

Séance du 3 juin 2022
Lecture du 21 juin 2022

CONCLUSIONS

Mme Céline Guibé, Rapporteur publique

La présente affaire vous donnera l'occasion de préciser les modalités de mise en œuvre du dispositif de lutte contre l'évasion fiscale prévu par l'article 123 *bis* du CGI¹, en complétant le tableau esquissé par votre décision *M. et Mme C...* du 14 février dernier (n° 442061 442062, aux tables, RJF 5/22 n° 453).

Dans l'objectif de dissuader la délocalisation des grandes fortunes privées vers les paradis fiscaux², l'article 123 *bis* du CGI prévoit l'imposition des personnes physiques fiscalement domiciliées en France à raison des bénéfices ou revenus positifs réalisés par certaines structures de gestion du patrimoine implantées à l'étranger, qui, quoique non distribués, sont réputés constituer des revenus de capitaux mobiliers de ces personnes physiques, à hauteur de leur participation dans l'entité.

Entrent dans le champ d'application du dispositif, selon le 1 de cet article, les contribuables qui détiennent une participation d'au moins 10% dans une entité étrangère dont l'actif est principalement constitué de valeurs mobilières, de créances, de dépôts ou de comptes courants, et qui est soumise à un régime fiscal privilégié, apprécié conformément aux dispositions de l'article 238 A du CGI, ce qui correspond à une imposition inférieure de plus de la moitié (écart ramené à 40 % depuis le 1^{er} janvier 2020) à celle qui aurait été encourue en France.

Les modalités imposition des revenus entrant dans le champ du dispositif sont définies par le 3 de l'article 123 *bis*, qui répute acquis à la personne physique les bénéfices ou les revenus positifs de l'entité étrangère au premier jour du mois qui suit la clôture de son exercice, ou, à défaut, au dernier jour de l'année civile. Ces bénéfices sont déterminés selon les règles fixées par le code général des impôts³ comme si l'entité était imposable à l'impôt sur les sociétés en France, sous déduction, le cas échéant, de l'impôt acquitté par l'entité à l'étranger, à condition que celui-ci soit comparable à l'impôt sur les sociétés⁴.

¹ Issu de l'article 101 de la loi n° 98-1266 du 30 décembre 1998 de finances pour 1999.

² Rapports de M. Migaud, pour l'Assemblée nationale, et de M. Marini, pour le Sénat, sur le projet de loi de finances pour 1999.

³ Les articles 50 ter et s. astreignent le contribuable à une série d'obligations déclaratives destinées à établir le bilan de l'entité étrangère et à déterminer son résultat imposable.

⁴ Le second alinéa du 3 de l'article 123 *bis* prévoit des modalités d'imposition dérogatoires, fondées sur un montant forfaitaire minimal de revenu imposable, dans le cas particulier, qui n'est pas celui de l'espèce, où l'entité est implantée dans un Etat ou territoire non coopératif ou n'ayant pas conclu de convention d'assistance administrative avec la France.

La cour administrative d'appel de Nancy⁵ ayant jugé le dispositif incompatible avec la liberté d'établissement garantie par le TFUE, en tant qu'il instaure une présomption irréfragable de fraude fiscale, le législateur a introduit en 2010⁶ une clause de sauvegarde permettant de l'écartier lorsque la participation de la personne physique ne peut être regardée comme constitutive d'un montage artificiel dont le but serait de contourner la législation fiscale française. Initialement réservée aux revenus tirés d'entités établies au sein de l'Union européenne, la portée de cette clause a été étendue en 2017⁷ aux entités établies dans des Etats tiers pour se conformer à une réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel (décision n° 2016-614 QPC du 1^{er} mars 2017, RJF 5/17 n° 473).

Le présent litige porte, à titre principal, sur les modalités de détermination des revenus imposables et, de manière plus périphérique, sur la mise en œuvre de la clause de sauvegarde. Même s'il concernait, en amont, le champ d'application du dispositif, le précédent C... engage nettement la solution à retenir sur le premier point, comme on va le voir.

M. L..., qui réside à Paris, contrôle plusieurs entités, parmi lesquelles la société Kerauf, établie au Luxembourg, et la société Stanmer Holdings Ltd, enregistrée à Gibraltar. Il conduit par ailleurs une activité de construction-vente de centres commerciaux en Bulgarie. A l'issue d'un examen de sa situation fiscale personnelle, doublé d'un contrôle sur pièces, l'administration fiscale a estimé qu'il était fiscalement domicilié en France au titre des années 2008 à 2013 et non en Bulgarie, comme il le prétendait. Elle a rehaussé les revenus imposables de son foyer fiscal à hauteur, d'une part, de revenus distribués par la société luxembourgeoise, et, d'autre part, des bénéfices réalisés par la société Stanmer, qu'elle a réputé constituer des revenus de capitaux mobiliers de M. L..., en application des dispositions de l'article 123 *bis* du CGI.

M. et Mme L... ont contesté, en vain, les suppléments d'impôt sur le revenu et de contributions sociales mis à leur charge devant le tribunal administratif de Paris, puis devant la cour administrative d'appel de Paris. Leur pourvoi contre l'arrêt de cette cour a fait l'objet d'une décision d'admission partielle, pour ce qui concerne les conclusions relatives à l'imposition entre leurs mains des bénéfices réalisés par la société Stanmer Holdings Ltd.

1. Vous devrez d'abord écarter, si vous nous suivez pour opérer une cassation seulement partielle, les moyens relatifs à la domiciliation fiscale en France de M. L....

Nous serons brèves à ce sujet, ces moyens n'ayant pas été considérés comme sérieux au stade de la procédure d'admission du pourvoi en cassation. La cour n'a pas dénaturé les faits en jugeant, pour l'application du a) de l'article 4 B du CGI, que M. L... avait son foyer en France où il disposait de plusieurs résidences et où habitaient son épouse et son fils. Elle n'a pas davantage dénaturé les faits en jugeant qu'il devait être regardé comme résident fiscal français en application des stipulations de l'article 1^{er} de la convention franco-bulgare, compte tenu du

⁵ 22 août 2008, M. Rifaut, n° 07NC00783.

⁶ Article 22 de la loi n° 2009-1674 du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009.

⁷ Article 25 de la loi n° 2017-1775 du 28 décembre 2017 de finances rectificative pour 2017.

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.

fait que l'intéressé entretenait des liens personnels plus étroits avec la France, où il habitait, qu'avec la Bulgarie.

2. S'agissant, maintenant, de l'application des dispositions de l'article 123 *bis* du CGI, il convient de distinguer la rectification opérée au titre de l'année 2010 de celle qui a été faite au titre de l'année 2012.

2.1. Pour l'année 2010, l'administration fiscale a retenu une assiette imposable correspondant aux bénéfices comptables réalisés par la société Stanmer en 2009. Devant la cour, les contribuables soutenaient que ce résultat comprenait des produits de participation qui devaient être retranchés du bénéfice imposable dès lors qu'ils auraient été éligibles au régime des sociétés mères si la société Stanmer avait été établie en France. Rappelons, qu'en vertu 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 peuvent être retranchés du bénéfice net total de la société mère, défalcation faite d'une quote-part de frais et charges. Les contribuables ajoutaient que les commentaires administratifs portant sur l'article 123 *bis* admettent l'application du régime des sociétés mères pour la détermination des résultats de l'entité étrangère lorsque les conditions requises par l'article 145 du CGI sont remplies (§ 88 de l'instruction 5-I-1-00, reprise au § 320 de l'instruction BOI-RPPM-RCM-10-30-20-20).

La cour a écarté le moyen au motif que l'article 145 du CGI réservait l'application du régime des sociétés mères aux sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés au taux normal et qu'il ne résultait pas de l'instruction que la société Stanmer y ait effectivement été soumise.

Vous devrez faire droit au moyen d'erreur de droit invoqué par le pourvoi.

Pour ce qui concerne l'appréciation du caractère privilégié du régime fiscal applicable à l'entité étrangère, qui constitue l'une des clés d'entrée dans le dispositif de l'article 123 *bis* du CGI, et qui doit être effectuée, conformément à l'article 238 A, au regard de « *l'impôt sur les bénéfices ou les revenus dont la personne aurait été redevable dans les conditions de droit commun en France* », vous avez jugé, dans la décision C..., que ces conditions de droit commun incluent le régime des sociétés mères défini aux articles 145 et 216 du CGI. Votre décision se fonde sur le fait que, bien qu'il ne s'agisse pas d'un régime spécial, le régime des sociétés mères, pérenne et harmonisé au niveau de l'Union européenne, a vocation à s'appliquer de manière très large à toutes les entreprises éligibles. Et vous avez censuré une cour qui en avait écarté la prise en compte au seul motif qu'il s'agissait d'un régime optionnel, sans rechercher si l'entité étrangère aurait rempli les conditions pour bénéficier du régime des sociétés mères si elle avait été établie en France.

Il convient, de la même manière, de raisonner sur la base fictionnelle d'une implantation en France de l'entité, pour la détermination, en aval, de l'assiette de l'impôt. Ce mode de raisonnement est directement imposé par la rédaction du 3 de l'article 123 *bis*, qui prévoit que les bénéfices de l'entité étrangère imposables entre les mains du résident fiscal français « *sont déterminés selon les règles fixées par le [CGI] comme si l'entité juridique était imposable à l'impôt sur les sociétés en France* ». Ces règles incluent donc le régime des sociétés mères, comme l'a d'ailleurs reconnu l'administration dès l'origine. Et les bénéfices imposables

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.

doivent être calculés selon les règles propres à ce régime dès lors que l'entité étrangère aurait rempli les conditions pour en bénéficier si elle avait été imposée en France.

S'agissant, plus spécifiquement, de la condition prévue par le 1 de l'article 145 du CGI tenant à ce que la société soit soumise à l'impôt sur les sociétés au taux normal, il n'y avait donc pas lieu de rechercher si l'entité étrangère y avait effectivement été soumise en France, comme l'a à tort jugé la cour, ni si elle avait été soumise à un impôt sur les sociétés au taux normal dans son pays d'établissement, comme le soutenait à tort le ministre en appel, mais uniquement si l'entité serait soumise, totalement ou partiellement⁸, à l'impôt sur les sociétés au taux normal si elle était établie en France.

Vous annulerez l'arrêt attaqué sur ce point et vous renverrez l'affaire à la cour dès lors que subsiste un débat de fait quant à la réalité de la détention par la société Stanmer des titres de participation dont seraient issus les produits litigieux.

2.2. Les choses se présentent différemment pour l'imposition relative à l'année 2012, la détermination du montant des bénéfices imposables n'ayant pas été contestée.

Les requérants reprochent à la cour d'avoir jugé que la création de la société Stanmer constituait un montage artificiel ayant pour objet, alors même qu'elle n'a pas distribué ses résultats, de faire échapper à l'impôt les revenus dégagés par l'activité professionnelle de M. L... La cour a relevé que la société Stanmer, qui était exonérée d'impôt sur les bénéfices à Gibraltar, et qui était supposée effectuer, pour un montant annuel de 400 000 euros, des prestations techniques sous-traitée par la société luxembourgeoise Kerauf contrôlée par M. L..., ne disposait pas des moyens permettant leur exécution, ces prestations étant, en fait, réalisées par les salariés de sociétés bulgares et que la société Stanmer n'exerçait aucune activité autre que la détention de titres et le prêt de trésorerie.

Il est difficile de comprendre pourquoi la cour s'est prononcée sur ce point, s'agissant des rectifications de l'année 2012, alors que les requérants n'avaient pas explicitement demandé le bénéfice de la clause de sauvegarde prévue par le 4 *bis* de l'article 123 *bis* du CGI, dans sa rédaction issue de la loi de finances rectificative pour 2009 - que la cour n'a d'ailleurs pas citée et dont elle n'a pas expressément fait application - mais se bornaient à invoquer l'incompatibilité avec le droit de l'Union européenne de la version antérieure de l'article 123 *bis* qui ne comportait pas de clause de sauvegarde⁹.

⁸ Sur la faculté de bénéficier du régime des sociétés mères en cas d'assujettissement seulement partiel à l'impôt sur les sociétés : 27 novembre 2019, Société Vorwerk Elektrowerke, n° 405496, aux tables et à la RJF 2/20 n° 100.

⁹ Le 4 *bis*, qui, dans sa rédaction alors applicable, ne visait que les entités établies ou constituées dans un « *Etat de la Communauté européenne* », nous paraît t s'appliquer à Gibraltar, colonie de la Couronne britannique, bien que ce territoire ne fasse pas partie du Royaume-Uni.

Les dispositions du Traité instituant la Communauté européenne s'appliquent en effet, en vertu de son article 299, point 4, aux territoires européens dont un État membre assume les relations extérieures.

La CJUE a jugé qu'en vertu de l'article 355, point 3, TFUE, dont la rédaction est similaire, les dispositions du TFUE s'appliquent à Gibraltar, sauf pour les parties du TFUE exclues par l'acte d'adhésion du Royaume-Uni de 1972. Tel est le cas, notamment, de la libre prestation de services (sur ce dernier point, CJUE, 13 juin 2017, The Gibraltar Betting and Gaming Association Limited et The Queen, C-591/15), et la solution est transposable aux autres grandes libertés.

Quoi qu'il en soit, le moyen tiré de ce que la cour aurait inexactement qualifié les faits en retenant l'existence d'un montage artificiel n'est pas fondé. Les requérants ne peuvent utilement invoquer, à ce titre, l'abandon, au stade de l'entretien avec l'interlocuteur départemental, de la rectification proposée sur le fondement de l'article 155 A du CGI correspondant à des prestations facturées, non par la société Stanmer, mais par la société luxembourgeoise. Outre que cet abandon n'est pas précisément motivé, on ne trouve, dans le courrier de l'interlocuteur, nulle trace d'une reconnaissance par l'administration de ce que les prestations en cause auraient été effectuées par la société établie à Gibraltar, faute de l'avoir été par M. L... lui-même.

Vous rejetterez donc le surplus des conclusions du pourvoi.

PCMNC à l'annulation de l'arrêt attaqué, en tant qu'il se prononce sur l'imposition des bénéfices réalisés par la société Stanmer Holdings Ltd entre les mains de M. L... au titre de l'année 2010, au renvoi de l'affaire à la cour, dans cette mesure, à ce que l'Etat verse aux requérants une somme de 1500 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA et au rejet du surplus des conclusions.

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.