

2/24



Revue
de droit privé et fiscal
du patrimoine

Éditée par
le Centre de droit notarial
(Faculté de droit de l'Université de Lausanne)

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



not@lex

Table des matières



Article de fond I

p. 41

Opposabilité d'une clause d'arbitrage inscrite dans un règlement d'utilisation et d'administration de la communauté des propriétaires d'étages

Nicolas Saviaux, docteur en droit, avocat au barreau, Lausanne



Article de fond II

p. 54

Conditions de transfert de propriété en matière immobilière : quand le droit public fédéral vient compléter les exigences posées par le droit privé (aspects relatifs à la LPE et à la LIFD)

Alexandre Alvarez, juriste, Office du registre foncier du canton de Genève



Article de fond III

p. 69

Une maladie franco-suisse : la détention d'une société civile immobilière de droit français (SCI) par un résident suisse

Olivier Vergniolle, avocat au barreau de Paris, Arsene Taxand, associé

Antoine-Louis Peuvret, avocat au barreau de Paris, Arsene Taxand, collaborateur

Jean-Philippe Krafft, avocat, chargé de cours à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne



Tribunaux

p. 76

Chronique de jurisprudence civile

Bastien Verrey, chargé de cours à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne

Denis Piotet, professeur honoraire à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne

José-Miguel Rubido, professeur associé à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne

Margaux Bonnard, assistante diplômée au Centre de droit notarial de la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne

Une maladie franco-suisse : la détention d'une société civile immobilière de droit français (SCI) par un résident suisse

Olivier Vergniolle, avocat au barreau de Paris, Arsene Taxand, associé
Antoine-Louis Peuvret, avocat au barreau de Paris, Arsene Taxand, collaborateur
Jean-Philippe Krafft, avocat, chargé de cours à la Faculté de droit,
des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne

Pour les non-résidents français, détenir un immeuble en France au travers d'une SCI est décemment synonyme de sueurs froides fiscales. La cause de ces symptômes a un nom : la semi-transparence fiscale des SCI en France et les difficultés d'appréhension que ceci engendre du côté suisse. Cette affection, relativement bénigne pour qui reste sur le territoire hexagonal, peut engendrer de sévères complications chez celui qui la contracte hors de France, et en particulier en Suisse.

Bei nicht in Frankreich Ansässigen kann der Besitz eines Grundstücks in Frankreich durch eine Privatimmobiliengesellschaft (société civile immobilière, SCI) gleichbedeutend sein mit steuerrechtlichem kaltem Angstschweiss. Dessen Ursache ist die sogenannte steuerrechtliche Halb-Transparenz dieser Immobiliengesellschaften in Frankreich und die Schwierigkeiten, die deren Erfassung auf der schweizerischen Seite erzeugt. Solange man auf französischem Gebiet bleibt, ist dieser Zustand relativ harmlos. Sobald man aber die französischen Grenzen überschreitet, kann es zu schweren Komplikationen kommen. Dies gilt insbesondere für die Schweiz.

Table des matières

I. Introduction

A. Résumé de l'arrêt du 13 décembre 2022

B. La qualification des titres de SCI comme valeur mobilière : un foyer de contagion aux doubles impositions ?

1. En matière d'IFI : un risque de double imposition économique
2. En matière d'impôt sur le revenu : la cession directe de l'immeuble est a priori à éviter

C. Ces risques s'ajoutent à une double imposition déjà présente en cas de succession

D. Quels sont les remèdes ?

II. Conclusions

I. Introduction

Pour bien la comprendre, posons un bref diagnostic : en droit français, la semi-transparence fiscale est un régime hybride dans lequel une société dispose d'une personnalité juridique mais voit ses bénéficiaires non pas imposés à son nom mais à celui de ses associés. Le droit fiscal français s'est construit autour de ce régime de semi-transparence et a pu se doter de dispositifs fiscaux aménageant cette dichotomie. Le problème vient du fait que la plupart des Etats ne connaissent en principe que les régimes soit d'opacité fiscale, dans lesquels la société dispose d'une personnalité juridique et fiscale distincte de celle



de ses associés, soit de transparence fiscale totale dans lesquels la société, dépourvue de personnalité juridique, est également réputée ne pas exister fiscalement. La semi-transparence (ou semi-opacité, selon le point de vue) n'est en général que l'exception. Cette différence d'approche entre les Etats peut naturellement conduire à des situations de double imposition si un Etat considère qu'un revenu a été fiscalement perçu par l'associé, tandis que l'autre Etat considère que le revenu est fiscalement perçu par la société. Cette problématique, somme toute assez courante en droit fiscal international en particulier dans les relations avec le système fiscal américain, se retrouve ici dans les relations franco-suisse dans le contexte des SCI.

Facteur aggravant pour les résidents fiscaux suisses, l'absence de convention fiscale franco-suisse sur les successions depuis sa dénonciation en 2014 permet aux deux Etats d'imposer les successions selon leur propre droit fiscal national. Ainsi, un résident fiscal français non apparenté héritant d'un compte bancaire français d'un *de cujus* résident fiscal genevois serait imposé à 114% sur la valeur du compte (54% par la Suisse et 60% par la France).

Or, de très nombreux résidents suisses détiennent un patrimoine immobilier en France par l'intermédiaire de SCI, précisément du fait du régime fiscal favorable qui leur était réservé dans l'ancienne convention fiscale franco-suisse sur les successions. En effet, sous le régime de celle-ci, les parts de SCI étaient considérées comme des valeurs mobilières, interdisant à la France de les assimiler à des valeurs immobilières pour les besoins de l'impôt sur les successions.

Un arrêt récent du Tribunal Fédéral (TF) du 13 décembre 2022 (2C_365/2021), qui a déjà fait couler beaucoup d'encre, cristallise les difficultés engendrées par le caractère semi-transparent des SCI. Cet arrêt ne concerne au premier abord que l'impôt sur la fortune mais pourrait, compte tenu des motifs de la décision, avoir des répercussions fiscales suffisamment nuisibles sur la fiscalité des SCI pour qu'il convienne de s'interroger sérieusement sur la pertinence de ce mode de détention d'immobilier pour les résidents suisses.

A. Résumé de l'arrêt du 13 décembre 2022

Les faits de l'espèce étaient les suivants: une contribuable domiciliée dans le canton de Vaud détenait 99% des droits dans une SCI de droit français, propriétaire de deux immeubles situés en France d'une valeur d'environ 1 million de francs suisses, soit moins de 1,3 millions d'euros qui correspond au seuil de déclenchement de l'impôt sur la fortune immobilière (IFI) en France. L'administration cantonale vaudoise a considéré que la valeur des titres de la SCI était imposable à l'impôt sur la fortune en tant que fortune mobilière, ce qu'a confirmé le Tribunal cantonal du canton de Vaud sur recours de la contribuable (arrêt du 1^{er} avril 2021, FI.2020.0109), au motif que la SCI devait être assimilée en droit suisse à une personne morale. La contribuable soutenait quant à elle que la SCI devait être considérée comme transparente fiscalement, impliquant la seule prise en compte des actifs immobiliers étrangers détenus par la SCI pour la détermination du taux d'imposition à l'impôt sur la fortune au titre de la fortune immobilière étrangère.

Le TF confirme l'arrêt rendu par le Tribunal cantonal par un raisonnement en deux étapes, examinant d'abord s'il existe en droit interne suisse une base légale suffisante pour imposer les titres de la SCI à l'impôt sur la fortune suisse, puis en vérifiant si ce droit d'imposition n'est pas limité par la Convention fiscale franco-suisse en vue de

limiter les doubles impositions en matière d'impôt sur le revenu et sur la fortune le fameux « effet négatif » des conventions fiscales selon le modèle de l'OCDE.

Du point de vue du droit interne suisse, le TF conclut qu'il existe un droit d'imposer dès lors que la SCI est considérée en droit suisse et en droit français comme une personne morale, peu importe sa transparence fiscale en France. La participation de la recourante dans la SCI devrait en conséquence être considérée en droit fiscal interne suisse comme un élément de la fortune mobilière soumise à l'impôt sur la fortune des résidents assujettis de manière illimitée en Suisse. Du point de vue du droit conventionnel, le TF se réfère à l'article 24 § 2 de la Convention franco-suisse qui prévoit que les parts dans une société dont l'actif est principalement constitué de biens immobiliers sont imposables au lieu de situation de ces biens, au cas particulier en France. Il relève toutefois qu'en vertu de l'article 25 B § 1 de la Convention, l'exemption d'impôt suisse sur les revenus ou la fortune imposée en France conformément aux dispositions de la convention ne s'applique qu'après justification de l'imposition de ces revenus, gains en capital ou éléments de fortune en France. Cette clause s'interprétant d'après le TF comme une « clause d'imposition effective », la Suisse retrouve son droit d'imposer le revenu ou la fortune prévu dans son droit interne dès lors que la France n'exerce pas effectivement le droit d'imposer autorisé par la Convention. Or, le TF relève que compte tenu de la valeur des immeubles en question, inférieure au seuil d'imposition de l'impôt sur la fortune français de 1,3 millions d'euros, les parts de la SCI n'ont pas fait l'objet d'une imposition en France. En conséquence, l'exonération n'est pas applicable et le canton de Vaud est dès lors autorisé à imposer la SCI à l'impôt sur la fortune sur la base du droit interne Suisse.

Par cet arrêt, très défavorable aux contribuables suisses, le TF se prononce pour la première fois sur la nature des parts de SCI dans un contexte d'impôt sur la fortune.

Jusqu'ici, les cantons, dont le canton de Genève, peinaient à appréhender de telles situations mais avaient tendance à considérer que les parts de SCI étaient par transparence des biens immobiliers exclus de l'impôt sur la fortune (sous réserve de leur prise en compte dans la progressivité du taux d'imposition).

Résulte de l'arrêt du TF que, désormais, tout titre de SCI française détenu par un résident suisse qui n'est pas, en raison de la valeur de son patrimoine, assujetti à l'impôt sur la fortune immobilière en France, pourra être imposé à l'impôt sur la fortune en Suisse au titre de la fortune mobilière.

Pourtant, c'est surtout par les incertitudes dont l'arrêt est porteur que la détention de titres de SCI pourrait devenir un calvaire fiscal pour les résidents suisses. En effet, qualifier ces titres de valeurs mobilières au seul motif que la SCI a la personnalité morale relève d'une conception strictement opaque de la SCI qui pourrait engendrer des situations de double imposition dépassant le cadre de l'impôt sur la fortune.

B. La qualification des titres de SCI comme valeur mobilière : un foyer de contagion aux doubles impositions ?

1. En matière d'IFI : un risque de double imposition économique

Dans le cas où les titres de la SCI seraient bien imposables à l'IFI en France, l'approche opaque du TF pourrait avoir des conséquences inattendues liées au mode de financement de la SCI, par exemple lorsque celle-ci est financée par apport en compte courant de l'associé résident suisse. En effet, dans cette hypothèse, une approche opaque conduira, en Suisse, à considérer cet apport en compte courant comme une créance de l'associé



imposable à l'impôt sur la fortune mobilière suisse, tandis qu'en France cet apport en compte courant ne sera pas nécessairement pris en compte comme une dette déductible de la valeur des titres pour les besoins de l'IFI¹. En résulterait une double imposition économique liée à l'imposition en Suisse / non-déduction en France de cet apport. Ainsi, la même substance économique serait qualifiée d'immobilière en France et de créance contre une personne morale étrangère en Suisse.

2. En matière d'impôt sur le revenu : la cession directe de l'immeuble est a priori à éviter

C'est notamment dans le cas, où la SCI cède l'immeuble à son actif que le risque de double imposition pourrait se matérialiser.

Dans cette hypothèse, la plus-value immobilière réalisée par la SCI serait imposable en France² au nom de l'associé, ce qui est naturel s'agissant d'une cession d'un bien localisé en France détenu par une personne morale française. En revanche, lors de la distribution du produit de cession par la SCI à ses associés résidents suisses, la conception opaque du TF pourrait conduire à considérer cette distribution non plus comme un gain en capital issu d'une vente immobilière, mais comme un dividende imposable en Suisse et sur lequel la possibilité d'imputer l'impôt déjà payé en France serait incertaine. Cette conception opaque est celle retenue par d'autres pays, en particulier la Belgique³ ou le Royaume-Uni⁴. Certes, le droit fiscal suisse prévoit que les dividendes, les parts de bénéfice, les excédents de liquidations et les avantages appréciables en argent provenant d'actions, de part à des sociétés à responsabilité limitée, de part à des sociétés coopératives et de bons de participation (Parts) ne sont imposables qu'à hauteur de 70% (au niveau fédéral et parfois moins au niveau cantonal) lorsque ces droits de participation équivalent à 10% au moins du capital-actions ou du capital social d'une société de capitaux ou d'une société coopérative. Ceci pourrait quelque peu limiter l'impact fiscal réservé à un dividende ou boni de liquidation, pour autant que le fisc suisse accepte que des parts de SCI tombent sous cette définition de Parts.

Pour pallier ce problème, d'aucuns pourraient donc être tentés de faire céder l'immeuble par la SCI, ne pas se distribuer le produit de cession et céder les titres de la SCI pour un prix prenant en compte les liquidités disponibles à l'actif. Mais dans ce cas, la conception opaque du TF pourrait conduire à faire application de la panoplie des dispositions anti-abus que connaît le droit suisse, notamment les dispositions relatives à la liquidation partielle indirecte (en cas de passage de la fortune privée à la fortune commerciale, lors de la distribution ultérieure de ce produit au cessionnaire, rendant rétroactivement imposable une partie du produit de cession en Suisse du chef du cédant en tant que dividende), celles liées à la vente d'un manteau d'actions (équivalent à la liquidation et la reconstitution de la société), de l'évasion fiscale, etc.

Liquider la SCI pour passer à un mode de détention direct de l'immeuble semble également à exclure. D'une part, la dissolution conduirait l'associé à être imposé sur la plus-value latente de l'immeuble, sans avoir généré de trésorerie pour y faire face. D'autre part, le boni de liquidation de la SCI pourrait, compte tenu de l'arrêt du TF, être désor-

¹ CGI, art. 973, II.

² CE, 9 février 2000 n° 178389, Sté suisse Hubertus AG.

³ Cass. belge 29 septembre 2016, n° F.14.0006.F, Etat Belge contre F.M.C.

⁴ UK Tax Bull. 50, 2001.

mais considéré comme une distribution (ev. en nature) de résultat qui serait probablement imposable en Suisse.

Enfin, si l'article 25 B § 1 de la Convention franco-suisse est interprété comme contenant une clause d'imposition effective en matière d'impôt sur le revenu, la protection offerte par sa règle d'élimination de la double imposition d'une telle plus-value immobilière pourrait céder dans le cas où la France ne fait pas usage de son droit de l'imposer, en particulier du fait des abattements pour durée de détention conduisant à une exonération totale d'impôt sur le revenu après 22 années de détention. La Suisse retrouverait vraisemblablement alors un droit d'imposer cette plus-value immobilière.

C. Ces risques s'ajoutent à une double imposition déjà présente en cas de succession

A ces risques de double imposition en matière d'impôt sur le revenu, s'ajoute la situation, préexistante à l'arrêt du TF, de double imposition des parts de SCI aux droits de succession.

Depuis la dénonciation, effective au 1^{er} janvier 2015, de la convention fiscale conclue entre la France et la Suisse en matière d'impôt sur les successions du 31 décembre 1953, la fiscalité des successions franco-suisse est régie, du point de vue français, par la seule législation nationale. Dans la plupart des cas, le droit fiscal français permet d'imputer sur les droits de succession français l'impôt déjà payé à l'étranger, comme c'est par exemple le cas pour un *de cujus* résident fiscal français détenant des biens immobiliers à l'étranger sur lesquels un droit de succession est prélevé au lieu de situation desdits biens⁵. Un tel dispositif d'élimination de la double imposition n'est toutefois pas prévu pour les biens meubles et immeubles situés en France figurant à l'actif de la succession succession d'un défunt résident fiscal étranger lorsque l'héritier est également résident fiscal à l'étranger (ou réside en France mais n'y a pas résidé pendant au moins 6 des 10 années précédant celle au cours de laquelle il hérite des biens).

Dans ces circonstances, des titres de SCI française figurant à l'actif de la succession d'un résident fiscal suisse peuvent être imposés une première fois en France au barème progressif des droits de succession, jusqu'à 45% en ligne directe et entre frères et sœurs, jusqu'à 60% dans les autres cas, et une seconde fois en Suisse. Si la majorité des cantons exonère de droits les successions en ligne directe descendante, le canton de Vaud, à titre d'exemple prélève des droits pouvant aller jusqu'à 7%, et le canton de Genève prélève des droits à hauteur de 6% si le défunt était imposé selon le régime de l'imposition d'après la dépense, c'est en particulier sur les successions hors ligne directe que l'imposition pourrait devenir accablante, voire confiscatoire: la plupart des cantons prélève alors des droits substantiels (jusqu'à 50% dans le canton de Vaud et environ 54% dans le canton de Genève).

Cette situation de double imposition sur les successions franco-suisse ne devrait pas évoluer à court ou moyen terme, dès lors que le ministre français de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique, interrogé sur la perspective d'une nouvelle convention fiscale sur les successions, a récemment répondu que la France souhaitait conclure de conventions fiscales en matière d'impôt de succession, ni avec la Suisse, ni avec d'autres États⁶.

⁵ CGI, art. 750^{ter} 1° et art. 784 A.

⁶ Rep. Min. Sabatou n° 2235: JOAN 7 février 2023, p. 1133.



En faisant le bilan des situations d'imposition immobilières, le diagnostic est sans appel : la détention d'immeuble en France, a fortiori par l'intermédiaire d'une SCI, doit impérativement être évitée et, pour ceux qui seraient actuellement détenteurs de tels titres, il convient d'envisager au plus vite une restructuration d'actifs.

D. Quels sont les remèdes ?

Nous l'avons vu, la liquidation de la SCI ou la cession de l'immeuble par cette dernière présentent en l'état trop d'incertitudes fiscales pour être envisagées. Il semble donc plus opportun, pour une personne souhaitant se défaire de sa SCI, d'en céder directement les parts.

Dans cette hypothèse, en application du paragraphe 2 de l'article 15 de la Convention fiscale franco-suisse, la plus-value réalisée par le cédant est en principe imposable en France dès lors que l'actif de la SCI est principalement constitué de biens immobiliers situés en France. Sous réserve que la valeur réelle de l'actif de la SCI soit composée à plus de 50% par des actifs immobiliers à la clôture des trois exercices précédant la cession, le régime des plus-values de cession de société à prépondérance immobilière s'appliquera : le vendeur sera soumis à un prélèvement forfaitaire libératoire de l'impôt sur le revenu au taux de 19%, assis sur la différence entre le prix d'acquisition et le prix de cession des titres⁷ auquel s'ajoute une surtaxe progressive de 2 à 6% sur les plus-values imposables supérieures à 50 000 euros et un prélèvement de solidarité de 7,5%⁸. Des abattements pour durée de détention progressifs conduiront cependant à une exonération totale d'impôt sur le revenu et de surtaxe après 22 années de détention, et une exonération de prélèvements sociaux après 30 années de détention.

Du point de vue du droit interne suisse, la vente des parts d'une SCI (dont la majorité des actifs sont de nature immobilière) devrait pouvoir – en application de la nature opaque de la SCI préconisée par le TF – bénéficier de l'exonération fiscale prévue lors de l'aliénation d'éléments de la fortune privée. Si la norme d'attribution de la Convention franco-suisse ne trouvait pas application, il n'y aurait ainsi – à première vue – pas de base légale interne suisse pour appréhender fiscalement un tel gain réalisé sur un élément de la fortune privée en Suisse.

Mais l'acquisition de titres d'une SCI (« *share deal* ») ne correspond pas à la pratique du marché, qui privilégie l'acquisition directe de l'actif immobilier (« *asset deal* »), en raison notamment des risques moindres supportés par l'acquéreur qui dans ce dernier cas n'acquiert pas les passifs attachés à l'immeuble. Sur le plan fiscal, l'acquisition de l'immeuble permet également au cessionnaire d'inscrire l'immeuble à son actif pour sa valeur vénale, tandis que l'acquisition des titres soulève le problème de la fiscalité latente attachée à l'actif immobilier sous-jacent. En effet, lorsque l'immeuble est inscrit au bilan de la SCI pour une valeur nette comptable inférieure à sa valeur réelle (ce qui est presque toujours le cas), il reviendra à l'acquéreur des titres de la SCI, lors de la cession ultérieure de l'immeuble, de payer l'impôt sur la plus-value latente de l'immeuble avant qu'il n'achète les titres. Dans un *share deal*, la pratique du marché est donc d'appliquer sur le prix de cession des titres de SCI une décote conséquente pour fiscalité latente intégrant l'impôt futur sur la plus-value, réduisant d'autant le profit du cédant.

⁷ CGI, art. 244^{bis} A.

⁸ CGI, art. 235^{ter}.

Pour autant, il est probable qu'à court terme le marché voie une augmentation de l'offre de titres de SCI se mettre en place, avec des cédants suisses n'ayant aucune intention de céder l'immeuble sous-jacent sans lesdits titres.

Entre cédants souhaitant tirer le meilleur prix de l'opération et cessionnaires ne souhaitant pas en supporter la fiscalité latente, des solutions peuvent cependant exister pour concilier les intérêts des parties. La jurisprudence fiscale française est en effet récemment revenue sur sa position antérieure qui empêchait les nouveaux associés d'une SCI de réévaluer la valeur de l'immeuble détenue par cette dernière, avant de la liquider, en réalisant ainsi une opération à somme fiscale nulle et en leur permettant d'amortir l'immeuble sur la base de sa valeur réévaluée⁹. Une telle opération permettrait de ne pas avoir à appliquer la totalité de la décote pour fiscalité latente sur le prix de cession des titres. Comme tout remède récent sur lequel la pratique n'a que peu de recul, l'application de cette jurisprudence requiert toutefois un certain doigté fiscal, et une posologie précise. La multiplication des jurisprudences récentes sur ce sujet atteste du caractère délicat de ces opérations. Le spectre de l'abus n'est en effet jamais loin en droit fiscal.

II. Conclusions

Il est donc recommandé aux résidents suisses de reconsidérer la pertinence de la détention de ces actifs immobiliers détenus en France, a fortiori s'il s'agit de titres de SCI, l'inaction pouvant résulter en une facture fiscale confiscatoire, en particulier en cas de succession hors ligne directe. Il n'en reste pas moins qu'un tel imbroglio fiscal est difficilement compréhensible pour des non-initiés. Il est ainsi regrettable que la préférence ait été donnée – à l'époque – à une situation sans convention concernant les droits de succession, alors que la Suisse aurait pu faire le choix d'accepter une nouvelle convention proposée par la France, qui était certes moins favorable que l'ancienne. Cette étude montre bien qu'il aurait été préférable pour les résidents suisses que la Suisse accepte le compromis proposé mais ceci est un autre débat qui dépasse le cadre de la présente contribution.

* * *

⁹ CAA Paris, 8 juillet 2022, n° 16PA02400, Sté Lupa Immobilière France et CE 24 avril 2019 n° 412503, Sté FRA SCI.