

Fiscalité internationale

381 La fiscalité des investissements immobiliers en France au départ du Grand-Duché de Luxembourg

Bernard FELTEN,
avocat à la Cour
Stéphane PELLET,
avocat à la Cour



Introduction

1 - L'entrée en vigueur le 27 décembre 2007 du deuxième avenant à la convention fiscale franco-luxembourgeoise est l'occasion de présenter l'ensemble des contraintes et des optimisations fiscales possibles lors de l'acquisition, la détention et la cession d'un bien immobilier dans le cadre franco-luxembourgeois.

L'avenant signé le 24 novembre 2006 supprime en effet la double exonération dont bénéficiaient les revenus et plus-values de cession de biens immobiliers situés en France et détenus directement par des entreprises luxembourgeoises.

Pour autant, la voie luxembourgeoise reste privilégiée dans la perspective d'investissements immobiliers en France, dans des configurations qui seront décrites ci-après, et pour des raisons qui tiennent aussi à la place centrale acquise par le Luxembourg dans la structuration et le financement des investissements internationaux en Europe et dans la zone euro en particulier.

La loi n° 2008-1822 du 24 décembre 2007 de finances pour 2008 et la loi n° 2007-1824 du 25 décembre 2007 de finances rectificative pour 2007 apportent par ailleurs des modifications au régime d'imposition des plus-values immobilières et à la taxe de 3 %, qui ont elles-mêmes des incidences sur les schémas d'investissement.

La présente étude couvre les trois étapes essentielles d'un investissement immobilier, à savoir l'acquisition, la détention (accompagnée le plus souvent d'une location) et la cession de l'actif, avec pour les deux dernières étapes, le traitement fiscal d'une détention en direct ou par l'intermédiaire d'une société *ad hoc*.

1. Typologie des sociétés

2 - Pour la clarté des développements qui suivent, il convient en préambule de distinguer différents types de sociétés.

Du côté français, les sociétés peuvent être regroupées en quatre catégories :

- les sociétés dites de capitaux, soumises à l'impôt sur les sociétés de plein droit ; sont notamment concernées les sociétés anonymes, les sociétés par actions simplifiées, les sociétés à responsabilité limitée,

les sociétés en commandite par actions et les sociétés en commandite simple pour la part revenant aux associés commanditaires ;

- les sociétés de personnes, qui sont considérées en France comme translucides, et non pas transparentes, au motif qu'elles ont une personnalité fiscale distincte de celle de leurs membres, chaque associé étant ensuite imposable sur la quote-part des bénéfices qui lui revient ; sont concernées les sociétés en nom collectif, les sociétés civiles notamment immobilières (SCI), les sociétés en commandite simple pour la part revenant aux associés commandités, les sociétés en participation lorsque les membres sont indéfiniment responsables et que leurs noms et adresses ont été révélés à l'administration fiscale, les sociétés de fait, les groupements d'intérêt économique (GIE) et les groupements européens d'intérêt économique (GEIE) ; ces sociétés sont désignées ci-après sous le terme générique de sociétés de personnes ;

- les sociétés de personnes qui sont assujetties à l'impôt sur les sociétés soit en raison de leur activité considérée comme commerciale par nature (location en meublé ou achat d'actifs en vue de leur revente notamment) soit sur option de leur part ;

- les sociétés dites de copropriété, transparentes fiscalement quelle que soit leur forme juridique, et dont les membres sont considérés comme propriétaires des actifs et sont toujours directement imposables à raison des revenus correspondants (ces sociétés sont visées à *CGI, art. 1655 ter*).

Au regard du droit interne luxembourgeois, il sera fait distinction entre deux catégories de sociétés :

- les sociétés de capitaux, à savoir les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions, les sociétés à responsabilité limitée, et les sociétés européennes, dont le siège statutaire ou l'administration centrale se trouve sur le territoire du Grand-duché, et qui y sont passibles de l'impôt sur le revenu des collectivités¹ ;

- les sociétés qui tombent sous le champ d'application de l'article 175, alinéa 1^{er} de la loi de l'impôt sur le revenu (LIR), qui dispose que « *les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite*

1. Article 159 (1) A.-1. de la loi de l'impôt sur le revenu (LIR).

simple, les groupements d'intérêt économique, les groupements européens d'intérêt économique et les sociétés civiles sont considérés comme n'ayant pas de personnalité juridique distincte de celle des associés »².

Afin d'éviter tout équivoque, le législateur luxembourgeois a pris le soin de préciser que l'article 175 LIR n'est valable qu'en matière fiscale et ne modifie pas la loi de 1915 sur les sociétés commerciales, ainsi rédigée à l'article 2 « (1) La loi reconnaît comme sociétés commerciales dotées de la personnalité juridique : la société en nom collectif ; la société en commandite simple ; la société anonyme ; la société en commandite par actions ; la société à responsabilité limitée ; la société coopérative ; la société européenne (SE). (2) Chacune d'elles constitue une individualité juridique distincte de celle des associés. La société européenne (SE) acquiert la personnalité juridique le jour de son immatriculation au registre de commerce et des sociétés ».

Quant aux sociétés civiles définies à l'article 1832 et suivants du Code civil, il résulte de la jurisprudence qu'il s'agit bien de sociétés ayant leur propre personnalité juridique³.

Les sociétés mentionnées ci-dessus disposent donc bien de leur propre personnalité juridique, alors qu'au niveau fiscal, en ce qui concerne l'impôt sur le revenu et l'impôt sur la fortune, elles n'ont pas le statut de contribuable : il est procédé à l'établissement en commun pour tous les associés du revenu imposable généré par ces sociétés auxquelles il est attribué un numéro fiscal propre à cet effet, et le revenu imposable commun est ensuite réparti entre tous les associés, au prorata de leur quote-part dans le capital, aux fins d'imposition dans le chef de chaque associé, à titre individuel ; de même, la fortune imposable de la société est déterminée en commun pour tous les associés et ensuite répartie entre tous les associés, au prorata de leur quote-part dans le capital, aux fins d'imposition dans le chef de chaque associé, à titre individuel. Pour le prélèvement de ces deux impôts, on regarde à travers l'entité juridique des sociétés, qui sont aussi communément appelées « sociétés transparentes fiscalement ». Notons encore que les seuls impôts prélevés directement dans le chef de ces sociétés sont l'impôt foncier et l'impôt commercial communal (ICC).

Dans le cadre des développements qui suivent, lorsqu'il sera question de « sociétés qui tombent sous le champ d'application de l'article 175, alinéa 1^{er} LIR », communément appelées « sociétés transparentes fiscalement », seront visées exclusivement les sociétés qui ont la forme juridique d'une société en nom collectif (SNC) ou d'une société en commandite simple (SCS) ou d'une société civile immobilière (SCI).

2. « Exceptés ceux de ces organismes qui sont des organismes non résidents visés par l'article 2 de la directive modifiée du Conseil des CEE du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents (90/435/CEE) ou par l'article 3 de la directive modifiée du Conseil des CEE du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une société européenne ou d'une société coopérative européenne d'un État membre à un autre (90/434/CEE). »

3. Voir notamment : « Les sociétés civiles constituent des personnes morales » (Cour, 11 mars 1875, 1, 63). – « Une société civile, quoique constituant un être moral, ne peut ester en justice qu'au nom de tous les associés » (Cour, 11 mars 1875, 1, 63). – « La société civile jouissant de la personnalité juridique, c'est la société elle-même qui, disposant d'un patrimoine autonome, répond de ses dettes sur les biens sociaux dont elle est seule propriétaire, les associés n'étant pas copropriétaires des biens sociaux, mais n'étant que titulaires d'un droit de créance à l'encontre de la société » (Cour, 11 mars 1999, 31, 124).

2. L'acquisition d'un bien immobilier situé en France

A. - Droits d'enregistrement et TVA

3 - L'acquisition d'un immeuble ou d'un bien assimilé situé en France est passible d'un droit de mutation de 5,09 % assis sur le prix de cession ou la valeur vénale si elle est supérieure (CGI, art. 683 et 1594 D. – LPF, art. L. 17). Ce droit de mutation est juridiquement à la charge de l'acquéreur, les parties pouvant convenir d'une répartition différente de cette charge.

Certaines acquisitions donnent lieu au paiement de la TVA au taux de 19,6 % : il s'agit pour l'essentiel des terrains à bâtir⁴, des immeubles destinés à faire l'objet d'une rénovation lourde, de la première cession d'immeubles achevés depuis moins de cinq ans. Les biens destinés à être revendus par l'acquéreur (régime des marchands de biens) font l'objet de règles particulières.

Lorsque la cession n'est pas soumise à la TVA, le vendeur peut être tenu dans certains cas de procéder au reversement d'une partie de la TVA précédemment déduite au titre de sa propre acquisition ou des travaux effectués.

L'acquisition de titres de personnes morales à prépondérance immobilière est passible d'un droit de 5 %⁵, lui aussi à la charge de l'acquéreur :

« Est à prépondérance immobilière la personne morale non cotée en bourse dont l'actif est, ou a été au cours de l'année précédant la cession des participations en cause, principalement constitué d'immeubles ou de droits immobiliers situés en France ou de participations dans des personnes morales non cotées en bourse elles-mêmes à prépondérance immobilière » (CGI, art. 726).

Par rapport à l'acquisition d'un actif, le prix payé pour les titres de la société comprend le montant des dettes de la société, ce qui réduit par conséquent l'assiette des droits d'enregistrement. Pour l'acquéreur, cet avantage doit être comparé avec l'inconvénient lié à l'existence d'une plus-value latente au niveau de la société, qui ne permet pas d'amortir les actifs sur la base de leur valeur vénale, et qui se retrouve dans la plus-value de cession ultérieure. Cet arbitrage est essentiel lorsque l'acquéreur a le choix entre ces deux modalités⁶.

Sont également soumises aux droits de mutation en France les transmissions portant sur des biens étrangers lorsqu'un acte est passé en France (CGI, art. 718) ; la cession de parts d'une société étrangère propriétaire de biens immobiliers situés en France ne devrait donc pas être soumise au droit de 5 % lorsque l'acte n'a pas été passé en France⁷.

B. - Salaire du conservateur des hypothèques

4 - L'acquisition de biens ou droits immobiliers ouvre droit au salaire du conservateur des hypothèques au taux de 0,10 % assis sur le prix de cession ou la valeur vénale si elle est supérieure.

4. À l'exception notamment des terrains acquis par des personnes physiques et destinés à la construction d'immeubles d'habitation (CGI, art. 257, 7^o, 1, a, al. 3 et 4).

5. Contre 1,1 % plafonné à 4 000 € par mutation lorsque la société n'est pas à prépondérance immobilière.

6. Sachant que depuis le 26 septembre 2007 un cédant assujéti à l'impôt sur les sociétés supporte le même taux d'imposition sur les plus-values de cession de titres de sociétés à prépondérance immobilière et sur les plus-values de cession d'actifs (33 1/3 %).

7. En ce sens, TGI Nice, 27 sept. 2007, n° 05/01327, Turretini : JurisData n° 2007-359134.

C. - Frais de notaire

5 - L'acquisition de biens immobiliers donne lieu à des honoraires de notaire au taux de 0,825 % HT⁸.

3. La détention et l'exploitation du bien immobilier

A. - Les principes d'imposition

1° Au regard du droit interne français

6 - Sous réserve des conventions internationales, sont imposables en France les revenus provenant d'immeubles ou de droits immobiliers (usufruit...) situés en France, ou de parts de sociétés immobilières [FBI] ayant pour objet l'acquisition et l'exploitation d'immeubles situés en France.

L'exploitation d'un immeuble en France ne caractérise pas à elle seule l'existence d'un établissement stable, et il n'est d'ailleurs pas possible d'obtenir un rescrit « établissement stable » pour une activité de location immobilière. Pour autant, le mode de réalisation des revenus immobiliers, telle que la présence en France d'un agent dépendant, ayant le pouvoir d'engager la société étrangère, est susceptible d'entraîner l'existence d'un tel établissement stable.

En l'absence d'établissement stable, l'imposition en France sur la base du droit interne (CGI, art. 206) ne devrait être justifiée que si la personne morale étrangère se livre à « une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif », ce qui recouvre sensiblement la notion de cyclé commercial complet aussi utilisée en droit interne français.

2° Au regard de la Convention fiscale entre la France et le Luxembourg datée du 1^{er} avril 1958⁹

7 - Dans le cadre franco-luxembourgeois, la rédaction initiale de la Convention, telle qu'interprétée par le Conseil d'État dans un arrêt de 1994 (CE, 9^e et 8^e ss-sect., 18 mars 1994, n° 79971, SARL « Sté d'investissement agricole et forestier » : JCP E 1994, pan. 44 ; RJF 5/94, n° 530), aboutissait à une double exonération en raison d'un conflit de qualification entre la France et le Luxembourg :

- la France traitait en effet les revenus immobiliers réalisés par des sociétés comme des « bénéfiques d'entreprises » au sens de la Convention ; les revenus tirés de biens immobiliers situés en France par des sociétés résidentes du Luxembourg n'étaient pas imposables en France, à moins qu'elles ne possèdent en France un établissement stable auquel étaient rattachés les actifs immobiliers (Conv. franco-luxembourgeoise, art. 4). Du point de vue français, de tels produits n'étaient imposables qu'au Luxembourg et l'administration fiscale française s'était expressément rangée à cette analyse, et avait en outre admis qu'elle était applicable en matière de plus-values¹⁰ ;

- le Luxembourg, de son côté, traitait les revenus immobiliers comme tels et attribuait par conséquent le droit d'imposer à l'État de situation des immeubles soit, en l'occurrence, la France. Le fait que les revenus immobiliers ne soient pas imposés en France n'autorisait pas les autorités fiscales luxembourgeoises à soumettre ces revenus à l'impôt au Luxembourg¹¹.

L'article 3 de la Convention tel que modifié par l'avenant du 24 novembre 2006 dispose désormais que :

« § 1. Les revenus des biens immobiliers et de leurs accessoires, y compris les bénéfiques des exploitations agricoles et forestières, ne sont imposables que dans l'État où les biens sont situés (...)

§ 2. Les dispositions du paragraphe 1 s'appliquent également aux revenus provenant de l'exploitation (...) des biens immobiliers d'une entreprise.

§ 3. Les dispositions des paragraphes 1 et 2 s'appliquent également aux gains tirés de l'exploitation (...) d'immeubles réalisés au travers de sociétés qui, quelle que soit leur forme juridique, n'ont pas de personnalité distincte de celle de leurs membres pour l'application des impôts visés à l'article 1^{er}. »

L'imposition des revenus immobiliers au lieu de situation des immeubles est étendue expressément aux revenus immobiliers d'une entreprise ou d'un établissement stable (Conv. franco-luxembourgeoise, art. 4) ainsi qu'aux revenus immobiliers des agents indépendants (Conv. franco-luxembourgeoise, art. 15).

Les revenus locatifs dégagés au titre d'un bien immobilier situé en France sont exclusivement imposables en France, mais chaque État conserve le droit d'imposer les revenus exonérés d'un résident pour le calcul du taux effectif d'imposition de l'ensemble de ses revenus, en application de l'article 19-1 de la Convention.

Cette rédaction est équivalente à celle figurant dans le modèle OCDE de convention fiscale (Conv. franco-luxembourgeoise, art. 6-1 et 23 A).

Par ailleurs, les nouvelles règles sont étendues aux revenus réalisés au travers de sociétés ne disposant pas d'une personnalité morale propre, qui sont les seules sociétés de copropriété visées à l'article 1655 ter du CGI.

La Convention suit aussi le modèle OCDE en ce qu'elle ne précise pas les modalités d'imposition des revenus immobiliers et ne fixe pas de taux plafond, à la différence de ce qui est prévu en matière de dividendes, d'intérêts et de redevances.

Enfin, l'avenant, qui est entré en vigueur le jour de réception de la dernière notification des procédures de ratification, soit le 27 décembre 2007, s'applique aux revenus afférents à toute année civile ou à tout exercice commençant à compter du 1^{er} janvier 2008 (Conv. franco-luxembourgeoise, art. 4)¹².

B. - Application

1° Détention par une personne physique

8 - Les revenus tirés d'un bien immobilier français perçus par une personne physique résidente au Luxembourg ne sont imposables qu'en France en vertu de l'article 3-1 de la Convention, non modifié par l'avenant du 24 novembre 2006.

Les modalités d'imposition diffèrent selon que les locaux sont loués nus ou meublés : dans le premier cas, il s'agit de revenus fonciers (formulaire n° 2044) ; dans le second, de bénéfiques industriels et commerciaux (formulaire n° 2042).

Les non-résidents peuvent bénéficier des avantages fiscaux liés à la location en meublé, et notamment de l'abattement forfaitaire de 71 % en cas d'application du régime dit micro (recettes annuelles ne dépassant pas 76 300 €) ; en revanche, l'imposition est établie au taux minimum de 20 %, sauf si le contribuable justifie que le taux moyen qui résulterait de l'application du barème progressif serait inférieur à 20 % ; la CSG et la CRDS ne sont pas dues par les personnes physiques ne résidant pas en France, dans la mesure où elles ne sont pas à la charge d'un régime obligatoire d'assurance-maladie (CSS, art. L. 136-1).

Les personnes physiques résidentes au Luxembourg sont protégées par la Convention et ne sont pas susceptibles d'être imposables en France sur le fondement de l'article 164 C du CGI, qui vise les personnes disposant d'une habitation en France, directement ou indirectement et à quel titre que ce soit.

8. Éventuellement négociables au-delà d'un certain seuil.

9. Ci-après « la Convention ».

10. Instr. 4 août 2000 : BOI 14 B-2-00 ; Dr. fisc. 2000, n° 37, instr. 12512.

11. CA Luxembourg, 23 avr. 2002, État du Grand-duché de Luxembourg c/ Société La Costa : Bull. Joly Sociétés 2002, n° 201.

12. Avec une rétroactivité limitée par rapport à la date de publication du décret (12 janvier 2008).

Au Luxembourg, les revenus sont exonérés en vertu de l'article 19-1 de la Convention, sous réserve de l'application de la clause de progressivité, c'est-à-dire avec incorporation des revenus exonérés dans une base fictive pour déterminer le taux d'impôt global applicable au revenu imposable à Luxembourg (*LRI, art. 134*, telle que modifiée).

2° Détention par une société française soumise à l'impôt sur les sociétés¹³

9 - Les revenus sont en toute hypothèse imposables en France et sont assujettis à l'impôt sur les sociétés au taux de 33 1/3 %¹⁴.

Si les revenus nets d'impôt sont ensuite distribués à un actionnaire résident au Luxembourg, le dividende est soumis à une retenue à la source de 15 % s'il bénéficie à une personne physique (*Conv. franco-luxembourgeoise, art. 8-2*), et peut être exonéré s'il est perçu par une société :

- soumise à l'impôt sur le revenu des collectivités (IRC) au Luxembourg ;

- visée par l'article 2 de la Directive modifiée n° 90/435 du Conseil des CEE du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents¹⁵, et détenant au moins 15 % du capital de la société française distributrice¹⁶ depuis deux ans ou s'engageant à respecter ce délai de détention.

À noter que l'exonération de retenue à la source s'applique aux distributions par toutes les sociétés et organismes « *soumis à l'impôt sur les sociétés au taux normal* » (*CGI, art. 119 ter, 1*), et concerne donc les distributions effectuées par les sociétés de capitaux et les sociétés de personnes soumises à l'IS en raison de leur activité ou sur option.

L'exonération suppose que la société luxembourgeoise puisse bien être considérée comme résidente au Luxembourg au sens de la Convention, en y maintenant son centre effectif de direction (*Conv. franco-luxembourgeoise, art. 2-4*)¹⁷.

Au Luxembourg, dans le chef du bénéficiaire des revenus distribués, le traitement fiscal diverge en fonction, d'une part, de la personnalité juridique du bénéficiaire (personne physique ou société de capitaux) et, d'autre part, de la forme juridique de la société française (société de personnes ou société de capitaux) et du lien de participation (taux, durée, etc.).

- Le bénéficiaire est une personne physique résidente au Grand-duché de Luxembourg :

- quand la distribution est effectuée par une société de personnes française soumise à l'IS sur option, le Luxembourg impose le revenu au titre de dividende (*LIR, art. 97*), et l'impôt sur le revenu qui grève le revenu global imposable au Luxembourg (*LIR, art. 126*) est calculé au taux progressif, le taux maximal s'élevant à 38 % pour la tranche de revenu imposable dépassant 36 570 € (*LIR, art. 118*). L'impôt est majoré de 2,5 % à titre de contribution au fonds pour l'emploi, et le revenu (brut après abattement) est soumis à la cotisation de l'assurance dépendance au taux de 1,4 %. Un crédit d'impôt est accordé pour l'impôt français retenu à la source, jusqu'à concurrence du montant maximum représentant la fraction de l'impôt dû au Luxembourg, du chef du même revenu ;

- quand la distribution est effectuée sous forme de dividende par une société de personnes française soumise à l'IS en raison de son activité ou une société de capitaux française soumise à l'IS de plein droit et qui sont visées par l'article 2 de la Directive, l'impôt sur le

revenu prélevé dans le chef de la personne physique est déterminé comme dit *supra*, mais dans ce cas, la personne physique peut bénéficier d'un abattement de 50 % du montant brut du dividende (*LIR, art. 115, n° 15a*).

- Le bénéficiaire est une société de capitaux qui a son siège statutaire ou son administration centrale au Grand-duché de Luxembourg et qui y est pleinement imposable :

- quand la distribution est effectuée par une société de personnes française soumise à l'IS sur option, le Luxembourg impose le revenu au titre de dividende et l'impôt est prélevé au taux plein minimum de 29,63 %¹⁸. Un crédit d'impôt est accordé pour l'impôt français retenu à la source, jusqu'à concurrence du montant maximum représentant la fraction de l'impôt dû au Luxembourg, du chef du même revenu.

Le Luxembourg appliquera à l'égard de la société de personnes française soumise à l'IS sur option, le régime des sociétés mères et filiales prévu à l'article 19-3-a de la Convention, et le dividende sera exempté de l'impôt au Luxembourg, si la société luxembourgeoise détient une participation directe d'au moins 25 %, soit seule, soit avec d'autres sociétés de capitaux luxembourgeoises toutes liées entre elles par un taux de participation de plus de 50 %. Dans ce cas, l'impôt français retenu à la source n'est ni déductible du dividende exonéré ni imputable sur l'impôt luxembourgeois. En vertu de la clause de progressivité, le dividende exonéré est incorporé dans une base fictive pour déterminer le taux d'impôt global applicable au revenu imposable à Luxembourg ;

- quand la distribution est effectuée sous forme de dividende par une société de personnes française soumise à l'IS en raison de son activité ou une société de capitaux française soumise à l'IS de plein droit et qui sont visées par l'article 2 de la Directive, il y a imposition du dividende au Luxembourg au taux minimum de 29,63 % (voir *supra*), à moins que le régime des sociétés mères et filiales selon le droit interne luxembourgeois (*LIR, art. 166*) ne s'applique, qui transpose la Directive tout en offrant un cadre plus large ou, à défaut de remplir toutes les conditions qui donnent accès à ce régime, que le bénéficiaire des revenus ne puisse faire valoir le régime des sociétés mères et filiales stipulé à l'article 19-3-a de la Convention, tel que décrit *supra*.

En vertu du régime interne des sociétés mères et filiales, le dividende est exonéré dans le chef de la société luxembourgeoise qui en est le bénéficiaire lorsque, à la date de la mise à la disposition, le bénéficiaire détient ou s'engage à détenir la participation dans la société française définie ci-dessus pendant une période ininterrompue d'au moins douze mois et que pendant toute cette période le taux de participation ne descende pas au-dessous du seuil de 10 % ou le prix d'acquisition au-dessous de 1 200 000 €.

Enfin, la société de capitaux luxembourgeoise peut bénéficier d'une exonération d'impôt sur 50 % du dividende brut (*LIR, art. 115, n° 15a*).

3° Détention par une société française non soumise à l'IS

10 - L'avenant du 24 novembre 2006 (*Conv. franco-luxembourgeoise, art. 3-3*) étend le principe d'assujettissement en France des revenus immobiliers de source française aux sociétés transparentes fiscalement ; les associés luxembourgeois de ces sociétés seront donc imposables en France à raison des revenus locatifs pour la part correspondant à leurs droits dans la société. La rédaction

13. Bien que purement interne, ce schéma peut servir de point de comparaison.

14. Auquel s'ajoute pour les sociétés importantes une contribution égale à 3,3 % de l'impôt excédant 763 000 €.

15. Ci-après la « Directive ».

16. 10 % à compter du 1^{er} janvier 2009.

17. À noter que la Convention ne comporte pas de référence à la notion de bénéficiaire effectif des revenus.

18. Taux global comprenant l'IRC de 22,88 %, y compris une majoration d'impôt en faveur du fonds pour l'emploi, et l'impôt commercial communal de 6,75 % sur le territoire de la Ville de Luxembourg.

retenue permet de limiter la portée de ce paragraphe aux revenus des seules sociétés d'attribution visées à l'article 1655 *ter* du CGI¹⁹.

En ce qui concerne les autres sociétés non soumises à l'IS, la jurisprudence fiscale française semble aujourd'hui fixée sur le fait que les associés non-résidents d'une société de personnes française sont imposables en France à hauteur de la quote-part des bénéfices leur revenant, même en l'absence d'établissement stable, et sous réserve des dispositions d'une convention fiscale qui serait applicable²⁰. La société est un sujet fiscal et le résultat est bien déterminé à son niveau, même si l'impôt est ensuite acquitté par les associés.

Dans le cadre franco-luxembourgeois, l'article 19-2 premier alinéa de la Convention, non modifié par le dernier avenant, dispose que :

« Nonobstant les dispositions de la présente convention, chacun des deux États contractants conserve le droit d'imposer suivant les règles propres à sa législation les produits de participation dans des entreprises constituées sous forme de sociétés civiles, de sociétés en nom collectif, de sociétés de fait et d'associations en participation ainsi que pour les parts des commandités dans les sociétés en commandite simple. »

La France conserve donc le droit d'imposer les revenus immobiliers de source française perçus par une société de personnes de droit français.

Lorsque les parts de la société de personnes sont inscrites à l'actif d'une entreprise industrielle, commerciale, artisanale ou agricole soumise de plein droit à un régime réel d'imposition, ou d'une personne morale soumise à l'impôt sur les sociétés, la part de bénéfice correspondant à ces droits est déterminée selon les règles applicables au bénéfice réalisé par la personne ou l'entreprise qui détient ces droits (CGI, art. 238 bis K, I).

Les associés sont imposables au prorata de leurs droits et au titre de l'année de la réalisation des bénéfices, que ceux-ci soient ensuite effectivement distribués ou non.

Les associés présents dans le capital de la société à la clôture de son exercice social sont imposables sur la totalité du résultat annuel, même s'ils ont acquis les titres en cours d'exercice.

Il convient d'ajouter que dans le cadre d'imposition des bénéfices industriels et commerciaux, les charges financières exposées pour l'acquisition d'un élément d'actif sont déductibles des revenus imposables, et les intérêts supportés par un associé luxembourgeois seraient déductibles des revenus déclarés au titre de la participation dans une société française, selon les conditions habituelles de déduction des intérêts en France²¹.

La retenue à la source de 25 %, réduite à 5 % par la Convention, n'est plus exigée au titre des distributions de bénéfices correspondant aux droits des sociétés étrangères dans des sociétés de personnes ayant leur siège en France. Les revenus immobiliers de source française, qu'ils soient ou non rapatriés au Luxembourg, sont donc exclusivement passibles de l'impôt sur les sociétés.

En ce qui concerne les revenus courants (notamment locatifs) de la société française non soumise à l'IS, le Luxembourg fait pleinement usage du droit d'imposition qui lui est octroyé par l'article 19-2, premier alinéa, précité de la Convention.

Lorsque l'associé de la société française est une personne physique qui est résidente au Luxembourg et y est soumise à l'impôt sur le

revenu, le revenu de source française est intégré dans la base imposable au Luxembourg, au titre de revenu provenant de la location de biens (LIR, art. 98) ; le revenu net à imposer est déterminé conformément aux règles luxembourgeoises applicables pour cette catégorie de revenu (LIR, art. 103).

Lorsque l'associé de la société française est une société de capitaux qui a son siège statutaire ou son principal établissement au Grand-duché de Luxembourg et y est soumise à l'impôt sur le revenu des collectivités (IRC), le revenu de source française est intégré dans la base imposable au Luxembourg. Le montant du revenu à imposer est déterminé selon les règles luxembourgeoises applicables en la matière (LIR, art. 162 ; Règl. grand-ducal, 3 déc. 1969, tel que modifié).

En vertu de l'article 19-2, deuxième alinéa, point a) de la Convention, la double imposition sera évitée dans les cas précités par l'octroi d'un crédit d'impôt égal au montant le plus bas entre l'impôt acquitté en France et l'impôt luxembourgeois afférent au revenu de source française intégré dans la base imposable au Luxembourg.

4° Détention directe par une société de capitaux luxembourgeoise

11 - En vertu de l'article 3 de la Convention, tel que modifié par l'avenant du 24 novembre 2006, une société luxembourgeoise encaissant des revenus tirés de l'exploitation d'un immeuble en France est imposable exclusivement en France à raison de ces revenus.

Dans ce cas, aucune retenue à la source n'est susceptible d'être exigée à raison du rapatriement au Luxembourg des bénéfices réalisés en France ; en effet, même dans l'hypothèse où l'exploitation d'un immeuble situé en France serait représentatif d'un établissement stable, la retenue à la source de 5 % maintenue par la Convention ne serait pas applicable aux revenus versés à une société luxembourgeoise dont le siège de direction effective est au Luxembourg et qui est passible de l'impôt sur les sociétés, sans possibilité d'option et sans en être exonérée (CGI, art. 115 *quinquies*, 3).

S'agissant des obligations déclaratives, l'imposition est établie au lieu de situation des biens immobiliers ; en cas de pluralité de lieux d'imposition, l'imposition est établie au centre-recette des impôts des entreprises étrangères (CGI, ann. IV, art. 23 *ter*).

Au Luxembourg, les revenus sont exonérés, en vertu de l'article 19-1 de la Convention, sous réserve de l'application de la clause de progressivité, c'est-à-dire avec incorporation des revenus exonérés dans une base fictive pour déterminer le taux d'impôt global applicable au revenu imposable à Luxembourg (LIR, art. 134).

5° Détention par une société luxembourgeoise qui tombe sous le champ d'application de l'article 175, alinéa 1^{er} de la LIR

12 - La société luxembourgeoise est là encore imposable exclusivement en France à raison des revenus immobiliers de source française, mais contrairement à l'hypothèse précédente, une retenue à la source de 5 % pourrait être exigée au titre des distributions de résultats par la société luxembourgeoise s'il était démontré qu'elle possède en France un établissement stable.

Au Luxembourg, les revenus sont exonérés dans le chef de l'associé de la société luxembourgeoise qui tombe sous le champ d'application de l'article 175, alinéa 1^{er} de la LIR en vertu de l'article 19-1 de la Convention, sous réserve de l'application de la clause de progressivité, avec incorporation des revenus exonérés dans une base fictive pour déterminer le taux d'impôt global applicable au revenu imposable à Luxembourg (LIR, art. 134).

C. - Règles de déduction des charges financières

13 - Pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2007, les règles de déduction des intérêts versés au sein d'un groupe de sociétés

19. Une confirmation expresse apparaît dans le rapport du Sénat n° 446, annexé au procès-verbal de la séance du 19 septembre 2007.

20. En ce qui concerne un GIE recevant des redevances et dont l'un des membres est canadien (CE, 4 avr. 1997, n° 144211, Kingroup ; JurisData n° 1997-041747 ; Dr. fisc. 1997, n° 26, comm. 728 ; RJF 1997, n° 424) et une SCI française cédant un immeuble situé en France, dont l'associé était une société suisse (CE, 9 févr. 2000, n° 178389, Hubertus AG ; JurisData n° 2000-080013 Dr. fisc. 2000, n° 15, comm. 310, concl. J. Arrighi de Casanova ; RJF 2000, n° 342).

21. V. *infra* n° 13.

(CGI, art. 212) ont été amendées profondément, et notamment dans deux sens opposés :

- la limitation de déduction ne s'applique plus seulement aux intérêts versés à des associés directs, mais à ceux afférents aux sommes mises à disposition par toute entreprise liée, englobant la notion de contrôle commun du débiteur et du créancier par une même entité ;
- lorsqu'une fraction des intérêts versés n'est plus déductible au titre d'un exercice social donné en application des nouvelles règles, la déduction peut néanmoins être reportée sur un exercice futur, avec une décote annuelle de 5 %.

Ces nouvelles règles doivent à l'évidence être prises en compte pour le financement des investissements immobiliers réalisés en France par des sociétés luxembourgeoises.

D. - Taxe de 3 %

14 - La taxe de 3 % sur les immeubles détenus par les personnes morales (CGI, art. 990 D) incite les sociétés et organismes concernés à déclarer leurs associés personnes physiques, de façon à assujettir ceux-ci à l'ISF au titre de leurs actifs immobiliers français.

Sur renvoi de la Cour de cassation, la Cour de justice des Communautés européennes a estimé que les dispositions fiscales applicables introduisaient une différence de traitement entre les personnes morales assujetties à la taxe selon que leur siège de direction effective est situé en France ou à l'étranger ; une personne morale non-résidente doit avoir son siège dans un État ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative ou un traité comportant une clause d'égalité de traitement, ce qui exclut notamment au Luxembourg les « Holding 1929 », amenées à disparaître en 2010, et les sociétés de gestion de patrimoine familial (SPF) qui leur succèdent, aussi bien que la plupart des fonds immobiliers. Cette condition supplémentaire représente une atteinte à la liberté de circulation de capitaux²².

En réaction à cet arrêt, l'article 20 de la loi de finances rectificative n° 2007-1824 du 25 décembre 2007 pour 2007 (L. n° 2007-1824, 25 déc. 2007, art. 20 : JO 28 déc. 2007 ; Dr. fisc. 2008, n° 5, comm. 133), a apporté plusieurs modifications à la taxe de 3 % à compter du 1^{er} janvier 2008 :

- les « organismes, fiducies ou institutions comparables » dépourvus de personnalité morale sont désormais dans le champ d'application de la taxe ;

- pour l'exonération des sociétés ou entités qui ne sont pas à prépondérance immobilière :

- tous les actifs français non immobiliers détenus directement ou indirectement sont désormais pris en compte au dénominateur et non plus seulement ceux détenus directement ;

- ne sont pas retenus au numérateur les actifs immobiliers affectés par l'entité juridique à l'activité non immobilière d'une autre entité juridique avec laquelle elle a un lien de dépendance au sens de l'article 39, 12 du CGI ;

- sont désormais exonérées de taxe de 3 % les personnes morales, organismes, fiducies ou institutions comparables dont la quote-part du ou des immeubles situés en France ou des droits réels détenus directement ou indirectement portant sur ces biens est inférieure à 100 000 € ou à 5 % de la valeur vénale desdits biens ou autres droits ;

- les personnes morales, organismes, fiducies ou institutions comparables qui ont leur siège dans un État membre de l'Union Européenne sont exonérés sans plus devoir invoquer le bénéfice d'une

convention fiscale comprenant une clause d'assistance administrative ou une clause d'égalité de traitement. Ces entités doivent toujours communiquer chaque année à l'administration fiscale certains renseignements, ou prendre l'engagement de le faire.

Toutes les sociétés et entités luxembourgeoises, en ce compris les « Holding 1929 » et les « SPF », peuvent désormais bénéficier de cette exonération.

La réforme a cependant pour effet de faire entrer les fonds immobiliers dans le champ d'application de la taxe, avec une obligation de déclarer les porteurs de parts selon des modalités qui restent à définir (les textes réglementaires parus jusqu'à ce jour, D. n° 2008-354, 15 avr. 2008 : JO 17 avr. 2008, p. 6387. - A. 15 avr. 2008 : JO 17 avr. 2008, p. 6394, ne prévoient rien à ce titre).

E. - Impôt de solidarité sur la fortune

15 - Les personnes physiques qui ne sont pas considérées comme résidentes fiscalement en France sont redevables de l'ISF au titre de leurs actifs français [FB3], dès lors que la valeur vénale de ceux-ci, nette du passif, excède la somme de 770 000 € au 1^{er} janvier 2008.

De manière générale, sont notamment considérés comme français les biens qui ont une assiette matérielle en France²³, les créances sur un débiteur domicilié en France et les valeurs mobilières émises par l'État français, une personne morale de droit public française ou une société qui a en France son siège social statutaire ou le siège de sa direction effective, ainsi que les parts et actions de sociétés à prépondérance immobilière, définies comme suit :

« Sont considérées comme françaises les actions et parts de sociétés ou personnes morales non cotées en bourse dont le siège est situé hors de France et dont l'actif est principalement constitué d'immeubles ou de droits immobiliers situés sur le territoire français, et ce, à proportion de la valeur de ces biens par rapport à l'actif total de la société. Pour l'application de cette disposition ne sont pas pris en considération les immeubles situés sur le territoire français, affectés par la société à sa propre exploitation industrielle, commerciale, agricole ou à l'exercice d'une profession non commerciale » (CGI, art. 750 ter, 2°, al. 4).

L'article 20 de la Convention prévoit que :

- si la fortune consiste en « biens immobiliers et accessoires », l'impôt ne peut être perçu que dans l'État contractant qui, en vertu des articles précédents, est autorisé à imposer le revenu qui provient de ces biens. L'assimilation des parts et actions de sociétés à prépondérance immobilière à des biens immobiliers ne semble pas possible en l'absence de disposition expresse en ce sens dans la Convention ;

- les participations à des entreprises constituées sous forme de sociétés en nom collectif, de sociétés en commandite simple, de sociétés de fait et d'associations en participation ne sont imposables que dans l'État où se trouve situé un établissement stable ;

- chacun des deux États conserve le droit de calculer au taux correspondant à l'ensemble de la fortune du contribuable les impôts directs afférents aux éléments de la fortune dont l'imposition lui est réservée.

F. - Droits de donation et succession

16 - Lorsque ni le défunt ni l'héritier (ou le donateur et le bénéficiaire) n'ont leur domicile fiscal en France, sont notamment soumis aux droits de mutation, à des taux pouvant atteindre 60 % en l'absence de tout lien de parenté :

- les biens meubles et immeubles situés en France, possédés directement ou par l'intermédiaire d'une personne morale ou organisme dont le défunt ou donateur détient directement ou indirectement plus de la moitié des actions, parts ou droits (CGI, art. 750 ter, 2°, al. 2) ;

22. CJCE, 11 oct. 2007, aff. C-451/05, Européenne et Luxembourgeoise d'investissement SA (Elisa) : Dr. fisc. 2007, n° 50, comm. 1047, note J.-L. Pierre ; Dr. sociétés 2007, comm. 231, note J.-L. Pierre. La Cour de cassation a pris acte de cette décision dans un arrêt du 8 avril 2008 (Cass. com., 8 avr. 2008, n° 02-10.359, FS-P+B+R+I, Sté Elisa : JurisData n° 2008-043523 ; Dr. fisc. 2008, n° 17, comm. 291, note A. Maitrot de la Motte).

23. France métropolitaine ou départements d'outre-mer.

- les actions et parts de sociétés à prépondérance immobilière, définies de la même façon qu'en matière d'ISF (CGI, art. 750 ter, 2°, al. 4).

En l'absence de convention relative aux donations et successions entre la France et le Luxembourg, ces règles sont pleinement applicables aux transmissions à titre gratuit de biens immobiliers français par des personnes physiques résidentes au Luxembourg.

4. La cession du bien immobilier

A. - Les principes d'imposition

1° Au regard du droit interne français

17 - Sous réserve des conventions internationales, les plus-values de cession d'immeubles ou de titres de sociétés à prépondérance immobilière réalisées par des non-résidents sont assujetties à un prélèvement dont le taux est de 16 % pour les personnes physiques et les associés personnes physiques de sociétés ou groupements non soumis à l'IS, résidents d'un État membre de l'Union européenne, et à défaut de 33 1/3 % (CGI, art. 244 bis A²⁴).

Le prélèvement vise tout à la fois les personnes physiques, les personnes morales et les « organismes » quelle qu'en soit leur forme, et les sociétés françaises non soumises à l'IS au prorata des droits sociaux détenus par des associés (personnes physiques ou morales) qui ne sont pas résidents français.

Outre les exonérations courantes (personnes physiques titulaires de pensions, organisations, États et assimilés), échappent au prélèvement les immeubles affectés à une exploitation industrielle ou commerciale en France ; la location d'immeuble qu'elle soit nue ou meublée n'est pas considérée par l'Administration comme pouvant relever d'une exploitation au sens de ces dispositions²⁵.

S'agissant des cessions d'actions et parts de sociétés, la définition des sociétés à prépondérance immobilière a été légalisée par la loi n° 2007-1822 du 24 décembre 2007 de finances pour 2008, le prélèvement s'appliquant aux cessions :

« De parts, d'actions ou d'autres droits dans des organismes (...) quelle qu'en soit la forme, non cotés sur un marché français ou étranger, dont l'actif est, à la clôture des trois exercices qui précèdent la cession, principalement constitué directement ou indirectement de biens ou droits mentionnés au présent 3. Si l'organisme dont les parts, actions ou droits sont cédés n'a pas encore clos son troisième exercice, la composition de l'actif est appréciée à la clôture du ou des seuls exercices clos ou, à défaut, à la date de la cession » (CGI, art. 244 bis A, I, 3).

Sont aussi concernées les sociétés cotées remplissant les mêmes conditions en termes d'actif lorsque le cédant détient directement ou indirectement au moins 10 % du capital de la société dont les parts ou actions sont cédées.

La notion de détention directe ou indirecte est calquée sur celle retenue en matière de plus-values de cession de droits sociaux (CGI, art. 244 bis B), et sous réserve des commentaires administratifs attendus elle ne devrait concerner que les cessions réalisées par l'intermédiaire d'une société de personnes, « quelles que soient les fonctions et la participation du contribuable dans cette société ou ce groupement et quelle que soit la participation de la personne interposée dans les bénéfices sociaux des sociétés qu'elle a en portefeuille »²⁶.

Le prélèvement est libératoire de l'impôt sur le revenu dû à raison des sommes qui ont supporté celui-ci.

24. Très largement modifié par L. fin. n° 2007-1822, 24 déc. 2007, art. 27 : Dr. fisc. 2008, n° 1-2, comm. 16, applicable aux cessions intervenues à compter du 1^{er} janvier 2008.

25. Instr. 4 août 2005 : BOI 8 M-1-05, Fiche 14, § 8 ; Dr. fisc. 2005, n° 37, instr. 13394.

26. Instr. 13 juin 2001 : BOI 5 C-1-01, § 43 ; Dr. fisc. 2001, n° 30-35, instr. 12672.

Il s'impute, le cas échéant, sur le montant de l'impôt sur les sociétés dû du par le contribuable à raison de cette plus-value au titre de l'année de sa réalisation. S'il excède l'impôt dû, l'excédent est restitué.

Enfin, sauf dispense dans des cas très limités²⁷, les contribuables domiciliés hors de France et passibles du prélèvement doivent nommer un représentant fiscal en France chargé de remplir les formalités et d'acquitter l'impôt (et éventuellement les pénalités) correspondant.

2° Au regard de la Convention fiscale entre la France et le Luxembourg datée du 1^{er} avril 1958

18 - L'avenant du 24 novembre 2006 étend aux plus-values de cession les solutions retenues en matière de revenus des biens :

« § 1. Les revenus des biens immobiliers et de leurs accessoires, y compris les bénéfices des exploitations agricoles et forestières, ne sont imposables que dans l'État où les biens sont situés

Cette disposition s'applique également aux bénéfices provenant de l'aliénation desdits biens.

§ 2. Les dispositions du paragraphe 1 s'appliquent également aux revenus provenant de l'exploitation et de l'aliénation des biens immobiliers d'une entreprise.

§ 3. Les dispositions des paragraphes 1 et 2 s'appliquent également aux gains tirés de l'exploitation ou de l'aliénation d'immeubles réalisés au travers de sociétés qui, quelle que soit leur forme juridique, n'ont pas de personnalité distincte de celle de leurs membres pour l'application des impôts visés à l'article 1^{er} ».

L'application de la Convention telle que modifiée par l'avenant diffère selon qu'un immeuble ou des parts d'une société à prépondérance immobilière sont cédés, situations qui sont examinées séparément ci-après.

B. - Cession d'un immeuble

1° Cession d'un immeuble par une personne physique

19 - La plus-value de cession d'un bien immobilier français par une personne physique résidente au Luxembourg n'est imposable qu'en France en vertu de l'article 3-1 de la Convention, non modifié par l'avenant du 24 novembre 2006. Le taux applicable est celui de 16 %.

Les personnes physiques résidentes d'un État de l'Union européenne bénéficient de toutes les exonérations applicables aux résidents français, notamment lorsque la durée de détention des biens atteint quinze années. En outre, sont exonérées les plus-values qu'un ressortissant d'un État de l'Union dégage lors de la cession de l'immeuble qui constitue son habitation en France, à condition qu'il ait été fiscalement domicilié en France de manière continue pendant au moins deux ans à un moment quelconque antérieurement à la cession (CGI, art. 150 U, II, 2).

Au Luxembourg, les revenus sont exonérés, en vertu de l'article 19-1 de la Convention, sous réserve de l'application de la clause de progressivité, avec incorporation des revenus exonérés dans une base fictive pour déterminer le taux d'impôt global applicable au revenu imposable à Luxembourg (LIR, art. 134).

2° Cession d'un immeuble par une société française soumise à l'IS

20 - La plus-value est en toute hypothèse soumise à l'impôt sur les sociétés au taux de 33 1/3 %²⁸.

27. Cessions par des personnes physiques inférieures à 150 000 € ou de biens détenus depuis plus de 15 ans.

28. Auquel s'ajoute pour les sociétés importantes une contribution de 3,3 % de l'impôt excédant 763 000 €.

Si la plus-value nette d'impôt est ensuite distribuée à un actionnaire luxembourgeois, le dividende est soumis à une retenue à la source de 15 % s'il bénéficie à une personne physique (*Conv. franco-luxembourgeoise*, art. 8-2), et peut être exonéré s'il est perçu par une société²⁹ ; l'exonération suppose que la société luxembourgeoise puisse bien être considérée comme résidente au Luxembourg au sens de la Convention, en y maintenant son centre effectif de direction (*Conv. franco-luxembourgeoise*, art. 2-4).

Au Luxembourg, dans le chef du bénéficiaire des revenus distribués, le traitement fiscal est le suivant³⁰ :

- le bénéficiaire est une personne physique résidente au Grand-duché de Luxembourg : imposition au barème progressif de l'impôt sur le revenu, avec crédit d'impôt pour la retenue à la source éventuellement prélevée en France, jusqu'à concurrence du montant maximum représentant la fraction de l'impôt dû au Luxembourg, du chef du même revenu, et abattement de 50 % sur le dividende versé par une société de personnes française soumise à l'IS en raison de son activité ou une société de capitaux française soumise à l'IS de plein droit et visées par la Directive ;

- le bénéficiaire est une société de capitaux qui a son siège statutaire ou son administration centrale au Grand-duché de Luxembourg et qui y est pleinement imposable : imposition au taux plein minimum de 29,63 %, avec crédit d'impôt pour la retenue à la source éventuellement prélevée en France, jusqu'à concurrence du montant maximum représentant la fraction de l'impôt dû au Luxembourg, du chef du même revenu, ou exonération en cas d'application du régime des sociétés mères et filiales, soit en vertu de l'article 19-3-a de la Convention, soit en vertu du droit interne selon l'article 166 de la loi de l'impôt sur le revenu, ou encore possibilité de bénéficier d'une exonération d'impôt sur 50 % du dividende brut en application de l'article 115, n° 15a de la loi de l'impôt sur le revenu.

3° Cession d'un immeuble par une société française non soumise à l'IS

21 - L'avenant du 24 novembre 2006 étend le principe d'assujettissement en France des revenus immobiliers de source française aux sociétés de copropriété, transparentes fiscalement ; les associés luxembourgeois de ces sociétés seront donc imposables en France à raison des plus-values de cession des immeubles pour la part correspondant à leurs droits dans la société.

En ce qui concerne les autres sociétés non soumises à l'IS, la question est de savoir si la notion de « produits de participation dans des entreprises constituées sous forme de sociétés civiles, de sociétés en nom collectif, de sociétés de fait et d'associations en participation ainsi que pour les parts des commandités dans les sociétés en commandite simple », apparaissant à l'article 19-2 de la Convention, inclut seulement les revenus courants des biens immobiliers, ou aussi les plus-values de cession des actifs.

La question n'est pas tranchée du côté français, mais on peut relever que les commentaires administratifs disponibles font référence à l'imposition de « la part de bénéfices » de la société française³¹, qui en toute logique formerait ensuite un « produit de participation » au sens de l'article 19-2 de la Convention. Si cette analyse était retenue, les associés luxembourgeois de toute société de personnes mentionnée à l'article 19-2 cédant un immeuble situé en France seraient passibles du prélèvement en France.

Du côté luxembourgeois, la plus-value réalisée sur la vente d'un immeuble situé en France, par une société française non soumise à l'IS en France, est exonérée dans le chef de l'associé (personne physique et société de capitaux) résident au Luxembourg. La plus-value

réalisée sur la vente d'un immeuble est qualifiée de « gain en capital » par les autorités fiscales luxembourgeoises.

Selon l'interprétation donnée par les autorités fiscales luxembourgeoises, le terme « produits » vise uniquement les revenus immobiliers courants, et la méthode d'imputation stipulée à l'article 19-2 de la Convention ne s'applique qu'à l'égard des revenus immobiliers courants (« produits »), à l'exclusion d'un « gain en capital », lorsque ces « produits » ont été réalisés à travers des participations dans une société française non soumise à l'IS. Les revenus immobiliers courants (« produits »), comprennent notamment les revenus de location³².

La plus-value réalisée sur la vente d'un immeuble situé en France, par une société française non soumise à l'IS, qui a été imposée par la France conformément à l'article 3 de la Convention, et qui est exonérée au Luxembourg en vertu de l'interprétation y donnée quant au champ d'application de l'article 19-2 de la Convention, constitue un revenu exonéré qui, conformément à la deuxième phrase de l'article 19-1 de la Convention (clause de progressivité applicable aux revenus exonérés dans l'un des deux États), sera incorporé dans une base imposable fictive dans le chef des associés résidents au Luxembourg, pour déterminer le taux d'impôt global applicable au revenu imposable à Luxembourg (*LIR*, art. 134).

Dans les arrêts prononcés récemment par les instances administratives luxembourgeoises³³ impliquant une SCI française n'ayant pas opté pour son assujettissement à l'IS en France, ainsi que dans les conclusions des parties, l'interprétation qui a été donnée à la notion de « produits de participation » dans le cadre de l'application de l'article 19-2 de la Convention rejoint entièrement l'interprétation des autorités fiscales luxembourgeoises exposée ci-dessus. En effet, la société luxembourgeoise plaignante, le tribunal administratif et le délégué du Gouvernement pour compte de l'État du Grand-duché de Luxembourg dans sa requête d'appel ont accepté unanimement de considérer que la notion de « produits de participation » stipulée à l'article 19-2 premier alinéa de la Convention vise les seuls revenus courants de la participation, en l'occurrence les revenus immobiliers courants, à l'exclusion des gains en capital, à savoir les plus-values de cession d'immeubles.

4° Cession d'un immeuble par une société de capitaux luxembourgeoise

22 - La plus-value de cession d'un immeuble situé en France par une société de capitaux luxembourgeoise est désormais imposable exclusivement en France en vertu de l'article 3 de la Convention dans sa rédaction résultant de l'avenant entré en vigueur le 1^{er} janvier 2008, qui trouve ici son plein effet.

Le taux prévu par l'article 244 bis A est dans ce cas celui de 33 1/3 %.

Au Luxembourg, les revenus sont exonérés, en vertu de l'article 19-1 de la Convention, sous réserve de l'application de la clause de progressivité, avec incorporation des revenus exonérés dans une base fictive pour déterminer le taux d'impôt global applicable au revenu imposable à Luxembourg (*LIR*, art. 134).

5° Cession d'un immeuble par une société luxembourgeoise dans le champ d'application de l'article 175, alinéa 1^{er} de la LIR

23 - L'imposition de la plus-value en France semble autorisée par la Convention modifiée par l'avenant du 24 novembre 2006, dans la mesure où par assimilation aux structures françaises équivalentes la

29. V. *infra* n° 7.

30. *Ibid.*

31. *Instr.* 16 mars 1972 : BOI 14 B-5-72 ; *Dr. fisc.* 1972, n° 22-23, *instr.* 3900.

32. V. *supra* n° 8.

33. Arrêt d'appel de la cour administrative du 3 mai 2007, n° 22499C, contre un jugement du tribunal administratif du 20 décembre 2006, n° 21223.

société luxembourgeoise n'aurait pas de personnalité fiscale distincte de ses membres et serait donc transparente fiscalement.

Dans ce cas la cession donnerait lieu en France au prélèvement de 33 1/3 % ou 16 % qui est prévu par l'article 244 bis A du CGI.

L'administration fiscale française a précisé que le bénéfice du taux de 16 % était subordonné aux deux conditions suivantes : l'État, membre de l'Union européenne ou non, dans lequel se trouve le siège de la société ou du groupement ne doit pas le considérer comme un sujet d'impôt ; il doit ensuite être vérifié que les associés de la société qui s'acquittent de l'impôt en lieu et place de ces sociétés sont des personnes physiques qui sont bien des résidents d'un État membre de l'Union européenne³⁴.

Ces précisions sont conformes à la position établie de l'administration fiscale française sur les sociétés de personnes étrangères, consistant à vérifier la transparence fiscale du point de vue du droit fiscal local avant d'en tirer les conséquences du point de vue français. Aucune jurisprudence ne semble avoir contredit cette position ou en avoir limité la portée.

Au Luxembourg, les revenus sont exonérés dans le chef de l'associé de la société luxembourgeoise dans le champ d'application de l'article 175, alinéa 1^{er} de la loi sur l'impôt sur le revenu, en vertu de l'article 19-1 de la Convention, sous réserve de l'application de la clause de progressivité, avec incorporation des revenus exonérés dans une base fictive pour déterminer le taux d'impôt global applicable au revenu imposable à Luxembourg.

C. - Cession des titres d'une société à prépondérance immobilière

1° Cession des titres d'une société française soumise à l'IS

a) Cession par une personne physique ou une société civile luxembourgeoise

24 - La plus-value de cession des titres d'une société française soumise à l'IS par une personne physique ou une société civile luxembourgeoise n'est imposable qu'au Luxembourg, par application de l'article 18 de la Convention, relatif aux revenus non autrement visés :

- quand les titres cédés sont ceux d'une société de personnes française soumise à l'IS en raison de son activité ou d'une société de capitaux française soumise à l'IS de plein droit et qui sont visées par l'article 2 de la Directive, l'imposition au Luxembourg est fondée :

- soit en tant que bénéfice de spéculation réalisé dans les six mois après l'acquisition, bénéfice qui est imposé selon le barème progressif (*LIR, art. 99 bis (1), pt 1. b*) ; le tarif de base est prévu par *LIR, art. 118*) ; le taux maximal s'élève à 38 % pour la tranche de revenu imposable dépassant 36 570 €, l'impôt est majoré de 2,5 % à titre de contribution au fonds pour l'emploi, et le revenu (brut après abattement) est soumis à la cotisation de l'assurance dépendance au taux de 1,4 % ;

- soit en tant que bénéfice de cession provenant d'une participation importante réalisée plus de six mois après l'acquisition (*LIR, art. 100*) ; la participation est importante lorsque le cédant, seul ou ensemble avec son conjoint et ses enfants mineurs, a participé de façon directe ou indirecte, à un moment quelconque au cours des cinq années antérieures au jour de l'aliénation pour plus de 10 % au capital de la société. Ce bénéfice est imposé après diminution d'un abattement décennal maximum de 50 000 € au taux qui est égal à la moitié du taux global applicable au revenu imposable (au maximum 19 %) majoré de la contribution au fonds pour l'emploi et de la cotisation de l'assurance dépendance ;

- quand les titres cédés sont ceux d'une société de personnes française soumise à l'IS sur option, l'imposition devrait être possible au Luxembourg sur la base de l'article 19-2 de la Convention, par extension de la solution retenue dans les arrêts *Sopares*³⁵. La plus-value devrait être imposable de la même façon que la plus-value de cession de titres d'une société de capitaux. Cette analyse devra néanmoins être validée par les autorités fiscales luxembourgeoises.

b) Cession par une société de capitaux luxembourgeoise

25 - L'avenant ne visant que les cessions d'immeubles réalisées au travers de sociétés de copropriété, transparentes fiscalement, les plus-values de cession des titres d'une société française soumise à l'IS par une société de capitaux luxembourgeoise continueront à être exonérées du prélèvement visé à l'article 244 bis A du CGI.

On peut remarquer sur ce point que la rédaction retenue lors de la renégociation s'écarte de l'article 13-4 de la convention modèle OCDE qui, dans la [FB4] version adoptée le 28 janvier 2003 et modifiée sur ce point à l'initiative de la France, vise « *les gains qu'un résident d'un État contractant tire de l'aliénation d'actions qui tirent directement ou indirectement plus de 50 % de leur valeur de biens immobiliers situés dans l'autre État contractant (...)* ». Le Luxembourg avait émis des réserves auprès de l'OCDE sur ce point et a donc obtenu gain de cause lors de la renégociation de la convention avec la France.

Il doit être ici rappelé que du côté français le bénéfice effectif de la Convention fiscale suppose que :

- la société cédante puisse être considérée comme résidente fiscalement au Luxembourg, avec une installation fixe et des décisions prises à partir du Luxembourg (en pratique le fait d'obtenir l'accord d'un administrateur luxembourgeois semble être une précaution minimale) ;

- la société luxembourgeoise ne dispose pas en France d'un établissement stable, qui serait caractérisé par une gestion active de la société française, directement ou par l'intermédiaire d'un agent dépendant.

Au Luxembourg, l'imposition de la plus-value de cession des titres varie selon qu'il s'agit d'une société de personnes française soumise à l'IS sur option, ou d'une société de personnes française soumise à l'IS en raison de son activité ou d'une société de capitaux française soumise à l'IS de plein droit et qui sont visées par l'article 2 de la Directive.

26 - Selon les arrêts *Sopares*³⁶ prononcés par les juridictions administratives luxembourgeoises, concernant la plus-value d'échange de titres d'une SCI française ayant opté pour son assujettissement à l'IS en France, l'imposition au Luxembourg est fondée sur l'article 19-2 de la Convention. Le régime d'exonération des plus-values tirées d'une participation dans une filiale, suivant l'article 166 (9) point 1. de la loi de l'impôt sur le revenu et le Règlement grand-ducal d'exécution du 21 décembre 2001 ne sont pas applicables, et la plus-value de cession est imposée au taux plein minimum de 29,63 %.

27 - Lorsqu'il s'agit d'une plus-value de cession des titres d'une société de personnes française soumise à l'IS en raison de son activité ou d'une société de capitaux française soumise à l'IS de plein droit et qui sont visées par l'article 2 de la Directive, l'imposition au Luxembourg s'appuie sur l'article 4 de la Convention relatif aux revenus des entreprises industrielles, minières, commerciales ou financières.

En vertu du régime interne des sociétés mère et filiales, lorsque les titres cédés ont été détenus directement, la plus-value est exonérée dans le chef de la société de capitaux luxembourgeoise qui a son siège statutaire ou son administration centrale au Grand-duché de Luxembourg et qui y est pleinement imposable, lorsqu'à la date de l'aliéna-

34. *Rép. min. n° 12119 à M. Masson : JO Sénat Q, 25 nov. 2004, p. 2688.*

35. *V. infra n° 26.*

36. Arrêt de la cour administrative du 10 janvier 2006, n° 20307 C, contre un jugement du tribunal administratif du 20 juillet 2005, n° 19280.

tion des titres le cédant détient ou s'engage à détenir la participation dans la société française définie ci-dessus pendant une période ininterrompue d'au moins douze mois et que pendant toute cette période, le taux de participation ne descend pas au-dessous du seuil de 10 % ou le prix d'acquisition au-dessous de 6 000 000 € (*LIR, art. 166 (9), pt 1.*³⁷). À noter que, par dérogation à ce qui précède, le revenu dégagé par la cession de la participation est imposable à raison de la somme algébrique des revenus de la participation et d'une éventuelle déduction pour dépréciation effectuée sur la participation pour autant qu'elles ont diminué la base d'imposition de l'exercice de l'aliénation ou d'exercices antérieurs. Est assimilée à une déduction pour dépréciation pour l'application de la disposition qui précède, celle effectuée par la société mère sur une créance envers sa filiale.

2° Cession des titres d'une société française non soumise à l'IS

a) Cession par une personne physique ou une société civile luxembourgeoise

28 - Là encore, la plus-value de cession des titres d'une société française non soumise à l'IS par une personne physique ou une société civile luxembourgeoise n'est imposable qu'au Luxembourg, par application de l'article 18 de la Convention, relatif aux revenus non autrement visés.

Il semblerait que le Luxembourg n'impose pas la plus-value de cession des titres d'une société française non soumise à l'IS, si cette société est une SCI ou une société dont l'actif est composé essentiellement d'un ou de plusieurs biens immobiliers situés en France et visée par l'article 19-2 de la Convention. Cette solution serait fondée sur la prépondérance immobilière de cette société et sur sa qualification de « société transparente fiscalement », et le Luxembourg traiterai cette plus-value de la même façon qu'une plus-value de cession d'immeubles ; en l'occurrence, aux termes de l'article 3 de la Convention, il s'agirait d'un revenu immobilier exclusivement imposable en France. Dans cette hypothèse, il n'y aurait aucune imposition dans le chef des associés-bénéficiaires qui ont leur domicile fiscal au Luxembourg.

Enfin, conformément à la deuxième phrase de l'article 19-1 de la Convention (clause de progressivité applicable aux revenus exonérés dans l'un des deux États), le Luxembourg pourrait incorporer cette plus-value exonérée dans une base imposable fictive dans le chef des associés résidents au Luxembourg, pour déterminer le taux d'impôt global applicable au revenu imposable à Luxembourg (*LIR, art. 134*).

b) Cession par une société de capitaux luxembourgeoise

29 - Pour les mêmes raisons que celles mentionnées ci-dessus³⁸, l'avenant ne permet pas à la France d'imposer les plus-values de cession de titres de sociétés françaises non soumises à l'IS par des sociétés de capitaux luxembourgeoises.

La question est de savoir si l'imposition en France pourrait être fondée sur l'article 19-2 de la Convention qui, rappelons-le, vise les « produits de participation dans des entreprises constituées sous forme de sociétés (...) ».

Il semble que l'administration fiscale française considère que cette notion de produits de participation ne vise que les profits réalisés en France par lesdites sociétés, et non les plus-values de cession de parts des sociétés par leur associé luxembourgeois³⁹, ce qui semble cohé-

rent au moins du point de vue sémantique (en l'absence de toute référence à une cession).

Il semblerait aussi que le Luxembourg n'impose pas la plus-value de cession des titres d'une société française non soumise à l'IS, si cette société est une SCI ou une société dont l'actif est composé essentiellement d'un ou de plusieurs biens immobiliers situés en France et visée par l'article 19-2 de la Convention. Cette solution serait fondée sur la prépondérance immobilière de cette société et sur sa qualification de « société transparente fiscalement » et le Luxembourg traiterai cette plus-value de la même façon qu'une plus-value de cession d'immeubles ; en l'occurrence, aux termes de l'article 3 de la Convention, il s'agirait d'un revenu immobilier exclusivement imposable en France.

Cette plus-value ne serait pas non plus rangée parmi les revenus visés à l'article 18 de la Convention, c'est-à-dire « les revenus non mentionnés aux articles précédents », soit les articles 3 à 17, d'où l'absence d'imposition dans le chef des associés-bénéficiaires qui ont leur domicile fiscal au Luxembourg.

Enfin, conformément à la deuxième phrase de l'article 19-1 de la Convention (clause de progressivité applicable aux revenus exonérés dans l'un des deux États), le Luxembourg pourrait incorporer cette plus-value exonérée dans une base imposable fictive dans le chef des associés résidents au Luxembourg, pour déterminer le taux d'impôt global applicable au revenu imposable à Luxembourg (*LIR, art. 134*).

c) Conclusion provisoire

30 - Dans le cadre franco-luxembourgeois, le choix entre une société française soumise à l'IS et une société de personnes semble équivalent puisque dans les deux cas les revenus et les plus-values sur les actifs sont essentiellement imposables en France⁴⁰ et les plus-values de cession des titres restent exonérées dans les deux États.

Dans le domaine des investissements immobiliers, le choix d'une société non soumise à l'IS peut toutefois présenter deux avantages significatifs :

- la mise en place de partenariats est facilitée, le résultat fiscal des opérations étant attribué aux associés au prorata de leur participation ;

- l'acquéreur des parts d'une société non soumise à l'IS peut dans certaines conditions compenser la plus-value dégagée sur l'actif et une moins-value équivalente sur les titres, par application de la jurisprudence *SA Éts Quémener*⁴¹, obtenant ainsi une réévaluation de l'actif en franchise d'impôt ; depuis le 26 septembre 2007, les plus et moins-values de cession de titres de participation détenus dans des sociétés à prépondérance immobilière non cotées entrent dans le champ d'application du taux normal de l'impôt sur les sociétés, soit 33 1/3 %⁴², et cette imputation est désormais possible quelle que soit la durée de détention des titres par le nouvel associé.

3° Cession des titres d'une société de capitaux luxembourgeoise

31 - Le prélèvement de 33 1/3 % s'applique en principe aux cessions de titres de sociétés étrangères dont l'actif est principalement constitué de biens immobiliers situés en France, selon la définition figurant ci-dessus⁴³.

40. L'imposition au Luxembourg des revenus réalisés par l'intermédiaire d'une société française non soumise à l'IS étant généralement compensée par un crédit d'impôt correspondant à l'impôt français.

41. CE, 16 févr. 2000, n° 133296 : *SA Éts Quémener* : *JurisData* n° 2000-060132 ; *Dr. fisc.* 2000, n° 14, *comm.* 283, *concl.* G. Bachelier, *note* J. Turol.

42. Le taux de 16,5% étant applicable aux plus et moins-values de cession de titres de sociétés à prépondérance immobilière cotées, pour les exercices ouverts à compter du 31 décembre 2007.

43. *V. supra* n° 17.

37. Et Règlement grand-ducal d'exécution du 21 décembre 2001 de la loi de l'impôt sur le revenu ; à noter que le champ d'application de cet article s'étend au-delà des sociétés de capitaux luxembourgeoises mentionnées *supra* n° 25 et 26.

38. *V. supra* n° 24 à 27.

39. BOI 14 B-5-72, *préc.*

L'avenant réservant à la France le droit d'imposer seulement les plus-values de cession de biens immobiliers directement ou au travers de sociétés sans personnalité morale, la cession des titres d'une société luxembourgeoise par une personne physique ou une société elles-mêmes résidentes au Luxembourg ne pourra pas être imposée en France.

Au Luxembourg, lorsque le cédant des titres de la société de capitaux luxembourgeoise est une personne physique, la plus-value de cession des titres est imposée selon les modalités indiquées ci-dessus ⁴⁴.

Lorsque le cédant des titres de la société de capitaux luxembourgeoise est une autre société de capitaux luxembourgeoise, il s'agit en principe d'un bénéfice commercial imposable selon l'article 14 de la loi de l'impôt sur le revenu et selon les modalités indiquées ci-dessus ⁴⁵.

4° Cession des titres d'une société luxembourgeoise qui tombe sous le champ d'application de l'article 175, alinéa 1^{er} de la LIR

32 - Pour les mêmes raisons que celles exposées au paragraphe précédent, une telle cession ne devrait pas être imposable en France.

44. V. supra n° 24.

45. V. supra n° 24.

Au Luxembourg, le traitement décrit ci-dessus ⁴⁶ à l'égard des sociétés françaises non soumises à l'IS trouvera son application, et il semblerait que le Luxembourg n'impose pas la plus-value de cession des titres d'une société luxembourgeoise qui tombe sous le champ d'application de l'article 175, alinéa 1^{er} de la loi de l'impôt sur le revenu, si l'actif de cette société est composé essentiellement d'un ou de plusieurs biens immobiliers situés en France.

Conclusion

33 - Des incertitudes subsistent sur le traitement fiscal des revenus et plus-values de source immobilière française encaissés par des sociétés et groupements luxembourgeois, mais les possibilités d'optimisation n'ont pas non plus été totalement supprimées par l'avenant à la convention fiscale entré en vigueur le 27 décembre 2007.

On notera aussi que d'autres sociétés et organismes peuvent servir de support à des investissements immobiliers en France et méritent un examen particulier, comme les sociétés d'investissements immobiliers cotées (SIIC) et les organismes de placement collectif en immobilier (OPCI) du côté français, et les sociétés d'investissement en capital à risque (SICAR) et les fonds d'investissement spécialisés (FIS) du côté luxembourgeois.

MOTS-CLÉS : Fiscalité internationale - Revenus immobiliers - Investissements en France au départ du Grand-duché de Luxembourg
Fiscalité immobilière - Luxembourg
Conventions internationales - Luxembourg - Avenant

46. V. supra 28 à 30.

JurisClasseur Conférences

COMMENT S'INSCRIRE ?

COURRIER LexisNexis SA
Service Formations et Conférences
141, rue de Javel
75747 Paris cedex 15
FAX 01 45 58 94 35
E-MAIL formations@lexisnexis.fr

RENSEIGNEMENTS

SITE <http://formations.lexisnexis.fr>
0 821 200 700

FORMATION CONTINUE DES AVOCATS n° d'homologation 07-046

7H VALIDÉES

Journée d'étude JurisClasseur

Mercredi 25 juin 2008 - Paris

PRATIQUE DU DÉMEMBRÉMENT DE PROPRIÉTÉ

Cette Journée vous donne une occasion unique de :

- Optimiser votre conseil patrimonial à vos clients
- Faire le point sur l'actualité jurisprudentielle et doctrinale
- Mesurer les enjeux d'un démembrement préparé
- Échanger avec les meilleurs spécialistes en la matière

Quels professionnels allez-vous rencontrer ?
Avocats, Notaires, Conseillers en gestion de patrimoine, Juristes de banque...

ÉCONOMISEZ 50€
Inscrivez-vous avant le 31 mai 2008

Sous la direction scientifique de **Michel GRIMALDI**
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Avec les interventions de **Jean-François SAGAUT**
Notaire à Paris

Vincent CORNILLEAU, Ingénieur patrimonial, Chargé d'enseignement à l'Université Paris XII, Responsable des séminaires « les outils de gestion de patrimoine » à l'ISC Paris, Auteur du Litec Professionnels "Pratique du démembrement de propriété"

Bruno DALMAS, Ingénieur patrimonial, Chargé d'enseignement à l'Université Paris XII, Auteur du Litec Professionnels "Pratique du démembrement de propriété"

Téléchargez le programme et le bulletin d'inscription sur <http://formations.lexisnexis.fr>

LexisNexis