



## 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.