

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MONTREUIL**

N° 1700014

Société RUNA CAPITAL
FUND I LP

Mme Brémeau-Manesme
Rapporteur

M. Thobaty
Rapporteur public

Audience du 12 juin 2018
Lecture du 26 juin 2018

19-04-02-03-02
C+

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Montreuil

(10^{ème} Chambre)

Vu la procédure suivante :

Par un jugement avant dire droit du 4 avril 2018, auquel il est fait expressément référence, le tribunal, estimant qu'il ne disposait pas assez d'éléments lui permettant de déterminer si les titres de participation de la société Runa Capital Fund I LP dans le capital de la société Ubikod SAS devenue Capptain SAS constituaient un investissement direct au sens des dispositions de l'article 64 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, a ordonné un supplément d'instruction aux fins d'inviter la société requérante a produire tous documents permettant d'apprécier la répartition des titres de participation dans le capital de la société Ubikod SAS devenue Capptain SAS, les répartition des droits de vote qui y sont associés, le document contractuel aux termes duquel la société Runa Capital Fund I LP s'est trouvée dans l'obligation de céder ses titres de participation lorsque les actionnaires majoritaires ont pris cette décision, ainsi que tous documents utiles permettant au tribunal d'apprécier la situation de la société requérante en tant qu'actionnaire minoritaire dans la gestion de la société Ubikod SAS devenue Capptain SAS.

Par un mémoire, enregistré le 4 mai 2018, la société Runa Capital Fund I LP maintient les conclusions de la requête, et ajoute que :

- l'investissement qu'elle a réalisé était de nature purement financière et n'avait pas pour objectif de prendre part à la gestion et au contrôle de la société Capptain SAS ; cette prise de participation ne saurait être qualifiée d'investissement direct au sens de l'article 64 du TFUE ;

- le prélèvement de l'article 244 bis B du code général des impôts, en tant qu'il concerne un contribuable autre qu'une personne physique ou une société de personnes, ne peut être regardé comme existant à la date du 31 décembre 1993.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le traité instituant la Communauté européenne, notamment son article 56 ;
- le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, notamment son article 63 ;
- la directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 sur la mise en œuvre de l'article 67 du traité ;
- la loi de finances n° 93-1353 du 30 décembre 1993 ;
- le code général des impôts et le livre des procédures fiscales ;
- le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme Brémeau-Manesme, premier conseiller,
- les conclusions de M. Thobaty, rapporteur public.
- et les observations de Me Ullmann, pour le compte de la société Runa Capital Fund I LP, qui reprend les conclusions et moyens de la requête.

Vu la note en délibéré, enregistrée le 13 juin 2018, présentée par Me Ullmann pour le compte de la société Runa Capital Fund LP I.

1. Considérant que la société Runa Capital Fund I LP, dont le siège est situé aux Iles Caïman, a procédé le 21 mai 2014 à une cession de titres de participation détenus dans le capital de la société française Ubikod SAS ; qu'elle a déclaré le 24 juin suivant une plus-value de cession de 3 878 943 euros et a acquitté le prélèvement prévu à l'article 244 bis B du code général des impôts au taux de 45% pour un montant de 872 762 euros ; que la société Runa Capital Fund I LP demande le remboursement de cette cotisation acquittée au titre de la plus-value générée lors de la cession de droits sociaux ;

Sur les conclusions aux fins de remboursement :

En ce qui concerne l'existence d'une restriction aux mouvements de capitaux :

2. Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 150-0 A du code général des impôts, dans sa rédaction applicable au litige : « *Sous réserve des dispositions propres aux bénéficiaires industriels et commerciaux, aux bénéficiaires non commerciaux et aux bénéficiaires agricoles ainsi que des articles 150 UB et 150 UC, les gains nets retirés des cessions à titre onéreux, effectuées directement, par personne interposée ou par l'intermédiaire d'une fiducie, de valeurs mobilières, de droits sociaux, de titres mentionnés au 1° de l'article 118 et aux 6° et 7° de l'article 120, de droits portant sur ces valeurs, droits ou titres ou de titres représentatifs des mêmes valeurs, droits ou titres, sont soumis à l'impôt sur le revenu.* » ; qu'aux termes de l'article 244 bis B du même code, dans sa rédaction applicable au litige : « *Sous réserve des dispositions de l'article 244 bis A, les gains mentionnés à l'article 150-0 A résultant de la cession ou du rachat de droits sociaux mentionnés au f du I de l'article 164 B, réalisés par des personnes physiques qui ne sont pas domiciliées en France au sens de*

l'article 4 B ou par des personnes morales ou organismes quelle qu'en soit la forme, ayant leur siège social hors de France, sont déterminés selon les modalités prévues aux articles 150-0 A à 150-0 E et soumis à un prélèvement au taux de 45 % lorsque les droits dans les bénéfices de la société détenus par le cédant (...) ont dépassé ensemble 25 % de ces bénéfices à un moment quelconque au cours des cinq dernières années » ;

3. Considérant, d'autre part, qu'à compter du 1^{er} janvier 2006, un dispositif prévu au BOI-IS-RICI-30-20 n° 127 permet aux sociétés cédantes de titres, lorsqu'elles ont leur siège de direction effective soit dans un autre Etat de l'Union européenne, soit dans un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'élimination des doubles impositions comportant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale, et que la convention fiscale internationale applicable prévoit l'imposition de ces opérations en France, et qu'elles ont effectivement été soumises à l'imposition prévue à l'article 244 bis B du code général des impôts, d'obtenir la restitution de la part du prélèvement qui excède l'impôt sur les sociétés dont elles auraient été redevables si elles avaient été une société résidente en France ; que l'impôt théorique est calculé en appliquant un montant de plus-value taxable un taux de 33 % de 12 % ; qu'en définitive, après restitution, ces sociétés sont soumises à une plus-value au taux de 4% ;

4. Considérant qu'aux termes de l'article 56 du traité instituant la Communauté européenne devenu l'article 63 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : « 1. Dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les Etats membres et entre les Etats membres et les pays tiers sont interdites (...) » ; qu'aux termes de l'article 57 de ce traité : « 1. L'article 56 ne porte pas atteinte à l'application, aux pays tiers, des restrictions existant le 31 décembre 1993 en vertu du droit national ou du droit communautaire en ce qui concerne les mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers lorsqu'ils impliquent des investissements directs, y compris les investissements immobiliers, l'établissement, la prestation de services financiers ou l'admission de titres sur les marchés des capitaux. » ; qu'enfin, aux termes de l'article 58 du même traité : « 1. L'article 56 ne porte pas atteinte au droit qu'ont les États membres: a) d'appliquer les dispositions pertinentes de leur législation fiscale qui établissent une distinction entre les contribuables qui ne se trouvent pas dans la même situation en ce qui concerne leur résidence ou le lieu où leurs capitaux sont investis ; b) de prendre toutes les mesures indispensables pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements, notamment en matière fiscale ou en matière de contrôle prudentiel des établissements financiers, de prévoir des procédures de déclaration des mouvements de capitaux à des fins d'information administrative ou statistique ou de prendre des mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique. 2. Le présent chapitre ne préjuge pas la possibilité d'appliquer des restrictions en matière de droit d'établissement qui sont compatibles avec le présent traité. 3. Les mesures et procédures visées aux paragraphes 1 et 2 ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée à la libre circulation des capitaux et des paiements telle que définie à l'article 56. » ;

5. Considérant que les dispositions précitées de l'article 244 bis B du code général des impôts combinées avec le mécanisme de restitution partielle de cette imposition mentionné au point 4 prévoient des taux d'imposition différents selon que les contribuables sont ou non résidents d'un Etat membre de la Communauté européenne, ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention fiscale qui contient une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre

la fraude ou l'évasion fiscale ; que cette différence de taux constitue une différence de traitement ; que les assujettis auxquels le taux de 45% est appliqué sont soumis à une charge fiscale supérieure à celle des assujettis soumis au taux théorique de 4 % ; que si cette imposition s'applique, comme en l'espèce, aux plus-values résultant de la cession de droits sociaux d'une société française, elle porte sur une seule catégorie de revenus des assujettis, qu'ils soient résidents ou non-résidents français ; qu'il n'existe dès lors objectivement aucune différence de situation de nature à justifier une inégalité de traitement fiscal en ce qui concerne l'imposition des plus-values entre les deux catégories d'assujettis ; qu'en imposant à certains investisseurs non-résidents cette charge fiscale supérieure, les dispositions en cause sont de nature à dissuader ceux-ci de procéder à des investissements en France, ainsi que les opérations y afférentes telles que la cession de droits sociaux d'une société française ; qu'une telle différence de traitement doit être regardée comme constituant une restriction aux mouvements de capitaux entre les Etats membres et les Etats tiers telle que prohibée par l'article 56 du traité instituant la Communauté européenne ;

En ce qui concerne le bénéfice de la « clause de gel » :

6. Considérant qu'aux termes de l'article 57 du traité instituant la Communauté européenne devenu l'article 64 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : « *1. L'article 63 ne porte pas atteinte à l'application, aux pays tiers, des restrictions existant le 31 décembre 1993 en vertu du droit national ou du droit de l'Union en ce qui concerne les mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers lorsqu'ils impliquent des investissements directs, y compris les investissements immobiliers, l'établissement, la prestation de services financiers ou l'admission de titres sur les marchés des capitaux (...)* » ;

7. Considérant que la loi de finances n° 93-1353 du 30 décembre 1993, publiée au Journal Officiel du 31 décembre 1993, a étendu le champ d'application du prélèvement prévu par l'article 244 bis B du code général des impôts aux sociétés non-résidentes ; que la société requérante soutient que les dispositions de l'article 244 bis B du code précitées, en ce qu'elles concernent les sociétés ayant leur siège hors de France, ne sont entrées en vigueur que le 2 janvier 1994 et ne pouvaient de ce fait être considérées comme « existant le 31 décembre 1993 en vertu du droit national » au sens des stipulations de l'article 57 du traité instituant la Communauté européenne devenu l'article 64 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne relatives à la « clause de gel » ; que, toutefois, cette loi de finances du 30 décembre 1993, dans le silence du législateur, était d'application directe aux situations existant du 1^{er} janvier au 31 décembre 1993, en vertu du principe de l'annualité de l'impôt posé par l'article 12 du code général des impôts, dès lors que les dispositions de l'article 150-0 A du code général des impôts prévoient que les gains de cession de droits sociaux sont soumis à l'impôt sur le revenu ; que, par suite, contrairement à ce que soutient la société requérante, les dispositions de l'article 244 bis B du code général des impôts, en ce qu'elles concernent les sociétés non-résidentes, sont susceptibles de constituer une « restriction existant le 31 décembre 1993 en vertu du droit national », au sens et pour l'application des stipulations de l'article 57 du traité instituant la Communauté européenne devenu l'article 64 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

8. Considérant que par un arrêt C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, la Cour de justice des communautés européennes a jugé que si la notion d'« investissements directs » n'est pas définie par le traité, il ressort de l'énumération figurant dans la rubrique I de l'annexe I de la directive 88/361/CEE du 24 juin 1988 et des notes explicatives s'y rapportant que celle-ci concerne les investissements auxquels procèdent les personnes physiques ou

morales et qui servent à créer ou à maintenir des relations durables et directes entre le bailleur de fonds et l'entreprise à qui ces fonds sont destinés en vue de l'exercice d'une activité économique ; qu'en particulier, cette notion d'investissement direct concerne la participation à des entreprises nouvelles ou existantes en vue de créer ou de maintenir des liens économiques durables ; que, s'agissant de ces participations dans des entreprises nouvelles ou existantes, l'objectif de créer ou de maintenir des liens économiques durables présuppose que les actions détenues par l'actionnaire donnent à celui-ci, soit en vertu des dispositions de la législation nationale sur les sociétés par actions, soit autrement, la possibilité de participer effectivement à la gestion de cette société ou à son contrôle ;

9. Considérant qu'il résulte de l'instruction, et en particulier du pacte d'actionnaires produit, que la société Runa Capital Fund I LP détient 27 % du capital de la société Ubikod SAS devenue Capptain SAS ; que, bien qu'importante, cette participation ne peut être considérée comme majoritaire au regard de la participation à hauteur de 47% détenue dans le capital de cette même société par ses trois associés fondateurs ; que la société Runa Capital Fund I LP détient un siège sur cinq au conseil d'administration de la société Ubikod, trois étant occupés par les associés fondateurs ; qu'il résulte de l'article 3.4.1 du pacte d'actionnaires que la société requérante dispose d'un droit de veto s'agissant de « décisions importantes », listées en 17 points ; que les domaines dans lesquels peut être exercé ce droit de veto sont nombreux et variés, tels que l'émission ou et les mouvements de titres, l'approbation du budget annuel, tout changement matériel des activités de la société, le transfert ou la concession des droits de propriété intellectuelle détenus par la société ou le licenciement et recrutement des cadres dirigeants ; que, dans ces conditions, la société Runa Capital Fund I LP doit être considérée comme ayant la possibilité de participer effectivement au contrôle de la société Ubikod SAS devenue Capptain SAS ; que cette participation, qui permet la création et le maintien de liens économiques durables entre les deux entités concernées, doit être qualifiée d'investissement direct au sens et pour l'application des stipulations de l'article 57 du traité instituant la Communauté européenne devenu l'article 64 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne relatives à la « clause de gel » ; que, par suite, le prélèvement de 45% auquel a été assujéti la société Runa Capital Fund I LP en application des dispositions de l'article 244 bis B du code général des impôts précitées ne saurait être regardé comme constituant une restriction aux mouvements de capitaux entre les Etats membres et les Etats tiers telle que prohibée par l'article 56 du traité instituant la Communauté européenne ;

10. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société Runa Capital Fund I LP n'est pas fondée à demander la restitution de la différence entre la cotisation acquittée sur la plus-value de cession de droits sociaux réalisée le 21 mai 2014 au titre du prélèvement de 45% prévu à l'article 244 bis B du code général des impôts et la cotisation résultant de l'application du taux de 4 % à la même base ; que, par voie de conséquence, les conclusions présentées sur le fondement des dispositions de l'article L. 208 du livre des procédures fiscales ne peuvent qu'être rejetées ; que, pour les mêmes motifs, les conclusions présentées aux fins d'indemnisation des frais de représentation fiscale ne peuvent qu'être, en tout état de cause, rejetées ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

11. Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de l'Etat, qui n'est pas la partie perdante, le versement d'une somme au titre des frais exposés par la société Runa Capital Fund I LP dans le cadre de la présente instance et non compris dans les dépens ;

DECIDE

Article 1^{er}: La requête de la société Runa Capital Fund I LP est rejetée.

Article 2 : Le présent jugement sera notifié à la société Runa Capital Fund I LP et au directeur des impôts des non-résidents.

Délibéré après l'audience du 12 juin 2018, à laquelle siégeaient :

M. Agnel, président,
M. Saby, premier conseiller,
Mme Brémeau-Manesme, premier conseiller,

Lu en audience publique le 26 juin 2018.

Le rapporteur,

Le président

Signé

Signé

H. Brémeau-Manesme

M. Agnel

Le greffier,

Signé

G. Bellebeau

La République mande et ordonne au ministre de l'action et des comptes publics en ce qui le concerne et à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées de pourvoir à l'exécution de la présente décision.