

Décision n° 2016-553 QPC du 8 juillet 2016

Société Natixis SA

(Application du régime fiscal des sociétés mères aux produits de titres auxquels ne sont pas attachés des droits de vote II)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 18 mai 2016 par le Conseil d'État (décision n° 397316 du même jour) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée pour la société Natixis SA, portant sur la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution du *b ter* du 6 de l'article 145 du code général des impôts (CGI) dans sa rédaction issue de l'article 39 de la loi n° 2005-1270 du 30 décembre 2005 de finances rectificative pour 2005.

Dans sa décision n° 2016-553 QPC du 8 juillet 2016, le Conseil constitutionnel a déclaré ces dispositions contraires à la Constitution.

I. – Les dispositions contestées

A. – Historique et objet des dispositions contestées

1. – Le régime fiscal des sociétés mères

Le régime fiscal des sociétés mères est un régime optionnel destiné à neutraliser une double imposition économique en évitant que les bénéficiaires taxés à l'impôt sur les sociétés (IS) au niveau d'une filiale soient de nouveau soumis au même impôt au niveau de la société mère, qui perçoit les dividendes versés par la filiale.

L'origine de ce régime est à trouver dans l'article 27 de la loi du 31 juillet 1920 portant fixation du budget général de l'exercice 1920. Le professeur Guy Gest rappelle que ce régime de faveur « *avait pour objet d'alléger, non la charge de la mère, mais celle que les associés de la mère auraient dû normalement supporter lors de la redistribution par celle-ci des produits de la filiale, en exonérant cette redistribution de l'IRVM [l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières]* »¹. Dès l'origine, on trouve les principales caractéristiques de ce régime : pour être éligibles, les titres dégageant des produits doivent avoir été détenus pendant une durée minimale et la société mère doit détenir une fraction significative du capital de la filiale.

¹ G. Gest, « *Histoire et esprit du régime des sociétés mères* », Droit fiscal, 2014, n° 41, comm. 565.

Ce régime fiscal, régi par les dispositions combinées des articles 145 et 216 du CGI, permet aux sociétés mères, sur option, d'être exonérées d'IS sur les produits de participation reçus de leurs filiales.

L'article 216 prévoit que les produits nets des participations perçus au cours d'un exercice par une société mère peuvent être retranchés du bénéfice net total de celle-ci, déduction faite d'une quote-part de frais et charges².

L'article 145 détermine les conditions requises pour bénéficier du dispositif prévu à l'article 216. Pour être éligibles, les titres de participations doivent répondre à un certain nombre de caractéristiques définies au 1 de l'article 145 du CGI :

- ils doivent revêtir une forme nominative (a du 1) ;
- ils doivent représenter au moins 5 % du capital de la société émettrice (b du 1) ;
- ils doivent avoir été conservés pendant un délai minimal de deux ans (c du 1).

Le fait que les filiales soient des sociétés étrangères ne fait en revanche pas obstacle à l'application du régime des sociétés mères.

Le 6 de l'article 145 du CGI prévoit les cas dans lesquels des produits de titres de participation versés par des filiales à leur société mère sont exclus du bénéfice du régime des sociétés mères, soit en l'état actuel du droit :

- les distributions de bénéfices qui sont déductibles du résultat imposable de la société distributrice (b du 6) ;
- les produits de titres auxquels ne sont pas attachés des droits de vote, sauf si la société détient des titres représentant au moins 5 % du capital et des droits de vote (c du 6, qui était auparavant codifié au b *ter* renvoyé au Conseil constitutionnel dans la QPC objet de la décision commentée) ;
- les produits de titres d'une société établie dans un État non coopératif (d du 6) ;
- les produits des parts de sociétés immobilières inscrites en stock à l'actif de sociétés exerçant une activité de marchand de biens (e du 6).

² La valeur de cette quote-part a évolué. Elle s'élève actuellement à 5 % du produit total des participations exonérées.

2. – Les distributions transfrontalières et les exigences communautaires

La directive n° 90/435/CEE du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents s'applique aux distributions de bénéfices entre une société mère et sa filiale lorsqu'elles sont situées dans des États membres de l'Union européenne (UE) différents. Depuis lors, les dispositions de cette directive ont été reprises par la directive n° 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011, laquelle a été modifiée en dernier lieu par la directive n° 2015/121/UE du Conseil du 27 janvier 2015.

Il s'agit de l'une des premières directives relative à la fiscalité des entreprises. Elle repose sur deux idées simples que l'on retrouve dans le régime de droit interne : d'une part, éviter la double imposition économique des remontées de dividendes des « *filles* » vers les « *mères* » lorsqu'elles sont situées dans des États membres différents ; d'autre part, prévoir un taux de retenue à la source nul pour neutraliser le frottement fiscal dans ce type d'opérations.

La directive « *mère-fille* » ne régit que les situations transfrontalières intracommunautaires, de sorte que le législateur national retrouve en principe sa pleine souveraineté lorsque sont en cause les autres situations : les distributions de dividendes par des filiales établies dans le même État que la société mère et les distributions de dividendes par des filiales établies dans des États tiers.

Historiquement, c'est la loi n° 91-1323 du 30 décembre 1991 de finances rectificative pour 1991 qui a transposé cette directive. Toutefois, le législateur a, alors, seulement adopté des dispositions particulières à la retenue à la source, en insérant un nouvel article 119 *ter* dans le CGI. En effet, ainsi que le relève Olivier Fouquet, « *il résulte très explicitement des travaux parlementaires relatifs à la loi de finances rectificative pour 1991 et de ceux relatifs au projet de loi de finances pour 1993 que les pouvoirs publics, Gouvernement et Parlement, ont estimé que les dispositions alors en vigueur des articles 145 et 216 du CGI transposaient à l'avance la directive n° 90/435/CEE du 23 juillet 1990 dite mère-fille. C'est d'ailleurs l'explication donnée par le Gouvernement à la Commission européenne pour justifier de la transposition en droit interne de la directive* »³.

³ O. Fouquet, « Régime des sociétés mères : l'interprétation ne doit pas surpondérer la jurisprudence *Ambulances de France* », Droit fiscal, 2015, n° 11, comm. 203.

3. – Les dispositions contestées

Les dispositions contestées dans la QPC objet de la décision commentée, qui figuraient au *b ter* du 6 de l'article 145 du CGI, ont été recodifiées au c du 6 du même article par la loi n° 2014-1655 du 29 décembre 2014 de finances rectificative pour 2014. Elles prévoient l'une des hypothèses dans lesquelles l'application du régime fiscal des sociétés mères est exclue : celle dans laquelle les produits correspondent à des titres auxquels ne sont pas attachés de droits de vote.

Antérieurement à cette recodification, la disposition a connu plusieurs rédactions successives : était d'abord prévue une exclusion de l'application du régime fiscal des sociétés mères « *aux produits des actions à dividende prioritaire sans droit de vote prévues par l'article 177-1 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966* ».

Puis, l'exclusion a été appliquée, en vertu de l'article 104 de la loi n° 92-1376 du 30 décembre 1992 de finances pour 1993, « *aux produits des titres auxquels ne sont pas attachés des droits de vote* ». Ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires de cette loi, il s'agissait de tenir compte de l'apparition de nouveaux produits financiers.

Enfin, l'article 39 de la loi n° 2005-1720 du 30 décembre 2005 a réduit le champ de l'exclusion prévue par les dispositions contestées, en disposant qu'elle n'est pas applicable « *si la société détient des titres représentant au moins 5 % du capital et des droits de vote de la société émettrice* ». Ce tempérament a été rendu applicable à compter de la détermination des résultats des exercices clos à compter du 31 décembre 2005. C'est cette version du *b ter* du 6 de l'article 145 du CGI qui était contestée dans la QPC objet de la décision commentée.

En vertu de cette dernière disposition, une société mère qui détient plus de 5 % du capital et des droits de vote de la société émettrice peut déduire de l'assiette de l'IS l'ensemble des produits des titres de cette société, y compris si certains d'entre eux n'ouvrent pas de droit de vote.

Il résulte d'une jurisprudence constante du Conseil d'État que, si la société mère détient 5 % du capital de la société émettrice sans détenir dans le même temps 5 % des droits de vote, le bénéfice du régime fiscal des sociétés mères est réservé aux seuls titres auxquels sont attachés des droits de vote⁴. Une telle interprétation est conforme à la directive, qui exige que les critères de détention du capital ou des droits de vote soient des critères alternatifs.

⁴ CE, 5 novembre 2014, n° 370650, *Min. c/ Sté Sofina*.

Par ailleurs, le Conseil d'État a également procédé à une interprétation neutralisante des dispositions du *b ter* du 6 de l'article 145 du CGI dans le cas de distributions transfrontalières intracommunautaires, afin d'assurer la compatibilité de ces dispositions avec l'article 4 § 1 de la directive n° 90/435/CEE. Il a toutefois limité cette interprétation neutralisante aux seules situations intracommunautaires. En effet, le principe d'interprétation littérale du texte clair faisait obstacle à l'extension de l'interprétation neutralisante aux situations purement internes. Ainsi, le Conseil d'État a jugé qu'« *en excluant la possibilité de déduire du bénéfice net total de la société mère les produits des titres de participation auxquels aucun droit de vote n'est attaché, alors que ni l'article 4 ni l'article 1^{er} de la directive ne prévoient une telle restriction, les dispositions du b ter du 6 de l'article 145 du CGI méconnaissent les objectifs de la directive dont elles assurent la transposition ; qu'elles ne peuvent, dès lors, être légalement appliquées qu'aux situations concernant uniquement des sociétés françaises, qui sont hors du champ de cette directive, et que le juge, saisi de moyens en ce sens, doit en écarter l'application lorsque sont en cause des sociétés d'États membres différents* »⁵.

B. – Origine de la QPC et question posée

La société Natixis SA a contesté des impositions établies au titre des exercices clos en 2012 et 2013, en se fondant sur le fait que les dividendes qu'elle avait perçus au titre de ces exercices en vertu de sa participation au capital des Caisses d'Épargne et de Prévoyance et des Banques populaires auraient dû bénéficier du régime fiscal des sociétés mères.

Dans le même temps, elle a formé un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État aux fins d'obtenir l'annulation du paragraphe n° 60 de l'instruction fiscale BOI-IS-BASE-10-10-20 en date du 12 septembre 2012 en tant qu'il prévoit d'exclure du bénéfice du régime mère fille les produits des titres auxquels ne sont pas attachés de droits de vote.

À l'appui de cette requête, elle a posé la QPC objet de la décision commentée, dans laquelle elle soutenait :

– d'une part, que l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2015-520 QPC devrait conduire le juge, saisi d'un litige faisant application de dispositions identiques à celles déclarées contraires à la Constitution, à déclarer ces dispositions contraires à la Constitution ;

⁵ CE, 12 novembre 2015, n° 367256.

– d’autre part que, pour les mêmes motifs que ceux qui ont conduit le Conseil constitutionnel à déclarer le *b ter* du 6 de l’article 145 du CGI dans sa rédaction issue de la loi de finances pour 1993 contraire aux principes d’égalité devant la loi et devant les charges publiques, il convient également de déclarer les dispositions de ce même article dans sa rédaction issue de la loi de finances rectificative pour 2005 contraires à la Constitution.

Le Conseil d’État a refusé de considérer que, par sa décision n° 2015-520 QPC du 3 février 2016, le Conseil constitutionnel aurait déjà jugé les dispositions contestées dans la présente QPC. Comme l’expliquait Émilie Bokdam-Tognetti dans ses conclusions sous la décision de renvoi de la QPC, les modifications introduites dans la rédaction du *b ter* du 6 de l’article 145 du CGI par la loi de finances rectificative pour 2005 « *n’étant pas de pure rédaction ou de pure forme, mais affectant l’équilibre et la portée de l’article* »⁶, le Conseil d’État ne pouvait considérer que la question était déjà tranchée. Il a considéré que les griefs tirés de l’atteinte aux principes d’égalité devant la loi et devant les charges publiques présentaient un caractère sérieux et que la QPC devait être renvoyée au Conseil constitutionnel.

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

A. – La décision n° 2015-520 QPC du Conseil constitutionnel

Dans sa décision n° 2015-520 QPC du 3 février 2016⁷, le Conseil constitutionnel a examiné les dispositions du *b ter* du 6 de l’article 145 du CGI dans leur rédaction issue de la loi de finances pour 1993.

Le Conseil constitutionnel a considéré qu’il ressort des dispositions alors contestées telles qu’interprétées une différence de traitement ne reposant pas sur une différence de situation. En effet, dans tous les cas, les dividendes sont perçus par une société qui est éligible au régime fiscal des sociétés mères, et ces dividendes correspondent à des titres de participation dans des sociétés qui revêtent une forme nominative, ont été conservés pendant au moins deux ans et s’élèvent à plus de 5 % du capital de ces sociétés. Le Conseil constitutionnel a ainsi relevé « *qu’il résulte des dispositions contestées, telles qu’interprétées par une jurisprudence constante, une différence de traitement des sociétés bénéficiant du régime fiscal des sociétés mères selon que les produits des titres de participation auxquels ne sont pas attachés de droits de vote sont versés par une filiale établie en France ou dans un État autre qu’un État membre de*

⁶ CE, 18 mai 2016, n° 397316, *Sté Natixis*, concl. É. Bokdam-Tognetti : Droit fiscal, 2016, n° 23, comm. 367.

⁷ Décision n° 2015-520 QPC du 3 février 2016, *Société Metro Holding France SA venant aux droits de la société CRFP Cash (Application du régime fiscal des sociétés mères aux produits de titres auxquels ne sont pas attachés des droits de vote)*.

l'Union européenne ou, à l'inverse, par une filiale établie dans un État membre de l'Union européenne ; que ces sociétés se trouvent, au regard de l'objet de ce régime fiscal, dans la même situation »⁸.

Le Premier ministre avançait que le législateur a souhaité, par l'édition de la condition de détention de titres correspondant à des droits de vote, « *favoriser l'implication de sociétés mères dans le développement économique de sociétés filles* ». Le Conseil constitutionnel a admis cet argument et considéré « *qu'en édictant une condition relative aux droits de vote attachés aux titres des filiales pour pouvoir bénéficier du régime fiscal des sociétés mères, le législateur a entendu favoriser l'implication des sociétés mères dans le développement économique de leurs filiales* »⁹.

Toutefois, dès lors que la condition posée par les dispositions contestées telles qu'interprétées ne s'appliquait qu'aux dividendes distribués à des sociétés mères soit par des filiales françaises soit par des filiales extra-communautaires, à l'exclusion des filiales intra-communautaires, les critères retenus par le législateur n'étaient pas en rapport avec un tel objectif. L'implication dans le développement économique des filiales n'était pas révélée par l'existence de droits de vote attachés aux titres uniquement pour les premières de ces sociétés.

Le Conseil constitutionnel a donc jugé « *que la différence de traitement entre les produits de titres de filiales, qui repose sur la localisation géographique de ces filiales, est sans rapport avec un tel objectif ; qu'il en résulte une méconnaissance des principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques ; que le b ter du 6 de l'article 145 du code général des impôts doit être déclaré contraire à la Constitution* »¹⁰.

Enfin, le Conseil a fait le choix d'une déclaration d'inconstitutionnalité à effet immédiat et pouvant être invoquée dans toutes les instances introduites à cette date et non jugées définitivement.

B. - L'application à l'espèce

Devant le Conseil constitutionnel, la société requérante formulait un unique grief tiré de ce que l'interprétation asymétrique des dispositions contestées, d'une part, aux dividendes intracommunautaires et, d'autre part, aux dividendes internes ou extracommunautaires, institue une discrimination à rebours contraire aux principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques.

⁸ *Ibidem*, cons. 8.

⁹ *Ibidem*, cons. 10.

¹⁰ *Ibidem*, cons. 10.

Les dispositions dont le Conseil constitutionnel était saisi ne différaient de celles contrôlées dans la décision n° 2015-520 QPC que sur un seul point : elles permettaient que bénéficient du régime des sociétés mères les produits de titres non assortis de droits de vote dès lors que ces titres font partie d'un ensemble dans lequel les titres assortis de droits de vote représentent au moins 5 % du capital de la société.

Par suite, à la différence des dispositions précédemment examinées, les dispositions contestées dans la présente QPC permettaient, dans certains cas, que les produits de titres non assortis de droit de vote de sociétés extra-communautaires ou intra-nationales bénéficient du régime des sociétés mères au même titre que les produits de titres non assortis de droit de vote de sociétés intra-communautaires. Toutefois, lorsque la société mère ne détenait pas au moins 5 % du capital et des droits de vote de la filiale, tel n'était pas le cas.

Dans ces hypothèses, il existait une différence de traitement avec les filiales intracommunautaires similaire à celle censurée dans la décision n° 2015-520 QPC. C'est ce que relevait la société requérante : *« Dès lors que les titres sans droits de vote restent exclus du bénéfice du régime mère-fille lorsque cette condition [de détention d'au moins 5 % du capital et des droits de vote] n'est pas remplie, cette mesure de tempérament ne suffit pas à assurer la compatibilité de l'article 145, 6 b ter) du CGI avec la directive mère-filiale. Ainsi, la jurisprudence Metro Holding du Conseil d'État demeure applicable en l'absence de modification substantielle tant de la directive mère-filiale que des dispositions contestées ».*

Le Premier ministre, dans ses observations, mettait en doute le fait que la jurisprudence constante du Conseil d'État neutralisant les dispositions du b ter) du 6 de l'article 145 du CGI lors de la distribution de dividendes à des sociétés intra-communautaires était également applicable à la rédaction de ces dispositions issue de la loi du 30 décembre 2005. Toutefois, il relevait dans le même temps que *« le Conseil d'État peut néanmoins être regardé comme ayant implicitement considéré que sa jurisprudence relative aux anciennes dispositions valait également pour les dispositions présentement contestées ».*

Le Conseil constitutionnel a d'abord considéré que tant la décision du Conseil d'État du 12 novembre 2015 précitée que la décision de renvoi de la QPC objet de la décision commentée permettaient de considérer qu'en vertu d'une jurisprudence constante *« l'impossibilité, instituée par les dispositions contestées, de déduire du bénéfice net total de la société mère des produits des titres de participation auxquels aucun droit de vote n'est attaché dès lors que la société ne détient pas au moins 5 % du capital et des droits de vote de la société émettrice est seulement applicable aux produits des titres de participation de*

sociétés établies en France ou dans des États autres que les États membres de l'Union européenne » (par. 3).

Après avoir rappelé qu'il avait déclaré contraires aux principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques les dispositions du *b ter* du 6 de l'article 145 du CGI dans leur rédaction antérieure à celle contestée dans la présente décision commentée, le Conseil constitutionnel a relevé que « *l'ajout des mots : ", sauf si la société détient des titres représentant au moins 5 % du capital et des droits de vote de la société émettrice" par la loi du 30 décembre 2005 a pour objet et pour effet d'étendre la déduction du bénéfice net total de la société mère des produits des titres de participation d'une filiale lorsque la société mère détient au moins 5 % du capital et des droits de vote de la filiale. Cette modification supprime la différence de traitement entre sociétés bénéficiant du régime fiscal des sociétés mères et détenant des titres de participation de filiales à hauteur d'au moins 5 % du capital et des droits de vote de la filiale. Elle maintient toutefois une différence de traitement entre sociétés bénéficiant du régime fiscal des sociétés mères et détenant des titres de participation de filiales représentant moins de 5 % du capital et des droits de vote de la filiale. En effet, selon que les produits des titres de participation auxquels ne sont pas attachés de droits de vote sont versés par une filiale établie en France ou dans un État autre qu'un État membre de l'Union européenne ou, à l'inverse, par une filiale établie dans un État membre de l'Union européenne, ces produits sont ou non exclus de la déduction du bénéfice net total » (par. 7).*

Le Conseil constitutionnel, selon le raisonnement suivi dans sa décision n° 2015-520 QPC, en a donc logiquement déduit que les dispositions contestées telles qu'interprétées par une jurisprudence constante méconnaissent les principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques (par. 8).

Comme dans la décision n° 2015-520 QPC, le Conseil a prononcé une censure avec effet immédiat et applicable à toutes les instances introduites à la date de la décision et non jugées définitivement (par. 10).