



LA DISCRIMINATION A REBOURS :

NOUVEL OUTIL DE CONTROLE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ?

Les 7 questions soulevées par O Fouquet

Février 2016 2

Par Olivier FOUQUET, Président de Section (h) au Conseil d'Etat

Note EFI cet article a été écrit par notre ami à tous O Fouquet **spécialement** pour les 7000 amis d'EFI

IL est donc **LIBRE DE TOUTE REPRODUCTION** sous la seule réserve de citer l'auteur

La société Metro Holding France avait racheté à sa filiale française les titres d'autocontrôle que celle-ci détenait (20% du capital de sa société mère). Le produit du rachat, dans la mesure où il excède le prix de revient, est regardé comme une distribution. La filiale a donc estimé que le produit du rachat relevait du régime d'exonération des sociétés mères. L'administration a refusé en lui opposant les dispositions alors en vigueur de l'article 145 CGI excluant du bénéfice de ce régime « les titres auxquels ne sont pas attachés des droits de vote ».

Le Conseil constitutionnel ([Cons. const. 3 février 2016 n°2015-520 QPC](#)) vient de juger que la disposition de l'article 145 en cause était constitutive d'une rupture d'égalité devant l'impôt (devant la loi fiscale et au regard du principe d'égalité devant les charges publiques), dans la mesure où cette disposition s'appliquait aux filiales françaises de sociétés françaises mais non aux filiales européennes de ces dernières.

Nous avons analysé cette décision à Droit fiscal 6/16 information 74 et nous renvoyons nos lecteurs aux développements que nous y avons consacrés.

Mais nous souhaitons résumer, de façon peut-être un peu schématique pour les lecteurs avertis du blog de notre ami Patrick Michaud, les questions qui se sont posées et celles qui se posent encore.

Nous avons identifié 7 questions.

1° La décision du Conseil constitutionnel est-elle une surprise ? A coup sûr, oui. Nous étions conditionnés par la conception européenne de la discrimination à rebours qui permet de traiter moins bien, au regard des quatre libertés du droit communautaire, les nationaux que les ressortissants des autres Etats membres. Nous avons oublié que le litige en cause ne portait que sur la constitutionnalité d'une disposition du droit national et soulevait une problématique purement nationale et non pas communautaire.

2° Le Gouvernement s'est-il bien défendu ? A notre avis il aurait pu mieux faire. Sa défense a été trop juridico-européenne. Deux questions auraient mérité d'être soulevées.

La première est relative à la territorialité de l'impôt sur les sociétés. La décision du Conseil constitutionnel porte incontestablement atteinte à l'autonomie fiscale du législateur national. Ne fallait-il pas invoquer, par symétrie avec la jurisprudence européenne, comme motif de la disposition en cause, la cohésion du système fiscal français et du droit commercial français ?

Il est vrai, et c'est la seconde question qui aurait mérité d'être soulevée, que pour invoquer un tel motif, il fallait accepter de perdre sur les actions d'autocontrôle (le cœur du litige devant le Conseil d'Etat) pour gagner sur les actions de préférence qui sont d'une nature différente des premières.

3° De quelles distributions s'agit-il ? La décision du Conseil constitutionnel (point 9) compare les produits des titres de participation de filiales établies soit dans un Etat membre autre que la France, soit en France ou dans un Etat autre qu'un Etat membre de l'Union européenne.

Il s'agit bien de tous les produits distribués et pas seulement du produit exceptionnel du rachat d'actions. La solution a donc une portée générale. En outre, en cas de participations croisées, elle joue dans les deux sens.

L'inclusion dans la discrimination à rebours des filiales établies dans un Etat n'appartenant pas à l'Union européenne est une autre surprise. Personne n'y avait pensé.

4° Pourquoi le Conseil constitutionnel a-t-il paru admettre comme motif d'intérêt général justifiant la discrimination, celui invoqué par le Gouvernement, tiré de l'implication des sociétés mères dans le développement de leurs filiales, puisqu'en tout état de cause il allait constater que ce motif était incompatible avec le critère du lieu géographique d'établissement des filiales ? Il aurait pu se borner à formuler « en admettant même que ... ». Sans doute est-ce l'influence de la jurisprudence CE 17 juillet 2013 n°356523, min. c/ SAS Choiseul Holding qui avait été recherché dans les travaux parlementaires de la loi de 1929, d'une façon sans doute anachronique, la justification ultime du régime des sociétés mères (vois nos observations sur les incertitudes générées par une telle référence : Rev. Administrative 2013, 5/13 p. 506, également reproduites sur ce blog).

5° La solution vaut-elle non seulement pour les actions d'autocontrôle, mais aussi pour les actions de préférence ? Le Conseil constitutionnel censure certes les termes « titres auxquels ne sont pas attachés des droits de vote », et sa censure a littéralement une portée générale. Encore faut-il qu'il s'agisse de titres qui aient ce caractère au regard de la directive fille-mère. Nous avons indiqué (Droit fiscal 11/15 comm 202, point n°5 de notre note) que les actions d'autocontrôle et les actions de préférence n'étaient pas, au regard du droit des sociétés, de la même nature, ainsi que le confirmait d'ailleurs une réponse du Garde des sceaux. Les actions d'autocontrôle sont des actions ordinaires. Les actions de préférence sont analysées dans les comptes consolidés, selon leurs stipulations contractuelles, comme un instrument de capitaux propres ou une dette (Memento Lefebvre IFRS n°47100). La question ne nous paraît pas définitivement tranchée.

6° La solution adoptée pour les dispositions du b ter du 6 de l'article 145 du CGI vaut-elle pour les dispositions actuellement en vigueur du c du 6 de l'article 145 (qui limitent le champ de l'exclusion du régime des sociétés mères des titres auxquels ne sont pas attachés des droits de vote) ? Compte tenu de la référence identique des dispositions successives à la même notion de « titres auxquels ne sont pas attachés des droits de vote », on ne voit pas pourquoi la solution serait différente.

7° Quel l'avenir de la discrimination à rebours ? Les praticiens auraient sans doute tort d'un voir un passe-partout. La censure d'une discrimination suppose que soient remplis les critères de la rupture du principe constitutionnel d'égalité ([cf. O. Fouquet : « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant l'impôt » Cah. Cons. const. 2011-33](#)). On ne saurait en effet exclure qu'un motif d'intérêt général soit en adéquation avec les critères discriminants retenus. Plus le motif d'intérêt général est ciblé, plus il est facile d'imaginer des critères discriminants en adéquation avec ce motif.

Le lecteur intéressé pourra rapprocher notre analyse précitée à Droit fiscal et nos présentes observations, des commentaires de **Philippe Durand** et **Emmanuel Raingeard** (FR Lefebvre 8/16 p.3) ou encore de **Stéphane Austry** (à paraître à la RJF 4/16). Il constatera quelques nuances. Il sera sans doute profitable d'écouter les conclusions de **Benoît Bohnert** lorsque l'affaire reviendra devant le Conseil d'Etat. A vrai dire, le rapporteur public pourrait se borner à une demi page de conclusions compte tenu de l'incidence directe et sans appel de la décision du Conseil constitutionnel sur le litige Metro Holding France. Mais s'il en disait plus, il ferait sans doute plaisir à ses nombreux lecteurs dont je suis.

La page de la discrimination à rebours a désormais un titre. Il reste à la remplir.