

N° 437122
SCPI Primopierre

8^{ème} et 3^{ème} chambres réunies
Séance du 24 février 2020
Lecture du 10 mars 2020

CONCLUSIONS

M. Romain VICTOR, rapporteur public

1.- Depuis le début des années 2000, le législateur a eu à cœur de favoriser l'essor et la consolidation du secteur de la « pierre papier ».

La « pierre papier » est, vous le savez, le nom vernaculaire qu'il est d'usage de donner aux parts, actions ou droits que des investisseurs, notamment des particuliers, peuvent souscrire dans des sociétés civiles de placement immobilier (SCPI), des organismes de placement immobilier (OPCI) ou des foncières cotées, bénéficiant du régime des sociétés d'investissement immobilier cotées (SIIC). Ces formules offrent la possibilité, à des non professionnels et non experts, qui soit n'ont pas la mise de départ ou la capacité d'emprunt requise pour réaliser un achat immobilier, soit n'ont pas envie de gérer un bien, d'investir néanmoins leurs disponibilités dans la pierre, y compris dans l'immobilier commercial auquel ils n'auraient normalement pas accès, en touchant les revenus correspondants, tout en déléguant la gestion à un professionnel...

Dans l'optique de conforter le « *compartiment immobilier du marché financier* », l'article 27 de la loi de finances pour 2005¹, issu d'un amendement présenté par M. Philippe Marini au nom de la commission des finances du Sénat², a créé une incitation fiscale temporaire au transfert par une entreprise soumise à l'impôt sur les sociétés de sa propriété immobilière vers les sociétés faisant appel public à l'épargne dont la détention et la gestion d'actifs immobilier sont le métier.

Cette incitation a pris la forme d'une réduction du taux de l'impôt sur les sociétés frappant la plus-value nette constatée lors de l'apport d'un immeuble ou d'un droit afférent à un contrat de crédit-bail immobilier à une SCPI, une SIIC ou une société équivalente, sous réserve que l'apport soit réalisé au cours des années 2005 à 2007. Il a ainsi été prévu que la plus-value constatée lors de l'apport serait taxée au taux prévu au IV de l'article 219 du CGI, soit au taux de 16,5% et, à compter du 1^{er} janvier 2009³, au taux de 19%. Ce dispositif, codifié à l'article 210 E du CGI, a été aménagé et complété par de nombreux textes postérieurs. Notamment, son champ a été redéfini, dès la loi de finances rectificative pour 2005⁴, pour ne s'appliquer qu'aux cessions, et non aux apports, et sa durée de vie a été prolongée jusqu'au 31 décembre 2011.

Nous vous parlons donc d'une branche caduque de la législation fiscale.

¹ Loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004.

² Amendement n° I-323.

³ Par l'article 25 de la loi n° 2008-1425 du 27 décembre 2008 de finances pour 2009.

⁴ Art. 28 de la loi n° 2005-1720 du 30 décembre 2005 de finances rectificative pour 2005.

Pour dissuader et punir les pratiques abusives, le II de l'article 210 E mettait une simple condition au bénéfice du taux réduit : que la société cessionnaire s'engage à conserver pendant une durée de cinq ans l'immeuble ou les droits cédés. Et pour garantir le respect de cette condition, il était prévu que tout manquement – c'est-à-dire la rupture de l'engagement de conservation – exposerait la société cessionnaire à une amende fiscale, codifiée en dernier lieu à l'article 1764 du CGI⁵. Le législateur avait en l'occurrence instauré, de préférence à une amende forfaitaire impossible à paramétrer, une amende proportionnelle, dont le montant a été fixé au quart de la valeur de cession de l'actif immobilier pour lequel l'engagement de conservation n'a pas été respecté.

2.- C'est la définition même de cette sanction que conteste la société Primopierre. Cette SCPI créée en 2008, qui compte 25 000 associés pour une capitalisation de presque 3 milliards d'euros, et dont la gestion est assurée par la société Primonial, a fait l'objet d'une vérification de comptabilité à l'issue de laquelle l'administration lui a infligé l'amende pour un montant s'établissant (après dégrèvement partiel) à la bagatelle de 3 062 500 euros. Le service a en effet relevé que la société, qui avait acquis un ensemble immobilier le 24 novembre 2011 auprès d'une SCI ayant bénéficié des dispositions de l'article 210 E, avait revendu ce bien le 10 décembre 2015, soit 4 ans et 1 mois plus tard. Conformément à l'article 1764, il a appliqué le taux de l'amende (25%), à la valeur d'acquisition de l'immeuble par la SCPI (12 250 000 euros), soit la somme de 3 062 500 euros, mise en recouvrement fin 2018.

C'est dans ce contexte douloureux que la société vous a saisi, le 25 décembre dernier, d'un recours recevable tendant à l'annulation du paragraphe n° 110 des commentaires administratifs publiés le 3 octobre 2018 sous la référence BOI-CF-INF-20-10-20.

Elle soutient que ce passage de l'instruction, qui rappelle les termes du premier alinéa du I de l'article 1764, réitère une disposition législative qui méconnaît les stipulations de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et celles de l'article 1^{er} de son protocole additionnel.

2.1.- Si l'article 6§1 ne peut être utilement invoqué dans le contentieux de l'impôt, qui échappe au champ des droits et obligations de caractère civil (CEDH, Gr. Ch., 12 juillet 2001, *Ferrazzini c/ Italie*, n° 44759/98, RJF 2002 n° 128, point 29), il peut l'être en revanche, sous son angle pénal, lorsque sont en cause des sanctions fiscales (CEDH, 24 févr. 1994, *Bendenoun c/ France*, n° 12547/86, points 46 et 47, RJF 1994 n° 503), dès lors qu'elles ont la nature d'« *accusations en matière pénale* » au sens de la Convention.

En l'espèce, au regard des critères « *Engel* » (qualification juridique de l'infraction en droit national, nature de l'infraction, nature et sévérité de la sanction)⁶, l'opérance du moyen ne fait aucun doute. La place de l'article 1764 dans le code (dans un chapitre relatif aux pénalités), l'objet même de la sanction (réprimer la rupture avant terme d'un engagement), la sévérité au moins potentielle de la sanction (un quart de la valeur d'achat, quel que soit le prix de revente), ajouté à la circonstance que le montant n'est pas la simple répétition de l'avantage fiscal indûment obtenu (au demeurant par la société cédante), sont autant d'indices qui militent pour rattacher l'amende litigieuse à la matière pénale, même si les sanctions fiscales, comme le dit la Cour EDH, « *ne font pas partie du noyau dur du droit pénal au sens de la Convention* ».

⁵ Après avoir été codifiée à l'article 1734 *ter* B.

⁶ Cour plén., 8 juin 1976, *Engel et al. c/ Pays-Bas*, n°s 5100/71.

Nous nous séparons donc radicalement de la thèse défendue par le ministre qui estime dans son mémoire en défense que, par cette amende, « *le législateur [aurait] entendu réparer le préjudice subi par l'Etat du fait d'entreprises qui ont bénéficié d'une mesure d'incitation fiscale sans se conformer au comportement incité et ainsi, sans contribuer aux objectifs visés par le législateur* ».

Pour autant, nous doutons que l'on puisse faire découler en tant que tel de l'article 6§1, qui définit une garantie processuelle – le droit de toute personne à ce que « *sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* » – un principe de proportionnalité des sanctions qui intéresse le fond, et non la procédure.

Si, sur le terrain de l'article 6§1, la Cour européenne s'est, il est vrai, saisie de la question de la proportionnalité des sanctions administratives, c'est exclusivement sous l'angle du contrôle juridictionnel sur la sanction : voyez ses arrêts *Malige c. France* à propos du retrait de points du permis de conduire (CEDH, 23 sept. 1998, n° 27812/95, RJF 1998 n° 1384, point 49) et bien sûr *Segame c. France* à propos des sanctions fiscales (CEDH, 5^{ème} sect., 7 juin 2012, aff. 4837/06, RJF 2012 n° 888). Cette approche s'entend parfaitement. Il est en effet légitime de s'intéresser, au titre du « droit à un procès équitable », à la capacité du juge à individualiser la sanction, sans laquelle il ne pourrait être regardé comme un juge ayant pleinement compétence pour décider du bien-fondé d'une accusation en matière pénale. L'exigence de proportionnalité est à ce titre un élément, parmi d'autres, du contrôle suffisant par le juge sur la sanction. Mais c'est dans cette mesure seulement que vous acceptez de vous prononcer au regard de l'article 6. Dans l'affaire ayant donné lieu à votre arrêt *Sté Edenred France* qui portait sur l'amende de 5% des résultats omis en cas d'absence de mention sur l'état prévu à cet effet de la plus-value réalisée en cas de fusion ou d'apport partiel d'actif d'une branche complète d'activité (10^{ème} et 9^{ème} chr, 4 déc. 2017, n° 379685, rec. p. 344, RJF 2018 n° 284, concl. E. Crépey C284), c'était là encore une question de contrôle du juge sur une amende à taux unique et non modulée que vous avez tranchée.

Dans ces conditions, il est inexact de partir de l'idée, comme le fait la requérante qui ne se plaint à aucun moment de l'absence de pouvoir de modulation par le juge, que l'article 6 serait le terrain idoine pour invoquer une exigence générale de proportionnalité des sanctions, à l'identique de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen pour ce qui concerne le contrôle de constitutionnalité, étant observé que l'article 7 de la Convention (« *Pas de peine sans loi* »), relatif aux principes de légalité des délits et des peines et de non-rétroactivité de la loi pénale, ne comporte pas non plus une telle exigence de proportionnalité.

2.2.- Toutefois, grand bien lui en a pris, la SCPI Primopierre a poursuivi sa lecture de la Convention jusqu'au protocole additionnel et invoque utilement l'article 1^{er} de ce protocole qui protège la propriété.

Par une décision *Mamidakis c. Grèce* (CEDH, 1^{ère} sect., 11 janv. 2007, req. n° 35533/04), rendue à propos de sanctions administratives en matière douanière, la Cour européenne, tout en écartant une violation de l'article 6 de la Convention, a jugé que si une amende administrative constitue une ingérence dans le droit au respect des biens, garanti par la première phrase du premier alinéa de l'article 1P1, en ce qu'elle prive la personne qui en fait l'objet d'un élément de propriété, à savoir la somme qu'elle doit payer, une telle

ingérence est en principe autorisée, conformément au second alinéa de l'article qui ménage expressément une exception pour les amendes, lesquelles doivent être d'un niveau suffisant pour être efficaces.

Pour autant, la Cour a exigé qu'un « *rapport de proportionnalité raisonnable* » puisse être établi « *entre les moyens employés et le but recherché* », afin que l'amende n'impose pas à son débiteur une « *charge excessive* » ou qui « *porterait fondamentalement atteinte à sa situation financière* ». Au cas d'espèce, elle avait relevé que l'amende douanière grecque, qui allait jusqu'au décuple des taxes douanières éludées, même en tenant compte de la marge d'appréciation des Etats contractants, était disproportionnée⁷.

Le moyen présenté sur le fondement de l'article 1^{er} du protocole additionnel est ainsi opérant, il est permis d'en venir à son bien-fondé.

Nous ne sommes pas troublé par le fait que l'amende est infligée à la société cessionnaire et non à la cédante qui a bénéficié de l'avantage fiscal prévu par l'article 210 E. D'une part, la sanction a pour objet de réprimer un fait personnellement imputable à la cessionnaire : celui de s'être soustrait à un engagement qu'elle avait pris dans l'acte de cession⁸ de conserver le bien pendant une certaine durée. D'autre part, le principe même d'une sanction pesant sur la cessionnaire n'a rien de choquant. Au moyen d'une incitation fiscale donnée à la cédante, ce sont en réalité les sociétés du secteur immobilier faisant appel à l'épargne que le législateur a entendu favoriser, en faisant grossir leur portefeuille d'actifs immobiliers.

Enfin et surtout, il serait illusoire de penser que l'économie d'impôt indûment accordée par l'Etat ne bénéficierait qu'à la cédante. Si la réduction de taux de l'IS sur la plus-value bénéficie *directement* à cette dernière, il est raisonnable de tenir qu'elle bénéficie aussi, *indirectement*, à la cessionnaire, qui achète moins cher ce qu'elle aurait payé plus cher en l'absence d'incitation fiscale à la vente. Il y a donc, inévitablement, un partage de l'avantage fiscal entre les parties à la vente. C'est, peu ou prou, la même chose que lorsqu'une société bénéficiant du crédit d'impôt recherche facture des prestations de recherche à une entreprise cliente : cette dernière capte une partie de l'avantage fiscal en payant à un prix plus bas un service subventionné par l'Etat.

Compte tenu de cette triangulation entre la cédante, le Trésor et la cessionnaire, il n'était donc *a priori* pas impropre de prendre pour référence, pour le calcul de l'amende appliquée à la cessionnaire, la valeur à laquelle elle a acquis l'immeuble car le prix payé, qui tient compte du gain fiscal partagé entre les parties, donne une indication de l'avantage que l'application des dispositions de l'article 210 E a pu lui procurer sous forme d'accroissement de la valeur de son patrimoine.

Ce qui est gênant, en revanche, c'est le taux de 25% qui a été retenu, car il peut aboutir à un montant d'amende doublement disproportionné :

- disproportionné par rapport à l'avantage économique globalement retiré par la cessionnaire d'un dispositif dont elle n'a pas respecté les conditions, dans la

⁷ Voir également, pour une autre appréciation au regard de l'exigence de proportionnalité sous l'angle de l'article 1P1 : CEDH, 3^{ème} sect., 18 juin 2013, *S.C. Complex Herta Import Export S.R.L. lipova c. Roumanie*, req. n° 17118/04, point 38.

⁸ En application de l'article 46 quater-0 ZZ *bis* C de l'annexe III au CGI.

mesure où l'assiette de l'amende ne s'intéresse qu'à la valeur d'entrée du bien dans son patrimoine, sans tenir compte de la valeur de sortie, alors même qu'une importante moins-value aurait été réalisée lors de la revente (c'est semble-t-il le cas de la société Primopierre) ni se préoccuper des motifs de cette cession, ni même de ce que la revente avant terme serait faite au profit d'une autre société immobilière faisant appel public à l'épargne et poursuivant la gestion locative du bien cédé – hypothèse dans laquelle on peine à discerner une grave mise en cause des objectifs poursuivis par le législateur ;

- disproportionné également par rapport au montant de la dépense fiscale de l'Etat dont elle a indirectement bénéficié, car l'avantage fiscal résultant de l'article 210 E est fonction de la plus-value nette de cession réalisée par la société cédante et non de la valeur brute d'acquisition par la cessionnaire.

Sur ce second point, on observera que le montant de l'économie d'impôt et donc de la dépense fiscale de l'Etat est égal à la différence entre le taux normal de l'impôt sur les sociétés (33,1/3 % à la date de la cession) et le taux réduit (19%), soit 14,1/3%, que multiplie la plus-value immobilière. Ainsi, pour un immeuble acquis par la cessionnaire à un prix de 10 M€, l'amende de 25% qui lui est infligée s'établit à 2,5 M€, montant qu'il convient de rapprocher du coût pour les finances publiques qui s'établit à 1 145 000 € pour une plus-value de 8 M€, 716 000 € pour une plus-value de 5 M€, 430 000 € pour une plus-value de 3 M€ et seulement 143 000 € pour une plus-value de 1 M€.

La décorrélation est donc structurelle et produit des conséquences potentiellement très importantes, l'amende pouvant s'avérer plusieurs fois supérieure aux avantages de toute nature que la société cessionnaire retire de l'application induite du régime fiscal de faveur, sans que l'article 1764 ne comporte de correctifs, qui pourraient prendre la forme d'un plafonnement ou d'une dégressivité de l'amende en fonction de la durée de détention du bien cédé avant terme.

Ces critiques nous paraissent d'une ampleur suffisamment manifeste pour que vous soyez vous-même en mesure de constater – c'est-à-dire sans qu'il soit besoin de saisir la Cour de Strasbourg d'une demande d'avis consultatif – que, même en tenant compte de la marge d'appréciation reconnue aux Etats contractants par la Cour et de ce que les sociétés cessionnaires sanctionnées sont en règle générale des sociétés importantes, la sanction définie au premier alinéa du I de l'article 1764 du CGI ne ménage pas un rapport de proportionnalité raisonnable entre le but recherché et les moyens employés, en ce qu'elle peut aboutir à faire supporter une charge excessive aux intéressées.

PCMNC à l'annulation du paragraphe 110 des commentaires attaqués et à ce que l'Etat verse la somme de 3 000 euros à la requérante au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.