

**N° 421524**

**Société AVM Holding International**

**10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> chambres réunies**

**Séance du 28 septembre 2020**

**Lecture du 14 octobre 2020**

## **CONCLUSIONS**

### **M. Laurent Domingo, rapporteur public**

Quelles conséquences tirer, dans le cadre d'un contentieux fiscal d'assiette, de l'incompatibilité de la norme fiscale nationale avec le droit de l'Union européenne ? Vous avez déjà apporté des éléments de réponse à cette question et le pourvoi de la société AVM Holding International va vous conduire à compléter votre jurisprudence.

La société AVM Holding International est une société de droit italien, dont le siège est à Milan. Le 16 novembre 2011, elle a cédé les 203 887 actions qu'elle détenait dans le capital de la SAS AR Technology, société de droit français. Parce qu'elle détenait une part substantielle de ce capital (de l'ordre de 30 %), elle a déclaré une plus-value de 2 661 661 euros, pour laquelle elle s'est acquittée de l'imposition au taux de 19 % alors applicable, prévue par les articles 244 bis B et 200 A du CGI, soit 505 716 euros.

Le 21 février 2012, elle a demandé à l'administration fiscale la restitution de cet impôt, estimant qu'il méconnaissait le droit de l'UE. Admettant l'incompatibilité avec le droit de l'UE et faisant application de sa propre doctrine (BOI 4 B-1-08 du 4 avril 2008, n° 105), l'administration lui a accordé une restitution partielle, à hauteur de 417 083 euros. Le solde, soit 88 633 euros, correspond à une quote-part représentant 10 % de la PV imposée au taux de 33, 1/3, c'est-à-dire selon le régime d'imposition applicable, en 2011, aux PVLT sur les titres de participation réalisées par les sociétés résidentes soumises à l'IS<sup>1</sup>.

Saisi par la société AVM Holding International d'une demande tendant à la décharge de ce reliquat d'imposition, le TA de Cergy-Pontoise y a fait droit, par un jugement du 16 juin 2016, estimant que la méconnaissance du droit de l'UE par la loi fiscale devait entraîner la décharge totale de l'imposition en litige. Saisie en appel par le ministre de l'action et des

---

<sup>1</sup> En vertu du a quinquies du 1 de l'article 219 du CGI, les plus-values à long terme afférentes à des titres de participation, qui faisaient auparavant l'objet d'une imposition séparée aux taux successifs de 19 %, puis de 15 % (pour les exercices ouverts à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2005), puis de 8 % (pour les exercices ouverts à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006), ont été soumises, pour les exercices ouverts à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2007, à une imposition au taux de 0 %, en contrepartie de la réintégration dans le résultat imposable d'une QPFC de 5% du résultat net des plus-values de cession (dispositif dit « niche Copé »), portée à 10 % pour les exercices ouverts à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2011 puis, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013, à 12 % du montant brut des plus-values de cession.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

comptes publics, la CAA de Versailles, par un arrêt côté C+ du 5 avril 2018 (à la RJF 2018 n° 915), a annulé ce jugement et remis à la charge de la société le solde de 88 633 euros.

La cour a estimé, nous citons, que « *dans le cas où l'imposition a été perçue à un taux plus élevé que celui compatible avec la norme de droit supérieure, la restitution peut ne pas être intégrale au motif de l'inconventionalité de la norme ayant fondé l'imposition litigieuse, mais peut être limitée à la seule fraction des impositions permettant d'assurer la neutralité de l'imposition au regard des libertés garanties par le Traité, sous réserve qu'il soit loisible de quantifier ce dernier montant, le droit de l'Union n'exigeant pas qu'un Etat membre accorde aux sociétés établies sur le territoire d'autres Etats-membres un traitement plus favorable que celui applicable aux sociétés établies sur son territoire* ».

En validant ainsi la position de l'administration, la cour a eu le souci de rétablir une sorte d'égalité entre sociétés non résidentes et sociétés résidentes, en alignant l'imposition des premières sur celles des secondes, alors qu'une décharge totale avait pour effet de créer, dans l'état du droit alors applicable, une discrimination à rebours pour les sociétés résidentes, soumises à une imposition sur 10 % de la PV.

Le pourvoi de la société AVM Holding International critique cette manière de procéder, par des moyens d'erreur de droit et de dénaturation qui reposent tous sur le postulat que la méconnaissance du droit de l'UE par la norme législative d'imposition ne peut qu'entraîner la décharge de cette imposition.

Une remarque au préalable : la CAA a jugé que l'article 244 bis B du CGI méconnaissait les principes de liberté d'établissement et de libre circulation des capitaux reconnus par les articles 49 et 65 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, du moins en tant qu'il institue pour les personnes morales ayant leur siège hors de France une imposition d'un montant supérieur à l'imposition dont sont redevables les personnes morales ayant leur siège en France. Ce point n'est pas en débat devant vous.

Vous auriez pu, dans l'hypothèse où la cour, après avoir constaté cette méconnaissance du droit de l'UE, aurait écarté l'application de la loi fiscale, vous interroger sur la question de savoir s'il vous appartenait d'examiner d'office cette question au titre du champ d'application de la loi.

Certes, même en droit fiscal, l'incompatibilité avec le droit de l'UE, à la différence de la méconnaissance d'une convention fiscale bilatérale d'élimination des doubles impositions (Assemblée, Min. c/ Sté Schneider Electric, 28 juin 2002, n° 232276, p. 233, RJF 2002 n° 1080 chron. L. Olléon p. 755, concl. S. Austry BDCF 10/02 n° 120), n'est pas d'ordre public (CE 24 mai 2000 n° 183483, SA Inter Expansion, RJF 7-8/00 n° 915 ; CE 3 décembre 2014 n° 367822, Min. c. Moulin, RJF 2/15 n° 168). En l'espèce, les juges du fond n'ont pas soulevé d'office le moyen, mais en étaient saisi par la société.

Toutefois, au stade de la cassation, vous censurez d'office, par exemple, l'arrêt d'appel qui s'est fondé à tort sur un texte fiscal qui n'est pas applicable au litige (voyez par ex. en matière de taxes foncières, CE 24 novembre 1997 n° 170952, Sté Marché Lauragais Camman, RJF

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

1/98 n° 53 ; CE 19 juin 2006 n° 270595, Association « La mission du plein évangile - La porte ouverte chrétienne », RJF 10/06 n° 1209, concl. P. Collin BDCF 10/06 n° 123)<sup>2</sup>. Ce qui revient bien à reprocher au juge du fond de ne pas s'être fondé sur le bon texte fiscal ; ce qui est également le cas, à notre sens, si ce juge écarte à tort l'application de la norme fiscale comme contraire au droit de l'UE.

Mais comme nous allons le voir, la cour n'a pas écarté l'application de l'article 244 bis B. Elle a cherché à en faire une application conforme au droit de l'UE. Si bien, qu'en tant que juge de de cassation, il vous appartient seulement de vous prononcer sur la manière dont la cour a fait application de l'article 244 bis B, sans avoir à valider ou infirmer le point de départ de son raisonnement, selon lequel cet article du CGI méconnaît le droit de l'UE.

Précisons, pour qu'il n'y ait aucun regret sur ce sujet, que nous vous aurions en tout état de cause proposé de confirmer la méconnaissance du droit de l'UE et plus particulièrement de la liberté d'établissement. L'article 244 bis B institue en effet une imposition à la charge des sociétés non résidentes, là où, dans la même situation, la société résidente serait très largement moins imposée (dans la présente espèce, nous sommes dans un rapport de plus de 1 à 5).

Venons-en aux moyens.

Jusqu'à présent, vous avez toujours déduit, dans le contentieux fiscal d'assiette, que la méconnaissance du droit de l'UE, parce qu'elle conduit à écarter l'application de la loi fiscale nationale, devait se traduire par une décharge de l'imposition en litige. Vous l'avez par exemple jugé dans la décision Société Denkavit International DV du 6 avril 2007 (n° 235069, RJF 7/07 n° 807 et aux tables) à propos de l'article 119 bis du code général des impôts, jugé contraire par la CJCE au traité instituant la Communauté européenne (14 décembre 2006 aff. n° 170/05, RJF 3/07 n° 374, conclusions de l'avocat général Leendert A. Geelhoed au BDCF 3/07 n° 39), au motif qu'en instituant une imposition des dividendes versés à une société mère non-résidente tout en dispensant presque totalement les sociétés mères résidentes, il constituait une restriction discriminatoire à la liberté d'établissement. Vous l'avez jugé ainsi alors même que dans ses conclusions sur cette décision, Claire Landais vous faisait remarquer que la solution de décharge avait « pour effet paradoxal de créer une petite discrimination à rebours, au détriment cette fois des sociétés mères françaises », puisque la société Denkavit International BV était totalement déchargée de son imposition, là où les mêmes dividendes distribués à une société mère résidente auraient été soumis, pour 5% de leur valeur, à l'impôt sur les sociétés. Claire Landais ajoutait cependant : « Il n'est évidemment pas question pour vous de limiter en conséquence la restitution à la société Denkavit de la retenue à la source supportée par elle en tentant de la placer théoriquement dans la même situation qu'une société mère résidente » (BDCF 2007 n° 87).

---

<sup>2</sup> En matière de convention fiscale bilatérale d'élimination des doubles impositions, vous soulevez d'office l'erreur dans l'applicabilité au litige de la convention, alors même que l'application de la convention au litige a pu être sans incidence sur la loi nationale (20 sept. 2017, Sté Mecatronic, n° 392231, T. pp. 538-57, concl. E. Bokdam-Tognetti, Dr. Fisc. 2017 n° 50 c. 584).

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

C'est cependant à cet exercice que s'est livrée l'administration fiscale à propos de l'article 244 bis B<sup>3</sup>. Dans son instruction 4 B-1-08 du 4 avril 2008, paragraphe n° 105 (reprise au BOFIP-impôts)<sup>4</sup>, après avoir reconnu à demi-mots que l'article 244 bis B méconnaissait le droit de l'Union, l'administration estime qu'à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006, la société soumise à cette imposition pourra obtenir la restitution de la part du prélèvement qui excède l'impôt dont elle aurait été redevable si elle avait été une société résidente en France.

Pour obtenir la restitution de l'imposition excédentaire, il convient, indique l'instruction, de déterminer le montant théorique d'impôt sur les sociétés afférent à la plus-value à long terme déterminée selon les règles de cet impôt. La restitution est égale à la différence entre le montant de l'imposition prévue à l'article 244 bis B et cet impôt théorique.

C'est la raison pour laquelle, dans notre affaire, l'administration a restitué à la société AVM Holding International une somme 417 083 euros et maintenu une imposition de 88 633 euros.

Le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a censuré une telle solution, en rappelant « qu'une instruction administrative ne saurait justifier une imposition ».

Vous avez en effet déjà jugé que dans l'hypothèse où des dispositions législatives se révéleraient incompatibles avec des règles communautaires, il appartient, le cas échéant, aux ministres de donner instruction à leurs services de n'en point faire application (en matière fiscale, v. par ex. CE, 28 décembre 2012, SAS SIA Industrie, n° 335552). En revanche, avez-vous précisé, les ministres ne peuvent trouver dans une telle incompatibilité un fondement juridique les habilitant à édicter des dispositions de caractère réglementaire qui se substitueraient à ces dispositions législatives (v. CE, 30 juillet 2003, Association « Avenir de la langue française », n° 245076, p. 347 ; v. plus récemment, CE, 30 juillet 2014, n° 375430, La Cimade, p. 252, JCP A n° 6/2015 p. 20 note O. Le Bot). Il en va de même en droit fiscal : les termes de la doctrine fiscale ne sauraient fonder une imposition (v. CE, 11 octobre 2017, SAS Autogrill Coté France, n° 397902, T. p. 589, concl. Bretonneau, Revue de droit fiscal 2018, n° 16-17 comm. 261, chronique Iljic, RJF n° 4/18, pp. 479 à 483).

La cour administrative d'appel de Versailles, pour parer à cette juste objection relevée par le juge de première instance, a emprunté l'autre voie de la jurisprudence « Avenir de la langue française », celle de l'interprétation : « il appartient aux autorités administratives nationales, sous le contrôle du juge, d'exercer les pouvoirs qui leur sont conférés par la loi en donnant à celle-ci, dans tous les cas où elle se trouve dans le champ d'application d'une règle communautaire, une interprétation qui, dans la mesure où son texte le permet, soit conforme au droit communautaire » aviez-vous jugé.

L'interprétation dans un sens conforme au droit de l'Union est courante en matière fiscale, que ce soit à propos des dispositions législatives assurant la transposition des directives (Section, 22 décembre 1989, n° 86113, min. c/ Cercle militaire mixte de la Caserne Mortier, p. 260, à la RJF 1990 n° 130, concl. M.-D. HagelS... p. 80) ou se trouvant simplement dans le

<sup>3</sup> S'agissant des suites de « Denkavit », v. BOI 4 C-7-07 n° 67 du 10 mai 2007.

<sup>4</sup> BOI-IS-RICI-30-20 § 125 et s. publié le 11 mars 2013.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

champ du droit de l'Union (17 juin 2011, n° 324392, SARL Méditerranée automobiles, p. 301, n° 314667, Sté Finaparco, RJF 2011 n° 1035, concl. P. Collin BDCF 2011 n° 110 ; 15 décembre 2014, n° 380942, SA Technicolor, p. 387, RJF 2015 n° 190, chron. N. Labrune p. 163, concl. E. Crépey BDCF 2015 n° 28), voire à la marge de ce droit (CE 20 février 2012 n° 321224, Société civile Participasanh, RJF 5/12 n° 454, concl. D. Hedary BDCF 5/12 n° 54).

C'est à ce titre que la cour de Versailles affirme que « l'administration fiscale ne fonde pas l'imposition maintenue sur un texte de valeur législative inapplicable, ni sur une instruction administrative insusceptible à elle seule d'instituer une imposition, mais sur des dispositions législatives interprétées au regard des exigences du droit de l'Union ».

Il nous semble que ce faisant, la cour a repoussé, et en réalité franchi, les limites de l'interprétation : il est en effet très difficile, et à vrai dire impossible, de lire une norme établissant une imposition de 19 % sur une PV comme devant être comprise, à la lumière du droit de l'Union, comme signifiant que l'imposition porte, en l'espèce, sur 10 % de la PV à un taux de 33,3 %. Il s'agit bien d'une autre norme d'imposition, celle applicable aux sociétés résidentes et qui n'est donc pas applicable à la société AVM Holding International.

Comme le résumait Nicolas Labrune (chron. préc.) l'interprétation conforme au droit de l'UE « n'est possible que pour autant que le texte se prête à une interprétation. Le juge ne peut, en effet, consentir à des efforts interprétatifs d'un texte que tant que ce texte lui laisse une marge de manœuvre suffisante ». A défaut de pouvoir interpréter, il faut écarter.

Vous pourrez ainsi accueillir le moyen d'erreur de droit soulevé par la société, tiré de ce que la cour a, à tort, interprété la loi fiscale comme permettant à l'administration de maintenir une imposition partielle au lieu d'en prononcer la décharge totale.

Il résulte de la proposition que nous vous faisons le maintien d'une « petite discriminations à rebours » au détriment des sociétés résidentes. Notons tout d'abord que le droit de l'Union est indifférent en lui-même à cette conséquence purement nationale (v. CJCE, 16 juin 1994, S... II, aff. C-132/93 ; CJCE, 5 juin 1997, U... et J..., C-64/96 et C-65/96 : « Les éventuelles discriminations dont les ressortissants d'un État membre peuvent faire l'objet au regard du droit de cet État relèvent du champ d'application de celui-ci, en sorte qu'elles doivent être résolues dans le cadre du système juridique interne dudit État »).

Indiquons ensuite que si l'objectif du juge d'appel de gommer cette discrimination était louable dans son principe, c'est bien au législateur, et non à une simple instruction administrative ou à la jurisprudence, de l'effacer. Ce qui signifie en réalité qu'il appartient au législateur de traiter également les contribuables internes et les contribuables relevant des autres États-membres, c'est-à-dire d'éviter d'adopter des dispositions méconnaissant, comme alors l'article 244 bis B, le droit de l'Union. Il ne s'agit pas nécessairement de traiter à l'identique ces deux catégories de contribuables, mais au moins d'assurer un « traitement équivalent » (CJCE 12 décembre 2006, aff. C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation, RJF 3/07 n° 375).

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Précisons pour terminer que le législateur a d'ailleurs modifié l'article 244 bis B. Le taux d'imposition, après être avoir porté (par la loi n° 2012-1509 du 29 décembre 2012 de finances pour 2013, article 10 et pour les gains réalisés à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013) à 45 %, a été en 2018 ramené, en même temps que celui applicable aux personnes physiques qui ne sont pas fiscalement domiciliés en France<sup>5</sup> était aligné sur le nouveau régime du PFU (12,8 %, soit 30 % avec les prélèvements sociaux), au taux de droit commun de l'IS prévu au deuxième alinéa du I de l'article 219, qui poursuit une trajectoire devant aboutir à 25 % (loi n° 2017-1837 du 30 décembre 2017 de finances pour 2018, article 28)<sup>6</sup>. Ce n'est cependant pas tout à fait l'imposition des PVLT en particulier sur les titres de participation, et on peut noter que le mécanisme de restitution instauré par l'instruction aujourd'hui en litige figure toujours au BOFIP, même après la réforme de 2018.

PCMNC à l'annulation de l'arrêt attaqué, au renvoi de l'affaire devant la CAA et à ce qu'une somme de 3 000 euros à verser à la société soit mise à la charge de l'Etat.

---

<sup>5</sup> Lesquels bénéficiaient d'ailleurs, avant 2018, d'une possibilité légale de remboursement de l'excédent du prélèvement de 45 % si le barème de l'impôt sur le revenu était plus favorable.

<sup>6</sup> Auquel s'est ajouté le mécanisme de restitution prévu à l'article 235 quater CGI pour les sociétés déficitaires.