

PREMIER MINISTRE

Paris, le - 9 JAN. 2020

LE PREMIER MINISTRE

à

**MONSIEUR LE PRESIDENT DU CONSEIL
CONSTITUTIONNEL**

**OBJET : Observations relatives aux questions prioritaires de constitutionnalité
n° 2019-832 QPC et n° 2019-833 QPC**

Par deux décisions du 19 décembre 2019, le Conseil d'Etat a renvoyé au Conseil constitutionnel la question de la conformité à la Constitution :

- d'une part, des dispositions du III de l'article 17 de la loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014, en combinaison avec celles de l'article 150-0 B ter du code général des impôts, dans sa rédaction issue des articles 32, 33 et 34 de la loi n° 2016-1918 du 29 décembre 2016 de finances rectificative pour 2016 ;

- d'autre part, des mêmes dispositions du III de l'article 17 de la loi de finances pour 2014, en combinaison avec celles du II de l'article 92 B et du I ter de l'article 160 du code général des impôts.

Aux termes de ces décisions de renvoi, le Conseil d'Etat a considéré que le moyen tiré de ce que ces dispositions porteraient atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, et notamment au principe d'égalité devant la loi, soulevait une question présentant un caractère sérieux.

Ces questions appellent de ma part les observations suivantes.

1. La loi n° 2012-1509 du 29 décembre 2012 de finances pour 2013 a instauré le principe de l'imposition des plus-values de cession de valeurs mobilières au barème progressif de l'impôt sur le revenu à compter du 1^{er} janvier 2013, alors qu'elles étaient auparavant soumises à l'impôt sur le revenu à un taux forfaitaire.

Pour atténuer néanmoins les effets de la progressivité, le législateur a mis en place au 1 de l'article 150-0 D du code général des impôts un mécanisme d'abattement d'assiette en fonction de la durée de détention.

Ce régime a été modifié avant même son entrée en vigueur par la loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014.

L'article 17 de cette loi a augmenté le taux d'abattement applicable en vertu de l'article 150-0 D (F du I de l'article 17).

Les mêmes dispositions ont par ailleurs généralisé l'imposition au barème de l'impôt sur le revenu en supprimant la possibilité d'une imposition au taux forfaitaire qui avait été partiellement maintenue par la loi de finances pour 2013.

Le III de l'article 17 a enfin maintenu les modalités d'application fixées par la loi de finances pour 2013 en prévoyant, en particulier, que les dispositions du I du même article, dont celles relatives à l'abattement pour durée de détention, devaient s'appliquer aux gains réalisés à compter du 1^{er} janvier 2013.

Par ailleurs, pour les plus-values mobilières générées par des opérations d'apport ou d'échange de titres, le législateur a, de longue date, fait le choix, dans plusieurs hypothèses, de privilégier un régime de report d'imposition, afin d'encourager ces opérations qui ne dégagent aucune liquidité permettant de s'acquitter de l'imposition des plus-values.

L'article 92 B du code général des impôts, issu de la loi n° 91-716 du 26 juillet 1991, a en particulier prévu l'application d'un tel mécanisme optionnel de report d'imposition pour la plus-value dégagée lors d'un apport de titres à une société passible de l'impôt sur les sociétés, intervenant dans le cadre d'une opération d'offre publique, de fusion, de scission, d'absorption ou d'échange avec soulte.

La loi n° 99-1172 du 30 décembre 1999 de finances pour 2000 a modifié ce régime mais le législateur l'a toutefois maintenu pour les plus-values placées en report d'imposition avant le 1^{er} janvier 2000.

Par ailleurs, à compter du 14 novembre 2012, bénéficiant de plein droit d'un report d'imposition, dès lors que les conditions légales sont remplies, les apports à une société soumise à l'impôt sur les sociétés qui est contrôlée par l'apporteur (article 18 de la loi n° 2012-1510 du 29 décembre 2012 de finances rectificative pour 2012 – article 150-0 B ter du code général des impôts).

D'une manière générale, en cas de report d'imposition, quel que soit le régime applicable, en cas de report d'imposition, si la plus-value résultant de l'opération d'échange des titres est immédiatement constatée, l'imposition correspondante est reportée. Elle n'intervient en effet qu'au moment de la cession, du rachat, du remboursement ou de l'annulation des titres reçus en échange.

En vertu d'une jurisprudence constante, qui a été rappelée par la décision de renvoi n° 423044 (par. 4), le Conseil d'Etat juge que le montant de la plus-value en report doit être calculé en appliquant les règles d'assiette en vigueur l'année de sa réalisation.

En revanche, son imposition obéit à un régime différent, selon qu'il s'agit d'un report optionnel – dans ce cas, il est celui en vigueur l'année au cours de laquelle intervient l'événement qui met fin au report –, ou qu'il s'agit d'un report de plein droit – il est alors celui en vigueur l'année de la réalisation de la plus-value.

Toutefois, les conditions d'application de ces règles ont été récemment précisées par un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 18 septembre 2019, dans le cas où l'opération d'échange relève du champ d'application de la directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une société européenne ou d'une société coopérative européenne d'un État membre à un autre (CJUE, 18 septembre 2019, aff. 662/18 et 672/18).

La Cour de justice a en effet dit pour droit que l'article 8, paragraphes 1 et 6, de la directive 2009/133/CE du 19 octobre 2009 et l'article 8, paragraphe 1 et paragraphe 2, deuxième alinéa, de la directive 90/434/CEE du 23 juillet 1990, devaient être interprétés en ce sens que, dans le cadre d'une opération d'échange de titres, ils requièrent que soit appliqué, à la plus-value afférente aux titres échangés et placée en report d'imposition ainsi qu'à celle issue de la cession des titres reçus en échange, le même traitement fiscal, au regard du taux d'imposition et de l'application d'un abattement fiscal pour tenir compte de la durée de détention des titres, que celui que se serait vu appliquer la plus-value qui aurait été réalisée lors de la cession des titres existant avant l'opération d'échange, si cette dernière n'avait pas eu lieu.

Il résulte de cet arrêt que sont désormais inapplicables aux opérations relevant du champ d'application de la directive « fusions », les dispositions s'opposant à l'application du dispositif d'abattement prévu par l'article 17 de la loi de finances pour 2014 aux plus-values d'échange de titre réalisées antérieurement à son entrée en vigueur mais dont le report d'imposition n'a pris fin que postérieurement.

Aux termes des décisions de renvoi, le Conseil d'Etat a en effet jugé, compte tenu de l'interprétation retenue par la Cour de justice, que les plus-values en report réalisées antérieurement au 1^{er} janvier 2000 ainsi que celles en report en application de l'article 150-0 B ter du code général des impôts, et afférentes à des opérations entrant dans le champ matériel et territorial de la directive « fusions » du 19 octobre 2009, devaient bénéficier, en cas d'imposition au barème progressif de l'impôt sur le revenu, de l'application de l'abattement pour durée de détention prévu par le 1 de l'article 150-0 D du code général des impôts (décisions n° 423044, par. 8 et n° 423118, par. 10).

2. Il est reproché aux dispositions applicables aux opérations d'échange de titres de méconnaître le principe d'égalité devant la loi et devant les charges publiques, au motif que les plus-values afférentes aux opérations n'entrant pas dans le champ de la directive « fusions », notamment celles qui ne mettent en cause que des personnes établies en France, ne bénéficient pas du même abattement, si elles ont été réalisées avant le 1^{er} janvier 2013, que celles afférentes à des opérations de même nature ayant un caractère intracommunautaire.

Les auteurs des présentes questions prioritaires de constitutionnalité ont dirigé leur contestation :

- d'une part, contre les dispositions du III de l'article 17 de la loi du 29 décembre 2013 de finances pour 2014 ;

- et d'autre part, contre les dispositions permettant un report d'imposition des plus-values réalisées en cas d'échange de titres, à savoir, selon le cas, le 2 ter de l'article 200 A du code général des impôts (QPC 201-832) et les II de l'article 92 B et I ter de l'article 160 du code général des impôts (QPC 2019-833).

Toutefois, aux termes de votre décision n° 2016-538 QPC du 22 avril 2016, alors que vous étiez déjà saisi d'un grief analogue tenant à l'absence d'abattement pour les plus-values d'échange de titres réalisées antérieurement au 1^{er} janvier 2013, vous avez estimé que la question dont vous étiez saisi ne portait que sur les dispositions des trois premiers alinéas du 1 ter et sur le A du 1 quater de l'article 150-0 D du code général des impôts, prévoyant les règles d'abattement pour durée de détention applicables aux plus-values mobilières (cons. 7 de cette décision).

Ainsi que le précise le commentaire de cette décision, « la question de la date retenue » par le III de l'article 17 de la loi de finances pour 2014 « pour l'application de ces dispositions est en soi indifférente en l'espèce : quand bien même cette date aurait été fixée par la loi de finances pour 2014 au 1^{er} janvier 2014, ou au 1^{er} janvier 2015, il n'en résulterait aucune différence en ce qui concerne le problème posé par la présente QPC ».

De la même manière, en l'espèce, ces mêmes dispositions qui sont à nouveau contestées par les auteurs des questions sont indifférentes au regard du grief qu'ils invoquent.

Ne sont pas non plus concernées les dispositions régissant les reports d'imposition pour les échanges de titres, dès lors que la contestation se rapporte aux conditions d'application des règles d'abattement pour les plus-values de valeurs mobilières, dont il a été dit qu'elles sont prévues par les dispositions des 1 ter et 1 quater de l'article 150-0 D du code général des impôts.

Les présentes questions prioritaires de constitutionnalité étant mal dirigées, il y a lieu de déclarer les dispositions contestées conformes à la Constitution.

3. Il est souligné, en tout état de cause, que ni la directive du 19 octobre 2009, ni par conséquent la solution adoptée par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt précité, ne s'applique à l'ensemble des opérations d'échange de titres revêtant un caractère intracommunautaire.

Cette directive ne régleme en effet que les échanges de titres correspondant à des apports de participations majoritaires, les apports de participations minoritaires n'entrant pas dans son champ d'application, à défaut d'avoir une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur.

N'est en effet visé, selon les dispositions mêmes de cette directive, que l'échange d'actions définie comme « l'opération par laquelle une société acquiert, dans le capital social d'une autre société, une participation ayant pour effet de lui conférer la majorité des droits de vote dans cette société, ou, si elle détient déjà une telle majorité, acquiert une nouvelle participation moyennant l'attribution aux associés de l'autre société, en échange de leurs titres, de titres représentatifs du capital social de la première société et, éventuellement, d'une soultte en espèces ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable des titres qui sont remis en échange » (e) du 2 de la directive 2009/133/CE du conseil du 19 octobre 2009).

Il en résulte que les échanges d'actions n'aboutissant qu'à une participation minoritaire, qui sont réalisées dans le cadre d'une opération interne, ne sont pas soumises à un régime qui serait moins favorable que celui qui est applicable aux mêmes opérations réalisées dans un cadre intracommunautaire, dès lors que, pour celles-ci, le droit de l'Union européenne n'exige pas que le bénéfice de l'abattement pour durée de détention soit accordé à des opérations réalisées antérieurement au 1^{er} janvier 2013.

Lorsque l'opération d'échange de titres ne permet pas d'acquérir une participation majoritaire dans une société ou de conforter une participation qui serait déjà majoritaire, la plus-value d'échange est en effet imposée selon des modalités strictement identiques, que l'opération soit réalisée dans un cadre purement interne ou revête un caractère intra-communautaire.

Dans ces conditions, les dispositions contestées, en tant qu'elles s'appliquent à des plus-values d'échange faisant suite à des apports minoritaires, ne méconnaissent pas les principes d'égalité devant la loi et les charges publiques.

4. Il y a lieu de préciser à cet égard que les contribuables procédant à un échange d'actions permettant d'acquérir ou de conforter une participation majoritaire dans une société se trouvent dans une situation différente de ceux procédant à une opération de même nature mais n'aboutissant qu'à une participation minoritaire. Le premier type d'opération conduit en effet à un changement de contrôle de la société concernée.

La différence de traitement à laquelle sont soumises ces opérations est non seulement justifiée par une différence de situation, le critère de la participation majoritaire, qui détermine le champ d'application de la directives « fusions », étant objectif et rationnel.

Elle est en outre en rapport direct avec l'objet même du régime prescrit par cette directive.

5. Si le Conseil constitutionnel devait estimer que les dispositions contestées du III de l'article 17 de la loi de finances pour 2014 n'étaient pas conformes aux exigences constitutionnelles, au motif que les opérations d'échanges mettant en cause des personnes établies en France, réalisées antérieurement au 1^{er} janvier 2013, ne bénéficient pas de l'abattement pour durée de détention prévu par le 1 de l'article 150-0 D du code général des impôts dans les mêmes conditions que des opérations de même nature entrant dans le champ

matériel et territorial de la directive « fusions », il lui serait demandé de faire usage du pouvoir de modulation dont il dispose en vertu de l'article 62 de la Constitution pour reporter les effets de sa décision.

D'une part, l'inconstitutionnalité qui serait constatée exigerait une nouvelle intervention du législateur pour prévoir, dans le cas de plus-values d'échange en report, des règles dérogatoires aux conditions d'entrée en vigueur de l'abattement.

D'autre part, l'application de l'abattement à toute plus-value réalisée à l'occasion d'un échange de titres en report emporterait des conséquences manifestement excessives.

Des contribuables ayant réalisé un échange n'aboutissant qu'à une participation minoritaire pourraient bénéficier d'un effet d'aubaine en profitant de cet avantage, alors qu'ils ne peuvent se prévaloir d'aucune différence de traitement par rapport à une opération de même nature qui serait réalisée dans un cadre intracommunautaire.

Il y aurait ainsi lieu d'accorder au législateur un délai d'une année pour remédier à l'inconstitutionnalité qui serait constatée.

Dans le cas où il serait décidé l'application pendant cette durée d'une réserve transitoire, il y aurait également lieu de préciser que l'abattement pour durée de détention prévu par le 1 de l'article 150-0 D du code général des impôts ne saurait être appliqué aux opérations d'échanges de titres ne relevant pas du champ matériel de la directive 2009/133/CE du conseil du 19 octobre 2009 et ne donnant lieu qu'à l'acquisition d'une participation minoritaire.

* * *

Pour ces raisons, j'ai l'honneur d'inviter le Conseil constitutionnel, à titre principal, à déclarer le III de l'article 17 de la loi du 29 décembre 2013 de finances pour 2014 conforme à la Constitution, et à titre subsidiaire, s'il devait estimer que ces dispositions méconnaissent des exigences constitutionnelles, de reporter les effets de sa décision selon les modalités précédemment exposées.

**Pour le Premier ministre et par délégation,
Le directeur, adjoint au secrétaire
général du Gouvernement**


Édouard CRÉPEY