

LE RÉGIME D'IMPOSITION DES PLUS-VALUES IMMOBILIÈRES DES NON-RÉSIDENTS

(À propos de l'article 60 de la LFR pour 2014)

Deux aspects de la loi de finances rectificative pour 2014 sont ici visés. Tout d'abord, le taux de 75 % — visant les plus-values immobilières réalisées par des personnes ou organismes domiciliés, établis ou constitués hors de France, dans un État ou territoire non coopératif — a été censuré par le Conseil constitutionnel. Ensuite, le taux d'imposition des plus-values immobilières des non-résidents (UE/EEE, hors UE/EEE) est désormais fixé à 19 %, y compris pour les personnes physiques résidentes d'un État non membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen.

La loi de finances rectificative (LFR) pour 2014 mérite — au regard du thème ici retenu — double intérêt :

— quant au taux de 75 % visant les plus-values immobilières réalisées par des personnes ou organismes domiciliés, établis ou constitués hors de France, dans un État ou territoire non coopératif (ETNC) au sens de l'article 238-0 A du Code général des impôts (CGI) ;

— quant à l'harmonisation du taux d'imposition des plus-values immobilières des non-résidents (UE/EEE, hors UE/EEE).

S'agissant du premier point — le taux de 75 % sur les plus-values immobilières réalisées par des personnes ou organismes domiciliés, établis ou constitués dans un ETNC — le Conseil constitutionnel a prononcé, le 29 décembre 2014, une censure (1). Le législateur a institué une charge excessive au regard des capacités contributives des personnes concernées, synonyme de rupture du principe d'égalité devant les charges publiques (I). Quant au deuxième point de l'article 60 de la LFR, il s'agit de l'harmonisation du taux d'imposition des plus-values immobilières des non-résidents (UE/EEE, hors UE/EEE). Ce taux est désormais de 19 % y compris pour les personnes physiques résidentes d'un État non membre de l'Union européenne (UE) ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen (EEE) (2). Disparaît ainsi le taux de 33.1/3 % jadis applicable pour non-conformité au droit de l'UE (3) : il emportait une restriction aux mouvements de capitaux. Cette réforme — inévitable après la décision du Conseil d'État en date du 20 octobre 2014 (4) — souligne la prégnance du droit de l'UE qui, notwithstanding la réserve de souveraineté, ouvre une brèche supplémentaire dans la loi fiscale nationale (II).

I. Le taux d'imposition de 75 % : une charge excessive au regard des capacités contributives des personnes concernées, synonyme de rupture du principe d'égalité devant les charges publiques

L'appréciation du législateur doit reposer sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose (A) ; elle ne doit pas

entraîner de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques (B).

A. Le législateur doit fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose

Le Conseil constitutionnel a procédé à l'examen d'office de l'article 60 de la LFR — v. le c) du 2° du § I) dérogeant à l'article 244 bis A du CGI (1 du § III bis) — visant les personnes ou organismes domiciliés, établis ou constitués hors de France, dans un ETNC. Le juge l'a déclaré contraire à la Constitution en ce qu'il faisait peser sur les contribuables concernés « une charge excessive au regard de leur capacité contributive » ; en assujettissant les plus-values immobilières au taux forfaitaire de 75 %, le législateur a porté atteinte, à mauvais droit, au principe d'égalité devant les charges publiques.

Dans le cadre du contrôle qui est sien, le Conseil constitutionnel estime qu'un tel taux est manifestement disproportionné (même si la formule ne figure pas dans la décision). Ce taux est à ce point hors de proportion qu'il génère une imposition déraisonnable (certaines cours étrangères, v. la Cour constitutionnelle italienne, par exemple, font application du principe de déraisonnabilité).

La jurisprudence du Conseil constitutionnel en la matière repose sur des principes bien établis, en vertu de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'Homme du citoyen (DDHC) de 1789 (5).

Si le législateur est naturellement compétent pour déterminer les règles selon lesquelles doivent être appréciées les facultés contributives, il ne saurait chuter dans l'arbitraire fiscal. Pour ce faire, le juge encadre son pouvoir normatif : le législateur « doit fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose » (6). Il va de soi que l'utilisation de la notion d'objectivité est impropre puisqu'elle n'existe pas ; le législateur réalise des choix politiques au sens le plus noble du terme (*polis*, les valeurs de la cité). Il lui appartient, tout au contraire,

d'assumer en pleine subjectivité les orientations fiscales par lui décidées. Cette notion d'objectivité n'est rien d'autre qu'un commode masque hermétique permettant au Conseil constitutionnel d'exercer un contrôle plus ou moins renforcé. La censure, lorsqu'elle advient — comme dans la décision n° 2014-708 DC —, repose plutôt sur la notion de « critères rationnels ».

On préfère d'ailleurs à la notion de rationalité une autre notion, celle de cohérence entendue négativement : le législateur n'a pas fait montre d'incohérence manifeste dans ses choix au regard de l'objectif final qu'il s'est assigné.

S'agissant du régime d'imposition des plus-values immobilières institué, ce n'est pas tant le taux de 75 % qui est censuré que le « taux agrégé de taxation de 90,5 % » (7). Il faut, en effet, ajouter au prélèvement forfaitaire de 75 % les contributions sociales sur les produits de placement (8).

Ces prélèvements sociaux atteignant le taux de 15,5 %, nous sommes bien en présence d'un taux global de 90,5 % qui représente une charge manifestement excessive au regard des capacités contributives des contribuables. Il est loisible de se demander si cette expression — au regard des capacités contributives des contribuables — n'est pas superflète. Un tel taux n'est-il pas à ce point élevé qu'il s'apparente à une forme d'expropriation ?

À défaut de certitude quant à la réponse, le moins que l'on puisse attendre du juge est qu'il développe une argumentation substantielle. Or il n'en est rien : comme de coutume, le silence juridictionnel est de mise, ce qui est regrettable au regard de l'enjeu en présence. Certes, l'objectivité (*sic*) et la rationalité du taux se lisent à la lumière des « buts » que le législateur se propose : dans le cas présent, le taux de 75 % vise les plus-values réalisées par des personnes ou organismes domiciliés, établis ou constitués hors de France dans un ETNC au sens de l'article 238-0 A du CGI.

On peut convenir que la fraude et l'évasion fiscale constituent des objectifs légitimes à même de justifier un régime d'imposition spécifique ; encore faut-il que le juge explique les critères par lui retenus pour connaître le seuil fatidique d'(in)constitutionnalité.

B. L'appréciation portée par le législateur ne doit pas entraîner de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques

L'appréciation portée par le législateur ne doit pas « entraîner de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques » (9), ce qui est le cas présentement avec le taux agrégé de taxation de 90,5 %. S'agissant de l'égalité devant la loi fiscale, la jurisprudence du Conseil constitutionnel se fonde sur l'article 6 de la DDHC (10) et l'article 34 de la Constitution (11). L'égalité n'emporte pas uniformité : le législateur peut tout à fait régler de façons différentes des situations différentes, tout comme il peut déroger à l'égalité pour des raisons d'intérêt général. Mais, la différence de traitement ainsi instituée doit être « en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit » (12). Il y a ici rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques : le désavantage fiscal inhérent à l'application du taux de 90,5 % (13) est hors de proportion avec l'effet dissuasif attendu (14). L'imposition découlant du taux de 90,5 % ne peut être acceptée, quand bien même la finalité de la lutte contre les placements dans des ETNC renvoie à des « motifs d'intérêt général » (15).

Le Conseil constitutionnel n'a pas voulu dégainer le considérant-balai qui bien souvent lui permet de ne pas affronter le législateur. Il n'a pas utilisé ces formules synonymes de contrôle limité et de *self-restraint* : « Le Conseil constitutionnel n'a pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement (...), il ne saurait rechercher si les objectifs que s'est assigné le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies » (16).

Imaginons un autre scénario, tiré d'une autre lecture de la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel. Celui-ci pouvait aussi — ce n'est pas un souhait mais une autre application à l'espèce de sa méthode — s'interroger sur la différence de traitement visant les personnes ou organismes domiciliés, établis ou constitués hors de France, dans un ETNC. Ne pouvait-il pas alors se demander si la différence de traitement était en rapport direct avec l'objet de la loi ? Et l'objet de la loi fiscale étant de dissuader les promenades financières dans les ETNC, ne pouvait-il pas considérer régulière la différence de traitement posée par le taux de 75 % ?

(7) Commentaire de la QPC n° 2014-708, www.conseil-constitutionnel.fr.

(8) Ord., n° 96-50, art. 16 ; CASF, art. L. 14-10-4 ; CGI, art. 1600-0 F bis ; CSS, art. L. 136-7 et L. 245-15.

(9) Cons. const., 9 août 2012, n° 2012-654 DC.

(10) DDHC, art. 6 : « La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

(11) Cons., art. 34 : « La loi fixe les règles concernant : [...] l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ; le régime d'émission de la monnaie ».

(12) Cons. const., 20 janv. 2011, n° 2010-624 DC. Pour autant, le principe d'égalité n'oblige pas « à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes ».

(13) V. a contrario la notion « d'avantage fiscal consenti ». Cons. const., 16 août 2007, n° 2007-555 DC.

(14) V. a contrario la notion « d'effet incitatif attendu ». Cons. const., 16 août 2007, n° 2007-555 DC.

(15) Cons. const., 31 juill. 2003, n° 2003-477 DC.

(16) Cons. const., 17 sept. 2010, n° 2010-28 QPC.

(1) Cons. const., 29 déc. 2014, n° 2014-708 DC.

(2) État ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale quand bien même elles seraient ressortissantes de France, d'un État membre de l'UE ou d'un État partie à l'accord sur l'EEE. Encore faut-il que les personnes concernées ne résident pas dans un ETNC au sens de l'article 238-0 A du CGI.

(3) TFUE, art. 63.

(4) CE, 20 oct. 2014, n° 367234.

(5) DDHC, art. 13 : « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés ».

(6) Cons. const., 9 août 2012, n° 2012-654 DC.

Pour être exorbitant, ce taux a pour objectif assumé de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale, noble quête juridique, économique, sociale et morale. *Nenni*. Le juge préfère s'appesantir sur la charge excessive supportée par les contribuables au regard de leurs facultés contributives (17). On entrevoit quelque peu son message (18) : le cumul de taux — notamment « la somme de plusieurs taux marginaux susceptibles de frapper cumulativement un même revenu » (19) — est un élément sur lequel le législateur doit réfléchir pour éviter la censure. Dans notre décision n° 2014-708 DC, le cumul « prélèvement forfaitaire de 75 % + contributions sociales de 15,5 % » ne franchit pas le contrôle d'excessivité. On notera que le Conseil constitutionnel ne censure pas ce taux agrégé de 90,5 % en recourant à la notion d'impôt à caractère confiscatoire. Dans le considérant 39 de la décision, le juge reprend une distinction qui lui est traditionnelle (20) : « l'exigence d'égalité devant les charges publiques ne serait pas respectée si l'impôt revêtait un caractère confiscatoire ou faisait peser sur une catégorie de contribuables une charge excessive au regard de leurs facultés contributives ».

Reste que la distinction entre les deux notions — impôt confiscatoire/charge excessive — n'est guère explicitée par le juge ; il conviendrait que ses décisions soient autrement argumentées, à peine de mettre en exergue les critères au cœur de cette censure. Improbable, pour ne pas dire impensable tant les décisions du Conseil constitutionnel sont, en l'état actuel, dépourvues de motivations substantielles. On imagine qu'une charge excessive peut ne pas revêtir une dimension confiscatoire ; encore faut-il tirer toutes les conséquences juridiques de cette subtilité sémantique.

I. L'harmonisation du taux d'imposition des plus-values immobilières et le droit UE

Le taux d'imposition des plus-values immobilières des non-résidents est abaissé à 19 %, contre 33.1/3 % antérieurement (A). Cette novation législative s'imposait à la suite d'une décision du Conseil d'État (21) centrée sur le droit UE et l'interdiction de restreindre les mouvements de capitaux (B).

A. Le taux d'imposition des plus-values immobilières des non-résidents : 19 % versus 33.1/3 %

L'article 60 de la LFR pour 2014 modifie le régime d'imposition des plus-values immobilières des non-résidents (toujours au sens de l'ar-

ticle 248-0 bis du CGI), personnes physiques domiciliées fiscalement hors UE et EEE.

Désormais, un taux de 19 % (*versus* 33.1/3 % par le passé) s'applique à ces personnes physiques, taux équivalent à celui subi par les non-résidents domiciliés fiscalement au sein de l'UE ou de l'EEE.

Il est fait application de ce taux sous réserve que le contribuable visé ne soit pas fiscalement domicilié dans un ETNC. Le nouveau régime d'imposition vise toutes les personnes physiques (associées de SCI ou non) et s'applique à compter du 1^{er} janvier 2015 aux plus-values immobilières réalisées par les non-résidents. Les personnes morales soumises à l'IS ne sont pas concernées par cette évolution législative.

Si l'on résume en peu de signes :

Désormais :

19 + 15,5 = 34,5 pour les non-résidents *in* UE et EEE ;

19 + 15,5 = 34,5 pour les non-résidents *in* États 1/3, sauf ETNC.

Antérieurement :

33.1/3 + 15,5 = 48,83 pour les non-résidents *in* États 1/3, sauf ETNC.

Au regard de la différence existante (33.1/3 – 19), les personnes concernées peuvent, par réclamation, demander remboursement des sommes par trop versées à l'État.

Il faut, de surcroît, avoir à l'esprit la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 5 décembre 2014 (22) relative à la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus (CEHR).

On ne saurait — dit le juge — inclure dans l'assiette de la CEHR due au titre des revenus de l'année 2011 « les revenus de capitaux mobiliers soumis aux prélèvements libératoires de l'impôt sur le revenu prévus au § I de l'article 117 quater et au § I de l'article 125 A du CGI ».

En se fondant sur cette réserve d'interprétation — interdiction d'une application rétroactive de la CEHR à des revenus déjà soumis aux prélèvements libératoires — il est loisible de procéder par analogie, et de solliciter, jusqu'au 31 décembre 2014, « le remboursement de la CEHR... acquittée en 2012 et calculée sur le revenu fiscal de référence (RFR) 2011, lequel incluait des plus-values immobilières acquittées en 2011 » (23).

B. Le Conseil d'État et les restrictions aux mouvements de capitaux au regard du droit UE

L'adoption d'une disposition législative modifiant le régime d'imposition des plus-values immobilières des non-résidents était inévitable depuis l'arrêt du Conseil d'État en date du 20 octobre 2014 (24). Ce jour, le juge administratif relève l'incompatibilité des dispositions de l'article 8 du CGI avec l'article 56 du traité instituant la CE (25) : elles constituent une restriction aux mouvements de capitaux en provenance ou à destination des pays tiers non membres de l'UE ou non parties à l'EEE ayant conclu avec la France une convention fiscale comportant une clause d'assistance administrative. Trois temps rythment l'arrêt du Conseil d'État (26).

— **La restriction aux mouvements de capitaux.** Une SCI relevant des dispositions de l'article 8 du CGI est soumise — sur les plus-values de cession d'immeubles situés en France — à un prélèvement libératoire de l'IR dû par les associés au taux suivant : 16 % pour la part des droits détenus par des associés résidents en France.

Mais — et c'est cela que le droit UE prohibe — une SCI est soumise à un prélèvement libératoire au taux de 33 % (27) pour la part des droits détenus par des associés résidents d'un pays tiers autre qu'un État partie à l'EEE ayant conclu avec la France une convention fiscale comprenant une clause d'assistance administrative.

En opérant une telle césure (33 % *versus* 16 % en fonction du lieu de résidence), les dispositions de l'article 8 du CGI réduisent « le taux de rentabilité d'un investisseur immobilier en France » et « sont de nature à dissuader les investisseurs résidents de certains pays tiers d'investir en France ». Il y a donc restriction induite aux mouvements de capitaux en l'espèce, interdite par le droit UE.

— **La clause de sauvegarde.** Pouvait-elle s'appliquer ? En vertu du droit UE (28) tel qu'interprété par la CJUE (29), les États membres peuvent adopter des dispositions restreignant les mouvements de capitaux en provenance ou à destination de pays tiers si ces dis-

positions (30) existent de façon ininterrompue depuis le 31 décembre 1993 et si elles se rapportent à des investissements directs. Réponse négative à la question posée : la clause de sauvegarde ne joue pas en l'espèce car la différence de traitement (taux de 33 % *versus* taux 16 %) n'a pas existé en droit national de façon ininterrompue depuis le 31 décembre 1993. En effet, ce n'est qu'à compter de la LFR (31) pour 2004 que le législateur a étendu le champ d'application du prélèvement d'un tiers aux plus-values de cession d'un bien immobilier situé en France réalisées par des SCI, au prorata des droits détenus par des associés non-résidents de France d'un État membre de l'UE ou partie à l'EEE (32).

— **La régularité de la différence de traitement au regard du critère de distinction pertinent de la disposition fiscale en cause (lieu de résidence).** Ultime interrogation : les dispositions fiscales litigieuses restreignant les mouvements de capitaux sont-elles compatibles avec l'article 58 (33) du traité instituant la CE ? En vertu de ce dernier, des restrictions aux mouvements de capitaux sont compatibles avec le droit UE si la différence de traitement instituée vise des contribuables se trouvant dans des situations objectivement différentes (34).

Pour déterminer si les contribuables se trouvent dans des situations différentes — s'agissant de leur résidence ou du lieu où sont investis les capitaux — il convient de comparer leurs situations en tenant compte du critère de distinction pertinent de la disposition fiscale en cause. Le critère de distinction pertinent est ici le lieu de résidence des associés ; en effet, l'article 244 bis A (35) se réfère au lieu de résidence pour faire dépendre le taux du prélèvement libératoire sur les plus-values de cession d'immeubles détenus par des SCI.

Dans le cas présent, le Conseil d'État estime que la cour administrative d'appel (CAA) — dans l'arrêt frappé de pourvoi — a opéré à bon droit une telle comparaison : elle a comparé la situation d'une SCI dont les associés sont résidents de France, d'un État de l'UE ou

(24) CE, 20 oct. 2014, n° 367234.

(25) Désormais TFUE, art. 63.

(26) Le Conseil d'État — saisi sur pourvoi du ministre délégué chargé du Budget — confirme la décision de la CAA de Lyon (29 janv. 2013, n° 12LY00100) annulant le jugement du TA de Grenoble (23 nov. 2011, n° 0405508). Ce dernier avait rejeté les demandes de la SCI Saint-Étienne et de ses associés visant à : décharger partiellement la SCI du prélèvement libératoire auquel elle a été assujettie au titre de l'année 2006 à raison de la plus-value de cession d'un immeuble ; ramener de 33,1/3 % à 16 % le taux du prélèvement libératoire sur la plus-value réalisée ; décharger la SCI du prélèvement libératoire auquel elle a été assujettie à concurrence de la somme correspondant à cette réduction du taux.

(27) On notera que le climat jurisprudentiel n'est guère propice au taux de 33.1/3 %. Que l'on songe, par exemple, aux décisions du TA de Paris du 20 mai 2010 (n° 07-11610), de la CAA de Versailles du 21 juillet 2011 (n° 10VE04101, Wolf von Guggenberger), du Conseil d'État du 20 novembre 2013 (n° 361167, M. Aaron, interprétation de la Convention franco-suisse dans ce dernier cas).

(28) V. traité, art. 57, instituant la CE. Désormais TFUE, art. 64.

(29) CJUE, 19 déc. 2007, n° C-101/5, Skatteverket – CJUE, 5 mai 2011, n° C-348/09, Prunus.

(30) Ou des dispositions identiques dans leur substance aux dispositions en cause ou qui n'en diffèrent qu'en tant qu'elles comportaient des obstacles supplémentaires à la libre circulation des capitaux.

(31) Loi de finances rectificative pour 2004, 30 déc. 2004, art. 50.

(32) ... ayant conclu avec la France une convention fiscale comportant une clause d'assistance administrative.

(33) Désormais TFUE, art. 65. Tel qu'interprété par la CJUE : v. CJUE, 14 déc. 2006, n° C-170/5, Denavit – CJUE, n° C-338/11, 10 mai 2012, Santander Asset Management.

(34) Ou répond à une raison impérieuse d'intérêt général et n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif fixé.

(35) Pt 3.

(17) On peut noter qu'il a opéré censure sans même considérer une éventuelle application de la taxe exceptionnelle sur les plus-values immobilières supérieures à 50 000 € ; dans cette hypothèse, v. CGI, art. 1609 nonies, le taux marginal de taxation aurait alors grimpé à 96,5 %.

(18) V. aussi déc., n° 2012-662 DC.

(19) M. Collet, *L'impôt confisqué*, O. Jacob, 2014, p. 79.

(20) Cons. const., 29 déc. 2005, n° 2005-530 DC.

(21) CE, 20 oct. 2014.

(22) Cons. const., 5 déc. 2014, n° 2014-435 QPC, Jean-François V., à paraître in *Droit fiscal*, F. Laffaille, À propos de la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus.

(23) BDFP 23 déc. 2014, www.riviereavocats.com.

partie à l'EEE (36)... avec la situation d'une SCI dont les associés sont résidents d'un pays tiers autre qu'un État partie à l'EEE (37).

Aucune erreur de droit n'a été commise par la CAA qui a procédé avec pertinence (38) à l'analyse de compatibilité des dispositions de l'article 244 bis A du CGI et de feu l'article 58 CE.

Les dispositions fiscales litigieuses restreignant les mouvements de capitaux ne peuvent alors être sauvées par application de cet arti-

cle ; elles ne sont point compatibles avec le droit UE relatif à la liberté de circulation des capitaux.

Franck LAFFAILLE

Professeur de droit public à la faculté de droit

Université Paris XIII

CERAP – Sorbonne Paris Cité

[36] Ayant conclu avec la France une convention fiscale comportant une clause d'assistance administrative.

[37] Ayant conclu avec la France une convention fiscale comportant une clause d'assistance administrative.

[38] V. le critère de distinction : le lieu de résidence des associés.

ABONNEZ-VOUS !

PETITES AFFICHES

Formules d'abonnement

version papier, 260 NUMÉROS DE LA REVUE
FRANCE 91,67 €HT* (110 €TTC) | UE 295 €HT* | AUTRE 595 €HT*

version EN LIGNE, un accès illimité pendant un an à tous les articles du journal parus depuis 1993
FRANCE 185 €HT* (222 €TTC) | ÉTRANGER 185 €HT*

version en ligne + papier
FRANCE 196,19 €HT* (235,79 €TTC) | UE 399 €HT* | AUTRE 699 €HT*

version papier + cd-rom (l'ensemble du rédactionnel des Petites affiches publié depuis 11 ans)
FRANCE 193,14 €HT* (231,77 €TTC) | UE 395 €HT* | AUTRE 695 €HT*

version papier + en ligne + cd-rom
FRANCE 280,94 €HT* (337,13 €TTC) | UE 500 €HT* | AUTRE 800 €HT*

* Tarifs 2014

Informations :

01 40 93 40 40

ou sur :

www.petites-affiches.com



Petites affiches

lextenso éditions

Retrouvez les Petites affiches sur

