N° 431784 – M. G... (QPC)

9^{ème} et 10^{ème} chambres réunies
Séance du 11 septembre 2019
Lecture du 16 septembre 2019

Conclusions
Mme Emilie Bokdam, rapporteur public

La société américaine Manitowoc Company Inc., dont M. G... est associé et détenait 17 500 actions au 3 mars 2016, a décidé de procéder à une opération dite de « spin-off » en droit américain, par laquelle elle a transféré l'une de ses branches d'activités à une société nouvellement créée à cette occasion, la société Manitowoc Foodservices Inc, et dans le cadre de laquelle ses actionnaires ont reçu des actions de la nouvelle société proportionnellement à leurs droits dans son propre capital. M. G... s'est ainsi vu attribuer 17 500 actions de la société Manitowoc Foodservices, compensant dans son patrimoine la perte de valeur des actions de la société Manitowoc Company.

Cette attribution d'actions a été analysée en France comme une distribution de revenus mobiliers et imposée entre les mains de M. G..., en application des dispositions combinées des articles 121 et 115 du code général des impôts.

M. G..., qui a contesté cette imposition, a présenté au soutien de sa demande en réduction de ses bases une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) portant sur l'article 121 du code, que le tribunal administratif de Montreuil vous a transmise sous le présent numéro.

Ces dispositions, applicables au litige, n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution.

La QPC reposant sur l'identification d'une discrimination entre les associés de sociétés impliquées dans des restructurations transfrontalières européennes et les associés de sociétés françaises ou d'Etats tiers, qui proviendrait de la neutralisation partielle de l'application de l'article 121 du code en application de la directive « fusions », il vous faut commencer par vous prononcer sur l'incidence de cette directive sur l'application du droit interne.

En vertu du 1 de l'article 121 du CGI, les dispositions prévues au 1 de l'article 115 du même code sont applicables en cas de fusion ou de scission intéressant des sociétés dont l'une au moins est étrangère, tandis que les dispositions prévues au 2 de l'article 115 sont applicables en cas d'apport partiel d'actif par une société étrangère et placé sous un régime fiscal comparable au régime de l'article 210 A.

Que prévoit, en matière de revenus distribués par des sociétés passibles de l'IS en France, l'article 115 dont les règles sont ainsi rendues applicables, par l'article 121, aux opérations intéressant des sociétés étrangères ?

Son 1 vise l'hypothèse des fusions ou scissions de sociétés : il dispose que l'attribution de titres, sommes ou valeurs aux associés de la société apporteuse en contrepartie de l'annulation des titres de cette société n'est, dans le cas d'une telle opération, pas considérée comme une distribution de revenus mobiliers.

Le 2 de l'article 115 concerne, quant à lui, les attributions de titres représentatifs d'un apport partiel d'actifs. Il subordonne, pour ces opérations, l'absence de qualification en tant que distribution de revenus mobiliers, à la délivrance d'un agrément à la société apporteuse. Cet agrément est délivré lorsque trois conditions cumulatives sont remplies : a) l'apport et l'attribution sont justifiés par un motif économique, se traduisant notamment par l'exercice par chacune des deux sociétés d'au moins une activité autonome ou l'amélioration de leurs structures, ainsi que par une association entre les parties ; b) l'apport est placé sous le régime de l'article 210 A ; et c) l'apport et l'attribution n'ont pas comme objectif principal ou comme un de leurs objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales.

Ces dispositions évoqueront peut-être chez vous le souvenir d'un autre agrément, dont les conditions d'obtention étaient proches : celui sans lequel, en application des articles 210 B et 210 C du CGI, les apports faits à des personnes morales étrangères par des personnes morales françaises ne pouvaient bénéficier du régime de neutralité des fusions de l'article 210 A du code.

Or ce dispositif n'était pas conforme au droit de l'Union.

Par un arrêt du 8 mars 2017, *Euro Park Services* (aff. C-14/16), la CJUE a en effet dit pour droit que l'article 11 de la directive 90/434 (dite directive « fusions ») s'oppose à une législation nationale telle celle de l'article 210 C du CGI qui, dans le cas d'une opération de fusion transfrontalière, soumet l'octroi des avantages fiscaux applicables en vertu de cette directive, en l'occurrence le report de l'imposition des plus-values afférentes aux biens apportés à une société établie dans un autre État membre par une société française, à une procédure d'agrément préalable dans le cadre de laquelle le contribuable doit démontrer que l'opération concernée est justifiée par un motif économique, qu'elle n'a pas comme objectif principal ou comme l'un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales et que ses modalités permettent d'assurer l'imposition future des plus-values mises en sursis d'imposition. Ce n'est qu'à titre exceptionnel et dans des cas particuliers que les États membres peuvent, en vertu des dispositions de l'article 11 de cette directive, refuser d'appliquer tout ou partie des dispositions de celle-ci ou en retirer le bénéfice (CJUE, 20 mai 2010, *Modehuis A. Zwijnenburg*, aff. C-352/08, cité dans l'arrêt du 8 mars 2017). Étaient ainsi condamnés, tant l'extension par la loi française de la clause d'exclusion prévue par la directive au-delà des seules opérations ayant comme objectif principal ou comme un de leurs objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales, que le caractère préalable de l'agrément, faisant reposer systématiquement sur les contribuables la preuve de

l'existence d'un motif économique valable et instituant ainsi une présomption générale de fraude des opérations transfrontalières.

Le requérant déduit de l'arrêt *Euro Park Services* une incompatibilité de l'article 121 du code avec la nouvelle directive 2009/133/CEE du 19 octobre 2009, qui a succédé à l'ancienne directive fusions du 23 juillet 1990. Il n'invoque en revanche pas de méconnaissance de la liberté d'établissement – ce qui se comprend, le droit national ne traitant pas les attributions de titres aux associés dans le cadre d'opérations de restructurations purement internes différemment de celles réalisées dans un contexte transfrontalier.

Le raisonnement *Euro Park Services* est-il effectivement transposable à l'article 121 ?

Certes, l'avantage dont les articles 115 et 121 du CGI ont pour effet et pour objet de régir le bénéficiaire n'est pas, comme dans l'affaire *Euro Park Services*, l'absence d'imposition chez la société bénéficiaire de l'apport des plus-values afférentes aux biens apportés, prévue par l'article 4 de la directive « fusions », mais l'absence d'imposition entre les mains des associés de la société apporteuse des attributions de titres de la société bénéficiaire, prévue à l'article 8. Or l'article 8 de la directive ne dispose l'absence d'imposition de l'associé à raison d'une telle attribution qu'en cas de fusion, de scission ou de scission partielle, et n'est pas rendu applicable aux apports d'actifs par l'article 9.

Dès lors que l'absence d'imposition en tant que distribution est de droit pour les fusions et scissions, et que l'agrément n'est exigé que pour les apports partiels d'actifs, où l'incompatibilité dénoncée par la requête se niche-t-elle ?

Toute la difficulté provient d'une divergence, ou d'un décalage, dans les définitions européenne et nationale des opérations d'apport partiel d'actifs, conduisant à soumettre à l'exigence d'agrément prévu par le 2 de l'article 115 du CGI, auquel renvoie l'article 121 du même code, des opérations transfrontalières relevant de l'article 8 de la directive du 19 octobre 2009.

Ainsi, les apports partiels d'actifs au sens des articles 115 et 121 du CGI incluent les opérations que la nouvelle directive « fusions » qualifie de « scissions partielles » (ou le droit américain, de « spin-off »), c'est-à-dire celles dans lesquelles une société transfère, sans être dissoute, une ou plusieurs branches d'activité à une ou plusieurs sociétés préexistantes ou nouvelles, en laissant au moins une branche d'activité dans la société apporteuse, en échange de l'attribution à ses associés, au prorata, de titres représentatifs du capital social des sociétés bénéficiaires. Or faute de dissolution sans liquidation de la société initiale, de telles opérations ne répondent pas à la définition des scissions au sens de l'article 210-0 A du CGI (adopté sous l'empire de l'ancienne directive fusions, qui ne définissait pas les scissions partielles), lesquelles impliquent en vertu de cet article la dissolution sans liquidation de la société scindée et qui seules bénéficient du 1 de l'article 115 du code.

Dans ces conditions, les articles 115 et 121 du CGI soumettent l'octroi, aux associés d'une société réalisant une scission partielle, de l'avantage prévu par l'article 8 de la directive à un agrément, qui non seulement est général et préalable en vertu de l'article 1649 nonies du code, faisant reposer la charge de la preuve sur le contribuable sans que l'administration soit tenue d'apporter le moindre début d'indice de fraude, mais en outre est subordonné à la satisfaction de critères qui nous semblent plus exigeants, ou à tout le moins pas entièrement similaires à ceux prévus par les articles 8 et 15 de la directive du 19 octobre 2009. En particulier, l'existence d'un motif économique est recherchée, en vertu de l'article 115, pour l'opération de restructuration elle-même mais également pour l'attribution d'actions, et l'article pose des critères d'associations entre les parties. Et à supposer même que la double condition de justification par un motif économique telle qu'explicité par le a du 2 de l'article 115 et d'absence d'objectif principal de fraude ou d'évasion fiscale posé à son c rejoignent celui, global, d'absence d'objectif principal de fraude ou d'évasion fiscales posé au a du 1 de l'article 15 de la directive, s'y ajoute une condition de placement de l'opération d'apport sous le bénéfice de l'article 210 A du CGI ou d'un régime fiscal comparable, là où l'article 8 n'opère pas de pont avec le bénéfice de l'article 4.

Dès lors, en ce qu'elles s'appliquent à des opérations de scissions partielles transfrontalières, c'est-à-dire intéressant une société française et une société d'un autre Etat membre, ces dispositions nous semblent contraires à la directive et devoir, par suite, être écartées. En revanche, la loi étant claire dans l'exigence d'un agrément et n'étant susceptible d'aucune interprétation neutralisante qui assurerait une homogénéité de traitement des associés en cas d'opérations transfrontalières européennes, d'opérations franco-françaises, et de scissions partielles de sociétés d'Etat tiers, l'exigence d'un agrément préalable s'applique pleinement, en vertu des articles 115 et 121 du code, aux scissions partielles purement internes tout comme aux opérations intéressant des sociétés d'Etats tiers.

Or à la lumière du raisonnement du Conseil constitutionnel dans sa décision *Société Métro Holding France SA* du 3 février 2016 (n° 2015-520 QPC), consistant à regarder la loi telle qu'elle doit être laissée partiellement inappliquée en vertu du droit de l'Union européenne comme la loi telle qu'interprétée par votre jurisprudence et justiciable d'une QPC, les différences de traitement résultant des incidences du droit de l'UE sur le champ d'application de la loi nationale constituent des différences de traitement résultant de la loi elle-même.

L'inapplication de l'article 121 du CGI aux scissions partielles transfrontalières européennes pourrait ainsi conduire à identifier une discrimination à rebours des associés de sociétés françaises, pour lesquels l'article 115 exige un agrément et qui sont ainsi moins bien traités que les associés de sociétés procédant à une scission partielle dans un cadre européen, ainsi qu'une différence de traitement au détriment des associés de sociétés d'Etats tiers hors Europe.

Cette différence s'opère en fonction, non du lieu de résidence de l'associé (toujours résident de France pour l'application de l'article 121 du code), mais du lieu du siège des sociétés apporteuse et bénéficiaire de la branche d'activité apportée dans le cadre d'une scission partielle. Quand bien même elle serait d'ordre essentiellement procédural et formel, elle ne nous paraît pas pouvoir

être écartée par vous, au stade de votre rôle de filtre QPC, comme purement vénielle, car elle permet aux associés de sociétés européennes de bénéficier directement de la neutralité fiscale des attributions de titres, tandis que des associés de sociétés françaises ou d'Etats tiers ne peuvent obtenir le bénéfice de cette neutralité qu'après, 1°, que la société dont ils sont associés a demandé un agrément – ce qu'elle peut s'abstenir de faire, lorsqu'elle est étrangère et que ses associés français sont très minoritaires, 2°, qu'elle a démontré au soutien de sa demande la satisfaction des trois conditions déjà mentionnées (motif économique à l'apport d'actif et à l'attribution de titres, placement de l'apport sous le régime de l'article 210 A ou d'un régime équivalent, et absence d'objectif principal de fraude et d'évasion fiscale) et, 3°, que l'administration lui a délivré cet agrément.

Or nous peinons, au regard de l'objectif consistant à faciliter les restructurations d'entreprises et à neutraliser l'imposition des attributions de titres aux associés, à identifier ce qui justifierait de traiter plus favorablement les associés de sociétés procédant à des opérations de restructurations transfrontalières européennes que les associés de sociétés impliquées dans des opérations identiques mais localisées en France ou dans un Etat tiers.

Dans ces conditions, la QPC soulevée au regard du principe d'égalité devant la loi nous paraît sérieuse et justifier un renvoi au Conseil constitutionnel, bien que vous ne soyez ici saisis que de l'article 121 du CGI en ce qu'il rend applicable en cas d'apport partiel d'actif par une société étrangère le 2 de l'article 115 du CGI dans sa rédaction antérieure à l'article 23 de la loi n° 2017-1775 du 28 décembre 2017, c'est-à-dire de la seule différence de traitement entre associés résidents de sociétés opérant des scissions partielles dans des Etats tiers ou au sein de l'Union européenne, sans être saisi d'une QPC qui serait dirigée directement contre l'article 115 du CGI lui-même et le traitement qu'il réserve aux associés en cas d'opérations de scissions partielles réalisées par des sociétés passibles de l'IS en France.

Notons pour finir qu'il s'agit de droit mort. Si l'article 121 est demeuré inchangé, l'article 115 a en effet été modifié postérieurement aux années en litige : depuis la loi de finances rectificative pour 2017, qui a tiré les conséquences de l'arrêt *Euro Park Services*, le 2 de l'article 115 du CGI, rendu applicable aux apports partiels d'actif par des sociétés étrangères par l'article 121 du CGI, ne soumet plus à agrément préalable l'absence d'imposition de l'attribution de titres aux associés en cas d'apport partiel d'actif d'une branche complète d'activité.

Nous ne nous étendons pas sur le grief tiré d'une méconnaissance du droit de propriété et du principe d'égalité devant les charges publiques prohibant toute imposition confiscatoire, qui ne nous paraît pas présenter la même difficulté.

Par ces motifs, nous concluons au renvoi au Conseil constitutionnel de la question prioritaire de constitutionnalité dirigée contre le troisième alinéa du 1 de l'article 121 du CGI, en ce qu'il renvoie au 2 de l'article 115 du même code dans sa rédaction antérieure à l'article 23 de la loi n° 2017-1775 du 28 décembre 2017.