

REQ. 07NC783

M. Denis RIFAUT

C/ DGI

Audience du 26 juin 2008

Durant les années 1996 à 2001, M. Denis RIFAUT était actionnaire majoritaire, avec une participation de 1 999 sur 2 000 actions, d'une société Anonyme dénommée CAMELIUS, dont le siège social était au Luxembourg. Cette société avait initialement la forme d'une société Holding régie par la loi du 31 juillet 1929 avec pour objet principal la prise de participations dans d'autres sociétés. Elle a ensuite été transformée en SOPARFI.

A compter de 1999, la loi de finances du 30 décembre 1998 a ajouté un article 123 bis au CGI, article prévoyant la taxation en France au nom de l'associé résident français dans la catégorie des revenus mobiliers, sans mécanisme correcteur des bénéfices réalisés, par les holdings situés dans un autre état membre, et ce alors même que les bénéfices n'auraient pas fait l'objet d'une décision de distribution au profit des associés dans le cadre d'une assemblée générale.

M. RIFAUT a fait l'objet d'un examen contradictoire de l'ensemble de sa situation fiscale personnelle portant sur les années 2000 et 2001. L'exercice clos en 2001 étant bénéficiaire, contrairement à celui clos en 2000, seuls les résultats positifs de 2001, après retraitement ont été réputés perçu par M. RIFAUT, et l'administration a procédé à la réintégration de 260 772 euros dans la catégorie des RCM, aux revenus de M. RIFAUT.

Les redressements (cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu et de contributions sociales) ont été notifiés à l'intéressé sur le

fondement des dispositions de l'article 123 bis du CGI, redressements assortis de la pénalité de 40% de mauvaise foi et de l'intérêt de retard.

Les revenus imposés sur le fondement de l'article 123 bis du CGI ont donné lieu à consultation du comité consultatif de répression des abus de droit qui, par avis rendu le 24 novembre 2005, a considéré que l'administration était fondée à mettre en œuvre la procédure prévue par l'article L 64 du LPF.

Après réclamation contentieuse préalable auprès de l'administration fiscale, M. RIFAUT a demandé au TA de le décharger des impositions litigieuses. Par jugement en date du 27 mars 2007, le TA a rejeté ses demandes. M. RIFAUT fait appel devant vous.

Il soutient que les premiers juges n'ont pas répondu à son moyen tiré de la contrariété de l'article 123 bis du CGI avec les dispositions de la convention fiscale franco-luxembourgeoise, et ce moyen nous semble devoir prospérer.

En effet, en omettant de répondre explicitement à ce moyen, les premiers juges ont entaché leur jugement d'irrégularité.

Par suite, nous vous proposons d'annuler le jugement du TA en date du 27 mars 2007, et par la voie de l'évocation, de statuer sur les demandes présentées par M. RIFAUT devant le TA.

Aux termes de l'article 123 bis du CGI : « 1. Lorsqu'une personne physique domiciliée en France détient directement ou indirectement 10% au moins des actions, parts, droits financiers ou droits de vote dans une personne morale, un organisme, une fiducie ou une institution comparable, établi ou constitué hors de France et soumis à un régime fiscal privilégié, les bénéfices ou les revenus positifs de cette personne morale, organisme, fiducie ou institution comparable sont réputés constituer un revenu de capitaux mobiliers de cette personne physique dans la proportion des actions, parts ou droits financiers qu'elle détient directement ou indirectement lorsque l'actif ou les biens de la personne morale, de l'organisme, de la fiducie ou de l'institution comparable sont principalement constitués de valeurs

mobilières, de créances, de dépôts ou de comptes courants. Pour l'application du premier alinéa, le caractère privilégié d'un régime fiscal est déterminé conformément aux dispositions de l'article 238 A par comparaison avec le régime fiscal applicable à une société ou collectivité mentionnée au 1 de l'article 206. (...) 3. Les bénéfices ou les revenus positifs mentionnés au 1 sont réputés acquis le premier jour du mois qui suit la clôture de l'exercice de la personne morale, de l'organisme, de la fiducie ou de l'institution comparable établie ou constituée hors de France ou, en l'absence d'exercice clos au cours d'une année le 31 décembre. Ils sont déterminés selon les règles fixées par le présent code comme si les personnes morales, organisme, fiducies ou institutions comparables étaient imposables à l'impôt sur les sociétés en France. L'impôt acquitté localement sur les bénéfices ou revenus positifs en cause par la personne morale, l'organisme, la fiducie ou l'institution comparable est déductible du revenu réputé constituer un revenu de capitaux mobiliers de la personne physique, dans la proportion mentionnée au 1, à condition d'être comparable l'impôt sur les sociétés. Toutefois, lorsque la personne morale, l'organisme, la fiducie ou l'institution comparable est établi ou constitué dans un Etat ou territoire n'ayant pas conclu de convention d'assistance administrative avec la France, le revenu imposable de la personne physique ne peut être inférieur au produit de la fraction de l'actif net ou de la valeur nette des biens de la personne morale, de l'organisme, de la fiducie ou de l'institution comparable, calculée dans les conditions fixées au 1, par un taux égal à celui mentionné au 3° du 1 de l'article 39. 4. Les revenus distribués ou payés à une personne physique mentionnée au 1 par une personne morale, un organisme, une fiducie ou une institution comparable ne constituent pas des revenus imposables au sens de l'article 120, sauf pour la partie qui excède le revenu imposable mentionné au 3. (...) » ;

En premier lieu, M. RIFAUT soutient que le TA a commis une erreur d'appréciation des faits et une erreur de droit quant à l'application de l'article 123 bis du CGI, dès lors que la société CAMELIUS n'a pas le statut de « holding pur » au sein du droit luxembourgeois, mais de Soparfi, qui ne sont pas soumises à un régime fiscal privilégié, car soumis aux impôts commerciaux.

En l'espèce, la SA Camelius s'est placée à sa création sous le régime fiscal spécial des sociétés holdings en vertu de la loi luxembourgeoise du 31 juillet 1929. Son objet était réservé à la prise de participations, sous quelque forme que ce soit, dans d'autres entreprises luxembourgeoises ou étrangères ainsi que la gestion et la mise en valeur de ces participations de sorte que ladite société n'exerçait pas d'activité industrielle propre et ne tenait pas d'établissement commercial.

L'assemblée générale extraordinaire réunie le 1^{er} juillet 1999 a autorisé la société à accomplir toutes opérations commerciales, industrielles ou financières ainsi que tous transferts de propriété de biens mobiliers ou immobiliers.

Ainsi, la société est passée du statut de holding à celui de SOPARFI (société de participations financières).

Toutefois, s'agissant de l'appréciation du critère exigeant que la société soit soumise à « un régime fiscal privilégié », l'article 123 bis du CGI alinéa 2 dispose que le caractère privilégié doit être déterminé conformément aux dispositions de l'article 238 A par comparaison avec le régime fiscal applicable à une société, et qu'il y a lieu de présumer la présence d'un régime fiscal privilégié lorsque la structure est soumise dans l'Etat étranger à un prélèvement fiscal global inférieur d'au moins un tiers à l'impôt sur les sociétés qui aurait été supporté en France à raison des mêmes bénéfices ou revenus (voir documentation administrative A C 9113§15)

En l'espèce, la SA CAMELIUS a été soumise, au titre de l'année 2001, à une imposition globale de 168,57 euros, alors que le ministre soutient, sans être contredit, qu'en France, pour un résultat identique, elle aurait supporté une imposition totale de 98 382 euros.

Dès lors, nous vous proposons de soutenir que la société Camelius, détenue à 99,95% par M. Denis RIFAUT, a été soumise à un régime fiscal privilégié, que l'article 123 bis du CGI lui est applicable, et que le statut de SOPARFI ne peut changer l'appréciation dans les faits des critères d'application de l'article 123 bis du CGI.

En second lieu, M. RIFAUT soutient que l'article 123 bis du CGI est incompatible avec les principes communautaires de liberté d'établissement, de liberté de circulation des capitaux et de liberté des prestations de services, et que ce point devrait être soumis par voie de question préjudicielle, à la cour de justice des communautés européennes.

Examinons le moyen selon lequel l'article 123 bis du CGI constitue, selon le requérant, une entrave disproportionnée à la liberté d'établissement.

Rappelons que la liberté d'établissement, au sens des articles 43 CE et 52 CE et suivants « comporte l'accès aux activités non salariées et à leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, notamment des sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserves des dispositions du chapitre relatif aux capitaux ».

Le principe de liberté d'établissement comporte pour les ressortissants d'un Etat membre le droit d'exercer leur activité dans un autre Etat membre par l'intermédiaire d'une filiale, d'une agence ou d'une succursale.

La CJCE a jugé que la liberté d'établissement constituait « une des dispositions juridiques fondamentales de la communauté », directement applicable dans tout état membre : voir **CJCE 21 juin 1974 aff. 2/74 Reyners**.

Un tel article vise à assurer le bénéfice du traitement national dans l'état membre d'accueil et s'oppose à ce que l'Etat d'origine entrave l'établissement dans un autre état membre d'un de ses ressortissants ou d'une société constituée en conformité avec sa législation : voir **CJCE 27 septembre 1988 aff. 81/87 Daily Mail and General Trust point 16**.

Rappelons aussi que l'interdiction pour les états membres d'établir des restrictions à la liberté d'établissement s'applique également aux dispositions fiscales, car les états membres doivent exercer leurs compétences dans le respect du droit communautaire voir **CJCE 14 février 1995 Schumacker C 279/93**. Dans une récente étude « les

démêles du juge constitutionnel et du juge administratif avec le principe de primauté du droit communautaire » **AJDA 9 juin 2008 p. 1077, M. Pinon, maître de conférences soutenait que** « le droit communautaire fait partie des normes que les autorités administratives doivent respecter et le juge administratif appliquer ».

En l'espèce, nous vous proposons de soutenir que les effets du texte en litige entraîne un traitement fiscal discriminatoire, car si un contribuable français est actionnaire d'une holding française ou d'une holding luxembourgeoise, il ne se trouve pas dans la même situation : ainsi, par exemple, une détention de titres par l'intermédiaire d'une société holding étrangère établie dans un état membre est imposée, en l'absence de distribution de dividendes, à 64%, alors que cette même détention par l'intermédiaire d'une société située en France a un coût fiscal nul.

Dès lors, l'article 123 bis du CGI aboutit à imposer plus lourdement en France les résultats de la holding à raison de la situation de son siège dans un autre Etat membre.

En l'espèce, M. RIFAUT, domicilié en France, qui a investi au sein d'une holding luxembourgeoise subit une imposition plus lourde sur les revenus dégagés par cette société holding (même s'il n'a pas bénéficié de distribution de revenus) que l'associé résidant luxembourgeois qui investit dans une société holding française.

Donc, l'article 123 bis du CGI opère une inégalité de traitement fiscal selon que le siège de la holding est situé en France ou dans un autre Etat membre, car sa mise en œuvre conduit à une imposition plus lourde des investissements effectués.

Le contribuable ainsi taxé plus lourdement sera dissuadé d'implanter sa société holding dans un autre état membre. La mesure n'interdit rien, mais est de nature à dissuader une personne physique de faire usage de cette liberté. (**voir aussi CJCE 13 avril 2000 Aff. 251/98 Baars RJF 7/00 n° 1036**).

Si l'administration fiscale soutient que les holdings ne sont pas concernées par le principe de liberté d'établissement car elles n'exerceraient pas d'activité économique, nous vous proposons le rejet d'un tel argument, la détention de valeurs mobilières, de

créances, de dépôts, de comptes courants, de prise de participation en l'espèce devant à notre sens être considéré comme une activité économique.

Nous vous proposons par suite de considérer que la mesure prévue à l'article 123 bis du CGI est susceptible d'entraver la liberté d'établissement, et doivent être écartées comme contraires au Traité de Rome.

Mais le raisonnement ne doit pas s'arrêter là.

En effet, la CJCE a jugé que l'entrave à la liberté d'établissement peut être admise si elle poursuit un objectif légitime compatible avec le traité et est justifiée pour « des raisons impérieuses d'intérêt général » (par exemple : l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique) ; son application doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé, c'est-à-dire s'il a respecté un principe de proportionnalité: voir **CJCE Futura participations et Singer point 26.**

Ainsi un objectif purement économique ne peut constituer une raison impérieuse, ni le souci d'éviter une réduction de recettes fiscales ou de lutte contre l'évasion fiscale : voir **CJCE 28 janvier 1986 aff. 270/83 Commission c/ France.**

Toutefois, au titre des raisons impérieuses d'intérêt général, pouvant justifier des restrictions à la liberté d'établissement, la CJCE admet le souci de garantir la cohérence du régime fiscal : voir **CJCE 28 janvier 1992 aff. 204/90 Bachman.**

Donc, la CJCE admet le souci de garantir la cohérence du système fiscal comme une motivation suffisante pour justifier une éventuelle restriction.

Voir **CE Ass. 14 décembre 2001 De Lasteyrie du Saillant req. 211341** et **CJCE 11 mars 2004 aff. 9/02 De Lasteyrie de Saillant** en ce qui concerne la compatibilité de l'article 167 bis du CGI (l'imposition des plus values latentes dont bénéficient les détenteurs de participations substantielles) avec le principe de liberté d'établissement.

Il convient de relever en l'espèce, que l'objectif poursuivi par le législateur français à travers l'article 123 bis du CGI, a été justifiée par le souci de garantir la cohérence du régime fiscal, en considération d'opérations relevant de la fraude ou de l'évasion fiscale.

Toutefois, « la constatation de l'existence d'un tel montage exige, outre un élément subjectif consistant en la volonté d'obtenir un avantage fiscal, qu'il ressorte d'éléments objectifs que, malgré un respect formel des conditions prévues par le droit communautaire, l'objectif poursuivi par la liberté d'établissement (...) n'a pas été atteint » voir **CJCE 12 septembre 2006 Cadbury Schweppes plc. Voir point 64.**

Détenir directement ou indirectement 10% au moins des actions, parts, droits financiers ou droit de vote dans une personne morale établie hors de France est-il synonyme d'évasion fiscale ainsi que le présume ledit article ? On ne peut le soutenir, et l'article 123 bis du CGI excède ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé.

Il aurait suffi que la société, par M. RIFAUT, soit mise en mesure de produire des éléments concernant la réalité de l'implantation de la société et le caractère effectif des activités de celle-ci, afin de démontrer que le montage n'est pas purement artificiel. (voir point 70 **CJCE 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd , affaire C-1196/04).**

C'est seulement si la vérification de tels éléments aboutissait à la constatation que la société correspond à une implantation fictive n'exerçant aucune activité économique effective, mais sert seulement de boîte aux lettres, que l'on pourrait soutenir qu'il n'y a pas d'atteinte à la liberté d'établissement.

En conclusion, l'article 123 bis du CGI constitue une entrave au principe communautaire de liberté d'établissement, et est incompatible avec le droit communautaire.

Par suite l'imposition en litige, procédant de l'application de ces seules dispositions de l'article 123 bis du CGI, est dépourvue de base légale, et M. RIFAUT doit en être déchargé, quand bien même l'entreprise ne comporterait pas l'exercice effectif d'une activité

économique dans l'Etat d'accueil, et sans qu'il soit besoin, par application de l'article 234 du traité de saisir la CJCE à titre préjudiciel, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens soulevés.

Nous concluons par suite :

- à l'annulation du jugement du TA en date du 27 mars 2007;
- à la décharge des suppléments d'imposition mis à la charge de M. RIFAUT au titre de l'année 2001.