

CONSEIL D'ETAT
SECTION DU CONTENTIEUX

OBSERVATIONS EN REPLIQUE

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 ministre de l'action et des comptes publics

A l'appui de la requête n° 41179

Le mémoire présenté par le ministre le 11 juillet 2017 appelle les observations suivantes.

1. Les requérants se permettent de rappeler que le litige :

1°/ procède de la différence de traitement de la plus-value imposable lors de la cession, postérieure au 1^{er} janvier 2013, de titres de capital reçus en échange à l'occasion de fusions de sociétés et opérations assimilées, suivant que ces opérations ont eu lieu avant ou après le 1^{er} janvier 2000 et ont fait l'objet d'un report ou d'un sursis d'imposition, ce qui conduit à s'interroger sur la justification et la proportionnalité de cette différence de traitement ;

2°/ porte plus particulièrement sur la combinaison des dispositions des articles 94 de la loi de finances pour 2000, n° 99-1172 du 29 décembre 1999, 10 de la loi de finances pour 2013, n° 2012-1509 du 29 décembre 2012, et 17 de la loi de finances pour 2014, n° 2013-1278 du 29 décembre 2013, et spécialement des règles spécifiques d'application dans le temps de ces textes ;

3°/ conduit à interpréter les dispositions pertinentes de la loi à la lumière des objectifs des directives européennes sur le régime fiscal commun des fusions de sociétés (successivement 90/434/CEE et 2009/133/CE) et spécialement du paragraphe 2, devenu paragraphe 6, de l'article 8 de ces directives, que ces dispositions tendent à transposer pour l'imposition des particuliers.

En termes économiques, le litige porte sur une importante pénalisation fiscale de l'épargne des ménages durablement investie dans les entreprises, lorsque ces ménages demeurent de fidèles actionnaires par-delà les regroupements et réorganisations de sociétés.

A. Sur l'objectif défini par l'article 8 des directives « fusions » et spécialement du paragraphe 2 (directive de 1990) ou 6 (directive de 2009)

2. Le ministre passe sous silence le paragraphe 2 de l'article 8 de la directive 90/434/CEE du 23 juillet 1990, devenu paragraphe 6 de l'article 8 de la directive 2009/133/CE du 29 octobre 2009.

Il omet de rappeler que la prohibition de toute imposition lors de l'échange, énoncée au paragraphe 1, « *n'empêche pas les Etats 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.* »

Certes, ni ce texte ni aucune autre disposition des directives en question n'ont 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 à l'occasion d'une fusion ou d'un échange d'actions. Mais, conformément à l'article 288 TFUE, les directives lient les Etats membres quant au résultat à atteindre.

Le paragraphe 2 ou 6 de l'article 8 des directives « fusions » laisse ainsi les Etats membres libres de déterminer les modalités d'imposition des plus-values de cession d'actions, pourvu qu'elles aboutissent au résultat défini par la directive. Par son libellé précis, il leur impartit, s'ils souhaitent imposer les plus-values de cession d'actions, l'obligation de résultat d'imposer « *de la même manière* » les plus-values en sursis ou en report d'imposition à la suite d'une fusion ou d'un échange d'actions et les autres plus-values de cession.

Lors de l'instauration du report d'imposition, par l'article 24 de la loi n° 91-716 du 26 juillet 1991 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, il avait déjà été indiqué que ce dispositif tendait à mettre en œuvre l'article 8 de la directive 90/434/CEE pour l'imposition des particuliers (*Droit fiscal* 1991 n° 31 comm.1584 p.1191 ; voir aussi une allusion à la directive « fusions » dans le rapport de M. Chinaud au Sénat, n° 410 du 20 juin 1991). Lors du remplacement du régime du report par le mécanisme du sursis par l'article 94 de la loi de finances pour 2000, la mesure a été principalement présentée comme une des « *mesures de simplification et de justice fiscale (permettant) en particulier d'alléger les*

obligations déclaratives des contribuables » (exposé des motifs du projet de loi, repris à la documentation administrative de base 5 G 45).

En conséquence, – que ce soit à l’expiration du report ou du sursis d’imposition de la plus-value d’échange – il y a lieu, conformément à la jurisprudence constante sur ce point de la Cour de justice et du Conseil d’Etat, d’interpréter les dispositions qui régissent l’imposition de ces plus-values à la lumière de la disposition commune aux deux versions successives de la directive « fusions » (CE 22 déc. 1989, n° 86113, *Caserne Mortier*, RJF 2/90 n° 130, concl. M.-D. Hagelsteen ; CJCE, plén., 17 juill. 1997, C-28/95, *A. Leur-Bloem* : Rec. CJCE 1997, I, p. 4161, concl. F. G. Jacobs ; Dr. fisc. 1997, n° 38, comm. 979 ; RJF 10/1997, n° 1002 ; CE 17 juin 2011 n° 324392, *SARL Méditerranée Automobiles* et n° 314667, *Sté Finiparco* : Dr. fisc. 2011, n° 37, comm. 502, concl. P. Collin, note P.-F. Racine ; RJF 11/11, p.1019, chron. C. Raquin).

En n’empêchant pas les Etats-membres d’imposer « *de la même manière* », le profit ultérieur résultant de la cession des titres reçus et le profit qui résulte de la cession des titres existant avant l’échange, la directive paraît :

1°/ requérir une similitude des règles d’assiette qui déterminent le montant des plus-values en question, ce qui a été réalisé en France par l’effet des dispositions de l’article 94 de la loi de finances pour 2000, ainsi qu’on le verra ci-après ;

2°/ laisser aux Etats membres le choix entre l’imposition selon les modalités en vigueur lors de l’échange ou lors de la cession ultérieure des titres reçus, c’est-à-dire, pour la France :

- soit la survivance du taux proportionnel de 16% en vigueur pour les échanges et autres cessions d’actions antérieurs au 1^{er} janvier 2008 ;
- soit l’application du barème progressif avec abattement pour durée de détention, applicable aux cessions postérieures au 1^{er} janvier 2013, cette durée étant calculée depuis l’acquisition d’origine des titres échangés.

La seconde solution s’applique sans conteste aux plus-values dégagées lors d’échanges réalisés depuis le 1^{er} janvier 2000 et imposées lors de la cession, postérieure au 1^{er} janvier 2013, des titres reçus (BOFIP-BOI-RPPM-PVBMI-20-20-20-20 n°30 point 2 du tableau). Comment en irait-il autrement pour les plus-values constatées lors d’échanges antérieurs au 1^{er} janvier 2000 ?

3. Il ne paraît pas vraisemblable que la directive « fusions », dont la disposition pertinente a été constante par-delà les versions successives, laisse aux Etats membres une marge d’appréciation telle qu’elle permette le régime différencié, systématiquement défavorable aux particuliers concernés, décrit par l’administration au paragraphe contesté.

Au motif essentiel que l’abattement pour durée de détention serait « *une règle d’assiette* » – ce qui, comme on va le voir, n’est pas exact – le paragraphe distingue les échanges intervenus antérieurement au 1^{er} janvier 2000 pour soumettre les plus-values constatées à cette occasion à l’impôt à compter du 1^{er} janvier 2013 au barème progressif sans l’atténuation de l’abattement qui l’accompagne pour les gains réalisés après cette date.

Pour l’application de la directive, on voit mal la Cour de justice de l’Union européenne considérer les particularités des législations nationales et notamment pas les effets distincts que

l'administration française attache à la circonstance que les plus-values d'échange ont été réalisées antérieurement au 1^{er} janvier 2000 et placées en report d'imposition ou postérieurement à cette date et fait l'objet d'un sursis d'imposition

Pour l'application de la même directive, il est tout aussi inopérant que l'abattement pour durée de détention ait le caractère d'une règle d'assiette, comme le prétendait l'administration aux termes de commentaires censurés sur ce point par le Conseil d'Etat (CE 12 novembre 2015 n° 390265 points 8 et 12) et le Conseil constitutionnel (n° 2015-515 QPC du 14 janvier 2016) ou d'une règle de calcul de l'impôt qui tend à en réduire le taux effectif, ainsi que l'a montré la première de ces décisions.

En définitive, la probabilité que la Cour de justice interprète le paragraphe 2 ou 6 de l'article 8 des directives comme permettant à un Etat membre d'appliquer un régime tel que celui décrit au paragraphe 370 du Bofip contesté est vraisemblablement négligeable.

Les dispositions des articles 94 de la loi de finances pour 2000, n° 99-1172 du 29 décembre 1999, 10 de la loi de finances pour 2013, n° 2012-1509 du 29 décembre 2012, et 17 de la loi de finances pour 2014, n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 doivent donc être interprétées à la lumière de ces exigences, y compris leurs règles spécifiques d'application dans le temps.

B. Sur l'article 94 de la loi de finances pour 2000 et ses effets sur les plus-values en report d'imposition à la date du 1^{er} janvier 2000.

4. Ce texte a essentiellement fusionné « à droit constant », les différents régimes d'imposition des plus-values de particuliers à compter du 1^{er} janvier 2000 et remplacé le régime du report d'imposition – qui était « *le régime de droit commun pour les particuliers qui réalisent des plus-values d'échange à l'occasion (d'opérations telles que) fusion de sociétés* » – par un mécanisme de sursis d'imposition (exposé des motifs du projet de loi de finances pour 2000). La faible portée normative du texte a été relevée par le Conseil constitutionnel à l'appui de sa décision de rejet du recours de certains parlementaires (décision n° 99-424 DC, points 42 à 45).

Aux termes du V de ce texte, « *les articles 92 B et 94 A (entre autres) du code général des impôts (ont été) abrogés. Ces articles (...) demeurent applicables aux plus-values en report d'imposition à la date du 1^{er} janvier 2000* ».

Le 1 du II de l'article 92 B du CGI, issu de l'article 24 de la loi n°91-716 du 26 juillet 1991 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier précitée, avait instauré le régime de droit commun du report d'imposition en disposant que « *l'imposition de la plus-value réalisée en cas d'échange résultant (...) d'un apport à une société soumise à l'impôt sur les sociétés peut être reportée au moment où s'opérera la cession ou le rachat des titres reçus lors de l'échange* » (Documentation administrative de base 5 G 4531 n° 12 et suivants, repris en substance au Bofip-BOI-RPPM-PVBMI-30-10-30-10 n° 1 et suivants).

(a) Montant de la plus-value dont l'imposition est reportée

5. L'administration a précisé : « *Lors de l'échange, la plus-value est déterminée dans les conditions de droit commun par différence entre le prix de cession et le prix d'acquisition* »

(Doc. adm. 5 G 4531 n° 48, repris au paragraphe 300 du même Bofip-BOI-RPPM-PVBMI-30-10-30-10).

Ces conditions de droit commun, alors énoncées au 1 de l'article 94 A du CGI, sont, en substance, identiques à celles actuellement prévues par le premier alinéa du 1 de l'article 150-0 D du même code, introduit par le I de l'article 94 de la loi de finances pour 2000, dont on rappellera qu'il **fusionnait, à droit constant**, les dispositions antérieures (exposé des motifs du projet de loi et décision n° 99-424 DC précités).

La disposition en question n'a pas été modifiée par la suite et notamment pas par l'article 10 de la loi de finances pour 2013 qui a introduit l'abattement pour durée de détention, au moyen de vingt alinéas suivants. La modification introduite par l'article 17 de la loi de finances pour 2014 ne concerne que l'incidence de réductions d'impôt sans pertinence pour l'objet du litige.

Il y a donc une **continuité de la règle d'assiette déterminant le montant de chaque plus-value, applicable aux plus-values imposables et à celles dont l'imposition a été reportée antérieurement au 1^{er} janvier 2000**.

(b) Détermination du gain net annuel soumis à l'impôt

6. Les plus-values en report d'imposition ne sont pas imposables séparément des autres plus-values et compléments de prix imposables au titre de la même année sous déduction des moins-values de l'année et des années antérieures.

Le 6 de l'article 94 A du code général des impôts, également maintenu par la loi de finances pour 2000, a instauré l'imposition sur le montant net dégagé chaque année par le solde des plus et moins-values : « *Les pertes subies au cours d'une année sont imputables exclusivement sur les gains de même nature réalisés au cours de la même année ou des cinq années suivantes* ». Ces dispositions sont reprises, en substance au paragraphe 360 du Bofip précité.

Elles sont équivalentes à celles du 11 de l'article 150-0 D, introduit, comme le 1 précité, par le I de l'article 94 de la loi de finances pour 2000, dont on a déjà dit qu'il **fusionnait, à droit constant**, les dispositions antérieures (exposé des motifs du projet de loi et décision n° 99-424 DC précités).

Ici encore, il y a donc une **continuité de la règle d'assiette déterminant le montant net des gains de l'année d'imposition, applicable aux plus-values imposables et à celles dont l'imposition a été reportée antérieurement au 1^{er} janvier 2000**.

Ainsi, l'année de la cession qui met fin au report d'imposition d'une plus-value d'échange réalisée avant le 1^{er} janvier 2000, le montant de la plus-value, déterminé, **avant comme après la loi de finances pour 2000**, dans les conditions de droit commun – par différence entre le prix de cession (ou la valeur du titre lors de l'échange) et le prix d'acquisition – est inclus dans la somme algébrique des plus et moins-values imposables ou imputables au titre de la même année pour la détermination du **solde net soumis à l'impôt**.

L'article 8 (paragraphe 2 ou 6) de la directive « Fusions » prescrit en pareil cas d'imposer ces profits « *de la même manière* », ce qui s'oppose à la solution énoncée par l'administration au paragraphe 370 du Bofip contesté.

C. Sur l'abattement pour durée de détention, condition essentielle de l'application du barème progressif, introduit par l'article 10 de la loi de finances pour 2013

(a) L'abattement pour durée de détention, aménagement nécessaire de, et concomitant à, l'élargissement du barème progressif aux plus-values de cession de valeurs mobilières

7. Dans les termes de la loi, comme dans l'intention du législateur et dans l'analyse faite par le Conseil constitutionnel aux points 57 à 65 de sa décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012 sur l'article 10 de la loi de finances pour 2013, l'abattement pour durée de détention est une condition essentielle de l'application du barème progressif de l'impôt sur le revenu, introduite afin d'en atténuer les effets.

Pour retenir la conformité de ce texte à la Constitution, le Conseil constitutionnel a notamment relevé « *la combinaison de l'assujettissement au barème de l'impôt sur le revenu et de l'abattement pour durée de détention* » et considéré que le « *dispositif d'abattement progressif au titre de l'impôt sur le revenu selon la durée de détention des actions, parts, droits ou titres cédés* » est au nombre des « *aménagements* » dont est « *assorti* » « *l'élargissement de l'assiette de l'impôt sur le revenu aux plus-values de cession de valeurs mobilières* » (points 64 et 65).

Les conditions d'application de la loi dans le temps sont identiques pour l'une et l'autre mesures :

- l'imposition des plus-values mobilières au barème progressif, prévue à l'article 200 A du CGI, dans la rédaction issue du 1° du N du I de l'article 10 de la loi 2012-1509 de finances pour 2013 du 29 décembre 2012 s'applique, aux termes du V du même texte, « *aux gains nets et profits réalisés à compter du 1^{er} janvier 2013* »,
- c'est-à-dire dans les mêmes termes que l'abattement pour durée de détention prévu aux alinéas ajoutés au 1 de l'article 150-0 D du même code, successivement défini par le E du I de l'article 10 de la loi 2012-1509 et par le F du I de l'article 17 de la loi 2013-1278 de finances pour 2014 du 29 décembre 2013, lesquels s'appliquent également « *aux gains réalisés (...) à compter du 1^{er} janvier 2013* ».

La lettre de la loi sur les conditions d'entrée en vigueur du dispositif, l'intention du législateur et les motifs essentiels de la décision du Conseil constitutionnel, tout confirme que l'abattement pour durée de détention est indissociable de l'application du barème progressif, laquelle ne concerne que les « *gains réalisés (...) à compter du 1^{er} janvier 2013* ».

L'article 8 (paragraphe 2 ou 6) de la directive « Fusions » prescrit en pareil cas d'imposer « *de la même manière* » le profit résultant de la cession des titres reçus en échange que celui qui résulte de la cession des titres existant avant l'échange, ce qui implique la soumission simultanée au barème progressif et à l'abattement pour durée de détention.

(b) L'abattement pour durée de détention, règle de calcul de l'imposition et non d'assiette

8. Le ministre ne conteste pas davantage que l'abattement pour durée de détention, destiné à atténuer les effets de la progressivité du barème, est une règle de calcul ou de liquidation de l'impôt et non pas une règle d'assiette de la plus-value reportée.

D'une façon générale, l'abattement d'assiette que la loi prescrit d'appliquer au montant net d'une certaine catégorie de revenus ou d'actifs, avant l'application du taux ou du barème d'imposition, est une règle de calcul qui tend à réduire le montant de l'imposition concernée.

Lorsque l'impôt est perçu à un taux proportionnel, comme c'était le cas des plus-values de cession de parts et actions dans les petites et moyennes entreprises dont le dirigeant cédant partait en retraite, l'égalité est mathématique. Un taux d'imposition nominal de 19% appliqué à une plus-value nette réduite d'un abattement d'un tiers équivaut à un taux effectif d'imposition de $19\% \times 2/3 = 12 \frac{2}{3} \%$.

L'équivalence est également certaine lorsque le montant net d'une catégorie de revenus ou d'actifs concernée est inclus pour une certaine proportion, ou après un abattement d'assiette proportionnel, dans le revenu net global, ou l'actif net global, servant de base à l'application d'un barème progressif. Tel est le cas en matière d'impôt sur le revenu pour l'abattement de 40% sur les dividendes (lequel compensait la suppression de l'avoir fiscal) et l'abattement pour durée de détention pour les plus-values immobilières lorsque ces dernières étaient imposées au barème progressif. Tel est le cas également en matière d'impôt sur la fortune ou de droits de mutation à titre gratuit (notamment l'abattement de 75% pour les bois et forêts et ceux prévus par la loi Dutreil pour les actions et parts sociales d'entreprises). L'abattement d'assiette réduit alors le taux d'imposition effectif applicable à cette catégorie de revenus ou d'actifs et réduit la progressivité de l'impôt applicable aux autres éléments du revenu, ou de l'actif, imposable.

L'abattement pour durée de détention des actions et parts sociales cédées a précisément cette fonction. Il ne réduit pas le montant net des revenus, notamment pas en ce qui concerne la base d'imposition à d'autres contributions (CSG, CRDS ou autres prélèvements sociaux), ni pour la détermination du revenu fiscal de référence, ni pour le plafonnement de l'ISF. En revanche, l'abattement pour durée de détention, comme d'autres abattements de base similaires, réduit le montant à prendre en considération pour l'application du barème progressif.

9. Cette fonction de l'abattement dans le calcul de l'impôt est confirmée par les points 8 et 12 de la décision n° 390265 du Conseil d'Etat du 12 novembre 2015, citée dans la requête (RJF 2/16 n° 142).

En jugeant que « les gains *nets imposables* sont calculés après imputation par le contribuable sur les différentes plus-values qu'il a réalisées, **avant tout abattement**, des moins-values de même nature qu'il a subies au cours de la même année ou reportées en application du 11 [de l'article 150-0 D du CGI], pour le montant et sur les plus-values de son choix, et que **l'abattement pour durée de détention s'applique au solde ainsi obtenu** », le Conseil d'Etat a clairement considéré que l'abattement pour durée de détention est une règle de calcul ou de

liquidation de l'impôt, et non pas une règle d'assiette des plus-values réalisées. Sinon l'abattement aurait dû s'appliquer à chaque opération, en fonction de la durée de détention des titres ayant généré ces plus ou moins-values. C'était précisément la position exprimée dans les commentaires au Bofip qui ont été annulés par le Conseil d'Etat.

La même analyse découle également des décisions n° 2015-515 QPC du Conseil constitutionnel du 14 janvier 2016 et n° 392257 du Conseil d'Etat du 19 septembre 2016 sur l'application de l'abattement pour durée de détention aux compléments de prix perçus à compter du 1^{er} janvier 2013 pour des cessions antérieures à cette date. L'exigence constitutionnelle d'égalité devant la loi a imposé l'égalité de traitement de ces compléments de prix et des plus-values réalisées à compter du 1^{er} janvier 2013.

Pour déterminer le solde annuel des plus et moins-values avant tout abattement, il y a donc lieu d'ajouter au montant des plus-values réalisées depuis le 1^{er} janvier 2013 (y compris les plus-values en sursis d'imposition à raison d'échanges intervenus antérieurement), ceux des compléments de prix perçus dans l'année à raison de cessions réalisées avant le 1^{er} janvier 2013 et des plus-values de cessions réalisées mais non imposées antérieurement à cette date et devenues imposables au cours de l'année d'imposition.

10. Les décisions précitées transposent donc à l'abattement pour durée de détention les solutions, citées dans la requête, sur le caractère de règle de calcul ou de liquidation de l'impôt que présentait l'abattement de 20 % sur les salaires (CE, Sect., 5 janvier 1968 n° 70314, publié au recueil Lebon, *Dupont* 1968, p. 138 ; CAA Paris 10 février 2010, n° 09PA04223) et certains revenus professionnels.

La nature de cet abattement, appliqué au montant net du revenu catégoriel concerné, était telle qu'il a été intégré au barème progressif de l'impôt sur le revenu à compter de l'imposition des revenus de 2006, dans les conditions déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel (n° 2010-16 QPC du 23 juillet 2010). Le Conseil constitutionnel a confirmé par la suite que la majoration de 25% introduite dans le cadre de cette réforme ne concernait que l'application du barème progressif de l'impôt sur le revenu, à l'exclusion des autres impositions et contributions sociales assises sur les revenus (n° 2016-610 QPC du 10 février 2017 et 2017-643/650 QPC du 7 juillet 2017).

La raison essentielle commune à toutes ces décisions en est que, pour atténuer l'imposition applicable à une catégorie de revenus à inclure dans le revenu net global soumis au barème progressif d'imposition, l'abattement d'assiette applicable au revenu net de la catégorie en question, est la seule méthode ou règle de calcul de l'imposition qui permette d'atténuer les effets de la progressivité du barème, tant pour la catégorie de revenus en question que pour les autres revenus qui entrent dans la composition du revenu global net imposable.

11. A la différence des déductions forfaitaires pour frais ou réductions pour érosion monétaire, qui sont des règles d'assiette servant à déterminer le montant net du revenu, l'abattement d'assiette applicable au revenu net d'une certaine catégorie – c'est-à-dire à l'assiette proprement dite – est une règle de calcul de l'imposition et non pas, en dépit de sa dénomination ambiguë, une règle d'assiette. Ou plutôt l'abattement appliqué à l'assiette d'un revenu net déterminé, avant son inclusion dans le revenu net global servant de base à l'application du barème, n'est, par définition ou construction, **pas une règle d'assiette du revenu catégoriel concerné mais une règle de calcul du revenu net global et de son imposition au barème progressif.**

Il serait donc contraire au principe d'égalité devant la loi d'appliquer de façon différenciée les modalités d'élargissement du barème progressif aux plus-values de valeurs mobilières en distinguant entre l'entrée en vigueur du barème progressif et celle de l'abattement destiné à en atténuer la progressivité. Conformément à ce principe et à la nature comme à la fonction de l'abattement, le V de l'article 10 de la loi de finances pour 2013 a clairement retenu un seul critère de rattachement. Suivant la pratique législative constante en matière d'imposition des particuliers, ce critère est la réalisation des gains, c'est-à-dire des cessions.

L'article 8 (paragraphe 2 ou 6) de la directive « Fusions » prescrit en pareil cas d'imposer « *de la même manière* » le profit résultant de la cession des titres reçus en échange que celui qui résulte de la cession des titres existant avant l'échange, ce qui implique la soumission simultanée au barème progressif et à l'abattement pour durée de détention.

Ces deux raisons conduisent à condamner le paragraphe 370 du Bofip contesté.

D. Sur la combinaison des dispositions législatives précitées

12. Le litige porte sur l'effet combiné des dispositions des articles 94 de la loi de finances pour 2000, n° 99-1172 du 29 décembre 1999, 10 de la loi de finances pour 2013, n° 2012-1509 du 29 décembre 2012, et 17 de la loi de finances pour 2014, n° 2013-1278 du 29 décembre 2013, et spécialement des règles spécifiques d'application de ces textes dans le temps – lues à la lumière de l'article 8 paragraphe 2 ou 6 de la directive « Fusions » – sur la mise en œuvre de l'abattement pour durée de détention introduit lors de l'élargissement du barème progressif d'imposition aux plus-values de cession de valeurs mobilières.

On a vu précédemment au point **5.** ci-dessus que le montant de la plus-value en report d'imposition à la suite d'un échange réalisé avant le 1^{er} janvier 2000 est déterminé selon les règles de droit commun équivalentes à celles du premier alinéa du I de l'article 150-0 D. Comme vu au point **6.**, ce montant vient en ligne de compte pour la détermination du solde des différentes plus et moins-values imposables, avant tout abattement pour durée de détention, comme tout autre élément de ce compte.

Il résulte ainsi de la combinaison de ces textes législatifs que la plus-value en report d'imposition à la suite d'un échange réalisé avant le 1^{er} janvier 2000 est soumise aux mêmes règles d'assiette que les autres plus-values qui viennent en ligne de compte avec elle, y compris notamment les plus-values en sursis d'imposition à la suite d'échanges réalisés après le 1^{er} janvier 2000.

L'abattement prévu aux alinéas deuxième et suivants du 1 de l'article 150-0 D du CGI ne s'applique pas individuellement à chaque plus- ou moins- valeur entrant en ligne de compte pour la détermination du solde annuel à retenir en application du 11 de ce même article. Même si le montant de l'abattement dépend de celui de chaque plus-value, ou élément de prix, et de la durée de détention des titres correspondant, **l'abattement ne s'applique qu'au solde net obtenu en application du 11 de l'article 150-0 D du CGI.**

Tel est le cas des requérants pour lesquels le solde net est inférieur à la plus-value en report. Dans les circonstances où ce solde net est supérieur, alors l'abattement s'applique en

retenant l'imputation la plus favorable des plus-values, comme l'a indiqué le Conseil d'Etat dans sa décision précitée du 12 novembre 2015 (n° 390265).

L'abattement pour durée de détention, applicable au solde net des plus-et moins-values imposables de l'année, devrait donc se calculer par référence à tous ces éléments, sans égard pour la date des événements qui sont à leur origine. Le Conseil constitutionnel en a déjà jugé ainsi à propos des compléments de prix (décision n° 2015-515 QPC du 14 janvier 2016) et le Conseil d'Etat en a tiré les conséquences en annulant les paragraphes pertinents du Bofip (CE, 18 septembre 2016 n° 392257). L'objectif énoncé par l'article 8 paragraphe 2 ou 6 de la directive « Fusions » va dans le même sens.

Il résulte des décisions précitées du Conseil d'Etat et Conseil constitutionnel que, si le III de l'article 17 de la loi de finances pour 2013 dispose que les textes relatifs à l'abattement pour durée de détention s'applique aux gains réalisés à compter du 1^{er} janvier 2013, ce texte ne fait toutefois « *pas obstacle à l'abattement pour durée de détention aux compléments de prix lorsque la cession a été réalisée avant le 1^{er} janvier 2013.* » (CE, 18 septembre 2016, point 1).

La solution paraît transposable aux plus-values en report d'imposition à la suite d'un échange réalisé avant le 1^{er} janvier 2000. Comme les compléments de prix, elles sont définies par différence entre un prix de cession et un prix d'acquisition, de sorte que la plus-value nette finalement imposable est égale à la somme algébrique de ces deux éléments : plus ou moins-value initiale majorée du complément de prix dans le premier cas ; plus ou moins-value finale majorée des plus-values en report dans le second, qui correspond à la situation des requérants. Comme les compléments de prix, les plus-values en report d'imposition entrent en ligne de compte pour la détermination du solde net annuel des plus-values avant de le soumettre au barème d'imposition, après l'abattement pour durée de détention qui s'applique à ce solde.

13. Pour l'ensemble de ces raisons, l'application différenciée dans le temps des nouvelles modalités d'imposition définies par la loi, qu'opère le paragraphe 370 du BOFIP BOI-RPPM-PVBMI-30-10-30-10, procède d'une violation de la loi, et spécialement des dispositions combinées de l'article 94 de la loi de finances pour 2000 et du V de l'article 10 de la loi 2012-1509, lues en tant que de besoin à la lumière du paragraphe 2, devenu 6 de l'article 8 de la directive « fusions » dans ses versions successives.

Le paragraphe 370 en question doit donc être annulé dans son ensemble, ainsi que le demandent les requérants.

E. Discussion des précédents

14. C'est en vain que le ministre tire argument des décisions du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel intervenues sur des recours tendant tous à une annulation partielle du paragraphe critiqué, limitée à l'application de l'abattement aux plus-values réalisées antérieurement au 1^{er} janvier 2013 et placées en report d'imposition.

Ainsi limitées dans leur objet, ces requêtes étaient également limitées dans leurs moyens concentrés sur l'interprétation et la constitutionnalité de l'article 17 de la loi n° 2013-1278 de finances pour 2014 du 29 décembre 2013 et des dispositions modifiées par ce texte. Les motifs

des décisions du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel sont, de même, doublement limités.

Aucune de ces affaires n'a considéré la combinaison de ce dernier texte avec les dispositions de l'article 10 de la loi n° 2012-1509 de finances pour 2013 du 29 décembre 2012 qui avaient introduit, avec les mêmes modalités d'entrée en vigueur, l'application du barème progressif aux plus-values de cession de valeurs mobilières avec l'aménagement de calcul que constitue l'abattement pour durée de détention. Le moyen ne semble avoir été envisagé par aucun des requérants précédents. Rien dans les décisions du Conseil d'Etat ou les conclusions de son rapporteur public ne donne à penser que la combinaison de ces textes ou la fonction de l'abattement (comme règle de calcul de l'impôt plutôt que règle d'assiette des gains nets à prendre en considération) aient été envisagées comme moyens d'office pertinents pour le jugement des requêtes ainsi cantonnées.

Le Conseil d'Etat a donc pu limiter sa décision au constat que l'abattement ne s'applique qu'aux gains réalisés à compter du 1^{er} janvier 2013 et non pas aux plus-values réalisées antérieurement, y compris celles placées en report d'imposition, et à la considération que la cession mettant fin à ce report était sans incidence, sans prendre parti sur l'application du barème proportionnel dans les conditions visées au V de l'article 10 de la loi 2012-1509. La décision n° 2016-538 QPC du Conseil constitutionnel du 22 avril 2016 ne l'envisage pas davantage, notamment pas au point 10 consacré au principe d'égalité devant la loi.

Aucune de ces décisions n'envisage l'application combinée de ces textes et de l'article 94 de la loi de finances pour 2000 ni l'incidence de l'article 8, pris en ses paragraphes 2 et 6 successivement des directives « fusions ».

En raison de la différence d'objet des précédentes requêtes et de la différence des moyens examinés lors des précédentes décisions, le ministre ne peut pas utilement invoquer, en l'espèce actuelle, l'autorité qui s'attache à ces décisions.

15. La combinaison du V et des textes issus de l'article 10 de la loi 2012-1509 de finances pour 2013 – qui a soumis les plus-values au barème progressif de l'impôt sur le revenu pour les gains réalisés à compter du 1^{er} janvier 2013 – et de l'article 17 de la loi 2013-1278 de finances pour 2014, n'a pas été examinée non plus par la décision du 9 mai 2017 qui ne vise pas le premier de ces textes (CE 9 mai 2017, n° 407832, *Couard*, Dr. fisc. n° 25 comm. 350, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon). Probablement en raison des particularités du filtrage des QPC transmises, la question de l'application, *ratione temporis*, du barème progressif à une plus-value réalisée antérieurement au 1^{er} janvier 2013 – et qui aurait relevé du taux proportionnel de 19% si elle n'avait pas été exonérée sous certaines conditions – n'est pas évoquée par la décision.

Dans ses conclusions, le rapporteur public a considéré qu'il y aurait « *une malfaçon des dispositions d'entrée en vigueur de la réforme* » et que le contribuable aurait pâti de ce que la plus-value réalisée en 2011 était devenue imposable en 2013. Ni la décision ni les conclusions n'ont visé le V de l'article 10 de la loi n° 2012-1509 de finances pour 2013 qui ne faisait apparemment pas l'objet de la QPC transmise et ne semble pas avoir été, en tant que tel, applicable au litige au sens de l'ordonnance du 7 novembre 1958. Ni les conclusions ni l'arrêt n'indiquent en quoi la circonstance que la plus-value réalisée en 2011 fût devenue imposable après le 1^{er} janvier 2013 (par suite de la défaillance d'une condition) répondait à l'exigence qu'elle ait été « *réalisée* » après cette date au sens du texte pour l'application du barème progressif. Comme précédemment, la décision n° 2017-642 QPC du Conseil constitutionnel du

7 juillet 2017 n'envisage pas davantage la question de l'égalité devant la loi au regard de l'unité de rattachement qu'imposent la lettre du V de l'article 10 de la loi de finances pour 2013 et la fonction comme la nature de l'abattement en question.

Enfin, compte tenu des particularités du litige, ni l'article 94 de la loi de finances pour 2000 ni l'article 8 de la directive « Fusions » n'étaient pertinents dans cette affaire, alors qu'ils sont déterminants dans l'espèce actuelle.

16. Le présent litige est encore différent des précédents, relatifs à des plus-values professionnelles, dans lesquels le Conseil d'Etat a eu à se prononcer sur l'expiration d'un report d'imposition, et ses effets, spécialement en cas de modification du taux d'imposition par une disposition intervenue entretemps, laquelle ne comportait pas de règle spécifique d'application dans le temps. Les deux décisions concernent le report d'imposition de la plus-value professionnelle constatée lors de l'apport par un associé exerçant individuellement de sa clientèle ou des éléments d'actifs affectés à sa profession à une société civile professionnelle. Ce report d'imposition, alors prévu successivement aux articles 93-4 et 151 octies du CGI, prenait fin « *au moment où s'opérera la transmission ou le rachat des droits sociaux de cet associé* » (CE 16 mai 1990, n° 88782-95932 *Gonzalez de Gaspard*, 10 avril 2002, n° 226886, *Chaisemartin*, RJF 7/02 n° 788, concl. G. Bachelier BDCF 2002 n° 95).

La première de ces décisions se borne à énoncer que le retrait de l'associé avec la reprise de sa clientèle constituait une transmission de droits sociaux mettant fin au report de l'imposition qui devenait exigible (CE, 16 mai 1990). La seconde portait sur l'application du taux de 16% en vigueur l'année de cession ultérieure des parts sociales au lieu du taux de 10% ou 11%, propre à certaines plus-values professionnelles, en vigueur lors de l'apport en société. Il résulte des conclusions du Président Gilles Bachelier sur cet arrêt que le report de l'article 151 octies est un report d'imposition et non pas un report de paiement, de sorte qu'en l'absence de disposition spéciale d'entrée en vigueur du texte qui a majoré le taux d'imposition de ces plus-values professionnelles, le taux de droit commun plus élevé se trouvait applicable.

Il en va tout différemment pour les plus-values de cession de valeurs mobilières réalisées par des particuliers et régies par l'article 200 A. Conformément à la pratique législative constante en matière d'imposition des particuliers, chaque disposition modificative a pris soin de préciser qu'elle s'applique aux cessions, ou aux gains, réalisés après la date d'entrée en vigueur. Tel a été le cas de l'article 74 de la loi n° 2007-1822 du 24 décembre 2007 de finances pour 2008 qui a porté le taux d'imposition de 16% à 18%. Tel a encore été le cas de l'article 6 de la loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011 pour la majoration du taux de 18% à 19%. Tel est également le cas du V de l'article 10 de la loi de finances pour 2013.

L'application littérale de ces dispositions, telle que retenue par le Conseil d'Etat dans ses décisions précitées relatives au III de l'article 17 de la loi de finances pour 2014, conduirait à maintenir le taux proportionnel de 16% lors de l'expiration, après le 1^{er} janvier 2013, du report d'imposition des plus-values réalisées avant le 1^{er} janvier 2000. Ce serait une autre cause d'annulation du paragraphe 370 du Bofip contesté.

A supposer que les dispositions spécifiques d'application de la loi dans le temps en matière d'imposition des plus-values de cession des particuliers puisse céder devant une conception prétorienne des conséquences du report d'imposition, alors c'est l'ensemble des dispositions modifiées par l'article 10 de la loi de finances pour 2013 qui devraient s'appliquer, sans qu'il soit possible de distinguer entre l'élargissement du barème progressif et l'abattement

d'assiette qui l'accompagne, spécialement lorsque, comme en l'espèce actuelle, les règles d'assiette proprement dites de la plus-value et du gain net annuel sont inchangées.

En décider autrement reviendrait à faire de la règle prétorienne, dégagée pour les plus-values professionnelles en l'absence de texte spécifique, une exception partielle à la disposition législative expresse, de nature à la rendre à la fois d'une constitutionnalité douteuse et contraire à l'article 8 paragraphe 2 ou 6 de la directive « Fusions ».

A supposer que tel soit le cas, alors la question prioritaire de constitutionnalité proposée par un mémoire distinct mériterait d'être posée.

17. Plus radicalement, dans aucun des précédents cités par le ministre, le Conseil constitutionnel ne paraît avoir été saisi, ou même informé, de la disparité de traitement des plus-values imposées lors de la cession des titres reçus en échange suivant que le précédent échange avait été réalisé sous le régime du report d'imposition avant 2000 ou sur celui du sursis d'imposition postérieur à cette date. Ni le commentaire officiel ni le dossier documentaire n'en font état. Le Conseil constitutionnel n'a notamment pas été invité à apprécier si la différence de traitement était justifiée par une différence de situation pertinente et suffisante, ni si elle était proportionnée.

Le Conseil constitutionnel n'a pas davantage été saisi, à ces occasions, des dispositions des directives européennes relatives au régime commun des fusions de sociétés et opérations assimilées et des obligations qui en découlent pour l'interprétation des dispositions législatives soumises à son examen.

Par ses décisions n° 2016-538 QPC du 22 avril 2016 et n° 2017-642 QPC du 7 juillet 2017, le Conseil constitutionnel a jugé, conformément à sa précédente décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, qu'en l'absence d'abattement pour durée de détention « *l'application du taux maximal du barème progressif à cette plus-value méconnaîtrait les capacités contributives des contribuables* » (point 11 de la décision n° 2016-538 QPC et point 12 de la décision n° 2017-642 QPC).

Saisi de la seule question de constitutionnalité des dispositions issues de l'article 17 de la loi n° 2013-1278 de finances pour 2014, le Conseil constitutionnel n'a pas examiné la combinaison de ces textes avec les dispositions spécifiques du V de l'article 10 de la loi n° 2012-1509 de finances pour 2013 qui réservent l'application du barème progressif aux « *gains réalisés à compter du 1^{er} janvier 2013* ».

Si, pour remédier à l'inconstitutionnalité qu'il a relevée dans les deux décisions précitées, le Conseil constitutionnel a formulé une réserve d'interprétation, tendant à réduire l'assiette des plus-values concernées, l'autorité qui s'attache à ces décisions n'exclut pas que la difficulté soit éliminée par d'autres moyens tels qu'en l'espèce actuelle la prise en compte des dispositions spécifiques d'application de la loi dans le temps énoncées au V de l'article 10 de la loi n° 2012-1509 de finances pour 2013 et la fonction, comme la nature, de l'abattement introduit par le I de ce texte.

La proposition principale de la présente requête consiste à éliminer la « *malfaçon* » apparente, qui serait inconstitutionnelle, par l'application de ces dispositions spécifiques et la prise en compte de la directive européenne « Fusions » pour les plus-values d'échange réalisées avant le 1^{er} janvier 2000.

F. Récapitulatif et conséquences

18. Le présent recours, tiré de la combinaison des modalités spécifiques d'entrée en vigueur de dispositions législatives, déclarées conformes à la Constitution par de précédentes décisions du Conseil constitutionnel, dont certaines sous une réserve d'interprétation, ne tend pas à déclarer qu'une de ces dispositions prise isolément, ou que leur combinaison, porterait atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution. Bien au contraire. Il tend à montrer que la combinaison des modalités spécifiques d'entrée en vigueur de ces dispositions est de nature à réduire – voire faire disparaître – la difficulté qui avait donné lieu à la réserve d'interprétation et, par suite, le champ d'application de celle-ci.

Il ne paraît donc pas devoir faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité au sens de l'article 61-1 de la Constitution.

A supposer cependant qu'une analyse différente doive prévaloir, la question est présentée dans un mémoire distinct et motivé, tel que visé à l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958.

19. Par identité de motifs avec les décisions précitées du Conseil d'Etat et en combinant les mêmes dispositions de l'article 17 de la loi de finances pour 2014 avec celles de l'article 10 de la loi de finances pour 2012, le barème progressif (introduit au 2 de l'article 200 A du CGI par le I de ce dernier texte) ne serait pas davantage applicable « *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 n° 390265, point 4 ; CE 6 avril 2016 n° 391193 et 392344, point 5 ; et CE 19 juillet 2016 n° 394596, point 3).

Le ministre ne présente aucune objection sur ce point et n'envisage pas même la combinaison des textes ni, comme on l'a vu, la fonction et la nature de l'abattement à la lumière des décisions du Conseil d'Etat (12 novembre 2015 n° 390265, points 8 et 12) et du Conseil constitutionnel (n° 2015-515 PC du 14 janvier 2016, point 12). Le ministre n'envisage pas non plus d'interpréter ces textes à la lumière des directives « Fusions ».

L'annulation du paragraphe contesté dans son ensemble pour fausse application de la loi à ces deux égards se confirme donc.

20. Quelles conséquences en tirer ?

1. D'abord, constater que le barème progressif n'est pas applicable à l'imposition des plus-values réalisées antérieurement au 1^{er} janvier 2013 même lorsque la cession mettant fin au report intervient après cette date.
2. Considérer que le taux de 24% prévu au IV de l'article 10 de la loi 2012-1509 de finances pour 2013 ne s'appliquait qu'aux gains nets « *réalisés en 2012* » et n'est pas davantage pertinent.
3. En déduire que le taux proportionnel de 16%, applicable aux cessions intervenues antérieurement au 1^{er} janvier 2008 s'applique, lors de la cession ou du rachat des actions reçues en échange, au montant net des plus-values réalisées avant le 1^{er} janvier 2000.
4. Sauf à reconsidérer le cas échéant, à la lumière des deux moyens des requérants, les précédentes solutions retenues par le Conseil d'Etat.

Quelle que soit la solution, l'annulation du paragraphe 370 du Bofip BOI-RPPM-PVBMI-30-10-30-10 est certaine. Son annulation s'impose d'autant plus quand on considère l'obligation d'interpréter la loi à la lumière des objectifs de la directive européenne pertinente.

G. Sur la demande subsidiaire tendant à la saisine de la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle :

- 21.** Cette demande subsidiaire ne se pose que dans l'hypothèse où le Conseil d'Etat :
- 1° ne ferait pas droit à la demande principale fondée sur l'application combinée des dispositions de la loi interne, lues, en tant que de besoin, à la lumière de la directive « fusions » et
 - 2° aurait un doute sur le sens ou la portée de ces directives européennes pour la solution du présent litige.

Contrairement à ce que prétend le ministre, l'interprétation qui s'impose en l'espèce actuelle ne dépend pas des réponses de la Cour aux précédentes questions préjudicielles actuellement pendantes sur d'autres aspects de l'article 8 des directives « fusions ».

Même si le mécanisme du report d'imposition et la « *crystallisation* » de l'assiette et du fait générateur de la plus-value au moment de l'échange d'actions étaient validés, la question de la modalité d'imposition « *de la même manière* » lors de la cession des titres reçus en échange demeurerait pertinente.

La même question resterait pertinente aussi pour le règlement des conséquences actuelles des opérations passées si la directive devait être interprétée dans un sens peu compatible avec le régime français du report d'imposition qui a été effectivement appliqué lors des fusions et échanges d'actions intervenus avant le 1^{er} janvier 2000.

Dans le dialogue et la coopération avec la Cour de justice, il paraîtrait inapproprié de laisser ignorer à celle-ci les doutes supplémentaires que le Conseil d'Etat aurait sur les dispositions dont elle est déjà saisie. Cela porterait atteinte aux droits de la défense des requérants qui ne peuvent pas intervenir sur les précédentes questions préjudicielles pour éclairer la Cour sur la portée que l'administration française tire de la « *crystallisation* » dont elle se prévaut.

L'objection dilatoire proposée par le ministre ne peut qu'être écartée.

PAR CES MOTIFS

et tous autres à produire, déduire ou suppléer, au besoin d'office,

Les requérants :

- 1° persistent dans les conclusions de leur requête ;
- 2° subsidiairement, concluent à ce qu'il plaise au Conseil d'Etat saisir le Conseil constitutionnel de la question de constitutionnalité présentée dans un mémoire distinct.