

PLUS-VALUES

1090

Quote-part de frais et charges de 12% sur les plus-values de cession de titres de participation : mal nommer les choses, c'est ajouter au malheur fiscal

Solution. - Par une très intéressante décision Sté L'Air Liquide du 15 novembre 2021, publiée aux tables du Lebon, le Conseil d'État a consacré l'illégalité de la doctrine administrative énonçant que les plus-values à long terme sur cession de titres de participation étant exonérées d'impôt, aucune imputation d'un impôt étranger acquitté au titre de la plus-value ne peut être effectuée, peu important la réintégration d'une quote-part de frais et charges de 12 %.

Impact. - La décision va donc permettre, dans un contexte conventionnel prévoyant une clause de participation substantielle, l'imputation, sur l'imposition due en France par la société cédante au titre de la quote-part de frais et charges, de l'impôt prélevé à l'étranger. Mais au-delà de ces effets directs, il nous semble que les éclaircissements qu'elle apporte sur la véritable nature de la quote-part de frais et charges risquent d'ouvrir de nombreux débats, dépassant le cadre du litige.



EMMANUEL DINH,
maître de conférences à l'université Paris-Dauphine PSL, Cr2D, directeur de l'École de droit de Dauphine (E2D), directeur du master de Fiscalité de l'entreprise (221), avocat à la Cour, Couderc Dinh & Associés

CE, 8^e et 3^e ch., 15 nov. 2021, n° 454105, Sté Air Liquide

1. L'affaire Sté L'Air Liquide jugée par le Conseil d'État le 15 novembre 2021

A. - La révélation de la véritable nature de la quote-part de frais et charges de 12 % sur les plus-values à long terme de cession de titres de participation

Dans cette affaire (CE, 8^e et 3^e ch., 15 nov. 2021, n° 454105, Sté Air Liquide), la société L'Air Liquide demande au Conseil d'État d'annuler pour excès de pouvoir la décision implicite du ministre par laquelle il a refusé de procéder à l'abrogation des paragraphes 180 et 190 des commentaires administratifs publiés le 3 février 2016 au BOFIP

sous la référence BOI-IS-BASE-20-20-10-20, concernant la combinaison du régime d'exonération des plus-values à long terme de cession de titres de participation avec le régime d'imputation des crédits d'impôts étrangers. Pour rappel, dans les conventions fiscales suivant le Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, l'imposition des plus-values sur cession de titres est attribuée exclusivement à l'État de la résidence de la société cédante. Toutefois, certaines conventions fiscales signées par la France diffèrent de ce modèle, et prévoient, en présence d'une participation substantielle dans une autre société (le seuil retenu est souvent fixé à 25 %), une imposition conjointe entre l'État de résidence de la société cédante et celui de la société cédée, la double imposition étant éliminée au moyen de l'imputation, par la société cédante, sur l'impôt dû dans son État à raison de la plus-value, d'un crédit d'impôt correspondant à l'impôt prélevé à l'étranger. Dans ce cas, naturellement, la règle du butoir s'applique : le crédit d'impôt octroyé ne peut excéder, selon la formule conventionnelle classique, « le montant de l'impôt français correspondant à ces revenus ». Ce type de clause permet à la France, lorsqu'elle est l'État de résidence de la société dont les titres sont cédés, de pré-

server la taxation des plus-values des non-résidents permise par les dispositions de l'article 244 bis B du CGI. Lorsque la France est l'État de résidence de la société cédante, la question de l'octroi d'un crédit d'impôt égal à l'impôt français correspondant aux revenus renvoie à la question de l'existence même d'un tel impôt lorsque la cession bénéficie des dispositions de l'article 219, I, a, quinquies du CGI, prévoyant l'exonération de la plus-value réalisée, sous réserve de la réintégration d'une quote-part de frais et charges de 12 %. À cette question, la doctrine administrative, au paragraphe 180 des commentaires précités, apporte la réponse suivante : « Les plus-values à long terme mentionnées au a quinquies du I de l'article 219 du CGI sont imposées au taux de 0 % et donc exonérées. En conséquence, en l'absence d'imposition effective de la plus-value réalisée, aucune imputation de l'impôt étranger éventuellement acquitté au titre de la plus-value réalisée ne peut être effectuée dès lors qu'aucune double imposition ne peut être constatée. A cet égard, la réintégration d'une quote-part de frais et charges est sans incidence puisqu'elle correspond à un mode forfaitaire de neutralisation des charges liées aux titres dont la plus-value est exonérée.

Le montant de l'impôt acquitté à l'étranger est considéré en revanche comme l'un des frais inhérents à la cession. A ce titre, il doit être pris en compte pour le calcul de la plus-value nette taxable à 0 % et être extourné du résultat imposable. La quote-part de frais et charges est calculée sur la même plus-value nette », tandis qu'elle illustre ce principe par un exemple au paragraphe 190. C'est précisément l'abrogation de ces deux paragraphes que demande la société requérante, estimant que la quote-part de frais et charges constitue, en réalité, le maintien d'une imposition à l'IS des plus-values de cession de titres, et que, par conséquent, l'imputation d'un crédit d'impôt, conformément aux dispositions des conventions fiscales comportant une clause de participation substantielle, ne peut être écartée.

Nature de la quote-part de frais et charges.

- La question de droit posée ici renvoie donc à la nature même de la quote-part de frais et charges prévue par les dispositions du a quinquies du I de l'article 219 du CGI : reflète-t-elle, comme le soutient la société, le maintien d'une forme d'imposition à taux réduit des plus-values de cession de titres de participation, ou bien, comme le soutient l'Administration, relève-t-elle d'une logique de forfaitisation de frais liés à un gain exonéré, appelant nécessairement, par un principe de symétrie, une neutralisation de la déduction ? Dans la première hypothèse, l'imposition à l'IS de la quote-part de frais et charges fournit le montant de « l'impôt français correspondant » à la plus-value au sens des stipulations conventionnelles, et ouvre l'accès à l'imputation du crédit d'impôt. Dans la seconde hypothèse, la réintégration de la quote-part de frais et charges signifie simplement que la plus-value exonérée est uniquement une plus-value nette des frais et charges qui lui sont liés, ce qui ne modifie pas le caractère d'exonération : faute de base imposable, le montant de l'impôt français est nul, et partant, faute d'impôt français servant de base d'imputation, le montant du crédit d'impôt imputable est nul également.

La haute assemblée, suivant les conclusions de Karin Ciavaldini, va trancher en faveur de la première hypothèse, au point 3 de sa décision, dans les termes suivants : « Compte tenu du mode de détermination des sommes que la société cédante doit réintégrer dans son bénéfice en application du deuxième alinéa du a quinquies du I de l'article 219 du code général

des impôts précité et du pourcentage de 12 % qu'elles fixent, les dispositions citées au point 2 doivent être regardées non pas comme ayant pour objet de neutraliser de manière forfaitaire la déduction de frais exposés pour l'acquisition ou la conservation d'un revenu afférent à une opération exonérée, mais comme visant à soumettre à cet impôt, à un taux réduit, les plus-values de cession de titres de participation ». Il en ressort, pour le Conseil d'État, que les commentaires administratifs attaqués méconnaissent la portée de la combinaison des dispositions législatives et des stipulations conventionnelles qu'ils ont pour objet d'éclairer (CE, 8^e-3^e ch. réunies, 15 nov. 2021, n° 454105, pt 4).

B. - Les fondements de la décision

On s'interrogera tout à la fois sur les fondements de cette décision, sur lesquels les conclusions de Karin Ciavaldini apportent de précieux éclairages. Il y a lieu, avant tout, de comprendre les raisons qui ont conduit la Haute Juridiction à considérer que la quote-part de frais et charges de 12 % sur les plus-values de cession de titres était, en réalité, mal nommée, et qu'il était nécessaire, comme l'y invitait la rapporteure publique, de dépasser une telle qualification. Le Conseil d'État s'était déjà penché sur la question de la nature intrinsèque d'une quote-part de frais et charges, dans une décision Sté Fournier Industrie et Santé en date du 23 avril 1997 (CE, 9^e et 8^e ss-sect., 23 avr. 1997, n° 145611, Sté SA Fournier Industrie et Santé, concl. G. Goulard : *JurisData* n° 1997-044530 ; *Dr. fisc.* 1997, n° 44, comm. 1141). Il s'agissait en l'espèce de la quote-part de frais et charges de 5 % de l'article 216 du CGI (dans sa rédaction applicable avant le 1^{er} janvier 1993), dont il était demandé si elle pouvait servir de base d'imputation à l'avoir fiscal en vigueur à l'époque des faits. La Haute Assemblée avait validé le raisonnement des juges du fond qui avaient rejeté la demande de la société requérante d'imputer l'avoir fiscal sur l'impôt dû à raison de la quote-part de frais et charges, en jugeant que « pour rejeter cette prétention, la cour administrative d'appel s'est fondée sur ce que la défalcation prévue par l'article 216 avait pour objet "d'annuler", forfaitairement, la déduction de frais comptabilisés parmi l'ensemble des charges d'exploitation de la société mère, mais afférents à l'acquisition de produits

soustraits à l'impôt, et non de laisser soumise à l'impôt sur les sociétés, en tant que telle, une fraction de revenus distribués incluant un crédit d'impôt imputable ; qu'en statuant ainsi, la cour a fait une exacte application des dispositions précitées des articles 209 bis et 216 du code général des impôts ». Karin Ciavaldini, dans ses conclusions, mobilise ce précédent pour mieux distinguer la quote-part de frais et charges du régime mère fille et celle relative aux plus-values à long terme : les dispositions du II de l'article 216 du CGI (dans leur version applicable à l'époque des faits de l'affaire Sté Fournier Industrie et Santé) prévoyaient que la quote-part ne pouvait excéder, pour chaque période d'imposition, le montant total des frais et charges de toute nature exposés par la société. Il existait donc un lien, dans le texte d'origine du régime mère fille, entre la quote-part et les frais et charges exposés, qui n'a jamais existé dans le régime du a quinquies du I de l'article 219, puisque la quote-part de frais et charges prévue par ce texte n'a jamais été plafonnée aux frais réels. La remarque doit selon nous être tempérée par le fait que l'instauration, à la faveur de la loi de finances rectificative pour 2004 (*L. fin. rect.* 2004, n° 2004-1485, 30 déc. 2004, art. 39 : *JO* 31 déc. 2004, p. 22522 ; *Dr. fisc.* 2005, n° 5, comm. 169 et 171, l'exonération s'appliquant pour les plus-values de cession de participations dégagées à partir des exercices clos en 2007), d'une quote-part de frais et charges à raison des plus-values de cession de titres, fixée à l'origine à 5 %, était étroitement liée au régime mère fille. Cette mesure, connue sous l'appellation de « niche Copé », visait, à l'époque, à renforcer la compétitivité de la France, par un alignement sur les régimes applicables chez ses concurrents européens : si auparavant, ce type d'exonération était l'apanage du Luxembourg et des Pays-Bas, tous les grands pays d'Europe - Belgique, Allemagne, Espagne, Danemark, Royaume-Uni, Italie - s'étaient en effet ralliés au principe de l'exemption au cours des années 1990 (*sur ce point*, V. H. Lehérisse, *La réforme du régime d'imposition des plus-values sur titres de participation* : *BGFE* 2/05, p. 4. - V. aussi, Ph. Marini, *rapp.* n° 114, 2004-2005, fait au nom de la commission des finances du Sénat, déposé le 15 décembre 2004). Et dans cette logique de création d'un environnement fiscal favorable à l'implantation de sociétés *holdings*, il y avait une cohérence

dans l'application d'un même traitement fiscal à l'ensemble des produits perçus par ce type de structure, qu'il s'agisse de produits de participation ou de gains en capital réalisés à raison de la cession des participations. Mais force est d'admettre que ce lien originel s'est défait avec le temps, à la mesure des durcissements successifs apportés par le législateur au régime des plus-values à long terme, qu'il s'agisse, dans le cadre de la loi de finances rectificative pour 2011, du doublement du taux de la quote-part, de 5 % à 10 %, ou encore, dans le cadre de la loi de finances pour 2013, de l'augmentation du taux à 12 %, et de la modification de l'assiette de la quote-part, correspondant à la plus-value brute. Cette évolution traduit un effacement de la logique de neutralisation de frais et charges liés à un gain exonéré (il est vrai que le taux de 12 % de la plus-value brute n'apparaît pas corrélé à un niveau normal de frais engagés pour réaliser une plus-value), au profit d'une logique de taxation réduite des plus-values sur cession de titres de participation, motivée, comme le souligne Karin Ciavaldini, qui a repris les débats parlementaires ayant précédé l'adoption des différentes mesures de durcissement, par une logique de rendement. L'augmentation du niveau de taxation se justifie d'autant moins, selon la rapporteure publique, que les frais et charges inhérents à la cession viennent en déduction du prix de cession retenu dans l'assiette de la quote-part de frais et charges : ils ne sont donc pas déduits du résultat imposable au taux normal en tant que frais généraux (*V. CE, 8^e et 3^e ch., 12 oct. 2018, n° 419221, Sté Vinci : JurisData n° 2018-017684*).

À ces éléments sur les modifications du traitement de la quote-part de frais et charges, révélant sa véritable nature ou à tout le moins d'une transsubstantiation de celle-ci au fil du temps, s'ajoutent des considérations plus techniques que Karin Ciavaldini convoque à l'appui de sa démonstration. Tout d'abord, l'Administration admet, pour des raisons de conformité avec le droit de l'Union européenne, qu'en présence d'une cession de titres d'une société française par une société ayant son siège dans un État de l'Union européenne, ou dans un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention comportant une clause d'assistance administrative, lorsque la convention prévoit l'impo-

sition en France de la plus-value, la société cédante peut obtenir la restitution de la part du prélèvement résultant de l'application de l'article 244 bis B du CGI excédant l'impôt sur les sociétés dont elle aurait été redevable si elle avait été résidente de France (*BOI-IS-RICI-30-20, n° 125 à 129*). Or, aux fins de détermination du montant restituable, la doctrine administrative prévoit que « *la société doit déterminer le montant théorique d'impôt sur les sociétés afférent à la plus-value à long terme déterminée selon les règles de cet impôt*. À titre pratique, l'impôt théorique est calculé en appliquant au montant de la quote-part forfaitaire de la plus-value imposable (CGI, art. 219, a quinquies, al. 2) le taux normal de l'impôt sur les sociétés prévu au deuxième alinéa du I de l'article 219 du CGI. La restitution est égale à la différence entre le montant de l'imposition prévue à l'article 244 bis B du CGI et cet impôt théorique » (*BOI-IS-RICI-30-20, n° 129*. - *C'est nous qui soulignons*). Il s'évince donc de ce passage, selon Karin Ciavaldini, que l'Administration considère que la taxation de la quote-part de frais et charges correspond à une imposition effective de la société cédante à raison de la plus-value réalisée. Ensuite, la rapporteure publique considère que le précédent *Sté Orange Participations* du 14 juin 2017 (*CE, 8^e et 3^e ch., 14 juin 2017, n° 400855, Sté Orange Participations : JurisData n° 2017-017425 ; Dr. fisc. 2017, n° 39, comm. 480, concl. B. Bohnert*. - *C. Acard, Fiscalité financière : Dr. fisc. 2017, n° 39, étude 478, spéc. n° 15*), par lequel le Conseil d'État a jugé que la réintégration de la quote-part de frais et charges de 12 % était subordonnée à la réalisation d'une plus-value nette au titre de l'exercice de cession, invalidant la doctrine administrative énonçant que « *l'assiette de la quote-part de frais et charges étant assise sur le seul montant brut des plus-values de cession de titres éligibles au taux de 0 %, cette quote-part est prise en compte dans le résultat imposable au taux normal de l'impôt sur les sociétés, quel que soit le résultat net des plus ou moins-values de cession de titres éligibles* » (*BOI-IS-BASE-20-20-10-20, 3 févr. 2016, n° 125*), ouvrait d'ores et déjà, à mots couverts, la voie à une reconnaissance de la quote-part de frais et charges en tant qu'instrument d'imposition minimale de la société cédante en cas de plus-value nette. Si la quote-part n'avait vocation qu'à neutraliser la déduction de charges liées à un revenu

exonéré, la compensation avec les éventuelles moins-values n'avait pas lieu d'être, et il n'y aurait lieu de tenir compte que des seules plus-values.

Il ressort donc de tout ce qui précède que la conception de la quote-part de frais et charges finalement retenue dans la décision ici chroniquée se ressource principalement à la logique de rendement budgétaire qui a animé le législateur dans l'adoption des réformes successives depuis 2011. On signalera que, dans ses conclusions sous la décision *Sté Vinci* rendue par le Conseil d'État en date du 12 octobre 2018, Benoît Bohnert avait déjà émis, de façon incidente, certaines réserves quant à la subsistance d'un principe d'exonération des plus-values face aux évolutions du régime, dans ces termes : « *A la suite des modifications introduites par le législateur en 2013, il est d'ailleurs permis de s'interroger sur la réalité de l'exonération [...] : en effet, en portant le taux de la quote-part des frais et charges à 12 % du montant brut de la plus-value, le législateur a réintroduit ni plus ni moins une forme de taxation de celle-ci, à un taux de 4 % avec un taux d'impôt sur les sociétés de 33,1/3 %, appelé à diminuer avec la baisse* » (*B. Bohnert, concl. ss CE, 8^e et 3^e ch., 12 oct. 2018, n° 419221, Sté Vinci, préc.*). On ajoutera qu'à l'occasion de l'examen du projet de loi de finances pour 2012, les sénateurs avaient voté un amendement visant à substituer à la plus-value de cession le prix de cession des titres lui-même en tant qu'assiette de calcul de la quote-part. Le projet n'a pas abouti, mais il renseigne sur la conception que se fait le législateur de l'instrument de la quote-part de frais et charges, devenu une variable d'ajustement de la taxation des grandes entreprises françaises, plutôt qu'une mesure technique visant, selon un principe immuable en droit fiscal, à neutraliser la déduction de charges encourues en vue d'obtenir un produit exonéré.

2. Les effets de la décision *Sté L'Air Liquide* du 15 novembre 2021

A. - Les effets directs

La revendication de l'imputation de l'impôt étranger sur l'imposition en France à raison de la quote-part. - De façon directe, et par principe, les sociétés réalisant des plus-

values de cession de titres de participation dans un contexte conventionnel comprenant une clause de participation substantielle pourront à l'avenir imputer l'impôt prélevé à l'étranger sur l'impôt sur les sociétés dû en France à raison de la quote-part de frais et charges. Sont concernées les situations impliquant des filiales cédées en Espagne, Italie, Autriche, Japon, Suède, Corée, Brésil notamment. De même, les sociétés n'ayant pas procédé à une telle imputation au titre de la réalisation de plus-values passées peuvent déposer des réclamations en ce sens, sous réserve des délais applicables.

Détermination de l'assiette de la quote-part de frais et charges. - Au-delà de ce principe, une question naît quant à la détermination de l'assiette de la quote-part de frais et charges dans ce nouvel état du droit, eu égard aux modalités de prise en compte de l'impôt étranger. En effet, les paragraphes 180 et 190 des commentaires administratifs du BOFIP portant la référence BOI-IS-BASE-20-20-10-20 devant être regardés comme abrogés, il s'ensuit que disparaît aussi de l'ordre juridique la précision administrative (figurant au second alinéa du paragraphe 180) selon laquelle le montant de l'impôt acquitté à l'étranger est considéré comme l'un des « *frais inhérents à la cession* », devant être pris en compte, à ce titre, pour le calcul de la plus-value nette taxable à 0 % et être extourné du résultat imposable, la quote-part de frais et charges étant calculée sur la même plus-value nette. Dans ces conditions, la question est posée de l'effet concret de la disparition de cette doctrine opposable. Certes, dans le précédent Sté Vinci du 12 octobre 2018, la haute assemblée avait dit pour droit que « *les frais inhérents à la cession des titres mentionnés à l'article 219 [...] viennent en déduction du prix de cession pris en compte pour le calcul de la plus-value réalisée sur les titres vendus et ne constituent pas des frais généraux déductibles du résultat imposable au taux normal* », confirmant, sous l'empire du régime d'imposition des plus-values à long terme prévoyant une taxation à taux zéro, assortie d'une quote-part de frais et charges, la pertinence du principe de distinction entre frais préparatoires et frais inhérents à une cession de titres, posé par sa décision SA Sofige du 21 juin 1995 (CE, 21 juin 1995, n° 132531, SA Sofige : *JurisData* n° 2018-017684 ; *RJF* 8-9/95, n° 963, concl.

Ph. Martin, p. 559 ; *JCl. Fiscal Impôts directs Traité, Synthèse* 229). Il pourrait être défendu que le principe ainsi posé demeure applicable, nonobstant l'abrogation des commentaires administratifs induite par la décision L'Air Liquide, dès lors qu'une fois le pouvoir taxateur réparti par le traité, chaque État, dont la France, demeure souverain quant aux modalités de détermination des revenus dont l'imposition lui a été conventionnellement attribuée : à cet égard, le principe solidement ancré dans notre droit, depuis le précédent SA Sofige, de taxation d'une plus-value nette des frais inhérents à la cession, devrait demeurer, entraînant (i) l'extournement de l'impôt étranger du résultat imposable au taux normal, (ii) sa prise en compte en tant que charge venant en déduction du prix de cession aux fins de détermination de la plus-value exonérée et, corrélativement et nécessairement, (iii) sa participation à la détermination de l'assiette de la quote-part de frais et charges, qui ne peut qu'être la même plus-value nette (*V.*, sur ce débat, *S. Austrey et A. Merchadier, Notion de quote-part de frais et charges (QPFC) : quelques conséquences envisageables de la décision L'Air Liquide : Option fin. 2022*, n° 1639, p. 36, spéc. p. 37). Toutefois, une telle approche nous paraît faire litigie de la portée des clauses conventionnelles relatives à l'élimination de la double imposition sur les règles d'assiette elles-mêmes (*sur ce point*, *V. not. CE, 3^e et 8^e ss-sect.*, 12 juin 2013, n° 351702, Sté BNP Paribas, concl. *E. Cortot-Boucher* : *JurisData* n° 2013-012791 ; *Dr. fisc. 2013*, n° 46, comm. 511, note *E. Dinh*). Surtout, l'absence de protection offerte par la doctrine administrative désormais invalidée nous paraît laisser toute sa place, dans ce type de situation, aux dispositions issues de la deuxième loi de finances rectificative pour 2017 (*L. n° 2017-1775*, 28 déc. 2017, art. 14 : *Dr. fisc. 2018*, n° 1, comm. 49), et codifiées au 4° du 1 de l'article 39 du CGI, selon lesquelles ne sont plus déductibles les « *impôts prélevés par un État ou territoire conformément aux stipulations d'une convention fiscale d'élimination des doubles impositions en matière d'impôt sur les revenus conclue par cet État ou territoire avec la France* ». Destinées, à l'origine, à empêcher, suite à la séquence jurisprudentielle Sté Céline/Sté LVMH Moët Hennessy Louis Vuitton (*V. CE, 9^e et 10^e ss-sect.*, 12 mars 2014, n° 362528, Sté Céline : *JurisData* n° 2014-004866 ; *Lebon*, p. 155 ;

Dr. fisc. 2014, n° 22, comm. 356, concl. *F. Aladjdi*, note *Ph. Durand* ; *RJF* 6/2014, n° 602. - *V. E. Meier et M. Valetteau, Retenue à la source étrangère : la situation du contribuable aggravée par une convention fiscale* : *Dr. fisc. 2014*, n° 19, act. 275. - *E. Dinh, Fiscalité internationale : chronique de l'année 2014* : *Dr. fisc. 2015*, n° 9, étude 172, spéc. n° 5. - *Et CE, 7 juin 2017*, n° 386579, min. c/ Sté LVMH : *Lebon*, p. 538 ; *RJF* 2017, n° 941, concl. *E. Bokdam-Tognetti*. - *V. aussi, E. Dinh, Fiscalité internationale : chronique de l'année 2017* : *Dr. fisc. 2018*, n° 9, comm. 198, spéc. n° 2 s.), les sociétés françaises déficitaires de déduire de leur résultat l'impôt étranger prélevé à la source à défaut de pouvoir l'imputer, ces dispositions pourraient, dans le nouveau paradigme issu de la décision L'Air Liquide, trouver une nouvelle application. Il devrait donc s'ensuire, selon nous, que : (i) l'impôt étranger sera toujours extourné du résultat imposable au taux normal en tant qu'il participe des frais inhérents à la cession, (ii) que la plus-value à long terme, dans ce type de configuration, sera désormais calculée sans déduction de l'impôt étranger, et (iii) qu'en toute logique, la quote-part de frais et charges de 12 % sera assise sur le même montant de plus-value brute (de l'impôt étranger). Le produit obtenu par application du taux de droit commun de l'impôt à la quote-part de frais et charges constituera la base d'imposition de l'impôt prélevé à l'étranger à raison de la plus-value.

B. - Les effets à venir

Quel impact sur le régime fiscal des moins-values à long terme et des provisions pour dépréciation de titres de participation ? - La décision nous paraît aussi soulever de nombreuses questions, au-delà des situations mettant en jeu une clause conventionnelle de participation substantielle. Comme on sait, une moins-value nette à long terme au titre d'un exercice n'est pas déductible, puisque la plus-value nette à long terme est exonérée. De même, les provisions pour dépréciation de titres de participation ne sont pas déductibles, en tant qu'elles anticipent une moins-value à long terme qui n'est elle-même pas déductible. Mais cet équilibre est bouleversé dès lors que, comme nous l'enseigne la décision L'Air Liquide du 15 novembre 2021, l'application de la quote-part de frais et charges vise une imposition à un taux réduit des plus-values à long terme.

La question semble donc posée, dans son principe, de l'imputation de moins-values nettes à long terme antérieures sur la quote-part de frais et charges afférente à une plus-value à long terme d'un exercice, et de la déduction, dans la limite de cette dernière, des provisions pour dépréciation de titres de participation, toutes questions appelant l'intervention du législateur.

Un risque accru sur le terrain de l'article 209 B du CGI ? - Cette nouvelle conception du régime fiscal applicable aux plus-values à long terme pourrait avoir des effets néfastes en matière d'application des règles françaises sur les sociétés étrangères contrôlées. Le dispositif de l'article 209 B du CGI s'applique si l'administration fiscale démontre, au titre d'un exercice donné, que l'entité étrangère est effectivement soumise à une charge fiscale sur ses bénéfices ou ses revenus inférieure de plus de la moitié à la charge fiscale qu'elle supporterait dans les conditions de droit commun, au titre des mêmes bénéfices ou revenus, si elle était établie en France, conformément aux dispositions de l'article 238 A. La réforme du régime fiscal des plus-values à long terme sur les cessions de titres de participation, applicable à compter du 1^{er} janvier 2007, avait eu pour effet de faire sortir de l'orbite de l'article 209 B les régimes étrangers prévoyant une exonération des plus-values sur cession de titres. L'Administration a ainsi précisé expressément qu'« un régime étranger prévoyant une exonération équivalente de ce type de plus-values sera réputé ne pas constituer à lui seul un régime fiscal privilégié pour les bénéfices ou revenus positifs acquis à compter du 1^{er} janvier 2007 » (V. BOI-IS-BASE-60-10-20-20, § 120. - C'est nous qui soulignons). Cela justifie le fait que les passages consacrés aux holdings étrangères dans l'instruction du 17 avril 1998 sur l'article 209 B (Dr. fisc. 1998, n° 20-21, instr. 11998) aient disparu de la doctrine administrative avec l'instruction du 16 janvier 2007 commentant le nouveau régime (BOI 4 H-1-07, 16 janv. 2007). Mais maintenant qu'il semble acquis que l'imposition de la quote-part de frais et charges de 12 % relève d'une logique d'assujettissement à l'impôt sur les sociétés à un taux réduit des plus-values à long terme, la question est ouverte de savoir si les régimes étrangers prévoyant une exonération des plus-values ne devraient

pas réintégrer le champ du dispositif de l'article 209 B.

Nature de la quote-part de frais et charges de 5 % sur les dividendes perçus dans le cadre du régime des sociétés mères et filiales. - Au-delà, il n'est pas interdit de considérer que la décision ici chroniquée peut inviter à s'interroger sur la question de la nature de la quote-part de frais et charges de 5 % sur les dividendes perçus dans le cadre du régime des sociétés mères et filiales. Rappelons que la solution dégagée dans le précédent Sté Fournier Industrie et Santé du 23 avril 1997 se ressourçait notamment au lien fixé par les textes entre la quote-part de frais et charges, et le montant des frais de gestion réellement engagés, que la quote-part de frais et charges ne pouvait excéder. Il n'est pas inutile de citer ici un extrait des conclusions de Guillaume Goulard sur cette affaire : « La société se pourvoit en cassation, mais vous devez à notre sens confirmer l'analyse de la cour administrative d'appel. Car la quote-part de frais et charges que définissait l'article 216 du CGI n'était pas une fraction des revenus distribués qui, selon un raisonnement de type "ticket modérateur", aurait échappé au régime légal des sociétés mères. C'était seulement une application du principe selon lequel les charges qui concourent à la formation d'un produit non soumis à l'impôt sur les sociétés doivent être exclues des charges déductibles du bénéfice imposable. La seule particularité du régime prévu par l'article 216 était que les charges afférentes à la gestion des valeurs de participation étaient évaluées forfaitairement à 5 % des produits perçus par la société mère. Une claire confirmation de l'analyse que nous faisons ainsi de la quote-part de frais et charges figure au deuxième alinéa du II de l'article 216 alors en vigueur, puisque cet alinéa prévoyait que "Cette quote-part ne peut toutefois excéder, pour chaque période d'imposition, le montant total des frais et charges de toute nature exposés par la société participante au cours de ladite période" » (G. Goulard, concl. ss CE, 9^e et 8^e s.-s., 23 avr. 1997, n° 145611, Sté SA Fournier Industrie et Santé). Mais, dès lors que le lien organique entre la quote-part de frais et charges de 5 % sur les dividendes et les frais de gestion réels a été rompu par les dispositions de la loi de finances pour 2011 (L. n° 2010-1657, 29 déc. 2010, de finances pour 2011, art. 10 : JO 30 déc. 2010, p. 23033 ; Dr. fisc. 2011, n° 1, comm. 36), la question se pose, à la lumière notamment du raisonnement tenu par Ka-

rin Ciavaldini dans ses conclusions sur cette affaire L'Air Liquide, de savoir si, finalement, et rétrospectivement, la réforme de l'époque ne caractérise pas une victoire de la logique de « ticket modérateur » sur celle de neutralisation des frais de gestion. On sait que, dans ses décisions Vicat et Vétoquinol du 5 mars 2018, le Conseil d'État, saisi d'une QPC dirigée contre le texte de l'article 216 du CGI dans sa rédaction issue de la loi de finances pour 2011, et fondée sur sa contrariété avec l'article 13 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (pour les requérantes, l'imposition « forfaitaire », conduisant à taxer des revenus fictifs, était établie en méconnaissance des capacités contributives des contribuables), avait rappelé qu'« en prévoyant, à l'article 216 du code général des impôts, la soumission à l'impôt sur les sociétés d'une quote-part des produits de participation perçus par une société mère, qui constituent des revenus dont elle a disposé, le législateur s'est borné à préciser la portée de l'exonération qu'il instituait sans soumettre à l'impôt, quel que soit le montant de cette quote-part et contrairement à ce qui est soutenu, des revenus fictifs » (pt 5) (CE, 8^e et 3^e ch., 5 mars 2018, n° 416514, Sté Vicat : JurisData n° 2018-004932 ; Dr. fisc. 2018, n° 20, comm. 276. - CE, 8^e et 3^e ch. réunies, 5 mars 2018, n° 416567, Sté Vétoquinol). On le voit, la décision du juge repose sur le postulat de l'exonération des dividendes perçus, dont le législateur de 2010 n'aurait fait que préciser la portée. Il en ressort, selon nous, que ces deux décisions de 2018 ne constituent pas un obstacle dirimant à la transposition à la quote-part de frais et charges sur les dividendes du raisonnement appliqué à la quote-part de frais et charges sur les plus-values. Le fait que le taux de la quote-part sur les dividendes n'ait pas subi d'augmentation au fil des ans, contrairement à celui sur les plus-values, affaiblit quelque peu les possibilités de transposition du raisonnement, dans la mesure où la motivation de rendement budgétaire est moins évidente. Toutefois, cette stabilité dans le temps du taux applicable ne modifie pas pour autant fondamentalement l'analyse, dès lors que, d'un point de vue économique, il est assez évident qu'un forfait de 5 % du montant des dividendes perçus excède en général le niveau des frais de gestion réellement supportés, et qu'un tel choix n'a pu, à l'époque, être dicté que par des considérations, là aussi, de rendement budgétaire. Dans le même sens, la réduction,

en réponse à la décision Groupe Steria SCA de la Cour de justice en date du 2 septembre 2015 (CJUE, 2 sept. 2015, aff. C-386/14, *Groupe Steria SCA* : *JurisData* n° 2015-020691 ; *Dr. soc.* 2015, *comm.* 207, *obs.* J.-L. Pierre ; *Dr. fisc.* 2015, n° 40, *comm.* 611 ; *JCl. Europe Traité, Synthèse* 190), à 1 % du taux de la quote-part applicable en matière de distribution de dividendes à l'intérieur d'un groupe fiscal intégré (de même que, dans certaines conditions, en présence de distributions internationales faites par une société « *intégrable* »), tout autant d'ailleurs que l'instauration, telle que décidée par la loi de finances pour 2019, d'un taux de 1 % pour les distributions intra-groupe n'ouvrant pas droit au régime des sociétés mères et filiales, qui étaient auparavant totalement neutralisées, toutes réformes motivées par la volonté de parfaire l'euro-compatibilité du dispositif de l'intégration fiscale, paraissent attester que l'instrument est inféodé à des logiques purement budgétaires : la compatibilité avec les libertés européennes

pouvait être obtenue par une extension de la neutralisation totale des frottements fiscaux aux distributions européennes, et le choix du maintien d'une quote-part de frais et charges à un taux réduit n'a été motivé que par le souci de préserver des recettes fiscales face à l'ouverture aux distributions faites par des sociétés étrangères. En tout état de cause, la démarche même de modulation du taux applicable reflète bien l'idée que la quote-part de frais et charges de 5 % répond, au fond, à une autre logique qu'une simple neutralisation forfaitaire des frais de gestion, dans l'esprit du législateur. Mais alors se poserait une autre question, celle de la conformité du dispositif français avec la directive mère fille elle-même, qui prévoit, au 1 de son article 4, que l'État membre de la société mère soit s'abstient d'imposer les dividendes, soit les impose, mais en autorisant la société mère à déduire du montant de son impôt la fraction d'impôt sur les sociétés afférente aux dividendes et acquittée par la filiale distributrice, et au 3 de

son article 4, que l'État membre garde la faculté de prévoir que des charges se rapportant à la participation ne sont pas déductibles du bénéfice imposable de la société mère, et que, si les frais de gestion se rapportant à la participation sont fixés forfaitairement, le montant forfaitaire ne peut excéder 5 % des bénéfices distribués par la société filiale.

Les conséquences d'une extension aux dividendes de la solution dégagée par la décision *L'Air Liquide* seraient massives, ouvrant droit à une réduction de l'impôt dû au titre de la quote-part de frais et charges par voie d'une imputation de la retenue à la source prélevée par les États d'implantation des filiales sur les dividendes versés (*pour une application récente, V. CAA Lyon, 2^e ch., 27 janv. 2022, n° 20LY00698*). À n'en pas douter, cette décision du 15 novembre 2021 va alimenter les débats. Et le législateur pourrait être avisé de rétablir la possibilité, pour les sociétés mères, de se prévaloir des frais de gestion réellement exposés.