

Commentaire

Décision n° 2015-475 QPC du 17 juillet 2015

Société Crédit Agricole SA

*(Règles de déduction des moins-values de cession de titres de participation –
Modalités d'application)*

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 7 mai 2015 par le Conseil d'État (décision n° 387824 du 7 mai 2015), d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par la société Crédit Agricole SA portant sur le paragraphe II de l'article 18 de la loi n° 2012-958 du 16 août 2012 de finances rectificative pour 2012.

Ces dispositions précisent les opérations auxquelles sont applicables les dispositions du paragraphe I de cet article 18, insérées au 2 *bis* de l'article 39 *quaterdecies* du code général des impôts (CGI), qui restreignent, dans certaines hypothèses, la déduction du résultat imposable (à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés) de la moins-value résultant de la cession de titres de participation.

Dans sa décision n° 2015-475 QPC du 17 juillet 2015, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution les dispositions du paragraphe II de l'article 18 de la loi du 16 août 2012 de finances rectificative pour 2012.

I. – Les dispositions contestées

A. – Historique et contexte des dispositions contestées

1. – Le régime d'imposition des moins-values résultant de la cession de titres de participation reçus moins de deux ans auparavant en contrepartie d'un apport à une filiale dont l'actif net est négatif

Comme pour les autres actifs, les plus ou moins-values provenant de la cession de titres de participation détenus par les entreprises font l'objet d'un traitement fiscal distinct, que ce soit au titre de l'impôt sur le revenu (IR) et de l'impôt sur les sociétés (IS), selon qu'elles sont réalisées à court terme ou à long terme ¹.

Sont considérées comme réalisées à long terme les plus ou moins-values

¹ Les règles prévues par l'article 39 *duodecies* du CGI pour les personnes assujetties à l'impôt sur le revenu sont applicables aux sociétés passibles de l'impôt sur les sociétés en vertu de l'article 209 du même code.

résultant de la cession de titres de participation qui sont détenus depuis plus de deux ans.

À l'inverse, les cessions de titres de participation détenus depuis moins de deux ans relèvent du régime du court terme : si le solde des plus et moins-values réalisées au cours de l'exercice est positif, la plus-value nette est alors taxée au taux normal d'imposition (sous réserve de l'option en faveur de l'étalement de la plus-value prévue à l'article 39 *quaterdecies* du CGI) ; si est dégagée une moins-value nette, celle-ci est alors déductible du résultat imposable au même taux.

À partir de ce régime en apparence simple, des pratiques d'optimisation fiscale ont pu être développées par des sociétés qui renflouent, par voie d'apport, leurs filiales dont le passif excède l'actif, juste avant de les vendre, en jouant sur une faille du principe de symétrie fiscale des gains et des pertes.

En vertu de ce principe, ainsi que le rappelle Olivier Fouquet, « *si, au titre d'une activité ou d'une opération, un gain est imposable, symétriquement la perte réalisée au titre de la même activité ou de la même opération est normalement déductible, sauf bien entendu disposition législative contraire. Inversement si le gain n'est pas imposable, la perte n'est pas déductible. (...) l'administration, pas plus que le contribuable, ne peut gagner sur les deux tableaux* »².

Ainsi que le relève l'évaluation préalable de l'article 15 du deuxième projet de loi de finances rectificative pour 2012, devenu l'article 18 de la loi, « *Les associés qui souhaitent améliorer la situation nette de leur filiale ont le choix entre la réalisation d'un apport et l'octroi d'une subvention ou d'un abandon de créance. En principe, le droit fiscal assure la symétrie entre ces deux procédés : si l'on est en présence d'un supplément d'apport, il n'est pas imposable chez son bénéficiaire et pas déductible chez l'apporteur ; s'il s'agit seulement d'un abandon de créances, il est imposable chez le bénéficiaire, mais déductible des résultats de la société versante à concurrence de l'actif net négatif de la filiale. Cette neutralité disparaît lorsque la société qui est renflouée présente une situation nette négative. Dans ce cas, si le choix de la subvention respecte la symétrie fiscale, il n'en est pas de même de l'apport. En effet, la société bénéficiaire émet des titres nouveaux, ou procède à une majoration de la valeur nominale de titres existants, dont la valeur réelle est mécaniquement inférieure à la valeur de l'apport ce qui conduit la société apporteuse à constater une moins-value à court terme lors de la cession immédiate des titres, les renflouements étant fréquemment effectués avant la cession de la filiale. Il en résulte une **distorsion fiscale**, l'opération ayant globalement pour effet de créer*

² O. Fouquet, « *Le principe de symétrie fiscale des gains et des pertes* », RTD Com. 2013, p. 607.

une charge sans profit corrélatif. À cette dissymétrie se surajoute un phénomène de double déduction fiscale des mêmes pertes lorsque l'actif net négatif de la filiale correspond à des déficits fiscaux qui ont déjà été utilisés soit par cette société, soit dans le cadre d'un groupe fiscal ».

Soit, par exemple, un apport de 150 à une société en situation nette négative de 100 : les titres émis en contrepartie ont une valeur réelle de 50. Ils sont toutefois inscrits par la société apporteuse en comptabilité à une valeur comptable de 150. La société apporteuse, si elle cède ces titres à une valeur de marché de 50 dans les deux ans, peut donc constater une moins-value de 100, déductible de l'assiette de son impôt.

Par conséquent, une telle opération permettait, d'une part, à la filiale de bénéficier de ce supplément d'apport sans qu'il soit compris dans ses résultats imposables et, d'autre part, à la société mère de diminuer son bénéfice imposable en cédant les titres détenus dans la filiale à court terme et en constatant ainsi une moins-value déductible de ses résultats imposables.

2. – La modification du régime par l'article 18 de la loi de finances rectificative pour 2012 du 16 août 2012

L'article 15 du deuxième projet de loi de finances rectificative pour 2012, déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale le 4 juillet 2012, avait pour objet de mettre un terme à l'optimisation présentée ci-dessus.

Pour rétablir la symétrie entre l'imposition des gains et des pertes, cet article prévoyait que les suppléments d'apports seraient compris dans les résultats imposables de la société bénéficiaire de l'apport.

Toutefois, le législateur a finalement choisi de taxer non pas la société bénéficiaire de l'apport mais la société apporteuse. Lors de la discussion de cet article 15 en commission des Finances à l'Assemblée nationale, le 12 juillet 2012, M. Christian Eckert, rapporteur général, a présenté un amendement CF 325 proposant de modifier la solution du projet de loi initial : « *Je propose une autre option, qui consisterait à taxer, non la société qui reçoit, mais celle qui donne, en interdisant la déductibilité de la moins-value résultant de la cession* »³. Comme l'expliquait l'exposé des motifs de l'amendement : « *le montage optimisant n'est pas le fait de [la société bénéficiaire de l'apport], mais de celui de [la société apporteuse]* ».

Cet amendement réservait cette interdiction de déduction de la moins-value aux

³ M. Christian Eckert, *Rapport sur le deuxième projet de loi de finances rectificative pour 2012*, Assemblée nationale, XIV^{ème} législature, n° 79.

apports à des sociétés dont l'actif net est négatif ou nul. Il a été adopté par la commission des Finances de l'Assemblée nationale (mais n'a pas été intégré au texte, dans la mesure où, pour les projets de loi de finances, la discussion s'engage en séance sur le texte déposé sur le bureau de l'assemblée ou transmis par l'autre assemblée).

Deux sous-amendements à cet amendement ont été déposés par le Gouvernement le jour de la discussion en séance, soit le 19 juillet 2012 :

– le premier sous-amendement a élargi les cas d'interdiction de la déduction de la moins-value résultant d'une cession par la société apporteuse, en prévoyant la neutralisation de la différence entre, d'une part, la valeur d'inscription en comptabilité des titres de la société bénéficiaire de l'apport et, d'autre part, leur valeur réelle à la date de leur émission, que la situation de la société bénéficiaire de l'apport soit, après l'apport, négative, nulle ou même positive ;

– le second sous-amendement a prévu une modification des opérations auxquelles sont applicables les nouvelles règles, pour ne les appliquer qu'aux titres de participation acquis à compter du jour de l'adoption de l'amendement (et du sous-amendement). Comme l'expliquait M. Jérôme Cahuzac, ministre délégué au budget, en séance publique : « *La modification de rédaction apportée par les sous-amendements, qui fait disparaître la notion d'actif net, ne modifie pas substantiellement le dispositif. Toutefois, dès lors qu'il y a un risque de modification substantielle, le principe de loyauté fiscale commande de mentionner la date d'aujourd'hui comme prise d'effet des nouvelles règles, afin de s'assurer que ces règles ont bien été portées à la connaissance d'éventuels intéressés* »⁴.

C'est l'amendement ainsi sous-amendé qui a été adopté, au cours de la deuxième séance publique du 19 juillet 2012. Cet article ainsi modifié est devenu l'article 18 de la loi de finances rectificative pour 2012 du 16 août 2012.

Ces dispositions n'ont ensuite pas été retouchées. En vertu des modalités d'application des nouvelles règles de déduction des moins-values résultant de cessions de titres de participation moins de deux ans après leur émission, ce sont donc deux régimes distincts de déduction qui coexistent de manière temporaire :

– pour les cessions de titres de participation qui ont été émis avant le 19 juillet 2012, la moins-value qui résulte de l'écart entre la valeur d'inscription comptable lors de l'acquisition et la valeur de cession est intégralement

⁴ Compte-rendu des débats, deuxième séance du 19 juillet 2012, J.O. Débats Assemblée nationale.⁵ B. Gibert, « *Améliorer la sécurité du droit fiscal pour renforcer l'attractivité du territoire* », septembre 2004, La documentation française.

déductible de l'assiette de l'impôt de la société cédante ;

– pour les cessions de titres de participation qui ont été émis à compter du 19 juillet 2012, la moins-value correspondant à l'écart entre la valeur d'inscription comptable des titres lors de leur acquisition et leur valeur réelle à la date de leur émission n'est pas déductible de l'assiette de l'impôt de la société cédante. En revanche, demeure déductible la moins-value correspondant à l'écart entre la valeur réelle de ces titres à la date de leur émission et leur valeur de cession. Dans ce cas, pour reprendre l'exemple précédemment évoqué, si les titres émis en contrepartie d'un apport de 150 avaient une valeur réelle de 50 lors de leur émission mais ont ensuite été cédés à une valeur de 40, la moins-value déductible est de 10 (50-40).

B. – Origine de la QPC et question posée

Le litige à l'origine de la QPC porte sur le refus opposé par l'administration fiscale à la société Crédit Agricole SA d'obtenir une déduction, pour l'exercice 2013, de la moins-value à court terme résultant de la cession des titres de participation dans sa filiale grecque Emporiki.

Ces titres de participation avaient été émis le 19 juillet 2012 et ont été cédés à l'euro symbolique au mois de février 2013.

La société Crédit Agricole SA n'a pas déduit cette moins-value de ses résultats imposables de l'exercice clos en 2013. Elle a cependant demandé, par voie de réclamation, la restitution partielle de la cotisation primitive d'IS à laquelle elle a été assujettie au titre de l'exercice clos en 2013, en invoquant le caractère déductible de cette moins-value.

Pour fonder son refus, l'administration fiscale a opposé les nouvelles règles de déduction prévues par le paragraphe I de l'article 18 de la loi de finances rectificative pour 2012 du 16 août 2012, rendues applicables, par la disposition contestée, à la moins-value en question dans la mesure où l'apport en contrepartie duquel les titres de participation cédés ont été émis est intervenu précisément le 19 juillet 2012, jour à compter duquel le législateur a voulu que l'émission de titres de participation les conduise à être soumis aux nouvelles règles fiscales.

La société requérante a soulevé une QPC devant le tribunal administratif de Montreuil, qui l'a transmise au Conseil d'État par une ordonnance du 6 février 2015. Le Conseil d'État a renvoyé la QPC au Conseil constitutionnel (décision du 7 mai 2015 précitée), en relevant que présentait un caractère sérieux le moyen tiré de ce que les dispositions contestées portent notamment atteinte au

principe de la garantie des droits qui résulte de l'article 16 de la Déclaration de 1789.

Par ailleurs, la société requérante invoquait la méconnaissance des principes d'égalité devant la loi et les charges publiques : « *des sociétés placées dans la même situation, seront soumises à des impositions différentes selon la date à laquelle l'opération d'apport a été réalisée, les opérations juridiquement réalisées à compter du 19 juillet étant soumises au nouveau régime fiscal des moins-values, alors que (...) cette date ne constitue pas un critère rationnel d'entrée en vigueur de la mesure puisque les opérateurs concernés n'avaient pas connaissance de la mesure envisagée* ».

Enfin, la société requérante soutenait qu'il serait également porté atteinte à la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle, car ce nouveau régime fiscal a des répercussions sur le choix de la politique de développement de l'entreprise.

II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

A. – Le grief tiré de la méconnaissance des exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789

La société requérante soutenait que les dispositions contestées remettent en cause les effets qui pouvaient légitimement être attendus d'une opération d'apport, en méconnaissance des exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « *les dispositions en cause portent une atteinte excessive aux droits des entreprises concernées en ce qu'elles prévoient l'application du nouveau régime de déduction des moins-values, aux cessions consécutives à des opérations d'apport réalisées à compter du 19 juillet 2012, alors qu'à cette date les opérateurs concernés n'avaient pas été informés de la réforme envisagée* ».

1. – La jurisprudence constitutionnelle relative à la rétroactivité de la loi fiscale

Ainsi que le soulignent les rapports Gibert⁵ et Fouquet⁶, on distingue trois types de rétroactivité en matière fiscale⁷ :

« - *rétroactivité juridique (« la grande rétroactivité ») : lois de validation destinées à surmonter les conséquences d'une décision de justice, lois de nature*

⁵ B. Gibert, « *Améliorer la sécurité du droit fiscal pour renforcer l'attractivité du territoire* », septembre 2004, La documentation française.

⁶ O. Fouquet, « *Améliorer la sécurité juridique des relations entre l'administration fiscale et les contribuables : une nouvelle approche* », 2008, La documentation française.

⁷ Voir également C. David, O. Fouquet, B. Plagnet et P.-F. Racine, *Les Grands arrêts de la jurisprudence fiscale*, Dalloz, 5^{ème} édition, 2009, thème n° 3 « L'application de la loi fiscale dans le temps ».

interprétative cherchant à pallier le manque de clarté du dispositif initial ou à en corriger les défauts techniques, rétroactivité remontant jusqu'à la date de l'annonce d'un dispositif antérieur au vote de la loi ;

« - rétroactivité liée au caractère rétrospectif de la loi de finances (« la petite rétroactivité ») dont les dispositions s'appliquent aux impôts dus sur les opérations faites au cours de l'année écoulée ;

« - rétroactivité économique : modification pour l'avenir d'un dispositif sur la base duquel un contribuable s'est engagé dans la durée en anticipant sa pérennité »⁸.

a) Le contrôle de la « grande rétroactivité » fiscale

Le Conseil constitutionnel a développé une jurisprudence désormais bien établie sur la rétroactivité de la loi fiscale. Le Conseil ne reconnaît pas l'existence d'un principe de confiance légitime. Au contraire, le Conseil juge qu'il est loisible au législateur d'adopter des dispositions fiscales rétroactives dès lors qu'il ne prive de garanties légales aucune exigence constitutionnelle.

Si l'exigence de sécurité juridique n'a pas été reconnue comme un principe constitutionnel, le Conseil constitutionnel s'inspire de cette exigence pour limiter la rétroactivité des lois, protéger l'économie des contrats légalement conclus et renforcer son contrôle sur les lois de validation. Dans la décision n° 98-404 DC du 18 décembre 1998, il a ainsi limité les possibilités de rétroactivité de la loi fiscale : *« le principe de non rétroactivité des lois n'a valeur constitutionnelle, en vertu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qu'en matière répressive ; que, néanmoins, si le législateur a la faculté d'adopter des dispositions fiscales rétroactives, il ne peut le faire qu'en considération d'un motif d'intérêt général suffisant et sous réserve de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles »⁹*. En l'espèce, le Conseil constitutionnel a estimé que le souci de prévenir les conséquences financières d'une décision de justice censurant le mode de calcul de l'assiette de la contribution en cause ne constituait pas un motif d'intérêt général suffisant pour modifier rétroactivement l'assiette, le taux et les modalités de versement d'une imposition.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel a évolué en faisant une place plus grande à la sécurité juridique à travers la protection de la garantie des droits qui résulte de l'article 16 de la Déclaration de 1789. Ainsi, depuis sa décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005 sur la loi de finances pour 2006,

⁸ Rapport Fouquet préc., p. 14.

⁹ Décision n° 98-404 DC du 18 décembre 1998, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999*, cons. 5.

il juge « *qu'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 ; que, ce faisant, il ne saurait toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles ; qu'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* »¹⁰. La notion d'intérêt général « suffisant » indique un contrôle renforcé du Conseil constitutionnel sur les motifs invoqués pour justifier la rétroactivité ou la remise en cause par la loi de situations légalement acquises (un motif exclusivement financier ne suffit pas).

Dans ses décisions n^{os} 2012-661 DC et 2012-662 DC du 29 décembre 2012, le Conseil constitutionnel a reconnu le caractère rétroactif de deux ensembles de dispositions : celles qui, à l'article 9 de la loi de finances pour 2013, prévoyaient d'assujettir au barème de l'IR des revenus qui avaient déjà été soumis au prélèvement forfaitaire libérateur de l'IR en cours d'année (revenus des dividendes et produits de placement), et celles de l'article 18 de la troisième loi de finances rectificative pour 2012 relatives aux règles d'imposition des plus-values d'apport de valeurs mobilières et de titres à une société contrôlée par le cédant.

D'une part, dans sa décision n^o 2012-662 DC du 29 décembre 2012, le Conseil constitutionnel a jugé, s'agissant de la suppression du caractère libérateur du prélèvement forfaitaire acquitté en 2012 pour certains revenus, que son effet rétroactif n'était pas fondé sur un motif d'intérêt général suffisant¹¹. La notion de prélèvement forfaitaire libérateur revient en effet à libérer de l'impôt par le calcul d'un prélèvement sur l'opération considérée qui est effectué lors de la réalisation de l'opération. La mesure contestée tendait d'abord à permettre de lever de nouvelles recettes fiscales. Toutefois, le Conseil n'admet qu'exceptionnellement qu'un motif purement financier puisse justifier l'atteinte à des situations légalement acquises. Il a en conséquence jugé contraire à la Constitution le paragraphe IV de l'article 9¹².

D'autre part, dans sa décision n^o 2012-661 DC du 29 décembre 2012¹³, le Conseil constitutionnel a relevé que l'article 18 de la troisième loi de finances rectificative pour 2012 a pour objet de mettre fin à des mécanismes d'optimisation fiscale. Le Conseil a jugé que constitue un motif d'intérêt général suffisant, pour faire remonter la prise d'effet d'une mesure fiscale nouvelle de cette nature à la date du dépôt du projet de loi de finances sur le bureau de

¹⁰ Décision n^o 2005-530 DC du 29 décembre 2005, *Loi de finances pour 2006*, cons. 45.

¹¹ Décision n^o 2012-662 DC du 29 décembre 2012, *Loi de finances pour 2013*, cons. 44.

¹² *Ibid.*

¹³ Décision n^o 2012-661 DC du 29 décembre 2012, *Loi de finances rectificative pour 2012*.

l'Assemblée nationale, l'objectif d'éviter que la publication de ce projet résultant de ce dépôt n'entraîne, avant l'entrée en vigueur de la loi, des effets contraires à l'objectif poursuivi. Il a donc déclaré conformes à la Constitution les dispositions du paragraphe II de l'article 18 de la loi de finances rectificative pour 2012 qui prévoyaient que l'applicabilité du paragraphe I aux apports réalisés à compter du 14 novembre 2012¹⁴.

Dans sa décision n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013, le Conseil constitutionnel a maintenu sa jurisprudence constante selon laquelle *« 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 »*¹⁵. En revanche, le Conseil a confirmé l'évolution de sa jurisprudence relative à la garantie des droits et a reconnu à ce titre une protection constitutionnelle non seulement des *« situations légalement acquises »*, mais aussi des *« effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations »*¹⁶. Examinant les dispositions de l'article 8 de la LFSS pour 2014 relatives à la modification des taux de prélèvements sociaux applicables aux produits de certains contrats d'assurance-vie, le Conseil constitutionnel a, en premier lieu, relevé *« qu'en prévoyant d'appliquer les taux de prélèvements sociaux modifiés pour des contrats dont le dénouement ou la transmission sont intervenus à compter du 26 septembre 2013, date à laquelle les dispositions contestées ont été rendues publiques, le législateur a entendu éviter que l'annonce de cette réforme n'entraîne, avant l'entrée en vigueur de la loi, des effets contraires à l'objectif de rendement poursuivi »*, et il en a conclu que *« l'effet rétroactif qui résulte de ces dispositions est justifié par un motif d'intérêt général suffisant »*¹⁷. En second lieu, le Conseil a relevé que les dispositions contestées entendaient mettre fin à l'application des taux « historiques » de prélèvements sociaux à certains produits de placement pour lesquels le contribuable avait respecté une certaine durée de conservation prévue par le législateur. Le Conseil constitutionnel en a déduit que *« les contribuables ayant respecté cette durée de conservation pouvaient légitimement attendre l'application d'un régime particulier d'imposition lié au respect de cette durée légale »*¹⁸. Le Conseil constitutionnel a donc formulé une réserve selon laquelle le législateur ne saurait remettre en cause l'application des taux « historiques » de prélèvements sociaux pour les produits acquis ou constatés pendant la durée légale de détention du contrat d'assurance-vie conduisant au bénéfice de l'exonération d'IR sur les gains issus de ce contrat¹⁹.

¹⁴ *Ibid.*, cons. 19.

¹⁵ Décision n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014*, cons. 14.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*, cons. 15.

¹⁸ *Ibid.*, cons. 17.

¹⁹ *Ibid.*, cons. 19.

De la même manière, confirmant cette jurisprudence relative à l'exigence d'un motif d'intérêt général suffisant pour remettre en cause les effets qui peuvent légitimement être attendus de situations légalement acquises, le Conseil a, dans sa décision n° 2014-435 QPC, jugé que, pour des revenus soumis à prélèvement libératoire, les contribuables « *pouvaient légitimement attendre de l'application de ce régime légal d'imposition d'être, sous réserve de l'acquittement des autres impôts alors existants, libérés de l'impôt au titre de ces revenus* »²⁰. Le Conseil constitutionnel a donc jugé « *qu'en appliquant cette nouvelle contribution [la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus (CEHR)] aux revenus ayant fait l'objet de ces prélèvements libératoires de l'impôt sur le revenu, le législateur a remis en cause les effets qui pouvaient légitimement être attendus par les contribuables de l'application du régime des prélèvements libératoires* »²¹, et il a censuré l'application de la CEHR à ceux des revenus de l'année en cours ayant été soumis à prélèvement libératoire.

b) La conformité à la Constitution de la « petite rétroactivité » fiscale

Le Conseil constitutionnel considère que la « petite rétroactivité » fiscale ne porte atteinte à aucune exigence constitutionnelle, et notamment pas aux exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789.

La « petite rétroactivité » de la loi de finances en matière d'IR et d'IS est la conséquence de la détermination du fait générateur de l'impôt et du principe d'annualité. Le fait générateur est fixé en matière d'IS au jour de la clôture de l'exercice²² et en matière d'IR au dernier jour de l'année civile de réalisation ou de mise à disposition des revenus²³. Le fait générateur de l'impôt intervient ainsi le 31 décembre pour les personnes soumises à l'impôt sur le revenu et pour les sociétés, les plus nombreuses, qui clôturent leur exercice à la fin de l'année civile. La loi de finances de fin d'année étant publiée au plus tard le 30 décembre, elle entre en vigueur le 31 décembre, au moment où survient le fait générateur de l'impôt, et régit l'établissement de l'impôt au titre de revenus réalisés pendant l'année. La « petite rétroactivité » fiscale résulte d'un décret du 9 décembre 1948²⁴. Jusqu'alors, la loi applicable était celle en vigueur au 1^{er} janvier de l'année d'imposition²⁵.

²⁰ Décision n° 2014-435 QPC du 5 décembre 2014, *M. Jean-François V.*, (contribution exceptionnelle sur les hauts revenus), cons. 9.

²¹ *Ibid.*

²² CE, Ass., 16 mars 1956, n° 35663, *Sieur Garrigou*, concl. Laurent, Recueil p. 121-122.

²³ CE, Ass., 5 janvier 1962, n° 46798, *Sieur X*, concl. Poussière, Recueil p. 7.

²⁴ Décret n° 48-1986 du 9 décembre 1948 portant réforme fiscale des impôts directs, des impôts indirects, des droits d'enregistrement et des droits de mutation.

²⁵ Rapport Gibert préc., p. 73.

Dans sa décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012²⁶, le Conseil constitutionnel, estimant que cette « petite rétroactivité » est inhérente à des impositions acquittées en année $n+1$ sur des revenus ou des produits réalisés en année n , a jugé que la modification, en fin d'année 2012, des règles applicables aux impôts qui seront dus en 2013 au titre des revenus perçus au cours de l'année 2012, ne portait pas atteinte à des situations légalement acquises. Il a donc écarté les griefs formulés contre les articles 22, 23 et 24 de la loi de finances pour 2013 tirés de la rétroactivité de la loi : « *les dispositions des articles 22, 23 et 24 de la loi déferée, qui sont applicables aux impositions qui seront dues en 2013 au titre de l'année 2012, modifient des avantages fiscaux antérieurement accordés dont aucune règle constitutionnelle n'impose le maintien ; qu'elles n'affectent pas des situations légalement acquises et ne sont, dès lors, pas contraires à la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789* »²⁷²⁸.

2. – L'application à l'espèce

La disposition contestée posait avant tout la question de savoir si elle devait être analysée comme une disposition rétroactive ou une disposition qui, sans être rétroactive, porte atteinte aux effets qui peuvent légitimement être attendus d'une situation légalement acquise.

a) L'absence d'effet rétroactif de la disposition contestée

Les dispositions, non contestées, du paragraphe I de l'article 18 de la loi du 16 août 2012 posent des règles relatives à l'assiette de l'impôt (IR ou IS). En effet, elles limitent la déduction du résultat imposable, à l'IR ou à l'IS, de la moins-value résultant de la cession de titres de participation détenus depuis moins de deux ans : la moins-value correspondant à l'écart entre la valeur d'inscription comptable des titres lors de leur acquisition et la valeur réelle de ces titres à la date de leur émission n'est pas déductible ; en revanche, demeure déductible la moins-value correspondant à l'écart entre la valeur réelle de ces titres à la date de leur émission et leur valeur de cession.

La disposition contestée du paragraphe II de cet article prévoit que : « *Le I s'applique aux cessions de titres reçus en contrepartie d'apports réalisés à compter du 19 juillet 2012* ». Il ne s'agit donc pas d'une disposition spéciale d'entrée en vigueur. À défaut de disposition expresse contraire, l'article 18 de la loi du 16 août 2012 est entré en vigueur un jour franc après sa publication au *Journal officiel*, conformément aux règles habituelles d'entrée en vigueur (soit

²⁶ Décision n° 2012-622 DC, préc., cons. 107.

²⁷ *Ibid.*, cons. 108.

²⁹ Cf les débats en séance publique à l'Assemblée nationale sur le projet de loi n° 71.

le 18 août 2012). Ainsi, les anciennes dispositions étaient applicables à une société dont l'exercice se clôturait avant le 18 août 2012 et qui, avant cette clôture, avait cédé des titres émis le 19 juillet 2012 ou dans les jours suivants.

Par conséquent, les règles d'assiette pour les exercices fiscaux antérieurs à l'exercice en cours lors de l'entrée en vigueur de la loi de finances rectificative pour 2012 à l'origine de ces nouvelles règles ne sont aucunement affectées. Ainsi, aucune situation légalement acquise n'est remise en cause. Comme le Conseil constitutionnel l'a relevé dans sa décision n° 2015-475 QPC commentée, les dispositions contestées « *n'affectent pas les règles applicables aux cessions réalisées au cours d'exercices clos antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi* » (cons. 6).

En revanche, la disposition contestée détermine une date, le 19 juillet 2012, à compter de laquelle s'appliquent à certains faits générateurs d'imposition postérieurs à son entrée en vigueur, de nouvelles règles. Ce faisant, la disposition contestée constitue une mesure de tempérament, adoptée dans une volonté de « loyauté fiscale »²⁹, qui consiste à appliquer les réformes à compter du moment où les mesures ont été officiellement annoncées.

En effet, « *sauf disposition législative expresse contraire, les modifications apportées aux règles d'assiette et de liquidation d'un impôt s'appliquent aux faits générateurs de cet impôt postérieurs à leur entrée en vigueur* »³⁰.

Dès lors qu'en matière d'IR ou d'IS le fait générateur de l'impôt se produit, pour le premier, le 31 décembre de l'année civile et, pour le second, à la clôture de l'exercice comptable (dans la plupart des cas le 31 décembre), sans la disposition contestée, les dispositions du paragraphe I de l'article 18 de la loi du 16 juillet 2012 se seraient appliquées à toutes les moins-values à court terme résultant de la cession de titres de participation comprises dans les résultats imposables des entreprises clôturant leur exercice à compter du 18 août 2012 (notamment, pour les entreprises clôturant leur exercice le 31 décembre, toutes les moins-values réalisées depuis le 1^{er} janvier 2012).

La disposition contestée avait pour objet de limiter le caractère rétrospectif des nouvelles règles d'assiette relatives à la déduction des moins-values de cession de titres de participation, étant précisé que ce caractère rétrospectif intervient entre l'entrée en vigueur de la loi et les opérations qui génèrent des gains ou pertes pris en compte dans les résultats imposables à la date du fait générateur de l'impôt : dans le cas d'une moins-value de cession de titres de participation

²⁹ Cf les débats en séance publique à l'Assemblée nationale sur le projet de loi n° 71.

³⁰ C. David, O. Fouquet, B. Plagnet, P.-F. Racine, « *Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale* », Dalloz, 5^e éd., thème n° 3, n°3, p.46.

acquis en contrepartie d'un apport, c'est la cession, et non pas l'apport, qui génère la réalisation d'une perte prise en compte dans les résultats imposables.

Seules certaines moins-values, en fonction de la date d'émission des titres cédés, étaient susceptibles, à compter de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, de se voir appliquer les nouvelles règles de manière rétrospective. En effet, par souci de loyauté, le législateur a décidé de retenir comme fait « pivot » pour l'application des nouvelles règles non pas la cession elle-même (laquelle provoque la prise en compte de la plus ou moins-value dans les résultats imposables de la société apporteuse à la date du fait générateur de l'impôt), mais l'apport (qui est sans conséquence sur la détermination des résultats imposables de la société apporteuse). La disposition contestée a donc eu un effet rétrospectif très limité : en effet, elle a pu s'appliquer pour les exercices fiscaux clôturés en fin d'année 2012 dans les cas, sans doute rares, où les titres de participation ont été émis à compter du 19 juillet 2012 et cédés au plus tard le 17 août 2012, dernier jour précédant l'entrée en vigueur de la deuxième loi de finances rectificative pour 2012.

b) L'absence d'atteinte aux effets pouvant être attendus d'une situation légalement acquise

Dès lors que la disposition a uniquement un effet rétrospectif, il y avait lieu d'examiner si elle portait atteinte aux effets pouvant légitimement être attendus d'une situation légalement acquise.

La société requérante proposait de considérer que l'émission des titres de participation constitue une « situation légalement acquise », et qu'au titre des effets pouvant légitimement en être attendus figurerait le traitement fiscal du produit de la cession de ces titres, lorsque cette cession intervient moins de deux ans après leur émission et qu'il en résulte une moins-value. Elle considérait, dès lors, que les dispositions contestées « *remettent en cause les effets qui pouvaient légitimement être attendus d'une opération d'apport de capital* ».

Le Premier ministre faisait valoir, dans ses observations, que la disposition contestée ne modifie pas les effets pouvant légitimement être attendus d'une situation légalement acquise. En effet, il rappelait que l'opération à prendre en considération est la cession des titres, et non l'émission même de ces titres : « *La réalisation d'apports est, en tant que telle, indépendante de l'éventuelle cession ultérieure des titres reçus en contrepartie de ces apports. Les cas où les deux opérations présentent un lien entre elles, et où ce lien est essentiellement déterminé par l'ancien régime de déductibilité des moins-values de cessions, caractérisent précisément des opérations d'optimisation fiscale* ». Dès lors que les dispositions contestées ne portent pas sur des cessions de titres de

participation antérieures à la date du 19 juillet 2012, le contribuable ne saurait invoquer à leur encontre la méconnaissance des exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789.

Au regard de sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel a considéré qu'il était impossible de procéder à un raisonnement tel que celui proposé par la société requérante. 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. Tout au plus serait-il possible de procéder à un tel raisonnement si était attaché un effet fiscal à la première des deux opérations économiques : tel n'était pas le cas en espèce, l'émission de titres de participation n'emportant pas automatiquement une cession ultérieure des titres dans un délai de deux ans (seule susceptible de conduire à l'application du régime des plus ou moins-values à court terme) ni même, le cas échéant, une moins-value.

Le Conseil constitutionnel, après avoir rappelé que les dispositions de l'article 18 de la loi du 16 août 2012 « *modifient des modalités de déduction des moins-values de cession à court terme de titres de participation dont aucune règle constitutionnelle n'impose le maintien* » et que « *les règles modifiées sont relatives au traitement fiscal des cessions de titres de participation et non à celui des apports en contrepartie desquels ces titres ont été émis* », a donc jugé que les dispositions contestées « *ne portent aucune atteinte à des situations légalement acquises ou aux effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations* ». Il a relevé « *qu'en particulier, l'acquisition de titres de participation en contrepartie d'un apport ne saurait être regardée comme faisant naître une attente légitime quant au traitement fiscal du produit de la cession de ces titres quelle que soit l'intention de l'acquéreur des titres de participation quant à la durée de leur détention et quel que soit leur prix de cession* » (cons. 6). Le grief tiré de la méconnaissance des exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 a donc été écarté.

B. – Les griefs tirés de la méconnaissance des principes d'égalité devant la loi et les charges publiques

L'article 6 de la Déclaration de 1789 consacre un principe d'égalité devant la loi. Selon une jurisprudence constante, le Conseil constitutionnel juge « *qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration de 1789, la loi "doit être la même pour*

tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse" ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »³¹.

Sur le fondement de l'article 13 de la Déclaration de 1789, le Conseil constitutionnel considère « *qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution, il appartient au législateur de déterminer, dans le respect des principes constitutionnels et compte tenu des caractéristiques de chaque impôt, les règles selon lesquelles doivent être appréciées les facultés contributives ; qu'en particulier, pour assurer le respect du principe d'égalité, il doit fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose ; que cette appréciation ne doit cependant pas entraîner de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques »³².*

La société requérante faisait valoir que la disposition législative contestée « *en ce qu'elle s'applique aux opérations réalisées par la société requérante avant l'adoption de l'amendement en cause, ne se fonde pas sur des objectifs rationnels et en fonction du but que poursuit le législateur. Des sociétés placées dans la même situation, seront soumises à des impositions différentes selon la date à laquelle l'opération d'apport a été réalisée (...) alors que (...) cette date ne constitue pas un critère rationnel d'entrée en vigueur de la mesure »*. La date retenue ne serait pas objective et rationnelle au regard de l'objectif poursuivi, dans la mesure où une société ayant acquis des titres de participation le 19 juillet 2012 serait exactement dans la même situation qu'une société ayant acquis des titres de participation le 18 juillet 2012 ou à toute autre date antérieure.

Si le législateur n'avait pas prévu les dispositions contestées, la modification du régime d'imposition de cette cession des titres aurait été effective pour toutes les cessions intervenues au cours de l'exercice en cours lors de l'entrée en vigueur de la deuxième loi de finances rectificative pour 2012. De ce point de vue, ainsi qu'il a déjà été dit, le paragraphe II de l'article 18 limite significativement l'effet rétroactif de la modification des règles fiscales applicables aux cessions de titres de participation : toutes les moins-values résultant de cessions des titres de participation acquis avant le 19 juillet 2012 demeurent imposables selon les règles antérieures, même si ces moins-values sont prises en compte dans les résultats d'exercices clos à compter de l'entrée en vigueur de la loi.

³¹ V., notamment, les décisions n^{os} 2010-24 QPC du 6 août 2010, *Association nationale des sociétés d'exercice libéral et autres (Cotisations sociales des sociétés d'exercice libéral)*, cons. 5, et 2011-180 QPC du 13 octobre 2011, *M. Jean-Luc O. et autres (Prélèvement sur les « retraites chapeau »)*, cons. 4.

³² V., notamment, la décision n^o 2014-456 QPC du 6 mars 2015, *Société Nextradio TV (Contribution exceptionnelle sur l'impôt sur les sociétés – Seuil d'assujettissement)*, cons. 5.

Il existe donc bien une différence de traitement des contribuables assujettis au même impôt qui cèdent au même moment des titres de participation en dégageant une moins-value, selon la date d'émission des titres cédés. Le Conseil constitutionnel a considéré « *qu'en réservant l'application des dispositions du paragraphe I aux seules cessions de titres de participation reçus en contrepartie d'apports réalisés à compter du 19 juillet 2012, les dispositions du paragraphe II de l'article 18 traitent différemment des contribuables qui, au cours du même exercice, se trouvent dans une situation identique* » (cons. 11).

Très certainement, le législateur aurait pu choisir de traiter l'ensemble des cessions de titre de participation intervenant au même moment de la même manière. Toutefois, dès lors qu'il a fait le choix d'un critère de date qui n'est pas corrélé à l'opération qui déclenche la réalisation d'un gain ou d'une perte compris dans les résultats imposables comme critère de passage d'un régime fiscal à un autre régime fiscal, il devient nécessaire, au regard des exigences des articles 6 et 13 de la Déclaration de 1789, de s'assurer, d'une part, que cette différence de traitement repose sur un motif d'intérêt général, et, d'autre part, que le critère fondant la différence de traitement est objectif et rationnel et en lien avec l'objectif poursuivi par le législateur.

En l'espèce, le Conseil constitutionnel a relevé, en s'appuyant sur les travaux préparatoires, qu'en adoptant les dispositions contestées, le législateur a « *entendu mettre un terme à l'utilisation optimisante des règles de déduction des moins-values résultant de la cession à court terme de titres de participation reçus par une société mère en contrepartie de l'apport à sa filiale dont la situation nette est négative et consistant à rendre, en tout ou partie, le montant de cet apport déductible des résultats de la société alors qu'il n'est pas compris dans les résultats de la filiale* » (cons. 12). Toutefois, l'analyse précise de ces travaux faisait apparaître « *qu'en réservant les nouvelles règles de déduction aux titres de participation reçus en contrepartie d'apports réalisés à compter du 19 juillet 2012, le législateur a, ainsi qu'il résulte des travaux préparatoires de la loi du 16 août 2012, entendu maintenir, dans un souci de « loyauté » favorable au contribuable, le régime fiscal antérieurement applicable aux cessions de titres de participation émis en contrepartie d'apports intervenus avant que la nouvelle mesure soit connue* ». Le Conseil a relevé que le législateur avait ainsi « *poursuivi un objectif d'intérêt général* » (cons. 13). La différence de traitement entre contribuables procédant à des cessions de titre de participation moins de deux ans après leur émission était ainsi en rapport avec l'objet de la loi.

Conformément à son raisonnement habituel relatif au jour de l'annonce d'une mesure fiscale ou au jour de l'adoption de l'amendement correspondant à cette mesure, le Conseil constitutionnel a également relevé « *qu'en choisissant*

d'appliquer ces règles aux cessions de titres reçus en contrepartie d'apports réalisés à compter de la date à laquelle les dispositions contestées ont été adoptées en séance publique, le législateur a fondé son appréciation sur un critère objectif et rationnel en fonction du but poursuivi sans entraîner de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques » (cons. 13).

Dans le cas d'espèce, cela pouvait d'ailleurs apparaître d'autant plus justifié que les modalités d'application fixées par le législateur ont eu pour conséquence de permettre à tous les contribuables ayant procédé à des apports à compter du 19 juillet 2012 d'être pleinement informés, au jour de la cession des titres de participation ainsi acquis (cession forcément postérieure à cette apport), du nouveau régime fiscal qui leur serait applicable.

Le Conseil constitutionnel a donc écarté les griefs tirés de la méconnaissance des principes d'égalité devant la loi et les charges publiques.

C. – Les autres griefs

La société requérante soutenait également l'existence d'une atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle par la disposition contestée en raison de sa répercussion sur le choix de la politique de développement de l'entreprise.

Le Conseil constitutionnel a considéré que des dispositions relatives aux modalités d'application dans le temps d'une nouvelle règle de déduction des moins-values résultant de la cession de titres de participation, qui sont des règles relatives à l'assiette d'une imposition de toute nature, n'ont en elles-mêmes ni pour objet ni pour effet de porter atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle(cons. 16).

En définitive, le Conseil a déclaré les dispositions du paragraphe II de l'article 18 de la deuxième loi de finances rectificative pour 2012 conformes à la Constitution.