

N° 423044 – Mme Albertine de Galbert Defforey
N° 423118 – M. Marc Simoncini

8^e et 3^e chambres réunies
Séance du 4 décembre 2019
Lecture du 19 décembre 2019

CONCLUSIONS

Mme Karin CIAVALDINI, rapporteure publique

1. Les deux affaires qui viennent d’être appelées reviennent devant vous pour l’examen d’une QPC, soulevée par chacun des requérants compte tenu de l’arrêt de la CJUE du 18 septembre 2019 (aff. **C-662/18** et **C-672/18**), rendu à la suite des questions préjudicielles que vous aviez posées à la Cour par vos décisions du *12 octobre 2018, n° 423044 et n° 423118*¹.

Un rappel de l’historique de la question est nécessaire, celle-ci prenant sa source dans le changement de régime d’imposition des plus-values mobilières, prévu par la loi de finances pour 2013², puis modifié par la loi de finances pour 2014³. Avant cette réforme, ces plus-values étaient soumises à l’impôt sur le revenu à un taux proportionnel. La loi de finances pour 2013 a prévu leur imposition au barème de l’impôt sur le revenu, avec un dispositif d’abattement, de niveau variable selon la durée de détention des valeurs, prévu à l’article 150-0 D du CGI. Une imposition sur option au taux forfaitaire de 19 % antérieurement applicable était maintenue lorsque le cédant remplissait certaines conditions. Ce nouveau régime devait s’appliquer, selon le V de l’article 10 de la loi, « *aux gains nets et profits réalisés à compter du 1^{er} janvier 2013* »⁴. Il a toutefois été modifié, avant son application, par la loi de finances pour 2014, dont l’article 17 a augmenté les taux d’abattement applicables et généralisé l’imposition au barème de l’impôt sur le revenu, en supprimant la possibilité d’une imposition au taux forfaitaire. Le III de cet article a maintenu la règle d’entrée en vigueur fixée par le V de l’article 10 de la loi de finances pour 2013.

La question découle également de votre jurisprudence constante selon laquelle le régime du report d’imposition conduit à ce que la plus-value placée en report soit constatée et liquidée l’année de sa réalisation, l’imposition elle-même étant reportée à l’année au cours de laquelle intervient l’événement mettant fin au report (voir notamment : *10 avril 2002, n° 226886*⁵). Cette approche conduit à distinguer les règles d’assiette applicables, qui sont celles en vigueur lorsque la plus-value est placée en report, de celles de taux, qui sont celles en vigueur l’année au cours de laquelle intervient l’événement mettant fin au report. Vous avez par ailleurs regardé les dispositions de l’article 150-0 D du CGI relatives à l’abattement

¹ RJF 1/19 n° 38, cl. B. Bohnert au C 38.

² Loi n° 2012-1509 du 29 décembre 2012.

³ Loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013.

⁴ Il a été déclaré conforme à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, cons. 53 à 66.

⁵ Au Recueil et à la RJF 7/02 n° 788, cl. G. Bachelier au BDCF 7/02 n° 95.

comme une règle d'assiette⁶, ce que le Conseil constitutionnel a expressément confirmé dans la décision n° **2016-538 QPC** du 22 avril 2016 par laquelle, après avoir estimé que les dispositions de l'article 150-0 D relatives à l'abattement n'étaient pas applicables aux plus-values placées en report d'imposition avant le 1^{er} janvier 2013, il a jugé conformes à la Constitution, sous deux réserves d'interprétation, les trois premiers alinéas du 1^{er} et le A du 1^{er} quater de l'article 150-0 D. La première réserve a imposé, pour les plus-values placées en report d'imposition avant le 1^{er} janvier 2013 ne faisant 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, la prise en compte d'un coefficient d'érosion monétaire pour la période comprise entre l'acquisition des titres et le fait générateur de l'imposition⁷. La seconde réserve a concerné les plus-values s'étant vu appliquer un report d'imposition de plein droit, sans option du contribuable, avant l'entrée en vigueur de la loi de finances pour 2013 (concrètement, il s'agit du régime prévu à l'article 150-0 B ter, applicable aux apports réalisés à compter du 14 novembre 2012⁸). Le Conseil constitutionnel a jugé que, dans un tel cas, seul un motif d'intérêt général suffisant pouvait justifier que la plus-value soit rétroactivement soumise à des règles de liquidation qui n'étaient pas déterminées à la date de sa réalisation et qu'en l'espèce, un tel motif d'intérêt général n'existait pas. Il en a déduit que ces plus-values devaient être imposées selon le régime fiscal en vigueur au titre de l'imposition des plus-values pour l'année 2012⁹ (imposition au taux proportionnel de 24 %), et non se voir appliquer le nouveau régime.

M. Simoncini a bénéficié en 2012 d'un report d'imposition de plein droit, sur le fondement des dispositions de l'article 150-0 B ter du CGI, pour une plus-value née d'un apport de titres. Mme de Galbert Defforey a, pour sa part, constaté une plus-value à la suite d'un échange d'actions réalisé en 1998, qu'elle a choisi de placer sous le régime du report d'imposition alors prévu par le II de l'article 92 B du CGI. Ils ont tous deux demandé l'annulation du paragraphe 130 des commentaires administratifs publiés au 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 1^{er} janvier 2013 et placées en report d'imposition en application des dispositions, respectivement du II de l'article 92 B et de l'article 150-0 B ter du CGI. Vous avez rejeté leurs premières requêtes formées contre ce paragraphe par deux décisions du 11 juillet 2018¹⁰. Mme de Galbert Defforey et M. Simoncini ont fait une nouvelle tentative, en accompagnant cette fois leur requête d'une QPC, par laquelle ils soutenaient que les dispositions du III de l'article 17 de la loi de finances pour 2014 méconnaissaient les principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques. Comme le rappelait Benoît Bohnert dans les conclusions sur vos décisions du 12 octobre 2018 mentionnées en introduction, leur argumentation, fondée sur la jurisprudence « Métro Holding »¹¹, consistait à soutenir que les modalités d'imposition des plus-values placées en report d'imposition avant le 1^{er} janvier 2013 étaient moins favorables lorsque l'opération à

⁶ Voir : 12 novembre 2015, n° **390265** (aux T. et à la RJF 2/16 n° 142, cl. B. Bohnert au C 142) et surtout : 10 février 2016, n° **394596** (à la RJF 5/16 n° 471).

⁷ Les valeurs mobilières donnant lieu à la réalisation de la plus-value, fait générateur de l'imposition, ayant pu être détenues sur une longue durée avant cette réalisation, le Conseil constitutionnel a jugé que, faute de tout mécanisme prenant en compte cette durée pour atténuer le montant assujéti à l'impôt sur le revenu, l'application du taux marginal maximal à la plus-value méconnaîtrait les capacités contributives des contribuables (cons. 11).

⁸ Loi n° 2012-1510 du 29 décembre 2012 de finances rectificative pour 2012, article 18, II.

⁹ Cf. cons. 15 et commentaire de la décision.

¹⁰ n° 403672 (Mme de Galbert Defforey) et n° 396413 (M. Simoncini).

¹¹ Voir vos décisions n° 367256 des 12 novembre 2015 et 6 avril 2016 et la décision du Conseil constitutionnel n° **2015-520 QPC** du 3 février 2016. Voir aussi : CC, décision n° **2017-660 QPC** du 6 octobre 2017.

l'origine de la plus-value n'entraîne pas dans le champ du droit de l'Union, en l'occurrence la directive « fusions » du 23 juillet 1990, que lorsqu'elle y entraîne (c'est ce qu'on qualifie de « discrimination à rebours »). Vous vous êtes alors trouvés dans la situation qui était celle de l'affaire d'Assemblée du 31 mai 2016, n° 393881, *M. Jacob*¹², dès lors que la réponse à l'argumentation qui vous était soumise imposait d'interpréter au préalable certaines stipulations de l'article 8 de la directive¹³ et que vous avez estimé que cette question posait une difficulté sérieuse. Cet article prévoit d'abord, au paragraphe 1, 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* ». Ces stipulations ne posaient pas difficulté, dès lors qu'elles avaient notamment été interprétées par l'arrêt de la CJUE du 22 mars 2018 (*aff. C-327/16 et C-421/16, Jacob et Lassus*¹⁴) comme permettant, dans son principe en tout cas, un régime de report d'imposition. En revanche, vous deviez comprendre la portée exacte des stipulations selon lesquelles l'application de la règle prévue au paragraphe 1 « *n'empêche pas les Etats membres d'imposer le profit résultant de la cession ultérieure des titres reçus de la même manière que le profit qui résulte de la cession des titres existant avant l'acquisition* ». En particulier, que recouvrait précisément l'expression « de la même manière » ? Cette question étant déterminante pour la réponse aux QPC qui vous étaient posées, vous avez, selon le mode d'emploi défini par la décision *M. Jacob*, renvoyé, dans chaque affaire, une question préjudicielle à la CJUE, puis jugé que les QPC n'étaient, en l'état, pas sérieuses, et sursis à statuer sur les requêtes dans l'attente de la réponse de la CJUE.

Signalons que votre décision du 10 décembre 2012, n° 317074, *min. c/ Société Rhodia*¹⁵ nous paraît transposable à la présente configuration. Nous pensons donc qu'en renvoyant ainsi, dans chaque affaire, une question préjudicielle à la CJUE, vous avez, implicitement mais nécessairement, statué sur la recevabilité des requêtes en excès de pouvoir, l'autorité de chose jugée s'attachant à vos décisions du 12 octobre 2018 s'opposant, même d'office, à ce qu'il soit statué à nouveau sur cette recevabilité.

La Cour de justice vous a répondu par l'arrêt du 18 septembre 2019 que nous avons mentionné en introduction et, conformément, là encore, à ce que vous avez jugé dans la décision *M. Jacob*, les requérants, compte tenu de la teneur de l'arrêt de la CJUE, ont posé chacun une nouvelle QPC, par des mémoires enregistrés à la fin du mois de septembre. Il vous revient aujourd'hui de les examiner.

2. Les dispositions contestées sont, selon les mémoires :

- dans le cas de Mme de Galbert Defforey, le III de l'article 17 de la loi de finances pour 2014 en combinaison avec le II de l'article 92 B du CGI et le I ter de l'article 160 du même code, dans leur rédaction applicable aux plus-values réalisées antérieurement au 1^{er} janvier 2000 ;

¹² Au Recueil p. 191 et à la RJF 10/18 n° 1056, cl. E. Cortot-Boucher au C 1056.

¹³ Les mêmes stipulations sont prévues, en substance, à 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'Etats membres différents et à l'article 8 de la directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009.

¹⁴ RJF 6/18 n° 623.

¹⁵ Aux T. et à la RJF 2/13 n° 161, cl. N. Escaut au BDCF 2/13 n° 19.

- dans le cas de M. Simoncini, le III de l'article 17 de la loi de finances pour 2014 en combinaison avec le 2 ter de l'article 200 A du CGI, dans sa rédaction résultant du 5° du II de l'article 34 de la loi n° 2016-1918 du 29 décembre 2016 de finances rectificative pour 2016.

Les énonciations contestées indiquent que l'abattement pour durée de détention ne s'applique pas, notamment, aux gains nets de cession, d'échange ou d'apport réalisés avant le 1^{er} janvier 2013 et placés en report d'imposition dans les conditions prévues, notamment, au II de l'article 92 B du CGI, au I ter de l'article 160 du CGI, dans leur rédaction en vigueur avant le 1^{er} janvier 2000, ainsi qu'à l'article 150-0 B ter.

Par conséquent, les dispositions faisant l'objet de la QPC présentée par Mme de Galbert Defforey sont applicables au litige, au sens et pour l'application de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958¹⁶. En revanche, le 2 ter de l'article 200 A du CGI, créé par la LFR pour 2016, n'est pas mentionné dans les énonciations critiquées. De fait, ces dispositions, qui ont codifié la seconde réserve formulée par le Conseil constitutionnel dans la décision n° 2016-538 QPC du 22 avril 2016, ne sont pas relatives à l'abattement pour durée de détention, mais au taux applicable aux plus-values mentionnées au I de l'article 150-0 B ter. Vous pourrez néanmoins faire le léger effort de regarder la QPC de M. Simoncini dirigée, non contre le 2 ter de l'article 200 A, mais contre l'article 150-0 B ter, qui est bien applicable au litige. Puisque nous allons vous proposer de renvoyer la question au Conseil constitutionnel, il nous paraît en effet souhaitable de lui renvoyer les deux QPC, qui ne concernent pas les mêmes dispositions prévoyant un report. Et il nous paraît souhaitable de renvoyer au Conseil constitutionnel la combinaison des dispositions prévoyant le report et de celles prévoyant les modalités d'entrée en vigueur de la réforme de l'imposition des plus-values mobilières (III de l'article 17 de la loi de finances pour 2014). À l'occasion de l'examen de la QPC n° 2016-538, le Conseil constitutionnel avait considéré que la QPC était bien dirigée en visant les dispositions fixant les règles d'abattement applicables aux plus-values mobilières et non celles fixant les modalités d'entrée en vigueur de ces nouvelles règles d'abattement¹⁷.

Les dispositions contestées n'ont pas déjà fait l'objet d'une déclaration de conformité à la Constitution. Certes, dans la décision n° 2016-538 QPC, le Conseil constitutionnel a déjà examiné, prise sous un autre angle, la question du champ d'application de l'abattement pour durée de détention, s'agissant en particulier des plus-values placées en report d'imposition. Mais, formellement, d'autres dispositions étaient contestées et, en tout état de cause, l'arrêt de la CJUE du 18 septembre 2019 constitue sans aucun doute un changement des circonstances, au sens de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958.

Les questions posées n'étant pas nouvelles (les principes invoqués sont l'égalité devant la loi et l'égalité devant les charges publiques), il reste à examiner leur caractère sérieux.

Celui-ci nous paraît avéré, compte tenu de ce qu'a répondu la CJUE aux questions préjudicielles que vous lui aviez posées. La Cour a d'abord rappelé ce qu'elle avait jugé dans son arrêt du 22 mars 2018 (Jacob et Lassus) :

- Si l'article 8, paragraphe 1, de la directive « fusions » assure la neutralité fiscale des attributions d'actions intervenant dans le cadre d'une opération d'échange de titres, cette neutralité fiscale n'entend pas, toutefois, soustraire la plus-value en cause à l'imposition

¹⁶ Rappelons qu'une QPC peut être utilement posée au sujet d'une disposition législative applicable au litige, mais abrogée depuis lors (CC, n° 2010-16 QPC du 23 juillet 2010, cons. 2 ; CE, 23 juillet 2010, n° 340115).

¹⁷ Cf. commentaire de la décision, p. 11-12.

des Etats membres disposant de la compétence fiscale sur celle-ci, mais interdit seulement de considérer l'opération d'échange comme le fait générateur de l'imposition.

- Le report d'imposition français constitue uniquement une « technique » qui, tout en permettant de sauvegarder la compétence fiscale des Etats membres, respecte le principe de neutralité fiscale établi par l'article 8 paragraphe 1 de la directive en ce qu'elle conduit à ce que l'opération d'échange ne donne lieu, par elle-même, à aucune imposition de la plus-value.

L'apport de l'arrêt réside dans la suite de ses motifs par lesquels la Cour juge que le report du fait générateur de l'imposition de la plus-value afférente aux titres échangés implique nécessairement que l'imposition de cette plus-value suive les règles fiscales et le taux en vigueur à la date où intervient ce fait générateur. Il s'ensuit, selon la Cour, que si, à cette date, la législation fiscale concernée prévoit un régime d'abattement pour la durée de détention des titres, la plus-value placée en report d'imposition doit également bénéficier d'un tel régime d'abattement, dans les mêmes conditions que celles 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. Elle indique que toute autre mesure irait au-delà d'une simple constatation de la plus-value afférente aux titres échangés à l'occasion de l'opération d'échange et pourrait entraîner de réelles conséquences fiscales désavantageuses sur l'imposition de cette plus-value à la date où intervient le fait générateur de celle-ci, ce qui serait contraire au principe de neutralité fiscale visé à l'article 8, paragraphe 1 de la directive. La Cour précise également que la plus-value afférente aux titres reçus en échange doit bénéficier du même traitement fiscal que la plus-value placée en report d'imposition.

Pour les opérations entrant dans le champ matériel¹⁸ et territorial de la directive « fusions », il convient donc d'appliquer ces règles dégagées par la CJUE, qui mettent à mal le régime français du report d'imposition. Pour les autres opérations en revanche, la loi fiscale française telle qu'elle a été précisée par votre jurisprudence et par la décision du Conseil constitutionnel n° 2016-538 QPC, reste applicable :

- En cas de report sur option (Mme de Galbert Defforey), s'applique l'imposition au barème avec seulement l'application à l'assiette de la plus-value d'un coefficient d'érosion monétaire pour la période comprise entre l'acquisition des titres et le fait générateur de l'imposition.
- En cas de report de plein droit (M. Simoncini - article 150-0 B ter du CGI) s'applique :
 - soit l'imposition au taux proportionnel de 24 % lorsque l'opération d'apport a été réalisée entre le 14 novembre et le 31 décembre 2012 ;
 - soit, lorsque cette opération est intervenue entre le 1^{er} janvier 2013 et le 31 décembre 2017 et est donc dans le champ d'application temporel du nouveau régime, l'imposition au barème de l'impôt sur le revenu, avec un abattement, mais calculé en retenant la seule durée de détention des titres remis à l'échange et non la durée incluant celle de la mise en report ; le taux est celui prévu par les dispositions du 2^o du 2 ter de l'article 200 A.

On a donc, dans tous les cas, une différence de traitement fiscal selon que les opérations à l'origine de la plus-value imposée se situent ou non dans le champ de la directive « fusions », qui conduit notamment à ce qu'un traitement moins favorable soit appliqué aux opérations purement internes, par rapport à celles situées dans le champ de la directive.

¹⁸ Cf. article 2 des directives de 1990 et 2009.

Le ministre insiste, s'agissant de M. Simoncini, sur le fait que l'opération le concernant n'entre pas dans le champ d'application matériel de la directive, qui ne vise que les apports de participations majoritaires. Il est vrai que, dans le cas où une opération n'entre pas dans le champ matériel de la directive, il n'y a pas de différence de traitement entre les opérations internes et les opérations intra-communautaires. Mais, en tout état de cause, vous n'avez pas restreint l'intérêt à agir de M. Simoncini et la piste que le ministre nous semble suggérer nous paraît donc fermée.

Sur le fond, cette différence de traitement ne résulte pas, par construction, d'une intention du législateur. Dans les deux dossiers, il est difficile, au niveau du juge du filtre, d'identifier, pour les opérations entrant dans le champ d'application matériel de la directive, une différence de situation entre les opérations internes et les opérations intra-communautaires en rapport avec l'objet de la loi ou un motif d'intérêt général justifiant la différence de traitement. La question, qui se présente de manière comparable à l'affaire « Métro Holding », nous paraît donc sérieuse.

PCMNC :

- Dans le dossier n° 423044, à la transmission au Conseil constitutionnel de la question 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, en combinaison avec celles du II de l'article 92 B et du I ter de l'article 160 du code général des impôts et à ce qu'il soit sursis à statuer sur la requête jusqu'à ce que le Conseil constitutionnel se soit prononcé ;

- Dans le dossier n° 423118,

· à la transmission au Conseil constitutionnel de la question 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, en combinaison avec celles de l'article 150-0 B ter du code général des impôts dans sa rédaction issue de la loi du 29 décembre 2016 de finances rectificative pour 2016

· à ce que vous disiez qu'il n'y a pas lieu de transmettre au Conseil constitutionnel la question de la conformité à la Constitution du 2 ter de l'article 200 A du code général des impôts ;

· à ce qu'il soit sursis à statuer sur la requête jusqu'à ce que le Conseil constitutionnel se soit prononcé.