

CONSEIL D'ETAT
SECTION DU CONTENTIEUX

REQUÊTE EN ANNULATION

POUR : M. et Mme Philippe Langlois

Ayant pour avocat :

M^c Philippe Derouin
Avocat au barreau de Paris
001576.derouinphilippe@avocat-conseil.fr

Demeurant à Paris, 140, rue du faubourg Saint Honoré (75008)
Toque : G0046
philippe.derouin@cabinet-derouin.com

CONTRE : Le § 370 du BOFIP BOI-RPPM-PVBMI-30-10-30-10
dans les rédactions successives en vigueur depuis le 14 octobre 2014

I. LES FAITS

1. En 1996, M. et Mme Langlois ont acquis des titres de la société Pathé.

En 1999, la société Pathé a été absorbée par Vivendi, de sorte que ces titres de la société Pathé ont été échangés contre 4 854 titres Vivendi. Cet échange d'actions a dégagé une plus-value d'un montant de 225 603 €, que les requérants ont déclarée et placée sous le régime du report d'imposition alors prévu au II de l'ancien article 92 B du code général des impôts (CGI).

M. et Mme Langlois ont conservé ces titres jusqu'en 2014.

Ils ont cédé les 4 854 titres Vivendi en deux temps:

- le 13 janvier 2014, 2 854 titres ont été vendus pour un montant brut de 53 926,33 €
- le 21 janvier 2014, les 2000 titres restant ont été vendus pour un montant brut de 39 150€

Ces deux cessions des titres Vivendi ont généré au total une moins-value de 152 633 €. Avec la fin du report d'imposition de la plus-value d'échange, le montant net de la plus-value imposable a été de 72 970 €.

En 2013, la cession d'autres titres avait dégagé une moins-value de 481 €, reportée sur les années suivantes.

En 2014, une autre cession de titres a donné lieu à une moins-value de 417 €. Ainsi, la plus-value nette imposable au titre de cette année s'est élevée à :
(72 970 - 481 - 417=) 72 072 €.

2. Le 29 novembre 2016, les requérants ont reçu une proposition de rectification par laquelle l'Inspecteur des finances publiques a, notamment, rehaussé la base de l'impôt sur le revenu au titre de 2014 d'un montant de 72 072 €, correspondant à la plus-value nette au titre de l'année 2014 (dont 72 970 € de plus-value nette sur les titres Vivendi).

Le 23 décembre 2016, les époux Langlois ont adressé à l'Inspecteur des finances publiques des observations sur ce rehaussement. Ils ont notamment attiré son attention sur le fait qu'il avait soumis la plus-value de cession des titres Vivendi à l'impôt sur le revenu au barème progressif, sans lui appliquer le bénéfice de l'abattement prévu à l'article 150-0 D du CGI.

Par un courrier en date du 17 janvier 2017, le vérificateur a confirmé son intention de maintenir les rectifications proposées. L'impôt a été mis en recouvrement.

3. Le 8 juin 2017, M. et Mme Langlois ont adressé une réclamation à l'Inspecteur des finances publiques par laquelle ils demandaient (i) principalement, d'accorder la décharge totale du supplément d'impôt mis à leur charge au titre de l'impôt sur le revenu et prélèvements sociaux sur les revenus de 2014, ainsi que des intérêts et pénalités y afférant ou (ii) subsidiairement, de les dégrever de la somme de 23 783 € en principal, avec intérêts moratoires et pénalités y afférant

Les époux Langlois ont notamment fait valoir que la dissociation opérée par l'administration, dans le § 370 du BOFIP BOI-RPPM-PVBMI-30-10-30-10, entre l'application du taux progressif et l'abattement pour durée de détention, n'était compatible ni avec les termes de la

loi, ni avec l'exigence de neutralité prescrite par l'article 8 de la directive 2009/133/CE du 29 octobre 2009 *concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents* (dite directive « Fusions »), en ce qu'elle ferait disparaître le caractère intercalaire de l'opération d'échange des titres.

4. Par la présente requête, les requérants sollicitent l'annulation des commentaires administratifs du BOFIP figurant audit § 370 du BOI-RPPM-PVBMI-30-10-30-10 actuellement en vigueur (depuis le 14 octobre 2014). Ces commentaires méconnaissent les dispositions, rédigées en termes identiques, du V de l'article 10 de la loi n° 2012-1509 de finances pour 2013 du 29 décembre 2012 et du III de l'article 17 de la loi n° 2013-1278 de finances pour 2014 du 29 décembre 2013, et celles de l'article 8 de la directive 2009/133/CE du 29 octobre 2009 dite « Fusions ».

La présente demande d'annulation est fondée sur des motifs distincts de celles qui ont fait l'objet des décisions du Conseil d'Etat n° 390265 du 12 novembre 2015 et n°394596 du 19 juillet 2016 et du Conseil constitutionnel n° 2016-538 QPC du 22 avril 2016. Elle tient compte de l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel dans cette dernière décision relative à la conformité de certaines dispositions de l'article 150-0 D du code général des impôts, qui ne sont pas en cause ici. En tant qu'elle se fonde sur les dispositions de la loi interne, elle s'inscrit dans la continuité des points 3 et 4 des décisions précitées du Conseil d'Etat.

II. SUR LA COMPETENCE DU CONSEIL D'ETAT

5. En application de l'article R. 311-1 du code de justice administrative (CJA), le Conseil d'Etat est compétent en premier et dernier ressort pour connaître des requêtes tendant à l'annulation des instructions fiscales et des commentaires mis en ligne sur le BOFIP.

III. SUR LE FOND

A. Sur la méconnaissance de la loi interne

6. En substituant l'application du barème progressif de l'impôt sur le revenu, après abattements pour durée de détention, au taux proportionnel en vigueur antérieurement, le législateur a modifié le calcul de l'imposition applicable aux plus-values de cession de valeurs mobilières. Les nouvelles règles de calcul - tendant à l'application du barème progressif après un abattement d'assiette - sont indissociables tant par leur mode d'entrée en vigueur¹ que par leur nature².

¹ n° 7 à 13

² n° 11 et 14

1) Sur l'entrée en vigueur du nouveau dispositif

7. Dans sa version applicable aux gains nets et profits réalisés avant le 1^{er} janvier 2013, le 2 de l'article 200 A prévoyait que « *Les gains nets obtenus dans les conditions prévues à l'article 150-0 A sont imposés au taux forfaitaire de 19 %* ».

8. L'article 10 de la loi n° 2012-1509 du 29 décembre 2012 de finances pour 2013 a changé ce régime en modifiant les articles 150-0 D et 200 A du CGI pour imposer les plus-values de cession de titres :

- soit au barème progressif après application d'un abattement pour durée de détention (2 de l'article 200 A et 1 de l'article 150-0 D) ;
- soit, sous certaines conditions et sur option du contribuable, au taux forfaitaire de 19%, mais alors sans bénéfice de l'abattement (2 bis de l'article 200 A, régime dit des « créateurs d'entreprise »).

« I. (...) »

E. — Le 1 de l'article 150-0 D est complété par vingt alinéas ainsi rédigés :

« **Les gains nets des cessions à titre onéreux d'actions, de parts de sociétés, de droits portant sur ces parts ou actions ou de titres représentatifs de ces mêmes parts, actions ou droits, les compléments de prix mentionnés au 2 du I de l'article 150-0 A, ainsi que les distributions d'une fraction des actifs d'un fonds commun de placement à risques mentionnées au 7 et à l'avant-dernier alinéa du 8 du II du même article, les distributions de plus-values mentionnées au dernier alinéa du même 8, à l'article 150-0 F et au 1 du II de l'article 163 quinquies C, pour lesquels le contribuable n'a pas opté pour l'imposition au taux forfaitaire de 19 % prévue au 2 bis de l'article 200 A, sont réduits d'un abattement égal à :**

« a) 20 % de leur montant (...) »

N. — L'article 200 A est ainsi modifié :

1° **A la fin du 2**, les mots : « *imposés au taux forfaitaire de 19 %* » sont remplacés par les mots : « **pris en compte pour la détermination du revenu net global défini à l'article 158** » ;

2° Après le 2, il est inséré un 2 bis ainsi rédigé :

« **2 bis.** — Par dérogation au 2 du présent article, les gains nets obtenus dans les conditions prévues à l'article 150-0 A peuvent être, sur option du contribuable, imposés **au taux forfaitaire de 19 %** lorsque les conditions suivantes sont remplies :

« a) La société dont les titres ou droits sont cédés exerce une activité industrielle, commerciale, ... »

Au V, le même article 10 a précisé les modalités d'entrée en vigueur de ces dispositions :

« V. — Les I, II et III s'appliquent **aux gains nets et profits réalisés à compter du 1er janvier 2013**, aux distributions perçues à compter du 1er janvier 2013 et aux transferts de domicile fiscal hors de France intervenus à compter du 1er janvier 2013, à l'exception des K, M, O et 2° du P du I qui s'appliquent aux gains réalisés et distributions perçues à compter du 1^{er} janvier 2012. »

9. Avant même que les revenus de l'année 2013 aient été imposés, ou même définitivement acquis, ce nouveau régime a été modifié par l'article 17 de la loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014, lequel a modifié les règles d'abattement applicables aux plus-

values de cession de titres, avec la même modalité d'entrée en vigueur que prévu antérieurement.

Ainsi, le I de cet article dispose :

« F. — L'article 150-0 D est ainsi modifié : (...) »

2° Après le 1 bis, sont insérés des 1 ter et 1 quater ainsi rédigés :

« 1 ter. L'abattement mentionné au 1 est égal à :

« a) 50 % du montant des gains nets ou des distributions lorsque les actions, parts, droits ou titres sont détenus depuis au moins deux ans et moins de huit ans à la date de la cession ou de la distribution ;

« b) 65 % du montant des gains nets ou des distributions lorsque les actions, parts, droits ou titres sont détenus depuis au moins huit ans à la date de la cession ou de la distribution. »

L'augmentation du taux général de l'abattement est allée de pair avec la généralisation de l'imposition de la plus-value au barème progressif. En contrepartie, le taux forfaitaire de 19% en faveur des « créateurs d'entreprises » (article 200-A 2 bis) a été supprimé par le S du I du même article 17 :

« S. — Le 2 bis de l'article 200 A est abrogé »

Enfin, le III de l'article 17 de la loi du 29 décembre 2013 a précisé les modalités d'entrée en vigueur de ces nouvelles règles en reprenant les dispositions du V de l'article 10 de la loi du 29 décembre 2012 :

« III. — Les I et II s'appliquent aux gains réalisés et aux distributions perçues à compter du 1er janvier 2013, à l'exception [de certaines dispositions non pertinentes dans notre cas] ».

Ainsi, aux termes mêmes de la loi, tant le barème progressif que l'abattement ne s'appliquent qu'aux gains réalisés à compter du 1^{er} janvier 2013.

10. C'est exactement conforme :

- à l'intention exprimée par le législateur dont les travaux préparatoires précisent clairement le lien entre les deux éléments de calcul et l'absence de toute imposition au barème progressif sans abattement ;
- à la nature même de l'abattement pour durée de détention qui est une règle de calcul ou de liquidation de l'impôt comme l'était naguère l'abattement de 20% pratiqué pour l'imposition des salaires (CE, Sect., 5 janvier 1968 n° 70314, Dupont 1968, p. 138 ; CAA Paris 10 février 2010, n° 09PA04223).

C'est donc à tort que les commentaires du BOFIP contestés distinguent entre l'application du barème progressif et l'abattement pour durée de détention en imaginant que le premier pourrait s'appliquer en l'absence du second.

Pour cette raison déjà, l'annulation est encourue.

11. Dans le cas, qui est celui de l'espèce, des plus-values réalisées avant cette date, placées en report d'imposition qui a pris fin après le 1^{er} janvier 2013, le Conseil d'Etat a jugé :

« 4. (...) aux termes du III de l'article 17 de la loi du 29 décembre 2013 de finances pour 2014, les dispositions citées plus haut du 1 de l'article 150-0 D du code général des impôts " s'appliquent aux gains réalisés et aux distributions perçues à compter du 1^{er} janvier 2013 " ; **qu'elles ne peuvent dès lors s'appliquer aux plus-values réalisées antérieurement au 1^{er} janvier 2013 et placées en report d'imposition, la circonstance que la cession mettant fin à ce report intervient après le 1^{er} janvier 2013 étant sans incidence à cet égard ; (...)** » (CE 12 novembre 2015, 8^e et 3^e s-s., n°390265, *Mme de Galbert Defforey*, RJF 2/16 n° 142 et CE 19 juillet 2016 n°394596, 8^e et 3^e ch.)

La même solution s'impose pour l'application du barème progressif prévue au 2 de l'article 200 A.

12. Comme on l'a vu précédemment, le V de l'article 10 de la loi du 29 décembre 2012 de finances pour 2013 est formulé exactement dans les mêmes termes que le III de l'article 17 de la loi du 29 décembre 2013.

Les mêmes motifs et la même analyse du Conseil d'Etat s'appliquent donc à l'entrée en vigueur simultanée du barème progressif et de l'abattement. C'est l'évidence même pour les plus-values de créateurs d'entreprise visées au 2 bis de l'article 200 A. La solution identique s'impose pour les plus-values en report. Aux termes mêmes de la loi, les modifications apportées aux articles 150-0 D et 200 A s'appliquent simultanément.

L'imposition au nouveau taux progressif n'est donc pas plus applicable que l'abattement aux plus-values de cession réalisées avant le 1^{er} janvier 2013 et placées en report d'imposition, même si la cession mettant fin au report est intervenue après le 1^{er} janvier 2013.

13. Les énonciations figurant au paragraphe 370 de l'instruction publiée au BOFIP du 14 octobre 2014 sous le numéro BOI-RPPM-PVBMI-30-10-30-10 selon lesquelles « **Les plus-values placées en report d'imposition pour lesquelles le report expire à compter du 1^{er} janvier 2013 sont donc imposables au barème progressif de l'impôt sur le revenu** » (§ 370) sont donc contraires au V de l'article 10 de la loi de finances pour 2013 et au III de l'article 17 de la loi de finances pour 2014, tels que ce dernier texte est notamment interprété par la décision précitée du Conseil d'Etat du 12 novembre 2015.

Par conséquent, ledit § 370 du BOI-RPPM-PVBMI-30-10-30-10 doit être annulé.

2) Sur la nature de l'abattement

14. A supposer que le Conseil d'Etat n'envisage pas d'étendre à l'application du barème progressif la solution qu'il a retenue dans ses décisions précitées des 12 novembre 2015 et 19 juillet 2016 pour l'application dans le temps des textes législatifs sur l'abattement, alors il y aurait lieu de rappeler que certains abattements portant sur le revenu imposable – et qui se présentent comme des règles d'assiette – sont, en réalité, des règles de calcul de l'impôt.

Tel était le cas, avant 2007, de l'abattement de 20% sur les salaires (CE, Sect., 5 janvier 1968, n° 70314 et CAA Paris 10 février 2010, n° 09PA04223, précités) et sur les bénéfices

professionnels d'adhérents à des organismes de gestion agréés. Ces abattements ont été repris dans le barème progressif lors de sa refonte en 2007.

Tel est également le cas de l'abattement pour durée de détention applicable lorsque la plus-value est imposée au barème progressif. C'est une règle de calcul propre l'impôt sur le revenu. La preuve en a été que, sous l'empire du régime des créateurs d'entreprise, le taux proportionnel excluait l'abattement. Il est probable qu'un retour à un taux proportionnel, comme annoncé par le Président de la République, aura la même conséquence.

D'ailleurs l'abattement pour durée de détention de l'article 150-0-D actuel ne s'applique pas pour la détermination du revenu fiscal de référence, ni pour le plafonnement de l'ISF etc. C'est bien une règle de calcul pour l'application du barème progressif.

La solution en découle nécessairement: si le barème progressif s'applique à la plus-value, alors l'abattement pour durée de détention, quel qu'il soit, s'applique aussi comme règle de calcul de l'impôt selon ce barème.

Peu importe qu'au point 11 de sa décision 2016-538 QPC, le Conseil constitutionnel ait estimé « *qu'un taux marginal maximal d'imposition de 62,001 % s'applique à la plus-value réalisée avant le 1er janvier 2013 qui a été placée en report d'imposition et dont le report expire postérieurement à cette date* ». Si cette estimation est un des soutiens de sa décision relative à la conformité de l'article 150-0 D du code général des impôts à la Constitution, l'autorité qui s'y attache est limitée à l'objet de la QPC dont il était saisi. Elle n'exclut nullement que, pour l'interprétation de l'ensemble des dispositions relatives à l'abattement pour durée de détention, ce dernier s'applique comme règle de calcul de l'imposition selon le barème progressif, conformément à la jurisprudence précitée de Section du Conseil d'Etat, laquelle n'a pas été visée, ni même évoquée, par le Conseil constitutionnel dans sa décision 2016-538 QPC.

La dernière phrase du § 370 du BOI-RPPM-PVBMI-30-10-30-10 est donc illégale pour des motifs autres que ceux antérieurement examinés par le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel.

Ne serait-ce que sur ce point, l'annulation est encourue sur le fondement de la loi interne. On va voir qu'il en va de même sur le fondement du droit de l'Union européenne.

B. Sur la méconnaissance de l'article 8 de la directive « Fusions »

15. Conformément à la jurisprudence constante du Conseil d'Etat et de la Cour de justice, les dispositions de la directive et leur interprétation s'appliquent également aux opérations internes lorsque la loi a aligné le régime fiscal des opérations, internes comme communautaires (CE, 9e et 10e ss-sect., 17 juin 2011, n° 324392, *SARL Méditerranée automobiles* et n°314667, *Sté Finaparco*, concl. P. Collin, RJF 10/2011 ; CE, 10e et 9e ss-sect., 15 déc. 2014, n° 380942, *SA Technicolor*, concl. É. Crépey, RJF 3/2015, n° 190).

- L'article 8 de la directive « Fusions » prévoit en effet que les opérations d'échange de titres, notamment, doivent bénéficier d'un traitement fiscal neutre pour leurs détenteurs, tant lors de l'échange de titres (paragraphe 1) que lors de la cession ultérieure des titres reçus en échange (paragraphe 2) :

« 1. L'attribution, à l'occasion d'une fusion, d'une scission ou d'un échange d'actions, de titres représentatifs du capital social de la société bénéficiaire ou acquérante à un associé de la société apporteuse ou acquise, en échange de titres représentatifs du capital social de cette dernière société, ne doit, par elle-même, entraîner **aucune imposition sur le revenu, les bénéfices ou les plus-values de cet associé.** (...) »

6. L'application des paragraphes 1, 2 et 3 n'empêche pas les États membres **d'imposer le profit résultant de la cession ultérieure des titres reçus de la même manière que le profit qui résulte de la cession des titres existant avant l'acquisition.** »

Dans son arrêt *A.T.* (CJUE, 11 décembre 2008, C-285/07, Rec., p. I-9329, concernant la version antérieure de la directive « Fusions »), la Cour a jugé :

« 21. Par cet impératif de neutralité fiscale à l'égard des associés de la société acquise, la directive 90/434 vise, ainsi qu'il ressort de ses premier et quatrième considérants, à garantir qu'un échange d'actions [...] ne soit pas entravé par des restrictions, des désavantages ou des distorsions particuliers découlant des dispositions fiscales des États membres. »

« 26. [...] il y a lieu de constater que le libellé impératif et clair de l'article 8, paragraphes 1 et 2, de la directive 90/434 ne fait aucunement apparaître la volonté du législateur communautaire de laisser aux États membres une marge de transposition permettant à ceux-ci de subordonner la neutralité fiscale prévue en faveur des associés de la société acquise à des conditions supplémentaires. »

16. A plus forte raison, l'absence de marge de transposition exclut-elle qu'un Etat membre puisse, en méconnaissance du paragraphe 2, imposer, lors de la cession ultérieure des titres reçus en échange, le profit réalisé d'une manière différente suivant qu'il a été constaté lors de l'échange ou qu'il est survenu par la suite. C'est donc à tort que, méconnaissant l'objectif clair et précis de la directive « Fusions », et notamment le paragraphe 2 de l'article 8, le commentateur au BOFIP a cru pouvoir énoncer :

« Les plus-values placées en report d'imposition pour lesquelles le report expire à compter du 1^{er} janvier 2013 sont donc imposables au barème progressif de l'impôt sur le revenu. S'agissant d'une règle d'assiette, les abattements prévus au 1 de l'article 150-0 D du CGI et à l'article 150-0 D ter du CGI ne s'appliquent pas à ces plus-values. »

17. La dissociation qu'opère ce dernier paragraphe est critiquable car elle ne trouve aucun soutien dans la loi, comme on vient de le voir. La première phrase n'est pas conforme à la décision du Conseil d'Etat de 2015, tandis que la deuxième est incompatible tant avec la jurisprudence de Section du contentieux du Conseil d'Etat relative à l'abattement de 20% sur les salaires et la simultanéité voulue par le législateur qu'avec l'exigence de neutralité de l'article 8 de la directive « Fusions ».

La « cristallisation » de la plus-value que comporterait le report d'imposition n'a pas la portée que l'administration lui attribue et ne paraît pas autoriser une application différenciée des règles fiscales en vigueur depuis 2013 :

- d'une part pour appliquer le barème progressif ;
- d'autre part pour refuser ou limiter l'abattement pour durée de détention.

Ce dernier n'est pas seulement une règle d'assiette, comme l'était l'abattement de 20% sur les salaires, c'est aussi et surtout une règle de calcul de l'impôt (voir n° 14 ci-dessus).

La distinction serait contraire à l'intention du législateur d'appliquer un abattement en contrepartie du taux progressif, en vue d'en atténuer les effets, y compris pour la détention passée. Elle serait contraire à la neutralité prescrite par la directive, laquelle permet aux Etats membres d'imposer le profit qui résulte de la cession des titres existant avant l'acquisition **de la même manière que** le profit résultant de la cession ultérieure des titres reçus.

En considérant que l'assiette de l'imposition de la plus-value est déterminée selon les règles applicables à la date d'échange des titres, sans égard pour l'abattement pour durée de détention introduit lors du changement de barème, on ferait disparaître le caractère intercalaire de cette opération. Cela ne serait pas conforme ni à l'objet de la loi, ni à l'exigence de neutralité posée par l'article 8 de la directive « Fusions ».

Pis encore : on appliquerait le barème progressif sans abattement alors qu'un tel tarif n'a jamais été applicable aux plus-values réalisées, ni au moment de l'échange, ni à la date de la cession ultérieure, ni à aucun autre moment.

- Ce risque de non-conformité du report, ou des conséquences que l'administration en tire, a paru suffisamment sérieux pour justifier le renvoi par le Conseil d'Etat de questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne, dans deux arrêts en dates du 31 mai 2016 (CE, Ass., 31 mai 2016, n°393881, *Marc Jacob*, concl. Emmanuelle Cortot-Boucher) et du 19 juillet 2016 (CE, 8° et 3° ch., 19 juillet 2016, n° 360352, *Lassus*, concl. B. Bohnert). La question commune à ces deux arrêts est rédigée ainsi :

« Les dispositions de l'article 8 de la directive du 23 juillet 1990 [remplacée par la directive 2009/133/CE] doivent-elles être interprétées en ce sens qu'elles interdisent, dans le cas d'une opération d'échange de titres entrant dans le champ de la directive, un mécanisme de report d'imposition prévoyant que, par dérogation à la règle selon laquelle le fait générateur de l'imposition d'une plus-value est constitué au cours de l'année de sa réalisation, une plus-value d'échange est constatée et liquidée à l'occasion de l'opération d'échange de titres et est imposée l'année au cours de laquelle intervient l'événement qui met fin au report d'imposition, qui peut notamment être la cession des titres reçus au moment de l'échange ? »

18. Cependant, ces questions n'épuisent pas la matière et ne traitent pas de l'objet de la présente requête.

A supposer que la plus-value d'échange puisse être constatée et liquidée à l'occasion de l'opération d'échange, pour être imposée l'année au cours de laquelle intervient l'événement qui met fin au report d'imposition, ce que semble permettre l'article 8 de la directive « Fusions », la question est toujours de savoir si, à l'occasion de cette imposition, la plus-value en report peut être imposée selon des règles différentes, plus défavorables, que celles applicables aux plus-values réalisées au cours de cette même année. Lorsque le barème

d'imposition comporte un abattement pour durée de détention, le paragraphe 2 de l'article 8 doit-il être entendu en ce sens que la durée de détention se calcule à compter de l'acquisition d'origine des titres échangés ?

19. L'arrêt C-285/07 précité est le seul rendu par la Cour de justice de l'Union européenne sur l'article 8 de la directive « Fusions ». Si la Cour a jugé par la suite que les Etats membres demeurent libres de déterminer les modalités d'imposition de la plus-value réalisée par l'auteur d'un apport partiel d'actif au moment de la cession des titres reçus (à la « sortie »), son arrêt a expressément précisé que l'affaire au principal concernait un cas d'apport d'actifs, et non pas, comme en l'espèce, d'échange d'actions, de sorte que l'article 8 ne faisait pas partie des règles pertinentes³.

La question n'est donc pas tranchée de savoir si, dans le régime fiscal français du report d'imposition, l'aggravation d'imposition, au moment de leur cession, de la plus-value réalisée lors de l'échange des titres et placée en report, est conforme au principe de neutralité énoncé à l'article 8 de la directive.

20. Ainsi, à supposer que le Conseil d'Etat ait un doute sur l'interprétation de l'article 8 de la directive « Fusions » en la circonstance, il lui appartiendrait d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel, sans attendre la réponse à ses précédentes questions.

La question pourrait s'inspirer de la proposition suivante :

« 1/ L'article 8 de la directive 2009/133/CE du 29 octobre 2009 (comme l'article 8 de la directive 90/434/CE du 23 juillet 1990) doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils font obstacle à la législation d'un Etat membre qui imposerait, lors de la cession ultérieure des titres reçus en échange, la plus-value résultant de l'apport de titres et placée en report d'imposition de manière différente et plus défavorable que les plus-values résultant de la cession des titres reçus en contrepartie de l'apport, ou de la cession de titres similaires ?

2/ Le paragraphe 2 du même article doit-il être interprété en ce sens que, lorsque, selon la loi nationale pertinente, l'imposition est réduite par un abattement en fonction de la durée de détention, cette dernière se calcule à compter de l'acquisition initiale des titres remis en échange jusqu'à la date de cession des titres reçus en échange ? »

PAR CES MOTIFS

M. et Mme Philippe Langlois concluent à ce qu'il plaise au Conseil d'Etat :

1°/ Annuler le paragraphe 370 du BOFIP BOI-RPPM-PVBMI-30-10-30-10

2°/ Subsidiairement, saisir la Cour de justice de l'Union européenne des questions préjudicielles proposées au point 20

³ CJUE, C-207/11, 19 décembre 2012, *3D I Srl*, points 22 et 23.

3°/ Condamner l'Etat à leur verser une indemnité de 3000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative

Pièces jointes :

Extraits du BOFIP dans leurs rédactions successives