou bien étaient la propriété de la société d'investissement, les biens composant le *Sondervermögen* devant alors être séparés des biens composant le patrimoine propre de la société. La société de capital-investissement, qui acquérait les actifs en fonction de sa politique d'investissement, avait le droit de disposer en son nom propre des biens du fonds et d'exercer sur eux les droits d'un propriétaire, mais ne pouvait les utiliser à des fins de sûreté. Par ailleurs, elle ne pouvait contracter d'engagements pour le compte des investisseurs et le fonds spécial n'était pas responsable du passif de la société d'investissement. Enfin, dans l'article intitulé « comptabilité », l'*Investmentgesetz* prévoyait l'obligation pour la société d'investissement de remettre un rapport annuel pour chaque fonds permettant aux investisseurs de « porter un jugement sur l'activité et les résultats du fonds », ce rapport devant notamment comporter l'état des actifs et passifs du fonds, la part de chaque actif dans la valeur du fonds, ainsi qu'un état des produits et des charges ventilé par nature de produits et charges.

dépenses de l'exercice, procède uniquement d'une préoccupation de transparence et d'information des investisseurs, dans l'objectif de protection de leurs intérêts.

La question ne nous semble en effet, pour apprécier l'inclusion de ces revenus dans le chiffre d'affaires au sens de l'article 235 ter ZAA, pas être celle de déterminer si et comment les revenus locatifs en cause ont été comptabilisés en Allemagne ni de rechercher l'éventuelle ventilation des produits et charges dans la présentation donnée aux investisseurs, mais de vérifier si les produits issus de la location des biens immobiliers en litige répondent à la définition du chiffre d'affaires dégagée par votre jurisprudence citée au début de ces conclusions.

Seul compte donc le point de savoir si les revenus locatifs perçus par la société dans l'intérêt et pour le compte des fonds dont elle assure la gestion constituent pour elle des recettes d'opérations réalisées dans le cadre de son activité professionnelle normale.

Selon le ministre, l'activité de la société ne se limite pas à la perception d'honoraires, mais se rapporte à la gestion d'un parc immobilier locatif incluant la perception de loyers, quand bien même ces loyers servent à alimenter des fonds au profit d'investisseurs institutionnels. Selon la société, en revanche, son activité professionnelle normale de gestion de fonds et son modèle économique ne reposent que sur la perception d'honoraires de gestion. Elle ajoute que, ne pouvant user des revenus locatifs en cause selon son bon vouloir et étant tenue de comptabiliser ceux-ci séparément et de les affecter à la rémunération des investisseurs sans pouvoir appréhender le chiffre d'affaires revenant aux fonds, ces revenus ne sauraient être un indice de sa capacité contributive.

A vrai dire, aucune des deux solutions, qu'il s'agisse de celle aboutissant à l'inclusion ou de celle conduisant à l'exclusion des recettes du chiffre d'affaires, ne nous paraît pleinement satisfaisante.

Il est exact que la société ne fait de profit pour elle-même que par le biais de ses honoraires de gestion, qu'elle agit, à l'égard des immeubles qu'elle acquiert en son nom propre mais pour le compte des fonds, dans l'intérêt de ces derniers, et que les revenus locatifs perçus sont directement affectés aux fonds.

Mais il est aussi vrai, d'une part, que l'activité courante de la société inclut la gestion des immeubles dont elle est propriétaire pour le compte des fonds.

D'autre part, si la contribution de l'article 235 ZAA est un impôt autonome de l'IS, le champ de ses redevables est défini par renvoi aux redevables de l'IS. Or pour l'application de l'IS, non seulement les *Sondervermögen* sont dépourvus de toute personnalité morale et fiscale, mais il semblerait en outre que les investisseurs ne puissent davantage être saisis comme redevables du point de vue français, le *Sondervermögen* en litige n'étant pas une forme de copropriété. Il n'est ainsi pas contesté que la société IVG s'était constituée en France seule redevable de l'IS dû sur les revenus locatifs perçus à raison des immeubles dont elle est propriétaire, la charge d'impôt étant ensuite ventilée et répercutée dans les charges des différents fonds.

Par ailleurs, si la société fait valoir qu'elle ne peut pas être traitée plus mal que ne le serait une société de gestion française dont le chiffre d'affaires pris en compte pour l'appréciation du seuil de 250 millions d'euros n'inclurait que ses honoraires de gestion, elle se trouve dans une situation objectivement différente, en ce qu'elle est propriétaire des immeubles du fonds.

Enfin, la problématique liée au caractère affecté du patrimoine immobilier composant un *Sondervermögen* pour l'appréciation de la faculté contributive d'un contribuable pourrait n'apparaître, sur le fond, guère différente de celle des commissionnaires opaques, dont il a été jugé dans l'affaire *Sté Baxter* que la capacité contributive pouvait être fondée sur les revenus perçus en leur nom propre mais pour le compte du commettant (CE, 20 avril 2021, n° 430561, aux Tables, RJF 7/21 n° 745), ou encore de celle de certains mandataires assujettis à la taxe sur la publicité assise sur des sommes perçues par eux au nom et pour le compte de leurs mandants (Cons. cons. 25 juin 2021, n° 2021-921 QPC). Certes, à la différence notable d'un commissionnaire opaque, les revenus concernés doivent être individualisés dans un état des dépenses et des charges du fonds. Mais comme pour un tel opérateur, le profit final de la société ne se composera que d'honoraires. Comme lui, elle agit en son nom propre mais pour le compte d'un tiers. Et plus que lui, elle dispose de droits réels sur les biens, la société d'investissement étant propriétaire juridiquement des actifs immobiliers composant le fonds, seule titulaire de droits et obligations sur ces actifs, et par suite seule titulaire juridiquement des loyers de ces biens et seule redevable, également, de l'IS sur les revenus qu'ils procurent. Or il n'existe pas de disposition organisant une neutralité fiscale comme il en existe par exemple pour les fiducies.

Par suite, la société ne nous paraît pas fondée à soutenir que les revenus locatifs des immeubles dont elle est propriétaire pour le compte des fonds qu'elle gère ne peuvent être pris en compte dans le calcul de son chiffre d'affaires au sens de l'article 235 ter ZAA du CGI. La solution n'est pas entièrement satisfaisante, mais nous n'en voyons guère d'autre, sauf à créer un « trou dans la raquette » par lequel s'évaporerait les millions de revenus locatifs en cause pour l'appréciation du champ des redevables de l'article 235 ter ZAA. Or une fois cette inclusion des revenus locatifs actée, il n'y a pas lieu d'apprécier de manière distincte le dépassement du seuil de 250 millions d'euros séparément pour chaque fonds : ceux-ci étant dépourvus de la personnalité fiscale et morale en France pour la présente contribution, c'est à l'échelle de la société d'investissement propriétaire de l'ensemble des actifs immobiliers composant les fonds que vous raisonnerez, en faisant masse des revenus locatifs. La question de l'éventuelle imputation aux différents fonds des éventuelles charges d'impôt est, quant à elle, avale à l'intervention du juge de l'impôt.

Il vous restera à examiner le dernier moyen de la requête d'appel, tiré de la contrariété de l'article 235 ter ZAA avec la liberté d'établissement, la libre circulation des capitaux et la clause de non-discrimination de la convention franco-allemande, en ce qu'il tient compte du chiffre d'affaires mondial.

La société soutient tout d'abord que la loi fiscale française méconnaît la liberté d'établissement en ce qu'elle traite différemment les sociétés exerçant des activités en France selon qu'elles ont constitué des filiales (dont le chiffre d'affaires n'est pas globalisé avec le

leur) ou par le biais d'établissements stables (inclus dans le chiffre d'affaires mondial). Mais, par votre décision *Office de coordination bancaire et financière* mentionné au début des présentes conclusions, vous avez écarté le moyen tiré de ce que la prise en compte du chiffre d'affaires mondial méconnaissait, en ce qu'elle pénaliserait l'implantation en France de sociétés européennes sous forme de succursales plutôt que de filiales disposant de la personnalité morale, la liberté d'établissement, en relevant que la loi nationale traite pareillement les sociétés établies dans un autre Etat membre ayant une filiale ou une succursale en France et celles établies en France ayant une filiale ou une succursale en France ou dans un autre Etat membre. Au demeurant, en l'espèce, la société n'a pas exercé sa liberté d'établissement, dès lors qu'il ne résulte pas de l'instruction qu'elle disposerait en France d'une installation fixe d'affaires caractérisant un établissement stable.

La société soutient ensuite que l'article 235 ter ZAA, en ce qu'il prend en compte le chiffre d'affaires mondial, porte atteinte à la libre circulation des capitaux en ce qu'il imposerait plus lourdement les sociétés étrangères que les sociétés françaises. Mais cette critique nous paraît se heurter au constat, d'une part, que le chiffre d'affaires mondial est pris en compte à l'égard également de toutes les sociétés soumises à l'IS, qu'elles aient ou non leur siège social en France, et d'autre part, que l'assiette elle-même de la contribution se limite pour les assujettis aux bénéfices réalisés en France, le critère de chiffre d'affaires mondial de plus de 250 millions d'euros ne servant qu'à cibler les grandes entreprises.

Enfin, l'article 235 ter ZAA, en ce qu'il prend en compte le chiffre d'affaires mondial, ne crée pas par lui-même de discrimination à raison de la nationalité.

Par suite, l'appel de la société sera rejeté.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation des articles 1^{er}, 2 et 4 de l'arrêt de la CAA de Versailles du 10 novembre 2020 ;
-
- u rejet des conclusions de la requête d'appel de la société afférentes à la contribution exceptionnelle sur l'impôt sur les sociétés de l'année 2011 ;
-
- t au rejet des conclusions présentées par cette société au titre de l'article L. 761-1 du CJA.