

CONVENTIONS INTERNATIONALES

10 Nouveau coup dur pour les sociétés civiles immobilières dans le contexte franco-belge



BERTRAND SAVOURÉ

*notaire à Paris – Groupe ALTHÉMIS
Yann MOREAU-COTTEN*



notaire à Paris – Groupe ALTHÉMIS

Le Conseil d'État qualifie les titres de sociétés à prépondérance immobilière de biens immobiliers au sens de la convention fiscale franco-belge en matière d'impôt sur les revenus et plus-values et en déduit que la cession de parts de sociétés civiles immobilières semi-transparentes à prépondérance immobilière en France par des résidents belges est imposable en France conformément à l'article 3 de la convention franco-belge. Il s'agit à notre connaissance d'une décision inédite qui s'inscrit en contradiction avec l'analyse développée par la Cour de cassation dans le cadre d'autres conventions en matière de droits de mutation à titre gratuit. Cette décision s'ajoute aux différents contentieux concernant les parts de société civile immobilière dans le contexte franco-belge.

CE, 24 févr. 2020, n° 436392 : JurisData n° 2020-003924

Le traitement fiscal des titres de société ayant pour objet la détention de biens immobiliers dans le cadre international a donné lieu à plusieurs décisions récentes. Ce contentieux s'explique par les difficultés de qualification de ces titres au regard des catégories de biens (pour les conventions en matière de droits de donation/succession et impôt sur la fortune) ou de revenus (pour les conventions en matière d'impôt sur le revenu) définies par les conventions fiscales.

En effet, sur le plan civil, les titres de société (même à prépondérance immobilière) constituent des actifs mobiliers (V. sur la qualification mobilière des parts de sociétés au sens civil, *Cass. 3^e civ.*, 9 avr. 1970, n° 68-13.956 : *JurisData* n° 1970-098234) : cette qualification

mobilière devrait, le plus souvent, conduire à une imposition exclusive par l'État où la personne est domiciliée.

Mais, du point de vue interne français, le législateur français a, pour certains impôts, aligné le régime fiscal des titres de société à prépondérance immobilière sur celui des immeubles (en matière de plus-value et en matière de droits de mutation à titre gratuit notamment).

La notion de société à prépondérance immobilière est purement fiscale et apparaît protéiforme puisque chaque impôt dispose d'une définition autonome de la prépondérance immobilière :

– pour l'imposition en matière de plus-value de cession, aux sens des articles 244 bis A et 164 B du CGI, la prépondérance immobilière peut viser indifféremment les sociétés cotées ou non cotées. Pour apprécier la prépondérance immobilière, il convient de comparer la

valeur vénale des immeubles situés en France (étant précisé que doivent également être pris en compte les titres de sociétés elles-mêmes à prépondérance immobilière inscrits à l'actif de la société dont les titres sont cédés) – à l'exception de ceux affectés par la société à sa propre exploitation industrielle, commerciale, agricole ou à l'exercice d'une profession non commerciale – à la valeur vénale de la totalité des éléments de l'actif social mondial. La société est considérée comme à prépondérance immobilière en France dès lors que son actif est, à la clôture des trois exercices qui précèdent la cession, principalement constitué par ces immeubles non affectés à l'exploitation ;

– pour l'imposition aux droits de donation ou succession : l'article 750 ter, 2^o, alinéa 4, du CGI n'intègre dans la notion de société à prépondérance immobilière que les titres de personnes morales étrangères non cotées. Pour l'administration fiscale, l'actif de la personne morale étrangère en cause doit être principalement constitué d'immeubles bâtis ou non bâtis situés sur le territoire français ou de droits réels immobiliers portant sur ces biens (usufruit, droit d'usage...) ou de titres de personnes morales elles-mêmes à prépondérance immobilière. Ne sont pas pris en considération les immeubles situés sur le territoire français, affectés par la personne morale à sa propre exploitation industrielle, commerciale, agricole ou à l'exercice d'une profession non commerciale (BOI-ENR-DMTG-10-10-30-2012012, § 110 et s.). Pour déterminer si une personne morale étrangère est à prépondérance immobilière, il convient selon l'Administration de comparer à la valeur totale de l'actif social situé en France, la valeur des immeubles et droits réels immobiliers appartenant à la société et situés dans notre pays (autres que les immeubles affectés par la société à sa propre exploitation industrielle, commerciale, agricole ou à l'exercice d'une profession non commerciale, tels qu'ils ont été définis ci-avant). La société est à prépondérance immobilière, si la valeur de ces immeubles et droits immobiliers situés en France représente plus de 50 % de la valeur de l'actif social situé en France.

Les sociétés à prépondérance immobilière en France regroupent donc divers types de sociétés.

Les sociétés civiles dites « transparentes » (CGI, art. 1655 ter) ne posent généralement pas de problème dans l'ordre international : dans la mesure où les associés sont traités comme s'ils étaient directement propriétaires des locaux détenus par la société, les parts sociales de ces sociétés civiles transparentes sont le plus souvent assimilées à des immeubles même par les pays étrangers.

À l'inverse, les sociétés civiles dites « semi-transparentes » (CGI, art. 8) soulèvent plus de difficultés dans la mesure où elles constituent un véritable sujet de droit fiscal, quand bien même l'imposition est appelée au nom de chaque associé. Le traitement de ce type de société est particulièrement délicat lorsque celles-ci répondent à la définition de la prépondérance immobilière.

Leur régime fiscal particulier conduit en effet du point de vue français :

– à imposer directement l'associé sur sa quote-part de bénéfice réalisé par la société, et ce dans la catégorie de revenus réalisés par la société civile (revenus fonciers, plus-values immobilières...) ;

– et en cas de cession des titres de la société civile immobilière, à se voir appliquer le même régime d'imposition de plus-values que celui des immeubles.

Mais ces particularités sont le plus souvent inconnues des systèmes fiscaux étrangers, lesquels ne connaissent généralement que les sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés ou les sociétés totalement transparentes. Compte tenu du fait que la société civile est un

sujet de droit fiscal, un pays étranger où serait domicilié le détenteur des parts pourrait dès lors considérer cette société comme une société non transparente : ces parts pour leurs revenus ou les plus-values attachées, seraient alors traitées, au regard du droit étranger, comme des parts de sociétés (biens mobiliers) et non comme des biens immobiliers qu'elle soit ou non à prépondérance immobilière.

Il en résulte un conflit potentiel de qualification puisque la France assimile quant à elle ces parts à des biens immobiliers pour l'imposition des revenus ou plus-values y attachés.

Afin de régler cette difficulté, la France, à l'occasion de la renégociation des conventions fiscales, inclut régulièrement une définition des biens immobiliers pour y préciser qu'au sens conventionnel sont également considérées comme biens immobiliers les parts de société à prépondérance immobilière.

Pour ces conventions nouvellement négociées ou renégociées, la question de la nature mobilière ou immobilière des titres de telles sociétés ne se pose donc pas.

Mais *quid* des conventions pour lesquelles aucune définition n'est prévue ? La question se pose notamment dans le cadre franco-belge, car les conventions existant entre la France et la Belgique en matière d'impôt sur le revenu et d'impôt sur les successions ne prévoient pas de définition des sociétés à prépondérance immobilière.

Ces conventions franco-belges stipulent que les biens immobiliers sont imposables dans l'État où ils sont situés, et que les actifs mobiliers (parts de sociétés notamment) ne sont taxables que dans l'État où la personne est domiciliée, sans prévoir de définition spécifique des biens immobiliers, en se contentant de renvoyer pour cela au droit interne de l'État où est situé le bien immobilier.

Classiquement, s'agissant d'une question de qualification, ce renvoi au droit interne de l'État contractant devrait viser les dispositions civiles du droit interne concerné : en conséquence, les titres de sociétés à prépondérance immobilière ne devraient donc pas être considérés comme des biens immobiliers (Cass. 3^e civ., 9 avr. 1970, n^o 68-13.956. *préc.*). Cette analyse rendrait donc les titres de ces sociétés (ou les revenus/plus-values de ces titres) imposables uniquement dans l'État du domicile de la personne, quand bien même cette société serait à prépondérance immobilière en France.

Cependant, en 1995, le modèle de convention fiscale OCDE en matière d'impôt sur le revenu a été revu pour prévoir que lorsque la convention renvoie au droit interne, cette qualification doit s'entendre au sens de la législation fiscale applicable aux impôts visés par la convention, « le sens attribué à ce terme ou expression par le droit fiscal de cet État prévalant sur le sens que lui attribuent les autres branches du droit de cet État ». La qualification mobilière ou immobilière des titres de société à prépondérance immobilière pour ces conventions intégrant cette modification, ne relève donc plus du droit civil mais du droit fiscal.

La convention fiscale franco-belge en matière d'impôt sur le revenu a été négociée avant cette modification du modèle OCDE, mais elle contient cependant une disposition similaire : l'article 22 de cette convention stipule en effet que « tout terme non spécialement défini [...] aura, à moins que le contexte n'exige une autre interprétation, la signification que lui attribue la législation régissant, dans chaque État contractant, les impôts faisant l'objet de la convention ».

Par ailleurs, la convention est accompagnée d'un protocole additionnel qui qualifie notamment de biens immobiliers les parts de sociétés transparentes et dont l'Administration considère qu'il vise indifféremment les parts de toute société à prépondérance immobilière.

C'est dans ce contexte que le Conseil d'État a eu à se prononcer sur la fiscalité applicable à la cession de parts d'une société civile immobilière française, à prépondérance immobilière (pour les développements suivants, le terme société civile immobilière désignera, sauf précision contraire, les sociétés civiles immobilières semi-transparentes à prépondérance immobilière en France), par un résident belge.

1. Présentation de la situation

Monsieur B, résident fiscal belge, a procédé à la cession de parts d'une société civile de droit français, à prépondérance immobilière en France, au cours de l'année 2015. À ce titre, il a été assujéti au prélèvement spécifique sur les plus-values des non-résidents français en application des dispositions de l'article 244 bis A du CGI.

Par requête enregistrée le 2 décembre 2019, monsieur B a contesté ladite imposition, considérant que la cession de parts de cette société n'était imposable qu'en Belgique compte tenu des dispositions de la convention fiscale conclue entre la France et la Belgique le 10 mars 1964 tendant à éviter les doubles impositions en matière d'impôt sur le revenu (ci-après la « convention »).

À cet effet, il a demandé au Conseil d'État d'annuler pour excès de pouvoir le paragraphe 130 des commentaires administratifs publiés au BOFiP-Impôts le 12 septembre 2012 (BOI-INT-CVB-BEL-10-10) qui étend à toutes les sociétés à prépondérance immobilière en France le protocole additionnel à la Convention, lequel qualifie de biens immobiliers les parts de sociétés immobilières transparentes.

2. Rappel des dispositions de la Convention

La convention répartit le droit d'imposer les revenus entre la France et la Belgique : les articles 3 à 17 de la convention établissent ainsi le droit d'imposer pour différentes catégories de revenus (revenus de biens immobiliers, dividendes, salaires, etc.). Pour les revenus ne répondant à aucune de ces catégories, l'article 18 de la convention (dit « clause balai ») stipule que ces revenus ne sont imposables que dans l'État du domicile fiscal de la personne.

S'agissant plus particulièrement des plus-values immobilières, l'article 3, § 4, *in fine* de la convention, stipule qu'elles sont imposables dans l'État où sont situés les biens immobiliers. Les plus-values mobilières ne sont visées par aucun des articles 3 à 17 et devraient donc relever de la clause balai : elles ne seraient donc imposables que dans l'État du domicile du cédant.

Au regard de ces éléments, la question de savoir si les titres de société à prépondérance immobilière constituent des biens mobiliers ou immobiliers revêt donc une importance capitale : s'il s'agit de biens mobiliers, leur cession ne serait imposable que dans l'État du domicile du cédant (art. 18), si elles sont qualifiées de biens immobiliers, elle serait imposable en France que le cédant soit résident de France ou de Belgique (art. 3).

À cet égard, l'article 3, § 2, de la convention stipule selon une formule habituelle des conventions fiscales que « la notion de bien immobilier se détermine d'après les lois de l'État contractant où est situé le bien immobilier ». L'article 22 précise que « tout terme non spécialement défini dans la présente Convention aura, à moins que le contexte n'exige une autre interprétation, la signification que lui attribue la législation régissant, dans chaque État contractant, les impôts faisant l'objet de la Convention ».

La convention dispose par ailleurs d'un protocole final, lequel stipule à son § 2 que « l'article 15, paragraphe 1, ne s'oppose pas à ce que la France, conformément aux dispositions de sa loi interne, consi-

dère comme des biens immobiliers, au sens de l'article 3 de la Convention, les droits sociaux possédés par les associés ou actionnaires des sociétés qui ont, en fait, pour unique objet, soit la construction ou l'acquisition d'immeubles ou de groupes d'immeubles en vue de leur division par fractions destinées à être attribuées à leurs membres en propriété ou en jouissance, soit la gestion de ces immeubles ou groupes d'immeubles ainsi divisés. La Belgique pourra toutefois imposer, dans les limites fixées aux articles 15, paragraphes 1 et 2, et 19-A, paragraphe 1, les revenus tirés par des résidents de la Belgique de droits sociaux représentés par des actions ou parts dans lesdites sociétés résidentes de la France ».

3. L'interprétation faite par l'Administration

Selon l'administration fiscale (BOI-INT-CVB-BEL-10-10-20120912, § 110 *et s.*), « par biens immobiliers entrant dans le champ d'application de l'article 3, il faut entendre d'une manière générale, ainsi que le précise le paragraphe 2 de cet article, tous les biens auxquels ce caractère est reconnu par « les lois de l'État contractant ». Eu égard à sa généralité, cette expression doit être interprétée comme comprenant aussi bien le droit fiscal que le droit civil ».

Le protocole final est également visé par l'Administration, celle-ci indiquant que son paragraphe 2 stipule en ce qui concerne la France, que « doivent, conformément aux dispositions de la loi interne, être considérés comme des biens immobiliers, au sens de l'article 3 sus-visé de la convention, les droits sociaux possédés par les associés ou actionnaires des sociétés qui ont, en fait, pour unique objet, soit la construction ou l'acquisition d'immeubles ou de groupes d'immeubles en vue de leur division par fractions destinées à être attribuées à leurs membres en propriété ou en jouissance, soit la gestion de ces immeubles ou groupes d'immeubles ainsi divisés. Il s'agit en fait des droits détenus dans les sociétés immobilières dotées de la transparence fiscale en vertu de l'article 1655 ter du Code général des impôts ».

Mais l'Administration y ajoute par ailleurs au n° 130, que « Le paragraphe 2 du protocole susvisé n'ayant pas un caractère limitatif, il convient de considérer que le même caractère doit être reconnu aux droits détenus dans des sociétés dont l'actif est constitué principalement par des terrains à bâtir ou des biens assimilés, **ainsi qu'aux droits détenus dans des sociétés civiles immobilières de toute nature non régies par l'article 1655 ter du CGI et dont le patrimoine est composé essentiellement par des immeubles autres que des terrains à usage agricole ou forestier** ».

C'est ce paragraphe 130 du BOFiP dont monsieur B demandait l'annulation pour excès de pouvoir.

4. La décision du Conseil d'État

Aux termes de la décision rendue par le Conseil d'État le 24 février 2020, « pour déterminer la notion de bien immobilier au sens et pour l'application de la dernière phrase du paragraphe 4 de l'article 3 de la Convention, il convient, conformément aux stipulations de cet article, de se référer aux lois de l'État contractant où est situé le bien considéré, et ainsi qu'il est prévu à l'article 22, de retenir, à moins que le contexte n'exige une autre interprétation, la signification que lui attribue la législation régissant, dans chaque État contractant, les impôts faisant l'objet de la Convention. **Sont dépourvus d'incidence à cet égard, les stipulations du paragraphe 2 du protocole final de cette Convention, qui ont pour unique objet de qualifier de biens immobiliers, au sens de la Convention, les parts de**

sociétés relevant de l'article 1655 ter du Code général des impôts ».

Par ailleurs, le Conseil d'État précise que « l'article 244 bis A du code général des impôts, applicable aux plus-values immobilières réalisées par les personnes physiques qui ne sont pas fiscalement domiciliées en France au sens de l'article 4 B, soumet à ce régime les plus-values que ces personnes réalisent lors de la cession de parts qu'elles détiennent dans les sociétés ou organismes, quelle qu'en soit la forme, dont l'actif est principalement constitué, directement ou indirectement, de biens ou droits immobiliers. **La loi fiscale assimile ainsi à des biens immobiliers, notamment, les parts des sociétés civiles à prépondérance immobilière, lors de leur aliénation par une personne qui n'est pas fiscalement domiciliée en France ».**

Il en déduit que « **le paragraphe 130 des commentaires en litige n'a pas retenu une inexacte interprétation des stipulations de la dernière phrase du paragraphe 4 de l'article 3 de la convention du 10 mars 1964** » et en conséquence considère que monsieur A n'était pas fondé à demander l'annulation des commentaires du BOFIP.

Nous pouvons donc retenir au moins deux enseignements de cette décision :

L'exclusion des parts de sociétés semi-transparentes du champ du protocole additionnel. – La qualification fiscale des parts de sociétés transparentes apparaissait suffisamment incertaine pour que la France et la Belgique prennent le soin de clarifier leur traitement au sens conventionnel.

La question de la qualification mobilière ou immobilière, au sens conventionnel, des parts de société civile semi-transparentes présente autant, sinon plus encore, d'incertitudes.

Cependant, le Conseil d'État rappelle que ce protocole additionnel ne peut être interprété de manière extensive, comme le soutenait l'administration fiscale. Son champ d'application ne peut ainsi être étendu aux parts de sociétés semi-transparentes pour qualifier celles-ci d'immeubles au sens conventionnel. Il convient en effet de rappeler que la législation fiscale est d'interprétation stricte.

A *contrario*, dès lors que le protocole additionnel se limite à qualifier de biens immobiliers les seules parts de sociétés transparentes, il aurait pu être soutenu que les parts de sociétés civiles semi-transparentes à prépondérance immobilière en France, non couvertes par ce protocole, ne constitueraient donc pas des immeubles au sens de la convention. On ne voit en effet pas pourquoi la France et la Belgique auraient restreint ce protocole final aux sociétés transparentes, si leur volonté était que les parts de ces sociétés semi-transparentes à prépondérance immobilière en France soient qualifiées de biens immobiliers.

Ce comparatif avait d'ailleurs été retenu par l'avocat général à l'occasion de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 2 octobre 2015, relatif à la qualification mobilière ou immobilière de parts de société monégasque à prépondérance immobilière en France dans le cadre de l'application de la convention franco-monégasque en matière d'impôt sur les successions (*Cass. ass. plén., 2 oct. 2015, n° 14-14.256 : JurisData n° 2015-021601* : « Les parts de sociétés à prépondérance immobilières sont des meubles » : *Bulletin du Patrimoine*, 6/2015, n° 204, *comm. B. Gouthière* ; *RFP 2015, comm. 21, note M. Michel* ; *Dr. fisc. 2015, n° 45, art. 679, note Chr. Laroche*).

Cette convention ne prévoit pas de définition spécifique des biens immobiliers et se contente de renvoyer au droit interne de l'État de situation du bien. À l'occasion d'un échange de lettres (*Échange de lettres*, 16 juill. 1979. – *BOI 7 G-3-79, non repris au BOFIP*), la France et Monaco ont précisé que les parts de sociétés transparentes doivent

être assimilées à des immeubles pour l'application des dispositions de la convention.

L'avocat général indique que cet échange de lettres, même s'il n'a pas de caractère normatif, « fournit néanmoins une approche intéressante qu'il n'est pas interdit au juge de prendre en compte pour forger sa propre conviction ». Il y précise que pour les sociétés d'attribution, il peut être considéré que du fait de leur transparence fiscale il n'y a pas de différence véritable entre l'immeuble et la personne juridique qui la possède, justifiant ainsi leur qualification immobilière au sens des conventions.

L'avocat rappelle que tel n'est pas le cas de la société monégasque en question, laquelle « ne se confond pas avec les immeubles dont elle est propriétaire mais a une existence en dehors de chacun d'eux », tout comme les sociétés semi-transparentes françaises. Celui-ci ne déduit pas immédiatement de cet échange de lettres que les sociétés non transparentes à prépondérance immobilière en France ne sont pas des immeubles, mais il met en lumière que cette clarification entre la France et Monaco sur les sociétés transparentes est un élément devant être pris en compte pour la qualification des titres de sociétés civiles semi-transparentes.

La question n'a pas été posée en ces termes au Conseil d'État dans cette affaire. Le Conseil d'État refuse l'annulation de la doctrine administrative, non pas sur le fondement d'une bonne interprétation du protocole additionnel, mais parce que cette doctrine interprète correctement, selon le Conseil d'État, la convention elle-même et notamment son article 3, ce qui revient à accepter par renvoi au droit interne français l'assimilation des parts de sociétés à prépondérance immobilière en France à des biens immobiliers.

L'extension de la qualification de biens immobiliers aux titres de sociétés à prépondérance immobilière semi-transparentes. – Ainsi, après avoir relevé que les parts de sociétés semi-transparentes à prépondérance immobilière en France ne relevaient pas du paragraphe 2 du protocole final, le Conseil d'État s'est interrogé sur le bien-fondé de l'imposition à laquelle monsieur B a été soumis.

La question revenait alors à déterminer si, au sens conventionnel et indépendamment du protocole final, les parts de sociétés civiles semi-transparentes (et plus généralement les titres de sociétés à prépondérance immobilière) relevaient de la qualification de biens immobiliers visée à l'article 4 ou de la clause balai.

Sur ce point, le Conseil d'État rappelle que cette qualification se détermine d'après les lois de l'État contractant où est situé le bien considéré, soit en l'espèce la loi française ; et que par application de l'article 22 de la convention, ces « lois » considérées sont « les lois régissant les impôts », soient les lois fiscales.

La question se plaçait dès lors sur la qualification mobilière ou immobilière des titres de société à prépondérance immobilière au regard de la loi fiscale française. Ce débat porte tant sur la méthode à retenir que sur la définition fiscale interne.

La méthode de qualification. – S'agissant tout d'abord de la méthode, il convient de rappeler que les plus-values de cession de titres de sociétés à prépondérance immobilière relèvent de dispositions différentes selon que le cédant est résident de France ou non-résident. Les conclusions de la rapporteure publique soulevaient deux méthodes pour qualifier, au sens du droit fiscal français, la cession de ces titres.

Méthode n° 1 : qualification au regard des dispositions applicables aux résidents français (CGI, art. 150 UB, 150-0A et s.)

Une première méthode consiste à se référer d'abord aux dispositions prévues pour les résidents pour déterminer la nature mobilière ou immobilière de ces actifs.

Dans cette hypothèse, il convient de qualifier la plus-value réalisée par les associés, résidents français, cédant des parts de société civile semi-transparentes, compte tenu des dispositions applicables aux résidents français (*CGI, art. 150 UB* pour les personnes non soumises à l'impôt sur les sociétés, articles 150-0 A et suivants pour les personnes soumises à l'impôt sur les sociétés).

Si, au regard de ces dispositions applicables dans un contexte franco-français, les cessions de titres de société à prépondérance immobilière génèrent une plus-value qualifiée d'immobilière, alors cette même qualification doit être retenue au sens de la convention fiscale, conduisant à une imposition en France de cette plus-value.

Cette méthode a été appliquée par le tribunal administratif de Montreuil dans un jugement du 7 juin 2019 (*TA Montreuil, 7 juin 2019, n° 1705505 : JurisData n° 2019-024865 ; RJF 1/20, n° 57, concl. G. Thobaty*) impliquant une société belge (relevant du régime de l'impôt sur les sociétés), laquelle avait procédé à la cession de parts d'une société civile immobilière soumise à l'impôt sur les sociétés. Aux termes de ce jugement, le tribunal, constatant qu'« à l'égard des contribuables résidant en France, les plus-values résultant de la cession de parts sociales de société immobilières assujetties à l'impôt sur les sociétés sont soumises au régime d'imposition des plus-values mobilières », elles « ne constituent donc pas des immeubles au sens du droit fiscal français ».

Dans deux décisions précédentes (*TA Montreuil, 17 avr. 2017, n° 1701414. – TA Montreuil, 26 juin 2018, n° 1703431*), le tribunal administratif de Montreuil a, pour des associés non-résidents non soumis à l'impôt sur les sociétés, considéré que la cession des titres de sociétés à prépondérance immobilière génèrait une plus-value immobilière imposable en France.

Cette méthode conduit donc à distinguer entre :

- les associés de sociétés civiles immobilières soumises à l'impôt sur les sociétés pour lesquels les plus-values de cession de titres de sociétés à prépondérance immobilière constituent des plus-values mobilières, et dont l'imposition est réservée à la Belgique au sens de la convention ;

- et les associés de sociétés civiles immobilières non soumises à l'impôt sur les sociétés pour lesquels ces plus-values sont de nature immobilière et par conséquent imposables en France au sens de ladite convention.

Méthode n° 2 : qualification au regard des dispositions applicables aux non-résidents français (CGI, art. 244 bis A)

Une seconde méthode consiste à qualifier la plus-value au regard des dispositions effectivement applicables au cédant, soit celles de l'article 244 bis A du CGI.

Cet article prévoit plusieurs modalités d'imposition :

- pour les associés soumis à l'impôt sur les sociétés (*CGI, art. 244 bis A, III*), il convient de distinguer :

- pour les personnes morales résidentes d'un État membre de l'Union européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen (EEE) ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales et n'étant pas non coopératif au sens de l'article 238-0 A du CGI, le prélèvement sur la plus-value est déterminé selon les règles d'assiette et de taux prévues en matière d'impôt sur les sociétés dans les mêmes conditions que celles applicables à la date de la cession aux personnes morales résidentes de France,

- dans les autres cas, l'article 244 bis A prévoit un prélèvement spécifique (imposition de la plus-value déterminée par différence entre, d'une part, le prix de cession du bien et, d'autre part, son prix

d'acquisition, diminué pour les immeubles bâtis d'une somme égale à 2 % de son montant par année entière de détention) ;

- pour les associés soumis à l'impôt sur le revenu : il est renvoyé au régime applicable aux résidents français (renvoi au I et aux 2° à 9° du II de l'article 150 U, aux II et III de l'article 150 UB et aux articles 150 V à 150 VD par le II 1° de l'article 244 bis A du CGI).

C'est cette seconde méthode que le Conseil d'État semble suivre dans la mesure où il se contente de viser les dispositions de l'article 244 bis A du CGI, sans évoquer l'article 150 UB du CGI applicables aux résidents.

Selon le Conseil d'État, la qualification de biens immobiliers doit donc se faire au regard des règles effectivement applicables au contribuable, soit en l'espèce les dispositions spécifiques de l'article 244 bis A du CGI relatives au prélèvement sur les plus-values réalisées par les non-résidents.

Mais l'impact entre l'une ou l'autre des méthodes apparaît limité : par le renvoi effectué par l'article 244 bis A du CGI aux dispositions du droit commun applicable aux résidents, la qualification apparaît identique pour les associés soumis à l'impôt sur le revenu et les associés personnes morales résidentes d'un État membre de l'Union européenne ou de l'EEE répondant aux critères présentés ci-dessus.

En conséquence, l'enjeu de cette qualification ne devrait donc concerner que les associés personnes morales ne répondant pas à ces critères (société résidant hors de l'Union européenne ou de l'EEE notamment).

Une qualification immobilière au regard des dispositions l'article 244 bis A du CGI. – Selon le Conseil d'État, « L'article 244 bis A du code général des impôts, applicable aux plus-values immobilières réalisées par les personnes physiques qui ne sont pas fiscalement domiciliées en France au sens de l'article 4 B, soumet à ce régime les plus-values que ces personnes réalisent lors de la cession de parts qu'elles détiennent dans les sociétés ou organismes, quelle qu'en soit la forme, dont l'actif est principalement constitué, directement ou indirectement, de biens ou droits immobiliers ». Il en déduit que « La loi fiscale assimile ainsi à des biens immobiliers, notamment, les parts des sociétés civiles à prépondérance immobilière, lors de leur aliénation par une personne qui n'est pas fiscalement domiciliée en France ».

À première vue, le raisonnement du Conseil d'État apparaît séduisant : il constate tout d'abord que les plus-values réalisées par des non-résidents lors de la cession de titres de sociétés à prépondérance immobilière relèvent de l'article 244 bis A du CGI. Cet article étant applicable aux plus-values immobilières des non-résidents, le Conseil d'État en déduit que les titres de ces sociétés sont fiscalement assimilés à des immeubles et leur cession est dès lors imposable en France au sens de la convention.

Cette qualification immobilière n'était pourtant pas aussi évidente que la concision de la formule du Conseil d'État pourrait le laisser penser.

Interrogée sur cette question dans l'arrêt précité (*Cass. ass. plén., 2 oct. 2015, n° 14-14.256, préc.*), la Cour de cassation a pris une position strictement opposée.

L'avis de l'avocat général dans cette affaire apporte de nouveau un éclairage particulier : celui-ci commence par rappeler qu'en application de l'article 750 ter, 2°, les titres de société à prépondérance immobilière en France entrent dans le champ des droits français de succession. Puis, constatant que les dispositions de la convention accordent le droit d'imposer à l'État de situation des biens immobiliers (1) et que la question de la qualification immobilière doit s'entendre au sens du droit interne de l'État où est situé le bien

immobilier (2), l'avocat en déduit qu'il ne s'agit plus ici de vérifier la taxabilité de la mutation (ce qui ne faisait aucun doute) mais le caractère immobilier des titres de la société à prépondérance immobilière.

À cet égard, il précise qu'« il faut d'abord observer qu'à aucun moment le législateur français n'a employé le terme d'immeuble ou de droit immobilier à propos des parts de SCI, il s'est contenté de qualifier de françaises les parts de SCI étrangères qui répondent aux critères qu'il énonce. Or, ce qui est suffisant au regard du droit interne, ne l'est pas au regard de la convention » (l'avocat général vise ici les sociétés civiles immobilières. À notre sens, il s'agit d'une imprécision et ces développements concernent en réalité les titres de société à prépondérance immobilière).

Autrement dit pour être qualifiée d'immeuble au sens des conventions fiscales, il ne suffit pas que les parts de société à prépondérance immobilière en France entrent dans le champ d'application de l'impôt français de succession (quand bien même le seul élément de rattachement avec la France serait la prépondérance immobilière de ces sociétés), encore faut-il qu'elles soient effectivement qualifiées d'immeubles au sens des dispositions fiscales internes.

Il poursuit en précisant que « si le législateur français a décidé que la mutation à titre gratuit de sociétés [étrangères à prépondérance immobilière en France] devait être imposée en France dès lors que leur actif est majoritairement constitué d'immeubles situés en France, il n'en a pas, pour autant, fait des biens immobiliers ». Il ajoute enfin qu'« au demeurant, si les parts de « SPI » relevaient de la nature de la rubrique « immeubles et droits immobiliers » les conventions les plus récentes (avec l'Allemagne, l'Italie...) n'auraient pas eu besoin de le préciser expressément ». Il en déduit que les parts de sociétés civiles, même à prépondérance immobilière en France n'ont pas le caractère de biens immobiliers au sens conventionnel.

Aux termes de sa décision, la Cour de cassation approuve cette analyse et décide que « les parts de société monégasque constituaient des biens incorporels de nature mobilière et qu'au regard de la Convention franco-monégasque [...] [les parts de la société concernée] relevai[en]t de l'article 6, qui vise les actions ou parts sociales [...] et non de l'article 2, qui concerne les immeubles et droits immobiliers ».

En suivant cette méthode, le raisonnement du Conseil d'État apparaît plus discutable : certes l'article 244 bis A du CGI, par renvoi à l'article 164 B du même code, institue un prélèvement portant notamment sur les plus-values relatives à des biens immobiliers. Mais cela ne signifie pas pour autant que toutes les plus-values visées par ces articles portent sur des biens immobiliers. À aucun moment en effet ces articles ne qualifient les titres de sociétés à prépondérance immobilière d'actifs « immobiliers » ; ils se contentent de qualifier leur cession de « revenus de source française ».

Ainsi, assimiler les titres de sociétés à prépondérance immobilière à des biens immobiliers du seul fait que les dispositions fiscales applicables à leur cession par des non-résidents se trouvent codifiées au même article que celles relatives à la cession de biens immobiliers n'apparaît plus si évident.

La politique française actuelle de renégociation des conventions, ainsi que la modification du modèle de convention fiscale OCDE tendent de plus en plus vers une imposition en France des titres de sociétés à prépondérance immobilière.

Mais de deux choses l'une :

– soit la convention fiscale prévoit expressément une disposition relative aux parts de société à prépondérance immobilière (ce qui

n'est pas le cas de la convention franco-belge) et dans ce cas le droit d'imposition de la France est incontestable ;

– soit la convention ne contient pas de dispositions spécifiques : dans ce cas, de sérieux doutes existaient quant à la possibilité pour la France d'imposer les titres de sociétés à prépondérance immobilière et en particulier les parts de sociétés semi-transparentes (ou en l'espèce la plus-value dégagée lors de leur cession).

La décision du Conseil d'État est donc doublement regrettable : en premier lieu car elle entraîne une divergence de jurisprudence avec l'analyse faite par la Cour de cassation ; et en second lieu car en présence d'un doute sur une qualification, celui-ci devrait toujours profiter au contribuable.

5. Portée de la décision

Cette décision constitue un nouveau coup porté aux sociétés civiles dans le contexte franco-belge : la plus-value de cession par des résidents belges, personnes physiques, de parts de telles sociétés détenant principalement des biens immobiliers en France, devrait désormais être imposable en France.

Il en résulte une révision indirecte et unilatérale des stipulations conventionnelles. Cette décision aura ainsi un impact important dans le cadre du processus de renégociation de la convention, en cours depuis de nombreuses années. Il ne fait en effet nul doute que l'un des points d'attention du côté français est d'inclure une clause relative aux parts de société à prépondérance immobilière.

Cette décision doit être appréciée à la lumière d'un autre jugement rendu par la Cour de cassation belge le 29 septembre 2016 (*Cass. b., 29 sept. 2016, n° F.14.0006.F. « La société civile immobilière française et la fiscalité belge : revirement de jurisprudence en Belgique » : Dr. fisc. 2016, n° 45, act. 619*), lequel visait l'hypothèse de la cession d'un bien immobilier français par une société civile semi-transparente à prépondérance immobilière en France dont les associés étaient résidents belges. La Cour a jugé que les dispositions de la convention n'empêchaient pas la Belgique d'imposer les revenus attribués par les sociétés civiles semi-transparentes au profit de leurs associés résidents belges, peu important que ce versement aux associés ne soit pas imposable en France.

Les résidents belges, non soumis à l'impôt sur les sociétés, détenteurs de parts de sociétés civiles semi-transparentes à prépondérance immobilière en France se trouvent donc dans une situation peu confortable :

En cas de cession de leurs parts : l'administration fiscale française considérera que le prélèvement prévu à l'article 244 bis A du CGI sera dû. Le risque de double imposition devrait cependant être limité dans la mesure où ce type de cession n'est généralement pas imposable en Belgique (les plus-values réalisées dans le cadre de la gestion normale du patrimoine ne sont pas soumises à imposition en Belgique).

En cas de cession de l'immobilier : la France imposera la plus-value réalisée par la société, puis la Belgique imposera l'associé au précompte mobilier (30 %) en cas de distribution par celle-ci. Il n'y aura donc pas de double imposition au sens juridique (la France imposant la plus-value immobilière, la Belgique une distribution de dividendes) : il n'en demeure pas moins que les associés seront soumis à une double imposition économique.

Pour les sociétés cédantes, soumises à l'impôt sur les sociétés, puisqu'elles sont résidentes d'un État membre de l'Union européenne, la plus-value de cession des titres serait imposable selon les mêmes règles que celles applicables aux sociétés françaises. Mais le Conseil d'État ne s'est pas prononcé sur la nature mobilière ou

immobilière d'une telle cession de titres de sociétés à prépondérance immobilière par une société soumise à l'impôt sur les sociétés :

– selon l'analyse suivie par le tribunal administratif de Montreuil, cette plus-value relèverait de la qualification mobilière. Elle ne serait donc imposable qu'en Belgique, ce qui écarterait tout risque de double imposition ;

– mais dans le cas où cette plus-value serait qualifiée d'immobilière, un risque de double imposition existe dans la mesure où il n'est pas certain que l'administration belge accorderait à cette cession le bénéfice du régime mère-fille (1) ou du dispositif d'imputation prévu par la convention (du point de vue belge, cette cession pourrait en effet être considérée comme une plus-value mobilière relevant de l'article 8, ce qui conduirait à une imposition exclusive en Belgique, sans imputation possible de l'impôt français) (2).

Cela devrait donc freiner les résidents belges de structurer leurs investissements immobiliers par le biais de société civile semi-transparente, du moins dans l'attente de la renégociation de la convention, laquelle pourrait apporter une clarification opportune de la situation.

L'option pour l'imposition de la société civile française à l'impôt sur les sociétés pourrait ainsi apparaître comme une solution adéquate notamment pour les investissements locatifs :

– pour les particuliers : l'option IS permettra d'éviter la double imposition économique (plus-value immobilière française + pré-compte mobilier belge) en cas de cession de l'immobilier sous-jacent. La cession des parts pourrait être imposable en France (en tant que cession de titres de sociétés à prépondérance immobilière), mais serait dans la plupart des cas exonérée en Belgique ;

– pour les associés soumis à l'impôt sur les sociétés : cela permettra de sécuriser l'application du régime mère-fille tant au niveau des revenus locatifs que lors de la cession des parts ou de l'immobilier sous-jacent.

Cette décision ne devrait, à notre sens, pas être transposable à toutes les autres conventions : en premier lieu, ne seront pas affectées celles pour lesquelles une clause spécifique est prévue pour les titres de société à prépondérance immobilière, ni celles renvoyant toujours aux définitions civiles du droit interne pour la qualification des termes non définis (modèle OCDE antérieur à la réforme de 1995).

De même, les conventions en matière d'impôt sur les donations/successions ne devraient pas être affectées : cette matière relève en effet de la compétence de la Cour de cassation, laquelle rappelons-le de nouveau, considère que les titres de sociétés à prépondérance immobilière (à l'exception des sociétés totalement transparentes) ne constituent pas, sauf disposition spécifique, des biens immobiliers.