N° 431686

M. M... et Mme V...

3^e et 8^e chambre réunies

Séance du 6 septembre 2019

Lecture du 11 septembre 2019

CONCLUSIONS

Laurent Cytermann, rapporteur public

Les années 2011 et 2012, qui furent l'acmé de la crise des dettes souveraines en Europe, ont été riches en mesures législatives restreignant ou remettant en cause des avantages fiscaux afin de rétablir les comptes publics de la France dans les meilleurs délais. Ces mesures ont souvent été contestées par les contribuables en invoquant la méconnaissance de la garantie des droits prévue par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) ou du droit de propriété garanti par l'article 1^{er} du protocole n° 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1P1), donnant lieu à une jurisprudence de plus en plus développée sur la notion d'espérance légitime en matière fiscale. L'affaire qui vient d'être appelée vous en donnera une nouvelle illustration.

Elle concerne un mécanisme d'abattement pour durée de détention des plus-values générées par la cession d'actions détenues par les particuliers dans les sociétés exerçant une activité économique, alors prévu par l'article 150-0 D *bis* du code général des impôts (CGI). Instauré par la loi de finances rectificative pour 2005 du 30 décembre 2005, ce mécanisme visait à inciter à l'actionnariat de longue durée en prévoyant un abattement d'un tiers par année de détention au-delà de la cinquième année à compter du 1^{er} janvier de l'année d'acquisition, ou du 1^{er} janvier 2006 si les titres avaient été acquis avant cette date. L'article 80 de la loi de finances pour 2012 l'a remplacé par un mécanisme de report d'imposition moins favorable, subordonné au réinvestissement d'au moins 80 % de la plus-value dans le capital d'une société et n'ouvrant droit à une exonération complète qu'à l'issue d'un délai de conservation de cinq ans des titres réinvestis. L'abattement créé en 2005 ne pouvant s'appliquer au plus tôt qu'aux cessions réalisées en 2012, il ne s'est donc jamais appliqué. Le report d'imposition a par la suite été lui-même abrogé, mais ces évolutions ultérieures ne concernent pas la présente affaire.

M. M...t, actionnaire de la SAS Beming qu'il a créée en 2001, a signé le 10 janvier 2011 un compromis de vente relatif à la cession de la totalité de ses parts. La vente a été finalisée le 16 mai 2012, donnant lieu à une plus-value de cession de 862 572 euros, taxée au taux forfaitaire de 19 %. M. M... et Mme V... ont sollicité par voie de réclamation la décharge de cette imposition ou à tout le moins l'application de l'abattement d'un tiers. Cette réclamation ayant été rejetée, ils ont saisi le tribunal administratif d'Orléans et ont présenté une question

prioritaire de constitutionnalité (QPC) dirigée contre l'article 150-0 D *bis* dans sa version issue de l'article 80 de la loi de finances pour 2012¹. Par une ordonnance du 14 juin 2019, le président de la 3^e chambre du tribunal administratif d'Orléans vous a transmis cette QPC.

1. Le report d'imposition prévu par l'article 150-0 D *bis* n'a pas été appliqué aux requérants, mais ils contestent ces dispositions en tant qu'elles ont remplacé le mécanisme antérieur d'abattement dont ils réclamaient le bénéfice. Elles sont donc applicables au litige au sens et pour l'application de l'article 23-4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958.

2. Le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur la conformité à la Constitution de ces dispositions².

3. M. M... et Mme V... invoquent trois griefs, tirés de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi, du principe d'égalité devant les charges publiques et de la garantie des droits. Les questions soulevées ne sont donc pas nouvelles, reste à examiner leur caractère sérieux.

3.1. Les deux premiers griefs ne vous retiendront pas. Les requérants soutiennent d'abord que la différence de traitement instaurée avec les dirigeants de PME cédant leurs actions à l'occasion de leur départ à la retraite, auxquels s'applique l'article 150-0 D *ter* du CGI, est contraire au principe d'égalité devant la loi. L'article 150-0 D *ter* a été créé par la loi de finances rectificative pour 2005, simultanément à l'article 150-0 D *bis*. Il s'agissait d'un régime d'abattement propre aux dirigeants de PME partant à la retraite, qui n'était pas subordonné à la détention des titres pendant cinq ans, la LFR 2005 ayant prévu son application à toutes les cessions de titres acquis avant le 1^{er} janvier 2006 et réalisées entre le 1^{er} janvier 2006 et le 31 décembre 2013. A la différence du régime général de l'article 150-0 D *bis*, le régime spécifique de l'article 150-0 D *ter* a été maintenu par la loi de finances pour 2012, ce qui suscite les critiques de M. M... et Mme V....

Cependant, le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit. En la matière, le dispositif de l'article 150-0 D *ter* présentait dès sa création des caractéristiques différentes de celui prévu par l'article 150-0 D *bis*, l'abattement étant applicable dès le 1^{er} janvier 2006 sans condition de durée de détention. Il poursuit une finalité qui lui est propre, celle de favoriser la transmission des PME. Les dirigeants de PME partant à la retraite sont dans une situation différente de celle des autres personnes physiques actionnaires de sociétés et la différence de traitement entre ces deux catégories d'actionnaires, que la loi de finances pour 2012 a certes accrue, est en rapport direct avec l'objet de la loi. Le premier grief n'est donc pas sérieux.

¹ Et de l'article 7 de la loi n° 2012-354 du 14 mars 2012 de finances rectificative pour 2012, qui a apporté une modification mineure au dispositif.

² Dans le cadre de l'examen de la loi de finances pour 2013, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution les dispositions de l'article 10 de cette loi, qui ont apporté certains assouplissements au régime de report d'imposition prévu par l'article 150-0 D *bis*. Mais ce sont seulement ces modifications qui ont été déclarées conformes, et non l'article 150-0 D *bis* issu de la loi de finances pour 2012 en tant qu'il s'est substitué au régime d'abattement antérieurement applicable. Ce point n'est d'ailleurs pas contesté par le ministre de l'action et des comptes publics.

3.2. S'agissant du principe d'égalité devant les charges publiques, qui résulte de l'article 13 de la DDHC, les requérants mettent en avant l'écart entre l'imposition qui leur a été appliquée et celle qui aurait résulté soit de l'abattement d'un tiers, soit du report d'imposition, qui aurait conduit selon eux à une imposition nulle. On peut d'abord relever que le report d'imposition ne saurait être assimilé mécaniquement à une imposition nulle : il s'agit d'abord d'un report, et l'exonération n'est acquise qu'à l'issue d'un délai de conservation de cinq ans des titres acquis par le réinvestissement de la plus-value. Surtout, ce raisonnement par comparaison ne nous paraît pas pertinent. Pour déterminer s'il y a eu rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques, il faut comparer l'imposition des requérants, non à celle qui aurait été la leur si d'autres régimes leur avaient été appliqués, mais à celle des autres contribuables. Or M. M... et Mme V... se sont vus appliquer un taux forfaitaire de 19 %, qui était alors le régime de droit commun de la fiscalité des plus-values mobilières et qui n'avait rien de confiscatoire.

3.3. Plus pertinente est l'invocation de la garantie des droits énoncée par l'article 16 de la DDHC. Les requérants font valoir que leur espérance légitime a été trompée, car M. M... a respecté la condition énoncée par le législateur en conservant ses titres pendant cinq années supplémentaires à compter du 1^{er} janvier 2006. Au surplus, lorsque le compromis de vente a été conclu au début de l'année 2011, le régime d'abattement était en vigueur et il était stipulé que la cession aurait lieu en 2012 ; la loi est donc intervenue entre la signature du compromis et la cession effective.

Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, s'il « *est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions* », il « *ne saurait toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles* » et, « *en particulier, il méconnaîtrait la garantie des droits proclamés par l'article 16 de la Déclaration de 1789 s'il portait aux situations légalement acquises une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant* » (cf. notamment la décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, *Loi de finances pour 2006*, § 45). Dans une décision rendue sur la loi de financement de la sécurité sociale (LFSS) pour 2014, le Conseil constitutionnel a complété ce considérant canonique en jugeant que le législateur « *ne saurait, sans motif d'intérêt général suffisant, ni porter atteinte aux situations légalement acquises ni remettre en cause les effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations* » (décision n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013, § 14). Cette nouvelle formulation a par la suite été constamment répétée dans les décisions faisant application du principe de garantie des droits. Le Conseil constitutionnel a admis à deux reprises l'existence d'effets pouvant légitimement être attendus, ou pour dire les choses plus simplement d'une espérance légitime : dans la décision inaugurale du 19 décembre 2013, relative au bénéfice des « taux historiques » des prélèvements sociaux applicables aux produits des contrats d'assurance-vie au moment de leur réalisation ; puis s'agissant de l'application de la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus à des revenus déjà soumis à des prélèvements libératoires (décision n° 2014-435 QPC du 5 décembre 2014).

L'article 80 de la loi de finances pour 2012 n'a prévu aucune disposition particulière concernant son entrée en vigueur. Dès lors, conformément à l'article 1^{er} de cette loi de

finances, il s'est appliqué à l'impôt sur le revenu dû au titre de l'année 2011, et donc aux plus-values de cessions opérées à compter du 1^{er} janvier 2011³. Comme vous le savez, le Conseil constitutionnel considère que cette « rétroactivité » - qui ne s'est au demeurant pas appliquée aux requérants, la cession étant intervenue en 2012 – ne porte pas atteinte à des situations légalement acquises (cf., confirmant cette position constante, la décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, *Loi de finances pour 2013*, § 108) ou, en d'autres termes, ne présente pas de caractère rétroactif.

C'est donc sur le terrain de la remise en cause des « *effets qui peuvent légitimement être attendus* » des situations légalement acquises que les requérants fondent leur contestation. Selon eux, ils pouvaient légitimement attendre de l'observation du comportement requis par le législateur, c'est-à-dire la conservation des titres pendant cinq ans, le bénéfice de l'avantage fiscal subordonné à cette condition. Et c'est ici que se loge la difficulté car si le Conseil constitutionnel a fait application à plusieurs reprises de cette notion depuis 2013, il est encore difficile d'en déduire une théorie générale. Pour dire les choses de façon ramassée, il nous semble que la problématique posée par la présente QPC se situe au croisement de deux courants de décisions, dont l'un conduirait à écarter l'existence d'une espérance légitime et l'autre à l'admettre.

Le premier courant pourrait être dénommé celui des « opérations économiques complexes ». Il est fréquent que l'opération économique constituant le fait générateur d'un régime fiscal favorable soit précédée d'une première opération économique. Dans cette configuration, le Conseil constitutionnel s'est à plusieurs reprises refusé à admettre que la réalisation de la première opération pouvait légitimement faire espérer le bénéfice de l'avantage fiscal attaché à la seconde, quand bien même la première opération avait pu être décidée en prenant en compte fiscal l'avantage fiscal attaché à la seconde :

- Dans l'affaire relative au renflouement et à la cession par le Crédit agricole de sa filiale grecque Emporiki, le Conseil constitutionnel a jugé que l'acquisition de titres de participation en contrepartie d'un apport n'était pas de nature à faire naître une attente légitime quant au traitement fiscal ultérieur de la cession de ces titres (décision n° 2015-475 QPC du 17 juillet 2015) ;
- L'application d'un régime fiscal à une plus-value de cession de valeurs mobilières ne saurait faire naître une attente légitime d'application du même régime au complément de prix afférent à cette cession (décision n° 2015-515 QPC du 14 janvier 2016) ;
- Dans le cadre du rapport fiscal des donations antérieures, « *les modalités d'imposition d'une donation passée ne peuvent produire aucun effet légitimement attendu quant aux règles d'imposition applicables aux donations ou à la succession futures* », et le législateur peut donc modifier le délai à compter duquel il n'est plus tenu compte des donations antérieures sans être tenu d'édicter des mesures transitoires (décision n° 2016-603 QPC du 9 décembre 2016) ;
- Enfin, vous-mêmes avez refusé de renvoyer une QPC relative à une restriction de la réduction d'impôt pour les investissements productifs neufs outre-mer, en jugeant que les requérants qui avaient souscrit au capital de sociétés de participation avant l'entrée en vigueur de la restriction ne pouvaient légitimement attendre que leur soient appliquées les dispositions

³ Ce que confirme la modification mineure opérée par le I de l'article 7 de la loi du 14 mars 2012, le II de cet article disposant que « *le I s'applique aux gains réalisés au titre des cessions intervenues à compter du 1^{er} janvier 2011* ».

en vigueur à la date de cette souscription, le fait générateur de la réduction d'impôt étant l'exploitation effective de l'investissement (13 avril 2018, *W...*, n° 418205 : RJF 7/18, n° 786, ccl Yohann Bénard).

Le commentaire aux Cahiers de la décision *Crédit agricole* expose bien le raisonnement du Conseil constitutionnel : « *Dans ses précédentes décisions, le Conseil constitutionnel a déduit des effets légitimes qui résultaient des dispositifs fiscaux antérieurs (application des taux de prélèvements sociaux historiques ; prélèvement forfaitaire libératoire) que la modification des règles fiscales y portait atteinte. Si le Conseil constitutionnel acceptait de prendre en considération la première opération d'un ensemble composé de deux opérations économiques successives pour en tirer des conséquences en termes d'effets fiscaux pouvant être attendus de la seconde opération, il élargirait considérablement le champ de son contrôle de la garantie des droits.* ». Et c'est cette logique qui est déplorée par les tenants d'une cristallisation plus ferme des conditions fiscales applicables au moment de la prise de décision économique (cf. en ce sens G. Blanluet, « Rétroactivité, rétrospectivité, rétro-prospectivité : quelle protection des attentes légitimes des contribuables ? », *Droit fiscal*, n° 6, 11 février 2016)⁴.

En l'espèce, le même raisonnement pourrait conduire à considérer que la conservation des titres, première opération économique, ne peut faire légitimement attendre le maintien du régime fiscal applicable durant cette période, le fait générateur étant l'opération de cession des titres.

Le second courant jurisprudentiel est celui des « comportements à durée déterminée ». La décision du 19 décembre 2013 en donne une illustration très nette. C'est dans la mesure seulement où les produits des contrats d'assurance-vie avaient été acquis durant la période de huit ans requise par le législateur pour bénéficier de l'exonération d'impôt sur le revenu et des taux de prélèvements sociaux « historiques » (c'est-à-dire les taux en vigueur au moment de la capitalisation des produits, et non ceux applicables au moment du dénouement ou du rachat du contrat, qui est le fait générateur de l'imposition) que le Conseil constitutionnel a jugé que la remise en cause de ces taux historiques portait atteinte à une espérance légitime.

Vous-mêmes attachez une grande importance à ce critère de la durée déterminée du comportement requis par le législateur lorsque vous examinez l'existence d'une espérance légitime constitutive d'un bien au sens de l'article 1P1 (cf. CE, Plen., 9 mai 2012, *Min. c/ Société EPI*, n° 308996, Rec., sur le crédit d'impôt pour créations d'emplois, d'une durée de trois ans ; CE, Plen., 25 octobre 2017, *Min. c/ Société Vivendi*, n° 403320, Rec., sur l'application du régime du bénéfice mondial consolidé pendant toute la durée couverte par l'agrément ; CE, 6 juin 2018, *Société Dekra*, n° 414482, Tab., sur l'application du crédit d'impôt intéressement dans son régime initial pendant toute la durée de l'accord d'intéressement). Soulignons que ce critère ne joue pas seulement lorsque le régime fiscal a une durée déterminée (ce qui était le cas dans les affaires *Société EPI* et *Société Dekra*), mais aussi lorsque le bénéfice d'un régime fiscal permanent est subordonné au respect d'un certain comportement pendant une durée déterminée (ce qu'illustre l'affaire *Société Vivendi* sur le bénéfice mondial consolidé).

⁴ Qui conclut : « *Il n'existerait pas – encore ? – de principe de conservation du régime fiscal applicable aux opérations complexes s'étalant dans le temps.* »

L'application de ce critère conduirait ici à reconnaître l'existence d'une espérance légitime. Les actionnaires dans la situation de M. M... ont conservé leurs actions durant toute la période à laquelle la loi subordonnait le bénéfice de l'avantage fiscal, conformément aux objectifs alors poursuivis par le législateur qui étaient de favoriser l'actionnariat durable. L'observation de ce comportement pendant la durée prévue a pu faire naître l'espérance légitime de bénéficier de l'avantage fiscal qui y était attaché.

Compte tenu de la possibilité de soutenir ces deux raisonnements et de votre office en matière de QPC, la question soulevée nous paraît sérieuse. Nous sommes d'autant plus enclins à vous proposer ce renvoi que si le Conseil constitutionnel reconnaissait l'existence d'une espérance légitime, il est douteux qu'un motif d'intérêt général suffisant ait pu justifier cette atteinte. Les travaux parlementaires font en effet ressortir que l'objectif poursuivi était essentiellement financier, motif qui n'est en principe pas admis pour justifier l'atteinte à des situations légalement acquises ou à une espérance légitime.

PCMNC au renvoi de la question soulevée au Conseil constitutionnel.