



Commentaire

Décision n° 2017-659 QPC du 6 octobre 2017

Époux N.

(Imposition des revenus réalisés par l'intermédiaire de structures établies hors de France et soumises à un régime fiscal privilégié II)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 10 juillet 2017 par le Conseil d'État (décision n° 410620 du 7 juillet 2017) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par M. et Mme Jean-Marc N. portant sur le 1 de l'article 123 *bis* du code général des impôts (CGI), dans sa rédaction issue de la loi n° 98-1266 du 30 décembre 1998 de finances pour 1999.

Dans sa décision n° 2017-659 QPC du 6 octobre 2017, le Conseil constitutionnel a jugé conforme à la Constitution, sous une réserve d'interprétation, le premier alinéa du 1 de l'article 123 *bis* du CGI.

I. – Les dispositions contestées

A. – Historique et évolution des dispositions contestées

L'article 123 *bis* a été introduit dans le CGI par l'article 101 de la loi n° 98-1266 du 30 décembre 1998 de finances pour 1999 afin de « *lutter contre l'évasion fiscale internationale* »¹, avant d'être modifié par l'article 22 de la loi n° 2009-1674 du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009.

1. – Objet de l'article 123 *bis* du CGI

L'article 123 *bis* du CGI instaure un dispositif « anti-abus » permettant l'imposition d'avoirs détenus à l'étranger, par une personne physique fiscalement domiciliée en France, par l'intermédiaire d'une entité juridique dont les actifs sont principalement financiers et soumise à un régime fiscal privilégié.

En application de l'article 4 A du CGI, les personnes qui ont en France leur domicile fiscal sont passibles de l'impôt sur le revenu (IR) « *en raison de l'ensemble de leurs revenus* », que ceux-ci soient de source française ou étrangère. L'effectivité de cette règle suppose néanmoins que le contribuable respecte l'obligation de déclarer les revenus qu'il a perçus à l'étranger. De surcroît, cette règle ne s'applique qu'aux revenus effectivement encaissés : y

¹ Exposé des motifs de l'article 70 (devenu 101) du projet de loi de finances pour 1999.

échappent par exemple ceux restant capitalisés dans des structures de gestion du patrimoine situées hors de France. Selon M. Philippe Marini, alors rapporteur général de la commission des finances du Sénat, « *le contribuable français qui a recours à de telles structures pourra donc choisir la date optimale de rapatriement de ces revenus ou les céder en bénéficiant de l'imposition sur les plus-values* »².

L'article 123 *bis* vise à remédier à ces stratégies d'évasion fiscale, comme l'indiquait M. Didier Migaud, alors rapporteur général de la commission des finances de l'Assemblée nationale : « *L'objectif est de faire échec aux stratégies consistant, pour certaines personnes physiques, à interposer une ou plusieurs structures écrans qui ne distribuent pas de revenus, dans le but d'éviter l'imposition en France, au titre de l'impôt sur le revenu, de leur part de bénéfice. Un tel montage peut aussi bien concerner des revenus de source française que des revenus de source étrangère* »³.

2. – Champ d'application de l'article 123 *bis* du CGI

En vertu de son 1, l'article 123 *bis* s'applique à toute personne physique domiciliée fiscalement en France remplissant deux conditions.

La première est qu'elle détienne au moins 10 % des actions, parts, droits financiers ou droits de vote dans une entité juridique⁴ (personne morale, organisme, fiducie ou institution comparable) établie ou constituée hors de France et soumise à un régime fiscal privilégié. La notion de détention indirecte est définie au 2, qui permet de neutraliser les chaînes de participation et de prendre en compte les communautés d'intérêt à caractère familial. Le caractère privilégié du régime fiscal est déterminé, en application de l'article 238 A du CGI, en comparant la charge fiscale effectivement supportée par l'entité à celle que supporterait une société mentionnée au 1 de l'article 206 du CGI à raison des mêmes bénéficiaires ou revenus.

La seconde condition est que l'actif ou les biens de l'entité juridique soient principalement – c'est-à-dire à plus de 50 % – constitués de valeurs mobilières, de créances, de dépôts ou de comptes courants. Il s'agit ainsi de viser une évasion fiscale « *principalement financière, réalisée par l'intermédiaire de structures de gestion du patrimoine financier* »⁵.

² M. Philippe Marini, rapport général au nom de la commission des finances du Sénat sur le projet de loi de finances pour 1999, tome III, n° 66 (1998-1999), décembre 1998.

³ M. Didier Migaud, rapport général au nom de la commission des finances de l'Assemblée nationale sur le projet de loi de finances pour 1999, tome III, n° 1111 (XI^e législature), octobre 1998.

⁴ Le terme générique d'« *entité juridique* » a été ajouté par la loi du 30 décembre 2009.

⁵ M. Philippe Marini, rapport n° 66 (1998-1999) précité.

3. – Conséquences de l’application de l’article 123 bis du CGI

Lorsque la personne physique répond aux deux conditions précitées, le 1 de l’article 123 bis prévoit que les bénéfices ou les revenus positifs de l’entité juridique « *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* ».

Les bénéfices ou revenus positifs sont déterminés selon les règles fixées par le CGI comme si l’entité juridique était imposable à l’impôt sur les sociétés en France (deuxième phrase du premier alinéa du 3). À cette fin, la personne physique est astreinte à une série d’obligations déclaratives destinées à établir le bilan de la structure et à déterminer son résultat imposable⁶.

Ces bénéfices ou revenus positifs, qu’ils aient ou non été effectivement distribués, sont alors imposables à l’IR et aux prélèvements sociaux, au titre de l’année au cours de laquelle ils sont réputés acquis⁷.

Par dérogation au droit commun de l’imposition des revenus de capitaux mobiliers, ils sont imposés sur une assiette majorée de 25 %⁸ et au taux du barème de l’IR sans l’abattement de 40 % applicables aux dividendes⁹.

L’article 123 bis prévoit des mécanismes visant à éviter les doubles impositions, afin de tenir compte des impôts acquittés localement (dernière phrase du premier alinéa du 3) et des distributions effectives de revenus, lesquelles sont dispensées d’imposition à hauteur des revenus antérieurement réputés acquis (4 de l’article 123 bis).

4. – Cas particulier des entités implantées dans un État de l’Union européenne

La loi du 30 décembre 2009 (postérieure à la rédaction des dispositions renvoyées dans la QPC n° 2017-659 QPC) a assorti la mise en œuvre de l’article 123 bis du CGI de conditions particulières lorsque l’entité est localisée dans un État de l’Union européenne.

⁶ En particulier un bilan de départ (pour la première année d’imposition), puis, chaque année, des bilans et comptes de résultat indiquant les bénéfices ou revenus positifs (articles 50 ter à 50 septies de l’annexe II au CGI).

⁷ Le premier alinéa du 3 de l’article 123 bis précise à cet égard qu’ils « *sont réputés acquis le premier jour du mois qui suit la clôture de l’exercice de l’entité juridique établie ou constituée hors de France ou, en l’absence d’exercice clos au cours d’une année, le 31 décembre* ».

⁸ En application du 2° du 7 de l’article 158 du CGI.

⁹ En application du e du 3° du 2 de l’article 158 du CGI.

En effet, cet article, dans sa rédaction objet de la QPC commentée, issue de la loi du 30 décembre 1998 précitée, a été jugé contraire au droit communautaire par une décision de la cour administrative d'appel de Nancy du 22 août 2008, selon laquelle les dispositions en cause instaurent « *une présomption irréfragable d'évasion fiscale* » et qu'elles « *ne sont pas compatibles avec le principe de libre circulation des capitaux ainsi [...] qu'avec le principe de liberté d'établissement* »¹⁰.

Cette décision s'appuyait sur la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), selon laquelle une mesure nationale restreignant la liberté d'établissement et de circulation des capitaux peut être justifiée à la condition qu'elle vise spécifiquement les montages purement artificiels dont le but est d'échapper à l'impôt normalement dû¹¹.

Afin de remédier à cette incompatibilité avec le droit communautaire, la loi du 30 décembre 2009 a institué une « clause de sauvegarde » permettant de renverser la présomption irréfragable d'évasion fiscale, dans le seul cas où l'entité interposée est située dans un État de l'Union européenne. Le 4 bis de l'article 123 bis du CGI, introduit par cette loi, disposait en ce sens : « *Le 1 n'est pas applicable, lorsque l'entité juridique est établie ou constituée dans un État de la Communauté européenne, si l'exploitation de l'entreprise ou la détention des actions, parts, droits financiers ou droits de vote de cette entité juridique par la personne domiciliée en France ne peut être regardée comme constitutive d'un montage artificiel dont le but serait de contourner la législation fiscale française* ». Ainsi, les dispositions de l'article 123 bis du CGI ne s'appliquent pas lorsque sont établis la réalité de l'implantation (existence physique en termes de locaux, personnels et équipements) et l'exercice effectif d'une activité économique¹².

Dans sa décision n° 2016-614 QPC du 1^{er} mars 2017, le Conseil constitutionnel a censuré les mots « *, lorsque l'entité juridique est établie ou constituée dans un État de la Communauté européenne,* » figurant à ce 4 bis, généralisant ainsi l'application de cette clause de sauvegarde, quelle que soit la localisation de l'entité¹³.

¹⁰ CAA Nancy, 22 août 2008, *Rifaut*, n° 07-783.

¹¹ CJCE, grande chambre, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc c./ Commissioners of Inland Revenue*, C-196/04, § 55.

¹² BOI-INT-DG-20-50-20140211, § 340.

¹³ Décision n° 2016-614 QPC du 1^{er} mars 2017, *M. Dominique L. (Imposition des revenus réalisés par l'intermédiaire de structures établies hors de France et soumises à un régime fiscal privilégié)*.

5. – Cas particulier des entités implantées dans un État n’ayant pas conclu de convention d’assistance administrative avec la France ou dans un État ou un territoire non coopératif

L’article 123 *bis* du CGI prévoit plusieurs dérogations aux règles qui précèdent lorsque l’entité juridique est située soit dans un État n’ayant pas conclu de convention d’assistance administrative avec la France en vue de lutter contre la fraude et l’évasion fiscales, soit – depuis la loi du 30 décembre 2009 – dans un État ou un territoire non coopératif (ETNC), au sens de l’article 238-0 A du CGI.

* Lorsque l’entité juridique est établie ou constituée dans un État relevant de l’une de ces deux catégories, le second alinéa du 3 de l’article 123 *bis* instaure un montant forfaitaire minimal de revenu imposable : « *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* » du CGI.

Ce montant forfaitaire est ainsi le produit de deux facteurs :

– d’une part, la « *fraction de l’actif net ou de la valeur nette des biens* » de l’entité. Le revenu imposable est ici déterminé non en fonction des bénéfices ou résultats positifs de l’entité, mais de son actif net, tel qu’il figure dans le bilan de départ¹⁴. Quant à la « *fraction* » de cet actif, elle correspond à la proportion détenue par la personne physique dans les actions, parts ou droit financiers de l’entité, calculée en application du 1 de l’article 123 *bis*¹⁵ ;

– d’autre part, le taux mentionné au 3° du 1 de l’article 39 du CGI, c’est-à-dire le « *taux égal à la moyenne annuelle des taux effectifs moyens pratiqués par les établissements de crédit et les sociétés de financement pour des prêts à taux variable aux entreprises, d’une durée initiale supérieure à deux ans* ». Déterminé par le ministre de l’économie et des finances, ce taux est actuellement fixé à 1,67 %¹⁶.

Le montant ainsi calculé constitue un minimum imposable : si l’application des règles « de droit commun » prévues au 1 de l’article 123 *bis* aboutit à un revenu imposable supérieur, c’est ce dernier qui sera imposé.

¹⁴ Voir le paragraphe I de l’article 50 *ter* de l’annexe II au CGI.

¹⁵ BOI-RPPM-RCM-10-30-20-20120912, § 420.

¹⁶ Avis du ministre de l’économie et des finances du 28 juin 2017 relatif à l’application des articles L. 314-6 du code de la consommation et L. 313-5-1 du code monétaire et financier concernant l’usure.

En instaurant ce minimum forfaitaire, le législateur a entendu tenir compte de l'impossibilité pour l'administration française, eu égard à la difficulté des échanges avec les États concernés, de disposer des informations nécessaires à la détermination du résultat imposable de l'entité et au calcul des revenus réputés acquis selon le mécanisme prévu au 1 de l'article 123 *bis*¹⁷.

Dans sa décision n° 2016-614 QPC précitée, le Conseil constitutionnel a formulé une réserve d'interprétation à propos de ces dispositions, jugeant qu'elles « *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 que le revenu réellement perçu par l'intermédiaire de l'entité juridique est inférieur au revenu défini forfaitairement en application de ces dispositions* » (paragr. 12).

* Par ailleurs, la loi du 30 décembre 2009 a introduit à l'article 123 *bis* un 4 *ter* instituant une présomption de détention spécifique aux ETNC : « *La condition de détention de 10 % prévue au 1 est présumée satisfaite lorsque la personne physique a transféré des biens ou droits à une entité juridique située dans un État ou territoire non coopératif au sens de l'article 238 0 A* ». Lorsqu'elle constate un transfert de biens ou droits dans une entité localisée dans un ETNC, l'administration n'a donc pas à établir que la personne physique détient une participation d'au moins 10 % dans l'entité. Il ne s'agit que d'une présomption simple.

B. – Origine de la QPC et question posée

M. et Mme N. ont fait l'objet d'une procédure d'examen de leur situation fiscale personnelle au titre des années 2009 et 2010 et d'un contrôle sur pièces de certaines de leurs déclarations de revenus et d'impôt de solidarité sur la fortune. L'administration fiscale a alors constaté qu'une société, enregistrée au Panama, dont M. Jean-Marc N. a déclaré être le détenteur économique, avait perçu en 2006 une somme de 2 249 900 euros. Elle a estimé que cette opération entrait dans le champ d'application de l'article 123 *bis* du CGI et que les sommes en cause constituaient des revenus taxables au titre de l'année 2006 en tant que revenus de capitaux mobiliers.

Les réclamations dirigées contre ces cotisations supplémentaires ayant été rejetées, les requérants ont saisi le tribunal administratif de Marseille, qui a rejeté leur demande le 7 juillet 2016. Ils ont interjeté appel devant la cour administrative d'appel de Marseille, en soulevant une QPC relative à la conformité de l'article 123 *bis* du CGI, dans sa rédaction issue de la loi du

¹⁷ Voir notamment le rapport n° 1111 de M. Didier Migaud précité.

30 décembre 1998 précitée, aux principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques. Le 16 mai 2017, la cour a transmis cette QPC au Conseil d'État.

Par la décision du 7 juillet 2017 précitée, le Conseil d'État a jugé qu'il n'y avait pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la QPC en ce qu'elle portait sur le second alinéa du 3 de l'article 123 bis, qui instaure un montant forfaitaire de revenu imposable, défini en fonction de l'actif net et d'un taux d'intérêt de référence, lorsque l'entité juridique est située dans un État n'ayant pas conclu de convention d'assistance administrative avec la France. En effet, transposant au cas d'espèce sa jurisprudence *Société Métropole Télévision*¹⁸, le Conseil d'État a étendu à cet alinéa la réserve d'interprétation, déjà évoquée, énoncée par le Conseil constitutionnel¹⁹ à propos d'une version postérieure du même alinéa, le premier étant jugé « *similaire dans sa substance* » au second (paragr. 4 de la décision de renvoi).

Par la même décision, le Conseil d'État a en revanche renvoyé au Conseil constitutionnel le 1 de l'article 123 bis, dans sa version issue de la loi du 30 décembre 1998, au motif que présente un caractère sérieux la question de savoir si ces dispositions « *portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, notamment aux principes d'égalité devant la loi et d'égalité devant les charges publiques, en réputant constituer des revenus de capitaux mobiliers les bénéfices et revenus positifs d'une structure établie hors de France et soumise à un régime fiscal privilégié, comme des revenus de capitaux mobiliers acquis par le contribuable domicilié en France à hauteur de sa participation dans cette structure, sans l'autoriser à apporter la preuve de ce que l'interposition de celle-ci n'a ni pour objet, ni pour effet de lui permettre de contourner la loi fiscale française* ».

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

Les requérants soutenaient que le 1 de l'article 123 bis du CGI institue une présomption irréfragable de fraude et d'évasion fiscales contraire aux principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques garantis par les articles 6

¹⁸ Selon laquelle il résulte de l'article 62 de la Constitution qu'une déclaration d'inconstitutionnalité par le Conseil constitutionnel doit être regardée comme s'appliquant également aux dispositions identiques, dans leur substance et dans leur rédaction, qui figuraient auparavant au sein d'un autre article. Il appartient alors au juge administratif, sans qu'il y ait lieu de saisir le Conseil constitutionnel d'une nouvelle QPC, de faire bénéficier le requérant des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité (CE, 16 janvier 2015, n° 386031, *Société Métropole Télévision*).

¹⁹ Selon laquelle « *les dispositions du second alinéa du 3 de l'article 123 bis du code général des impôts 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 que le revenu réellement perçu par l'intermédiaire de l'entité juridique est inférieur au revenu défini forfaitairement en application de ces dispositions* » (paragr. 12 de la décision n° 2016-614 QPC précitée).

et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Selon eux, cette présomption résultait plus précisément du premier alinéa de ce 1, qui prévoit que lorsque la personne physique détient au moins 10 % d'une entité principalement financière, localisée hors de France et bénéficiant d'un régime fiscal privilégié, les bénéfices ou les revenus positifs de cette entité « *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* ». Les requérants ne contestaient pas, en revanche, la notion de régime fiscal privilégié mentionnée au second alinéa de ce 1.

Par conséquent, dans sa décision n° 2017-659 QPC, le Conseil constitutionnel a jugé que la QPC portait sur le seul premier alinéa du 1 de l'article 123 *bis* du CGI (paragr. 3).

A. – La jurisprudence du Conseil constitutionnel

Comme exposé ci-avant, le Conseil constitutionnel a déjà statué, dans sa décision n° 2016-614 QPC du 1^{er} mars 2017, sur l'article 123 *bis* du CGI, dans une rédaction postérieure à celle objet de la QPC jugée le 6 octobre 2017²⁰.

S'il n'a alors pas contrôlé le 1 de cet article, le Conseil s'est prononcé indirectement sur la présomption instaurée par ce 1, en statuant sur certaines dispositions du 4 *bis* du même article. Introduit par la loi du 30 décembre 2009 précitée, ce 4 *bis* permet d'échapper à l'application du 1 en cas d'absence de montage artificiel visant à contourner la législation fiscale française. Sur le fondement de l'égalité devant les charges publiques, le Conseil a censuré la limitation de cette clause de sauvegarde au seul cas où l'entité est localisée dans un État de l'Union européenne :

« L'article 123 bis du code général des impôts prévoit l'imposition des avoirs détenus à l'étranger par une personne physique fiscalement domiciliée en France, par l'intermédiaire d'une entité juridique dont les actifs sont principalement financiers et soumise à un régime fiscal privilégié. À cette fin, il soumet à l'impôt sur le revenu, selon des règles dérogatoires au droit commun, les bénéfices et les revenus positifs de cette entité, réputés acquis par la personne physique dans la proportion des actions, parts ou droits financiers

²⁰ Le Conseil a également eu à connaître indirectement de l'article 123 *bis* dans la décision n° 2017-643/650 QPC du 7 juillet 2017, *M. Amar H. et autre (Majoration de 25 % de l'assiette des contributions sociales sur les revenus de capitaux mobiliers particuliers)*, dans laquelle il a jugé que la majoration de 25 % de l'assiette des contributions sociales prévue au premier alinéa du 7 de l'article 158 du CGI ne pouvait être appliquée aux bénéfices ou revenus mentionnés au 2° de ce même 7, parmi lesquels figurent les bénéfices ou revenus mentionnés à l'article 123 *bis*.

qu'elle détient dans cette entité. En vertu de son 4 bis, l'article 123 bis n'est pas applicable lorsque l'entité est établie ou constituée dans un État de l'Union européenne et que son exploitation ou la détention d'actions, parts ou droits en son sein ne peut être regardée comme constitutive d'un montage artificiel dont le but serait de contourner la législation fiscale française.

« En adoptant l'article 123 bis, le législateur a poursuivi un but de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales de personnes physiques qui détiennent des participations dans des entités principalement financières localisées hors de France et bénéficiant d'un régime fiscal privilégié. Ce but constitue un objectif de valeur constitutionnelle.

« Toutefois, l'exemption d'application de l'article 123 bis en cas d'absence de montage artificiel visant à contourner la législation fiscale française ne bénéficie qu'aux entités localisées dans un État de l'Union européenne. Or, aucune autre disposition législative ne permet au contribuable d'être exempté de cette application en prouvant que la localisation de l'entité dans un autre État ou territoire n'a pas pour objet ou pour effet un tel contournement. Ce faisant, le législateur a porté une atteinte disproportionnée au principe d'égalité devant les charges publiques.

« Sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre grief, il en résulte que les mots ", lorsque l'entité juridique est établie ou constituée dans un État de la Communauté européenne," figurant au 4 bis de l'article 123 bis du code général des impôts doivent être déclarés contraires à la Constitution »²¹.

B. – L'application à l'espèce

Le Conseil constitutionnel a logiquement transposé dans la décision commentée le raisonnement suivi dans sa décision n° 2016-614 QPC précitée.

Il a rappelé qu'en adoptant l'article 123 bis du CGI, le législateur a certes *« poursuivi un but de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales de personnes physiques qui détiennent des participations dans des entités principalement financières localisées hors de France et bénéficiant d'un régime fiscal privilégié. Ce but constitue un objectif de valeur constitutionnelle »* (paragr. 6).

Toutefois, ne pas permettre au contribuable de se soustraire à l'application de la présomption instituée par le premier alinéa du 1 de l'article 123 bis du CGI porterait une atteinte disproportionnée au principe d'égalité devant les charges publiques. Le Conseil constitutionnel a donc jugé que *« les dispositions*

²¹ Décision n° 2016-614 QPC précitée, paragr. 5 à 8.

contestées 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 prouver, afin d'être exempté de l'application de l'article 123 bis, que la participation qu'il détient dans l'entité établie ou constituée hors de France n'a ni pour objet ni pour effet de permettre, dans un but de fraude ou d'évasion fiscales, la localisation de revenus à l'étranger » (paragr. 7).

Au bénéfice de cette réserve d'interprétation et après avoir jugé que le premier alinéa du 1 de l'article 123 *bis* du CGI ne méconnaissait ni le principe d'égalité devant la loi, ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel a déclaré ces dispositions conformes à la Constitution (paragr. 8).