Plus-values

202 Imposition des plus-values d'échange d'actions et neutralité fiscale prescrite par les directives européennes concernant le régime fiscal commun des fusions

Après trois ans de résistance, et de multiples décisions de rejet, le Conseil d'État s'est résolu à interroger la Cour de justice de l'Union européenne sur les conséquences fiscales pour les particuliers du report d'imposition applicable à certaines plus-values d'échange d'actions au regard des directives européennes n° 90/434/CE du 23 juillet 1990 et n° 2009/133/CEE du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun des fusions de sociétés et autres opérations similaires, spécialement de leur article 8 relatif à la fiscalité des associés. La note qui suit les conclusions du rapporteur public est, en quelque sorte, un projet de réponse.

CE, 8e et 3e ch., 12 oct. 2018, n° 423044, concl. B. Bohnert, note Ph. Derouin

Inédit au recueil Lebon

1. Mme B demande l'annulation pour excès de pouvoir du paragraphe n° 130 des commentaires administratifs publiés au Bulletin officiel des finances publiques (BOFiP) – Impôts sous la référence BOI-RPPM-PVBMI-20-20-10 le 24 juillet 2017, en tant qu'il écarte l'application de l'abattement pour durée de détention prévu par l'article 150-0 D du CGI aux plus-values réalisées antérieurement au 1er janvier 2013 et placées en report d'imposition en application du II de l'article 92 B et du I ter de l'article 160 du CGI au lieu de prescrire l'application d'un abattement global déterminé en fonction de la durée de détention décomptée depuis l'acquisition des titres remis à l'échange jusqu'à la cession des titres issus de l'échange et pratiqué sur la somme de la plus-value mise en report lors de l'échange et de la plus-value réalisée sur la cession des titres issus de l'échange.

2. Aux termes du paragraphe n° 130 des commentaires administratifs publiés le 24 juillet 2017 sous la référence BOI-RPPM-PVBMI-20-20-10 : « *[...] l'abattement pour durée de détention ne s'applique pas [...] aux gains nets de cession, d'échange ou d'apport réalisés avant le 1er janvier 2013 et placés en report d'imposition dans les conditions prévues au II de l'article 92 B, 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 1er janvier 2000 [...]* ».

3. L'intérêt dont se prévaut Mme B à l'appui de sa requête tient à la réalisation d'une opération d'échange de titres entre les sociétés de Noyange et Carrefour. Ces sociétés étant toutes deux établies en France, cet intérêt ne lui donne qualité pour demander l'annulation des commentaires administratifs qu'elle attaque qu'en tant que ceux-ci concernent les situations internes, à l'exclusion des opérations intéressant des sociétés d'États membres différents, lesquelles sont seules susceptibles d'entrer dans le champ de la directive qu'elle invoque.

4. D'une part, Mme B soutient, en soulevant une question prioritaire de constitutionnalité, que les dispositions combinées du III de l'article 17 de la loi du 29 décembre 2013 de finances pour 2014, du II de l'article 92 B et du I ter de l'article 160 du CGI, que réitèrent les énonciations litigieuses, méconnaissent les principes d'égalité devant la loi et d'égalité devant les charges publiques protégés respectivement par les articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, en tant que les modalités d'imposition des plus-values réalisées avant le 1er janvier 2010 et placées en report d'imposition en application de ces articles 92 B et 160 sont plus défavorables lorsque les opérations d'échange d'actions n'entrent pas dans les prévisions de la directive « fusions » du 23 juillet 1990 que lorsqu'elles y entrent, ce dont il résulte une discrimination à rebours contraire à ces principes constitutionnels.

5. D'autre part, Mme B soutient que les énonciations qu'elle attaque reproduisent des dispositions qui, en autorisant l'imposition de la totalité de la plus-value résultant de l'échange de titres alors que la plus-value de cession des titres reçus à l'échange bénéficie quant à elle, le cas échéant, des abattements pour durée de détention et, ainsi, en ne soumettant pas ces deux plus-values à un même régime d'imposition, sont incompatibles avec les objectifs du paragraphe 1 de l'article 8 de la directive 2009/133/CE du 19 octobre 2009.

Sur le premier moyen :

En ce qui concerne le cadre juridique :

6. Aux termes de l'article 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article* ». En vertu des dispositions de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, prises pour l'application de ces dispositions constitutionnelles, le Conseil constitutionnel doit être saisi de la question prioritaire de constitutionnalité à la triple condition que la disposition contestée soit applicable au litige ou à la procédure, qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances, et que la question soit nouvelle ou présente un caractère sérieux.

7. Le Conseil d'État, lorsqu'il est saisi d'un moyen contestant la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés garantis par la Constitution, doit, en se prononçant par priorité sur le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel, statuer dans un délai de trois mois. En vertu des dispositions de l'article 23-7 de la même ordonnance, si le Conseil d'État ne s'est pas prononcé dans ce délai, la question est transmise au Conseil constitutionnel.

8. Aux termes de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : « *La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel : a) sur l'interprétation des traités, b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question./Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour* ».

9. Les dispositions précitées de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ne font pas obstacle à ce que le juge administratif, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne, en assure l'effectivité, soit en l'absence de question prioritaire de constitutionnalité, soit au terme de la procédure d'examen d'une telle question, soit à tout moment de cette procédure, lorsque l'urgence le commande, pour faire cesser immédiatement tout effet éventuel de la loi contraire au droit de l'Union. Le juge administratif dispose de la possibilité de poser à tout instant, dès qu'il y a lieu de procéder à un tel renvoi, en application de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne. Lorsque l'interprétation ou l'appréciation de la validité d'une disposition du droit de l'Union européenne détermine la réponse à la question prioritaire de constitutionnalité, il appartient au Conseil d'État de saisir sans délai la Cour de justice de l'Union européenne.

En ce qui concerne l'interprétation des dispositions invoquées dans le présent litige :

10. Aux termes de l'article 8 de la directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre, qui reprend les dispositions de l'article 8 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 des sociétés d'États membres différents : « *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* ».

11. Aux termes du II de l'article 92 B du CGI, dans sa rédaction applicable aux plus-values réalisées antérieurement au 1er janvier 2000 : « *1. À compter du 1er janvier 1992 ou du 1er janvier 1991 pour les apports de titres à une société passible de l'impôt sur les sociétés, l'imposition de la plus-value réalisée en cas d'échange de titres résultant d'une opération d'offre publique, de fusion, de scission, d'absorption d'un fonds commun de placement par une société d'investissement à capital variable réalisée conformément à la réglementation en vigueur ou d'un apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés, peut être reportée au moment où s'opérera la cession, le rachat, le remboursement ou l'annulation des titres reçus lors de l'échange. [...]* ». Aux termes du I ter de l'article 160 du même code, dans sa rédaction applicable aux plus-values réalisées antérieurement au 1er janvier 2000 : « *4. L'imposition de la plus-value réalisée à compter du 1er janvier 1991 en cas d'échange de droits sociaux résultant d'une opération de fusion, scission, d'apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés peut être reportée dans les conditions prévues au II de l'article 92 B* ».

12. Il résulte de ces dispositions du CGI, selon l'interprétation constante qui en est donnée par le Conseil d'État, statuant au contentieux, qu'elles ont pour seul effet de permettre, 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, de constater et de liquider la plus-value d'échange l'année de sa réalisation et de l'imposer 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. Le montant de la plus-value est ainsi calculé en appliquant les règles d'assiette en vigueur l'année de sa réalisation, mais son imposition obéit, s'agissant d'un report optionnel, aux règles de calcul de l'impôt en vigueur l'année au cours de laquelle intervient l'événement qui met fin au report d'imposition.

13. En vertu du 2 de l'article 200 A du CGI, dans sa rédaction applicable aux revenus perçus à compter du 1er janvier 2013 et résultant de la loi du 29 décembre 2012 de finances pour 2013, les gains nets obtenus dans les conditions prévues à l'article 150-0 A sont pris en compte pour la détermination du revenu net global soumis au barème progressif de l'impôt sur le revenu. L'article 150-0 D du CGI dispose, dans sa version issue de la loi du 29 décembre 2013 de finances pour 2014, au deuxième alinéa de son 1, que : « *Les gains nets de cession à titre onéreux d'actions, de parts de sociétés, de droits portant sur ces actions ou parts, ou de titres représentatifs de ces mêmes actions, parts ou droits, mentionnés au I de l'article 150-0 A, ainsi que les distributions mentionnées aux 7, 7 bis et aux deux derniers alinéas du 8 du II du même article, à l'article 150-0 F et au 1 du II de l'article 163 quinquies C sont réduits d'un abattement déterminé dans les conditions prévues, selon le cas, au 1 ter ou au 1 quater du présent article* ». Ce même article définit, à son 1ter, l'abattement pour durée de détention de droit commun et, à son 1 quater, l'abattement pour durée de détention renforcé applicable à certaines situations. Le III de l'article 17 de la loi du 29 décembre 2013 de finances pour 2014 prévoit que ces dispositions s'appliquent aux gains réalisés à compter du 1er janvier 2013.

14. L'interprétation des dispositions nationales et l'appréciation de leur compatibilité avec la directive du 19 octobre 2009 dépendent de la réponse aux questions de savoir si les dispositions précitées de l'article 8 de la directive doivent être interprétées en ce sens qu'elles font obstacle à ce que la plus-value réalisée à l'occasion de la cession des titres reçus à l'échange et la plus-value en report soient imposées selon des règles d'assiette et de taux distinctes et, en particulier, si elles s'opposent à ce que les abattements d'assiette destinés à tenir compte de la durée de détention des titres ne s'appliquent pas à la plus-value en report, compte tenu de ce que cette règle d'assiette ne s'appliquait pas à la date à laquelle cette plus-value a été réalisée, et s'appliquent à la plus-value de cession des titres reçus à l'échange en tenant compte de la date de l'échange et non de la date d'acquisition des titres remis à l'échange.

15. Les questions énoncées au point 14 présentent une difficulté sérieuse d'interprétation du droit de l'Union européenne, qui justifie qu'elles soient renvoyées à la Cour de justice de l'Union européenne.

En ce qui concerne la question prioritaire de constitutionnalité :

16. Selon la réponse qui sera donnée aux questions énoncées ci-dessus, il appartiendra au juge de l'excès de pouvoir, soit de juger que les commentaires litigieux réitèrent des dispositions devant être regardées comme incompatibles avec la directive du 19 octobre 2009 en tant qu'elles s'appliquent aux plus-values d'échange d'actions entre sociétés d'États membres différents, soit de juger qu'ils réitèrent des dispositions qui ne sont pas incompatibles avec la directive, compte tenu, le cas échéant, de la possibilité d'en donner une interprétation conforme aux objectifs de celle-ci. Tant que l'interprétation de l'article 8 de la directive n'aura pas conduit le juge de l'excès de pouvoir à écarter l'application des énonciations réitérant les dispositions contestées aux plus-values d'échange d'actions entre sociétés d'États membres différents, aucune différence dans le traitement fiscal des opérations d'échange n'est susceptible d'en résulter au détriment des plus-values issues d'un échange d'actions entre sociétés françaises. Ainsi, en l'état, la question prioritaire de constitutionnalité invoquée, qui n'est pas nouvelle, ne peut être regardée comme revêtant un caractère sérieux et il n'y a pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel.

17. Dans le cas où, à la suite de la décision de la Cour de justice de l'Union européenne, la requérante présenterait à nouveau au Conseil d'État la question prioritaire de constitutionnalité invoquée, l'autorité de la chose jugée par la présente décision du Conseil d'État ne ferait pas obstacle au réexamen de la conformité à la Constitution des dispositions du III de l'article 17 de la loi du 29 décembre 2013 de finances pour 2014, du II de l'article 92 B et du I ter de l'article 160 du CGI.

Sur le second moyen :

18. Mme B ne peut utilement se prévaloir, à l'appui des conclusions pour lesquelles elle est recevable à agir telles que définies au point 3, de ce que les dispositions de la loi, telles que réitérées par les énonciations attaquées, seraient incompatibles avec les objectifs de l'article 8, paragraphe 2, de la directive 90/434/CE du Conseil du 23 juillet 1990, repris à l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2009/133/CE précitée.

19. Il résulte de tout ce qui précède qu'il y a lieu de renvoyer à la Cour de justice de l'Union européenne les questions mentionnées au point 14 et de surseoir à statuer sur la requête de M^me^ B.

CE, 8^e^ et 3^e^ ch., 12 oct. 2018, n° 423118 (non reproduit), concl. B. Bohnert, note Ph. Derouin

Inédit au recueil Lebon

CONCLUSIONS

1 – Le litige qui vous est soumis dans les affaires qui viennent d'être appelées à une nouvelle fois pour origine le changement de régime d'imposition des plus-values mobilières, prévu par la loi n° 2012-1509 du 29 décembre 2012 de finances pour 2013, puis modifié par la loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014.

Avant le 1^er^ janvier 2013, ces plus-values étaient soumises à l'impôt sur le revenu à un taux proportionnel. Elles sont, depuis cette date, intégrées au revenu global et soumises au barème progressif avec application d'un abattement pour durée de détention. Les requérants vous ont saisis d'un recours contestant l'absence d'application de cet abattement dans le cas de plus-values ayant bénéficié, avant l'entrée en vigueur du nouveau régime, du report d'imposition.

2 – Le premier alinéa du 1 de l'article 150-0 D du CGI dispose que *« les gains nets mentionnés au I de l'article 150-0 A sont constitués par la différence entre le prix effectif de cession des titres ou droits, net des frais et taxes acquittés par le cédant, [...] et leur prix effectif d'acquisition par celui-ci [...]* ». Le deuxième alinéa du même 1, qui définit le champ des abattements pour durée de détention, prévoit que ceux-ci s'appliquent aux « *[...] gains nets résultant de la cession à titre onéreux ou retirés du rachat d'actions, de parts de sociétés, de droits démembrés portant sur ces actions ou parts, ou de titres représentatifs de ces mêmes actions, parts ou droits, mentionnés à l'article 150-0 A.* » L'administration fiscale, commentant ces dispositions dans une instruction relative au régime de report d'imposition prévu pour les échanges de titres réalisés avant le 1^er^ janvier 2000 *(BOI-RPPM-PVBMI-30-10-30-10, 24 juill. 2017)*, soutient que cet abattement pour durée de détention ne s'applique pas aux plus-values placées en report d'imposition. En effet, le paragraphe 370 de cette instruction énonce que « 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 ».

Par votre décision du 19 juillet 2016 *(CE, 8^e^ et 3^e^ ss-sect., 10 févr. 2016, n° 394596, 396413 et 396968, M.-D. : Dr. fisc. 2016, n° 12, comm. 242, concl. B. Bohnert ; RJF 11/16, n° 963)* vous avez jugé qu'il résulte du III de l'article 17 de la loi du 29 décembre 2013 de finances pour 2014 que l'abattement pour durée de détention s'applique « 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 intervient après le 1^er^ janvier 2013 étant sans incidence à cet égard. Vous avez ainsi tiré toutes les conséquences de la différence entre le sursis d'imposition et le report d'imposition. Dans le cadre du sursis, la plus-value d'échange n'est ni constatée ni imposée l'année de l'échange. Elle n'est prise en compte que lors de la cession ultérieure des titres reçus en échange : la plus-value réalisée à cette date est calculée à partir du prix d'acquisition originel des titres remis à l'échange et peut, le cas échéant, bénéficier de l'abattement pour durée de détention. En revanche, dans le cadre du régime du report qui s'applique de manière automatique depuis le 14 novembre 2012 pour les plus-values d'apport de titres à des sociétés contrôlées par l'apporteur, la plus-value d'apport est calculée et déclarée lors de sa réalisation mais son imposition est reportée au moment où s'opère l'événement mettant fin au report, et selon les règles en vigueur au titre de l'année d'expiration du report.

Par cette même décision, vous avez écarté le moyen tiré de ce que la non-application des abattements pour durée de détention aux plus-values en report méconnaissait les stipulations combinées de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et du 1^er^ protocole additionnel à cette convention. Il y est jugé que lorsque le législateur modifie pour l'avenir des dispositions fiscales adoptées sans limitation de durée, il ne prive les contribuables d'aucune espérance légitime au sens de ces stipulations. Vous en avez déduit que lorsque le législateur permet à un contribuable, à sa demande, d'obtenir le report de l'imposition d'une plus-value, le contribuable qui exerce cette faculté doit être regardé comme ayant accepté les conséquences du rattachement de cette plus-value à l'année au cours de laquelle intervient l'événement qui met fin au report d'imposition, de sorte qu'en excluant du bénéfice de l'abattement pour durée de détention les plus-values placées en report d'imposition avant la date d'entrée en vigueur de cet abattement, le législateur n'avait privé les requérants d'aucune espérance légitime.

Vous avez en revanche jugé sérieuse la QPC soulevée par M. et M^me^ M.-D. contestant les dispositions des 1 ter et 1 quater de l'article 150-0 D en tant qu'elles ne prévoient pas l'application d'un abattement pour durée de détention aux plus-values placées en report d'imposition et vous l'avez renvoyée devant le Conseil constitutionnel par une décision du 10 février 2016 *(concl. B. Bohnert ss CE, 8^e^ et 3^e^ ss-sect., 10 févr. 2016, n° 394596, 396413 et 396968, M.-D., préc.)*.

Dans sa décision du 22 avril 2016 *(Cons. const., 22 avr. 2016, n° 2016-538 QPC : JurisData n° 2016-007340 ; Dr. fisc. 2016, n° 36, comm. 461, note J.-C. Cavaillé ; RJF 7/16, n° 644)*, le Conseil constitutionnel a validé les dispositions critiquées en formulant toutefois deux réserves d'interprétation : il a jugé en premier lieu que « les dispositions contestées ne sauraient, sans méconnaître l'égalité devant les charges publiques, priver les 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, de 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 d'interprétation concerne les reports d'imposition applicables de plein droit et non sur option du contribuable. Il s'agit du régime institué à compter du 14 novembre 2012, pour les apports à une société soumise à l'IS contrôlée par l'apporteur *(CGI, art. 150-0 B ter. – L. n° 2012-1510, 29 déc. 2012, art. 18 : Dr. fisc. 2013, n° 5, comm. 90, obs. P. Fumenier et M.-P. Hôo)*. Relevant que ce régime s'applique de manière automatique afin d'éviter tout risque de non-conformité avec l'article 8 de la directive n° 90/434/CEE du Conseil du 23 juillet 1990 prévoyant que l'attribution de titres lors d'un apport par échange d'actions d'un associé ne doit, par elle-même, entraîner aucune imposition du revenu, le Conseil constitutionnel a jugé « que, dans cette hypothèse, seul un motif d'intérêt général suffisant peut justifier que la plus-value soit ainsi rétroactivement soumise à des règles de liquidation qui n'étaient pas déterminées à la date de sa réalisation ». En l'absence de tout motif justifiant l'application rétroactive de telles règles à une plus-value placée en report d'imposition obligatoire, il a imposé dans ce cas de figure l'application du régime d'imposition en vigueur antérieurement à la réforme de 2012, à savoir un taux forfaitaire de 24 % sans abattement.

3 – Ces rappels étant faits, venons-en maintenant aux requêtes dont vous êtes saisis.

1. Faits et procédure

4 – Fondateur de la société Meetic en 2001, M. S a apporté le 14 décembre 2012 une partie des titres de celle-ci à la société Jaïna Patrimoine qu'il détient. La plus-value née de cet apport, d'un montant de près de 21 M €, a fait l'objet d'un report automatique d'imposition en application des dispositions de l'article 150-0 B ter du CGI, issu de l'article 18 de la loi de finances rectificatives pour 2012, applicable aux opérations d'apport de titres à des sociétés contrôlées par l'apporteur réalisées à compter du 14 novembre 2012. Dans un précédent épisode contentieux M. S avait attaqué sous le n° 396413 l'instruction référencée BOI-RPPM-PVBMI-20-20-10 dans sa version publiée le 24 juillet 2017 et plus particulièrement les énonciations de son § 130 qui écarte l'application de l'abattement pour durée de détention prévu par l'article 150-0 D du CGI aux plus-values réalisées antérieurement au 1er janvier 2013 et placées en report d'imposition en application de l'article 150-0 B ter du même code. Le requérant vous avait demandé à cette occasion de transmettre à la CJUE une question préjudicielle relative à la compatibilité des modalités d'imposition des plus-values placées en report d'imposition avec les dispositions de l'article 8 de la directive n° 2009/133/CE 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.

La seconde requérante, Mlle B, a obtenu, en 1998, 74 188 actions de la société Carrefour en échange de ses actions de la société De Noyange. La plus-value constatée à cette occasion a été placée sous le régime de report d'imposition alors prévu par le II de l'article 92 B. Mme B vous avait saisis sous le n° 403672 d'une requête identique à celle de M. S à ceci près que la contribuable demande également l'annulation de l'instruction en tant qu'elle ne prévoit pas l'application à la plus-value globale d'un « abattement global » décompté à partir de la date d'acquisition des premiers titres.

Ce précédent épisode s'est soldé par les décisions rendues à nos conclusions le 11 juillet 2018 par votre 8e chambre jugeant seule, dans lesquelles vous avez rappelé, en prenant appui sur ce qu'a jugé le Conseil constitutionnel dans la décision n° 2016-538 QPC du 22 avril 2016, que les dispositions relatives aux abattements pour durée de détention qui constituent une règle de détermination de l'assiette des plus-values mobilières, et ne peuvent dès lors s'appliquer aux plus-values réalisées antérieurement au 1er janvier 2013 et placées en report d'imposition, la circonstance que la cession mettant fin à ce report intervient après le 1er janvier 2013 étant sans incidence à cet égard *(Cons. const., 22 avr. 2016, n° 2016-538 QPC, Moinel-Delalande : Dr. fisc. 2016, n° 36, comm. 461, note J.-C. Cavaillé)*. Conformément à cette décision QPC, vous avez toutefois rappelé qu'il convient d'appliquer à l'assiette des plus-values placées en report d'imposition avant le 1er 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 1er janvier 2013, un coefficient d'érosion monétaire pour la période comprise entre l'acquisition des titres et le fait générateur de l'imposition.

Les requérants articulaient toutefois un moyen tiré de ce que les dispositions législatives commentées par les énonciations attaquées seraient à l'origine d'une discrimination méconnaissant le principe d'égalité devant la loi. Mais faute d'être soulevé à l'appui d'une QPC présentée dans les formes prescrites par l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, vous avez écarté ce moyen et rejeté les requêtes.

Les requérants ont parfaitement saisi le message et reviennent aujourd'hui vers vous avec un nouveau recours pour excès de pouvoir dirigé contre les mêmes énonciations, assorti cette fois d'une QPC par laquelle ils soutiennent que les dispositions du III de l'article 17 de la loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014 *(Dr. fisc. 2014, n° 1-2, comm. 12, obs. E. Delaby et S. Dorison)* méconnaissent les principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques. M. S et Mme B articulent une argumentation de type « *Métro Holding* » en soutenant que les modalités d'imposition des plus-values réalisées avant le 1er janvier 2013 et placées en report d'imposition en application de l'article 150-0 B ter sont plus défavorables lorsque les opérations d'échange d'actions n'entrent pas dans les prévisions de la directive Fusions du 23 juillet 1990 que lorsqu'elles entrent dans celles-ci, ce dont il résulte une discrimination à rebours contraire aux principes constitutionnels garantis par les articles 6 et 13 de la DDHC. Le litige se présente donc dans une configuration tout à fait similaire à celle à laquelle vous aviez été confrontés dans l'affaire d'assemblée du 31 mai 2016 *(CE, ass., 31 mai 2016, n° 393881, Jacob : JurisData n° 2016-010698 ; Dr. adm. 2016, comm. 51, note G. Éveillard. – V. D. Gutmann et S. Austry, Report d'imposition et directive fusion : quel juge pour la discrimination par ricochet ? À propos de CE, ass., 31 mai 2016, n° 393881, M. Jacob : Dr. fisc. 2016, n° 37, étude 476. – N. Jacquot, P. Mispelon, QP et QPC : qui pour s'en occuper ? C'est... : Dr. fisc. 2016, n° 23, act. 354)*.

2. Discussion

5 – Un mot de la recevabilité des requêtes et de l'intérêt à agir de leurs auteurs. – En application du raisonnement tenu dans les affaires du 20 décembre 2017 *(CE, 8e et 3e ch., 20 déc. 2017, n° 414935 : JurisData n° 2017-025995 ; Dr. fisc. 2018, n° 7-8, comm. 184, concl. B. Bohnert ; RJF 3/18, n° 297)* et du 18 juillet 2018 *(CE, 8e et 3e ch., 18 juill. 2018, n° 411796, concl. B. Bohnert)*, vous pourrez considérer que les requérants n'ont intérêt à contester l'instruction attaquée qu'en tant qu'elle régit les situations de droit interne, dès lors que les opérations d'échange de titres en litige ne concernaient que des sociétés établies en France. Par voie de conséquence, les moyens invoqués dans les requêtes et tirés de ce que l'instruction réitère des dispositions législatives incompatibles avec celles de la directive devront être regardés comme inopérants. Pour le reste, l'intérêt à agir des contribuables ne fait pas de doute, dès lors qu'ils indiquent avoir procédé à la cession d'une partie des titres sous le régime commenté par les commentaires administratifs attaqués.

La restriction de l'intérêt à agir n'aura toutefois d'incidence directe que dans le seul champ du recours pour excès de pouvoir, et ce, à supposer que le sort que vous lui réserverez ne soit pas affecté par l'autre volet du litige, à savoir la QPC. En effet, si le moyen d'incompatibilité avec la directive est inopérant en situation purement interne, il n'en va pas de même pour la solution du litige au regard de l'éventuel conflit de normes entre la loi et la Constitution, dans une configuration de type « *Métro Holding* », où l'appréciation du caractère sérieux de la QPC est directement liée à la réponse que l'on apporte à la question de savoir si l'imposition des plus-values en report au barème de l'impôt sur le revenu sans application d'un abattement pour durée de détention est compatible avec la directive. Si une difficulté surgit sur ce dernier point du raisonnement, le *modus operandi* défini dans l'affaire *Jacob* conduit à poser une question préjudicielle et à rejeter « en l'état » la QPC, à charge pour les requérants de la présenter à nouveau devant vous en cas de réponse de la CJUE confirmant vos doutes.

6 – Vous devrez donc **vous interroger sur l'existence d'un doute sérieux quant à la compatibilité du dispositif d'imposition des plus-values en report avec la directive**.

L'argumentation des requérants consiste à prendre appui sur la lettre de l'article 8 de la directive, qui prévoit que « *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* » puis, que l'application de la règle rappelée ci-dessus « *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* ».

Le nœud du litige réside dans l'interprétation des mots « *de la même manière* » et la date à laquelle cette analogie doit être appréciée. Dans son arrêt du 22 mars 2018 *(CJUE, 1re ch., 22 mars 2018, aff. C-327/16 et C-421/16, Jacob et min. c/ Lassus : Dr. fisc. 2018, n° 13, act. 133. – V. C. Acard, Fiscalité financière : Dr. fisc. 2018, n° 39, étude 404, spéc. n° 4. – L. Bernardeau, Jurisprudence de la CJUE : fiscalité directe (janv./mars 2018) : Dr. fisc. 2018, n° 22, étude 287, spéc. n° 46)*, la CJUE a validé le principe du report d'imposition, qu'elle n'a pas jugé incompatible avec l'article 8 de la directive. La Cour a jugé que l'article 8 « 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'événement mettant fin à ce report d'imposition, en l'occurrence la cession des titres reçus en échange ». Elle a néanmoins exigé, au nom de la liberté d'établissement, que le droit interne n'opère pas de discrimination quant à la possibilité d'imputer sur la plus-value en report une éventuelle moins-value apparue lors de la cession des titres remis en échange, selon que le gain de cette seconde cession, s'il est positif, relève ou non du pouvoir de taxer de l'État qui impose la plus-value en report.

Cet arrêt ne tranche cependant pas les questions – il est vrai non posées à l'époque – auxquelles vous êtes aujourd'hui confrontés, à savoir, d'une part, la possibilité de modifier, dans le sens d'un alourdissement, les modalités d'imposition entre la date à laquelle la plus-value d'échange est constatée et celle de la cession des titres reçus en échange, qui entraîne la taxation et, d'autre part, la possibilité d'appliquer des régimes d'imposition distincts pour les plus-values en report par rapport aux règles qui s'appliqueraient si la cession portait sur les titres initiaux et non ceux remis en échange. Dans ce dernier cas en effet, le contribuable bénéficie de plein droit de l'abattement pour durée de détention, et donc d'un régime d'imposition nettement plus avantageux que la seule application du coefficient d'érosion monétaire.

La problématique ainsi posée renvoie une nouvelle fois à **la portée exacte du principe de neutralité des opérations de restructuration qui sous-tend la directive.** Nous relevons que, de manière générale, la CJUE reconnaît aux États membres une assez grande latitude dans la mise en œuvre des principes de la directive, puisqu'elle juge que ni l'article 8 de la directive fusions, ni aucun autre article de cette directive ne contiennent de dispositions relatives aux mesures fiscales appropriées aux fins de la mise en œuvre de cet article 8. Mais cette orientation générale de sa jurisprudence ne vous sera pas d'un grand secours dans les présentes affaires. Au total, il nous semble que les deux questions que nous venons d'identifier présentent une réelle difficulté qui justifierait, notamment au vu des nombreux contentieux relatifs à l'article 150-0 B ter du CGI dont vous avez à connaître, d'en saisir la Cour.

Si vous nous suivez, vous jugerez, dans l'affaire n° 423118, qu'il n'y a pas lieu de transmettre la QPC au Conseil constitutionnel. Vous renverrez à la CJUE les questions suivantes :

– les dispositions de l'article 8 de la directive du 19 octobre 2009 doivent-elles être interprétées en ce sens qu'elles font obstacle à ce que la plus-value réalisée à l'occasion de la cession des titres reçus à l'échange et la plus-value en report soient imposées selon des règles d'assiette et de taux distinctes ?

– en cas de réponse positive à la première question, ces mêmes dispositions doivent-elles être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à ce que les abattements d'assiette destinés à tenir compte de la durée de détention des titres ne s'appliquent pas à la plus-value en report, compte tenu de ce que cette règle d'assiette ne s'appliquait pas à la date à laquelle cette plus-value a été réalisée, et s'appliquent à la plus-value de cession des titres reçus à l'échange en tenant compte de la date de l'échange et non de la date d'acquisition des titres remis à l'échange ?

Vous surseoirez à statuer sur la requête de M. S dans l'attente de la réponse de la Cour. Vous réserverez un sort identique à la QPC et à la requête introduites par Mme B sous le n° 423044.

7 – Par ces motifs, nous concluons dans le sens de ce qui précède.

Benoît BOHNERT,
rapporteur public

NOTE

1 – Contexte. – L'enjeu est simple. Il a été redoutable pour les contribuables pendant les années 2013 à 2017 au cours desquelles, à la différence des années antérieures et postérieures, les plus-values de cession de valeurs mobilières réalisées par les particuliers ont été soumises à l'impôt sur le revenu selon le barème progressif après un abattement, proportionnel au montant de la plus-value, croissant par tranches en fonction de la durée de détention des titres.

La difficulté est née de ce que, pour l'application de ces règles aux cas où les contribuables ont participé à une opération d'échange de titres, à l'occasion d'une fusion de sociétés ou d'un apport en société, l'Administration s'est avisée de distinguer suivant que l'échange avait fait l'objet d'un report d'imposition (donnant lieu à constatation et déclaration de la plus-value d'échange) ou d'un sursis d'imposition (sans constatation ni déclaration de la plus-value). Dans les deux cas, la plus-value est imposable lors de la cession des titres reçus en échange et la loi a précisé que, pour l'application de l'abattement, la durée de détention est décomptée à partir de la date de souscription ou d'acquisition des actions, parts, droits ou titres remis à l'échange *(2°, à rapprocher du 4° et du b) du 5° du 1 quinquies de l'article 150-0 D du CGI)*. Mais, comme le 2° de ce texte législatif ne renvoie expressément qu'à des dispositions prévoyant le sursis d'imposition, l'Administration a cru pouvoir en déduire que l'abattement proportionnel ne s'appliquait pas à la plus-value d'échange constatée lors d'un report d'imposition, autre que ceux relatifs aux apports d'entreprise individuelle visés au 4° du même texte *(Bofip-BOI-RPPM-PVBMI-30-10-30-10 n° 370)*.

Ainsi, pour les plus-values d'échange de titres constatées entre le 1er janvier 1992 et le 31 décembre 1999 et placées en report d'imposition selon la législation en vigueur à l'époque, le barème progressif aurait été applicable sans atténuation, soit au taux marginal d'environ 45 % (en ignorant la partie déductible de la CSG), alors qu'une plus-value identique, dégagée lors d'un échange antérieur au 1er janvier 1992 ou postérieur au 1er janvier 2000 et placée de plein droit en sursis d'imposition, bénéficiait de l'abattement maximal ramenant le taux effectif marginal d'imposition à environ 15,75 % (en ignorant aussi la partie déductible de la CSG) voire 6,75 % en cas d'abattement majoré ; et que le taux proportionnel en vigueur à la date de l'échange était de 16 % (voire moins) et qu'il est de 12,8 % depuis le 1er janvier 2018. Tel est le cas de la première affaire n° 423044.

Pour les plus-values constatées lors d'apport, après le 14 novembre 2012, de titres à une société contrôlée par l'acquéreur, l'imposition en report était celle en vigueur à la date de l'apport, soit 24 % en 2012, ici encore supérieure à celle du barème avec abattement applicable à compter du 1er janvier 2013 et au taux de 12,8 % en vigueur actuellement. De plus, la durée de détention antérieure à l'apport était ignorée pour l'application de l'abattement à la plus-value de cession complémentaire constatée lors de la cession de titres reçus en échange. Tel est le cas de la seconde affaire n° 423118.

Concrètement, dans la première affaire, aucun abattement ne s'appliquerait et le taux d'imposition de 45 % prévaudrait sur la plus-value constatée lors de l'échange antérieur au 1er janvier 2000, cependant que l'abattement maximal et le taux effectif de 15,75 % auraient eu vocation à s'appliquer au complément de plus-value réalisé lors de la cession des titres reçus en échange. En réalité, compte tenu de l'importante baisse des cours de l'action Carrefour, il n'est pas exclu qu'il s'agît d'une moins-value, de sorte que la plus-value nette aurait été imposée à 45 %. Par contraste, pour les échanges qui ont eu lieu avant le 1er janvier 1992 ou après le 1er janvier 2000, alors la totalité de la plus-value aurait bénéficié de l'abattement maximal et du taux effectif d'imposition de 15,75 %. La différence est près du simple au triple.

Dans la seconde affaire, et hors le cas particulier d'un apport dans les dernières semaines de 2012, deux abattements différents et deux taux effectifs d'imposition s'appliqueraient à la plus-value réalisée lors de la cession des titres reçus en échange, dont le montant serait scindé entre plus-value d'échange en report (taxée à 6,75 %) et complément de plus-value de cession (taxée, par exemple à 45 % ou à 22,5 %, en cas de cession avant le 31 décembre 2017, ou à 12,8 % depuis le 1er janvier 2018). Dans le cas concret de l'apport effectué fin 2012, la « protection » du taux de 24 % a privé l'apporteur du bénéfice des taux effectifs réduits précités ; soit une différence à son détriment du double ou plus du triple.

Dans les deux cas, il est difficile de faire plus complexe ou plus discriminatoire. Le tout ressemble à un « cadavre exquis » sorti d'un jeu surréaliste au détriment des contribuables. D'où l'abondance des recours successifs et l'intérêt des questions posées à la CJUE.

2 – Application de la directive par renvoi du droit national. – Comme cela avait été le cas par la décision d'assemblée *Jacob (CE, ass., 31 mai 2016, n° 393881, Jacob : JurisData n° 2016-010698 ; Dr. adm. 2016, comm. 51, note G. Éveillard. – V. D. Gutmann et S. Austry, Report d'imposition et directive fusion : quel juge pour la discrimination par ricochet ? À propos de CE, ass., 31 mai 2016, n° 393881, M. Jacob : Dr. fisc. 2016, n° 37, étude 476. – N. Jacquot, P. Mispelon, QP et QPC : qui pour s'en occuper ? C'est... : Dr. fisc. 2016, n° 23, act. 354)*, ces questions sont posées dans des situations d'échanges de titres entre sociétés françaises. En l'occurrence l'absorption par Carrefour en 1988 d'une des sociétés holding familiales détenant alors une participation dans son capital, suivie de l'annulation des actions propres reçues par l'effet de la fusion ; à l'inverse, en 2012, l'apport des titres de la société Meetic à la société holding personnelle de son fondateur.

Conformément à la jurisprudence *Leur-Bloem* de la CJCE *(CJCE, plén., 17 juill. 1997, aff. C-28/95, A. Leur-Bloem : Rec. CJCE 1997, p. I-4161, concl. F.-G. Jacobs ; Dr. fisc. 1997, n° 38, comm. 979 ; RJF 10/97, n° 1002. – V. Ph. Derouin, Fiscalité des fusions de sociétés et échanges d'actions. Droit communautaire et droit national (À propos de l'arrêt Leur-Bloem de la CJCE du 17 juillet 1997) : Dr. fisc. 1997, n° 38, act. 100050)*, les questions sont recevables même si les faits ne relèvent pas directement du droit de l'Union lorsque les dispositions de ce droit ont été rendues applicables par la législation nationale laquelle s'est conformée pour les solutions apportées à des situations de droit interne à celles retenues par le droit de l'Union *CJUE, 1re ch., 22 mars 2018, aff. C-327/16 et C-421/16, Jacob et min. c/ Lassus, préc., pt 33 à 35 : Dr. fisc. 2018, n° 13, act. 133. – V. C. Acard, Fiscalité financière : Dr. fisc. 2018, n° 39, étude 404, spéc. n° 4. – L. Bernardeau, Jurisprudence de la CJUE : fiscalité directe (janv./mars 2018) : Dr. fisc. 2018, n° 22, étude 287, spéc. n° 46)*. En réponse à une demande d'éclaircissement de la Cour, le Conseil d'État avait alors « précisé que la législation (française) 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 internes ou transfrontalières, dès lors que le contribuable détenteur des titres a sa résidence fiscale en France à la date de l'échange » *(CJUE, 1re ch., 22 mars 2018, aff. C-327/16, Jacob. – CJUE, 1re ch., 22 mars 2018, aff. C-421/16, min. c/ Lassus, préc., pt 36)*.

Implicitement mais nécessairement, les décisions ci-dessus considèrent qu'il en va de même lorsque le contribuable a sa résidence en France lors de la cession ultérieure des titres reçus en échange. Le motif, omis dans la décision d'assemblée *Jacob* de 2016, aurait pu être exprimé dans les deux décisions ci-dessus ; il n'en est pas moins certain : les questions sont pertinentes et recevables.

De même n'y a-t-il pas lieu de limiter la portée des questions posées dans la seconde affaire au cas prévu par le *d*, devenu *e*, de l'article 2 des directives qui définit l'échange d'actions comme « *l'opération par laquelle une société acquiert, dans le capital social d'une autre société, une participation ayant pour effet de lui conférer la majorité des droits de vote de cette société (...) moyennant l'attribution aux associés de l'autre société, en échange de leurs titres, de titres représentatifs du capital social de la première société et, éventuellement, d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale* ». La loi française n'exige pas, pour surseoir ou reporter l'imposition des personnes physiques, que l'échange de titres de capital permette à la société bénéficiaire de l'apport d'acquérir ou d'augmenter une participation majoritaire. Elle se conforme aux solutions retenues par la directive dès que l'apport est rémunéré dans les conditions prévues par celle-ci, même lorsque la société acquéreuse ne devient pas majoritaire en droits de vote dans la cible. Ici encore, la motivation de la seconde décision est implicite mais certaine et les questions également recevables. En cas de fusion de sociétés, la distinction n'existe ni dans la directive ni dans la loi et le régime spécial s'applique aussi lorsque la société absorbante reçoit ses propres titres qu'elle annule, comme ce fut le cas lors de la fusion Carrefour/de Noyange qui est en cause dans la première décision.

Selon la jurisprudence constante de la Cour, si les questions sont recevables, alors l'interprétation du droit de l'Union européenne qu'elle en donnera s'imposera à la juridiction nationale pour la solution du litige.

3 – Problématique. – Comme l'a relevé le rapporteur public dans ses conclusions ci-dessus, « le nœud du litige réside dans l'interprétation des mots « de la même manière » (figurant au deuxième alinéa du paragraphe 2 (devenu paragraphe 6) de l'article 8 de la directive) et la date à laquelle cette analogie doit être appréciée » ; « la problématique ainsi posée renvoie une nouvelle fois à la portée exacte du principe de neutralité des opérations de restructuration qui sous-tend la directive ».

Le principe de neutralité fiscale de l'échange de titres a été rappelé par la Cour de justice à plusieurs reprises, en dernier lieu au point 47 de l'arrêt *Jacob et Lassus* précité du 22 mars 2018 : « Par **cet impératif de neutralité fiscale à l'égard d'un tel associé,** la directive fusions vise, ainsi qu'il ressort de ses premier et quatrième considérants, à **garantir qu'un échange de titres intéressant des sociétés d'États membres différents ne soit pas entravé par des restrictions, des désavantages ou des distorsions particuliers découlant des dispositions fiscales des États membres** (arrêt du 11 décembre 2008, A.T., C-285/07, EU :C :2008 :705, point 21) ».

Ainsi que le rapporteur public devant le Conseil d'État l'a relevé également, le dispositif de l'arrêt *Jacob et Lassus* précité a validé le

principe du report d'imposition, en ne tranchant cependant pas les questions qui ne se posaient pas à l'époque, puisqu'il s'agissait alors de l'imposition applicable dans l'État qui avait la compétence fiscale au moment de l'échange d'actions. Pour la première fois, la Cour de justice est saisie de questions relatives à l'imposition applicable par l'État qui a la compétence fiscale lors de la cession des titres reçus lors de l'échange.

Plusieurs motifs, qui sont le soutien nécessaire du dispositif de l'arrêt *Jacob et Lassus*, sont particulièrement éclairants sur l'analyse du report d'imposition, voire les conditions de sa validation, par la Cour : « À titre liminaire, il y a lieu de constater que, dans ces deux affaires, il n'a pas été allégué que les contribuables concernés ont attribué aux titres reçus en échange une valeur fiscale plus élevée que celle que les titres échangés avaient immédiatement avant l'opération d'échange en cause » (point 45). Ce motif est essentiel car, à défaut, l'article 8, § 1 de la directive n'aurait pas été applicable. Implicitement mais nécessairement, ce motif indique que, pour la Cour, l'option pour le report d'imposition de la plus-value d'échange selon la loi française, avec la déclaration de son montant, n'a pas pour effet d'attribuer une nouvelle valeur fiscale aux titres reçus en échange.

« La mesure prévue par la législation en cause au principal (...) consiste, dans un premier temps, à **constater la plus-value issue de l'opération d'échange de titres à l'occasion de cette opération**, et, dans un second temps, à reporter l'imposition de celle-ci à la date de la cession ultérieure des titres reçus en échange » (point 53 de l'arrêt).

« En ce qu'elle conduit à ce que **le fait générateur de l'imposition de cette plus-value soit reporté jusqu'à l'année au cours de laquelle intervient l'évènement mettant fin à ce report d'imposition, à savoir la cession des titres reçus en échange**, (une telle mesure) assure (...) que l'opération d'échange de titres, par elle-même, ne donne lieu à aucune imposition de ladite plus-value. Cette mesure **respecte, dès lors, le principe de neutralité fiscale**, au sens de l'article 8, paragraphe 1, de la directive fusions » (point 54 de l'arrêt).

« Cette conclusion ne saurait être remise en question par la simple circonstance que la plus-value issue de l'opération d'échange de titres est constatée à l'occasion de cette opération. À cet égard, il convient de préciser qu'**une telle constatation constitue seulement une technique permettant à l'État membre qui dispose de la compétence fiscale sur les titres existant avant l'opération d'échange, mais qui,** en vertu de l'article 8, paragraphe 1, de la directive fusions, **a été empêché de l'exercer à cette occasion, de préserver sa compétence fiscale et de l'exercer ultérieurement, à savoir à la date de la cession des titres reçus en échange**, conformément à l'article 8, paragraphe 2, deuxième alinéa, de cette directive » (point 55 de l'arrêt).

Sur les modalités d'imposition de la plus-value d'échange dans cet État lors de la cession ultérieure des titres reçus en échange, la Cour a seulement considéré que « la directive fusions ne régit ni la question relative à la possible imputation d'une moins-value éventuelle réalisée lors de la cession ultérieure des titres reçus en échange ni celle relative aux modalités d'une telle imputation et de son calcul » (point 72 de l'arrêt). La même formule serait-elle applicable pour l'imposition, dans l'État compétent à raison de la plus-value réalisée lors de la cession ?

Au même titre que l'ensemble de la jurisprudence de la Cour sur les directives « régime fiscal commun des fusions de sociétés » depuis l'arrêt C-28/95 *Leur-Bloem* précité, ces motifs doivent être pris en considération pour envisager les réponses à attendre sur les questions posées par le Conseil d'État.

4 – Les questions préjudicielles. – Le Conseil d'État a rappelé les dispositions pertinentes essentielles de la directive figurant à son article 8, dont la rédaction est demeurée substantiellement inchangée, sauf la répartition du paragraphe 2 de la directive n° 90/434/CE entre les paragraphes 4 et 6 du même article dans la directive n° 2009/133/CEE.

La première question est très générale et tend à faire valoir que, conformément à la jurisprudence de la Cour, la directive laisse une grande latitude aux États membres pour la mettre en œuvre. La seconde, très technique et précise, porte sur deux modalités particulières d'application de la loi française et spécialement de l'abattement proportionnel au montant de la plus-value, considérée en ses deux volets de plus-value d'échange et de plus-value de cession des titres reçus lors de l'échange. On examinera ces deux questions successivement.

1. Première question sur le principe d'application de règles d'assiette et de taux distinctes à la plus-value d'échange et à la plus-value de cession

5 – Encadrement du droit national par la directive. – Indépendamment des difficultés techniques liées à la complexité du système français et à ses évolutions successives, la première question tend à préciser le degré d'encadrement du droit national par la directive.

Selon une première analyse, la Cour de justice a retenu que : « *ni l'article 8 de la directive fusions ni aucun autre article de cette directive ne contient de dispositions relatives aux mesures fiscales appropriées aux fins de la mise en œuvre de cet article 8. Les États membres disposent, dès lors, dans le respect du droit de l'Union, d'une certaine marge de manœuvre en ce qui concerne cette mise en œuvre (voir, en ce sens, arrêts du 5 juillet 2007, Kofoed, C-321/05, EU :C :2007 :408, points 41 à 43 ainsi que du 23 novembre 2017, A, C-292/16, EU :C :2017 :888, point 22)* » *(CJUE, 1re ch., 22 mars 2018, aff. C-327/16, Jacob. – CJUE, 1re ch., 22 mars 2018, aff. C-421/16, min. c/ Lassus, préc., pt 51 et 52)*. En particulier, ni l'article 8 ni aucune autre disposition des directives « régime fiscal commun des fusions de sociétés » n'exige que les États membres imposent les plus-values de cession ou d'échange d'actions. Lorsqu'ils le font, la directive ne fixe aucune règle d'assiette, de taux ou de mode de calcul de l'imposition. Comme l'ont montré les arrêts *A* ou *Jacob et Lassus* précités, seules les grandes libertés du droit de l'Union européenne sont alors de nature à encadrer l'exercice par les États de leur pouvoir d'imposition.

En dépit de la formule « de la même manière » figurant au paragraphe 6 de l'article 8, les règles d'assiette et de calcul de l'imposition sont nécessairement différentes lorsque l'échange a eu lieu à une époque où le contribuable était résident d'un État membre compétent pour l'imposer sur la plus-value d'échange, cependant que la cession ultérieure des titres reçus en échange relève de la compétence fiscale d'un autre État membre dans lequel le contribuable a transféré sa résidence. À l'imposition de la plus-value d'échange dans le premier État membre s'appliquent nécessairement les règles d'assiette et de calcul de l'impôt de cet État membre, cependant qu'à la plus-value résultant de la cession ultérieure des titres s'appliquent celles du second État membre. Ce second État membre n'est évidemment pas tenu d'appliquer les règles fiscales du premier État membre, qu'il peut parfaitement ignorer. À supposer même que le principe de neutralité fiscale de l'échange posé par les directives « régime fiscal commun des fusions de sociétés » implique une obligation pour le second État membre d'éliminer la double imposition économique de la plus-value d'échange, il n'en résulterait pas davantage que les règles d'assiette et de taux doivent être identiques pour la plus-value d'échange et pour la plus-value de cession ultérieure des titres reçus.

Pourquoi n'en irait-il pas différemment lorsque le même État membre a modifié sa législation entre la date de l'échange et celle de la

cession ultérieure des titres reçus ? Les conflits de lois n'appellent-ils pas des solutions communes sans distinguer suivant qu'ils se produisent dans l'espace ou dans le temps ? La liberté des États de modifier leur législation dans le temps serait elle moins grande que celle d'ignorer la législation d'autres États membres ? Ne suffit-il pas que l'échange ait eu lieu, et la plus-value constatée, sous l'empire d'une législation, nationale ou étrangère, différente ? Selon cette première analyse, la première question appellerait une réponse négative, favorable à la thèse de l'Administration : la directive ne ferait pas obstacle à l'application de règles d'imposition (assiette et taux) distinctes à la plus-value d'échange et à la plus-value réalisée lors de la cession.

6 – La portée de l'impératif de neutralité fiscale à l'égard des associés lors de la cession des titres reçus en échange. – Une autre analyse tend à faire prévaloir le principe essentiel retenu par la Cour de justice, à savoir que les directives fusions comportent un « impératif de neutralité fiscale à l'égard des associés de la société acquise, (par lequel) la directive 90/434 vise, ainsi qu'il ressort de ses premier et quatrième considérants, à garantir qu'un échange d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents ne soit pas entravée par des restrictions, des désavantages ou des distorsions particuliers découlant des dispositions fiscales des États membres » *(CJCE, 1re ch., 11 déc. 2008, aff. C-285/07, AT, pt 21 : Dr. fisc. 2008, n° 51, act. 370. – V. L. Bernardeau et F. Schmied, Jurisprudence de la CJCE : fiscalité directe (juill./déc. 2008) : Dr. fisc. 2009, n° 8, étude 193. – CJUE, 1re ch., 22 mars 2018, aff. C-327/16, Jacob. – CJUE, 1re ch., 22 mars 2018, aff. C-421/16, min. c/ Lassus, préc., pt 47).* Cet impératif est catégorique : « 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 » *(CJCE, 1re ch., 11 déc. 2008, aff. C-285/07, AT, préc., pt 26).*

Même si la Cour ne semble pas avoir eu l'occasion de l'exprimer à ce jour, cet impératif de neutralité fiscale n'entraine pas seulement la prohibition, prescrite au paragraphe 1 de l'article 8, de toute imposition lors de l'échange. Au même titre que les libertés de circulation dans l'Union ont une double incidence, tant dans l'État d'accueil que dans l'État d'origine, l'impératif de neutralité fiscale se manifeste aussi lors de l'imposition à l'occasion de la cession des titres reçus en échange. C'est ce que prévoyaient les deux alinéas du paragraphe 2 de l'article 8 de la directive 90/434/CE repris aux paragraphes 4 et 6 du même article 8 dans la rédaction issue de la directive n° 2009/133/CEE : 1° l'absence d'imposition de la plus-value d'échange est subordonnée à la condition que ne soit pas attribuée aux titres reçus en échange une valeur fiscale supérieure à celle des titres échangés ; 2° elle n'empêche pas les États membres d'imposer le profit résultant de la cession ultérieure de ces titres de la même manière que le profit résultant de la cession des titres existant avant l'acquisition. La version française du texte peut porter à s'interroger ; la confrontation avec les autres versions linguistiques paraît plus éclairante.

De ces textes, lus à la lumière de l'impératif de neutralité fiscale de l'opération pour les associés découlent deux conséquences qui sont autant de moyens en faveur d'une réponse positive à la première question : 1° si cet impératif n'empêche pas les États membres d'imposer la plus-value « *de la même manière* », cette formule implique que la directive empêche d'imposer autrement ou plus lourdement ; 2° à cet effet, la valeur fiscale des titres reçus en échange ne doit pas être supérieure à celle des titres remis à l'échange.

Il se dégage ainsi tant de la lettre du texte que de l'économie et de l'objet de la directive qu'est conforme une imposition de la plus-value de cession des titres reçus en échange, déterminée sur la valeur fiscale des titres échangés et de la même manière qu'elle se serait appliquée à ces mêmes titres en l'absence d'échange, tenu pour une opération intercalaire. Autrement dit la solution qui prévaut en France dans la généralité des cas de sursis d'imposition, ce qui est généralement admis. En revanche, tel n'est pas le cas des conséquences que, sur le terrain de la seule loi nationale, l'Administration et le Conseil d'État ont, jusqu'à présent, tirées de leur vision du report d'imposition pour privilégier l'application de la législation fiscale d'assiette en vigueur lors de l'échange au motif que cet événement serait le fait générateur de l'impôt, qui, par dérogation, a été reporté à plus tard.

7 – Neutralité fiscale et report d'imposition. – La validation du report d'imposition par l'arrêt *Jacob et Lassus* précité ne contredit pas l'analyse, bien au contraire.

Si la Cour a admis dans cet arrêt que la plus-value d'échange soit constatée lors de l'option pour le report, le constat de la plus-value et de son montant est le **constat d'un fait** survenu lors de l'échange, lequel n'est **pas le fait générateur de l'imposition** et n'augmente pas la **valeur fiscale des titres** reçus en échange au-delà de celle des titres échangés. Peu importe à cet égard que la législation française change ou que le contribuable transfère sa résidence à l'étranger avant de céder les titres reçus en échange. La Cour a précisé « qu'une telle constatation constitue seulement une technique » permettant à l'État, qui a été empêché d'exercer sa compétence fiscale à l'occasion de l'échange, de l'exercer ultérieurement. Au regard du droit de l'Union européenne, ce n'est donc pas même une technique d'imposition donnant lieu à l'application d'une quelconque règle d'imposition, spécialement pas à l'encontre de l'impératif de neutralité fiscale de l'opération pour les associés. Du reste, la directive emploie le mot « report » à son septième considérant dans un sens équivalent à la notion française de sursis d'imposition.

Le régime français applicable aux entreprises est identique : constatation, déclaration et suivi des plus-values sur les actifs transférés lors d'une fusion, sans incidence sur l'imposition, laquelle dépend exclusivement de la législation en vigueur l'année de la cession de l'actif transféré. En quoi la directive permettrait-elle de traiter différemment les personnes physiques ?

Certes, dans les années 1990, la circonstance que les particuliers ne tiennent pas de comptabilité a pu conduire à leur créer des obligations déclaratives spéciales, mais cela ne justifiait pas une différence de traitement fiscal au fond. La comptabilité des personnes morales ne reflète pas toujours les plus-values de fusion, d'où les déclarations spéciales qui leur ont été imposées, sans modification des règles de fond de l'imposition. Enfin, le progrès technique et les obligations des teneurs de comptes titres ont achevé de rendre l'information accessible à l'administration des impôts, y compris sur l'historique des titres détenus par les particuliers. C'est pourquoi le régime des particuliers a pu être simplifié, à droit constant, par la loi de finances pour 2000, au moyen de la dispense de déclaration et d'option pour le report, devenu sursis.

En résumé, par son précédent arrêt *Jacob et Lassus* du 22 mars 2018, la Cour de justice a, en quelque sorte, privé le report d'imposition à la française de son venin. Avec notre confrère Gilbert Ladreyt, nous avions proposé une analyse similaire dès notre premier commentaire *(Ph. Derouin, G. Ladreyt, « L'incomplète adaptation du régime fiscal des fusions de sociétés et opérations assimilées à la directive communautaire du 23 juillet 1990 » : Dr. fisc. 1992, n° 5, comm. 224, n° 30).* En déclarant valable la technique du report d'imposition aux conditions qu'elle a exposée, la Cour de justice en a rapproché les effets au regard du droit de l'Union européenne de ceux du sursis d'imposition. La réponse positive à la première question, dans un sens plus favorable aux contribuables, en découle nécessairement.

8 – Proposition de réponse à la première question. – Pour ne pas encadrer le droit national au-delà de ce que prescrit la directive, la réponse à une question aussi générale que la première question pour-

rait être rédigée de telle manière que l'article 8 de la directive ne s'oppose **pas toujours** à ce que la plus-value d'échange et la plus-value de cession ultérieure des titres reçus à l'échange soient soumises, lors de cette cession, à des règles (notamment d'assiette et de taux) différentes quand le législateur national les a modifiées entre temps ; **pourvu que** ce soit dans le respect de l'impératif de neutralité fiscale de l'opération d'échange à l'égard des associés qu'impose ce texte, avec l'égalité de traitement que prescrit le paragraphe 6 ; **de sorte que** la combinaison des règles pertinentes respectivement à l'une et l'autre plus-values n'aboutisse pas à une imposition totale plus lourde que celle qui résulterait de l'application à la plus-value nette totale, déterminée par référence à la valeur fiscale des titres remis à l'échange et, le cas échéant, leur date d'acquisition, des règles en vigueur à la date de la cession des titres reçus en échange.

Ainsi, concrètement, en France, l'imposition des contribuables dont la plus-value d'échange a été placée en report d'imposition, optionnel ou obligatoire, ne pourrait pas excéder celle qui résulterait d'un sursis d'imposition dans les mêmes circonstances de fait, évitant ainsi les conséquences extrêmes exposées ci-dessus *(V. n° 1)*.

2. Deuxième question sur les modalités d'application de l'abattement pour durée de détention des titres

9 – Sur la nature de l'abattement pour durée de détention au regard de la directive. – Une première observation paraît s'imposer d'emblée : la directive « régime fiscal commun des fusions de sociétés » ne définit pas les modalités d'imposition par les États membres des bénéfices ou plus-values qu'elle vise, si ce n'est pour subordonner le régime de neutralité fiscale qu'elle prévoit jusqu'à leur réalisation effective au maintien de la valeur fiscale des actifs transférés entre les sociétés participant à l'opération *(Cons. UE, dir. n° 2009/133/CEE, 19 oct. 2009, art. 1er, § 1, 4 et 5)* ou des titres respectivement remis et reçus ou conservés par les associés à l'occasion de l'opération *(Cons. UE, dir. n° 2009/133/CEE, 19 oct. 2009, art. 8, § 4 et 5)*.

En conséquence, elle est normalement indifférente aux règles d'assiette, de taux et de calcul de l'impôt définies par les États membres pourvu que le résultat de leur application soit conforme aux dispositions de la directive et, s'agissant de l'imposition des associés, à l'impératif de neutralité fiscale qu'elle comporte pour eux. Ainsi, la distinction pouvant exister en droit national entre les règles d'assiette et de liquidation de la plus-value, qui seraient à considérer au regard de la législation fiscale en vigueur lors de l'échange en cas de report d'imposition – et les règles de calcul, de tarif et de taux de l'imposition – lesquelles seraient à considérer selon la législation en vigueur lors de la cession ultérieure qui est le fait générateur de l'impôt – est sans pertinence pour l'interprétation de la directive. Ni l'article 8 de la directive, ni aucune disposition pertinente pour l'imposition des associés participant à une opération d'échange de titres, n'entre dans cette distinction, qui peut d'ailleurs être différente selon les États membres, voire à l'intérieur d'un même État membre suivant les modalités, successives ou contemporaines, retenues par cet État membre pour l'imposition des bénéfices et plus-values visées par la directive. En France même, la distinction entre les règles d'assiette et les règles de calcul de l'imposition est rarement opérante et ne concerne, semble-t-il, que l'impôt sur le revenu *(CE, sect., 5 janv. 1968, n° 70314 : Lebon, p. 21 ; Dr. fisc. 1968, n° 40, concl. E. Dufour ; Dupont, p. 138* – sur l'abattement de 20 % sur les salaires, ultérieurement intégré dans le barème. – *CE, 3e et 8e ch., 11 oct. 2017, n° 398510, Lenglet : JurisData n° 2017-019679 ; Dr. fisc. 2018, n° 5, comm. 161, concl. E. Cortot-Boucher* – sur l'abattement de 40 % sur les dividendes, remplacé depuis 2018 par une imposition au taux proportionnel*)*.

La circonstance que les abattements applicables au montant de ces plus-values pour tenir compte de la durée de détention des titres soient considérés par la loi nationale française comme des règles d'assiette (ainsi qu'en a décidé le Conseil constitutionnel) ou de calcul de l'impôt est donc indifférente pour l'interprétation de la directive. En revanche, dans la mesure où la loi nationale fait dépendre le taux ou le montant de l'abattement de la durée de détention des titres, le point de départ à retenir pour la détermination de cette durée jusqu'à la réalisation effective du bénéfice ou de la plus-value par la cession des actifs transférés ou des titres reçus en échange est de nature à affecter la neutralité fiscale de l'opération de fusion ou de scission de sociétés ou d'échange de titres de capital des sociétés participant à l'opération, alors l'interprétation de la directive est pertinente.

10 – Incidence de l'impératif de neutralité fiscale sur le point de départ de la durée de détention. – Pour l'imposition des entreprises, le paragraphe 4 de l'article 1er énonce que la dispense d'imposition des plus-values sur les éléments d'actif et de passif transférés lors de l'opération est subordonnée à la condition que la société bénéficiaire calcule les plus-values ou moins-values afférentes aux éléments transférés dans les mêmes conditions que l'auraient fait la ou les sociétés apporteuses si l'opération n'avait pas eu lieu.

Même si le texte ne l'énonce pas expressément, il ne fait pas de doute que si, selon la législation nationale applicable lors de la réalisation effective de la plus ou moins-value par la cession de l'actif transféré, le calcul dépend de la durée de détention de cet actif, la directive prescrit que celle-ci a pour point de départ l'acquisition de l'actif en question par la société apporteuse comme si l'opération n'avait pas eu lieu. Cette interprétation est conforme à l'objectif du régime fiscal commun, énoncé au cinquième considérant de la directive, à savoir éviter l'imposition à l'occasion de l'opération tout en sauvegardant les intérêts financiers de l'État membre de la société apporteuse ou acquise. Pour les entreprises et l'appréciation du délai de deux ans qui détermine en France les plus-values à long terme, la doctrine administrative l'énonce expressément *(BOI-BIC-PVMV-20-10, 1er mars 2017, § 80)*. La jurisprudence fait de même pour l'exonération de certaines plus-values de cession de fonds de commerce (CAA Lyon, 2e ch. 29 janvier 2019, n° 17LY02289, *sté Séville Automobiles)*.

L'article 8 relatif à l'imposition des associés, et spécialement son paragraphe 6, doivent être interprétés dans le même sens. Les États membres ont la faculté d'imposer le profit résultant de la cession ultérieure des titres reçus de la même manière que le profit qui résulterait de la cession des titres existant avant l'acquisition, comme si l'opération d'échange d'actions n'avait pas eu lieu. D'une part, en application du paragraphe 4, la valeur fiscale à retenir pour déterminer le montant de la plus-value n'est pas supérieure à celle que les titres échangés avaient immédiatement avant l'opération. D'autre part, si la législation en vigueur lors de la cession des titres reçus en échange prescrit de tenir compte de la durée de détention, l'imposition « *de la même manière* » que le profit résultant de la cession des titres existant avant l'opération implique que le point de départ du délai soit celui de l'acquisition de ces titres, comme si l'opération d'échange n'avait pas eu lieu. Comme pour l'imposition des entreprises, cette lecture est conforme à l'objectif de la directive.

11 – Indifférence de la date ou du régime applicable à la date de l'échange. – Dès lors que, dans le régime fiscal commun des fusions, opérations assimilées et échanges d'actions, l'imposition est reportée à la réalisation effective des plus-values lors de la cession des actifs transférés ou titres reçus en échange, la loi fiscale nationale pertinente désignée par la directive est celle en vigueur lors de cette cession.

Il en résulte notamment que les dispositions fiscales de la loi en vigueur lors de l'opération d'échange sont indifférentes puisqu'en application du paragraphe 1 de l'article 8 aucune imposition ne peut être établie conformément à la directive en cette occasion et qu'en

application du paragraphe 6 de ce même texte, l'imposition peut être établie lors de la cession ultérieure des titres reçus comme si l'opération d'échange n'avait pas eu lieu.

La circonstance que la législation nationale en vigueur lors de l'opération de fusion ou d'échange d'actions comportait ou ne comportait pas d'abattement pour durée de détention des titres est donc indifférente pour l'application de la directive. Afin de « *garantir qu'un échange de titres intéressant des sociétés d'États membres différents ne soit pas entravé par des restrictions, des désavantages ou des distorsions particuliers découlant des dispositions fiscales des États membres* », la directive devrait être interprétée en ce sens qu'elle exclut de faire dépendre l'imposition due lors de la cession des titres de la date ou des circonstances de l'échange autres que celles prises en considération par la directive elle-même.

Puisque la directive permet l'imposition de la plus-value réalisée lors de la cession de l'actif transféré ou des titres reçus comme si l'opération de fusion ou d'échange n'avait pas eu lieu :

– d'une part, la date de l'échange ou de la fusion est dépourvue de pertinence et ne peut notamment pas retarder le point de départ du délai de détention à prendre en considération ;

– d'autre part la plus-value constatée lors de l'échange l'est également et ne peut pas davantage réduire le montant ou la base de calcul de l'abattement pour durée de détention.

12 – Proposition de réponse à la seconde question. – En conclusion, il y aurait lieu de répondre positivement à la seconde question en considérant que la directive fusions doit être entendue en ce sens que, lorsque la loi nationale applicable lors de la cession des titres reçus lors d'une opération de fusion ou d'échange d'actions ayant donné lieu à l'application du régime fiscal commun fait dépendre l'imposition de la durée de détention des titres cédés, le point de départ de ce délai est l'acquisition des titres remis à l'échange lors de l'opération. Par suite, la directive fait obstacle à ce que, pour l'application de l'abattement pour durée de détention que comporte cette loi, la plus-value constatée lors de l'opération et placée en report d'imposition soit exclue de la base de calcul de l'abattement et que la date de cette opération soit retenue pour reporter le point de départ de ce délai.

Philippe Derouin,
avocat au barreau de Paris

Mots-Clés : *Plus-values sur valeurs mobilières et droits sociaux - Plus-values d'échange d'actions - Compatibilité avec la directive fusion - Renvoi préjudiciel - Proposition de réponse*
Impôt sur les sociétés - Fusion - Plus-values d'échange d'actions - Principe de neutralité - Renvoi préjudiciel - Proposition de réponse
JurisClasseur : *Fiscal Impôts directs Traité, fasc. 820-20, 820-40, 820-70*