

N^os 442061 et 442062, M. et Mme C...

3^{ème} et 8^{ème} chambres réunies

Séance du 21 janvier 2022

Décision du 14 février 2022

A paraître aux Tables

CONCLUSIONS

Mme Marie-Gabrielle MERLOZ, Rapporteuse publique

1. Ces deux pourvois, qui se présentent, à une nuance près, exactement dans les mêmes termes, portent sur le dispositif « anti-abus » applicable, en vertu de l'article 123 *bis* du CGI, aux revenus des participations dans des entités financières étrangères soumises à un régime fiscal dit privilégié.

La société Level One a été constituée le 29 septembre 2009 au Luxembourg sous la forme d'une société de participations financières (Soparfi). M. et Mme C... détiennent la totalité des 7 000 parts qui constituent son capital (à hauteur de 6 999 parts pour M. C... et d'1 part pour son épouse). M. C..., qui en est par ailleurs le gérant, a libéré sa participation par apport des 500 parts qu'il détenait dans la SARL ITD, société de droit français, et qui représentaient l'intégralité de son capital. Cette société, créée en 1979 et dont il était le gérant, avait pour activité la diffusion d'accessoires destinés au marquage pour la vente au détail de produits de confection textile.

Cette société a procédé en 2009 et 2010 à des distributions de dividendes au profit de la société Level One, son unique actionnaire, qui ont été exonérés de retenue à la source en vertu de l'article 119 *ter* du CGI. L'administration n'a rien trouvé à redire à cette exonération. A l'issue d'un examen de leur situation fiscale personnelle, puis d'un contrôle sur pièces, elle a toutefois estimé que les bénéfices réalisés par la société Level One au cours des exercices clos les 31 décembre 2009 et 2010 (à hauteur respectivement de 7 642 euros seulement du fait des trois mois d'existence de la société et de 287 338 euros) étaient imposables, sur le fondement de l'article 123 *bis* du CGI, entre les mains de M. et Mme C..., dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers, au titre des années 2010 et 2011. Les rectifications ont également porté, au titre de l'année 2010, sur des revenus fonciers, à raison de leur participation dans la SCI CRZ et la SARL ITD, et sur des revenus réputés distribués sur le fondement du c de l'article 111 et du 1^o du 1 de l'article 109 du CGI, à raison de la réintégration dans

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.

les bénéficiaires de la SARL ITD de frais non exposés dans l'intérêt de l'entreprise et d'un complément de rémunération alloué à M. C....

N'ayant que partiellement obtenu satisfaction au stade précontentieux au titre de l'année 2010, M. et Mme C... ont saisi le juge de l'impôt en vue d'obtenir la décharge, en droits et pénalités, des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu et de contributions sociales restant à leur charge. Le tribunal administratif de Montreuil a rejeté leurs demandes. Ils ont eu un peu plus de succès devant la cour administrative d'appel de Versailles. Statuant par deux arrêts rendus le même jour, elle a tiré les conséquences de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et prononcé la décharge de la part des cotisations supplémentaires de contributions sociales ayant résulté de la majoration de 25 % de leur base imposable au titre des deux années litigieuses (décisions n° 2016-610 QPC du 10 février 2017, RJF 5/17 n° 472 et n° 2017-643/650 QPC du 7 juillet 2017, RJF 10/17 n° 971). Elle a en revanche rejeté le surplus de leurs conclusions, après avoir, au titre de l'année 2010, constaté un non-lieu à statuer à hauteur des dégrèvements intervenus en cours d'instance (correspondant aux distributions de la SARL ITD). M. et Mme C... se pourvoient, dans cette mesure, en cassation contre ces deux arrêts et doivent donc être regardés comme demandant l'annulation respectivement de l'article 4 et de l'article 3.

2. Le débat de cassation se cristallise sur le bien-fondé des rectifications prononcées sur le fondement de l'article 123 *bis* du CGI au titre des années 2010 et 2011.

L'article 123 *bis*, qui est issu de l'article 101 de la loi de finances pour 1999¹, institue, sur le modèle de l'article 209 B mais à destination des personnes physiques, un dispositif de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales destiné à déjouer les schémas d'optimisation consistant à transférer dans certaines entités étrangères des revenus ou des bénéficiaires qui y sont conservés et échappent ainsi à l'imposition en France. Son champ d'application est fixé au 1 de cet article. Il s'applique à compter d'un seuil de participation, directe ou indirecte, d'au moins 10 % dans une entité étrangère soumise à un régime fiscal privilégié, dont le patrimoine est principalement constitué d'actifs financiers et monétaires. Les bénéficiaires ou revenus positifs réalisés par une telle entité, quoique non distribués, sont alors réputés constituer un revenu de capitaux mobiliers acquis par les personnes physiques fiscalement domiciliées en France qui en sont associées ou membres, à proportion des parts qu'elles détiennent.

Le caractère privilégié d'un régime fiscal est déterminé par comparaison avec le régime fiscal applicable à une société ou à une collectivité mentionnée au 1 de l'article 206. Conformément au renvoi opéré à la définition générale et transversale posée à l'article 238 A, est regardée comme soumise à un régime fiscal privilégié dans l'Etat

¹ Loi n° 98-1266 du 30 décembre 1998 de finances pour 1999, art. 101.

ou le territoire où elle est implantée, soit la personne qui n'y est pas imposable, soit celle qui y est assujettie à des impôts sur les bénéfices ou les revenus dont le montant est inférieur de plus de la moitié (écart ramené à 40 % depuis le 1^{er} janvier 2020) à celui de l'impôt sur les bénéfices ou sur les revenus dont elle aurait été redevable dans les conditions de droit commun en France, si elle y avait été domiciliée ou établie.

Lorsque ce dispositif est applicable, les revenus imposables sont déterminés conformément aux modalités définies au 3 de l'article 123 *bis*. Le premier alinéa précise que l'année d'imposition est fixée le premier jour du mois qui suit la clôture de l'exercice de l'entité juridique étrangère ou, en l'absence d'exercice clos au cours d'une année, le 31 décembre. Il prescrit de reconstituer les résultats de cette entité « *selon les règles fixées par le [CGI] comme si [elle] était imposable à l'impôt sur les sociétés en France* »². Pour éviter une double imposition, l'assiette de l'impôt est diminuée, le cas échéant, de l'impôt qu'elle a acquitté localement sur ses bénéfices ou revenus positifs pour la quote-part de droits détenus par le contribuable soumis à l'article 123 *bis*, à condition d'être comparable à l'impôt sur les sociétés. Pour mémoire, puisque ce n'est pas l'hypothèse d'espèce, le second alinéa prévoit des dispositions spécifiques, instituant un minimum d'imposition forfaitaire lorsque l'entité est située dans un Etat ou territoire n'ayant pas conclu de convention d'assistance administrative avec la France ou qui est non coopératif au sens de l'article 238-0 A. En cas de distributions, effectives et non présumées, les sommes correspondantes ne sont soumises à l'impôt que pour la partie excédant le revenu imposable ainsi calculé (cf. paragraphe 4).

Le législateur a en outre introduit à compter du 1^{er} janvier 2010³ une clause de sauvegarde, codifiée au 4 *bis* de ce même article, qui permet au contribuable français de renverser la présomption de distribution posée au 1 - et donc d'échapper à l'application de ce dispositif - « *si l'exploitation de l'entreprise ou la détention des actions, parts, droits financiers ou droits de vote de cette entité juridique ... ne peut être regardée comme constitutive d'un montage artificiel dont le but serait de contourner la législation fiscale française* ». Initialement réservée aux entités localisées dans un Etat de l'Union européenne, cette possibilité d'exemption a été généralisée aux entités localisées dans un autre Etat ou territoire par la loi de finances rectificative pour 2017, avec une rédaction et donc une portée légèrement différente, pour se conformer à la décision du Conseil constitutionnel n°2016-614 QPC du 1^{er} mars 2017 (RJF 5/17 n°473)⁴.

Les mesures d'application de ce dispositif sont codifiées aux articles 50 *bis* à 50 *septies* de l'annexe II au CGI. Ces dispositions astreignent notamment les personnes physiques

2

³ Loi n° 2009-1674 du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009, art. 22

⁴ Loi n° 2017-1775 du 28 décembre 2017 de finances rectificative pour 2017, art. 25.

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.

concernées à certaines obligations déclaratives à partir desquelles sont reconstitués les résultats de l'entité étrangère (établissement d'un bilan de départ et déclaration spécifique dans le même délai que la déclaration d'ensemble des revenus).

3. Votre jurisprudence a déjà posé plusieurs jalons pour guider le juge de l'impôt dans la mise en œuvre de ces dispositions.

Les règles de dévolution de charge de la preuve sont clairement établies. Vous jugez depuis longtemps qu'il appartient à l'administration de justifier qu'une société est soumise à un régime fiscal privilégié dans son État ou territoire d'implantation lorsqu'elle entend faire application de l'article 238 A (CE, 21 mars 1986, *Min. c/ SA Auriège*, n° 53002, aux T., RJF 5/86 n° 470 avec concl. O. Fouquet p. 267 ; CE, 30 septembre 1992, *SARL « Tool France »*, n° 75464, aux T., RJF 11/92 n° 1470, concl. O. Fouquet BDCF 2/93 p. 3). Vous avez récemment affiné la dialectique qui prévaut en la matière en fonction des termes du débat contentieux (voyez notamment : CE, 24 avril 2019 *Société Control Union Inspection France (Cuif)*, n° 413129, aux T., RJF 7/19 n° 631, avec concl. L. Cytermann).

Vous avez par ailleurs progressivement précisé la notion de régime fiscal privilégié et le raisonnement à suivre pour procéder à l'exercice comparatif des régimes fiscaux français et étrangers. Ainsi que l'a indiqué le président Fouquet dans ses conclusions sur la décision précitée *Min. c/ SA Auriège*, il faut, dans un premier temps, déterminer la charge fiscale effectivement supportée par l'entité juridique étrangère, puis dans un second temps, évaluer celle qu'elle aurait supportée si elle avait été établie en France et comparer les résultats obtenus. Vous êtes restés fidèles à cette démarche dans la décision du 2 avril 2003, *APBP* (n°s 237751, 237753, aux T., RJF 6/03 n° 693, concl. P. Collin BDCF 6/03 n° 75). Vous avez confirmé que la comparaison se fait *in concreto* en recherchant le traitement fiscal qui serait réservé en France à l'association étrangère compte tenu de la nature de son activité, refusant de vous en tenir à la comparaison générale et théorique des régimes fiscaux respectifs des associations à but non lucratif au Liechtenstein et en France. Ce mode d'emploi conserve toute son actualité sous l'empire actuel des dispositions de l'article 238 A, ainsi qu'en témoigne votre jurisprudence plus récente.

Dans le prolongement de ces précédents, votre décision *Société Cuif* a confirmé que cette comparaison porte, non sur des taux d'imposition, mais sur des assiettes taxables. Pour établir le caractère privilégié du régime fiscal, l'administration doit ainsi réunir des « éléments circonstanciés » sur « l'ensemble des modalités selon lesquelles des activités du type de celles qu'exerce ce bénéficiaire sont imposées dans le pays où il est domicilié ou établi », à charge ensuite pour le contribuable, s'il y parvient, de faire valoir, en réponse, tous éléments propres à la situation du bénéficiaire en cause. Votre décision du 29 juin 2020, *Société Bernys* (n° 433937, aux T., RJF 10/20 n° 767, avec

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.

concl. R. Victor) précise quant à elle que l'administration doit prendre en compte l'ensemble des impositions directes sur les bénéficiaires et les revenus prévues, le cas échéant, par la législation de cet État : la seule absence d'un impôt sur les sociétés dans l'État en cause ne suffit donc pas à prouver l'existence d'un régime fiscal privilégié (rapp. pour l'article 209 B du CGI : CE, 21 novembre 2011, *Min. c/ SA Sifa*, n° 325214, aux T., RJF 2/12 n° 102, concl. P. Collin BDCF 2/12 n° 16).

Ce litige est l'occasion d'apporter une nouvelle clarification, pour l'application de l'article 123 *bis*, en précisant si la comparaison effectuée pour qualifier un régime fiscal de privilégié doit tenir compte de l'existence du régime des sociétés mères prévu par les articles 145 et 216 du CGI.

La cour, convaincue par la position défendue par l'administration, a répondu par la négative. Elle l'a refusé par principe et a estimé que la comparaison devait s'effectuer, eu égard à la forme juridique de la société Level One, en prenant en compte le taux normal de 33,33 % de l'impôt sur les sociétés auquel elle aurait été assujettie, si elle avait été constituée en France, « *dans les conditions de droit commun* » et « *en dehors de toute considération qui relèverait d'une décision de gestion de l'entreprise* ».

Cette analyse nous paraît cependant prêter le flanc à la critique.

Le caractère optionnel du régime des sociétés mères - qui s'explique par des raisons historiques, comme le fait que cette option constitue une décision de gestion opposable, ne nous paraissent pas décisifs. Ce régime s'applique en effet de plein droit à toute société qui remplit les conditions fixées à l'article 145 du CGI. L'exercice de cette option est en outre extrêmement souple. La loi ne la subordonne à aucune obligation déclarative spécifique. Elle résulte en pratique des mentions portées chaque année sur la liasse fiscale : la société doit simplement indiquer dans sa déclaration le montant des dividendes qu'elle entend déduire de son bénéfice en application de ce régime ainsi que la quote-part de frais et charges restant imposable et y joindre la liste de ses filiales et participations en précisant pour chacune d'elles le taux de détention⁵. Vous avez jugé qu'eu égard aux modalités d'imposition des produits soumis à ce régime et dès lors que la loi n'a pas prévu de déchéance du droit d'en bénéficier en l'absence d'exercice de l'option dans le délai de déclaration, une société peut exercer cette option dans le délai de réclamation prévu à l'article R. 196-1 du LPF. La renonciation expresse à l'option constituant une décision de gestion opposable, vous avez seulement réservé l'hypothèse d'un renoncement exprès au bénéfice de ce régime (CE, 20 décembre 2017, *Société Worms et Cie*, n° 414974, aux T., RJF 3/18 n° 254, avec concl. B. Bohnert, précisant CE, 16 novembre 2016, *Société Havas*, n° 387576, inédite au Rec, RJF 2/17 n° 111, avec concl. M-A. de Barmon).

⁵ DAFL, IS, Division V « Groupe de sociétés », Chapitre I « Régime des sociétés mères et filiales », n° 2900 et suiv.

Nous concédons que l'interprétation de l'article 238 A peut prêter à discussion. La société Level One relève *a priori* plutôt du premier terme de l'alternative qui prévoit l'absence d'imposition effective dans l'Etat étranger. Il nous paraît toutefois peu conforme à l'objet de ce dispositif de s'en tenir à ce seul constat sans rechercher si cette société aurait pu, si elle avait été constituée en France, bénéficier de la même exonération des dividendes versés par sa filiale. Cette configuration n'a –semble-t-il – pas été envisagée par le législateur. La cour s'est placée quant à elle dans le cadre du second terme - celui d'un écart notable d'imposition – et a buté sur la référence à une imposition en France « *dans les conditions de droit commun* ». Cette notion est ambiguë mais ne nous paraît pas nécessairement revêtir l'acception stricte endossée par la cour. Le régime des sociétés mères est indéniablement un régime spécial, plus favorable que le droit commun. Il s'agit néanmoins d'un régime d'imposition à part entière qui a vocation à s'appliquer à toutes les entreprises éligibles, sans privilégier un secteur particulier. Il fait partie du paysage fiscal habituel et courant des sociétés. Il est, de surcroît, pérenne et harmonisé au niveau européen.

Vous pourriez, compte tenu de cette incertitude, avoir la tentation de vous reporter aux travaux préparatoires. Vous vous souvenez que la modification de l'article 238 A opérée par la loi de finances pour 2005⁶ a eu pour objet de redéfinir de manière plus précise la notion de régime fiscal privilégié et de se rapprocher des définitions retenues par les autres pays recourant à une notion comparable. Jusque-là, il était seulement exigé que les impôts étrangers soient « *notablement moins élevés qu'en France* », ce qui était plutôt flou et avait été interprété, à titre de règle pratique, par l'administration et la jurisprudence comme visant une imposition inférieure d'un tiers à ce qu'elle serait en France.

Les travaux préparatoires ne sont guère diserts sur le point qui vous intéresse. Il faut dire que cette modification était assez annexe par rapport à la réforme de l'article 209 B, rendue nécessaire par l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes comme de la vôtre. Il est néanmoins indiqué pour expliquer la référence aux « *conditions de droit commun* » que : « *C'est donc bien la situation particulière de la structure étrangère, et non l'écart d'imposition dans l'absolu, qui est pris en compte, les éventuels avantages fiscaux dont elle aurait bénéficié en France n'étant pas envisagés afin d'assurer la pérennité de la nouvelle définition* »⁷. Pour les motifs déjà exposés, le régime des sociétés mères ne nous paraît pas pouvoir être regardé comme un avantage fiscal, tel que l'entendait le législateur.

⁶ Loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004 de finances pour 2005, art. 104.

⁷ Rapport n° 74, Ph. Marini, sénateur, 25 novembre 2004, Tome III p. 201. Voir aussi dans le même sens : rapport n° 1863 de G. Carrez, député, 13 octobre 2004, Tome III, p. 180.

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.

Nous relevons du reste que la doctrine administrative relative à l'article 238 A admet de prendre en compte dans les termes de comparaison, en cas d'écart notable d'imposition, l'existence de « *régimes fiscaux particuliers d'imposition, dérogatoires au régime de droit commun, applicables à certaines formes d'entreprises, d'activités ou de revenus* » (instruction 4 C-9113 du 30 octobre 1997, n° 8 et 11 notamment, reprise au Bofip sous la référence BOI-BIC-CHG-80-10 du 12 septembre 2012, n° 170 et 200). Elle les distingue des « *impositions spécifiques* », telles que l'« *application à certaines catégories de revenus de taux réduits particuliers ou de prélèvements libératoires* », qu'elle exclut en revanche de la comparaison. Les commentaires administratifs portant sur l'article 123 *bis* se bornent pour leur part, s'agissant de la notion de régime fiscal privilégié, à renvoyer aux dispositions de l'article 238 A et, à tout le moins dans leur version initiale, à la doctrine qui s'y rapporte, et ne mentionnent expressément la prise en compte du régime des sociétés mères que pour la détermination des résultats de l'entité étrangère (instruction 5 I-1-00 du 1^{er} mars 2000, n° 88, reprise au BOI-RPPM-RCM-10-30-20-20 du 12 septembre 2012, n° 320).

Nous croyons donc que la cour a commis l'erreur de droit qui lui est reprochée en refusant de prendre en compte, sur le terrain de la loi fiscale, l'existence du régime des sociétés mères pour apprécier le caractère privilégié du régime fiscal auquel était soumise la société Level One au Luxembourg. Elle aurait dû rechercher si, comme le soutenaient les requérants, cette société aurait rempli les conditions requises par l'article 145 du CGI pour bénéficier de ce régime si elle avait été constituée en France.

3. Cette censure n'épuise pas l'intérêt contentieux du litige. Cette première étape, si vous la franchissez avec nous, débouche sur d'autres questions, emboîtées les unes dans les autres selon le principe des poupées russes, portant sur l'application de la clause de sauvegarde, les modalités de reconstitution des résultats imposables de la société Level One, la possibilité pour l'administration d'opposer un abus de droit pour faire échec à l'invocation du régime des sociétés mères, selon un raisonnement hypothétique si cette société avait été constituée en France et avait opté pour ce régime, et, le cas échéant, la preuve de son existence. Indiquons d'emblée que nous nous bornerons, à ce stade du litige, à examiner la première de ces poupées russes qui détermine la clef d'entrée dans l'article 123 *bis*. Elle ne se pose pas exactement dans les mêmes termes dans les deux pourvois dont vous êtes saisis.

On sait qu'en vertu du I de l'article 216 du CGI, les produits nets des participations, ouvrant droit à l'application du régime des sociétés mères et visées à l'article 145, touchés au cours d'un exercice par une société mère, peuvent être retranchés du bénéfice net total de celle-ci, défalcation faite d'une quote-part de frais et charges. L'existence d'un régime fiscal privilégié dépend donc du point de savoir, si l'on admet qu'il faut prendre en compte la possibilité d'opter pour ce régime dans les termes de

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.

comparaison, quelle est la nature intrinsèque de cette quote-part et si sa réintégration au résultat de la société mère peut être regardée comme une imposition.

Originellement, la réintégration de cette fraction de dividendes est censée représenter les frais et charges liés à la gestion des participations. Par une décision du 23 avril 1997, *Société Fournier Industrie et Santé* (n° 145611, inédite au Rec., RJF 6/97 n° 543, concl. G. Goulard Dr. fisc. 44/97 c. 1141), vous avez ainsi jugé que la quote-part a pour objet de compenser la possibilité de déduire du bénéfice imposable, au titre des frais généraux, des frais et charges qui concourent à la formation de produits exonérés en application de l'article 216, et non de laisser soumise à l'impôt sur les sociétés, en tant que telle, une fraction de revenus distribués. Vous n'aviez pas été retenus par le caractère forfaitaire de son évaluation, déjà établie à l'époque à hauteur de 5 %, ni par la circonstance qu'elle était fixée, non en proportion des charges exposés par la société mère, mais du produit total des participations qu'elle avait perçu. Cette analyse était confortée par la limitation de cette quote-part, « *pour chaque période d'imposition, [au] montant total des frais et charges de toute nature exposés par la société participante au cours de la même période* ». La notion de frais réels s'entendait donc dans une acception large. Ce plafonnement visait uniquement à éviter que la société mère ne soit imposée sur un montant supérieur à celui de ses recettes autres que les produits de participation et que la réintégration de la quote-part dégage un profit imposable du seul fait de son caractère forfaitaire⁸.

Cette qualification est-elle toujours d'actualité ?

Il est permis d'hésiter depuis la suppression du plafonnement par la loi de finances pour 2011⁹. L'application du régime des sociétés mères conduit désormais systématiquement, quel que soit le montant des frais et charges réellement supportés, à la réintégration dans le résultat de la société mère d'une quote-part de frais et charges, qui reste fixée uniformément à 5 % du produit total des participations. Le lien établi par l'article 216 entre la quote-part et les frais et charges exposés s'en trouve nécessairement distendu et la justification théorique initiale de la quote-part affaiblie. Cet argument textuel nous paraît majeur.

Les travaux préparatoires ne sont pas univoques sur ce point¹⁰. On n'y trouve aucune affirmation claire d'un glissement de logique. Nous y décelons néanmoins des indices en ce sens. L'analyse que nous venons d'exposer est tout d'abord présentée comme

⁸ Instruction du 25 juin 1999, référencée 4 H-4-99. Nous renvoyons également, sur ce point, aux travaux préparatoires au projet de loi de finances pour 2011 (article 6) (rapport n° 2857, G. Carrez, tome II, p. 117 ; rapport n° 111, Ph. Marini, Tome II, 18 novembre 2010) et à l'analyse précise développée par E. Bokdam-Tognetti dans ses conclusions sur la décision du 7 décembre 2016, *Sté G4S International Holding*, n° 386973, inédite au Rec., RJF 3/17 n° 220.

⁹ Loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011, art. 10

¹⁰ Cf. note 8.

une justification « *historique* », au demeurant sans aucune référence à votre jurisprudence *Société Fournier Industrie et Santé* qui avait pourtant été reprise à son compte par l'administration et le législateur notamment lors du rétablissement d'une quote-part de frais et charges par la loi de finances pour 1999, puis du relèvement de son taux de 2,5 à 5 % par la loi de finances pour 2000¹¹. Ensuite, le dé plafonnement proposé est lui-même présenté comme le rétablissement d'une imposition systématique de 5 % des produits perçus dans le cadre du régime fiscal des sociétés mères et comme aboutissant, en pratique, à soumettre ces produits à un taux d'imposition de 1,67 % (hors groupe fiscalement intégré). Enfin, cette mesure est inspirée par des considérations de rendement. Elle s'inscrit dans le cadre du financement de la réforme des retraites et prend appui sur un rapport du Conseil des prélèvements obligatoires soulignant le coût exponentiel du dispositif et son évolution. Le législateur a en outre été sensible à l'utilisation de ce plafonnement dans des schémas d'optimisation fiscale permettant, en pratique, de neutraliser assez aisément la quote-part en logeant des participations dans une société holding « passive » générant des frais et charges d'un montant négligeable. Le cas d'espèce correspond *a priori* à ce schéma : l'activité de la société Level One se limitait au portage des titres de la société ITD, elle n'employait aucun personnel et ne disposait que d'une adresse de domiciliation dans une société fiduciaire et d'un numéro d'identification national.

Vous n'avez, à notre connaissance, pas encore eu l'occasion de réexaminer votre position depuis la suppression du plafonnement. Il nous semble néanmoins que vos décisions QPC du 5 mars 2018, *Sté Vicat* et *Sté Vétoquinol* (n° 416514 et n° 416567, RJF 6/18 n° 661) traduisent un certain infléchissement. Vous avez en particulier jugé qu'en soumettant la quote-part pour frais et charges à l'impôt sur les sociétés, le législateur s'était borné à préciser la portée de l'exonération qu'il instituait sans soumettre à l'impôt, quel que soit le montant de cette quote-part, des revenus fictifs et vous avez regardé l'article 216 comme posant une règle de taxation des produits de participation perçus de filiales à hauteur d'une assiette correspondant à 5 % de leur montant brut.

Vous pourriez par ailleurs être tentés de raisonner comme dans la récente affaire *SA L'Air Liquide* (CE, 15 novembre 2021, n° 454105, aux T., FR 49/21 inf. 1 p. 3, concl. K. Ciavaldini) portant sur la quote-part pour frais et charges prévue au deuxième alinéa du a *quinquies* du I de l'article 219 du CGI. Compte tenu du mode de détermination des sommes que la société cédante doit réintégrer dans son bénéfice en application de ces dispositions et du pourcentage de 12 % qu'elles fixent, vous avez estimé que ces dispositions n'avaient pas pour objet de neutraliser de manière forfaitaire la déduction de frais exposés pour l'acquisition ou la conservation d'un

¹¹ Loi n° 98-1266 du 30 décembre 1998 de finances pour 1999, art. 64. Loi n° 99-1172 du 30 décembre 1999 de finances pour 2000, art. 20, et rapport n° 1861, D. Migaud, Tome II, vol. 1 reprenant à son compte cette analyse contestée par Ph. Marini dans le rapport n° 89, Tome II, fasc. 1. Instruction précitée 4 H-4-99.

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.

revenu afférent à une opération exonérée mais qu'elles visaient à soumettre à cet impôt, à un taux réduit, les plus-values de cession de titres de participation. Certes, le contexte était différent et la solution plus engagée qu'en l'espèce. En particulier, l'évolution du taux n'est ici pas un argument pertinent car le taux de 5 % est le taux maximum autorisé par la directive dite « mère-fille »¹². Cette contrainte a d'ailleurs été rappelée au cours des débats parlementaires, seule la voie d'un rehaussement du seuil de participation étant discutée avant d'être écartée car nécessitant une concertation européenne ou une réflexion plus approfondie. Toutefois, les éléments que nous venons de mettre en exergue ne sont pas sans rappeler certains de ceux qui ont emporté votre conviction dans cette affaire.

Bref, vous aurez saisi le fond de notre pensée : la discussion est plus ouverte mais ces éléments nous paraissent tendre vers une logique d'imposition des produits de participations au taux effectif de 1,67 %. Cette interprétation est au surplus cohérente pour l'application de l'article 123 *bis* et avec l'approche concrète qui est la vôtre de la notion de régime fiscal privilégié. Pour le dire plus prosaïquement, la société reste bien au final soumise à une charge fiscale résiduelle qui entre nécessairement en ligne de compte dans les arbitrages qui président au choix du lieu d'implantation d'un holding.

Cette analyse conduirait donc à une solution différente selon la version application de l'article 216 et, partant, à dissocier le sort des deux litiges introduits par M. et Mme C.... Comme rappelé au début de notre propos, les impositions litigieuses procèdent des bénéfices réalisés par la société Level One au cours de l'exercice clos le 31 décembre 2009 - alors que le plafonnement était encore en vigueur - et au cours de l'exercice clos le 31 décembre 2010 - exercice à compter duquel les nouvelles dispositions du deuxième alinéa de l'article 216 se sont appliquées.

Si cette solution avait votre faveur, vous pourriez apporter ces précisions au travers d'un *obiter dictum* au stade de la cassation. Pour être honnête, ce procédé n'est pas le plus orthodoxe. En particulier, une substitution de motifs dans le pourvoi n° 442062 ne serait pas hors de portée. Elle achopperait néanmoins sur d'autres fragilités de l'arrêt attaqué. Nous privilégions donc cette voie par souci de simplification et afin de permettre aux parties de reprendre le débat contentieux dans le cadre ainsi fixé.

4. Il nous reste, avant de conclure, à dire un mot du moyen de cassation propre au pourvoi n° 442061, dirigé contre les motifs de l'arrêt attaqué relatifs à la régularité de

¹² Art. 4 § 2 de la directive du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents, modifiée par les directives 2003/123/CE du Conseil du 22 décembre 2003 et 2006/98/CE du Conseil du 20 novembre 2006, dont les dispositions sont désormais reprises à l'article 4 § 3 de la directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents.

la procédure d'imposition et qui serait de nature à entraîner une cassation plus large que celle que nous vous invitons à retenir.

Il est à peine besoin de rappeler que les dispositions de l'article L. 48 du LPF imposent à l'administration d'indiquer dans la proposition de rectification, avant que le contribuable ne présente ses observations ou accepte les rehaussements proposés, le montant des droits, taxes et pénalités résultant des rectifications envisagées. L'administration doit en outre, lorsqu'elle modifie les rehaussements à un stade ultérieur de la procédure de rectification contradictoire pour tenir compte des observations et avis recueillis au cours de cette procédure, porter par écrit à la connaissance du contribuable cette modification avant la mise en recouvrement, qui peut alors intervenir sans délai.

Les requérants reprochent à la cour d'avoir commis une erreur de droit en jugeant que l'administration n'avait pas méconnu cette seconde obligation d'information, au motif que l'absence de prise en compte de l'abandon partiel de rectifications, décidée à la suite de l'avis émis par la commission départementale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires, ne les avaient privés d'aucune garantie.

Mais il n'en est rien. Pour bien comprendre, il nous faut rappeler les faits qui sont constants. Le 7 octobre 2014, l'administration a adressé à M. et Mme C... un courrier portant à leur connaissance les « *dernières conséquences financières* » les concernant pour l'année 2010 tenant compte de l'abandon, proposé par la commission départementale saisie dans le cadre de la procédure de contrôle de la SARL ITD, de la rectification relative au complément de rémunération de M. C.... Le montant des sommes initialement mises à la charge des contribuables a été ramené à 32 410 euros, en droits et pénalités, au titre de l'impôt sur le revenu et des contributions sociales. Mais le 31 décembre 2015, les contribuables ont eu la désagréable surprise de constater que les sommes mises en recouvrement s'élevaient à 57 543 euros, montant correspondant aux rehaussements initialement envisagés dans la proposition de rectification du 30 avril 2013.

Contrairement à ce qui est soutenu, cette erreur est restée sans incidence sur la garantie instituée par l'article L. 48 du LPF, dès lors que les contribuables ont eu la possibilité de faire valoir leurs observations sur les rectifications effectivement maintenues. L'administration a délivré en temps utile l'information requise et la somme finalement laissée à la charge des contribuables est bien celle mentionnée dans le courrier du 7 octobre 2014. Par ailleurs, comme l'a relevé la cour, l'administration a corrigé l'erreur de mise en recouvrement en prononçant le dégrèvement du surplus d'imposition mis en recouvrement dans la décision d'admission partielle du 25 mai 2016. Votre jurisprudence n'impose nullement dans un tel cas de faire tomber toute la procédure : elle n'est entachée d'irrégularité qu'en ce qui concerne la fraction excédant le montant

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.

des redressements initialement notifiés (CE, 28 juillet 2011, *SARL Imexrep*, n° 319029, aux T. sur un autre point, RJF 11/11 n° 1183 ; CE, 10 juin 2013, *Min. c/ SA Chrislaur*, n° 335603, RJF 10/13 n° 979, concl. D. Hedary BDCF 10/13 n° 110).

PCMNC :

1° Sous le n° 442061 :

- à l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il se prononce sur les revenus de capitaux mobiliers notifiés sur le fondement de l'article 123 *bis* du CGI et des pénalités correspondantes,
- au renvoi, dans cette mesure, de l'affaire à la cour administrative d'appel de Versailles,
- au rejet du surplus des conclusions du pourvoi,
- à ce que l'Etat verse à M. et Mme C... la somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

2° Sous le n° 442062 :

- à l'annulation de l'article 3 de l'arrêt attaqué,
- au renvoi, dans cette mesure, de l'affaire à la cour administrative d'appel de Versailles,
- à ce que l'Etat verse à M. et Mme C... la somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

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.