



## Commentaire

### Décision n° 2016-598 QPC du 25 novembre 2016

#### *Société Eurofrance*

*(Retenue à la source sur les produits distribués dans un État ou territoire non coopératif)*

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 14 septembre 2016 par le Conseil d'État (décision n° 400867 du même jour) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par la société Eurofrance relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du 2 de l'article 187 du code général des impôts (CGI).

Dans sa décision n° 2016-598 QPC du 25 novembre 2016, le Conseil constitutionnel a, d'une part, jugé qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur la QPC en ce qu'elle portait sur le taux « 75 % » figurant au 2 de l'article 187 du CGI, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2012-1509 du 29 décembre 2012 de finances pour 2013. Il a, d'autre part, déclaré conforme à la Constitution le reste des dispositions du 2 de cet article, en assortissant cette déclaration d'une réserve d'interprétation.

#### **I. – Les dispositions contestées**

Le 2 de l'article 187 du CGI fixe à 75 % le taux de la retenue à la source de l'impôt sur le revenu (IR) prévue au 2 de l'article 119 *bis* appliquée aux produits distribués dans un État ou territoire non coopératif (ETNC).

#### **A. – Historique et objet des dispositions contestées**

\* Les produits distribués à une personne physique ou morale n'ayant pas son domicile fiscal ou son siège social en France sont soumis à une retenue à la source.

En vertu du 2 de l'article 119 *bis* du CGI, font l'objet d'une telle retenue à la source les produits visés aux articles 108 à 117 *bis* du même code. Ces produits correspondent à des distributions régulières, qui sont décidées par les organes sociaux (dividendes, acomptes sur dividendes et répartitions exceptionnelles, distributions liées à une modification du capital, répartition du boni de liquidation), et à des distributions irrégulières (distributions déguisées, distributions occultes, *etc.*).

La retenue à la source prévue par le 2 de l'article 119 *bis* s'applique lorsque les produits distribués bénéficient à des personnes autres que des organismes de placement collectif constitués sur le fondement d'un droit étranger situés dans un État membre de l'Union européenne ou dans un autre État ou territoire ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale, et qui remplissent certaines conditions.

\* La retenue à la source prévue par le premier alinéa de l'article 119 *bis* du CGI s'applique au taux fixé par l'article 187 du même code. Le 1 de cet article prévoit des taux différents, selon les cas :

- 17 % ou 15 % pour les intérêts des obligations négociables (deuxième alinéa du 1) ;
- 21 % pour les revenus de la nature de ceux éligibles à l'abattement prévu au 2° du 3 de l'article 158 du CGI dans certaines conditions (troisième alinéa du 1) ;
- 30 % pour les autres revenus (dernier alinéa du 1).

Enfin, le 2 de l'article 187 du CGI, objet de la QPC, dispose que le taux de la retenue à la source est porté à 75 % pour les produits distribués dans un ETNC.

C'est l'article 22 de la loi n° 2009-1674 du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009 qui a instauré un taux spécifique de retenue à la source, alors fixé à 50 %, pour les revenus de capitaux mobiliers bénéficiant à des non-résidents ayant leur domicile fiscal ou leur siège dans un ETNC. Il s'agissait de « *renforcer les moyens de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales à l'encontre des États ou territoires non coopératifs* »<sup>1</sup> et de lutter « *contre les paradis fiscaux* »<sup>2</sup>.

Les ETNC sont définis à l'article 238-0 A du CGI comme les territoires ou États non membres de l'Union européenne dont la situation au regard de la transparence et de l'échange d'informations en matière fiscale a fait l'objet d'un examen par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et qui, au 1<sup>er</sup> janvier 2010, n'ont pas conclu avec la France une convention d'assistance administrative permettant l'échange de tout renseignement nécessaire à l'application de la législation fiscale des parties, ni signé avec au moins douze États ou territoires une telle convention.

---

<sup>1</sup> Exposé des motifs de l'article 14 (devenu 22) du projet de loi de finances rectificative pour 2009.

<sup>2</sup> Rapport de M. Gilles Carrez, rapporteur général de la commission des finances de l'Assemblée nationale, n° 2132, 2 décembre 2009.

Les ETNC sont inscrits sur une liste, mise à jour annuellement depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011, par arrêté des ministres chargés de l'économie et du budget, après avis du ministre des affaires étrangères. Les États y sont inscrits ou en sont retirés en fonction de l'effectivité des échanges d'informations avec la France. Y figurent actuellement le Botswana, Brunei, le Guatemala, les Îles Marshall, l'île de Nauru, l'île de Niue et le Panama<sup>3</sup>.

Le taux de la retenue à la source spécifique aux produits distribués payés dans un ETNC a été porté à 55 % en 2011<sup>4</sup>, puis à 75% en 2012<sup>5</sup>.

## **B. – Origine de la QPC et question posée**

La société Eurofrance détient 38,25 % des parts sociales de la société Livestock Shipping Company dont le siège se situe aux Îles Marshall, État inscrit sur la liste des ETNC.

Par délibération du 4 avril 2011, la société Eurofrance a consenti à sa filiale une avance en compte courant, en contrepartie de laquelle elle n'a perçu de rémunération qu'à compter du 15 mars 2013.

À l'issue d'une vérification de comptabilité, l'administration fiscale a considéré cette avance non rémunérée comme un acte anormal de gestion et a réintégré dans les résultats imposables de la société Eurofrance, au titre de l'exercice clos en juin 2013, les intérêts qu'elle aurait dû percevoir à raison de cette avance.

Par ailleurs, l'administration a regardé l'avantage financier ainsi consenti à la société Livestock Shipping Company comme des revenus réputés distribués, au sens du 1<sup>o</sup> du 1 de l'article 109 du CGI<sup>6</sup>. Ces revenus ont donc été soumis à une retenue à la source liquidée au taux de 75 %, en application du 2 de l'article 187 du même code.

Le 22 juin 2016, la société Eurofrance a saisi le Conseil d'État d'un recours pour excès de pouvoir contre les énonciations du 3<sup>e</sup> point du paragraphe 10 de l'instruction fiscale publiée le 13 avril 2016 au *Bulletin officiel des finances publiques* sous la référence BOI-RPPM-RCM-30-30-10-20. Elle a soulevé une QPC à l'occasion de ce recours.

Le Conseil d'État, par la décision précitée du 14 septembre 2016, a renvoyé au

---

<sup>3</sup> Arrêté du 12 février 2010 pris en application du deuxième alinéa du 1 de l'article 238-0 A du code général des impôts, dans sa rédaction résultant de l'arrêté du 8 avril 2016.

<sup>4</sup> Article 20 de la loi n° 2011-1978 du 28 décembre 2011 de finances rectificative pour 2011.

<sup>5</sup> Article 9 de la loi n° 2012-1509 du 29 décembre 2012 précitée.

<sup>6</sup> « Sont considérés comme revenus distribués : 1<sup>o</sup> Tous les bénéfices ou produits qui ne sont pas mis en réserve ou incorporés au capital ».

Conseil constitutionnel cette QPC, au motif « *que la question de savoir si elles [les dispositions du 2 de l'article 187 du code général des impôts hormis le taux qu'elles fixent] portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, et notamment au principe d'égalité devant les charges publiques garanti par l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, compte tenu de ce qu'elles institueraient une présomption irréfragable empêchant le contribuable d'apporter la preuve que les opérations auxquelles correspondent les sommes taxées ont principalement un objet et un effet autre que de permettre la localisation de ces distributions dans un État ou territoire non coopératif, présente un caractère sérieux* ».

## **II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées**

### **A. – Les griefs soulevés par la société requérante**

La société requérante reprochait aux dispositions du 2 de l'article 187 du CGI de méconnaître le principe d'égalité devant les charges publiques, le principe de légalité des délits et des peines et la liberté d'entreprendre.

En premier lieu, au regard du principe d'égalité devant les charges publiques, reconnu à l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la société requérante soutenait que le taux de 75 % revêtait un caractère confiscatoire. Elle soutenait également que ces dispositions instituait une présomption irréfragable de fraude fiscale, faisant obstacle à la prise en compte des facultés contributives des contribuables. Elle invoquait la décision du Conseil constitutionnel n° 2014-437 QPC du 20 janvier 2015 (voir ci-après)<sup>7</sup>.

En deuxième lieu, elle soutenait qu'en fixant le taux d'imposition à 75 %, le législateur avait poursuivi un but répressif et institué une sanction ayant le caractère d'une punition. Elle déduisait du caractère seulement implicite de la présomption irréfragable de fraude fiscale une méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines garanti par l'article 8 de la Déclaration de 1789.

En dernier lieu, la société requérante soutenait qu'en prévoyant un taux d'imposition de 75 %, les dispositions contestées portaient une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre garantie par l'article 4 de la Déclaration de 1789.

### **B. – La recevabilité de la QPC**

Le Conseil d'État avait renvoyé au Conseil constitutionnel l'ensemble des

---

<sup>7</sup> Décision n° 2014-437 QPC du 20 janvier 2015, *Association française des entreprises privées et autres (Régime fiscal des opérations réalisées avec des États ou territoire non coopératifs)*.

dispositions du 2 de l'article 187 du CGI.

Le Conseil constitutionnel a, tout d'abord, rappelé qu'en application des dispositions du troisième alinéa de l'article 23-2 et du troisième alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958<sup>8</sup>, il ne pouvait « être saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à une disposition qu'il a déjà déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une de ses décisions, sauf changement des circonstances » (paragr. 3).

Or, le Conseil avait examiné et déclaré conforme à la Constitution le taux de 75 % de la retenue à la source de l'impôt sur le revenu mentionné au 2 de l'article 187 du CGI dans les motifs et le dispositif sa décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012<sup>9</sup> – ce qu'il a rappelé dans sa décision du 25 novembre 2016 (paragr. 4).

Aucun changement de circonstances de droit ou de fait n'étant intervenu depuis cette décision, le Conseil constitutionnel a jugé qu'il n'y avait pas lieu « d'examiner la question prioritaire de constitutionnalité portant sur le taux "75 %" figurant au 2 de l'article 187 du code général des impôts » (paragr. 5). Compte tenu de ce non-lieu à statuer partiel<sup>10</sup>, les griefs de la société requérante dirigés uniquement contre ce taux de 75 % n'avaient pas à être examinés.

Le Conseil constitutionnel n'avait donc à se prononcer que sur le surplus des dispositions du 2 de l'article 187 du CGI, critiqué par la société requérante au regard des principes d'égalité devant les charges publiques (en ce que la présomption irréfragable de fraude fiscale ferait obstacle à la prise en compte des capacités contributives) et de légalité des délits et des peines (paragr. 6 à 9). C'est la soumission à un régime fiscal spécifique aux produits distribués dans un ETNC qui était ici contestée, indépendamment de la question du taux de la retenue à la source applicable à ces produits.

## **C. – Le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant les charges publiques**

### **1. – La jurisprudence du Conseil constitutionnel**

Sur le fondement de l'article 13 de la Déclaration de 1789, le Conseil juge de manière constante en matière fiscale : « "Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est

---

<sup>8</sup> Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

<sup>9</sup> Décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, *Loi de finances pour 2013*, cons. 36 à 52.

<sup>10</sup> Pour un précédent, voir par exemple la décision n° 2015-510 QPC du 7 janvier 2016, *Association Expert-comptable média association (Sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité de la concurrence)*.

indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés ". *En vertu de l'article 34 de la Constitution, il appartient au législateur de déterminer, dans le respect des principes constitutionnels et compte tenu des caractéristiques de chaque impôt, les règles selon lesquelles doivent être appréciées les facultés contributives. Il considère que « pour assurer le respect du principe d'égalité, il doit fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose. Cette appréciation ne doit cependant pas entraîner de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques »*<sup>11</sup>.

Dans sa décision n° 2014-437 QPC du 20 janvier 2015 précitée, le Conseil constitutionnel s'est déjà prononcé sur l'absence de possibilité pour le contribuable d'échapper à l'application de certains régimes fiscaux dissuasifs à l'égard des ETNC, qui reposaient sur une présomption irréfragable de fraude fiscale. Deux dispositifs fiscaux étaient alors soumis à l'examen du Conseil :

– l'un excluant du bénéfice du régime fiscal des sociétés mères les dividendes reçus d'une filiale établie dans un ETNC (j du 6 de l'article 145 du CGI) ;

– l'autre excluant du régime des plus ou moins-values à long terme les cessions de titres de participation de sociétés domiciliées dans un ETNC (c du 2 de l'article 39 *duodecies* et *a sexies-0 ter* du I de l'article 219 du CGI).

Faisant application de sa jurisprudence relative à l'article 13 de la Déclaration de 1789, le Conseil constitutionnel a jugé ces dispositifs conformes à la Constitution, en les assortissant d'une réserve d'interprétation autorisant le contribuable à renverser la présomption de fraude fiscale :

*« Considérant, en premier lieu, qu'en adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu lutter contre les "paradis fiscaux" ; qu'il a poursuivi un but de lutte contre la fraude fiscale des sociétés qui réalisent des investissements ou des opérations financières dans les États et les territoires non coopératifs ; que ce but constitue un objectif de valeur constitutionnelle ; que le législateur a institué, entre les contribuables qui perçoivent des produits de titres de sociétés établies dans un État ou un territoire non coopératif ou qui réalisent des plus-values à l'occasion de la cession de titres de ces dernières et les autres contribuables, une différence de traitement fondée sur des critères en rapport direct avec l'objet de la loi ; que le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi doit être écarté ;*

---

<sup>11</sup> Décision n° 2011-148/154 QPC du 22 juillet 2011, *M. Bruno L. et autres (Journée de solidarité)*, cons. 19 ; décision n° 2011-175 QPC du 7 octobre 2011, *Société travaux industriels maritimes et terrestres et autres (Contribution au Fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante)*, cons. 5.

*« Considérant, en second lieu, que le niveau d'imposition susceptible de résulter, au titre de la loi fiscale française, de l'application des dispositions contestées n'est pas tel qu'il en résulterait une imposition confiscatoire ; que les dispositions contestées ne sauraient, toutefois, sans porter une atteinte disproportionnée au principe d'égalité devant les charges publiques, faire obstacle à ce que, à l'instar de ce que le législateur a prévu pour d'autres dispositifs fiscaux applicables aux opérations réalisées dans un État ou un territoire non coopératif, notamment aux articles 125 A, 182 A bis et 182 B du code général des impôts, le contribuable puisse être admis à apporter la preuve de ce que la prise de participation dans une société établie dans un tel État ou territoire correspond à des opérations réelles qui n'ont ni pour objet ni pour effet de permettre, dans un but de fraude fiscale, la localisation de bénéfices dans un tel État ou territoire ; que, sous cette réserve, elles ne portent pas atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques ;*

*« Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les dispositions contestées, qui ne sont contraires à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent, sous cette réserve, être déclarées conformes à la Constitution »<sup>12</sup>.*

## **2. – L'application à l'espèce**

Dans sa décision du 25 novembre 2016, le Conseil constitutionnel a transposé la solution dégagée dans sa décision n° 2014-437 QPC.

Il a tout d'abord relevé qu'en « adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu lutter contre les "paradis fiscaux" » et qu'« il a ainsi poursuivi un but de lutte contre la fraude fiscale des personnes qui réalisent des opérations financières dans les États et les territoires non coopératifs », lequel constitue « un objectif de valeur constitutionnelle » (paragr. 8).

Il a ensuite émis une réserve d'interprétation en jugeant que ces « Toutefois ces dispositions ne sauraient sans porter une atteinte disproportionnée au principe d'égalité devant les charges publiques, faire obstacle à ce que le contribuable puisse être autorisé à apporter la preuve de ce que les distributions de produits dans un État ou un territoire non coopératif n'ont ni pour objet ni pour effet de permettre, dans un but de fraude fiscale, la localisation de revenus dans un tel État ou territoire » (même paragr.).

En effet, une telle présomption irréfragable méconnaissait le principe d'égalité devant les charges publiques, dès lors qu'elle avait pour effet de déterminer un

---

<sup>12</sup> Décision n° 2014-437 QPC précitée, cons. 9 à 11.

impôt au regard de critères sans lien avec l'appréciation des facultés contributives. À la différence de la décision n° 2014-437 QPC, qui portait sur des prises de participation dans des sociétés établies dans un ETNC et sur des flux financiers à destination de la France, la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 25 novembre 2016 ne fait pas référence à des « *opérations réelles* ». Compte tenu de l'objet de la présomption de fraude fiscale, la question de savoir si une distribution correspond à une opération réelle n'apparaît pas pertinente dans le cas d'un flux financier de la France vers un ETNC. En effet, d'une part, du côté de l'auteur de la distribution, le contrôle de la réalité de l'opération en France à raison de laquelle des produits sont distribués est opéré selon les règles de droit commun du CGI et est donc, en soi, sans incidence pour apprécier si une distribution de produits payés dans un ETNC a été effectuée dans un but de fraude fiscale. D'autre part, du côté du bénéficiaire de la distribution, la notion d'« *opération réelle* » est inappropriée lorsque, par exemple, la distribution correspond à la détention de parts sociales ou d'actions.

Cette réserve d'interprétation permettra au contribuable de démontrer, le cas échéant, que la distribution de produits dans un ETNC était sans lien avec un objectif de fraude fiscale.

Dans le cas particulier d'une distribution irrégulière, comme dans le litige à l'origine de la QPC, il sera probablement difficile au contribuable, en pratique, de prouver que le transfert de revenus n'avait pas un tel objectif.

### **C. – Le grief tiré de la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines**

Le Conseil constitutionnel juge, de façon constante, que les exigences de l'article 8 de la Déclaration de 1789 (principe de légalité des délits et des peines, de non rétroactivité des peines, de nécessité de proportionnalité et d'individualisation des peines) s'appliquent à « *toute sanction ayant le caractère d'une punition* ».

Toutefois, s'agissant en l'espèce de dispositions relatives à l'établissement de l'impôt, le Conseil constitutionnel a conclu qu'elles n'instituaient « *aucune sanction ayant le caractère d'une punition* ». Dès lors, « *le grief tiré de la méconnaissance du principe de la légalité des délits et des peines est inopérant* » (paragr. 9).

En définitive, le Conseil constitutionnel a jugé, d'une part, qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur le taux « 75 % » figurant au 2 de l'article 187 du code général des impôts, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2012-1509 du 29 décembre



2012 de finances pour 2013. D'autre part, sous la réserve d'interprétation déjà évoquée, il a jugé le reste des dispositions du 2 de l'article 187 du CGI (autres que le taux de « 75% ») conforme à la Constitution.