

L'arrêt Lupa : quel impact sur les opérations immobilières ?



24 novembre 2016

Introduction

- ❖ La jurisprudence Quémener a apporté une solution à la double imposition ou déduction qui résultait de la cession de parts de sociétés dites « translucides ».
- ❖ Le mécanisme qui a emprunté son nom à cette jurisprudence a été conforté par la jurisprudence et la doctrine administrative. La pratique des cessions de sociétés de personnes (translucides) détenant un immeuble s'est largement développée en appliquant le mécanisme Quémener qui a relancé l'intérêt des *share deals* même en présence d'une fiscalité latente sur les actifs de la société.
- ❖ Par l'arrêt du 6 juillet 2016 (CE n°377904 Lupa Immobilière France et Lupa Patrimoine France), le Conseil d'Etat subordonne le bénéfice de sa jurisprudence Quémener, dans le cas d'une réévaluation suivie d'une confusion de patrimoine de SCI, à la démonstration d'une double imposition.
- ❖ L'arrêt Lupa jette le trouble sur cette application de Quémener. Sa portée soulève des incertitudes et nous envisagerons quelles solutions s'offrent aux transactions à intervenir dans l'attente que « Lupa » soit définitivement tranchée.

Pourquoi Quémener?

- ❖ Le résultat fiscal d'une société de personnes dite « translucide » (article 8 du CGI), est déterminé à son niveau mais est imposable entre les mains de ses associés à hauteur de leur quote-part de détention de la société et selon le régime leur étant applicable.
- ❖ Les résultats d'une société de personnes déjà pris en compte dans les revenus des associés pourraient être imposés ou déduits une seconde fois lors de la cession des parts.
- ❖ **En cas de bénéfice**
 - Si la société a réalisé un bénéfice qui n'a pas été distribué, alors celui-ci vient augmenter la valeur des parts cédées, donc augmenter le prix de vente, donc augmenter la plus-value taxable (ou diminuer la moins-value). En l'absence de correctif, il en résulterait à l'occasion de la cession une double imposition du bénéfice qui a déjà été imposé entre les mains de l'associé dès son exercice de réalisation.
- ❖ **En cas de pertes**
 - Si la société a réalisé des pertes qui n'ont pas été comblées, alors celles-ci viennent diminuer la valeur de la société, donc diminuer le prix de vente, donc diminuer la plus-value taxable (ou augmenter la moins value). En l'absence de correctif, il en résulterait à l'occasion de la cession une double déduction de cette perte puisque celle-ci a déjà été déduite par l'associé à son niveau dès son exercice de réalisation.

Le mécanisme dit «Quémener »

- ❖ Pour éviter qu'un associé soit in fine imposé deux fois sur un même profit économique, ou déduise deux fois une même perte, le Conseil d'Etat exige que le prix de revient fiscal des parts, pris en compte pour le calcul de la plus-value de cession, soit constitué par la valeur d'acquisition :
 - majorée de la quote-part des bénéfices de la société de personnes revenant à l'associé et imposés entre ses mains et des pertes comblées par l'associé ;
 - diminuée des déficits que l'associé a déduits et des bénéfices ayant donné lieu à une distribution au profit de l'associé ;
 - «à l'exception de ceux qui trouvent leur origine dans une disposition par laquelle le législateur a entendu conférer aux contribuables un avantage fiscal définitif» (arrêt du 16 février 2000 SA Ets Quémener n° 133296).
- ❖ La neutralité fiscale est obtenue ainsi par :
 - la diminution du prix de revient, qui augmente la plus-value taxable – ou diminuer la moins-value – et gomme la double déduction, ou inversement ;
 - l'augmentation du prix de revient, qui diminue la plus-value taxable – ou augmenter la moins value – et gomme la double imposition.

Exemple

- ❖ Une SCI dégage des profits d'exploitation sur trois années successives, de 2 m€ en N, 4 m€ en N+1 et 1,5 m€ en N+2.
 - Ces profits ne sont pas distribués mais sont taxés dans les mains de son associé pour le même montant, du fait de la translucidité de la société.
 - Le bilan comprend bien en fin d'exercice N+2, en trésorerie le cash cumulé (hypothèse), et résultat et report à nouveau positif (après l'affectation du profit de N+2) pour le même montant, soit 7,5 m€.
 - Lorsque l'associé cède les parts de la SCI en N+4, la valeur de la société est augmentée des profits antérieurs de la SCI qui n'ont pas été juridiquement distribués et qui sont donc toujours dans les capitaux propres de la SCI. Ces profits augmentent mécaniquement la plus-value de cession des parts de l'associé, qui est ainsi taxé sur cette plus-value, majorée.
 - Il y a donc bien une double imposition dans ce cas.
- ❖ Pour éviter que l'associé soit in fine imposé deux fois sur un même profit économique, le prix de revient fiscal pris en compte pour le calcul de la plus-value de cession, sera constitué par la valeur d'acquisition majorée de la quote-part des bénéfices de la SCI revenant à l'associé et imposés entre ses mains mais non distribués (7,5 m€). Cela réduit la plus-value de cession des parts de la SCI du même montant.

Une certaine pratique du Quémener établie dans le cadre des *share deals*

- ❖ Le *share deal* présente pour l'acquéreur des inconvénients fiscaux potentiels :
 - La reprise de la plus-value latente, le coût fiscal latent correspondant.
 - Une base amortissable réduite à la VNC et un debt push down limité.
- ❖ Le mécanisme de Quémener a été étendu aux restructurations post acquisitions de SCI en permettant à l'acquéreur des parts d'une SCI de devenir propriétaire de l'immeuble par la dissolution de la SCI, en l'inscrivant à son bilan pour sa valeur réelle après une réévaluation préalable, sans supporter de fiscalité sur la plus-value latente préexistante au jour de l'acquisition des parts de la SCI.
- ❖ A titre illustratif, une SAS acquiert pour 40 m€ les parts d'une SCI détenant un immeuble dont la valeur vénale est de 40m€, alors que sa valeur nette comptable s'établit à 15 m€ (pour simplifier l'exemple, la SCI n'a pas d'autre actif ni de passif). La SAS décide d'une TUP réalisée après l'acquisition des parts de la SCI par la SAS. Une réévaluation comptable préalable permet d'enregistrer comptablement l'immeuble à sa valeur de marché et de pratiquer des amortissements sur cette base.
- ❖ Sur le plan comptable et économique, la SAS ne fait aucun profit : la valeur de l'immeuble réévaluée (40 m€) remplace la valeur des parts acquises et annulées (40 m€). Sur le plan fiscal, du fait de la transparence de la SCI, la SAS constate à son niveau le profit réalisé par la SCI du fait de la réévaluation, soit 25.
- ❖ En application de Quémener, le prix de revient fiscal des parts est corrigé pour leur annulation du profit dégagé, taxé mais non distribué (soit prix d'acquisition de 40 m€ majoré de 25 m€). La société dégage ainsi une moins-value d'annulation des titres de 25 m€, qui se compense dans le résultat de la SAS avec le profit de la SCI de même montant sur l'immeuble.
- ❖ La TUP implique toutefois un coût correspondant à la TPF (0.715% + 0.1% + émoluments du notaire).

Une application confirmée par l'administration...

❖ L'administration a notamment expressément validé que la plus-value de réévaluation des immeubles d'une SCI pouvait conduire l'associé à constater une moins value sur ses titres de SCI à l'occasion d'une confusion de patrimoine de la SCI - **RES n° 2007/54 (FE) du 11 décembre 2007 – BOFIP BOI-BIC-PVMV-40-30-20 § 90 :**

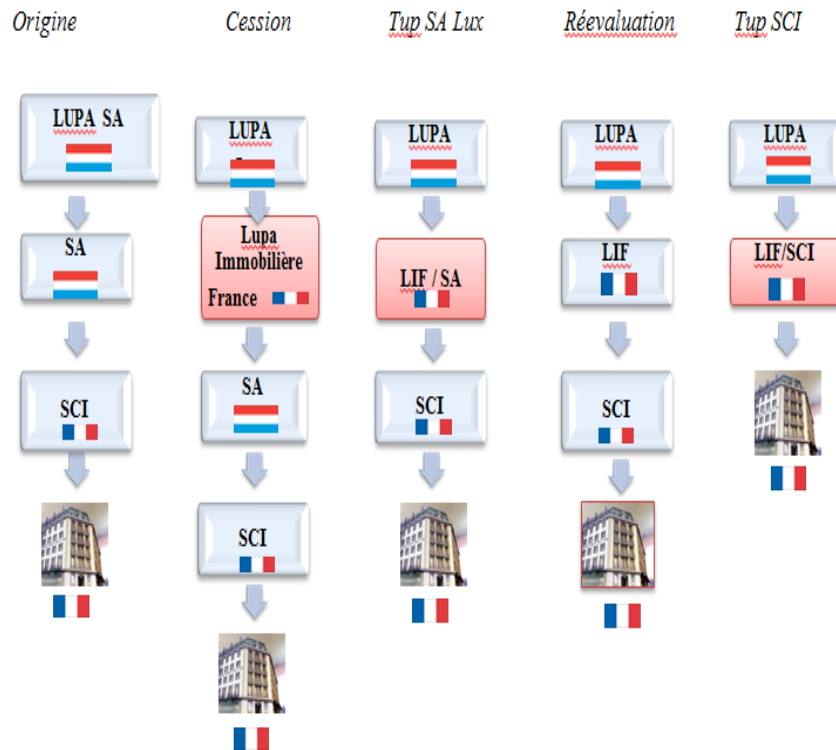
- Ce rescrit confirme que *« pour la détermination des plus ou moins-values d'annulation de parts de la SCI consécutive à la dissolution de ladite société, leur prix d'acquisition sera déterminé en tenant compte de l'ensemble des résultats fiscaux et des flux financiers (distributions de bénéfices et comblements de pertes) intervenus entre la date de leur acquisition et la date de leur annulation, y compris la plus-value constatée sur les biens immobiliers composant l'actif de cette société à l'occasion de la réévaluation de ce dernier ».*

... et la jurisprudence

- ❖ Un arrêt très récent du Conseil d'État a confirmé que cette méthode s'applique en cas de dissolution par confusion de patrimoine (27 juillet 2015, n° 362025, SA MEA).
- Dans la décision SA MEA, la réévaluation des actifs sociaux avait été faite par l'administration dans le cadre de son contrôle, et la société, qui avait accepté la rectification, avait demandé à se voir appliquer la règle Quémener pour supprimer la double imposition qui résultait du redressement opéré par l'administration. La décision SA MEA du Conseil d'Etat confirme l'applicabilité Quémener dans le cas d'une TUP.

L'affaire LUPA : les faits

Application de la jurisprudence Quémener avec le Luxembourg : la jurisprudence LUPA (CAA Paris 18 février 2014, n°PA03962, LUPA SA)



- Le 28 mars 2006, la société Lupa SA luxembourgeoise a cédé (sans imposition) aux sociétés Lupa Immobilière France et Lupa Patrimoine France les titres des SA luxembourgeoises, détenant elles-mêmes deux SCI françaises détenant chacune un immeuble en France ;
- le 29 mars, Lupa Immobilière France et Lupa Patrimoine France décident la dissolution sans liquidation des SA luxembourgeoises après avoir réévalué la valeur des titres des SCI françaises (non imposition en France) ;
- le 30 mars, les SCI procèdent à la réévaluation libre de leurs immeubles, générant ainsi un produit exceptionnel dans les résultats des SCI, taxable entre les mains de Lupa Immobilière France et Lupa Patrimoine France ;
- le 31 mars, Lupa Immobilière France et Lupa Patrimoine France décident de la dissolution sans liquidation des SCI françaises ; en conséquence de la TUP, Lupa Immobilière France et Lupa Patrimoine France ont procédé à l'annulation des titres des SCI et pour déterminer la plus-value en résultant, ont fait application du principe Quémener et ont majoré le prix de revient de ces titres des résultats fiscaux des SCI (comprenant la PV sur actifs) ; cela a conduit à une moins-value d'annulation des titres qui s'est compensée avec le résultat des SCI (avec le profit de réévaluation) dans le résultat de Lupa Immobilière France et Lupa Patrimoine France.

Le contentieux dans l'affaire Lupa

❖ La procédure :

- A l'issue d'une vérification de comptabilité de Lupa Immobilière France et Lupa Patrimoine France, l'administration fiscale française a opéré un redressement sur le fondement de l'abus de droit, estimant que la cession du 28 mars par la société luxembourgeoise Lupa, de la totalité des titres des deux sociétés de droit luxembourgeois au profit de Lupa Immobilière France et Lupa Patrimoine France présentait un caractère artificiel et poursuivait un but exclusivement fiscal consistant à pouvoir bénéficier de la jurisprudence Quémener grâce à l'interposition de la réévaluation libre des actifs des SCI, décidée entre la transmission universelle du patrimoine des sociétés anonymes de droit luxembourgeois et celle des SCI françaises, ce qui, selon le service, avait eu pour effet de faire échapper à l'impôt le produit résultant de la réévaluation des actifs.
- Le Tribunal administratif a accordé la décharge des impositions au motif que l'opération ne pouvait être regardée comme constitutive d'un abus de droit.
- En appel, l'administration renonce à l'abus de droit et demande que le redressement soit fondé sur une nouvelle base légale, au motif que la jurisprudence Quémener n'est pas applicable aux opérations de confusion de patrimoine portant sur des titres de SCI ayant préalablement procédé à la réévaluation des immeubles.

La décision dans Lupa...

❖ La décision :

- Le Conseil d'Etat annule la CAA de Paris et confirme la position de l'administration.
- Il juge que le correctif de Quémener ne peut trouver à s'appliquer **qu'en cas de double imposition effective au niveau de l'associé des SCI, présent au jour de la dissolution de celles-ci.**
- Le Conseil d'Etat a suivi dans cette décision les recommandations des conclusions du rapporteur public Nathalie Escaut suivantes :
 - « ...le mécanisme de correction du prix de revient des parts d'une société de personnes ne peut jouer qu'en cas de double imposition, ou de double déduction, effective chez l'associé de la société de personnes au moment de la cession de ses parts ou de leur annulation...;
 - d'autre part, le mécanisme de correction de votre jurisprudence Quémener répond à un objectif exclusivement fiscal. Il ne tend pas à la neutralité économique. Il ne saurait dès lors jouer entre des contribuables différents au nom de ce que les sociétés contribuables appellent « la double imposition économique ».

... à l'encontre des principes admis

- ❖ Cette décision, mais surtout les conclusions du rapporteur, mettent donc en doute l'existence d'une double imposition dans la situation mise en œuvre dans la pratique par l'acquéreur d'une SCI.

Pourtant, l'écart de réévaluation n'étant pas distribuable, une confusion de patrimoine dans laquelle les actifs de la société confondue seraient transmis à l'associé et non cédés conduirait nécessairement à la taxation de la plus-value de réévaluation sans possibilité de la compenser avec une moins-value sur titres si Quémener ne s'applique pas, soit une imposition double ou l'imposition d'un profit qui n'existe pas (cas de l'acquéreur qui réévalue et TUP, se retrouvant avec la même valeur d'actif que celle d'acquisition des titres).

- ❖ La non reconnaissance d'une double imposition dans le cas d'une réévaluation d'immeuble par une SCI suivie de TUP va à l'encontre de la pratique de place, confirmée par l'administration dans son rescrit de 2007 repris dans BOFIP par lequel elle semblait admettre que le correctif Quémener devait s'appliquer systématiquement en cas de TUP, et de la décision du Conseil d'Etat de 2015 qui les a confortés.

Quelle est la portée de la décision dans Lupa ?

❖ S'agit-il d'un cas d'espèce, qui est propre aux circonstances « agressives » de la restructuration?

- Les faits de l'espèce peuvent avoir influé, entre sociétés d'un même groupe, en échappant à toute imposition sous l'empire de la convention franco-luxembourgeoise en vigueur et grâce au mécanisme de Quémener.
- Toutefois la TUP intervient entre deux sociétés françaises et les termes généraux de la décision ne correspondent pas à ceux d'une solution d'espèce.
- L'arrêt est publié au recueil Lebon, ce qui est le cas en général des arrêts de principe.

❖ La Cour peut-elle changer le sens de la décision du Conseil d'Etat ?

- Le Conseil d'Etat renvoie la décision sur le fond à la CAA de Paris afin qu'elle détermine si les plus-values de réévaluation des immeubles avaient déjà été imposées au nom des sociétés au titre de l'annulation des parts des SCI.
- Si ce renvoi ne nous semble pas permettre à la Cour de s'écarter du principe énoncé par le Conseil d'Etat, la Cour devra trancher s'il y a eu double imposition effective et il existe des arguments au soutien de la double imposition.

Les incertitudes que la décision dans Lupa soulève

❖ **Cette décision remet-elle en cause les opérations réalisées avant la décision ?**

❖ **Il existe une réelle incertitude quant à l'application de Quémener aux opérations futures :**

- du fait de cet arrêt et en particulier des conclusions du rapporteur public ;
- de la position que l'Administration pourra adopter à l'égard de sa doctrine.

❖ **Cette décision remet-elle en cause la doctrine administrative ?**

- Le rescrit qui valide l'application de Quémener aux opérations de dissolution de SCI précédées de la réévaluation des actifs, date de décembre 2007 alors que les faits de l'affaire Lupa datent de 2006.
- La doctrine reste en principe opposable à l'Administration fiscale nonobstant la décision du Conseil d'Etat. Elle est exprimée de façon générale et ne conditionne pas son application à l'existence d'une double imposition effective de l'associé confondant. Elle limite l'application par cette condition implicite qui irait à l'encontre du principe de garantie de la doctrine et son opposabilité.
- L'administration peut toutefois changer sa doctrine et rapporter cette solution ou considérer qu'elle reste valable sous réserve d'une situation de double imposition. Il conviendra alors qu'elle modifie sa doctrine.

Quelles solutions dans l'attente que cette décision soit « confirmée »

❖ **Quelles sont les solutions possibles pour les transactions devant intervenir prochainement, dans l'attente que la décision Lupa soit définitivement tranchée ?**

Selon les circonstances de la transaction, différentes solutions peuvent être envisagées :

- Le cédant peut de son chef réaliser une réévaluation libre.
- L'acquéreur des parts d'une SCI pourra décider de la distribution de la plus-value réalisée lors de la cession de l'actif, ce qui réduira la valeur de ses titres.
- Le « discount » pour fiscalité.
- La cession d'une SCI à une SPPICAV.
- La cession de l'actif.

Intervenant



Aurélia de Viry
Associée du Département Fiscalité à Paris

+33 1 7300 3902 | adeviry@kslaw.com

Aurélia de Viry, Associée en Droit Fiscal. Sa pratique est très largement centrée sur l'investissement immobilier. Elle a acquis une expérience approfondie en fiscalité des transactions immobilières, de la structuration de fonds, d'opérations financières et des réorganisations intragroupe. Elle est également experte en matière de TVA, notamment celle liée aux transactions immobilières et financières. Elle intervient par ailleurs pour le compte d'entreprises dans leurs relations avec l'administration fiscale, que ce soit pour l'obtention d'agréments fiscaux ou dans le cadre de contrôles et contentieux fiscaux.

Nos Bureaux

