



## Le traitement fiscal des parts de sociétés immobilières dans les situations internationales

**Daniel Gatenby**

[LL.M. Tax, avocat à Lausanne et Genève, PYTHON]

**Philippe Kenel**

[LL.M. docteur en droit, avocat à Lausanne, Genève et Bruxelles, PYTHON]

La détention et le transfert onéreux ou à titre gratuit de parts de sociétés immobilières génèrent des questions intéressantes et parfois complexes, en particulier dans les situations internationales. Nous examinerons en premier lieu la notion de société immobilière au sens du droit suisse, puis passerons en revue certains impôts suisses et les spécificités de leur application dans certaines constellations internationales.

### Notion de société immobilière (SI)

Le droit suisse ne connaît pas de forme particulière de SI comme c'est le cas dans certains pays. Elles sont en principe constituées sous la forme d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée. La notion de société immobilière est en réalité une notion de droit fiscal qui a été développée dans le cadre des droits de mutations et de l'imposition des gains immobiliers. Selon le Tribunal fédéral, une société est qualifiée d'immobilière en premier lieu lorsque son but ou son activité effective consiste principalement ou exclusivement en l'acquisition, la détention, la gestion et la vente de biens immobiliers. En revanche, lorsque les immeubles ne constituent que le support physique d'une exploitation industrielle

ou commerciale, il s'agit non pas d'une société immobilière mais d'une société d'exploitation. Le critère principal pour qualifier une société de SI réside dans son but statutaire (voire dans l'activité qu'elle poursuit effectivement). Notre Haute Cour précise toutefois qu'il y a lieu d'examiner chaque cas concret en tenant compte de l'ensemble des circonstances, un seul critère n'étant pas suffisant (ATF 2C\_643/2017, consid. 2.4). Les éléments suivants sont également à prendre en considération :

- La valeur vénale des immeubles doit en principe représenter le 2/3 de la valeur vénale du total de l'actif de la société ;
- Le 2/3 du bénéfice doit provenir d'activités « immobilières » (par exemple de locations).

Il y a lieu de préciser qu'il ne s'agit pas de critères cumulatifs mais d'indices qui doivent faire l'objet d'une pondération (SCHWAB Anne-Christine, Notion de société immobilière, RDAF 2019 II p. 317).

### Droits de mutation

Le droit de mutation est un impôt qui frappe le transfert de propriété immobilière en tant que tel, sans égard à la réalisation ou non d'un gain. Il s'agit d'un impôt indirect qui n'a pas fait l'objet d'une harmonisation au niveau fédéral, de sorte que son traitement varie fortement d'un canton à l'autre. Dans tous les cantons, le droit de mutation est en principe à charge de l'acquéreur de l'immeuble. Il est calculé en fonction du prix d'acquisition et perçu à un taux généralement compris entre 1 et 3%.

Le transfert de parts d'une société immobilière donne lieu dans certains cantons au prélèvement des droits de mutation, la volonté étant d'imposer également le transfert économique d'un immeuble. Il y a lieu de préciser que de tels transferts ne peuvent donner lieu à des droits de mutation dans un canton que si l'immeuble y est situé, et ce peu importe le lieu du siège de la société immobilière.

Certaines législations cantonales imposent des droits de mutation lors de tout transfert d'actions de SI, même s'il s'agit d'une participation minoritaire. D'autres limitent une telle imposition aux seuls transferts de parts majoritaires et enfin certains cantons ne prélèvent aucun droit de mutation lors de transferts de parts de SI.

Le Tribunal fédéral a récemment été amené à trancher un cas intéressant en matière de droits de mutation concernant le canton du Valais (ATF 2C\_643/2017). Dans la cause en question, une société maltaise avait acquis l'intégralité des parts d'une société suisse détenant des appartements, tous situés en Valais. L'autorité fiscale valaisanne a considéré que la société suisse devait être qualifiée de SI et a, sur la base de la législation valaisanne, soumis le transfert des actions aux droits de mutation. La société maltaise contestait cette qualification en arguant du fait que, sous l'angle de la Loi fédérale du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE), l'autorité cantonale a confirmé que le transfert n'était pas soumis à autorisation,

précisément parce que l'activité de la société suisse a été qualifiée d'activité hôtelière (cf. art. 2 al. 2 let. a LFAIE et art. 3 OAIE). Si l'autorité compétente était arrivée à la conclusion qu'il s'agissait d'une société immobilière sans activité hôtelière, le transfert aurait été soumis à autorisation en vertu de la LFAIE et une telle autorisation n'aurait sans doute pas été accordée. En d'autres termes, la société recourante reproche à l'Etat du Valais de qualifier la société différemment selon qu'elle applique la LFAIE ou la loi fiscale concernant les droits de mutation. Le TF balaie cet argument en indiquant que la décision en matière de LFAIE n'a aucun effet contraignant pour l'administration fiscale valaisanne s'agissant du prélèvement des droits de mutation. Les deux législations (loi fiscale et LFAIE) servent des buts différents: les droits de mutation visent à imposer le transfert immobilier alors que la LFAIE vise à limiter les acquisitions d'immeubles par des personnes à l'étranger dans le but de prévenir l'emprise étrangère sur le sol suisse (arrêt précité, consid. 8.3). Sous l'angle du droit de mutation, la question qui se pose est de savoir si le transfert des actions de la SI équivaut à un transfert de l'immeuble lui-même ou si le but est le transfert d'une exploitation. Contrairement à la LFAIE, la loi fiscale ne tient pas compte de la manière dont l'immeuble sera utilisé, mais attache une importance au but poursuivi par la société. En l'espèce, l'instance inférieure avait retenu que le but statutaire de la société correspondait au but d'une société immobilière «classique», que le bâtiment était inscrit au cadastre comme «habitation», que le mobilier et les équipements ne constituaient pas des installations hôtelières typiques mais plutôt des équipements d'un chalet de luxe. Elle avait également retenu que l'actif de la société était constitué pour plus de 2/3 de biens immobiliers et que les revenus locatifs représentaient plus du 2/3 du bénéfice. Enfin, l'activité commerciale de la société consistait principalement en la location de résidences de vacances, les services hôteliers proprement dits étant relégués au second plan (arrêt précité, consid. 4.1-4-3). Le Tribunal a dès lors confirmé qu'il s'agissait bien d'une SI et que le transfert avait correctement été soumis aux droits de mutation.

### Impôt sur le revenu et sur la fortune

Le contribuable personne physique, domicilié en Suisse, détenteur d'actions d'une société immo-

bilie suisse ou étrangère est redevable de l'impôt sur le revenu sur les distributions reçues de la SI et de l'impôt sur la fortune sur la valeur des titres. En effet, en matière d'impôt sur le revenu et sur la fortune, les titres de SI sont considérés comme des valeurs mobilières. Cela implique que les revenus immobiliers générés par la SI ne sont pas directement attribuables au détenteur des parts mais sont imposés au titre de bénéfice dans la SI – sous réserve que la SI soit traitée en transparence par le droit de son état d'incorporation. Certaines conventions préventives de double imposition prévoient des règles particulières concernant l'imposition des parts de SI et de leurs revenus. C'est le cas par exemple de la CDI entre la Suisse et la France s'agissant des sociétés civiles immobilières de droit français. Celles-ci sont en principe fiscalement transparentes et la CDI CH-FR prévoit à son article 6 paragraphe 2 alinéa 2 que les revenus provenant de la propriété d'actions d'une société traités fiscalement comme des biens immobiliers selon la législation interne de l'Etat en question ne sont imposables que dans cet Etat. En d'autres termes, les revenus de SCI françaises, traitées en transparence, sont considérés comme des revenus immobiliers et par conséquent imposés uniquement en France. La Convention prévoit une disposition similaire s'agissant de l'impôt sur la fortune prélevé sur des parts de SCI. En effet, en vertu de l'article 24 paragraphe 1 alinéa 2 CDI CH-FR, la fortune constituée d'actions d'une société dont l'actif est composé principalement, directement ou indirectement, de biens immobiliers situés dans un Etat contractant est imposable dans cet Etat. Cela signifie qu'en principe, les parts de SCI sont soumises à l'impôt sur la fortune en France et par conséquent exemptés (sous réserve de progressivité) en Suisse. Cela étant, la Suisse peut-elle tout de même imposer la fortune constituée de parts de SCI françaises si celle-ci n'est pas imposée en France? C'est la question sur laquelle le Tribunal cantonal vaudois s'est récemment penché (Arrêt de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois du 1<sup>er</sup> avril 2021 (FI.2020.0109)).

L'impôt sur la fortune immobilière n'est dû en France qu'à partir d'un seuil de EUR 1'300'000, de sorte qu'il est possible qu'un contribuable détenant une fortune immobilière en France (par exemple des parts de SCI), pour un montant total inférieur à ce seuil ne soit pas imposé sur la fortune en France. L'art. 25 let. B CDI CH-FR



précise que les revenus et la fortune qui ne sont imposables qu'en France en vertu de la CDI font l'objet d'une exemption en Suisse (sous réserve de progressivité). Cela étant, la même disposition précise que cette exemption ne s'applique aux éléments de revenus ou de fortune découlant notamment de SCI qu'après justification de leur imposition en France. La possibilité pour la Suisse d'imposer la fortune constituée de parts d'une SCI française dépend de savoir si ces mêmes parts ont été soumises à l'impôt sur la fortune immobilière en France ou non. En cas de réponse négative, la Suisse est parfaitement en droit d'imposer la valeur desdites parts. Le même raisonnement ne peut être tenu pour les revenus de SCI françaises dès lors que ceux-ci sont en principe imposés en France et doivent

par conséquent être exemptés en Suisse en application de l'art. 25 B 1 CDI CH-FR. On peut dès lors se retrouver dans la situation particulière et contre-intuitive dans laquelle les revenus immobiliers d'une SCI ne sont imposables qu'en France alors que la fortune constituée par les parts de cette même SCI sont imposables en Suisse. Dans l'arrêt FI.2020.0109 précité, le Tribunal cantonal vaudois a confirmé cette manière de procéder, étant toutefois précisé que l'affaire a été portée au Tribunal fédéral qui ne s'est pas encore prononcé.

#### Impôts sur les successions et les donations

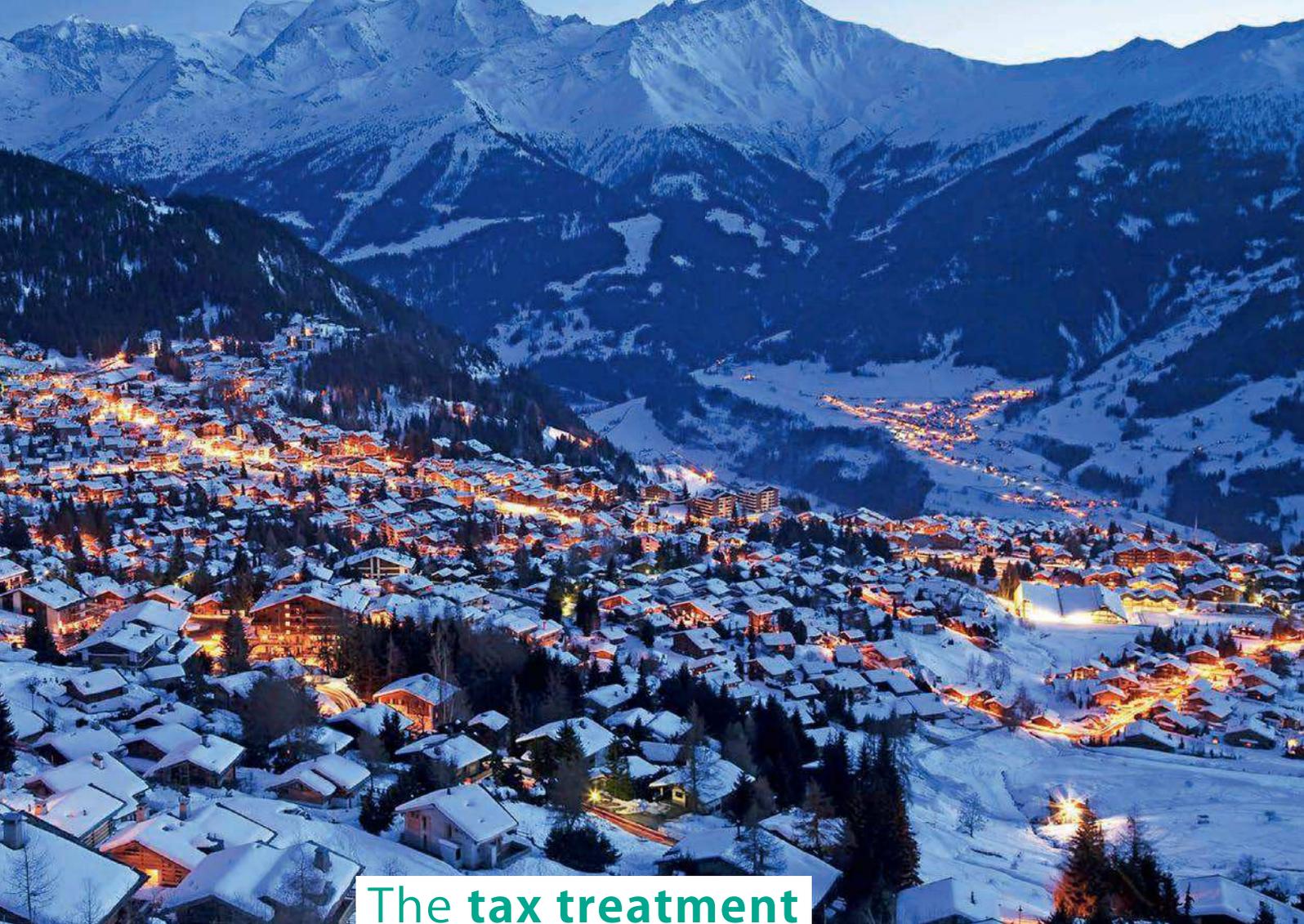
Les impôts sur les successions et les donations n'ont pas fait l'objet d'une harmonisation fédérale et ne sont perçus que par les cantons et les communes. La plupart des cantons et communes n'en prélève pas dans le cadre de transferts en ligne directe descendante ou entre conjoints. Lorsqu'ils frappent les transferts de biens mobiliers, ils sont prélevés dans le canton de domicile du donateur ou du dernier domicile du défunt, peu importe le domicile des héritiers. Les biens immobiliers sont assujettis au lieu de leur situation, peu importe le domicile du donateur/défunt ou le domicile du donataire/de l'héritier. Cela étant, la pratique des cantons lorsque des actions de SI sont transférées à titre gratuit entre vifs ou par dévolution successorale est que celles-ci sont considérées comme des biens mobiliers et imposés comme tels. Cela a une incidence sur l'imposition car l'action d'une SI (suisse ou étrangère) est comprise dans les biens mobiliers imposables au domicile du donateur/du

défunt, alors qu'un immeuble sis hors du canton n'y est pas imposable.

Si par exemple une personne domiciliée en Valais faisait don à son fils d'actions d'une SI détenant un immeuble dans le canton de Vaud, aucun impôt sur les donations ne serait dû que ce soit en Valais ou dans le canton de Vaud dès lors que le Valais n'impose pas les donations en ligne directe et que le canton de Vaud n'est pas compétent pour imposer le transfert. Si dans la même constellation, l'objet de la donation est l'immeuble sis dans le canton de Vaud que le donateur détenait directement, alors le canton de Vaud imposerait la donation, dès lors que les donations en ligne directe descendante y sont imposées et que le lieu de situation de l'immeuble donné engendre l'assujettissement dans le canton de Vaud.

Il convient encore de préciser que dans les situations internationales, il se peut que certains pays traitent une SI en transparence, considérant qu'il s'agit d'un bien immobilier et l'impose également. De nombreux pays imposent également le transfert de biens mobiliers qui y sont situés. Enfin, certains pays imposent les donations/successions au domicile du donataire/de l'héritier. Il y a donc un grand risque de double imposition dans les situations internationales et la Suisse n'a conclu que peu de conventions de double imposition en matière de droits de successions et aucune en matière de droits de donations. Dans de nombreux cas, les doubles impositions subsistent.

En conclusion, la détention immobilière indirecte peut être intéressante fiscalement, mais dans des situations internationales il y a lieu de prendre garde et d'analyser aussi précisément que possible les éventuelles conséquences qu'engendre une telle détention ou le transfert des parts d'une SI.



# The tax treatment of real estate company shares in international contexts

**Daniel Gatenby** [LL.M. Tax, Attorney-at-Law in Lausanne and Geneva, PYTHON]

**Philippe Kenel** [Doctor of Law, Attorney-at-Law in Lausanne, Geneva and Brussels, PYTHON]

The ownership and transfer of shares in real estate companies, whether onerous or gratuitous, give rise to interesting and sometimes complex issues, particularly in international contexts. We will first examine the concept of real estate company (REC) under Swiss law and then review certain Swiss taxes and the specifics of their application in certain international settings.

## Concept of a real estate company

Swiss law does not recognise a particular form of REC as is the case in some countries. In principle, they are constituted in the form of an Ltd or an LLC. The concept of a real estate company is in fact a concept of tax law that was developed in the context of transfer taxes and the taxation of real estate gains. According to the Federal Supreme Court, a company is qualified as a real estate company when its purpose or actual activity consists mainly or exclusively in the acquisition, holding, management and sale of real estate. If the real estate is only the physical support of an industrial or commercial operation, it is not a real estate company

but an operating company. The main criterion for qualifying a company as an REC is its statutory purpose (or the activity it actually pursues). However, our High Court specified that each case must be examined individually taking into account all the circumstances, a single criterion not being sufficient (ATF 2C\_643/2017, recital 2.4). The following elements must also be taken into account:

- The market value of the buildings must in principle represent 2/3 of the market value of the company's total assets;
- 2/3 of the profit must come from "real estate" activities (e.g. rentals).



It should be noted that these are not cumulative criteria but indicators that must be weighted (SCHWAB Anne-Christine, *Notion de société immobilière*, RDAF 2019 II p. 317).

### Transfer tax

Transfer tax is a tax on the transfer of real estate as such, regardless of whether or not a gain is realised. It is an indirect tax that has not been harmonised at the federal level, so that its treatment varies greatly from one canton to another. In all cantons, the transfer tax is in principle payable by the purchaser of the property. It is calculated on the basis of the purchase price and is generally levied at a rate between 1 and 3%.

The transfer of shares in a real estate company gives rise to the levying of transfer duties in some cantons, the intention being to tax the economic transfer of real estate as well. It should be noted that such transfers can only give rise to transfer duties in a canton if the real estate is located there, regardless of where the real estate company is based.

Some cantonal legislations impose transfer taxes on all transfers of shares in an REC, even for the transfer of a minority shareholding. Other cantons limit such taxation to transfers of majority shareholdings, and some cantons do not levy any transfer tax on transfers of shares in an REC.

The Federal Court has recently had to decide an interesting case on transfer taxes concerning the canton of Valais (ATF 2C\_643/2017). In this case, a Maltese company had acquired all the shares of a Swiss company holding apartments, all located in Valais. The Valais tax authority considered that the Swiss company should be qualified as an REC and, on the basis of Valais law, levied transfer tax on the transfer of the shares. The Maltese company contested this classification, arguing that, from the point of view of the Federal Law of 16 December 1983 on the acquisition of real estate by persons abroad (LFAIE), the cantonal authority confirmed that the transfer was not subject to authorisation, precisely because the activity of the Swiss company was qualified as a hotel activity (cf. art. 2 para. 2 let. a LFAIE and art. 3 OAIE). If the competent autho-

riety had come to the conclusion that it was an REC without hotel activities, the transfer would have been subject to authorisation under the LFAIE and such authorisation would probably not have been granted. In other words, the company criticised the State of Valais for qualifying the company differently depending on whether it applied the LFAIE or the tax law concerning transfer tax. The Federal Court dismissed this argument by stating that the decision regarding the LFAIE status of the company has no binding effect on the Valais tax authorities with regard to the levying of transfer tax. The two laws (tax law and LFAIE) serve different purposes: transfer duties aim to tax the transfer of real estate, whereas the LFAIE aims to limit the acquisition of real estate by persons abroad in order to prevent foreign control over Swiss soil (above-mentioned decision, recital 8.3). From the point of view of transfer tax law, the question is whether the transfer of the shares in the REC is equivalent to a transfer of the real estate itself or whether the aim is to transfer a business (a hotel). In contrast to the LFAIE, the tax law does not take into account the way in which the real estate is used, but attaches importance to the purpose of

the company. In this case, the lower court found that the company's purpose in its articles of incorporation was that of a "classic" REC, that the building was registered as "residential property", and that the furniture and equipment were not typical of hotel facilities but rather the amenities of a luxury chalet. It also noted that more than two-thirds of the company's assets consisted of real estate and that rental income accounted for more than two-thirds of the profit. Finally, the company's commercial activity consisted mainly of renting out holiday homes, with hotel services as such being relegated to the background (above-mentioned decision, points 4.1-4-3). The Court therefore confirmed that the company was an REC and that the transfer tax was due.

### Income and wealth tax

The individual taxpayer, domiciled in Switzerland, holding shares in a Swiss or foreign real estate company is liable for income tax on the distributions received from the REC and for wealth tax on the value of the shares. Indeed, for income and wealth tax purposes, shares in an REC are considered as moveable property. This implies that the real estate income generated by the REC is not directly attributable to the shareholder but is taxed as profit in the REC – provided that the REC is not treated as transparent under the law of its state of incorporation. Some double taxation agreements (DTA) provide for special rules concerning the taxation of shares in an REC and their income. This is the case, for example, in the DTA between Switzerland and France concerning French *sociétés civiles immobilière* (SCI). These are in principle fiscally transparent and the DTA provides in its Article 6 paragraph 2 subparagraph 2 that income from the ownership of shares in a company treated as real estate for tax purposes under the domestic legislation of the State in question is only taxable in that State. In other words, income from French SCIs, which are treated as transparent, is considered as real estate income and therefore taxed only in France. The Convention makes a similar provision for wealth tax levied on shares in SCIs. Indeed, according to article 24 paragraph 1 subparagraph 2 DTA CH-FR, the wealth constituted by shares of a company whose assets are mainly composed, directly or indirectly, of real estate situated in a Contracting State is taxable in that State. This means that, in principle, shares in

SCIs are subject to wealth tax in France and therefore exempted (exemption with progression) in Switzerland. However, can Switzerland still tax the wealth represented by French SCI shares if it is not taxed in France? This is the question on which the Vaud Cantonal Court recently ruled (Decision of the Court of Administrative and Public Law of the Vaud Cantonal Court of 1st April 2021 (Fl.2020.0109)).

French wealth tax on real estate assets is only due in France from a threshold of EUR 1,300,000, so that it is possible that a taxpayer holding real estate assets in France (e.g. shares in a SCI) for a total amount below this threshold is not taxed on the assets in France. Art. 25 let. B DTA CH-FR specifies that income and assets that are only taxable in France under the DTA are exempt from taxation in Switzerland (exemption with progression). However, the same provision specifies that this exemption only applies to income or wealth arising from SCIs in particular, after justification of their taxation in France. The possibility for Switzerland to tax the wealth constituted by shares of a French SCI depends on whether these shares have been subject to French wealth tax on real estate or not. If the answer is no, Switzerland is perfectly entitled to tax the value of these shares. The same reasoning cannot be applied to the income of French SCIs, as this is in principle taxed in France and must therefore be exempted in Switzerland pursuant to Art. 25 B 1 DTA CH-FR. This can lead to the peculiar and counter-intuitive situation where the real estate income of an SCI is only taxable in France, while the assets constituted by the shares of the same SCI are taxable in Switzerland. In the above-mentioned decision Fl.2020.0109, the Vaud Cantonal Court confirmed this approach, although it should be noted that the case has been referred to the Federal Court, which has not yet given a ruling.

### Inheritance and gift tax

Inheritance and gift taxes have not been harmonised at the federal level and are only levied by the cantons and municipalities. Most cantons and municipalities do not levy inheritance and gift taxes on transfers in direct descending lines or between spouses. If they are levied on transfers of movable property, they are charged in the canton of the donor's domicile or the last domi-

cile of the deceased, regardless of the domicile of the heirs. Real estate is subject to tax at the place where it is located, regardless of the domicile of the donor/deceased or the domicile of the donee/heir. However, the practice of the cantons when REC shares are transferred gifted inter vivos or by devolution of the estate is that they are considered as movable property and taxed as such. This has an impact on taxation because the share of an REC (Swiss or foreign) is included in the movable property taxable in the canton of the donor/deceased's domicile, whereas real estate located outside the canton is not taxable there.

If, for example, a person domiciled in the canton of Valais were to give his son shares in an REC holding real estate in the canton of Vaud, no gift tax would be due either in the canton of Valais or in the canton of Vaud, since the canton of Valais does not tax gifts in direct line and the canton of Vaud is not competent to tax the transfer. If, in the same constellation, the object of the donation is the real estate property located in the canton of Vaud that the donor held directly, then the canton of Vaud would tax the donation, since donations in direct line are taxed there and the location of the gifted property leads to the taxation in the canton of Vaud.

It should also be noted that in international situations, some countries may treat an REC as transparent, considering it to be real property, and tax it as well. Many countries also tax the transfer of movable property located there. Finally, some countries tax gifts/inheritance at the domicile of the donee/heir. There is therefore a high risk of double taxation in international situations and Switzerland has concluded only a few double taxation agreements on inheritance tax and none on gift tax. In many cases, double taxation remains.

In conclusion, indirect real estate holding can be interesting from a tax point of view, but in international situations one should be prudent and carefully analyse the possible consequences of holding or transferring of shares in an REC. ■