

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

SECONDES OBSERVATIONS SUR LA QPC N°2019 – 833

POUR : **M. et Mme Philippe Langlois**
demeurant au 4, square Alboni
75016 Paris
Intervenants

Ayant pour avocat :
M^e Philippe Derouin
Avocat au barreau de Paris
demeurant à Paris, 140, rue du faubourg Saint Honoré (75008)
philippe.derouin@cabinet-derouin.com

CONTRE : **Le Premier ministre**

1. **En premier lieu**, le Premier ministre estime, au point 2 de ses observations (page 4/6), que les questions prioritaires de constitutionnalité renvoyées par le Conseil d'Etat seraient mal dirigées.

Au lieu d'en déduire, comme il serait logique, qu'il n'y a pas lieu pour le Conseil constitutionnel à statuer sur de telles questions, le Premier ministre soutient que les dispositions contestées devraient être déclarées conformes à la Constitution. Pourquoi donner un brevet de constitutionnalité à des dispositions législatives qui ne sont pas « concernées » ? Le Premier ministre ne le dit pas, et pour cause.

Il relève, à juste titre, que la contestation se rapporte aux conditions d'application des règles d'abattement pour les plus-values de cession de valeurs mobilières réalisées par les particuliers prévues à l'article 150-0 D du code général des impôts. Plus précisément, il s'agit du 1 de ce texte (dans la rédaction issue de la loi n°2012-1509 du 29 décembre 2012 de finances pour 2013) puis du 1 au 1 *quinquies* de ce même texte (dans la rédaction issue de la loi n°2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014) et non pas seulement des 1 *ter* et 1 *quater* qui ont fait l'objet de la décision n°2016-538 QPC du 22 avril 2016.

En tant que les observations du Premier ministre conduiraient à corriger les questions en ce sens, il n'y aurait pas davantage lieu, pour le Conseil constitutionnel à statuer sur ces questions en raison des arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne les 22 mars 2018 (C-327/16 et C-421/16 *Jacob et Lassus*, EU:C:2018:210) et 18 septembre 2019 (C-662/18 et C-672/18, EU:C:2019:750) sur les questions préjudicielles posées par le Conseil d'Etat (voir en ce sens les premières observations des Intervenants et les points 3 et 4 ci-après).

2. **En deuxième lieu**, c'est à tort que le Premier ministre soutient, au point 1 de ses observations (page 3/6 al.2) que le second de ces arrêts se serait prononcé « dans le cas où l'opération d'échange relève du champ d'application de la directive 2009/133/CE ».

Bien au contraire, une lecture modérément attentive des arrêts précités de la CJUE montre que, dans l'affaire *Jacob*, « *les faits à l'origine du litige au principal relatifs à l'affaire C-327/16 portent sur une opération d'échange de titres impliquant deux sociétés établies dans un seul et même État membre, en l'occurrence en France* » et que « *en réponse à une demande d'éclaircissement de la Cour, du 21 juillet 2016, la juridiction de renvoi (le Conseil d'Etat) a précisé que la législation en cause au principal, adoptée pour mettre en œuvre la directive fusions, est applicable dans les mêmes conditions aux opérations d'échange de titres, qu'elles soient purement internes ou transfrontalières, dès lors que le contribuable détenteur de titres a sa résidence fiscale en France à la date de l'échange* » (points 32 et 36 de l'arrêt 327/16 et C-421/16).

Conformément à sa jurisprudence *Dzodzi/Leur-Bloem*, la Cour en a déduit : « *Dès lors que la législation nationale en cause au principal se conforme, pour les solutions apportées à des situations où l'opération d'échange de titres est purement interne, à celles retenues par la directive fusions, il convient de constater que les questions posées par la juridiction de renvoi dans l'affaire C-327/16 sont recevables* » (point 37 dudit arrêt).

Il en a été de même dans l'arrêt C-662/18 et C-672/18 du 18 septembre 2019, à la seule différence que la Cour de justice n'a pas eu à demander d'éclaircissement au Conseil d'Etat, ni sur le champ territorial des sociétés concernées ni sur le champ matériel des échanges d'actions, retenus par la loi française (points 26 à 31 dudit arrêt, déjà cités par les Intervenants dans leurs premières observations).

Ces motifs, qui conditionnent la recevabilité des questions préjudicielles dans chaque cas, sont le soutien nécessaire du dispositif des arrêts précités et revêtus à ce titre de l'autorité de la chose jugée par la CJUE. Les observations du Premier ministre qui en méconnaissent la teneur et l'autorité ne peuvent pas être mieux retenues sur ce deuxième point que sur le premier.

3. **En troisième lieu**, les Intervenants se permettent de rappeler la distinction entre l'interprétation de la loi conformément aux objectifs de la directive, qui s'impose aux pouvoirs publics et juridictions nationales y compris en cas de « sur-transposition » par la loi au-delà du champ défini par la directive européenne, et le conflit de normes né de la confrontation d'une loi incompatible avec les termes de la directive.

Pour ce faire, le mieux est probablement de citer, même un peu longuement, les excellentes conclusions de M. le rapporteur public Edouard Crépey devant le Conseil d'Etat sur la décision *Technicolor* du 14 décembre 2014 (BDCF 3/15 n°28) :

- (a) Tout d'abord

« il est bien établi qu'une directive peut également être invoquée à propos d'opérations réalisées entre sociétés d'un même Etat pourvu qu'à l'occasion de sa transposition en droit interne, le législateur national ait entendu, afin le plus souvent d'éviter des discriminations à rebours à l'encontre des ressortissants nationaux, appliquer le même traitement aux situations internes et à celles régies par le droit européen. C'est ainsi, d'une part, qu'en pareil cas la Cour de Luxembourg ne décline pas sa compétence pour connaître de questions

*préjudicielles qui lui sont renvoyées par des juridictions nationales pourtant saisies au principal de situations purement internes (voyez ainsi CJCE 17 juillet 1997 C-28/95 plén., Leur-Bloem: RJF 10/97 n° 1002, note Ph. Derouin Dr. fisc. n° 38/97 p. 1100 et CJCE 15 janvier 2002 C -43/00, Andersen og Jensen : RJF 4/02 n° 458, conclusions A. Tizzano au BDCF 4/02 n° 55, étude P. Dibout Dr. fisc. n° 27/02 p. 991- auxquels on doit ajouter désormais CJUE 22 Mars 2018 C-327/17 et C-421/16 Jacob et Lassus, spécialement aux points 32 à 37 rappelés ci-dessus et CJUE 18 septembre 2019 C-662/18 et C-672/18 précité - à propos de la directive 90/434/CEE du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents ; et pour des exemples mettant (...) en cause la directive mère-fille, cf. CJCE 22 décembre 2008 C-48/07, Belgique c/ Les Vergers du Vieux Tauves SA : RJF 3/09 n° 305 et CJUE 18 octobre 2012 C-371/11, Punch Graphix Prepress Belgium NV : RJF 1/13 n° 124) ; c'est ainsi, d'autre part, que le cas échéant **vous interprétez de vous-mêmes le texte national à la lumière de la directive** (CE 17 juin 2011 n° 324392, SARL Méditerranée automobiles et n° 314667, Société Finaparco : RJF 10/11 n° 1035, chronique M^{me} C. Raquin RJF 11/11 p. 1019, conclusions P. Collin BDCF 10/2011 n° 110, note P.-F. Racine Dr. fisc. 37/11 c. 502, note S. Austray FR 37/11 inf. 13 p. 17).*

*Comme le relève le président Ph. Martin dans une récente note (Dr. fisc. 41/14 c. 569), **il ne s'agit pas en pareille hypothèse d'une interprétation neutralisante classique, la directive ne s'imposant naturellement pas en tant que norme supérieure en dehors de son champ d'application. Il est simplement question de tirer les conséquences de ce qu'un même texte régit à la fois des situations purement nationales et des situations régies par le droit européen.** Pour reprendre la formule du président Fouquet (Dr. fisc. 10/13 c. 185) : « **Texte unique, interprétation unique** », et dès lors que dans le champ du droit de l'Union l'interprétation de la loi nationale est, autant que faire se peut, dictée par celui-ci, le droit interne, sans perdre son caractère interne, est ipso facto contaminé par le droit européen. En assurant cette **cohérence**, le juge ne fait au demeurant que **servir l'intention du législateur de traiter uniformément les situations relevant de sa seule souveraineté et celles dont le législateur européen s'est par ailleurs saisi.** »*

(a) En deuxième lieu

« Mais, comme vous l'avez précisé dans une décision Société Ambulances de France (CE 30 janvier 2013 n° 346683 : RJF 4/13 n° 392 avec chronique M^{me} E. Bokdam-Tognetti p. 331, conclusions M^{me} C. Legras au BDCF 4/13 n° 42, observations O. Fouquet précitées à Dr. fisc. 10/13 c. 185 et JCP E 2013 n° 1178) rendue - comme les arrêts SARL Méditerranée automobiles et Société Finaparco - à propos du régime des fusions, il faut en second lieu, même en présence d'un texte unique applicable tant aux opérations purement françaises qu'aux opérations entre sociétés d'Etats membres différents, que la lettre contraire de ce texte ne fasse pas obstacle au recours à la technique de l'interprétation neutralisante ».

En ce sens, comme les Intervenants l'ont fait valoir dans leurs premières observations, la décision du Conseil d'Etat a retenu :

*« que, le législateur n'ayant pas entendu traiter différemment les situations concernant uniquement des sociétés françaises et celles qui, concernant des sociétés d'Etats membres différents, sont seules dans le champ de la directive, **les dispositions en cause doivent en conséquence être interprétées à la lumière de ses objectifs, dès lors qu'une telle interprétation n'est pas contraire à leur lettre** » . Cette formule est intégralement reprise dans l'analyse au recueil Lebon.*

Le Premier ministre ne conteste pas sérieusement qu'il a va de même au cas présent.

4. Les dispositifs des arrêts de la Cour de justice pertinents sont clairs.

Aux termes de l'arrêt du 22 mars 2018 *Jacob et Lassus*, C-327/16 et C-421/16 :

« *L'article 8 la directive 90/434/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents (...) ne s'oppose pas à une législation d'un État membre en vertu de laquelle la plus-value issue d'une opération d'échange de titres relevant de cette directive est constatée à l'occasion de cette opération, mais son imposition est reportée jusqu'à l'année au cours de laquelle intervient l'évènement mettant fin à ce report d'imposition, en l'occurrence la cession des titres reçus en échange* ».

Par ce premier arrêt, la Cour de justice a retenu la conformité de la loi française sans accorder plus d'importance qu'elle n'en méritait à la différence de technique d'imposition entre le report et le sursis applicable lors de l'échange.

Aux termes de celui du 18 septembre 2019, C-662/18 et C-672/18 :

« *L'article 8, paragraphes 1 et 6, de la directive 2009/133/CE du Conseil, du 19 octobre 2009, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, (...), et l'article 8, paragraphe 1 et paragraphe 2, deuxième alinéa, de la directive 90/434/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, doivent être interprétés en ce sens que, dans le cadre d'une opération d'échange de titres, ils requièrent que soit appliqué, à la plus-value afférente aux titres échangés et placée en report d'imposition ainsi qu'à celle issue de la cession des titres reçus en échange, le même traitement fiscal, au regard du taux d'imposition et de l'application d'un abattement fiscal pour tenir compte de la durée de détention des titres, que celui que se serait vu appliquer la plus-value qui aurait été réalisée lors de la cession des titres existant avant l'opération d'échange, si cette dernière n'avait pas eu lieu.* »

Par ce second arrêt, la Cour de justice a confirmé la solution expressément mise en œuvre par la loi et l'administration françaises en cas de cession ultérieure de titres ayant fait l'objet d'un sursis d'imposition, tant par les particuliers que par les entreprises et personnes morales. Elle a précisé qu'elle était la seule conforme à la directive, ce qui la rend applicable aussi lorsque l'échange auquel un particulier a participé a fait l'objet d'un report d'imposition.

Les Intervenants ont montré dans leurs premières observations que les dispositions des 1 à 1 *quinquies* de l'article 150-0 D du code général des impôts (comme du seul 1 englobant la teneur des 1 et 1 *quinquies* dans la rédaction issue de l'article 10 de la loi de finances pour 2013 déclaré conforme à la Constitution par la décision 2012-662 DC du 29 décembre 2012) se prêtent parfaitement à une interprétation conforme aux directives européennes et aux interprétations qu'en a données la Cour de justice dans les arrêts précités. Cette interprétation conforme a le mérite supplémentaire d'aligner les effets du report et du sursis d'imposition successivement ou simultanément appliqués aux opérations réalisées par les particuliers et sur le régime

applicable aux personnes morales, assurant ainsi une complète cohérence de la loi et de son application.

De même que naguère le Conseil d'Etat a décidé que, faute de différence de traitement subsistant à la lumière de la directive mère-fille, il n'y avait pas lieu à renvoi de QPC dans l'affaire *Technicolor* dont il était saisi, il appartient désormais au Conseil constitutionnel de dire n'y avoir lieu à statuer sur les questions renvoyées en l'espèce actuelle.

La solution s'impose d'autant plus devant le Conseil constitutionnel que celui-ci a retenu de longue date l'intégration du droit de l'Union européenne au droit national.

C'est donc à tort que le Premier ministre soutient (page 3/6 al.4) que seraient « désormais inapplicables aux opérations relevant du champ d'application de la directive «régime fiscal commun des fusions de sociétés» les dispositions s'opposant à l'application du dispositif d'abattement ... ». Bien au contraire et plus positivement, les dispositions qui attribuent le bénéfice de l'abattement et règlent le calcul de la durée de détention sont applicables, conformément à l'interprétation donnée par les arrêts précités de la Cour de justice, dans les mêmes termes à toutes les opérations relevant du champ matériel et territorial défini par la loi française sans distinguer suivant qu'elles relèvent également ou non de celui de la directive puisque le législateur lui-même a exclu cette distinction. Les décisions de la Cour de justice ont en quelque sorte aligné les effets du report d'imposition sur ceux du sursis d'imposition, comme le législateur l'a fait ou aurait pu le faire plus explicitement. Le Premier ministre n'est pas plus heureux sur ce troisième point que sur les précédents.

5. **En quatrième lieu et subsidiairement**, le Premier ministre se livre, aux points 3. et 4. de ses observations, à des considérations sur le caractère majoritaire ou minoritaire des participations faisant l'objet d'un apport en société alors que, depuis l'article 24 de la loi n°91-716 DDOEF du 26 juillet 1991, la loi elle-même exclut cette distinction, tant aux anciens articles 92 B, 150 A bis et 160 qu'à l'actuel article 150-0 B *ter* du code général des impôts.

Ces considérations sont sans pertinence pour l'examen de la QPC n°2019-833 qui ne porte pas spécifiquement sur les apports de titres à une société mais sur tous les échanges visés au II de l'ancien article 92 B du code général des impôts. Elles le sont d'autant moins en l'espèce actuelle que la requérante principale a échangé ses titres à l'occasion d'une fusion de sociétés (et non pas d'un apport en société) et que les Intervenants ont échangé les leurs à l'occasion d'une offre publique d'échange de la société Vivendi portant sur la totalité du capital de la société Pathé (c'est-à-dire un apport de participation majoritaire).

Sur le fond, ces considérations ne valent pas mieux que les précédentes pour plusieurs raisons :

1° dans son arrêt C-662/18 et C-672/18 du 18 septembre 2019, la Cour de justice a examiné la question (au point 26 seconde phrase) ; elle a rappelé que «*la Cour a déclaré comme étant recevables de telles demandes (en interprétation) également dans des cas où, même si la disposition du droit de l'Union dont l'interprétation est demandée est appelée à s'appliquer, dans le cadre du droit national, dans des conditions différentes de celles prévues par la disposition du droit de l'Union correspondante (voir, en ce sens, arrêts du 11 octobre 2001, Adam, C-267/99, EU:C:2001:534, points 27 à 29, ainsi que du 7 novembre 2018, C et A, C-257/17, EU:C:2018:876, point 33 et jurisprudence citée)* » (point 29).

Elle en a conclu que les questions préjudicielles transmises par le Conseil d'Etat sur l'interprétation des directives « régime fiscal commun des fusions de sociétés », y compris sur le cas des apports en société de participation minoritaire, étaient recevables puisque « *la législation nationale applicable dans les affaires au principal, adoptée pour mettre en œuvre la directive 90/434, remplacée par la directive 2009/133, se conforme, pour les solutions apportées à des situations telles que celles en cause dans ces affaires, à celles retenues par ces directives.* » (point 31). Comme dit au point 1 ci-dessus, ces motifs sont le soutien nécessaire du dispositif de l'arrêt et emportent la même autorité. Il est paradoxal et contraire à l'autorité de l'arrêt de la Cour, sollicité par le Conseil d'Etat précisément sur ce point, de prétendre aujourd'hui le contraire.

2° l'interprétation de la loi et spécialement de l'article 150-0 D du code général des impôts conformément à la directive « régime fiscal commun des fusions de sociétés » et aux arrêts de la Cour de justice des 22 mars 2018 (C-327/16 et C-421/16 *Jacob et Lassus*) et 18 septembre 2019 (C-662/18 et C-672/18) ne se heurte à aucune disposition expresse contraire de la loi française, pas plus pour les apports de participations minoritaires que pour les autres échanges d'actions. L'intention constante du législateur depuis près de trente ans de traiter de la même manière les apports de participations majoritaires et minoritaires peut être intégralement respectée. Le Premier ministre ne cite aucun texte législatif sur lequel s'interroger au regard des principes d'égalité devant la loi et les charges publiques. Il n'y a pas plus matière à statuer pour le Conseil constitutionnel sur ce point que sur les autres.

3° les arguments avancés par le Premier ministre pour tenter de justifier, contrairement à la lettre de la loi et à l'intention du législateur depuis la loi n°91-716 DDOEF du 26 juillet 1991, une différence de traitement entre un apport de participation majoritaire et un apport de participation minoritaire sont bien minces :

- le changement de contrôle allégué dans le premier cas est par construction exclu puisque l'article 150-0 D *ter* du code général des impôts requiert que l'apporteur contrôle la société bénéficiaire de l'apport. Il continuera de ce fait à contrôler la société dont il apporte les titres.
- l'argument selon lequel un apport de participation minoritaire n'aurait pas une incidence directe sur l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur ne vaut guère mieux car l'article 8 des directives « régime fiscal commun des fusions de sociétés » considère la situation des actionnaires pour leur garantir la neutralité de l'opération, quelle que soit la modestie de leur participation, y compris lorsqu'elle relève de la libre circulation des capitaux.

Bien que de portée plus limitée que les précédents, le quatrième point (subsidaire) du Premier ministre n'est pas plus solide.

- 6. En cinquième lieu et plus subsidiairement,** le Premier ministre demande au Conseil constitutionnel ce que le Gouvernement français n'a pas demandé à la Cour de justice, à savoir différer les effets de sa décision dans le temps.

Une telle demande est vaine si le Conseil constitutionnel décide, comme le proposent les Intervenants, que l'application de la loi conformément à l'interprétation donnée par la Cour de justice est nécessaire et suffisante et qu'elle ne fait apparaître aucune différence de traitement, de sorte qu'il n'y a pas lieu de statuer sur les questions renvoyées.

Le Premier ministre, qui ne fournit aucune estimation chiffrée, ni en nombre de contribuables concernés ni en montants financiers en jeu ni d'aucune autre manière, n'indique pas en quoi consisteraient les « conséquences manifestement excessives » qu'il invoque.

Pour les contribuables qui demandent à ne pas être traités autrement que les autres dont l'échange de titres relevait de la technique du sursis (plutôt que du report) d'imposition, on voit mal en quoi consisterait l'effet d'aubaine allégué.

PAR CES MOTIFS

les intervenants persistent dans leurs premières observations et concluent à ce qu'il plaise au Conseil constitutionnel

1° les recevoir en leur intervention ;

2° rappeler que l'ordre juridique de l'Union européenne est intégré à l'ordre juridique interne, de sorte qu'il appartient à tous pouvoirs publics et juridictions d'interpréter la loi conformément aux dispositions pertinentes du droit de l'Union européenne, au besoin en écartant une interprétation antérieurement admise, y compris par le Conseil constitutionnel, sans qu'il en résulte pour autant une question de conformité de la loi ainsi interprétée aux droits que la Constitution garantit ;

3° viser et analyser les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne du 22 mars 2018 *Jacob et Lassus*, C-327/16 et C-421/16 et du 18 septembre 2019, C-662/18 et C-672/18 ; dire qu'ils constituent un changement de circonstances depuis la décision n°2016-538 QPC du 22 avril 2016 et appellent une nouvelle interprétation des dispositions législatives conforme à l'interprétation de l'article 8 des directives européennes sur le régime fiscal commun des fusions de sociétés donnée par la Cour de justice ;

4° décider que l'application de la loi, spécialement de l'article 150-0 D du code général des impôts dans ses rédactions successives, qui en résulte est suffisante pour aligner les règles de calcul de l'abattement pour durée de détention applicables en cas de report d'imposition de la plus-value d'échange sur celles prévues en cas de sursis d'imposition, qu'elle fait ainsi disparaître, conformément à l'intention du législateur, toute différence de traitement entre les opérations placées dans le champ matériel et territorial de la loi, de sorte qu'il n'y a pas lieu de statuer sur les questions renvoyées par le Conseil d'Etat.