

DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES PUBLIQUES

SERVICE JURIDIQUE DE LA FISCALITÉ

Sous-direction du contentieux des impôts des particuliers JF-1

Bureau JF-1A

86-92 allée de Bercy - Télédock 913

75572 PARIS cedex 12

☎ 01 57 13 16 31 📠 01 57 13 16 60

Référence : S4 n° 2017/DO/JF1A/13403

Paris, le 11 juillet 2017

Le Ministre de l'Action et des Comptes Publics

à Madame la Présidente
de la 8^{ème} chambre
de la Section du Contentieux
du Conseil d'Etat

Objet : Recours pour excès de pouvoir n° 411796 présenté par M. et Mme Philippe LANGLOIS contre le paragraphe 370 du BOFIP BOI-RPPM-PVBMI-30-10-30-10 dans les rédactions successives en vigueur depuis le 14 octobre 2014.

MEMOIRE EN DEFENSE

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 les 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 € placée sous le régime du report d'imposition alors prévu par les dispositions du II de l'article 92B du code général des impôts.

M. et Mme Langlois ont cédé les titres 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 2 000 titres restant ont été vendus pour un montant brut de 39 150 €.

Ces deux cessions de 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.

Le 29 novembre 2016, les requérants ont reçu une proposition de rectification par laquelle le service 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 notamment répondu que le service avait soumis la plus-value de cession des titres Vivendi à l'impôt sur le revenu au barème progressif, sans lui appliquer l'abattement prévu à l'article 150-0 D du code général des impôts.

Par une requête enregistrée le 22 juin 2017 au Conseil d'Etat sous le numéro 411796, M. et Mme Langlois demandent l'annulation pour excès de pouvoir du paragraphe 370 du BOFIP actuellement en vigueur (depuis le 14 octobre 2014) qui énonce :

« 370

Il est précisé que l'assiette de la plus-value (ou moins-value) placée en report d'imposition est déterminée à la date de l'opération concernée par ce mécanisme de report, suivant les règles en vigueur à cette date.

En revanche, le report a pour effet de décaler l'imposition effective à l'impôt sur le revenu et aux prélèvements sociaux de la plus-value, ce qui conduit à appliquer les règles de taxation en vigueur au moment de l'expiration du report.

Les plus-values dont le report d'imposition expire sont imposables suivant les règles de taxation en vigueur au titre de l'année d'expiration du report.

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 150-0D ter du CGI ne s'appliquent pas à ces plus-values. ».

Selon les requérants, ces commentaires méconnaîtraient 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 ».

Ce recours pour excès de pouvoir appelle de la part de l'administration les observations suivantes.

I. Sur la demande formulée à titre principal : l'annulation du paragraphe 370 du BOFIP BOI-RPPM-PVBMI-30-10-30-10

Le principe de l'imposition des plus-values mobilières au barème progressif s'applique depuis le 1^{er} janvier 2013, date d'entrée en vigueur de l'article 10 de la loi 2012-1509 du 29 décembre 2012.

L'article 17 de la loi 2013-1278 du 29 décembre 2013 a maintenu le principe du passage des plus-values au barème progressif de l'impôt sur le revenu tout en apportant les aménagements suivants : augmentation des taux de l'abattement général et création de deux abattements dérogatoires ; suppression de plusieurs régimes dérogatoires.

Statuant sur deux recours pour excès de pouvoir, par une décision n° 391193 et n° 392344 du 6 avril 2016, le Conseil d'Etat a déjà jugé qu'aux termes du III de l'article 17 de la loi du 29 décembre 2013 de finances pour 2014, les dispositions 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 et 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 intervienne après le 1^{er} janvier 2013 étant sans incidence à cet égard.

Par suite, la Haute Assemblée a estimé qu'il n'y avait pas de fondement à demander l'annulation du paragraphe 130 de l'instruction référencée BOI-RPPM-PVBMI-20-20-10 qui, en prévoyant que l'abattement pour durée de détention ne s'applique pas « aux gains nets de cession, d'échange ou d'apport réalisés avant le 1^{er} janvier 2013 et placés en report d'imposition dans les conditions prévues au II de l'article 92 B du CGI, au I ter de l'article 160 du CGI et à l'article 150 A bis du CGI dans leur rédaction en vigueur avant le 1^{er} janvier 2000, à l'article 150-0 C du CGI dans sa rédaction antérieure au 1^{er} janvier 2006, à l'article 150-0 D bis du CGI dans sa rédaction en vigueur du 1^{er} janvier 2011 au 31 décembre 2012 ainsi qu'à l'article 150-0 B ter du CGI », se borne à expliciter la loi sans y ajouter aucune règle nouvelle.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a été saisi le 10 février 2016 par le Conseil d'État d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit, des 1 ter et 1 quater de l'article 150-0 D du code général des impôts.

Dans cette QPC, les requérants reprochaient à ces dispositions légales de ne pas prévoir l'application des abattements pour durée de détention qu'elles instaurent aux plus-values mobilières placées en report d'imposition avant l'entrée en vigueur de ces règles d'abattement.

Par une décision n° 2016-538 QPC du 22 avril 2016, le Conseil constitutionnel a jugé les dispositions contestées conformes à la Constitution tout en formulant deux réserves d'interprétation.

En effet, il a estimé que les « *nouvelles règles de détermination de l'assiette des plus-values mobilières sont applicables aux plus-values réalisées à compter de l'entrée en vigueur de ces règles, soit le 1^{er} janvier 2013 ; qu'il en résulte que les plus-values mobilières placées en report d'imposition avant cette date sont exclues du bénéfice des abattements pour durée de détention prévus aux 1^{er} et 1^{quater} de l'article 150-0 D ; que cette différence de traitement, qui repose sur une différence de situation, est en rapport avec l'objet de loi ; que le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi doit être écarté* » (considérant 10).

La première réserve d'interprétation précise que, pour la taxation des plus-values placées en report d'imposition avant le 1^{er} janvier 2013, qui ne font l'objet d'aucun abattement sur leur montant brut et dont le montant de l'imposition est arrêté selon des règles de taux telles que celles en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2013, il y a lieu de prévoir l'application à l'assiette ainsi déterminée d'un coefficient d'érosion monétaire pour la période comprise entre l'acquisition des titres et le fait générateur de l'imposition.

La seconde réserve précise que, lorsque le mécanisme de report d'imposition d'une plus-value s'applique de plein droit, sans option du contribuable en ce sens, il convient de ne pas appliquer des règles d'assiette et de taux autres que celles applicables au fait générateur de l'imposition de la plus-value mobilière en cause.

Ces deux réserves dont il appartient à l'administration de tirer les conséquences, concernant l'assiette ou le taux d'imposition, selon le cas, ne remettent pas en cause la non-application des abattements pour durée de détention pour les plus-values mobilières placées en report d'imposition avant le 1^{er} janvier 2013.

Par sa décision n° 394596 du 19 juillet 2016 relative au paragraphe 370 de l'instruction BOI-RPPM-PVBMI-30-10-30-10 publiée au bulletin officiel des finances publiques-impôts le 2 juillet 2015, le Conseil d'Etat a jugé « *que les requérants ne sont par suite pas fondés à soutenir que l'instruction litigieuse, en prévoyant que ces abattements ne s'appliquent pas aux plus-values placées en report d'imposition pour lesquelles le report expire à compter du 1^{er} janvier 2013, méconnaît les dispositions de l'article 150-0 D du code général des impôts ;* ».

Force est finalement de reconnaître que les requérants ne formulent aucun grief directement contre l'instruction attaquée, qui sur la non application des abattements pour durée de détention pour les plus-values placées sur option en report d'imposition, sont parfaitement conformes à la loi, elle-même déclarée conforme¹ à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2016-538 QPC du 22 avril 2016.

Pour ce motif, l'argumentation soulevée semble devoir être écartée.

II. Sur la demande formulée à titre subsidiaire tendant à la transmission de deux questions préjudicielles à la CJUE.

Les requérants demandent à titre subsidiaire au Conseil d'Etat de saisir la Cour de justice de l'Union Européenne des questions préjudicielles suivantes :

1 Sous deux réserves d'interprétation exposées en page 2 du présent mémoire.

« 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 ? ».

La conformité du régime du report d'imposition à la directive fusions a d'ores et déjà fait l'objet de deux séries de questions préjudicielles transmises par le Conseil d'Etat par deux décisions n° 393881 du 31 mai 2016 et 360352 du 19 juillet 2016.

Dans ce cadre, les questions suivantes ont à cette occasion été transmises à la CJUE :

- décision d'assemblée du 31 mai 2016, (n°393881, M. Jacob) :

« • l'article 8 de la directive fusions du 23 juillet 1990 interdit-il, 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 ?

• l'article 8 précité interdit-il, dans le cas d'une opération d'échange de titres entrant dans le champ de la directive, que la plus-value d'échange de titres, à la supposer imposable, soit taxée par l'Etat de la résidence du contribuable au moment de l'opération d'échange, alors que celui-ci, à la date de la cession des titres reçus à l'occasion de cet échange à laquelle la plus-value d'échange est effectivement imposée, a transféré son domicile fiscal dans un autre Etat membre ? »

- décision n° 360352 du 19 juillet 2016 :

« • 1° les dispositions de l'article 8 de la directive n° 90/434/CEE du 23 juillet 1990 interdisent-elles, 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 ?

• 2° à la supposer imposable, la plus-value d'échange de titres peut-elle être taxée par l'Etat qui détenait le pouvoir de l'imposer au moment de l'opération d'échange, alors que la cession des titres reçus à l'occasion de cet échange relève de la compétence fiscale d'un autre Etat membre ?

• 3° s'il est répondu aux questions précédentes que la directive ne s'oppose pas à ce que la plus-value résultant d'un échange de titres soit imposée au moment de la cession ultérieure des titres reçus lors de l'échange, y compris lorsque les deux opérations ne relèvent pas de la compétence fiscale du même Etat membre, l'Etat membre dans lequel la plus-value d'échange a été placée en report d'imposition peut-il imposer la plus-value en report lors de cette cession, sous réserve des stipulations de la convention fiscale bilatérale applicables, sans tenir compte du résultat de la cession lorsque ce résultat est une moins-value ?

Cette question est posée tant au regard de la directive du 23 juillet 1990 qu'au regard de la liberté d'établissement garantie par l'article 43 TCE, devenu article 49 du TFUE, dès lors qu'un contribuable fiscalement domicilié en France lors de l'opération d'échange et lors de l'opération de cession de titres serait susceptible de bénéficier de l'imputation d'une moins-value de cession.

• 4° s'il est répondu à la question posée au 3° qu'il convient de tenir compte de la moins-value de cession des titres reçus lors de l'échange, l'État membre où a été réalisée la plus-value d'échange doit-il imputer sur la plus-value la moins-value de cession ou doit-il, dès lors que la cession ne relève pas de sa compétence fiscale, renoncer à imposer la plus-value d'échange ?

• 5° S'il est répondu à la question posée au 4° qu'il y a lieu d'imputer la moins-value de cession sur la plus-value d'échange, quel prix d'acquisition des titres cédés y a-t-il lieu de retenir pour calculer cette moins-value de cession ? Notamment, y a-t-il lieu de retenir comme prix d'acquisition unitaire des titres cédés la valeur totale des titres de la société reçus à l'échange, telle qu'elle figure sur la déclaration de plus-value, divisée par le nombre de ces titres reçus lors de l'échange, ou doit-on retenir un prix d'acquisition moyen pondéré, prenant en compte également des opérations postérieures à l'échange, telles que d'autres acquisitions ou des distributions gratuites de titres de la même société ? »

Par suite, l'administration estime que la nécessité de la transmission des deux questions posées par M. et Mme Langlois dans le présent recours pour excès de pouvoir n'est pas établie dès lors que si, par hypothèse, le mécanisme du report d'imposition des plus-values d'échange prévu par les dispositions combinées des articles 92 B et 160 du code général des impôts est reconnu compatible à la directive 90/434/CEE du 23 juillet 1990 (et, par suite à la directive 2009/133/CE du 29 octobre 2009), alors, la cristallisation du fait générateur au moment de l'échange se trouverait par voie de conséquence nécessairement validée.

En effet, serait reconnue la possibilité de constater et de liquider la plus-value d'échange à l'occasion de l'opération d'échange de titres et de l'imposer l'année au cours de laquelle intervient l'événement mettant fin au report d'imposition, au taux d'imposition de cette année.

Cela étant, à supposer que la possibilité de prévoir un régime de report d'imposition implique d'en préciser les conditions d'application quant aux modalités de taxation de la plus-value d'échange concernant notamment l'année à prendre en compte pour la détermination du taux d'imposition applicable ou la computation d'éventuels abattements pour durée de détention, la transmission des questions ne serait pas davantage justifiée.

En effet, en indiquant qu'une opération d'échange entrant dans le champ d'application de la directive « *ne doit, par elle-même, entraîner aucune imposition sur le revenu* », l'article 8 de ladite directive n'interdit pas aux Etats membres d'imposer cette plus-value lors de la cession ultérieure desdits titres.

Et pas davantage qu'elle n'a pas pour objet de définir la compétence fiscale des Etats membres, la directive n'a pas pour objet de fixer les règles de taxation à appliquer par les Etats membres, au gain définitif effectivement réalisé à la suite de la cession de titres reçus dans le cadre d'une opération d'échange.

L'objectif de la directive est en effet d'éliminer des obstacles fiscaux aux restructurations transfrontalières d'entreprises, d'une part, en assurant que des éventuelles augmentations de valeur de parts sociales ne soient pas taxées avant leur réalisation effective et, d'autre part, en évitant que des opérations impliquant des plus-values très importantes réalisées lors d'un échange de parts sociales soient soustraites à l'impôt simplement parce qu'elles s'inscrivent dans le cadre d'une restructuration (arrêt du 5 juillet 2007, Kofoed, C-321/05, EU:C:2007:408, point 32).

Ainsi, l'article 8 de la directive n'entre pas dans les considérations des modalités de taxation du gain définitif de l'associé participant à une opération d'échange de titres, l'essentiel étant que seul ce gain puisse être taxé.

Par suite, en cas de réponse négative de la CJUE à la première question, il serait confirmé que, s'agissant des plus-values afférentes à des apports réalisés avant le 1^{er} janvier 2013 et ouvrant droit à des reports facultatifs d'imposition, l'imposition des plus-values de cession des titres reçus en échange doit, depuis le 1^{er} janvier 2013, être soumise au barème progressif de l'impôt sur le revenu sans qu'il soit possible de leur appliquer les abattements pour durée de détention existant depuis cette date, sous la seule réserve de l'application d'un coefficient d'érosion monétaire.

Pour ces motifs, j'estime, à titre principal, qu'il convient par le Conseil d'État de rejeter le recours pour excès de pouvoir formé par M. et Mme Langlois tendant à l'annulation du paragraphe 370 du BOFIP BOI-RPPM-PVBMI-30-10-30-10 et, à titre subsidiaire, de surseoir à statuer dans l'attente de la décision de CJUE qui résultera de l'arrêt n° 393881 du 31 mai 2016 sans qu'il soit besoin de transmettre des questions préjudicielles complémentaires à la Cour.

Enfin, l'administration ne pouvant être regardée comme la partie perdante dans la présente instance, les conclusions tendant à la condamnation de l'Etat au versement d'une somme de 3 000 € au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ne peuvent qu'être rejetées.

Pour le Ministre et par délégation,
l'Administrateur des finances publiques

Emmanuel Stasse