

Prélèvement sur les plus-values d'une société offshore : incompatibilité de l'article 244 bis B du CGI avec le droit de l'Union Européenne

Le Conseil d'État juge que l'incompatibilité du prélèvement de l'article 244 bis B du code général des impôts avec le droit de l'Union européenne ne permet pas d'obtenir le dégrèvement total de celui-ci. En effet, pour l'imposition de la plus-value d'une cession de titres d'une société offshore, le dégrèvement se limite au montant nécessaire au rétablissement d'une équivalence de traitement.

CE, 21 déc. 2022, n° 447568

La société Runa Capital Fund I LP de droit caïmanien a cédé le 21 mai 2014 des titres de participation qu'elle détenait dans une société française. En application de l'article 244 bis B du code général des impôts (« CGI »), dans sa version applicable à l'époque, un prélèvement au taux de 45 % sur la plus-value nette réalisée par la société a été appliqué.

Par principe, les plus-values nettes à long terme de cession de titres de participation réalisées par les sociétés françaises bénéficient, depuis le 1^{er} janvier 2006, d'une imposition favorable. En effet, elles sont exonérées d'imposition, sous réserve de la taxation à l'impôt sur les sociétés au taux normal d'une quote-part de frais et charges de 12 % (article 219, I-a quinquièmes du CGI).

Pour éviter toute distorsion de concurrence, l'administration fiscale a étendu ce dispositif aux sociétés situées à l'étranger

qui cèdent des titres de participation et pour lesquelles la convention internationale applicable prévoit l'imposition de cette opération en France. Pour bénéficier de ce régime de faveur, la société étrangère doit cependant avoir son siège de direction effective (i) soit dans un autre État de l'Union européenne (UE), (ii) soit dans un autre État 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.

Ainsi, lorsqu'une société ayant son siège dans l'un des États susmentionnés a effectivement été soumise à l'imposition prévue à l'article 244 bis B du CGI, elle peut obtenir la restitution de la part du prélèvement qui excède l'impôt sur les sociétés dont elle



Alexandre
POLAK
Avocat, associé
Coblençe avocats



Thibaut HUBERT
Avocat,
collaborateur
Coblençe avocats

aurait été redevable si elle avait été une société résidente en France (BOI-IS-RICI-30-20 n° 127).

En l'espèce, en application de la doctrine administrative, la société Runa Capital Fund I LP a présenté une réclamation basée sur la contrariété de l'article 244 bis B du CGI avec le principe de libre circulation des capitaux garanti par l'article 63 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne («TFUE»). La société demandait ainsi la restitution du prélèvement acquitté sur le fondement de ces dispositions.

À l'inverse, l'administration fiscale soutenait, au nom de la clause de sauvegarde, mécanisme autorisant les différences de traitement justifiées par une différence de situation objective entre résidents et non-résidents, ou par des raisons impérieuses d'intérêt général, que la requérante ne pouvait pas bénéficier de ce dispositif avantageux.

Par un jugement n° 1700014 du 26 juin 2018, le tribunal administratif de Montreuil avait refusé de faire droit à la demande de la société.

La cour administrative d'appel de Versailles, par un arrêt n° 18VE03012 du 20 octobre 2020, a annulé ce jugement et a fait droit à la demande de restitution de la société. La juridiction administrative a considéré que les dispositions de l'article 244 bis B du CGI méconnaissent le principe de libre circulation des capitaux reconnu par l'article 63 du TFUE, dès lors que les personnes morales ayant leur siège en France en application de l'article 219 du CGI sont soumises, pour une même opération, à une imposition moins lourde. La prise de position de la cour administrative d'appel de Versailles étonne en ce qu'elle ne se limite pas au seul surplus d'imposition mais accepte la demande en restitution dans son intégralité.

Selon le Conseil d'État, en prononçant la restitution totale de l'imposition, sans comparer la charge fiscale entre la société cédante étrangère et une société française placée dans une même situation, l'arrêt d'appel doit être annulé au motif d'une erreur de droit et l'affaire doit être renvoyée devant la cour administrative d'appel pour être rejugée au fond.

I - Application de la libéralisation des mouvements de capitaux aux pays et territoires d'outre-mer en leur qualité d'États tiers

A - Un dispositif dans le champ d'application du principe de libre circulation des capitaux

À l'appui de son pourvoi, l'administration fiscale soutient que l'appréciation de la compatibilité de l'article 244 bis B du CGI avec la libre circulation des capitaux ne pou-

vait en réalité être examinée qu'à l'aune de la liberté d'établissement.

En effet, selon cette dernière, les dispositions de l'article précité, visant les participations substantielles, ne pouvaient pas se voir appliquer le régime de la libre circulation des capitaux. Cette distinction est primordiale puisque le principe de libre circulation des capitaux peut être invoqué par une société située tant dans un État membre que dans un État tiers. En revanche, tel n'est pas le cas lorsque la législation en cause s'applique exclusivement à des participations permettant d'exercer une influence certaine sur les décisions de l'entité. Dans cette hypothèse, seule la liberté d'établissement est invocable.

Pour rappel, les champs d'applications respectifs des libertés d'établissement et de circulation des capitaux diffèrent. Selon la Cour de justice de l'Union européenne⁽¹⁾ («CJUE»), il convient de déterminer laquelle de ses deux libertés est principalement affectée par une situation litigieuse donnée en se basant à la fois sur l'objet de la mesure nationale en cause et, si nécessaire, sur les faits en présence.

Ainsi, d'après une jurisprudence constante⁽²⁾, une législation nationale qui a vocation à s'appliquer aux seules participations permettant d'exercer une influence certaine sur les décisions d'une société et de déterminer les activités de celle-ci relève de la liberté d'établissement. De telles participations sont notamment atteintes lorsqu'une société, établie sur le territoire d'un État membre, détient au moins 25 % du capital d'une autre société située sur le territoire d'un autre État membre.

En revanche, toujours selon la CJUE⁽³⁾, des dispositions nationales qui trouvent à s'appliquer à des participations effectuées dans la seule intention de réaliser un placement financier sans intention d'influer sur la gestion et le contrôle de l'entreprise doivent être examinées exclusivement au regard de la libre circulation des capitaux (BOI-INT-DG-10-30 n° 70 du 12-9-2012).

En l'espèce, la rapporteure publique se positionne en faveur de la libre circulation de capitaux car, selon elle, «[...] le seul critère déterminant l'application de ce prélèvement est le niveau de la participation aux bénéficiaires, les droits de vote, qui seuls confèrent une influence sur les

(1) CJCE, 13 avr. 2000, aff. C-251/98, ECLI:EU:C:2000:205, Baars.

(2) CJCE, 12 déc. 2006, aff. C-446/04, ECLI:EU:C:2006:774, Test Claimants in the FII Group Litigation, pt. 37; CJUE, 12 sept. 2006, aff. C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544, Cadbury Schweppes Overseas Ltd, pt. 31.

(3) CJCE, 12 déc. 2006, aff. C-446/04 précitée, Test Claimants in the FII Group Litigation, pt. 38; CJCE, 17 sept. 2009, aff. C-182/08, ECLI:EU:C:2009:559, Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG, pts. 40 et 45 à 52.

décisions de l'entité, n'étant aucunement pris en compte [...]»⁽⁴⁾.

Conformément à cette position, la Haute juridiction juge que le principe de la libre circulation des capitaux est applicable au cas d'espèce. Elle retient notamment que « [...] est ainsi indépendante du niveau de participation dans les bénéfices sociaux de la société française au moment de la cession et s'applique quel que soit le niveau de droits de vote du cédant non-résident. Dans ces conditions, les dispositions de l'article 244 bis B du CGI n'ont pas vocation à s'appliquer aux seules participations permettant d'exercer une influence certaine sur les décisions de la société établie en France et d'en déterminer les activités »⁽⁵⁾. Il en résulte que le prélèvement opéré par l'article précité du CGI intervient sans distinction entre, d'une part, les détentions capitalistiques conférant une influence certaine et, d'autre part, les participations réalisées à titre de placement.

L'article 244 bis B du CGI doit donc s'appliquer au regard de la libre circulation des capitaux, principe pouvant ainsi être invoqué par une société située tant dans un État membre que dans un État tiers.

B - L'extension de la qualification d'État tiers aux pays et territoires d'outre-mer au visa de la libre circulation des capitaux

L'essor de l'UE a été rendu possible grâce aux quatre libertés fondamentales du marché unique. La plus récente d'entre elles, la libre circulation des capitaux, ne peut voir son champ d'application limitée au regard de l'article 63 §1 du TFUE dans les relations impliquant « les États membres et les pays tiers ».

Ces derniers ne doivent pas être confondus avec les pays et territoires d'outre-mer (« PTOM »), qui, bien que relevant constitutionnellement de trois États membres de l'UE, ne sont pas soumis au droit européen. En effet, les dispositions générales du traité, dont le champ d'application territorial est en principe limité aux États membres, ne leurs sont pas applicables sans référence expresse.

Se pose dès lors la question de savoir si les îles Caïmans, anciennement considérées PTOM (perte de cette qualité depuis le retrait effectif du Royaume-Uni de l'UE), pouvaient, au visa de la libre circulation des capitaux, être considérées comme étant un État tiers.

Selon la CJUE⁽⁶⁾, à défaut d'une disposition spécifique dans les traités régissant les mouvements de capitaux entre l'UE et les PTOM, ces derniers bénéficient de la libéralisation

des mouvements de capitaux prévue à l'article 63 du TFUE en qualité d'États tiers. En s'appuyant sur cette décision, la rapporteure publique soutient qu'il est « fait application directe des articles 63 et 64 du Traité dans les relations entre les États membres et les PTOM »⁽⁷⁾ et ce d'autant plus que la plus Haute juridiction de l'UE n'a « assorti d'aucune réserve ou adaptation sa mise en œuvre »⁽⁸⁾.

Le Conseil d'État avale cette position en considérant que « les PTOM bénéficient de la libéralisation des mouvements de capitaux prévue à l'article 63 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en qualité d'États tiers »⁽⁹⁾.

II - L'appréciation de la libre circulation des capitaux en cas de plus-value de cession de participation par une société non-résidente au prisme de la clause de gel

Pour rappel, l'article 64 du TFUE comporte une clause de gel permettant aux États membres de restreindre les mouvements de capitaux avec des États extérieurs à l'UE. Toutefois, son applicabilité n'est possible⁽¹⁰⁾ que si, d'une part, cette restriction existe, en substance, en droit interne de façon ininterrompue depuis le 31 décembre 1993 (condition « *ratione temporis* ») et que si, d'autre part, elle se rapporte à des investissements directs (condition « *ratione materiae* »).

A - Appréciation de la condition matérielle

La notion d'investissements directs concerne la participation à des entreprises nouvelles ou existantes en vue de créer ou de maintenir des liens économiques durables⁽¹¹⁾. S'agissant de ces participations, 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.

(4) Conclusions de Mme Emilie BOKDAM-TOGNETTI, rapporteure publique.

(5) CE, 21 déc. 2022, n° 447568, min. c/ Sté Runa Capital Fund I LP.

(6) CJUE, 5 mai 2011, aff. C-384/09, ECLI:EU:C:2011:276, Prunus et Polonium.

(7) CJUE, 18 déc. 2007, aff. C-101/05, ECLI:EU:C:2007:804, Skatteverket; CJUE, 5 mai 2011, aff. C-348/09, précitées.

(8) Conclusions de Mme Emilie BOKDAM-TOGNETTI, rapporteure publique.

(9) CE, 21 déc. 2022, n° 447568, min. c/ Sté Runa Capital Fund I LP, précité.

(10) CJUE, 18 déc. 2007, aff. C-101/05, ECLI:EU:C:2007:804, Skatteverket; CJUE, 5 mai 2011, aff. C-348/09 précitée.

(11) CJCE 12 déc. 2006, aff. C-446/04 précitée, Test Claimants in the FII Group Litigation si la notion de « 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 (TA Montreuil, 26 juin 2018, n° 1700014, Sté Runa Capital Fund I LP).

Sur le fondement de cette définition, le tribunal administratif de Montreuil a considéré que la participation de la société de Runa Capital Fund I LP au sein de la société Ubikod SAS (devenue Capptain SAS) qualifiait d'investissement direct au sens de l'article 64 du TFUE. En effet :

- Runa Capital Fund I LP détenait 27 % du capital de la société Ubikod SAS (devenue Capptain SAS) ;
- la société Runa Capital Fund I LP détenait un siège sur cinq au conseil d'administration de la société Ubikod ;
- l'article 3.4.1 du pacte d'actionnaires prévoyait que la société requérante disposait d'un droit de veto sur les « décisions importantes ».

Dans ces conditions, la juridiction de première instance a considéré que la société Runa Capital Fund I LP participait au contrôle effectif de la société Ubikod SAS devenue Capptain SAS. Selon cette dernière, la condition tenant aux investissements directs est remplie par la création et le maintien de liens économiques durables entre les deux entités concernées. Ainsi, par cette position, les juges de première instance ont mêlé la notion de contrôle à l'article 244 bis B du CGI, ce qui ne ressort nullement de la lettre du texte.

B - Appréciation de la condition temporelle

En appel et en cassation, l'analyse de la validité de la clause de gel au visa de l'article 244 bis B du CGI s'est uniquement orientée sur la condition « *ratione temporis* ». Par deux moyens distincts, l'administration fiscale a soutenu que cette condition n'était pas remplie.

D'une part, elle considérait que la restriction critiquée par la requérante existait dès l'origine du texte. L'article 244 bis B du CGI, issu de la loi du 5 juillet 1978, ne visait initialement que les produits de cessions de droits sociaux réalisées par des personnes physiques non fiscalement domiciliées en France ainsi que les entités assimilables à des sociétés de personnes soumises à l'impôt sur le revenu ayant leur siège social hors de France. Or, le Conseil d'État⁽¹²⁾ a jugé que les dispositions dudit article, dans sa rédaction initiale, ne sont pas applicables aux plus-values réalisées par des sociétés de capitaux dont les résultats ne peuvent être soumis à l'impôt sur le revenu en France.

Par un effet de manche, l'administration a contesté pour la première fois en cassation l'assimilation de la société cédante à une société de capitaux. Or, rien au dossier et, en l'absence de débat sur le droit des Îles Caïmans, ne permettait d'affirmer une telle chose. D'autant plus que l'article 244 bis B du CGI, dans sa version applicable en 1993, imposait au même taux les sociétés françaises soumises à l'impôt sur le revenu et celles ayant leurs sièges sociaux hors de France.

(12) CE, 25 avr. 2003, n° 241210, Publié aux tables du recueil Lebon.

D'autre part, elle considérait, au vu de la date de publication de la modification (article 43 de la loi de finances rectificative du 30 décembre 1993), combinée avec le principe d'annualité de l'impôt, que les dispositions de cette loi étaient applicables aux situations constituées au cours de l'année 1993. Or, il a été jugé, à juste titre, que l'extension de l'imposition à l'ensemble des personnes morales n'est entrée en vigueur qu'à compter du 2 janvier 1994.

III - Un dégrèvement partiel de l'imposition aboutissant à une équivalence de traitement : le rejet de la restitution totale

A - Une différence de traitement initial non justifiable par la clause de sauvegarde

La clause de sauvegarde prévue par l'article 65 du TFUE autorise les différences de traitement si elles sont justifiées par une différence de situation objective entre résidents et non-résidents, ou par des raisons impérieuses d'intérêt général.

Pour la première fois en cassation, l'administration soutenait que la cour aurait dû examiner d'office l'applicabilité de cette clause de sauvegarde. Cependant, il est curieux de défendre un motif impérieux d'intérêt général sans évoquer, devant les juges du fond, cette clause. La rapporteure publique considère que, même en l'absence de tout débat, la réponse avait « *implicitement* »⁽¹³⁾ été rendue. En outre, l'utilisation de l'adverbe « *nécessairement* » par les juges de cassation n'est pas anodin. Il sous-entend que dès lors que se pose la question de la validité d'une disposition au visa de la clause de gel, il convient d'analyser cette même disposition au regard de la clause de sauvegarde.

B - La rectification du quantum de la décharge totale : la restitution partielle du prélèvement

La cour administrative d'appel de Versailles avait, d'une façon surprenante, retenue une décharge totale du prélèvement. Le rapporteur public de l'affaire, Julien ILOUZ, avait conclu à une restitution partielle de l'imposition, à hauteur de la différence entre l'impôt dû par application de l'article 244 bis B du CGI et celui résultant de l'application, dans des conditions analogues aux sociétés établies en France, d'un taux d'imposition de 4 % à l'époque. La solution retenue par la cour administrative

(13) Conclusions de Mme Emilie BOKDAM-TOGNETTI, rapporteure publique.

d'appel s'appuyait sur une décision du Conseil d'État⁽¹⁴⁾ affirmant que l'incompatibilité des dispositions de l'article 244 bis B du CGI avec le droit de l'UE devait donner lieu à la restitution intégrale de l'imposition mise à la charge de la société mère européenne. Or, ce même arrêt « non fichée » a été mis de côté par la rapporteure publique chargée de conclure en cassation puisqu'il se fonde, selon elle, sur « des circonstances très particulières de l'affaire ».

En adoptant cette position, la rapporteure publique ferme toute possibilité à une décharge pure et simple du prélèvement au nom de la libre circulation de capitaux.

Les juges de cassation ont opté pour une restitution partielle du prélèvement. Ces derniers ont repris en

(14) CE, 14 oct. 2020, n° 421524, Sté AVM International Holding.

tout point les motivations d'un précédent arrêt de principe⁽¹⁵⁾ qui avait considéré que « lorsqu'un contribuable non-résident conteste, au regard de la libre circulation des capitaux, l'imposition à laquelle il a été assujéti sur ses revenus de source française, il convient de comparer la charge fiscale supportée respectivement par ce contribuable et un contribuable résident de France placé dans une situation comparable. Lorsqu'il apparaît que le contribuable non-résident a été effectivement traité de manière défavorable, il appartient à l'administration fiscale et, le cas échéant, au juge de l'impôt, de dégrever l'imposition en litige dans la mesure nécessaire au rétablissement d'une équivalence de traitement ». ■

(15) CE, 06 déc. 2021, n° 433301, Publié aux tables du recueil Lebon.