



## La localisation fictive de bénéficiaires dans des pays à fiscalité privilégiée et l'article 209 B du CGI

**P**AR UN ARRÊT DU 18 FÉVRIER 2004 « Sté Pléiade », reproduit par la RJF 5/04 sous le n° 510, le Conseil d'État vient de juger que la participation de 16,66 % prise dans une société holding luxembourgeoise par une société française s'analysait comme un montage constitutif d'abus du droit, après avoir considéré, notamment, que l'administration faisait valoir que ce pourcentage de participation permettait de bénéficier du régime fiscal favorable des sociétés mères, tout en évitant l'application de l'article 209 B du CGI, lequel n'était alors applicable, en effet, qu'aux entreprises passibles de l'impôt sur les sociétés détenant au moins 25 % des actions de la société étrangère bénéficiant d'un régime fiscal privilégié.

Il paraît intéressant de commenter cet arrêt dans le contexte des arrêts Schneider Electric du 28 juin 2002<sup>1</sup> et Coréal Gestion du 30 décembre 2003<sup>2</sup>, afin de bien délimiter la portée respective de l'abus du droit et de l'article 209 B du CGI au regard de la localisation extraterritoriale des résultats.

### I L'analyse de l'arrêt du Conseil d'État du 18 février 2004

#### 1. Le fondement de l'abus du droit

Le Conseil d'État écarte le critère tiré de l'absence de fonctionnement irrégulier de la société luxembourgeoise, retenu par les juges du fond, et rappelle sa jurisprudence classique suivant laquelle, lorsque la charge de la preuve de l'abus du droit incombe à l'administration, il lui appartient d'établir que les actes incriminés ont un caractère fictif ou, à défaut, qu'ils n'ont pu être inspirés par aucun motif autre que celui d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales que le contribuable aurait normalement supportées eu égard à sa situation et à ses activités réelles.

Il s'attache, ensuite, à consacrer l'absence de justification économique de la société luxembourgeoise, son absence de substance, et l'avan-

tage fiscal tiré du schéma ainsi mis en place, tel que souligné supra en introduction, pour conclure à l'abus du droit.

#### 2. La prise en considération, par le Conseil d'État, du raisonnement de l'administration suivant lequel l'article 209 B est susceptible de constituer une alternative à la mise en œuvre de l'abus du droit

Au cas particulier, la structure contestée avait été mise en place dans un État membre de l'Union européenne, en l'occurrence le Luxembourg, par ailleurs lié à la France par une convention fiscale ayant pour objet d'éliminer les doubles impositions.

Or, comme cela ressort de notre chronique<sup>2</sup>, le principe communautaire de la liberté d'établissement, mis en avant dans l'arrêt Coréal Gestion du 30 décembre 2003, paraît devoir s'opposer à ce que l'article 209 B puisse s'appliquer aux implantations réalisées par une société française dans un État membre de l'Union européenne, quelles que soient, par ailleurs, les clauses de la convention bilatérale liant cet État à la France. L'arrêt Schneider Electric du 28 juin 2002<sup>1</sup> ne permet pas d'appliquer l'article 209 B lorsque l'implantation extraterritoriale d'une société française est créée dans un État lié à la France par une convention fiscale réservant à l'État de l'implantation l'exclusivité de l'imposition des bénéfices réalisés sur son territoire et ne comportant pas de clause dérogatoire.

En l'état actuel de la jurisprudence du Conseil d'État, il paraît donc, a priori, inexact de considérer que l'article 209 B constitue, dans tous les cas, une alternative possible à la mise en œuvre de la procédure de répression des abus du droit; il convient, tout au plus, de souligner que dans l'espèce Sté Pléiade jugée le 18 février 2004, la société luxembourgeoise avait été créée antérieurement à l'adoption par le Conseil d'État de ses jurisprudences Schneider et Coréal Gestion.



JEAN-JACQUES  
CAPPELAERE  
Fiscaliste

1 Cf. notre chronique publiée dans Banque Magazine n° 642.

2 Cf. notre chronique publiée dans Banque Magazine n° 657.

## II La portée des dispositions de l'article 209 B et de l'abus du droit au regard de la localisation extraterritoriale des résultats

### 1. Le champ des deux dispositifs

#### • L'abus du droit

Il ne peut s'appliquer qu'aux implantations fictives, dépourvues de substance et de justification économiques : le Conseil d'État a considéré que ces caractéristiques étaient réunies dans l'espèce Sté Pléiade. Dans une telle hypothèse, le principe communautaire de la liberté d'établissement ne peut, par construction, être utilisé, et l'exclusivité de l'imposition des bénéfices des implantations extraterritoriales, prévue par certaines conventions bilatérales, est inopérante, dès lors que les implantations concernées sont dépourvues d'existence réelle et ne peuvent pas répondre, par voie de conséquence, à la définition conventionnelle de l'établissement stable ou de la participation.

Il y a lieu de souligner, en revanche, que ne saurait relever de l'abus du droit la décision prise, fût-ce pour des raisons exclusivement fiscales, de s'implanter dans un pays à fiscalité privilégiée, lorsque la réalité d'une telle implantation ne peut être niée : en effet, il est de jurisprudence constante que le fait d'opter pour la solution la plus avantageuse au plan fiscal ne permet pas de conclure à l'abus de droit s'il apparaît que les actes juridiques sur lesquels repose cette solution sont conformes à la réalité.

#### • L'article 209 B

S'agissant des participations acquises antérieurement au 30 septembre 1992, il s'applique à celles d'entre elles qui permettent la détention directe ou indirecte de 25 % au moins des actions ou parts de la société établie dans un pays bénéficiant d'un régime fiscal privilégié.

Il s'applique aux créations d'entreprises exploitées hors de France intervenues à compter du 30 septembre 1992, ainsi qu'à l'acquisition, à compter de la même date, de participations permettant de détenir, directement ou indirectement, 10 % au moins des actions, parts, droits financiers, ou droits de vote de la société établie dans un pays à fiscalité privilégiée ; le pourcentage minimum de 10 % n'est pas requis si le prix de revient de la participation est égal ou supérieur à 22 800 000 €.

L'article 209 B ne s'applique pas si l'entreprise créatrice de l'exploitation extraterritoriale ou acquéreuse de la participation établit que la structure extraterritoriale concernée n'a pas

principalement pour effet de permettre la localisation de bénéficiaires dans un État à régime fiscal privilégié.

Cette condition est notamment remplie lorsque l'implantation établie hors de France a principalement une activité industrielle ou commerciale effective, et qu'elle réalise ses opérations de façon prépondérante sur le marché local.

### 2. Les conséquences

La formulation du champ d'application de l'article 209 B, qui fait référence à l'exploitation d'une entreprise hors de France ainsi qu'à l'acquisition d'actions et droits assimilés ou de droits de vote dans une société établie hors de France, implique l'exercice d'une activité effective dans le pays d'accueil ; à cet égard, la formulation de la clause exonératoire, applicable à l'implantation extraterritoriale lorsqu'elle exerce une activité industrielle ou commerciale effective et réalise ses opérations d'une manière prépondérante sur le marché local, permet d'exclure du bénéfice de cette clause l'exercice d'une activité non commerciale qui, lorsqu'elle est réalisée par une entreprise ou une personne morale passible de l'impôt sur les sociétés, relève pourtant des règles d'assiette propres aux bénéficiaires industriels et commerciaux.

Ainsi, lorsqu'une société française met en place une structure extraterritoriale dépourvue de substance et donc d'activité effective, cette structure ne peut qu'être imposable en France, non pas sur le fondement de l'article 209 B, mais sur celui de l'abus du droit, ses bénéficiaires ne pouvant, alors, qu'être territorialement affectés à la France.

### CONCLUSION

La qualification d'abus du droit donnée à une implantation à l'étranger et l'article 209 B peuvent avoir le même objet (attribuer à la France le droit d'imposer une matière fiscale qui risquerait de lui échapper), mais ces deux procédures ne sont pas substituables car elles n'ont pas exactement le même champ d'application ni les mêmes conditions de mise en œuvre, ni surtout la même efficacité à percer la muraille protectrice des conventions fiscales bilatérales :

- l'abus du droit permet d'écarter une convention fiscale dès lors que celle-ci est toujours supposée avoir, au moins implicitement, réservé l'hypothèse de la fraude par l'installation fictive au travers d'un montage artificiel ;
- l'article 209 B tend à rapatrier de la matière



fiscale alors même que l'implantation extraterritoriale serait tout à fait réelle et permettrait à son auteur d'invoquer le bénéfice de la convention bilatérale lorsque celle-ci réserve à l'État de résidence le droit exclusif d'en imposer les bénéfices.

Dans le projet de loi de finances pour 2005, le Gouvernement, tirant les conséquences de la jurisprudence du Conseil d'État, limite sensiblement le champ du dispositif de l'article 209 B, dès lors qu'il ne concerne plus, s'agissant des entités juridiques distinctes, que celles d'entre elles détenues individuellement à plus de 50 %, ou collectivement lorsque certaines conditions sont remplies ; par ailleurs :

- les implantations réalisées dans l'Union européenne cessent d'être soumises au dispositif, sauf dans le cas où elles pourraient être regardées comme étant constitutives d'un montage artificiel mis en place à des fins fiscales ;
- les implantations réalisées hors de l'Union européenne ne relèvent plus du dispositif que si une proportion non négligeable de leur bénéfice a pour origine des revenus encaissés pour leur « propre compte », dont on peut penser qu'il s'agit de revenus « passifs », ou résulte d'une activité de « holding ».

L'imposition en France du bénéfice extraterritorial d'une implantation réalisée sous la for-

me d'une entité juridique distincte trouve son fondement dans le fait que ce bénéfice est réputé constituer, à proportion du pourcentage de détention, un revenu de capitaux mobiliers distribué à la société mère, mais ce raisonnement ne peut être transposé aux implantations réalisées sous la forme d'établissements stables, non dotés d'une personnalité juridique distincte, pour lesquelles le problème de la compatibilité avec les conventions fiscales réservant l'exclusivité de l'imposition à l'État de la localisation reste entier.

La question se pose de savoir si, même ainsi limitée dans son champ d'application, la requalification en revenus de capitaux mobiliers, telle qu'effectuée par le projet de loi de finances, suffira à faire tomber la protection des conventions fiscales modèle OCDE, sur le fondement de la clause « balai » de ces conventions qui attribue à l'État de résidence de leur bénéficiaire le droit d'imposer tous les revenus non spécifiquement dénommés par ces conventions : en l'absence de toute clause relative aux revenus de capitaux mobiliers issus de bénéfices réputés distribués, la France peut-elle s'arroger le droit d'imposer des profits qu'elle aurait unilatéralement décidé de qualifier ainsi ? Il faudra sans doute attendre plusieurs années avant que le Conseil d'État se prononce. ■

❖ VIENT DE PARAÎTRE



522 pages • 65 €  
N° ISBN :  
2.86325.393.X

Renseignements/  
commandes :  
Tél. : 01 48 00 54 09 ;  
Fax : 01 47 70 31 67  
Email :  
librairie@revue-banque.fr

## DROIT BANCAIRE ET FINANCIER

### Mélanges AEDBF-France IV

Cette quatrième édition des Mélanges en droit bancaire et financier rassemble plus d'une vingtaine d'études sur l'actualité bancaire et boursière rédigées par les auteurs – professionnels ou universitaires – les plus compétents en la matière.

Parmi les thèmes traités : Banquier et crédits « polluants » ; Recours contre les décisions de l'AMF : la nouvelle partition du dualisme juridictionnel ; L'offre publique d'acquisition conditionnelle ; La dualité des mécanismes d'inopposabilité en matière de transmission de titres ; Hedge funds : vers une clarification du régime juridique ; Les contours de l'Autorité des marchés financiers ; Faut-il modifier la législation sur l'usure ? L'achat et la vente de titres par les dirigeants : convergences et divergences des droits français et anglo-saxons ; L'investissement immobilier par appel public à l'épargne ; Nature et régime des sanctions prévues par les entreprises de marché et les chambres de compensation ; L'extension de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire ; Participation d'un organisme financier étranger à un crédit ouvert en France. Technique contractuelle et réglementation professionnelle ; L'Autorité des marchés financiers : une autorité publique ambivalente ; Vers un renouveau de la lutte contre les manipulations de cours : l'apport de la directive sur les abus de marché ; Les critères de localisation des titres multi-intermédiés dans la Convention de La Haye ; Défense anti-OPA : le cas des Bons PLAVIX.