

## Impôt sur les sociétés

### 426 Pas de « clauses de sauvegarde » en cas de dispositif luttant contre l'optimisation fiscale

Dès lors qu'il poursuit un objectif de lutte contre l'optimisation fiscale, le régime de report de déduction des pertes prévu à l'article 219, I, a septies du CGI n'institue pas une présomption de fraude ou d'évasion fiscale dont la conformité à la constitution serait subordonnée à la possibilité pour le contribuable de prouver que l'opération n'a pas un but exclusivement fiscal. Tout en précisant les cas d'application de la jurisprudence sur les « clauses de sauvegarde », le Conseil d'État semble aligner sa jurisprudence sur celle du Conseil Constitutionnel.

CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ch., 30 mai 2018, n° 412964, Sté HighCo, concl. É. Bokdam-Tognetti, note S. Espasa-Mattei, J.-Ph. Renaudin, N. Dragutini

Mentionné aux tables du recueil Lebon

Décisions antérieures : CAA Marseille, 1<sup>er</sup> juin 2017, n° 15MA04108 ; TA Marseille, 16 juin 2015, n° 1305190

1. Il résulte des dispositions de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel que, lorsque le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est soulevé à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel est saisi de cette question prioritaire de constitutionnalité à la triple condition que la disposition contestée soit applicable au litige ou à la procédure, qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances, et qu'elle soit nouvelle ou présente un caractère sérieux.

2. En vertu du a septies du I de l'article 219 du CGI, dans sa rédaction issue de l'article 13 de la loi du 29 décembre 2010 de finances pour 2011 : « *Lorsqu'il existe des liens de dépendance entre l'entreprise cédante et l'entreprise cessionnaire au sens du 12 de l'article 39, l'imposition des plus-values et moins-values de cession de titres de participation définis au dix-huitième alinéa du 5° du 1 de l'article 39, autres que ceux mentionnés au a sexies-0 bis du présent article, et détenus depuis moins de deux ans, intervient à la première des dates suivantes : a) La date à laquelle l'entreprise cédante cesse d'être soumise à l'impôt sur les sociétés ou est absorbée par une entreprise qui, à l'issue de l'absorption, n'est pas liée à l'entreprise détenant les titres cédés ; b) La date à laquelle les titres cédés cessent d'être détenus par une entreprise liée à l'entreprise cédante, à l'exception du cas où la société dont les titres ont été cédés a été absorbée par une autre entreprise liée ou qui le devient à cette occasion et pour toute la période où elle demeure liée ; c) La date correspondant à l'expiration d'un délai de deux ans, décompté à partir du jour où l'entreprise cédante a acquis les titres. L'imposition est établie au nom de l'entreprise cédante ou, en cas d'absorption dans des conditions autres que celles mentionnées au a, de l'entreprise absorbante, selon le régime de plus-value ou moins-value qui aurait été applicable si l'entreprise avait cédé les titres à cette date et, le cas échéant, les avait détenus depuis la date d'acquisition par l'entreprise absorbée. Toutefois, le présent a septies ne s'applique aux plus-values que si l'entreprise joint à sa déclaration de résultat au titre de chaque exercice concerné un état conforme au modèle fourni par l'administration, faisant apparaître les éléments néces-*

*saires au calcul des plus-values et ceux relatifs à l'identification de l'entreprise qui détient les titres, explicitant les liens de dépendance qui les unissent.* ».

3. En premier lieu, la société requérante soutient que les dispositions contestées portent atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques en ne ménageant pas la possibilité pour le contribuable d'apporter la preuve que la cession de titres de participation qu'il détient depuis moins de deux ans, à l'occasion de laquelle est constatée une moins-value, ne poursuit pas un but exclusivement fiscal.

4. Il résulte des travaux préparatoires de la loi du 29 décembre 2010 que les dispositions du a septies du I de l'article 219 du CGI ont pour objet de faire obstacle à une pratique d'optimisation fiscale consistant à céder à une filiale ou à une société sœur, dans les deux années de leur acquisition, des titres de participation ayant normalement vocation à être détenus sur le long terme, afin de constater des moins-values à court terme déductibles des résultats imposables à l'impôt sur les sociétés. À cette fin, elles soumettent au régime des plus-values et moins-values à long terme l'ensemble des cessions réalisées entre des sociétés liées, y compris celles qui interviennent dans un délai de deux ans après l'acquisition des titres, sous réserve de la survenance des événements mentionnés au a et au b de cet article. En adoptant les dispositions contestées, qui ne peuvent être regardées comme instituant une présomption de fraude ou d'évasion fiscale, le législateur a retenu des critères objectifs et rationnels en fonction du but poursuivi dès lors que la cession, dans les deux ans de leur acquisition, de titres de participation ayant subi une dépréciation était effectivement susceptible de caractériser une pratique d'optimisation fiscale au sein des groupes de sociétés. Par suite, le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant les charges publiques ne présente pas un caractère sérieux.

5. En second lieu, la société requérante soutient que les dispositions contestées méconnaissent la liberté d'établissement garantie par l'article 49 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ainsi que les objectifs de la directive n° 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents et qu'elles ne peuvent dès lors être légalement appliquées aux opérations de fusion-absorption entre des sociétés d'États membres différents, tandis qu'elles resteraient applicables aux opérations de fusion-absorption entre sociétés établies en France. Elle fait valoir qu'il en résulte une différence de traitement contraire aux principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques.

6. Lorsqu'est invoquée, à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité, l'incompatibilité d'une disposition législative avec le droit de l'Union européenne, dont il résulterait une discrimination à rebours contraire aux principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques, il appartient au juge, pour apprécier le caractère sérieux de la question soulevée, d'examiner la compatibilité de la disposition nationale contestée avec celles du droit de l'Union européenne.

7. D'une part, si les dispositions contestées instituent une différence de traitement entre les cessions de titres de participation détenus depuis moins de deux ans intervenant entre des sociétés liées et celles qui interviennent entre des sociétés non liées, elles ne constituent pas une entrave à la liberté d'établissement protégée par l'article 49 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en l'absence de toute différence de traitement entre les

opérations conclues entre sociétés françaises et les opérations conclues entre sociétés d'États membres différents.

8. D'autre part, aux termes de l'article 8 de la directive du 19 octobre 2009 : « L'attribution, à l'occasion d'une fusion (...), de titres représentatifs du capital social de la société bénéficiaire ou acquérante à un associé de la société apporteuse ou acquise, en échange de titres représentatifs du capital social de cette dernière société, ne doit, par elle-même, entraîner aucune imposition sur le revenu, les bénéfices ou les plus-values de cet associé ». Les dispositions contestées du a septies du I de l'article 219 du CGI n'ont en tout état de cause ni pour objet, ni pour effet d'entraîner l'imposition des plus-values constatées lors d'une fusion entre deux sociétés liées. Par suite, les dispositions contestées ne méconnaissent pas les objectifs de l'article 8 de la directive du 19 octobre 2009 doit être écarté.

9. Enfin, si le 1 de l'article 15 de la directive du 19 octobre 2009 dispose que « Un État membre peut refuser d'appliquer tout ou partie des dispositions des articles 4 à 14 ou d'en retirer le bénéfice lorsqu'une des opérations visées à l'article 1<sup>er</sup> : a) a comme objectif ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscale (...) », les dispositions contestées n'ont ni pour objet, ni pour effet de refuser le bénéfice des dispositions de la directive. Par suite, elles ne méconnaissent pas les objectifs de l'article 15 de la directive du 19 octobre 2009.

10. Il résulte de ce qui précède que les dispositions contestées, qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions invoquées du droit de l'Union européenne, s'appliquent de la même façon aux opérations entre sociétés françaises et aux opérations conclues entre sociétés d'États membres différents. Par suite, le grief tiré de la méconnaissance des principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques ne présente pas un caractère sérieux.

11. Il résulte de tout ce qui précède que la question de constitutionnalité invoquée, qui n'est pas nouvelle, ne présente pas un caractère sérieux. Dès lors, il n'y a pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel.

## CONCLUSIONS

### 1. Faits et procédure

1 – Dans le cadre d'une réorganisation de son groupe, ayant conduit deux de ses filiales à en absorber deux autres, la société HighCo SA a reçu en échange, consécutivement à l'annulation des titres des sociétés absorbées, des titres des deux sociétés absorbantes et constaté, à cette occasion, deux moins-values à court terme d'un montant de 2 340 661 euros et de 6 085 957 euros qu'elle a regardées comme placées en report d'imposition en vertu du I du a septies de l'article 219 du CGI. Elle a déposé auprès de l'administration fiscale le 13 avril 2012, un tableau d'état de suivi des reports d'imposition des moins-values de cession relatives à l'exercice clos le 31 décembre 2010 pour un montant de 8 426 618 euros, puis a sollicité, par réclamation du 28 décembre 2012, l'imputation de ces moins-values sur ses résultats de l'exercice clos en 2010 au motif qu'elle avait fait, en l'absence de cession des actions de ses filiales, une application erronée des dispositions du a septies du I de l'article 219 du CGI en reportant l'imposition de ces moins-values. L'Administration ayant rejeté sa demande, la société HighCo SA a porté le litige devant le tribunal administratif de Marseille, puis devant la cour administrative d'appel de Marseille, mais sans succès.

À l'appui du pourvoi qu'elle forme contre l'arrêt rendu par cette cour (CAA Marseille, 3<sup>e</sup> ch., 1<sup>er</sup> juin 2017, n° 15MA04108, SA Highco : JurisData n° 2017-028727 ; RJF 12/2017, n° 1160), la société soulève une question prioritaire de constitutionnalité dirigée contre le a septies du I de l'article 219 du CGI, dans sa rédaction issue de l'article 13 de la loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011 (Dr. fisc. 2011, n° 1, comm. 36, obs. P. Fumenier et M.-P. Hôo).

### 2. Discussion

2 – La détermination du traitement fiscal du résultat dégagé par une société soumise à l'impôt sur les sociétés lors de la cession de titres de participation ou assimilés, dépend en principe de la durée pendant laquelle les titres ont été détenus par cette société avant d'être cédés, décomptée jour pour jour à partir de la date à laquelle les titres cédés ont été acquis ou souscrits par la société jusqu'à la date de réalisation de la plus-value, c'est-à-dire du transfert de propriété de ces titres.

Si le titre a été détenu pendant moins de deux ans, la plus-value ou moins-value correspondante est prise en compte pour le calcul du bénéfice de la société imposable au taux normal : c'est le régime des plus-values et moins-values de court terme. Dans cette configuration, la perte est donc déductible pour le calcul de ce bénéfice. En revanche, si le titre de participation est cédé plus de deux ans après son acquisition par le cédant, la plus ou moins-value dégagée par sa cession relèvera du régime du long terme. Le montant net des plus-values à long terme afférentes à des titres de participation fait ainsi, en vertu du a quinquies du I de l'article 219 du CGI, l'objet d'une imposition séparée au taux de 0 %, sous réserve de la prise en compte pour le calcul du bénéfice imposable d'une quote-part de frais et charges de 12 %. Par symétrie de l'exonération des plus-values, les moins-values à long terme sur titres de participation ne sont pas déductibles et, conséquence logique, les provisions afférentes à de tels titres ne sont pas déductibles.

Il existe toutefois des exceptions à ce départage entre court terme et long terme. Ainsi, les cessions de certaines catégories de titres de participation se voient exclues du régime du long terme – à l'instar des plus-values ou moins-values provenant de la cession de titres de participation de sociétés à prépondérance immobilière non cotées qui sont, quelle que soit la durée de détention, prises en compte dans le résultat imposable dans les conditions et aux taux de droit commun en application du a sexies-0 bis du I de l'article 219 du CGI. Le régime du long terme ne s'applique pas aux plus-values ou moins-values de cession de titres de participation établies dans un État ou territoire non coopératif – sous la réserve d'interprétation énoncée par le Conseil constitutionnel sur laquelle nous reviendrons plus tard. Les résultats d'autres cessions se voient, à l'inverse, exclus des conséquences normalement attachées au court terme, à l'instar de la limitation de la déductibilité des moins-values dégagées par la cession de titres de participation reçus en contrepartie d'un apport et cédés moins de deux ans après leur émission.

3 – Le régime en cause aujourd'hui constitue une autre dérogation aux règles régissant la détermination du traitement fiscal des cessions de titres de participation. Il concerne les cessions entre sociétés entre lesquelles il existe des liens de dépendance au sens du 12 de l'article 39 du CGI.

Dans sa rédaction issue de la loi de finances pour 2011, le a septies du I de l'article 219 du CGI reporte ainsi, lorsque la cession a lieu entre sociétés liées, l'imposition, entre les mains de la société cédante, des plus-values et moins-values de cession de titres de participation détenus depuis moins de deux ans par cette société à la survenue du premier des trois événements suivants : la date à laquelle l'entreprise cédante cesse d'être soumise à l'IS ou est absorbée par une entreprise qui n'est pas liée à l'entreprise détenant les titres cédés ; la date à laquelle les titres cédés cessent d'être détenus par une entreprise liée à l'entreprise cédante (à l'exception du cas où la société dont les titres ont été cédés a été absorbée par une autre entreprise liée ou qui le devient à cette occasion et pour toute la période où elle demeure liée) ; à défaut, la date correspondant à l'expiration d'un délai de deux ans, décompté à partir du jour où l'entreprise cédante a acquis les titres. L'imposition est alors établie chez la cédante selon le régime de plus-

value ou moins-value qui aurait été applicable si l'entreprise avait cédé les titres à cette date.

En d'autres termes, à moins que la société dont les titres sont cédés sorte, avant l'expiration d'un délai de deux ans à compter de l'acquisition initiale de ces titres par la cédante, du groupe économique auquel celle-ci appartient, ou que la cédante elle-même quitte ce groupe ou cesse d'être soumise à l'impôt sur les sociétés, les plus-values ou moins-values réalisées lors de la cession ne relèveront pas du régime du court terme, mais du régime du long terme. L'application de ce régime est obligatoire en cas de moins-value. En cas de plus-value, elle est subordonnée à la production par l'entreprise cédante d'un état de suivi : si la société joint à sa déclaration de résultats un tel état, conforme au modèle fourni par l'Administration, le bénéfice du régime des plus-values de long terme – c'est-à-dire l'exonération – est alors de droit.

Ces dispositions n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel.

4 – Par ailleurs, si la société soutient qu'elle ne soulève la présente QPC qu'à titre subsidiaire, dans l'hypothèse où un échange de titres dans le cadre d'une opération de restructuration intragroupe par fusion-absorption serait regardé comme une cession à titre onéreux au sens du septies du I de l'article 219 du CGI, et fait valoir que vous seriez tenu de vous prononcer, afin d'apprécier l'opérance de la QPC et l'applicabilité au litige des dispositions contestées, sur l'application *ratione materiae* de la loi en cause aux moins-values qu'elle a réalisées, il ne saurait en aller ainsi.

D'une part, le caractère prioritaire de la QPC, impliquant notamment son examen sous trois mois, s'oppose à ce qu'un tel moyen, une fois soulevé, puisse être regardé comme purement subsidiaire. D'autre part, si vous avez, dans une hypothèse très particulière et devant à notre sens rester exceptionnelle, considéré que la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution de dispositions législatives n'ayant pas été invoquées par les parties à l'appui des moyens qu'elles ont soulevés devant le tribunal administratif, n'ayant pas été appliquées par lui et n'ayant pas été susceptibles de l'être au titre des moyens qu'il lui appartenait de relever d'office, est sans incidence sur la régularité ou le bien-fondé du jugement contre lequel la requérante se pourvoit en cassation, et que ces dispositions ne sont dès lors pas applicables au litige dont le juge de cassation est saisi au stade de l'admission du pourvoi (*CE, 1<sup>re</sup> et 4<sup>e</sup> ch., 7 févr. 2018, n° 416291 : JurisData n° 2018-001444 ; JCP A 2018, 2250, note L. Pouvreau – à mentionner aux Tables*), ou encore si vous avez jugé que des dispositions dont l'éventuelle méconnaissance serait en tout état de cause sans incidence aucune sur la régularité ou le bien-fondé de l'imposition dans un litige d'assiette et qui n'ont fondé ni le redressement litigieux ni la décision des juges du fond, ne peuvent davantage être regardées comme applicables au litige (*CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ch., 9 mars 2018 n° 416492, Agnellet*), la situation est très différente du présent cas d'espèce, dans lequel la disposition contestée, quand bien même elle aurait été inapplicable en droit aux échanges de titres ayant dégagé les moins-values en cause, a été effectivement appliquée à la requérante par le service, constitue le fondement du redressement et du supplément d'impôt sur les sociétés dont la décharge vous est demandée, et est au cœur de l'arrêt attaqué par le pourvoi (*V. par ex. CE, 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> ch., 18 mai 2010, n° 306643, Cne Dunkerque : JurisData n° 2010-006642 ; Lebon, p. 167 ; JCP A 2010, act. 403*).

Par suite, la disposition doit être regardée comme applicable au litige, sans qu'il soit besoin à ce stade de vous prononcer sur l'applicabilité matérielle, au fond, de cette disposition à la requérante. Cette question, qui fait l'objet d'un moyen d'erreur de droit soulevé par le pourvoi en dehors de la QPC, sera donc réservée par votre décision.

5 – À défaut d'être nouvelle, la question, qui invoque les principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques, est-elle sérieuse ?

La critique adressée par la requérante s'articule autour de deux griefs.

Le premier consiste en une critique – que nous dirions « classique » – de la différence de traitement instituée par la loi entre les cessions réalisées entre entreprises liées et celles ayant lieu entre entreprises entre lesquelles il n'existe pas de lien de dépendance, qui emporterait rupture caractérisée de l'égalité entre les charges publiques faute de réserver aux sociétés la faculté d'échapper au régime du long terme en établissant l'absence d'artificialité de la cession et la poursuite d'objectifs économiques valables.

La requérante fait valoir que ce dispositif constituerait une clause anti-abus reposant sur une présomption irréfragable de fraude fiscale, en méconnaissance de la jurisprudence constitutionnelle.

Il est exact qu'ainsi que le relève la société, le Conseil constitutionnel a, à plusieurs reprises, formulé sur le terrain de l'égalité devant les charges publiques des réserves d'interprétation de dispositions destinées à lutter contre des pratiques de fraude et d'évasion fiscales, en jugeant qu'elles ne pouvaient être lues comme faisant obstacle à ce que le contribuable puisse apporter la preuve du caractère réel des opérations menées et de l'absence de but de fraude fiscale (*V. par ex., Cons. const., 20 janv. 2015, n° 2014-437 QPC, Assoc. Française des entreprises privées (AFEP) et a. : Dr. fisc. 2015, n° 12, comm. 223, note P. Kouraleva-Cazals ; RJF 4/2015, n° 346, s'agissant des dispositions privant les opérations réalisées avec des États ou territoires non coopératifs du régime mère-fille ainsi que du régime des plus ou moins-values à long terme. – Cons. const., 25 nov. 2016, n° 2016-598 QPC, Sté Eurofrance : Dr. fisc. 2016, n° 48, act. 672 ; RJF 2/2017, n° 160, s'agissant du taux de 75 % de retenue à la source applicable aux produits distribués dans un tel État ou territoire. – Cons. const., n° 2017-679 QPC, 15 déc. 2017, Courtois : Dr. fisc. 2018, n° 10, comm. 212, note S. de Monès, J.-F. Mandelbaum et P.-M. Roch ; RJF 3/2018, n° 293. – V. J. Turot, *Trust et imposition de la fortune : à la recherche de la capacité contributive. À propos de Cons. const. n° 2017-679 QPC, 15 déc. 2017, Courtois : Dr. fisc. 2018, n° 10, étude 208*, sur l'inclusion dans l'assiette de l'ISF des biens ou droits placés dans un trust), ou encore a censuré de tels dispositifs lorsque leur lettre même faisait obstacle à ce que le contribuable puisse établir l'absence de montage artificiel pour échapper à leur application (*Cons. const., 1<sup>er</sup> mars 2017, n° 2016-614 QPC, Dominique L. : Cah. Cons. const., p. 10 ; Dr. fisc. 2017, n° 10, act. 159 ; Dr. sociétés 2017, comm. 93, note J.-P. Pierre ; JCP N 2017, n° 10, act. 328 ; D. 2017. p. 509 ; BMIS 2017, n° 7, p. 475, chron. D. Gutmann, L. Chetcuti, P. Gour, A. Périn-Dureau et M. Sadowsky ; Option fin. 2017, p. 56, note É. Ginter et J. Bellet ; Option fin. 2017, p. 36, note D. Dedieu et C. Roux ; RJF 5/2017, n° 473. – V. M. Pelletier, *Principe d'égalité devant les charges publiques et article 123 bis du CGI : l'agonie des présomptions irréfragables : Dr. fisc. 2017, n° 11, act. 165. – C. Acard, *Fiscalité financière : Dr. fisc. 2017, n° 21, étude 318, spéc. n° 20, s'agissant de l'imposition des revenus réalisés par l'intermédiaire de structures établies hors de France et soumises à un régime fiscal privilégié*). Par ailleurs, sans y censurer le principe même d'une présomption irréfragable de volonté d'échapper à l'impôt, le Conseil constitutionnel a, dans sa décision du 29 décembre 2012 (*Cons. const., 29 déc. 2012, n° 2012-661 DC, 3<sup>e</sup> loi de finances rectificative pour 2012 : RJF 3/2013, n° 336*), s'agissant d'une clause anti-abus en matière de donation-cession, jugé que les critères retenus par la loi étaient insuffisants pour faire naître une telle présomption et, par suite, que le législateur n'avait pas retenu des critères objectifs et rationnels en rapport avec l'objectif poursuivi.***

Or comme le souligne la société, il ressort des travaux préparatoires de l'article 13 de la loi de finances pour 2011 dont la disposition

critiquée est issue que le législateur a essentiellement entendu, par celle-ci, mettre un terme à des pratiques consistant à céder, entre sociétés liées, des titres de participation détenus depuis moins de deux ans qui s'étaient dépréciés dans le contexte de crise économique de l'époque et de constater une moins-value déductible, alors que de tels titres, s'ils avaient été conservés par la cédante, n'auraient pu donner lieu qu'à une provision pour dépréciation, non déductible fiscalement.

L'argumentation de la société est à première vue solide : si le dispositif vise uniquement à empêcher et sanctionner l'abus consistant en la déduction de moins-values lorsque l'entreprise aurait dû, en réalité, passer une provision pour dépréciation non déductible, il ne devrait s'appliquer qu'aux seules hypothèses dans lesquelles les titres dépréciés auraient dû rester dans le patrimoine de la cédante, c'est-à-dire dans le cas des seules cessions intragroupe artificielles, dépourvues de motif économique réel, et le législateur ne pouvait, sans rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques, instituer de présomption irrefragable de fraude.

Mais d'une part, si les travaux préparatoires font effectivement ressortir la préoccupation de lutter contre la pratique décrite à l'instinct, le dispositif finalement mis en place est plus large et plus équilibré.

En effet, il vise non seulement les moins-values, pour lesquelles il s'applique de plein droit, mais aussi les plus-values, lorsque la société cédante joint à sa déclaration un état de suivi. S'il supprime ainsi le bénéfice de la déduction immédiate des moins-values, il offre donc par symétrie celui de l'exonération des plus-values aux sociétés qui le souhaitent. Par ailleurs, le régime du court terme n'est pas supprimé définitivement au seul motif que des titres détenus depuis moins de deux ans sont cédés à une société : si après cette cession, la cédante et la société cible cessent d'appartenir au même groupe d'entreprises liées avant l'expiration du délai de deux ans, le court terme sera appliqué.

Plutôt qu'une clause anti-abus, le a septies du I de l'article 219 dans sa rédaction applicable aux exercices clos le 31 décembre 2010 nous apparaît ainsi fonctionner comme un dispositif de neutralité, dans lequel le législateur a choisi d'apprécier la condition de durée de détention dont dépend le régime fiscal applicable aux moins-values comme aux plus-values intragroupe au niveau du groupe économique formé par des entreprises liées, au sens de l'article 39 du CGI. Il ne s'agit pas de faire présumer le caractère frauduleux ou artificiel des cessions entre entreprises liées de titres détenus depuis moins de deux ans – si tel était le cas la loi ne leur offrirait pas le bénéfice de l'exonération en cas de plus-value –, mais d'un choix d'opportunité du législateur de considérer que lorsque des titres de participation – c'est-à-dire des titres ayant vocation à être possédés durablement et dont une utilité est attendue – ne quittent pas la sphère d'influence ou de dépendance de la cédante et sont, dans un *continuum*, détenus plus de deux ans par la cédante et une ou des entreprises qui lui sont liées, ces titres peuvent et doivent être regardés, pour la détermination du régime fiscal du résultat de leur cession, comme ayant été suffisamment durablement utiles à l'entreprise cédante pour justifier l'application du régime du long terme. La loi ne présume pas qu'une cession intragroupe est purement artificielle et réalisée à des fins exclusivement fiscales, et doit pour ce motif se voir priver du bénéfice du court terme, mais raisonne, pour l'appréciation de la durée de détention entre sociétés liées, en quasi-intérêt de groupe économique, qui ne s'appauvrit ni ne s'enrichit réellement lors de la cession en cause.

Or au regard d'une telle finalité, il est rationnel et objectif de traiter différemment les cessions entre entreprises liées de celles entre entreprises non liées et de soumettre au régime du long terme les résultats de ces cessions lorsque les titres en cause sont, deux ans après leur acquisition initiale par la cédante, toujours détenus par une entreprise ayant des liens de dépendance avec celle-ci. Et dans une telle

approche, il n'y a pas lieu de s'interroger sur les motifs – économiques ou fiscaux – de la cession.

D'autre part, indépendamment de cette logique de neutralité, il est loisible au législateur de supprimer des régimes fiscaux ou de mettre un terme à des pratiques d'optimisation fiscale. À cet égard, le Conseil constitutionnel a déjà reconnu l'objectif d'intérêt général, distinct de celui de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, consistant à « mettre fin à certaines opérations d'optimisation fiscale » ou à « éviter l'optimisation fiscale » (V. par ex., *Cons. const.*, 29 déc. 2012, n° 2012-661 DC, *préc.*, *cons.* 19, sur le report d'imposition des plus-values d'apport à une société contrôlée. – *Cons. const.*, 26 juin 2015, n° 2015-473 QPC, *Épx P* : *JurisData* n° 2015-016190 ; *Dr. fisc.* 2016, n° 3, *comm.* 81, *note P. Giraud* ; *RJF* 10/2015, n° 823, s'agissant de l'imposition des dividendes au barème et des conditions d'application de l'abattement forfaitaire. – *Cons. const.*, 19 sept. 2014, n° 2014-413 QPC, *Sté PV-CP Distribution* : *JurisData* n° 2014-021128 ; *Dr. fisc.* 2015, n° 5, *comm.* 119, *note E. Meier et É. de Rancher* ; *RJF* 12/2014, n° 1132, pour les règles de plafonnement de la CET en cas de transmission universelle de patrimoine).

Or l'optimisation fiscale – qui suppose en général un choix entre plusieurs voies, dont l'une fiscalement plus avantageuse que l'autre, mais sans franchir les bornes de la légalité – n'est pas la fraude fiscale, et la loi peut vouloir mettre fin à des schémas qu'elle estime trop favorables et ouvrant des facultés injustifiées de réduction de leur charge fiscale aux contribuables : en fermant la porte à ces pratiques, en supprimant telle ou telle facilité fiscale ou en modifiant ou écartant l'application de certaines règles d'assiette, la loi ne présume alors pas que ceux qui auraient souhaité en bénéficier sont des fraudeurs et que la situation caractérise à tout coup un montage purement artificiel construit dans le seul but d'éluider l'impôt.

Ainsi, dans sa décision du 28 décembre 2017 (*Cons. const.*, 28 déc. 2017, n° 2017-758 DC, *Loi de finances pour 2018* : *RJF* 3/2018, n° 289), le Conseil constitutionnel, après avoir relevé qu'en adoptant les dispositions du paragraphe II de l'article 974 du CGI, le législateur avait entendu éviter que la conclusion de contrats de prêts prévoyant un remboursement de la totalité du capital à l'issue d'un délai important permette au contribuable de « diminuer artificiellement » la base taxable à l'impôt sur la fortune immobilière, a jugé néanmoins que ces dispositions n'instituaient pas une présomption de fraude fiscale.

Plus récemment, dans sa décision du 28 avril 2018 (*Cons. const.*, 20 avr. 2018, n° 2018-701 QPC, *Sté Mi développement 2* : *Dr. fisc.* 2018, n° 18-19, *act.* 179), sur le mécanisme dit de l'« amendement Charasse » faisant obstacle à la déduction des charges financières exposées en cas de « rachat à soi-même » d'une société qui devient ensuite membre du même groupe fiscalement intégré, le Conseil constitutionnel a écarté la critique tirée de ce que ces dispositions priveraient le contribuable de la possibilité d'apporter la preuve que cette opération ne revêt pas un caractère fictif, dans un but uniquement fiscal, et de ce qu'elles créeraient une présomption irrefragable de fraude fiscale, contraire au principe d'égalité devant les charges publiques. Il a ainsi jugé que le législateur avait entendu faire obstacle à ce que, dans une telle opération financée en tout ou partie par l'emprunt, la prise en compte des bénéfices de la société rachetée, pour la détermination du résultat d'ensemble du groupe intégré, soit compensée par la déduction des frais financiers exposés pour cette acquisition et qu'il avait ainsi entendu éviter un cumul d'avantages fiscaux. Il en a déduit, d'une part, que ces dispositions ne pouvaient être regardées comme instituant une présomption de fraude ou d'évasion fiscale, et d'autre part, que « la situation visée par ces dispositions étant effectivement susceptible de donner lieu à un cumul d'avantages fiscaux », le législateur avait retenu des critères objectifs et rationnels en fonction du but poursuivi.

En présence d'une configuration qui est ainsi « susceptible » de donner lieu au bénéfice ou au cumul d'avantages fiscaux que le législateur estime excessifs ou à des pratiques d'optimisation fiscale qu'il entend éviter, le législateur nous paraît donc pouvoir décider de fermer tout bonnement la porte à tous, en supprimant l'application du régime fiscal pour toute configuration qui pourrait permettre une telle optimisation et un tel cumul.

Certes, il n'y a pas ici de cumuls d'avantages fiscaux. Mais est en cause l'application d'un régime qui, s'il constitue le droit commun de l'imposition des bénéficiaires, n'est en revanche pas celui qui a normalement vocation à s'appliquer à des titres de participation, supposés acquis dans la perspective d'une détention durable, et qui donne lieu à des pratiques d'optimisation fiscale, peut-être parfois à la limite de l'artificialité, consistant à céder des titres dépréciés dont l'entreprise par son groupe continue de profiter économiquement, et à déduire une moins-value. Le législateur nous paraît pouvoir décider, dans l'intérêt général de lutte contre les schémas d'optimisation fiscale et afin de faire obstacle à de telles pratiques, de mettre purement et simplement un terme à l'application du régime du court terme dans le cadre des cessions intragroupe, sans pour autant nécessairement créer ainsi de présomption irréfragable de fraude ni de rupture caractérisée devant les charges publiques.

En tout état de cause, vous n'aurez pas à trancher le point de savoir si, en présence d'un dispositif qui n'aurait visé que la déduction des moins-values – c'est-à-dire du dispositif en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012 – le législateur a pu s'abstenir de réserver l'hypothèse des cessions intragroupe dont la cédante établirait qu'elles n'avaient pas pour seul objet de contourner la non-déductibilité des provisions pour dépréciation de titres de participation, puisque le dispositif dont vous êtes saisis dans le cadre du présent litige est celui, complet et équilibré, de la loi de finances pour 2011, visant les plus-values comme les moins-values. Pour les raisons qu'on a dites, ce régime de neutralité n'a donc rien d'une règle d'assiette structurellement et systématiquement défavorable aux cessions intragroupes, ne repose pas sur une présomption de fraude, et est fondé sur des critères objectifs et rationnels.

6 – La deuxième critique adressée à la loi vous arrêtera moins longtemps.

Il est soutenu, selon un raisonnement s'inspirant de la jurisprudence *Sté Metro Holding France* (Cons. const., 3 févr. 2016, n° 2015-520 QPC, *Sté Metro Holding SA venant aux droits de la société CRFP Cash* : Dr. fisc. 2016, n° 12, comm. 241, note E. Meier et M. Valetteau ; RJF 4/2016, n° 366, note S. Austrey et D. Gutmann, p. 418 ; D. 2016, p. 311 ; Rev. sociétés 2016, p. 388, note G. Parleani ; Constitutions 2016, p. 188 ; RTD eur. 2017, p. 39, étude A. Jauréguiberry ; Dr. & patr. 2017, n° 266, p. 97, chron. M. Bornhauser et P. Kouraleva-Cazals ; RFDA 2016, p. 1014, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; Cah. Cons. const. 2016, n° 52, p. 145, chron. S. Austrey ; Gaz. Pal. 2016, n° 25, p. 35, note F. Malhière ; Lexbase, éd. fisc. 2016, n° 646, note F. Laffaille ; Option fin. 2016, p. 33, n° 1353, note É. Ginter ; JCP G 2016, 373, note M. Collet ; RJF 4/2016, p. 418, chron. S. Austrey et D. Gutmann. – V. O. Fouquet, *La discrimination à rebours franco-européenne sanctionnée. À propos de Cons. const., 3 févr. 2016, Sté Metro Holding* : Dr. fisc. 2016, n° 6, act. 74. – G. Blanluet, *Discrimination à rebours : le droit interne à l'épreuve du droit de l'Union européenne. À propos de Cons. const., 3 févr. 2016, n° 2015-520 QPC, Sté Metro Holding* : Dr. fisc. 2016, n° 12, étude 233. – E. Raingeard de la Blétière et Ph. Durand, *Affaire Metro Holding : le principe constitutionnel d'égalité devant l'impôt au secours de la jurisprudence Leur-Bloem* : Dr. fisc. 2016, n° 18-19, étude 309), que le a septies du I de l'article 219 du CGI méconnaîtrait la liberté d'établissement et les dispositions de la directive n° 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scis-

sions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents (« directive fusions »), que son application devrait donc être écartée en présence de situations transfrontalières, et qu'il en résulterait, par suite, une discrimination à rebours des situations purement internes ou impliquant des États tiers à l'Union.

Pour répondre à cette critique de constitutionnalité, vous devrez donc d'abord vous pencher sur la critique de conventionnalité à son fondement et vous pourrez y répondre, sans avoir comme dans l'affaire *Jacob* (CE, ass., 31 mai 2016, n° 393881, *Jacob* : *JurisData* n° 2016-010698 ; Dr. adm. 2016, comm. 51, note G. Éveillard. – V. D. Gutmann et S. Austrey, *Report d'imposition et directive fusion : quel juge pour la discrimination par ricochet ? À propos de CE, ass., 31 mai 2016, n° 393881, M. Jacob* : Dr. fisc. 2016, n° 37, étude 476. – N. Jacquot, P. Mispelon, QP et QPC : *qui pour s'en occuper ? C'est...* : Dr. fisc. 2016, n° 23, act. 354) à saisir la CJUE d'une question préjudicielle.

D'une part, s'agissant de la liberté d'établissement, les dispositions litigieuses traitent pareillement les cessions entre entreprises liées, que la société cessionnaire soit établie en France ou dans un autre État de l'Union européenne. Dès lors, elles ne sauraient constituer une entrave à cette liberté.

D'autre part, lorsque les titres objet de la cession ont été acquis par la société cédante dans le cadre d'une opération qui a été placée sous le régime de faveur des fusions, scissions et opérations assimilées, la durée de détention de ces titres par la cédante nous paraît, pour l'application de la règle posée au a septies du I de l'article 219 du CGI, devoir être décomptée à partir de la date d'entrée de ces titres dans le patrimoine de la société apporteuse ou absorbée, comme elle l'est pour l'appréciation de la durée posée à l'article 39 duodecies du CGI (sur les conséquences tirées, pour l'application de cet article, du caractère intercalaire des opérations de fusions placées sous le régime de faveur des fusions, V. CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 11 févr. 2013, n° 356519, min. c/ Sté Heineken France : *JurisData* n° 2013-002500 ; Lebon T., p. 562 et 571 ; Dr. fisc. 2013, n° 26, comm. 354, concl. B. Bohnert, note M. Chadefaux ; RJF 3/2013, n° 474). Sur ce point, l'application du a septies du I de l'article 219 du CGI à des titres apportés à la cédante lors d'une opération de fusion s'opère dans le respect du principe de neutralité des fusions. Il n'y a donc pas méconnaissance de la directive fusions.

Par ailleurs, lorsque les titres cédés à une entreprise liée sont ensuite apportés avant l'expiration d'un délai de deux ans, par cette même entreprise, dans le cadre d'une opération de fusion, à une troisième entreprise et que celle-ci n'est pas liée à la cédante, la fin du report d'imposition de la plus-value ou moins-value qui avait été réalisée par la « première » cédante, lors d'une opération antérieure à la fusion et extérieure à elle, ne nous paraît pas contraire à la directive. En effet, elle ne méconnaît pas la neutralité de la fusion ultérieure et le caractère intercalaire de cette opération.

Enfin, à supposer que la disposition critiquée s'applique, non pas cette fois à la cession de titres qui auraient été acquis dans le passé dans le cadre d'une opération de fusion, mais à l'opération même d'échange de titres réalisée dans le cadre d'une telle fusion, cette application ne nous paraîtrait pas méconnaître la directive fusions et, plus précisément, les dispositions invoquées de son article 8, ni celles de son article 15 encadrant la faculté de refuser le bénéfice de la directive en cas d'abus. En effet, le a septies n'est pas le fondement légal de l'imposition des plus-values ou moins-values de cession de titres de participation qu'il vise : il ne fait que reporter, lorsqu'une cession entrant dans son champ d'application dégage une moins-value ou plus-value imposable, le moment de l'imposition de celle-ci et modifier le caractère de court terme ou de long terme du régime fiscal alors appliqué. Il ne s'agit pas d'un mécanisme qui aurait pour effet de substituer, en présence d'une opération soumise à sursis d'imposi-

tion et donc à neutralité, un régime de report d'imposition et qui autoriserait l'administration fiscale à imposer des plus ou moins-values qui ne seraient pas imposables. Ces dispositions n'ont ni pour objet ni pour effet de priver du bénéfice de la directive des opérations qui en relèveraient.

Dès lors, le a septies n'étant pas incompatible avec les dispositions invoquées du droit de l'Union européenne, et s'appliquant par suite pareillement aux opérations purement internes et aux opérations comportant une dimension d'extranéité, le grief tiré d'une discrimination à rebours au détriment des premières manque en fait.

La question soulevée n'est, dès lors, pas sérieuse.

Par ces motifs, nous concluons à ce qu'il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquée.

Émilie BOKDAM-TOGNETTI,  
rapporteur public

## NOTE

### Introduction

1 – Dans l'affaire commentée (*CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ch., 30 mai 2018, n° 412964, Sté HighCo*), la société requérante, la société HighCo, avait réalisé des opérations de fusions au cours de l'exercice 2010 et s'était volontairement placée sous le régime de report de déduction des pertes prévu à l'article 219, I, a septies du CGI, dans sa rédaction issue de l'article 13 de la loi de finances pour 2011 n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 (*Dr. fisc. 2011, n° 1, comm. 36, obs. P. Fumenier et M.-P. Hôo*) – la version en vigueur du texte à l'époque des faits visait aussi bien les moins-values que les plus-values (le dispositif applicable depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012 ne vise plus que les moins-values).

Estimant avoir appliqué ce régime à tort, et devant le refus de se voir admettre la déduction de la moins-value à court terme résultant de ces opérations – la société HighCo a obtenu gain de cause devant le tribunal administratif de Marseille (*TA Marseille, 16 juin 2015, n° 1305190*), mais la cour administrative d'appel de Marseille remit néanmoins à sa charge la fraction d'impôt litigieuse (*CAA Marseille, 3<sup>e</sup> ch., 1<sup>er</sup> juin 2017, n° 15MA04108, SA Highco : JurisData n° 2017-028727 ; RJF 12/2017, n° 1160*) – la société HighCo souleva en cassation une question prioritaire de constitutionnalité. Au soutien de ce nouveau moyen, elle invoqua la contrariété des dispositions susvisées avec le principe d'égalité devant les charges publiques, résultant de l'impossibilité de démontrer que la cession de titres de participation détenus depuis moins de deux ans ne poursuivait pas un objectif purement fiscal. La SA HighCo invoquait également la contrariété des dispositions contestées à la liberté d'établissement communautaire et aux dispositions de la directive n° 2009/133/CE du 19 octobre 2009, faisant valoir une discrimination à rebours portant atteinte au principe d'égalité, dès lors que les dispositions contestées ne se seraient appliquées qu'aux situations de droits internes, créant ainsi une situation moins favorable au seul détriment des situations internes. Ce moyen a néanmoins été facilement écarté par le Conseil d'État dans la mesure où il a retenu la compatibilité du régime contesté avec le droit de l'Union européenne.

2 – Ce moyen s'inspirait de la jurisprudence que le Conseil constitutionnel a développée consistant à remettre en cause, le plus souvent par la technique prétorienne de la réserve d'interprétation, des présomptions irréfragables de fraude instaurées par le législateur afin d'établir une imposition dans le but de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscales (V. en ce sens, notamment les décisions relatives à l'article 155 bis du CGI, *Cons. const., 26 nov. 2010, n° 2010-70 QPC, Moreau, cons. 4 : Dr. fisc. 2011, n° 6, comm. 209, note F. Dieu ; RJF 2/2011, n° 210* ; et aux dispositions relatives aux ETNC, *Cons. const.,*

*20 janv. 2015, n° 2014-437 QPC, AFEF. – Cons. const., 25 nov. 2016, n° 2016-598 QPC, Eurofrance*).

Cette analyse repose sur un arbitrage entre les droits garantis au contribuable en vertu du principe d'égalité devant les charges publiques prévu à l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et l'objectif constitutionnel de lutte contre la fraude fiscale, lui-même issu de cet article.

Ainsi, constatant d'abord que certains dispositifs législatifs poursuivaient l'objectif à valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude fiscale, le Conseil conditionne la constitutionnalité des dispositifs litigieux à ce que le contribuable puisse être autorisé à apporter la preuve du caractère réel et non artificiel des opérations réalisées et de l'absence de tout objectif de fraude fiscale, instaurant ainsi une « clause de sauvegarde ».

Cette jurisprudence a fait naître une espérance chez les contribuables de voir des dispositions qualifiées d'« anti-abus » sanctionnées au motif qu'instituant une présomption irréfragable de fraude, elles contrevenaient au principe d'égalité devant les charges publiques, sauf à prévoir la possibilité de rapporter la preuve contraire.

Toutefois, ces espoirs ont été en partie déçus et toutes les dispositions incluses dans un dispositif « anti-abus » ne pourront bénéficier de cette jurisprudence dans la mesure où tant le Conseil d'État (1) que le Conseil constitutionnel (2) ont précisé ou affiné leur grille d'analyse sur les cas d'application de ces principes.

### 1. À la recherche de l'objectif de lutte contre la fraude ou l'évasion fiscales

3 – L'affaire SA HighCo illustre bien ces propos. Pour mémoire, le dispositif applicable à l'époque des faits s'appliquait aux personnes morales passibles de l'impôt sur les sociétés cédant des titres de participation à une société avec laquelle elles entretenaient des liens de dépendance, au sens du 12 de l'article 39 du CGI, et prévoyait un mécanisme de report d'imposition ou de déduction des plus ou moins-values résultant de la cession de titres de participation détenus depuis moins de deux ans. Ce report d'imposition ou de déduction était maintenu jusqu'à la survenance de l'un des trois événements prévus par le texte, c'est-à-dire « à la première des dates suivantes :

a) La date à laquelle l'entreprise cédante cesse d'être soumise à l'impôt sur les sociétés ou est absorbée par une entreprise qui, à l'issue de l'absorption, n'est pas liée à l'entreprise détenant les titres cédés ;

b) La date à laquelle les titres cédés cessent d'être détenus par une entreprise liée à l'entreprise cédante, à l'exception du cas où la société dont les titres ont été cédés a été absorbée par une autre entreprise liée ou qui le devient à cette occasion et pour toute la période où elle demeure liée ;

c) La date correspondant à l'expiration d'un délai de deux ans, décompté à partir du jour où l'entreprise cédante a acquis les titres ».

Ainsi, lorsque l'un de ces événements intervenait dans les deux ans de la cession, la plus ou moins-value de cession relevait du régime du court terme. À défaut, elle relevait du régime du long terme.

Pour analyser la conformité du dispositif litigieux au regard du principe d'égalité devant les charges publiques, il convenait tout d'abord de rechercher l'objectif que le législateur avait entendu poursuivre afin d'établir si ce dernier avait instauré une présomption irréfragable de fraude.

Or, s'il est indéniable que le dispositif contesté visait bien à l'origine à éviter une pratique « abusive » – l'article ayant inséré ces dispositions dans le projet de loi de finances rectificative pour 2011 intitulé : *Dispositif anti-abus dans le régime des plus ou moins-values à long terme* –, la rédaction du texte a été analysée par le rapporteur public comme un dispositif « plus large et plus équilibré » en considérant :

– d'une part, que le dispositif contesté, en plaçant également les plus-values en report d'imposition, était destiné à mettre en place un dispositif de « neutralité » au sein d'un groupe économique ;

– d'autre part, que l'objectif des dispositions contestées n'était pas de sanctionner des pratiques abusives mais de mettre fin à des opérations d'optimisation entre sociétés issues d'un même groupe. Il souligne à cet égard qu'il « ressort des travaux préparatoires de l'article 13 de la loi de finances pour 2011 dont la disposition critiquée est issue que le législateur a essentiellement entendu, par celle-ci, mettre un terme à des pratiques consistant à céder, entre sociétés liées, des titres de participation détenus depuis moins de deux ans qui s'étaient dépréciés dans le contexte de crise économique de l'époque et de constater une moins-value déductible, alors que de tels titres, s'ils avaient été conservés par la cédante, n'auraient pu donner lieu qu'à une provision pour dépréciation, non déductible fiscalement ».

Suivant l'analyse de son rapporteur public, le Conseil d'État a refusé de considérer que le dispositif litigieux instaure une présomption irréfragable de fraude en prenant en outre le soin de préciser dans sa décision « qu'il résulte des travaux préparatoires de la loi du 29 décembre 2010 que les dispositions du septies du I de l'article 219 du CGI ont pour objet de faire obstacle à une pratique d'optimisation fiscale consistant à céder à une filiale ou à une société sœur, dans les deux années de leur acquisition, des titres de participation ayant normalement vocation à être détenus sur le long terme, afin de constater des moins-values à court terme déductibles des résultats imposables à l'impôt sur les sociétés ».

Ainsi, et au-delà de l'analyse du dispositif contesté qui fonctionnait comme un mécanisme de « neutralisation », cette décision semble exclure la possibilité de se prévaloir de la jurisprudence relative aux présomptions irréfragables de fraude lorsque le législateur a seulement entendu mettre fin à des pratiques d'optimisation fiscale.

À cet égard, le rapporteur public rappelait dans ses conclusions sous cette affaire que « l'optimisation fiscale – qui suppose en général un choix entre plusieurs voies, dont l'une fiscalement plus avantageuse que l'autre, mais sans franchir les bornes de la légalité – n'est pas la fraude fiscale, et la loi peut vouloir mettre fin à des schémas qu'elle estime trop favorables et ouvrant des facultés injustifiées de réduction de leur charge fiscale aux contribuables : en fermant la porte à ces pratiques, en supprimant telle ou telle facilité fiscale ou en modifiant ou écartant l'application de certaines règles d'assiette, la loi ne présume alors pas que ceux qui auraient souhaité en bénéficier sont des fraudeurs et que la situation caractérise à tout coup un montage purement artificiel construit dans le seul but d'éluder l'impôt ».

Il serait donc possible d'instituer une présomption irréfragable d'« habileté fiscale » dès lors que l'optimisation fiscale, à l'inverse de la fraude à la loi, n'est pas légalement répréhensible.

Par ailleurs, et dès lors que l'objectif du dispositif était de mettre un terme à des pratiques optimisantes, le Conseil d'État a constaté que « le législateur a retenu des critères objectifs et rationnels en fonction du but poursuivi dès lors que la cession, dans les deux ans de leur acquisition, de titres de participation ayant subi une dépréciation était effectivement susceptible de caractériser une pratique d'optimisation fiscale au sein des groupes de sociétés ».

Il a ainsi conclu que le dispositif n'était pas contraire au principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques garanti par la Constitution.

4 – Malgré les différences de rédaction, cette analyse nous semble en cohérence avec la jurisprudence bien établie du Conseil constitutionnel qui, dans son contrôle du principe d'égalité devant la loi, considère que la lutte contre les pratiques d'optimisation fiscale constitue un motif d'intérêt général pouvant légitimer une différence de traitement entre les contribuables, pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui

l'établit (V. not., *Cons. const.*, 26 juin 2015, n° 2015-473 QPC, *Épx P* : *JurisData* n° 2015-016190 ; *Dr. fisc.* 2016, n° 3, *comm.* 81, *note P. Giraud* ; *RJF* 10/2015, n° 823).

À l'instar de ce qu'il a pu juger récemment (V. not., *CE*, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ch., 20 déc. 2017, n° 414935, *Kaddouch* : *JurisData* n° 2017-025995 ; *Dr. fisc.* 2018, n° 7-8, *comm.* 184, *concl. B. Bohnert*, s'agissant des conditions d'application de l'article 150-0 B ter du CGI), la décision commentée illustre le caractère rigoureux du contrôle exercé par le Conseil d'État dans l'application du principe d'égalité devant les charges publiques eu égard à la nécessité, pour le législateur, de prévoir une « clause de sauvegarde ».

## 2. À la recherche de l'objectif principal de la loi

5 – Le Conseil constitutionnel a, pour sa part, récemment jugé que l'amendement Charasse (*CGI*, art. 223 B, al. 7) ne constituait pas davantage un dispositif de présomption irréfragable de fraude.

Pour rappel, ces dispositions, qui s'appliquaient en cas d'opérations de rachat de sociétés à soi-même financées par endettement dans le cadre de l'intégration fiscale, prévoyaient la réintégration dans les résultats de la société mère d'une fraction des charges financières déduites par la société cessionnaire.

Pourtant, cette solution ne semblait pas si évidente. En effet, il ressortait des travaux parlementaires, comme le relevait à juste titre le rapporteur public Vincent Daumas sous la décision de renvoi (*CE*, 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> ch., 1<sup>er</sup> févr. 2018, n° 412155, *SAS Mi Développement 2* : *JurisData* n° 2018-002084 ; *Dr. fisc.* 2018, n° 7-8, *comm.* 183, *concl. V. Daumas*), que le législateur, en instaurant ce dispositif, « **poursuivait effectivement un objectif de lutte contre la fraude fiscale [...]** [en vue] **de prévenir un usage abusif de l'intégration fiscale** consistant à créer artificiellement une dette d'emprunt au sein du groupe, dans le cadre d'un rachat à soi-même opéré *via* une société holding ».

S'écartant de cette analyse, le Conseil constitutionnel jugea finalement qu'en « adoptant les dispositions contestées, le législateur a **entendu faire obstacle** à ce que, dans une telle opération financée en tout ou partie par l'emprunt, la prise en compte des bénéfices de la société rachetée, pour la détermination du résultat d'ensemble, soit compensée par la déduction des frais financiers exposés pour cette acquisition. **Il a ainsi entendu éviter un cumul d'avantages fiscaux** ».

Si cette décision a pu surprendre, elle peut néanmoins être éclairée par les commentaires du Conseil constitutionnel sous cette décision : « Cette lecture est corroborée par les travaux parlementaires. S'il est vrai que le risque d'abus lié à certaines opérations de « rachat à soi-même », motivées par un but fiscal, a bien été mis en avant lors de la discussion de l'amendement dont les dispositions contestées sont issues, **il n'était pas le motif principal ayant conduit le législateur à l'adopter**. Ainsi, M. Maurice Blin, rapporteur du texte au Sénat indiquait : « Cet article tend à éviter que la fiscalité de groupe ne soit habilement utilisée, comme cela a été le cas dans le passé, souvent par des sociétés étrangères, pour réaliser des opérations de trésorerie, dont le coût est partiellement supporté par le Trésor public ». C'est dire que le législateur a cherché, **à titre principal**, « à atténuer le coût fiscal que représente le régime institué en faveur des groupes de société, en évitant que les restructurations et les rachats d'entreprises qu'il entendait encourager se fassent au détriment du Trésor public » ».

Il en ressort que le point de départ de l'analyse du Conseil a été de constater que le législateur avait entendu poursuivre plusieurs objectifs.

En présence de plusieurs objectifs, le Conseil constitutionnel arbitra donc en faveur de celui qu'il estimera le plus important.

## Conclusion

6— Les limites ainsi posées par les juges de la rue de Montpensier et du Palais royal peuvent trouver leur légitimité dans le souci de permettre au législateur d'instituer ou de faire évoluer les dispositifs fiscaux à l'aune de l'ingéniosité et de l'habileté des contribuables.

Sans bien entendu méconnaître la légitimité de ces objectifs, il n'en demeure pas moins que les critères retenus par ces jurisprudences donnent une large marge d'appréciation aux juges, au détriment, peut-être, d'une certaine sécurité juridique pour les contribuables.

Et si la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de présomptions irréfragables de fraude avait permis au contribuable d'espérer que le paradis peut exister en matière fiscale, il est certain que, dans l'application des principes ainsi posés, les juges feront preuve d'un certain pragmatisme, en n'imposant en définitive une clause de sauvegarde qu'aux seuls dispositifs institués pour lutter contre les « péchés mortels ».

Sarah ESPASA-MATTEI,  
*avocate associée, cabinet Jeausserand Audouard*  
Jean-Philippe RENAUDIN,  
*avocat, cabinet Jeausserand Audouard*  
Nicolas DRAGUTINI,  
*avocat, cabinet Jeausserand Audouard*

**MOTS-CLÉS :** *Impôt sur les sociétés - Titres de participation - Cession de titres détenus depuis moins de deux ans - Report d'imposition en cas de cession à une entreprise liée - Conformité à la Constitution et au droit de l'Union européenne*

*Titres de participation - Cession de titres détenus depuis moins de deux ans - Report d'imposition en cas de cession à une entreprise liée - Conformité à la Constitution et au droit de l'Union européenne*

**JURISCLASSEUR :** *Fiscal Impôts directs Traité, fasc. 1127-10*