

N° 371921

M. et Mme Bernard M...

QPC

3^e et 8^e sous-sections réunies

Séance du 2 avril 2014

Lecture du 11 avril 2014

CONCLUSIONS

Mme Marie-Astrid de BARMON, rapporteur public

Cette affaire réouvre la controverse ancienne du traitement fiscal de la rémunération perçue par un actionnaire en contrepartie du rachat par une société de ses propres titres, cette fois-ci sous l'angle de sa constitutionnalité.

M. Bernard M... était l'un des deux associés et cogérants à parts égales de la société civile G..., assujettie à l'impôt sur les sociétés. Par une décision du 26 septembre 2006, une assemblée générale extraordinaire a autorisé la société à procéder au rachat des titres détenus par M. M.... Le 2 octobre suivant, ce dernier lui a cédé la totalité de ses parts pour un prix de 2 500 000 euros.

Dans leur déclaration de revenus de l'année 2006, les époux M... ont présenté les revenus tirés de cette opération comme une plus-value de cessions de valeurs mobilières. Ils ont estimé que ces revenus étaient exonérés d'impôt en application de l'abattement prévu par l'article 150-0-D ter du code général des impôts (CGI).

A la suite d'une vérification de comptabilité de la société G... puis d'un contrôle sur pièces des requérants pour l'année 2006, l'administration a remis en cause cette exonération et estimé que l'excédent du prix de rachat des parts sur la valeur nominale des titres constituait un revenu distribué taxable dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers (RCM) en application des articles 109, 112 et 161 du CGI.

Le TA de Grenoble n'a que partiellement fait droit à leur demande en leur accordant la décharge des pénalités pour manquement délibéré dont les droits supplémentaires avaient été assortis. La cour administrative d'appel de Lyon a rejeté leur requête d'appel. Les époux M... se sont pourvus en cassation contre son arrêt.

Ils vous demandent en cours d'instance de transmettre au Conseil constitutionnel la question de la conformité aux principes constitutionnels d'égalité devant la loi et d'égalité devant les charges publiques garantis par l'article 1^{er} de la Constitution et les articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, des dispositions des articles 109, 112, 120, 161 et du 8 ter de l'article 150-0-D du CGI.

Il nous faut vous rappeler à grands traits le régime du rachat par une société de ses propres actions et son évolution. Cette technique a toujours suscité une certaine méfiance car le capital d'une société, qui garantit ses créances à l'égard des tiers, est constitué des apports de ses actionnaires. Le rachat par une société de ses propres actions, a fortiori si elle les conserve, rend ainsi une partie du capital social fictif. C'est pourquoi le premier mouvement du législateur, lorsqu'il a encadré l'autodétention d'actions par la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales¹, a été d'affirmer le principe de son interdiction, avant d'énoncer aussitôt une première dérogation, en vue de procéder à une réduction du capital non motivée par des pertes. En 1967, deux ordonnances ont élargi le champ de l'autodétention en autorisant les rachats d'actions en vue de les rétrocéder aux salariés et dans le but de stabiliser le cours de bourse.

L'article 41 de la loi du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier a substitué à ce régime d'interdiction un régime d'autorisation, dans les conditions fixées aux articles L. 225-207 à L. 225-217 du code de commerce². A côté des rachats destinés à procéder à une réduction de capital ou à une distribution d'actions aux salariés, l'utilisation de ce mécanisme par les sociétés cotées à des fins de gestion financière a été considérablement élargie. **L'objectif de ce type de rachat n'est plus déterminé par la loi**, contrairement à l'état du droit antérieur. Une société dont les actions sont négociables sur un marché réglementé peut racheter jusqu'à 10 % de son capital, non seulement pour régulariser son cours de bourse, mais aussi pour tout autre motif, par exemple pour lutter contre une offre publique d'achat hostile, organiser le retrait du capital d'un actionnaire sans peser sur le cours de bourse, décroiser les participations, réaliser des opérations de croissance externe ou faciliter une fusion.

A l'issue de cette évolution, le code de commerce encadre donc trois catégories de rachats d'actions de ses propres titres par la société émettrice : les rachats en vue de la gestion financière de la société, d'une redistribution aux salariés et d'une réduction de capital non motivée par des pertes. Le principe étant désormais l'autorisation, d'autres rachats d'action, sont possibles en dehors de ce cadre réglementé, notamment le rachat d'actions non suivi d'une réduction de capital par l'annulation des titres.

Or, ces différentes catégories de rachats d'action obéissent, selon leur finalité pour la société, à des régimes d'imposition distincts dans le chef de l'actionnaire personne physique, en application des dispositions dont la conformité à la Constitution est contestée par les époux M....

La règle générale est qu'en vertu du 2° du 1 de l'article 109 et du 2° alinéa de l'article 161 du CGI, les sommes perçues par l'actionnaire en contrepartie de la cession de ses titres à la société sont des revenus distribués imposables dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers à hauteur de la différence entre le prix de rachat des titres et leur prix d'acquisition

¹ Loi n° 66-537, article 217.

² Le régime d'autorisation est désormais prévu au II de l'article L. 225-206 du code de commerce. Son I interdit la souscription par la société de ses propres actions en cas de création d'actions, lors de la constitution du capital social ou d'une augmentation de capital. Mais son II pose le principe de l'autorisation de l'achat par une société de ses propres actions déjà existantes, dans les conditions prévues aux articles L. 225-207 à L. 225-217, qui encadrent le rachat par la société de ses propres actions. L'on est passé d'un régime d'interdiction avec dérogations à un régime d'autorisation sous conditions, conformément à l'objectif affiché dans les travaux parlementaires.

ou, si elle est supérieure, la valeur nominale de l'apport. Tel est le cas des sommes reçues par un actionnaire en cas de rachat d'actions en vue d'une réduction de capital non motivée par des pertes. Le régime des revenus distribués s'applique également aux cas non prévus par le code de commerce, notamment aux rachats d'actions non suivis d'une annulation des titres, que ceux-ci soient cédés à un tiers ou conservés par la société (29 décembre 2000, *R...*, n° 179647, au Rec. p. 663, aux ccl du pdt Courtial ; 31 juillet 2009, *Sté Fiteco*, n° 296052, au rec. p. 339, et ccl d'E. Glaser, BDCF 2009 n° 128).

Par exception, et par détermination de la loi, le 6° de l'article 112 fait échapper à la catégorie des revenus distribués les sommes attribuées aux actionnaires en contrepartie de rachats par la société de ses actions en vue d'opérations de gestion financière ou d'une rétrocession aux salariés. Ces gains sont imposables dans la catégorie des plus-values de cession de valeurs mobilières en vertu du 6° du II de l'article 150-0 A et du 8 ter de l'article 150-0 D. A l'époque du litige, le régime d'imposition proportionnelle qui en résultait était évidemment plus favorable au contribuable que celui des revenus de capitaux mobiliers.

Plus-value ou revenu distribué : cette question continue de diviser et chaque point de vue a ses ardents défenseurs même si votre jurisprudence, un temps incertaine, est stabilisée. Les interventions successives du législateur ont aussi fait bouger les lignes entre régimes des revenus de capitaux mobiliers et des plus-values en réduisant sans cesse le champ de la règle générale au profit de l'exception. En dernier lieu, l'article 29 de la loi du 30 décembre 2005 de finances rectificative pour 2005 a étendu le régime des plus-values de cessions à toutes les opérations de rachat d'actions par une société de ses propres titres pour la différence entre la valeur d'apport et la valeur d'acquisition des titres, jusqu'alors non imposable. Il en résulte que, pour les rachats en vue d'une réduction de capital par exemple, la somme perçue par l'actionnaire en rémunération de la vente de ses actions est, s'agissant d'une seule et même opération, pour partie un revenu distribué et pour partie une plus-value.

Comme le résumait Jérôme Turot dans une chronique de 1992, que nous citons³ : « *Toute la difficulté de l'analyse est que le gain présente deux facettes. Vue depuis l'associé, l'opération ressemble furieusement à une cession ordinaire, faisant éventuellement apparaître une plus-value. On voit mal ce qui, pour lui, distingue une cession de ses titres à la société elle-même d'une cession à un tiers. Mais, vu depuis la société, le même flux constitue un désinvestissement au profit de l'associé, désinvestissement qui peut s'analyser soit comme un remboursement d'apports, soit comme une distribution de bénéfices et/ou de réserves.* ».

Revenant à la question prioritaire de constitutionnalité, vous devrez d'abord vous livrer à un travail de dentelle pour **déterminer les dispositions applicables au litige** au sens de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958. L'applicabilité des dispositions du 2° du 1 de l'article 109, du 6° de l'article 112, du 8 ter de l'article 150-0 D et du second alinéa de l'article 161 du code général des impôts ne soulève pas de difficulté, dès lors qu'elles ont servi de fondement à l'imposition à l'origine du litige, ou que M. et Mme M... en ont revendiqué le bénéfice (*B...*, 15 juillet 2010, n° 327512, T. p. 942).

En revanche, ni les dispositions du 1° du 1 de l'article 109, relatives aux bénéfices non réinvestis par la société, ni celles de l'article 112 autres que son 6°, qui concernent d'autres

³ « Rachat par une société de capitaux de ses propres titres. Un régime assis entre deux chaises », RJF 8-9/92 p. 659.

répartitions de revenus, ni celles du 1^{er} alinéa de l'article 161, qui ont trait aux boni de liquidation, ne sont applicables au litige. Il en va de même de l'article 120, qui ne concerne que les revenus tirés de la vente de titre de sociétés dont le siège social est établi hors de France, ce qui n'est pas le cas dans le présent litige.

La deuxième condition d'un renvoi relative à l'absence de déclaration de conformité par le Conseil constitutionnel est remplie car il n'a pas déclaré conformes à la Constitution les dispositions invoquées applicables au litige, notamment à l'occasion de l'examen des lois du 2 juillet 1998 et du 30 décembre 2005.

Reste alors à examiner la question du caractère nouveau ou sérieux de la question posée. Il ne s'agit pas d'une question nouvelle, puisque les requérants invoquent des dispositions constitutionnelles dont le Conseil a déjà fait largement application.

Il faut donc s'interroger sur le caractère sérieux de la question. Les époux M... se prévalent d'une rupture caractérisée d'égalité devant la loi et devant les charges publiques résultant de l'application de régimes fiscaux différents à une même opération, inégalité qui ne serait justifiée ni par une différence de situation du point de vue de l'actionnaire ni par un but d'intérêt général. Ils font valoir que l'associé cédant se trouve dans une situation identique, que le rachat intervienne en vue d'une redistribution aux salariés ou dans le cadre d'un plan de rachat d'actions cotées d'une part, ou dans les autres hypothèses de rachat de ses titres par la société d'autre part.

La réponse du ministre sur ce point est inopérante. Il soutient que la différence entre les cessions à un tiers et à la société émettrice ne résident pas dans la situation du cédant mais dans l'identité du cessionnaire. La séparation étanche entre deux régimes d'imposition, celui des cessions d'actions à des tiers imposées dans la catégorie des plus-values de cession, et celui des rachats par une société de ses propres actions, considérées comme une modalité des distributions de bénéfices, dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers, repose certes sur de solides considérations (cf ccl au BDCF 2007 n° 61 de Laurent Vallée sous la décision *Min. c. P...* du 28 février 2007, n° 284565, RJF 5/07 n° 599). Mais ce n'est pas la question puisqu'est invoquée une différence de traitement entre les différentes hypothèses de rachats d'actions par la société émettrice et non avec la cession à un tiers.

Selon les termes d'E. Glaser dans ses conclusions sur la décision *Sté Fiteco*, votre jurisprudence fonde le régime fiscal du rachat d'actions non pas sur le devenir des titres, mais sur la qualité de l'acquéreur, ce qui a justifié l'alignement du régime fiscal des rachats de titres sans annulation sur celui des rachats suivis d'une annulation. Or, précisément, l'acquéreur est toujours le même dans les rachats d'action à soi-même - c'est la société émettrice - et seul varie le but poursuivi par la société, but qui ne dépend pas du contribuable.

Il est possible de soutenir que le rachat par une société de ses propres titres est une modalité particulière de distribution de ses bénéfices aux actionnaires. Mais cette assimilation est assez contestable du point de vue de l'associé : il ne s'agit pas d'une distribution de dividendes, car d'une part l'actionnaire cède définitivement ses titres et d'autre part, le rachat ne s'adresse pas à tous les actionnaires mais seulement à ceux qui choisissent de souscrire à l'offre publique de rachat à laquelle doit procéder la société.

L'argument selon lequel la société s'appauvrit lorsqu'elle procède à une telle distribution de ses bénéfices ne permet pas davantage de tracer une frontière satisfaisante entre les rachats à soi-même dont la contrepartie est imposée comme revenus de capitaux mobiliers et les autres. Dans tous les cas de rachat, la société devient propriétaire d'elle-même et s'est bien appauvrie du montant de l'achat, au moins transitoirement si elle revend les titres ultérieurement. En particulier, l'attribution gratuite d'actions aux salariés, pourtant génératrice d'un gain regardé comme une plus-value pour le cédant, appauvrit aussi la société.

Le fait que le rachat en vue d'une réduction de capital doit être approuvé par l'assemblée générale extraordinaire et précédé d'une offre publique de rachat alors que seuls sont requis l'approbation de l'assemblée générale ordinaire et le respect des règles d'information du marché s'agissant d'un rachat en vue de la gestion financière de la société, ne suffisent pas à nos yeux à placer l'actionnaire dans une situation différente qui justifierait un traitement fiscal différent. L'on peut faire valoir aussi que l'actionnaire qui vend ses titres dans le cadre d'une offre publique de rachat sait qu'il cède les titres à la société émettrice, alors qu'il ne peut connaître l'identité de l'acquéreur quand il cède ses actions sur le marché boursier. Mais il n'est pas évident que ces obstacles techniques liés au fonctionnement du marché soient suffisants pour justifier une différence de traitement fiscal : pour les éviter, il suffirait de placer tous les gains de cessions dans le champ des plus-values de cessions de titres.

Nous avons le sentiment qu'il peut y avoir une grande similitude entre un rachat par la société cotée de ses actions en vue de sa gestion financière, et un rachat de titres opéré en dehors de ce cadre : l'actionnaire qui se retire d'une société cotée voit son gain qualifié de plus-value, alors que celui qui sort du capital d'une société non cotée, comme M. M..., perçoit des revenus de capitaux mobiliers.

Il ne s'agit pas de contester le bien-fondé de votre jurisprudence sur l'imposition par défaut des revenus issus de la cession dans la catégorie des RCM. Mais force est de constater qu'une opération identique du point de vue de l'actionnaire peut donner lieu à deux traitements fiscaux aux conséquences très différentes selon l'objectif poursuivi par la société.

Le choix du législateur est-il justifié par un motif d'intérêt général ? S'il n'est pas interdit de penser que le développement de la participation des salariés par le biais de l'attribution d'actions et la gestion financière des sociétés, notamment pour favoriser la résistance aux OPA des entreprises françaises, puissent constituer des motifs d'intérêt général, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est inexistante sur cette question et nous ne sommes pas entièrement convaincue que ces motifs soient suffisants pour justifier la différence de traitement faite aux actionnaires. Nous vous proposons donc de regarder la question comme sérieuse.

Par ces motifs, nous concluons à ce que ne soit pas renvoyée au Conseil constitutionnel la question de la constitutionnalité du 1° du 1 de l'article 109, des 1° à 4° et du 7° de l'article 112, de l'article 120 et du 1^{er} alinéa de l'article 161 du code général des impôts, à ce qu'en revanche soit renvoyée celle relative au 2° du 1 de l'article 109, au 6° de l'article 112, au 8 ter de l'article 150-0 D et au second aliéna de l'article 161 de ce code et à ce qu'il soit sursis à statuer sur le pourvoi de M. et Mme M....