

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

LE RÉGIME FISCAL DU RACHAT DE TITRES : INCONSTITUTIONNALITÉ ET AVENIR

ARNAUD DE BISSY

Référence de publication : Droit fiscal n° 30, 24 Juillet 2014, comm. 467

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LE RÉGIME FISCAL DU RACHAT DE TITRES : INCONSTITUTIONNALITÉ ET AVENIR

Suite au renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil d'État le 11 avril 2014 (CE, 3e et 8e ss-sect., 11 avr. 2014, n° 371921, M. et Mme Machillot : Dr. fisc. 2014, n° 21, comm. 344, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon), le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les dispositions de l'article 112, 6° du CGI, qui prévoient que les sommes ou valeurs attribuées aux actionnaires au titre du rachat de leurs actions par la société émettrice sont soumises, pour leur ensemble, au régime des plus-values de cession de valeurs mobilières lorsque ce rachat est effectué dans les conditions prévues aux articles L. 225-208 ou L. 225-209 à L. 225-212 du Code de commerce (consid. 10 et 11).

Le Conseil constitutionnel reporte au 1er janvier 2015 l'abrogation des dispositions déclarées contraires à la Constitution afin de permettre au législateur d'apprécier les suites qu'il convient de donner à cette déclaration d'inconstitutionnalité (consid. 13).

Toutefois, afin de préserver l'effet utile de la présente décision, notamment à la solution des instances en cours, les sommes ou valeurs reçues avant le 1er janvier 2014 par les actionnaires ou associés personnes physiques au titre du rachat de leurs actions ou parts sociales par la société émettrice, lorsque ce rachat a été effectué selon une procédure autorisée par la loi, ne sont pas considérées comme des revenus distribués et sont imposées selon le régime des plus-values de cession prévu, selon les cas, aux articles 39 duodecies, 150-0 A ou 150 UB du CGI. À défaut de l'entrée en vigueur d'une loi déterminant de nouvelles règles applicables pour l'année 2014, il en va de même des sommes ou valeurs reçues avant le 1er janvier 2015 (consid. 14).

Cons. const., déc. 20 juin 2014, n° 2014-404 QPC, M. et Mme Machillot, note A. de Bissy et M. Ferré

1. Considérant qu'aux termes du 2° du 1 de l'article 109 du Code général des impôts, sont considérées comme revenus distribués : « *Toutes les sommes ou valeurs mises à la disposition des associés, actionnaires ou porteurs de parts et non prélevées sur les bénéfices* » ;
2. Considérant qu'aux termes du 6° de l'article 112 du même code, ne sont pas considérées comme revenus distribués : « *Les sommes ou valeurs attribuées aux actionnaires au titre du rachat de leurs actions, lorsque ce rachat est effectué dans les conditions prévues aux articles L. 225-208 ou L. 225-209 à L. 225-*

212 du Code de commerce. Le régime des plus-values prévu, selon les cas, aux articles 39 duodécies, 150-0 A ou 150 UB est alors applicable » ;

3. Considérant que le 6 du paragraphe II de l'article 150-0-A du même code renvoie à l'article 150-0 D le calcul de la plus-value de cession réalisée par le bénéficiaire lors d'un rachat d'actions ; qu'aux termes du 8 ter de l'article 150-0 D du même code : *« Le gain net mentionné au 6 du II de l'article 150-0 A est égal à la différence entre le montant du remboursement et le prix ou la valeur d'acquisition ou de souscription des titres rachetés, diminuée du montant du revenu distribué imposable à l'impôt sur le revenu au titre du rachat dans les conditions prévues aux articles 109, 112, 120 et 161 » ;*

4. Considérant que la première phrase du premier alinéa de l'article 161 du même code prévoit que le boni attribué lors de la liquidation d'une société aux titulaires de droits sociaux en sus de leur apport n'est compris, le cas échéant, dans les bases de l'impôt sur le revenu que jusqu'à concurrence de l'excédent du remboursement des droits sociaux annulés sur le prix d'acquisition de ces droits dans le cas où ce dernier est supérieur au montant de l'apport ; qu'aux termes du second alinéa du même article : *« Les dispositions de la première phrase du premier alinéa sont applicables dans le cas où la société rachète au cours de son existence les droits de certains associés, actionnaires ou porteurs de parts bénéficiaires » ;*

5. Considérant que, selon les requérants, les dispositions contestées instituent, en méconnaissance des principes d'égalité devant la loi et les charges publiques, une différence de traitement entre les actionnaires ou associés personnes physiques dont les actions ou parts sociales sont rachetées par la société émettrice, selon la procédure de rachat employée ; que cette dernière dépendrait de l'objectif poursuivi par la société émettrice alors que la situation du contribuable cédant serait identique quelle que soit la procédure de rachat employée ; qu'ils font valoir que cette différence de traitement ne repose sur aucun critère objectif et rationnel en rapport avec l'objet de la loi et, par suite, méconnaît les principes d'égalité devant la loi et les charges publiques ;

6. Considérant que la question prioritaire de constitutionnalité porte sur les dispositions du 6° de l'article 112 du Code général des impôts ;

7. Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen 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 ;

8. Considérant qu'il résulte des dispositions combinées du 2° du 1 de l'article 109, du 8 ter de l'article 150-0 D et du second alinéa de l'article 161 du Code général des impôts que le rachat de ses actions ou parts sociales par la société émettrice est susceptible de dégager pour l'actionnaire ou l'associé personne physique, d'une part, une plus-value soumise à l'impôt sur le revenu selon le régime des plus-values de cession pour la différence entre la valeur de l'apport et le prix d'acquisition et, d'autre part, un revenu distribué imposable dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers pour la différence entre le prix de rachat des titres et leur prix ou valeur d'acquisition ou de souscription ou, s'il est supérieur, le montant des apports compris dans la valeur nominale des titres rachetés ;

9. Considérant que, par dérogation à ces dispositions, le 6° de l'article 112 du Code général des impôts prévoit que les sommes ou valeurs attribuées aux actionnaires au titre du rachat de leurs actions par la société émettrice sont soumises, pour leur ensemble, à un régime de plus-values de cession des valeurs mobilières lorsque ce rachat est effectué dans les conditions prévues aux articles L. 225-208 ou L. 225-209 à L. 225-212 du Code de commerce ; que l'article L. 225-208 autorise le rachat par une société anonyme de ses propres actions en vue d'une redistribution aux salariés ; que l'article L. 225-209 autorise le rachat par une société anonyme de ses propres actions dans le cadre d'un plan de rachat d'actions ; que les articles L. 225-210 à L. 225-212 définissent les conditions dans lesquelles ces opérations de rachat doivent être effectuées ;

10. Considérant que lorsqu'un rachat d'actions ou de parts sociales est effectué en vue d'une réduction du capital non motivée par des pertes, conformément à l'article L. 225-207 du Code de commerce, les sommes ou valeurs reçues à ce titre par l'actionnaire ou l'associé personne physique cédant sont soumises au régime fiscal de droit commun alors que, dans certaines hypothèses prévues par l'article L. 225-209 du même code, un rachat effectué dans le cadre d'un plan de rachat d'actions peut aboutir à une réduction du capital non motivée par des pertes tout en ouvrant droit au bénéfice du régime fiscal des plus-values de cession de valeurs mobilières ; que, par ailleurs, le régime d'imposition de droit commun est applicable, notamment, à un rachat effectué en cas de refus d'agrément conformément à l'article L. 228-24 du même code ; que la différence de traitement entre les actionnaires ou associés personnes physiques cédants pour l'imposition des sommes ou valeurs reçues au titre du rachat de leurs actions ou parts sociales par la société émettrice ne repose ni sur une différence de situation entre les procédures de rachat ni sur un motif d'intérêt général en rapport direct avec l'objet de la loi ;

11. Considérant que, par suite et sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre grief, les dispositions du 6° de l'article 112 du Code général des impôts doivent être déclarées contraires à la Constitution ;

12. Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution : « *Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits*

sont susceptibles d'être remis en cause » ; que, si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration ;

13. Considérant, d'une part, que le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement ; que, dès lors, il y a lieu de reporter au 1er janvier 2015 la date de l'abrogation des dispositions déclarées contraires à la Constitution afin de permettre au législateur d'apprécier les suites qu'il convient de donner à cette déclaration d'inconstitutionnalité ;

14. Considérant, d'autre part, qu'afin de préserver l'effet utile de la présente décision, notamment à la solution des instances en cours, les sommes ou valeurs reçues avant le 1er janvier 2014 par les actionnaires ou associés personnes physiques au titre du rachat de leurs actions ou parts sociales par la société émettrice, lorsque ce rachat a été effectué selon une procédure autorisée par la loi, ne sont pas considérées comme des revenus distribués et sont imposées selon le régime des plus-values de cession prévu, selon les cas, aux articles 39 duodecimes, 150-0 A ou 150 UB du Code général des impôts ; qu'à défaut de l'entrée en vigueur d'une loi déterminant de nouvelles règles applicables pour l'année 2014, il en va de même des sommes ou valeurs reçues avant le 1er janvier 2015,

(...)

LE RÉGIME FISCAL DU RACHAT DE TITRES : INCONSTITUTIONNALITÉ ET AVENIR

1. Introduction

1 – Qu'est-ce qui peut justifier que le rachat de titres par une société soumise à l'IS puisse se voir appliquer, en fonction de la procédure suivie, soit le régime des revenus mobiliers (*CGI, art. 108 et s.*), soit celui des plus-values mobilières (*CGI, art. 150-0 A et s. et CGI, art. 39 duodecies*) ?

Cette question, nous la posons déjà lors de notre commentaire sous la décision *Sté Fiteco* qui vit le Conseil d'État se prononcer en faveur de la qualification de revenu mobilier dans la situation d'un rachat d'actions par la société émettrice suivi de leur cession (*CE, 3e et 8e ss-sect., 31 juill. 2009, n° 296052, Sté Fiteco : JurisData n° 2009-081519 ; Dr. fisc. 2009, n° 43, comm. 509, concl. E. Glaser, note A. de Bissy ; RJF 11/2009, n° 939, concl. E. Glaser, p. 825 ; BDCF 11/09, n° 128, concl. E. Glaser*).

Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité (*CE, 3e et 8e ss-sect., 11 avr. 2014, n° 371921, M. et Mme Machillot : Dr. fisc. 2014, n° 21, comm. 344, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon*), le Conseil constitutionnel a répondu « que la différence de traitement entre les actionnaires ou associés personnes physiques cédants pour l'imposition des sommes ou valeurs reçues au titre du rachat de leurs actions ou parts sociales par la société émettrice ne repose ni sur une différence de situation entre les procédures de rachat ni sur un motif d'intérêt général en rapport direct avec l'objet de la loi ».

Jusqu'à cette décision en effet, il convenait de distinguer deux situations :

– par principe, le rachat de titres génère une plus-value de cession (*CGI, art. 150-0 A, II, 6*), sous déduction de sa fraction imposée comme un revenu de capitaux mobiliers (*CGI, art. 150-0 D, 8 ter*). Il s'agit en fait d'un régime « hybride » qui voit l'essentiel du profit (celui qui correspond à la fraction du remboursement qui excède le prix ou la valeur d'acquisition, ou le nominal des titres s'il est supérieur), imposé comme un revenu mobilier (*CGI, art. 161, al. 2*), et le cas échéant le surplus (lorsque les titres ont été acquis pour une valeur inférieure au nominal), imposé comme une plus-value de cession. La qualification de revenu mobilier s'impose tant dans l'hypothèse d'un rachat d'actions en vue de procéder à une réduction générale du capital social non motivée par des pertes (*C. com., art. L. 225-207*), que dans des hypothèses de rachats individuels de titres, au cas de retrait d'associé ou de refus d'agrément du cessionnaire par la société (*C. com., art. L. 228-24. – V. par ex., CE, 8e et 3e ss-sect., 24 juin 2009, n° 307943, M. Leroy : JurisData n° 2009-081493 ; Dr. fisc. 2009, n° 29, comm. 420*). La qualification de revenu mobilier s'impose également, quoiqu'alors sur un fondement différent, lorsque les titres rachetés

figuraient au bilan d'une société soumise à l'IS (*CE, 3e et 8e ss-sect., 20 mars 2013, n° 349669, min. c/ Société Générale : Dr. fisc. 2013, n° 21, comm. 291, concl. E. Cortot-Boucher, note É. Davoudet et K. Gruzdova ; BDCF 6/2013, n° 69, concl. E. Cortot-Boucher*) ;

– par exception, l'article 112, 6° du CGI dispose que le rachat de titres suit le régime des plus-values de cession, privées ou professionnelles, selon la qualité de l'associé, lorsque le rachat d'actions est effectué en vue d'une redistribution aux salariés (*C. com., art. L. 225-208*), ou dans le cadre d'un plan de rachat d'actions cotées (*C. com., art. L. 225-209*) ou non cotées (*C. com., art. L. 225-209-2. – L. n° 2012-354, 14 mars 2012, art. 5, I, E et art. 6, II : Dr. fisc. 2012, n° 13, comm. 222. – D. n° 2014-543, 26 mai 2014 : JCP E 2014, act. 403*).

C'est cette disposition (*CGI, art. 112, 6°*) qui, selon le Conseil constitutionnel, porte atteinte aux droits et libertés garantis par la constitution en ce qu'elle est contraire au principe d'égalité devant la loi figurant à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Elle est donc abrogée pour l'avenir. Toutefois, si effectivement le dispositif législatif en matière de rachat de titres est source d'inégalité, et nous l'avons suffisamment critiqué pour cela, les conditions de l'abrogation de l'article 112, 6° peuvent surprendre :

– d'une part, comme il en a la possibilité (*Const., art. 62*), et « afin de permettre au législateur d'apprécier les suites qu'il convient de donner à cette déclaration d'inconstitutionnalité », la date d'abrogation est reportée au 1er janvier 2015 (*consid. 13*). Pour les sommes ou valeurs reçues avant le 1er janvier 2014, et en 2014 à défaut d'entrée en vigueur d'une loi applicable aux revenus de l'année, « afin de préserver l'effet utile de la présente décision, notamment à la solution des instances en cours », c'est le régime des plus-values professionnelles ou privées qui doit s'appliquer (*consid. 14*). Ainsi, dans l'affaire pendante devant le Conseil d'État, le contribuable associé et gérant d'une société civile à l'IS qui s'était fait racheter ses parts par cette société pourra prétendre à l'abattement d'un tiers par année de détention au-delà de la cinquième année, sur le fondement de l'article 150-0 D ter du CGI applicable à l'espèce ;

– d'autre part, alors qu'il était saisi de la conformité à la Constitution de l'ensemble du dispositif légal en ce qui concerne le traitement fiscal du rachat de titres (*CGI, art. 109, I, 2° ; CGI, art. 112, 6° ; CGI, art. 150-0 D, 8 ter et CGI, art. 161, al. 2*), le Conseil constitutionnel n'a annulé que le seul article 112, 6°. De ce fait, à défaut d'une intervention législative, c'est le régime « hybride » qui est généralisé. Cette sélection des articles par le Conseil constitutionnel fait suite à celle déjà opérée par le Conseil d'État qui ne lui avait pas transmis d'autres dispositions non applicables au litige ; le 1° de

l'article 109 (bénéfices non réinvestis dans la société), les autres dispositions de l'article 112 (répartitions autres que les sommes perçues en remboursement du rachat par une société de ses propres actions), l'article 120 (revenus versés par des sociétés dont le siège social est à l'étranger), et le premier alinéa de l'article 160 (boni de liquidation) ;

– enfin, alors que les requérants invoquaient à la fois la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi et devant les charges publiques (*consid.* 5), le Conseil constitutionnel a limité son étude à la première facette du principe d'égalité entre les contribuables (*consid.* 7).

De la sorte, le travail particulièrement riche et original du Conseil constitutionnel doit d'abord être commenté sous le prisme du droit constitutionnel, en expliquant la décision d'abrogation de l'article 112, 6° du CGI, quant à son fondement et sa portée (1), puis sous l'angle fiscal exclusivement, afin d'en extraire le droit positif et d'en deviner le futur régime (2).

2. La déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 112, 6° du CGI

2 – S'il n'est plus possible de parler de « fiscalisation du droit constitutionnel » (l'expression est empruntée à *A. Botton et B. de Lamy, La QPC, révélateur des limites du droit constitutionnel : D. 2012, p. 2030*) en termes de volume d'affaires traitées puisque la proportion de questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) rendues s'agissant de dispositions fiscales semble s'être quelque peu tarie (V. *Rapport public 2014 du Conseil d'État : Dr. fisc. 2014, n° 24, comm. 373, n° 9. – Rapport annuel 2013 de la Cour de cassation : Dr. fisc. 2014, n° 25, 387, n° 6*), ce domaine juridique demeure tout de même un terrain particulièrement fertile pour le développement du droit constitutionnel (on peut ainsi évoquer, sans être exhaustif, la décision *Taxation d'office* qui a été la première dans laquelle les sages ont fait application du principe d'égalité, V. *Cons. const., déc., n° 73-51 DC, 27 déc. 1973, Loi de finances pour 1974 : Rec. Cons. const. 1973, p. 25 ; AJDA 1974, p. 236, note P.-M. Gaudemet ; D. 1974, p. 83, note L. Hamon ; RDP 1974, p. 531, note L. Philip* ou encore la décision *SNC Kimberly Clark* sur la portée de l'incompétence législative en matière de QPC, V. *Cons. const., déc. 18 juin 2010, n° 2010-5 QPC, SNC Kimberly Clark : JurisData n° 2010-030705 ; Dr. fisc. 2010, n° 48, comm. 576, note M. Guichard et R. Grau ; RJF 10/2010, n° 940 ; FR Lefebvre 39/2010, p. 8, note S. Austray*) et des prérogatives de l'institution de la rue de Montpensier comme en attestent les décisions rendues concernant les dernières grandes lois fiscales (*Cons. const., déc. 29 déc. 2013, n° 2013-685 DC, Loi de finances pour 2014 : Dr. fisc. 2014, n° 1-2, comm. 68. – Cons. const., déc. 29 déc. 2013, n° 2013-684 DC, Loi de finances rectificative pour 2013 : Dr. fisc. 2014, n° 5, comm. 95. – Cons. const., déc. 4 déc. 2013, n° 2013-679 DC, Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière :*

JurisData n° 2013-030673 ; Dr. fisc. 2013, n° 51-52, comm. 563, note Ch. de la Mardière ; V. également M. Collet, Chronique annuelle 2013 de droit fiscal : RJEP 2014, chron. 2, n° 10. – Cons. const., déc. 29 déc. 2012, n° 2012-662 DC, Loi de finances pour 2013 : JO 30 déc. 2012 ; V. notamment Ch. Tukov, La 5e mue du Conseil constitutionnel ? Point sur l'État de droit et le gouvernement des juges : JCP G 2013, n° 8, doct. 220) ainsi que celle-ci rendue à la veille de l'été.

Si cette décision, qu'il convient de rapprocher de la décision n° 2014-400 QPC, rendue par le Conseil quelques jours auparavant (*Cons. const., déc. 6 juin 2014, n° 2014-400 QPC, Sté Orange SA : Dr. fisc. 2014, n° 30, comm. 466, note S. Austray*), en raison des grandes similitudes qui les rapprochent, reste assez conventionnelle en ce qui concerne la mise en œuvre du contrôle de conformité à la norme suprême et la caractérisation de l'inconstitutionnalité du 6° de l'article 112 du CGI (A), celle-ci est bien plus innovante s'agissant de la façon dont les sages ont réglé les conséquences de cette invalidation, au point que l'on peut se demander s'il ne s'agit pas du commencement d'une nouvelle ère constitutionnelle (B).

A. - La constatation d'une violation du principe d'égalité devant la loi

3 – Il est possible d'aborder ce premier aspect de la décision sous trois angles successifs : tout d'abord relativement à la limitation du contrôle opéré à une seule partie des dispositions déferées (1°), ensuite quant au choix du principe au regard duquel cet alinéa de l'article est censuré (2°) et, enfin, quant au raisonnement ayant abouti à la constatation d'une violation de ce droit fondamental (3°).

1° La limitation du contrôle à une seule partie des dispositions déferées

4 – Le premier élément notable de cette décision est que les sages ont recentré le débat constitutionnel sur le seul 6° de l'article 112 du CGI alors que ceux-ci étaient saisis de quatre dispositions de ce même code. Si les juges du Palais-Royal avaient déjà limité la QPC à certains alinéas de celles-ci et en avaient écarté une autre en raison du fait que ces textes n'étaient pas applicables au litige (*CE, 3e et 8e ss-sect., 11 avr. 2014, n° 371921, M. et Mme Machillot, préc.* Cette condition de transmission de la QPC est prévue par les articles 23-2 et 23-4 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel), la délimitation opérée par cette décision n'obéit pas aux mêmes motifs. Ce n'est pas la première fois que le Conseil constitutionnel procède de cette façon, il a ainsi déjà circonscrit, à plusieurs reprises, une saisine à un alinéa (*Cons. const., déc. 6 juin 2014, n° 2014-400 QPC, Sté Orange SA, préc., consid. 4. – Cons. const., 28 mars 2014, déc. n° 2014-385 QPC, consid. 3 : JurisData n° 2014-005972 ; Dr. pén. 2014, comm. 84, note V. Peltier ; JCP N 2014, act. 467. – Cons. const., déc. n° 2013-327, 21 juin 2013 QPC, SA Assistance Sécurité et Gardiennage, consid. 3 : Dr. fisc. 2013, n° 26, act. 362 ; RJF 2013, n° 961. – Cons. const., déc. 27 juill. 2012, n° 2012-268 QPC, consid. 3 :*

JurisData n° 2012-019113 ; Dr. famille 2012, comm. 143, C. Neirinck), voire à certains mots seulement de la disposition transmise par les juridictions de cassation (*Cons. const., déc. 6 févr. 2014, n° 2013-365 QPC, consid. 3 : Dr. fisc. 2014, n° 7, act. 112. – Cons. const., déc. 27 sept. 2013, n° 2013-343 QPC, consid. 3 : JurisData n° 2013-021239 ; JO 1er oct. 2013. – Cons. const., déc. 7 déc. 2012, n° 2012-286 QPC, Sté Pyrénées services et a., consid. 3 : JurisData n° 2012-028148 ; JCP E 2013, 1048, note N. Fricero ; D. 2013, p. 28, note M.-A. Frison-Roche et p. 338, note J.-L. Vallens ; JCP G 2013, 50, note N. Gerbay*). Cette limitation discrétionnaire de l'objet du débat en amont de celui-ci vise à focaliser le contrôle de l'institution sur le seul fragment véritablement visé par les griefs d'inconstitutionnalité. Ceci permet, d'une part, de gagner du temps (le temps est une donnée importante devant le Conseil constitutionnel puisque l'article 23-10 de l'ordonnance n° 58-1067 précitée lui impose de statuer dans un délai de 3 mois à compter de la saisine ce qui peut être particulièrement difficile notamment en raison du fait que le Conseil n'a aucun contrôle sur le contentieux qui lui est transmis), et, d'autre part, d'éviter de faire obstacle à une nouvelle QPC portant sur le reliquat des dispositions transmises qui, soulevée dans d'autres circonstances, serait susceptible d'invoquer des moyens pertinents omis par les premiers requérants. Telle est la position qu'adoptent ici (*consid. 6*) les sages en limitant chirurgicalement la contestation puisque les griefs d'inconstitutionnalité, invoqués par les auteurs de la QPC, relatifs à la différence de régime d'imposition en fonction de la procédure de rachat, se rattachaient au seul 6° de l'article 112 du CGI. On comprend que les contribuables aient contesté l'ensemble des dispositions transmises puisque la seule abrogation dudit alinéa n'aurait pu leur permettre d'obtenir satisfaction s'agissant de leur volonté de voir leurs gains qualifiés de plus-values. La cour constitutionnelle pouvait se permettre cette approche en ne retirant que l'alinéa « cancéreux » dès lors qu'elle allait par la suite prévoir, à travers les précisions sur la portée conférée à l'abrogation, un autre moyen permettant à ceux-ci de parvenir à leurs fins (*V. infra*). Par conséquent, les juges ne s'étant prononcés ni dans les motifs, ni dans les dispositifs de cette décision sur la constitutionnalité du 2° du 1 de l'article 109, du 8 ter de l'article 150-0 D ou du second alinéa de l'article 161 du CGI, ces dispositions pourront faire l'objet d'une nouvelle QPC dans l'avenir.

2° Le choix du principe au regard duquel la loi est censurée

5 – Le deuxième élément que l'on peut relever dans cette décision concerne le principe qui a permis au Conseil de révéler l'inconstitutionnalité de la disposition déférée. Effectivement, si ce texte vient rejoindre la relative longue liste des normes fiscales qui n'ont pas supporté leur confrontation au principe d'égalité, celui-ci a la particularité d'avoir succombé à une de ses facettes n'ayant été, jusqu'alors, à l'origine que de peu d'invalidations.

En matière fiscale, le principe égalitaire est protéiforme en raison de la pluralité des normes constitutionnelles qui y font référence. Ainsi, à l'heure actuelle, celui-ci se décline notamment en principe d'égalité devant la loi (fiscale) basé sur l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et en principe d'égalité devant les charges publiques tiré de l'article 13 de ce même texte (on mentionnera aussi, bien qu'il ne nous intéresse pas ici, que le principe d'égalité devant la justice résultant d'une interprétation combinée des articles 6 et 16 de ce même texte peut également avoir certaines implications en matière fiscale). Pendant de nombreuses années, la spécificité des contrôles opérés sur la base de chacun de ces fondements a pu paraître douteuse ou du moins difficile à établir (V. *JCl. Procédures fiscales, Fasc. 112, n° 11 et s., J. Lamarque*, qui ajoute par ailleurs à cette distinction une seconde entre égalité devant l'impôt et égalité devant la loi fiscale en se basant sur certaines jurisprudences, plus anciennes, qui faisaient expressément référence à un « principe d'égalité devant l'impôt »), les requérants invoquant les deux principes et l'institution de la rue de Montpensier ne les distinguant pas clairement dans ses décisions. Le Conseil constitutionnel semble désormais s'efforcer de différencier de manière plus nette son appréciation de ces deux aspects (V. notamment *Cons. const., déc. 19 avr. 2013, n° 2013-305/306/307 QPC, Cne de Tourville-la-Rivière : Dr. fisc. 2013, n° 17, act. 245*, dans laquelle les juges distinguent clairement dans la motivation de la décision l'examen de la conformité des dispositions contestées à ces deux principes. – *Cons. const., déc. 13 oct. 2011, n° 2011-180 QPC : JO 15 oct. 2011 ; JCP S 2011, 1563, note V. Roulet*. – *Contra, Cons. const., déc. 28 janv. 2014, n° 2013-361 QPC, Cts P de B, consid. 4 à 10 : Dr. fisc. 2014, n° 6, act. 96*, où le régime des droits de mutation applicable à l'adopté simple est déclaré conforme à ces deux principes au terme d'un raisonnement unique. – V. aussi, *Cons. const., déc. 29 déc. 2012, n° 2012-662 DC, Loi de finances pour 2013, préc., consid. 129 à 133*). Sur le fond, ces principes ont une portée différente puisque, alors que le premier s'oppose à une inégalité de traitement entre deux individus non justifiée par une divergence de situation ou par une raison d'intérêt général en rapport direct avec l'objet de la loi, le second permet de censurer les impôts confiscatoires ou ceux faisant peser une charge excessive sur un contribuable au regard de ses facultés contributives. Comme l'indique Olivier Fouquet, la différence d'analyse tient « à ce que le principe d'égalité devant la loi fiscale implique d'abord de procéder à une comparaison alors que le principe d'égalité devant les charges publiques implique largement une appréciation intrinsèque de la situation du contribuable » (*O. Fouquet, Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant l'impôt : Nouveaux Cah. Cons. const. 2011, n° 33*).

Si le principe d'égalité devant les charges publiques était également invoqué dans la présente affaire par les contribuables, c'est pourtant sur le fondement du principe d'égalité devant la loi que les sages ont justifié leur décision. Cette solution est ainsi particulièrement intéressante puisqu'il s'agit de la

première QPC (le Conseil avait déjà quelques jours plus tôt censuré l'article L. 209 du LPF sur ce fondement mais la solution s'expliquait également dans ce cas par le fait que l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen n'était pas applicable, la disposition renvoyée étant une disposition contentieuse, V. *Cons. const., déc. 6 juin 2014, n° 2014-400 QPC, Sté Orange SA, préc.*), à notre connaissance, se traduisant par une censure d'une disposition fiscale substantielle sur ce fondement (pour un exemple de censure d'une disposition fiscale dans le cadre du contrôle *a priori* sur ce même principe, V. notamment, *Cons. const., déc. 30 déc. 1991, n° 91-302 DC, Loi de finances pour 1992, consid. 7 et 8 : Dr. fisc. 1992, n° 2-3, comm. 48*). Ce défaut de prodigalité en la matière est susceptible de s'expliquer par le fait que « le droit fiscal est par essence un droit inégalitaire » (*O. Fouquet, Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant l'impôt, préc.*), et aussi au vu de la conception du principe d'égalité devant la loi retenue par les juges (« 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 »). Dans ces conditions, il sera difficile de considérer qu'une inégalité de traitement ne pourra pas être justifiée par une différence de situation ou par une raison d'intérêt général en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit (Olivier Jouanjan, critiquant cette formulation du principe d'égalité, relève ainsi que cette conception aboutit à sanctionner seulement les cas où « la différence de traitement objectivement créée a dépassé l'intention ou le but voulu par le législateur », V. *O. Jouanjan, Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? in Jus politicum, mai 2012, n° 7. Disponible sur : <http://www.juspoliticum.com/Le-Conseil-constitutionnel-gardien.html>). De ce fait, le Conseil constitutionnel n'a que rarement eu l'occasion de se prononcer sur des situations susceptibles de donner lieu à une invalidation sur ce fondement (en revanche, très nombreux sont les cas où le Conseil constitutionnel a fait une « application négative » de ce principe en retenant la conformité des dispositions critiquées à celui-ci), d'autant plus que, dans les cas où une telle censure aurait été envisageable, les requérants n'invoquaient que le principe d'égalité devant les charges publiques (V. *Cons. const., déc. 14 oct. 2010, n° 2010-52 QPC, Cie agricole de la Crau : JCP G 2010, doctr. 1163, n° 4, chron. B. Mathieu ; JCP G 2010, 1071. – Cons. const., déc. 4 févr. 2011, n° 2010-97 QPC, Sté Laval Distribution : Dr. fisc. 2011, n° 7, act. 57*). Par ailleurs, dans certains cas, alors que la censure aurait pu paraître justifiée, les juges ont préféré aboutir à une solution similaire en réinstaurant l'égalité à travers une réserve d'interprétation (*Cons. const., déc. 20 sept. 2013, n° 2013-340 QPC, M. Grohier : Dr. fisc. 2013, n° 43-44, comm. 493, note Ch. de la Martinière*). Ainsi ici, le Conseil n'a pas eu à examiner le respect du principe d'égalité devant les charges publiques puisque, c'est sans avoir besoin de rentrer dans le détail des règles d'imposition en cause, qu'il est parvenu à cette solution en caractérisant l'absence de distinction véritable entre les procédures de rachat. Cette solution est de ce fait conforme à l'ordre traditionnel selon*

lequel les sages contrôlent les différentes facettes du principe égalitaire (*Cons. const., déc. 13 oct. 2011, n° 2011-180 QPC, préc. – Cons. const., déc. 21 janv. 2011, n° 2010-88 QPC, Mme Boisselier : JurisData n° 2011-015702 ; Dr. fisc. 2011, n° 7, comm. 219, note M. Pelletier*).

3° Le raisonnement ayant abouti à la constatation d'une violation de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

6 – Pour parvenir au constat de la violation de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, l'institution s'en est tenue au raisonnement habituellement mis en œuvre. Après avoir rappelé le sens de ce principe tel qu'elle l'interprète à l'heure actuelle (*consid. 7 ; cette formule a déjà été citée, V. supra n° 5*), elle a mis en évidence une inégalité de traitement avant de vérifier si celle-ci était justifiée par une différence de situation ou une raison d'intérêt général en rapport direct avec l'objet de la loi.

S'agissant de la différence de traitement, aucune difficulté n'affectera sa caractérisation puisque le Conseil, après avoir relevé que les gains issus d'un rachat d'actions sont imposables en principe selon le régime hybride (*consid. 8 ; les juges reprennent ainsi l'analyse retenue par le Conseil d'État, V. CE, 9e et 10e ss-sect., 29 déc. 2000, n° 179647, M. Roesch : JurisData n° 2000-061425 ; Rec. CE 2000, p. 663 ; Dr. fisc. 2001, n° 15, comm. 337, concl. J. Courtial ; RJF 3/2001, n° 310 ; BDCF 3/2001, concl. J. Courtial. – CE, 3e et 8e ss-sect., 31 juill. 2009, n° 296052, Sté Fiteco, préc.*), constatera, qu'à titre dérogatoire, ceux issus des rachats survenus dans le cadre des procédures des articles L. 225-208 et L. 225-209 et suivants du Code de commerce seront imposés intégralement en tant que plus-values (*consid. 9*). L'inégalité est alors patente d'autant plus que, outre le fait que les plus-values étaient, à l'époque des faits, imposées à un taux proportionnel tandis que les revenus distribués étaient eux soumis au barème ou au prélèvement forfaitaire de l'article 117 quater du CGI, cette qualification permettait, notamment, de bénéficier de l'exonération prévue à l'article 150-0 D ter dudit code, en faveur des dirigeants de PME partant à la retraite.

Ce constat réalisé, il convenait dès lors de passer à la deuxième étape de l'analyse : ce traitement différencié se justifie-t-il par une différence de situation en rapport direct avec l'objet de la loi ? *A priori*, si on examine cela au niveau du contribuable cédant, il est impossible de distinguer une véritable différence puisque, dans les deux cas, l'individu va céder ses titres à la société : celui-ci perdra alors les droits qui y sont afférents, en obtenant en contrepartie le versement d'une somme d'argent ou l'attribution d'un bien (selon Marie-Astrid Nicolazo de Barmon, « force est de constater qu'une opération identique du point de vue de l'actionnaire peut donner lieu à deux traitements fiscaux aux conséquences très différentes selon l'objectif poursuivi par la société », *concl. sous CE, 3e et 8e ss-sect., 11 avr. 2014, n° 371921, M. et*

Mme Machillot : Dr. fisc. 2014, n° 21, comm. 344, préc.). Dès lors, on peut comprendre que la cour constitutionnelle ait tacitement exclu ce référentiel en appréciant la différence de situation au niveau des procédures de rachat (*consid. 10*). La problématique se résumait ainsi à savoir s'il était possible de caractériser une véritable distinction entre celles-ci à même de justifier ce traitement différencié compte tenu de l'objet de la loi (contrairement à ce que pourrait laisser croire la formulation du considérant de principe, l'objet de la loi doit être pris en compte dès le stade de l'identification de la différence de situation puisque c'est au regard de cet objet que l'on pourra apprécier l'existence de celle-ci. V. notamment *Cons. const., déc. 13 juin 2014, n° 2014-402 QPC, consid. 7 : JO 15 Juin 2014. – Cons. const., 23 janv. 2014, n° 2013-687 DC, Loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, consid. 34 et 64 : JO 28 janv. 2014 ; JCP A 2014, 2046, note M. Verpeaux*).

Un tel procédé impose donc, à titre préliminaire, d'identifier l'objet de la loi en question, c'est-à-dire, en l'espèce, du 6° de l'article 112 du CGI. Or on peut remarquer que dans cette décision, ainsi que dans le commentaire qui l'accompagne, les membres du Conseil constitutionnel n'ont pas été très explicites quant à la désignation de la volonté du législateur contrairement à ce qu'ils ont pu faire dans d'autres affaires (*Cons. const., déc. 6 juin 2014, n° 2014-400 QPC, Sté Orange SA, préc., consid. 7. – Cons. const., déc. 13 juin 2014, n° 2014-402 QPC, préc., consid. 9. – Cons. const., 13 juin 2014, déc. n° 2014-401 QPC, consid. 5 : JO 15 juin 2014 ; JCP E 2014, act. 474. – Cons. const., déc. 23 mai 2013, n° 2013-670 DC, Loi portant diverses dispositions en matière d'infrastructures et de services de transports, consid. 9, 10 et 12 : JO 29 mai 2013. – Cons. const., déc. 30 déc. 1991, n° 91-302 DC, Loi de finances pour 1992, préc., consid. 7. – Cons. const., déc. 18 oct. 2010, n° 2010-58 QPC, Procos et a., consid. 5 : Dr. fisc. 2010, n° 42, act. 406*).

Si on retrace l'historique de la disposition au cœur du litige, la règle figurant au 6° de l'article 112 du CGI était originellement prévue à l'article 9 de l'ordonnance n° 67-836 du 28 septembre 1967 destinée à encourager l'épargne et le développement du marché financier (sa codification dans le CGI résulte du décret n° 69-350 du 15 avril 1969). Le but originel de ce texte, contemporain de l'élargissement des procédures de rachat d'actions (l'article 6 de cette ordonnance est venu insérer les articles 217-2 à 217-4 dans la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales autorisant le rachat d'actions en vue de régulariser les cours de bourse ; le rachat d'actions en vue d'attributions aux salariés existait déjà, depuis près d'un mois, à l'article 217-1 de la même loi suite à l'ordonnance 67-695 du 17 août 1967), était de faire en sorte que les associés, dont le consentement était nécessaire pour procéder à ces rachats, ne s'opposent pas pour des raisons fiscales à ces opérations qui avaient des objectifs précis tels l'attribution de titres aux salariés ou la régulation des cours de bourse. Ainsi le législateur avait-il choisi d'affirmer que

ces sommes ne seraient pas des revenus distribués ce qui avait pour conséquence d'aboutir à une exonération pure et simple dès lors que les plus-values mobilières n'étaient pas encore imposées de manière généralisée (avant l'entrée en vigueur de la loi n° 76-660 du 19 juillet 1976 portant imposition des plus-values et création d'une taxe forfaitaire sur les métaux précieux, les bijoux, les objets d'art, de collection et d'antiquité, il existait déjà un prélèvement de 15 % qui s'appliquait en cas de cession de ses actions par un actionnaire détenant plus de 25 % du capital social ; cependant, celui-ci n'étant exigible qu'en cas de cession à un tiers, il ne s'appliquait pas dans l'hypothèse d'un rachat des titres par la société, V. M. Chrétien, *Les gains en capital. Rapport national au 30e Congrès de l'International Fiscal Association (I.F.A.) à Jérusalem en septembre 1976 : Dr. fisc. 1976, n° 28, 100037, n° 87* ; la loi n° 76-660 généralisera l'imposition des plus-values sur cession de valeurs mobilières mais en maintenant l'existence d'une multitude de régimes disparates ; il faudra attendre la loi n° 99-1172 de finances pour 2000 du 30 décembre 1999 pour aboutir à une certaine uniformisation des modalités d'imposition ; s'agissant du 6° de l'article 112, celui-ci prévoit expressément l'imposition de ces gains en tant que plus-values depuis la loi n° 98-546 du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier ; pour un historique des différents régimes d'imposition contemporains, V. *JCl. Fiscal impôts directs Traité, Fasc. 805, n° 74 et s., A. Maitrot de la Motte*).

Ceci étant précisé, l'élément de différenciation que semble pourtant retenir le Conseil constitutionnel est le fait de savoir si ces différentes procédures se traduisent par une annulation des droits sociaux à la suite du rachat ou non. Effectivement, les juges, avant d'aboutir au constat qu'il n'existe aucune différence de situation justifiant l'inégalité de traitement entre les procédures, motivent leur décision en indiquant que « lorsqu'un rachat d'actions ou de parts sociales est effectué en vue d'une réduction du capital non motivée par des pertes, conformément à l'article L. 225-207 du Code de commerce, les sommes ou valeurs reçues à ce titre par l'actionnaire ou l'associé personne physique cédant sont soumises au régime fiscal de droit commun alors que, dans certaines hypothèses prévues par l'article L. 225-209 du même code, un rachat effectué dans le cadre d'un plan de rachat d'actions peut aboutir à une réduction du capital non motivée par des pertes tout en ouvrant droit au bénéfice du régime fiscal des plus-values de cession de valeurs mobilières » (*consid. 10*). Ce défaut de cohérence, ici caractérisé, résulte notamment de l'alinéa 4 de l'article L. 225-209 du Code de commerce qui autorise la société à procéder à l'annulation des titres acquis dans le cadre d'un plan de rachats d'actions dans la limite de 10 % du capital social par période de vingt-quatre mois. Il est intéressant de noter que cette faculté n'était originellement pas prévue puisque cet alinéa a été ajouté à l'article 217-2 de la loi du 24 juillet 1966 par la loi n° 94-679 du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier. Ainsi, ce serait cette loi qui, en faisant évoluer le régime juridique de cette procédure de rachat, aurait fait perdre sa cohérence à la

différence de traitement prévue par le 6° de l'article 112 du CGI, détournant ainsi cette disposition de l'objectif initialement ciblé par le législateur (dès lors, si telle est la véritable cause de l'inconstitutionnalité de la disposition, on comprend d'autant plus pourquoi une modification de l'environnement juridique d'une disposition est susceptible de constituer un changement des circonstances au sens du 2° l'article 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 permettant de soulever une QPC à l'égard d'un texte déjà déclaré conforme à la Constitution dans une décision antérieure).

En revanche, au vu de la logique de cette analyse, nous comprenons moins la référence aux cessions forcées de l'article L. 228-24 du Code de commerce. En effet, cette obligation de rachat par la société en cas de refus d'agrément du cessionnaire envisagé doit se traduire par une annulation des titres rachetés (*C. com.*, art. L. 228-24, al. 2 ; cette disposition figurait déjà à l'article 275 de la loi du 24 juillet 1966 lors de la création de la disposition qui allait devenir le 6° de l'article 112 du CGI). Il y aurait alors pourtant bien un traitement cohérent avec celui réservé à la procédure de rachat en vue d'une réduction de capital prévue à l'article L. 225-207 du Code de commerce (la seule différence est que l'article R. 225-158 du Code de commerce prévoit que, s'agissant de la procédure prévue à l'article L. 225-207 du même code, l'annulation des titres doit intervenir dans le mois suivant le rachat, alors que, dans l'hypothèse d'un refus d'agrément, la procédure de droit commun liée à l'auto-détention de titres devrait s'appliquer : cession dans le délai d'un an ou annulation à l'issue de ce délai, *V. C. com.*, art. L. 225-214). Cependant, le Conseil constitutionnel semble souligner que cette obligation d'annulation ne serait pas contraignante et que la société pourrait malgré tout céder les titres à un tiers ; situation dans laquelle le cédant aurait été imposé selon le régime hybride (par ailleurs il est également possible de noter que, dans ces situations, le régime d'imposition de l'associé cédant dépendra du bon vouloir de la société étant donné que si celle-ci agrée le cessionnaire envisagé, trouve un autre repreneur ou ne se prononce pas dans les délais légaux, le cédant verra son gain intégralement imposé selon le régime des plus-values, tandis que si elle préfère racheter les titres elle-même, ce dernier sera traité moins favorablement puisqu'il se verra appliquer le régime hybride) alors que les titres n'auraient pas été annulés (c'est par ailleurs ce qu'a retenu le Conseil d'État dans l'arrêt *Sté Fiteco* où le cédant a été imposé selon le régime de droit commun alors que les titres n'avaient pas été annulés mais cédés à une autre société).

On peut en outre remarquer que le régime d'imposition de droit commun s'applique également aux gains afférents aux rachats de titres de sociétés par actions simplifiées réalisés dans le cadre de l'article L. 227-16 du Code de commerce (cet article dispose que les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions ; il sera ainsi possible d'envisager que les associés seront tenus de céder les titres à la société dans certaines situations), alors que de telles opérations ne se traduiront pas forcément par une

annulation des titres. L'alinéa 2 de l'article L. 227-18 prévoit effectivement que la société pourra céder les titres ainsi acquis (« *Lorsque les actions sont rachetées par la société, celle-ci est tenue de les céder dans un délai de six mois ou de les annuler* »). Il s'agit là d'un défaut de cohérence que les juges n'ont pas relevé, puisque dans ce cas-là également le cédant sera traité d'une manière différente par rapport à un associé qui aurait revendu ses titres dans le cadre des procédures de rachat visées par le 6° de l'article 112 du CGI (ces procédures s'appliquent aux SAS par renvoi de l'alinéa 3 de l'article L. 227-1 du Code de commerce), alors que ceux-ci auront pu ne pas être annulés.

Par ailleurs, alors que Marie-Astrid Nicolazo de Barmon relevait dans ses conclusions qu'il n'était « pas interdit de penser que le développement de la participation des salariés par le biais de l'attribution d'actions et la gestion financière des sociétés, notamment pour favoriser la résistance aux OPA des entreprises françaises, puissent constituer des motifs d'intérêt général » – éléments qui étaient également invoqués par le Gouvernement lors de l'audience publique le 10 juin – le Conseil constitutionnel a balayé ces arguments sans justification particulière. Effectivement, celui-ci indique que « la différence de traitement entre les actionnaires ou associés personnes physiques cédants pour l'imposition des sommes ou valeurs reçues au titre du rachat de leurs actions ou parts sociales par la société émettrice ne repose (...) ni sur un motif d'intérêt général en rapport direct avec l'objet de la loi » (*consid. 10*). Cette appréciation expéditive peut paraître étonnante en ce que les juges ont déjà pu par le passé retenir des justifications assez étonnantes (le Conseil constitutionnel a déjà admis la différence de taux de TVA existant entre la margarine et le beurre en raison de la volonté du législateur de favoriser la vente des produits d'origine laitière, V. *Cons. const., déc. 29 avr. 2011, n° 2011-121 QPC, Sté Unilever, consid. 4 : Dr. fisc. 2011, n° 18, act. 140* ; cependant l'analyse n'était pas exactement identique puisque les juges étaient ici saisis de moyens relatifs au principe d'égalité devant les charges publiques). D'autant plus que les intérêts avancés en défense par le Gouvernement se rapprochaient d'objectifs dont le Conseil constitutionnel avait déjà tenu compte (sur la validation au regard du principe d'égalité de la participation des salariés aux résultats de l'entreprise, V. *Cons. const., 26 juin 1986, n° 86-207 DC, Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, consid. 45 : Rec. Cons. const. 1986, p. 61.* – sur le caractère obligatoire de la représentation des salariés actionnaires au conseil d'administration ou au conseil de surveillance dès lors que le personnel détient 3 % du capital, V. *Cons. const., déc. n° 2001-455 DC, 12 janv. 2002, consid. 96, 106 et 108 : JO 18 janv. 2002 ; Rec. Cons. const. 2002, p. 49*). Par ailleurs, ces raisons semblaient conformes aux considérations motivant l'ordonnance ayant introduit cette disposition (V. *supra*). Mais celles-ci n'étaient pas directement en rapport avec l'objet de la loi tel que l'a retenu le Conseil. Aussi c'est le manque patent d'homogénéité de cette disposition dans l'environnement juridique contemporain qui semble avoir véritablement justifié cette censure (la volonté de favoriser la

résistance à des OPA n'est d'ailleurs pas pertinente dès lors que le régime est également susceptible de bénéficier aux programmes de rachats d'actions non cotées visés à *C. com., art. L. 225-209-2*). On peut noter, par ailleurs, que le Conseil semble ici bien plus strict s'agissant de l'appréciation de ces justifications que lorsque les différences de traitement peuvent se justifier par l'objectif à valeur constitutionnel de lutte contre la fraude fiscale ou l'évasion fiscale (*Cons. const., déc. 26 nov. 2010, n° 2010-70 QPC, M. Moreau, consid. 4 : JurisData n° 2010-030835 ; Dr. fisc. 2011, n° 6, comm. 209, note F. Dieu. – Cons. const. déc. 28 juill. 2011, n° 2011-638 DC, Loi de finances rectificative 2011, consid. 31 : JO 30 juill. 2011. – Cons. const., déc. 16 sept. 2011, n° 2011-165 QPC, Sté Heatherbrae Ltd, consid. 5 : Dr. fisc. 2011, n° 38, act. 284*).

Par le biais de cette décision, les juges ont donc sanctionné, sur le fondement de l'égalité devant la loi, comme ils l'avaient fait quelques jours auparavant dans la décision n° 2014-400 QPC, un défaut grossier de cohérence affectant le régime fiscal des rachats d'actions. Les membres de l'institution ne vont pas s'en arrêter à cette simple censure puisque, allant bien au-delà de leur office traditionnel de juge de la constitutionnalité des lois, ils préciseront le régime d'imposition à retenir pour ces gains pour les opérations passées et, sous certaines réserves, à venir.

B. - Les conséquences inédites de la déclaration d'inconstitutionnalité

7 – Le Conseil constitutionnel est devenu, notamment en matière fiscale, maître dans l'art de moduler les effets de ses décisions comme le lui permet l'alinéa 2 de l'article 62 de la Constitution (V. *M. Disant, Les effets dans le temps des décisions QPC : Nouveaux Cah. Cons. const. 2013, n° 40, p. 63. – S. Austry, QPC et effets de la décision dans le temps, Nouveaux Cah. Cons. const. 2011, n° 33*). Ce pouvoir se comprend en raison du fait que la simple abrogation de la disposition censurée, à compter de la publication de la décision, ne pourrait se révéler satisfaisante dans toutes les circonstances. Soit celle-ci, exempte de tout effet rétroactif, serait insuffisante puisqu'elle empêcherait l'auteur de la QPC de se prévaloir du vice qu'il a mis en évidence (la QPC se verrait alors privée de toute portée pratique immédiate, les requérants n'étant alors que des sortes de « champions de la Constitution » qui ne feraient des pourvois que dans l'intérêt de la loi afin de garantir la pureté de l'ordre juridique ; effectivement, en matière fiscale, l'abrogation n'ayant pour effet que de rendre la disposition inapplicable aux faits générateurs postérieurs, ladite décision n'aurait aucune incidence pour le contribuable) ; soit à l'inverse, elle aboutirait à créer un vide juridique dont la durée serait incertaine vu le temps nécessaire au Parlement pour adopter une nouvelle loi (V. notamment la situation suite à l'invalidation de l'article 222-33 du Code pénal, *M. Véron, La création d'un vide juridique, note sous Cons. const., déc. 4 mai 2012, n° 2012-240 QPC : JurisData n° 2012-009007 ; Dr. pén. 2012, comm. 83*). Afin d'arbitrer entre ces situations et de

concilier au mieux les intérêts en question, les juges ont pris l'habitude d'habiller leurs décisions de non-conformité de toute une palette de modulations temporelles.

La solution de principe est celle de l'abrogation de la disposition, à compter de la publication de la décision, mais dont peuvent malgré tout se prévaloir l'auteur de la QPC et les parties aux instances en cours (*Cons. const., déc. 25 mars 2011, n° 2010-108 QPC, Mme Marie-Christine D, consid. 6. – Cons. const., déc., 25 mars 2011, n° 2010-110 QPC, M. Jean-Pierre B, consid. 9*). Cette limitation du bénéfice de l'abrogation aux instances en cours fera qu'en matière fiscale, la décision ne pourra pas être invoquée à l'encontre des impositions définitivement acquittées et qui n'auront pas été contestées, par l'intermédiaire d'une réclamation contentieuse, avant la date de la décision (V. *Cons. const., déc. 6 févr. 2014, n° 2013-362 QPC, Sté TFI SA, consid. 9 : JurisData n° 2014-002891 ; Dr. fisc. 2014, n° 19, comm. 313, note Ph. Rolland et J. Thiry*).

Le Conseil a toutefois pu, par le passé, adopter des solutions différentes. Par exemple en limitant le bénéfice de cette invalidation à certaines catégories de requérants qu'il définit (*Cons. const., déc. 9 janv. 2014, n° 2013-360 QPC, consid. 12 : JO 11 janv. 2014. – V. B. Mathieu, Jurisprudence relative à la Question prioritaire de constitutionnalité. 26 octobre 2013 – 13 janvier 2014 : JCP G 2014, doct. 219, n° 26*), en différant à une date ultérieure les effets de l'abrogation faisant ainsi obstacle, en principe, à la prise en compte de l'inconstitutionnalité dans les instances en cours (*Cons. const., déc., n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010, Cts Labane, consid. 12 : JO 29 mai 2010 ; Dr. fisc. 2010, n° 23, act. 209. – Cons. const., déc. 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, consid. 30 : Procédures 2010, comm. 382, note A.-S. Chavent-Leclere*), voire au contraire en donnant un effet élargi à ses décisions, *ratione temporis* (le Conseil a ainsi pu prévoir l'invocabilité de la décision à l'encontre des prélèvements non atteints par la prescription, V. *Cons. const., déc. 14 oct. 2010, n° 2010-52 QPC, Cie agricole de la Crau, préc., consid. 9*) ou *ratione personae* (le bénéfice de la décision a ainsi pu être étendu à toutes les personnes intéressées, V. *Cons. const., déc. 16 sept. 2011, n° 2011-163 QPC, consid. 6 : JurisData n° 2011-018689 ; JO 17 sept. 2011. – Cons. const., déc. 17 févr. 2012, n° 2011-222 QPC, consid. 6 : JO 18 févr. 2012 ; JCP G 2012, act. 245. – Cons. const., déc. 27 janv. 2012, n° 2011-211 QPC, consid. 9 : JurisData n° 2011-000879. – Cons. const., déc. 11 juin 2010, n° 2010-6/7 QPC, Stéphane A. et a., consid. 6 : JurisData n° 2010-030606 ; JO 12 juin 2010 ; JCP A 2010, 2231*).

Dans la décision qui nous intéresse ici, le juge constitutionnel a choisi d'opter pour une abrogation de la disposition avec effet différé. Il est intéressant de noter qu'il s'agit, à notre connaissance, de la deuxième utilisation de ce mécanisme en matière fiscale, peu de temps après sa première utilisation le

6 juin 2014 dans la décision n° 2014-400 QPC, *Sté Orange SA* précitée. Aussi, en raison de cette abrogation différée, le 6° de l'article 112 sera censé rester en vigueur jusqu'à la date du 1er janvier 2015 (*Cons. const., déc. 6 juin 2014, n° 2014-400 QPC, Sté Orange SA, préc., consid. 13*). Cette particularité est intéressante car traditionnellement l'effet différé des décisions d'inconstitutionnalité est justifié par la volonté d'éviter que celles-ci n'aient des conséquences manifestement excessives en créant une situation de vide juridique (V. notamment la décision sur la garde à vue, *Cons. const., déc. 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, préc., consid. 30*. – ou s'agissant de décisions récentes, V. *Cons. const., déc. 6 juin 2014, n° 2014-397 QPC, Commune de Guyancourt, consid. 8 : JurisData n° 2014-012306 ; JCP A 2014, act. 484*. – *Cons. const., déc. 4 avr. 2014, n° 2014-387 QPC, consid. 9 : JurisData n° 2014-006914 ; JO 5 avr. 2014 ; n° 6, Procédures 2014, comm. 187, note J. Buisson*. – V. aussi *Cons. const., déc. 11 avr. 2014, n° 2014-388 QPC, CGT, FO, et a., consid. 10 : JCP E 2014, act. 308*, où les sages diffèrent l'abrogation pour permettre au législateur de tirer les conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité). Or, au vu des intérêts en question ici, on ne peut que douter que ceci soit l'explication à retenir. Cette solution semble se justifier en raison du fait que le texte visé ne portait pas en soi préjudice aux auteurs de la QPC puisqu'il instaurait seulement un régime favorable à destination d'autres contribuables ; le Conseil aurait alors voulu préserver la situation de ces derniers (le différé de l'abrogation prévue par la décision n° 2014-400 est expressément justifié par ce but, V. *Cons. const., déc. 6 juin 2014, n° 2014-400 QPC, Sté Orange SA, préc., consid. 10*), mais une telle précaution n'était pas nécessaire, vu la suite de la décision. Par ailleurs le risque d'affecter l'ordre juridique en abrogeant immédiatement cette disposition va s'avérer inexistant puisque, dans ce cas précis, le Conseil constitutionnel va, comme il l'avait déjà fait pour la première fois également dans la décision n° 2014-400 QPC, prévoir des dispositions de droit transitoire visant à régir la question de l'imposition des gains issus de rachats ; précisions qui consisteront à étendre l'application du régime prévu par la disposition critiquée à tous les contribuables (*Cons. const., déc. 6 juin 2014, n° 2014-400 QPC, Sté Orange SA, préc., consid. 14*).

Cette innovation est qualifiée de manière fallacieuse de « réserve d'interprétation » par les commentaires de la décision figurant sur le site du Conseil constitutionnel. Traditionnellement en effet, les réserves d'interprétation sont faites consécutivement et de manière indissociable à l'affirmation de la constitutionnalité d'une disposition (« la réserve d'interprétation permet, dans l'hypothèse où une déclaration de non-conformité apparaîtrait excessive, de valider une disposition législative tout en orientant la manière dont cette disposition doit être appliquée par les tribunaux afin de prévenir toute atteinte aux principes constitutionnels », V. *E. Meier et G.-H. Boucheron, La question prioritaire de constitutionnalité souffle sa première bougie ! : Dr. fisc. 2011, n° 14, comm. 292*). Quelle qu'en soit la véritable nature ou le nom, cette nouveauté est d'autant plus surprenante que le considérant « de style »,

précédant sa formulation, énonçait que « le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement » (*consid. 13*). Or, ici, en édictant un régime juridique transitoire, la cour constitutionnelle vient pourtant d'une certaine manière se substituer à celui-ci.

Si les juges justifient cette solution par la volonté de conférer une portée utile à leur décision, cette seule considération ne peut légitimer une telle innovation. Il est vrai que la simple abrogation du 6° de l'article 112 n'aurait pu satisfaire les requérants puisque cette disposition ne les concernait pas directement et que ceux-ci cherchaient, non pas sa suppression, mais à ce que le régime d'imposition qu'elle prévoyait leur profite. Cette même problématique se retrouve dans toutes les situations dans lesquelles des individus contestent une disposition du fait que le régime favorable qu'elle envisage ne leur est pas applicable. Or dans le passé, lorsque le Conseil constitutionnel était saisi de cas similaires et qu'il déclarait l'inconstitutionnalité de la disposition ciblée, celui-ci enjoignait seulement aux juridictions de surseoir à statuer dans l'attente d'une modification de la loi par le législateur (*Cons. const., déc. 27 sept. 2013, n° 2013-343 QPC, consid. 9. – Cons. const., déc. n° 2010-83 QPC, 13 janv. 2011, Claude G., consid. 7 : JCP A 2011, act. 63. – Cons. const., déc., n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010, Cts Labane, préc., consid. 12*).

En affirmant que « les sommes ou valeurs reçues avant le 1er janvier 2014 par les actionnaires ou associés personnes physiques au titre du rachat de leurs actions ou part sociales par la société émettrice, lorsque ce rachat a été effectué selon une procédure autorisée par la loi, ne sont pas considérées comme des revenus distribués et sont imposées selon le régime des plus-values de cession » (*consid. 14*), les membres de l'institution de la rue de Montpensier viennent conférer une portée considérable à cette requalification puisque l'effet utile de celle-ci n'est, d'une part, pas limité *ratione personae* (le Conseil constitutionnel édicte une norme générale et impersonnelle, certes limitée dans le temps mais applicable à toutes les personnes physiques et contraignantes en vertu de l'article 62, alinéa 3 de la Constitution) et, d'autre part, s'étend à toutes les opérations antérieures au 1er janvier 2015 et ce, quelles que soient l'ancienneté de celles-ci ou la date de paiement de l'impôt, ce qui ouvre la perspective de réclamations fiscales étendues (effectivement cette disposition ne vise pas seulement à s'appliquer aux instances en cours comme le démontre la présence du terme « notamment » dans le considérant 14, V. *infra*). Plus précisément, cette norme prétorienne possède une force différente selon la date de perception des gains afférents au rachat : s'agissant des sommes perçues entre le 1er janvier 2014 et le 1er janvier 2015, celles-ci ne seront qualifiées de plus-values que dans l'hypothèse où le législateur ne sera pas intervenu avant la dernière de ces dates ; cette qualification est donc subsidiaire. En revanche, pour les revenus perçus avant le 1er janvier 2014, la qualification est absolue et irrémédiable. Effectivement le Conseil constitutionnel ne prévoit dans ce cas-là aucune réserve, or en vertu de l'alinéa 3 de l'article 62 de la Constitution ses

décisions s'imposent à toutes les autorités publiques. Dès lors le législateur ne pourra revenir sur cette qualification même en prévoyant une loi d'application rétroactive ; seul le constituant le pourrait (exemple de la loi constitutionnelle n° 93-1256 du 25 novembre 1993, suite à *Cons. const., déc. 13 août 1993, n° 93-325 DC, Loi relative à la maîtrise de l'immigration : Rec. Cons. const. 1993, p. 224 ; JO 18 août 1993*), mais au vu de la modicité des intérêts en cause, il s'agit d'une hypothèse d'école. Par ailleurs, on peut noter qu'en vertu de l'autorité absolue dont sont revêtues les décisions de l'institution garante du respect de la Constitution, les solutions qu'elle prévoit sont d'ordre public et doivent, en principe, être relevées d'office par les juges (V. notamment sur l'autorité que reconnaît le Conseil d'État aux décisions d'abrogation et aux précisions du Conseil constitutionnel sur la modulation de leurs effets, *CE, ass., 13 mai 2011, n° 316734, Mme M'Rida : JurisData n° 2011-008418 ; Dr. fisc. 2011, n° 41, comm. 560 ; JCP A 2011, n° 22, act. 379. – CE, ass., 13 mai 2011, n° 329290, Lazare : JurisData n° 2011-008423 et n° 317808, Delannoy, Verzele : JurisData n° 2011-008421 ; JCP A 2011, act. 391 ; JCP A 2011, 2257 ; AJDA 2001, p. 991, obs. S. Brondel ; AJDA 2001, p. 991 et p. 1136, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; D. 2001, p. 1482, obs. S. Brondel ; RFDA 2011, p. 772, concl. J.-P. Thiellay ; RJDA 2011, p. 772, concl. J.-P. Thiellay et p. 806, note M. Verpeaux ; RD sanit. soc. 2011, p. 749, note D. Cristol ; Constitutions 2011, p. 403, obs. X. Bioy ; RTD civ. 2012, p. 71, obs. P. Deumier. – V. aussi sur l'importance des réserves d'interprétation rendue dans le cadre de QPC devant le juge du fond, *CE, 3e et 8e ss-sect., 26 mars 2012, n° 340466, Mme Dana : Dr. fisc. 2012, n° 17, comm. 280, concl. V. Daumas, note M. Pelletier. – sur l'autorité absolue des réserves d'interprétation formulées dans le cadre du contrôle a priori, CE, 1re et 6e ss-sect., 15 mai 2013, n° 340554, Commune de Gurmençon : JurisData n° 2013-009381 ; JCP A 2014, 2124, note A.-C. Bezzina ; par ailleurs, il convient de noter que les juges peuvent tout de même exclure, par une mention expresse, le caractère d'ordre public de la déclaration d'inconstitutionnalité, V. *Cons. const., déc., 25 mars 2011, n° 2010-110 QPC, M. Jean-Pierre B, préc., consid. 9*).**

Ces deux dernières décisions rendues en matière fiscale, marquent donc une nouvelle étape dans le développement des prérogatives du Conseil constitutionnel et du contrôle de constitutionnalité. Cette institution n'est plus le simple « chien de garde de l'exécutif » tel qu'elle l'était avant sa grande décision *Liberté d'association* (*Cons. const., déc. 16 juill. 1971, n° 71-44 DC, Liberté d'association : Rec. Cons. const. 1971, p. 29. – V. L. Favoreu, L. Philip et alii, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel : Dalloz, 17 éd., 2013, n° 27, p. 331 à 344*) ; elle n'est plus non plus un simple « législateur négatif » (V. notamment, sur cette évolution, les observations de Bertrand Mathieu, V. B. Mathieu, *Jurisprudence relative à la Question prioritaire de constitutionnalité. 26 octobre 2013 – 13 janvier 2014, préc.*) disposant de la gomme sans le crayon comme l'affirmait le doyen Vedel (*B. Genevois, Un universitaire au*

Conseil constitutionnel : le doyen Vedel : RFDA 2004, p. 218). On assiste à travers ces décisions à une véritable concrétisation de l'intervention du Conseil constitutionnel dans le cadre de la QPC comme l'avait vaticiné Julien Bonnet (*J. Bonnet, Les contrôles a priori et a posteriori : Nouveaux Cah. Cons. const. 2013, n° 40 p. 105*) ; pas tant dans les modalités du contrôle mais au regard des conséquences possibles de celui-ci en cas de censure des textes contestés (ces conséquences sont ainsi un élément de différenciation majeur à une époque où les modalités de contrôle *a priori* et *a posteriori* tendent à se rapprocher, V. J. Bonnet, *Les contrôles a priori et a posteriori, préc.* – ou de validation de ceux-ci sous réserve d'interprétation). Si le contrôle de la disposition continue de ressembler, du moins en façade, au procès, abstrait et impersonnel, fait à un acte (nous reprenons ici la célèbre expression utilisée par Laferrière pour décrire le contentieux de l'excès de pouvoir, V. E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux : 1887, 2e éd., t. 2, p. 560*), l'étendue des pouvoirs du juge constitutionnel se rapproche, de plus en plus, de ceux d'un juge de plein contentieux. Sans être malgré tout un « graal juridique » (*L. Ayrault, QPC et droit fiscal : LPA 29 sept. 2011, n° 194, p. 55*), la QPC est définitivement devenue, pour paraphraser le professeur Mathieu, un véritable « instrument des mutations de l'ordre juridique » (*B. Mathieu, La question prioritaire de constitutionnalité, témoin et instrument des mutations de l'ordre juridique. Observations sommaires et partielles, in Espaces du service public : Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson : Presses universitaires de Bordeaux, 2013, p. 1191 à 1204*).

Le Conseil constitutionnel s'octroie ainsi des pouvoirs accrus, loin de ceux originellement envisagés par le constituant lors de sa création. Si l'alinéa 2 de l'article 62 permet aux juges de remettre en cause les effets que les dispositions censurées ont produits (« (...) *Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* »), il ne lui permet pas expressément de régler le sort des situations qui n'ont pas été affectées par elles. Cependant, par une interprétation téléologique, il est tout de même possible d'admettre que les juges puissent prévoir l'application de la solution prévue par la disposition censurée aux situations non concernées en vue de corriger la rupture d'égalité. Si cette analyse permet d'admettre cette qualification prétorienne s'agissant des gains réalisés jusqu'à la date de la décision du Conseil constitutionnel, elle ne peut en revanche justifier l'énoncé d'une règle visant à régir les situations futures quand bien même celle-ci ne serait que subsidiaire. Quoiqu'il en soit, bien que certains critiqueront sûrement ce « coup d'État » et mettront en avant la menace d'un « gouvernement des juges », on peut se réjouir de cette évolution qui va dans le sens de l'effectivité de ce recours et de l'intérêt des justiciables (à l'inverse de la situation existante dans les décisions précédemment évoquées, le contribuable n'a ainsi plus à attendre que le législateur ait modifié la loi afin de pouvoir obtenir satisfaction). Il sera particulièrement intéressant de voir comment cette pratique va se développer dans l'avenir, mais rien ne semble faire obstacle à ce que celle-ci soit

étendue à des QPC intéressant d'autres branches du droit (la décision du 20 juin 2014, n° 2014-405 QPC, *Cne de Salbris : JCP A 2014, act. 53*, rendue le même jour en matière de répartition des sièges de conseillers communautaires entre les communes membres d'une intercommunalité, le laisse ainsi envisager puisque si le Conseil constitutionnel ne procède pas exactement de la même manière, il vient imposer une remise en cause des répartitions actuelles lors des prochains renouvellements de conseils municipaux, V. consid. 9). La décision n° 2014-405 QPC précitée montre par ailleurs que les juges n'ont pas l'ambition d'avoir recours à ce procédé d'une manière aussi absolue dans tous les cas, puisqu'on peut y lire que ceux-ci font particulièrement attention à ce que leur décision n'ait pas de « conséquences manifestement excessives ». Par ailleurs, il paraît peu probable que le Conseil constitutionnel se serve de ce procédé dans des domaines particulièrement sensibles tels que le droit pénal ou la procédure pénale. La QPC que vient de transmettre la Cour de cassation, portant sur le régime de la mise en jeu de la responsabilité des dirigeants de sociétés en liquidation judiciaire en cas d'insuffisance d'actif prévu à article L. 651-2 du Code de commerce (*Cass. com., 27 juin 2014, n° 13-27.317*, enregistrée au rôle du Conseil constitutionnel sous le n° 2014-415 QPC), sera peut-être une autre occasion pour les juges d'expérimenter leurs nouveaux pouvoirs. Quoi qu'il en soit, cette prérogative *sui generis* ne fait qu'accentuer la nécessité d'une réforme rapide du statut et du mode de nomination des membres du Conseil constitutionnel (V. *Ch. Tukov, La 5e mue du Conseil constitutionnel ? Point sur l'État de droit et le gouvernement des juges, préc.*).

Au plan fiscal, on ne peut qu'apprécier l'efficacité de cette technique puisqu'elle permettra aux contribuables de pouvoir, le cas échéant, bénéficier rapidement d'une disposition favorable dont ils auraient été privés par le législateur en méconnaissance d'un principe constitutionnel (V. par exemple la QPC qui avait été soulevée relativement à l'abrogation de l'article 1647 C sexies du CGI, *CE, 9e et 10e ss-sect., 29 janv. 2014, n° 373087, SAS Green Equipements : Dr. fisc. 2013, n° 16, comm. 283, concl. F. Aladjidi ; RJF 4/2014, n° 374*). Ces effets quasi magiques se ressentent déjà dans cette affaire où les juges sont venus transmuter, par un procédé alchimique, des gains qualifiés à l'origine de revenus distribués en plus-values, ce qui ne sera pas sans conséquence pour les contribuables et risque d'attirer l'attention du législateur.

3. Le régime fiscal du rachat de titres entre son présent et son avenir

8 – L'état du droit applicable aux rachats de titres tel qu'il résulte de la décision du Conseil constitutionnel apparaît clairement, mais il se conjugue différemment selon la date à laquelle les sommes ou valeurs sont versées par la société à l'associé (**A**). Le futur état du droit est plus incertain ; il dépendra du choix du législateur lors d'une prochaine loi de finances (**B**).

A. - Le présent : le choix du Conseil constitutionnel

9 – L'article 112, 6° du CGI est abrogé à compter du 1er janvier 2015. À défaut d'intervention législative d'ici là, les produits issus des rachats de titres en vue d'une attribution aux salariés (*C. com., art. L. 225-208*), ou dans le cadre d'un programme d'achat d'actions (*C. com., art. L. 225-209 et s.*), ne seront plus imposés comme des plus-values de cession privées (*CGI, art. 150-0 et s.*) ou professionnelles (*CGI, art. 39 duodecies*), mais comme des revenus distribués soumis à un régime « hybride » de taxation (pour le détail de ce régime, *V. supra* n° 1).

10 – À première vue, cette abrogation marquerait la préférence du Conseil constitutionnel pour la qualification de revenu distribué, compte tenu de la généralisation de ce régime en 2015. Cette interprétation semble accréditée par le choix des termes venant préciser le critère de l'application dans le temps de la décision d'abrogation, puisque le régime applicable dépend en définitive de la date à laquelle les « sommes ou valeurs », et non pas le « prix de cession » ou encore simplement « la cession », sont versées aux associés. En matière d'imposition des revenus mobiliers en effet, le fait générateur est leur mise à disposition, alors que les plus-values mobilières sont imposables lors du transfert de propriété à titre onéreux et l'imposition est établie au titre de l'année au cours de laquelle la cession des titres est intervenue, quelle que soit la date du paiement du prix (*BOI-RPPM-PVBMI-30-10-10, 12 sept. 2012, § 1 et 10*).

11 – Nous ne pensons cependant pas qu'il faille succomber à une telle lecture de la décision. D'une part, la référence aux « sommes ou valeurs » versées est celle qui figure à l'article 112, 6° du CGI lui-même ; puisque c'est lui qui est abrogé, il est logique que les conditions de son abrogation soient précisées en reprenant les mêmes critères. D'autre part, le choix de n'abroger que l'article 112, 6° du CGI peut s'expliquer par des considérations « pratiques », plutôt que juridiques ; pour parvenir à une unité du droit (donc une égalité de traitement entre les contribuables), il était sans doute plus facile d'abroger une disposition dérogatoire que de modifier un ensemble de dispositions hétérogènes, quitte à réserver, au titre de la période antérieure, l'application du régime des plus-values de cession jugé plus favorable.

Compte tenu de la date d'entrée en vigueur de l'abrogation de l'article 112, 6°, reportée rappelons-le au 1er janvier 2015 afin de garantir l'application de la solution la plus favorable pour les contribuables (*V. supra* n° 2 à 7), le régime applicable aux sommes ou valeurs versées avant le 1er janvier 2014, voire le 1er janvier 2015 si le législateur n'est pas intervenu en votant un texte applicable aux revenus de 2014, est

celui des plus-values de cession lorsque le « rachat a été effectué selon une procédure autorisée par la loi » (*consid. 14*).

Trois questions viennent immédiatement à l'esprit concernant l'application de ce régime.

12 – Première question : qu'entendre par « procédure autorisée par la loi » ? La question ne se pose pas pour les rachats de titres effectués conformément aux articles L. 225-207, L. 225-208 et L. 225-209 et suivants du Code de commerce dans la mesure où l'article L. 225-206 autorise expressément ces rachats dans les conditions et selon les modalités prévues par ces textes. Les rachats de titres faisant suite à un refus d'agrément du cessionnaire entrent également sans peine dans la catégorie des procédures de rachats légalement autorisés (*C. com., art. L. 228-24, al. 2*, pour les rachats d'actions, et *C. com. art. L. 223-14, al. 4*, pour les rachats de parts de SARL). Devraient également pouvoir être qualifiés ainsi les rachats de ses propres titres par une SAS en application d'une clause de cession forcée des actions (*C. com., art. L. 227-16*). De la même manière, il n'y a pas de raison pour ne pas considérer que le régime des plus-values puisse s'appliquer aux rachats effectués par des sociétés étrangères lorsqu'ils suivent une procédure autorisée par la loi nationale. Devraient en revanche en être exclus les rachats faisant suite à un retrait d'associé (sauf dans les sociétés civiles, puisque le retrait est envisagé à l'article 1869 du code civil, *V. A. de Bissy, Optimisation fiscale du retrait d'associé : Dr. et pat., oct. 2011, n° 207, p. 51*), notamment ceux effectués dans le cadre d'arbitrages optimisants lorsque l'associé se fait rembourser ses titres de préférence à une distribution de bénéfices (ce qui constitue la crainte majeure de l'administration fiscale et explique sa préférence pour la qualification de revenu mobilier, sauf lorsqu'elle peut être rassurée, notamment dans les hypothèses de rachats de titres visés aux articles L. 225-208 et L. 225-209 et suivants précités).

13 – Deuxième question : quels sont les contribuables qui peuvent prétendre au régime des plus-values de cession ? Outre ceux qui pouvaient déjà y prétendre en vertu du 6° de l'article 112 du CGI, il s'agit des contribuables qui, à la suite du rachat de leurs droits, ont perçu, avant le 1er janvier 2014 ou le 1er janvier 2015 des sommes ou valeurs imposées comme des revenus distribués. Sont expressément visées par la décision, les personnes physiques qui, à l'image des époux Machillot, ont contesté leur impôt dans le cadre d'une instance en cours. Mais l'utilisation de l'adverbe « notamment » dans le considérant 14 de la décision semble indiquer que tout contribuable peut contester son imposition en formant une réclamation contentieuse. Reste à trouver un fondement à cette contestation ; deux hypothèses sont alors envisageables :

– la demande pourrait classiquement être fondée « sur la non-conformité de la règle dont il a été fait application à une règle de droit supérieure, révélée par une décision juridictionnelle » (LPF art. L. 190, al. 3). Les contribuables devraient alors intenter leur réclamation dans les conditions de droit commun, c'est-à-dire avant le 31 décembre de la deuxième année suivant celle de la mise en recouvrement du rôle ou de la notification d'un avis de mise en recouvrement (LPF, art. R. 196-1, a), voire dans le délai spécial de l'article R.* 196-3 si ceux-ci ont fait l'objet d'une procédure de rectification. En outre désormais, seules les impositions mises en recouvrement ou payées dans les deux années précédant la demande pourraient être contestées (LPF, art. L. 190, al. 4, modifié L. n° 2013-1117, 6 déc. 2013, art. 48 : Dr. fisc. 2013, n° 51, comm. 578) ;

– toutefois, dans la mesure où les décisions du Conseil constitutionnel ne figurent pas au rang des « décisions juridictionnelles » visées par ce texte (V. LPF, art. L. 190, al. 5), on pourrait soutenir qu'elles constituent un « événement » faisant rouvrir le délai de réclamation, conformément au c de l'article R.* 196-1 du LPF (depuis le décret n° 2013-643 du 18 juillet 2013, ce texte n'exclut une telle qualification que s'agissant des « décisions juridictionnelles » de l'article L. 190 du LPF), ce qui rendrait également non applicable le délai spécial de prescription de deux ans prévu à l'alinéa 4 de cette disposition (V. S. Austry, QPC fiscale et effets de la décision dans le temps : Nouveaux Cah. Cons. const. 2011, n° 33, p. 5). Dans ce cas, les réclamations devraient être formées avant le 31 décembre de la deuxième année qui suit celle de la décision du Conseil constitutionnel (LPF, art. R.* 196-1, c), c'est-à-dire en l'espèce avant le 31 décembre 2016. La période d'imposition sur laquelle pourraient porter ces demandes (« délai d'amont ») est en revanche incertaine ; peut-on remonter indéfiniment dans le temps ou convient-il de tenir compte du délai de prescription de droit commun (C. civ., art. 2224 : « Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ») ?

14 – Troisième question : le régime des plus-values de cession est-il vraiment plus favorable ? Il est impossible dans le cadre d'un simple commentaire de jurisprudence de faire une comparaison exhaustive des régimes applicables aux plus-values mobilières et aux revenus distribués. Notons tout de même qu'il peut être fait abstraction des règles d'assiette (elles sont finalement communes, par l'effet du régime de taxation « hybride », V. supra n° 1), et des prélèvements sociaux additionnels (ce sont les mêmes, mais la CSG n'est pas déductible sur les plus-values soumises à un taux proportionnel). Reste donc les exonérations, les abattements et bien sûr le taux de l'impôt. En revenus privés, l'abattement de 40 % propre aux dividendes, et appliqué aux rachats de titres (BOI-RPPM-RCM-20-10-30-10, 12 sept. 2012, § 230), n'est pas nécessairement le plus favorable compte tenu de l'abattement d'un tiers par année

de détention au-delà de la cinquième année pour les dirigeants partants à la retraite (applicable jusqu'en 2013), et des nouveaux abattements de 50 % (après deux années de détention) ou 65 % (après huit années de détention) institués par la loi de finances pour 2014 (applicables dès 2013 ; les abattements proportionnels majorés ainsi que l'abattement fixe de 500 000 € pour les dirigeants de PME prenant leur retraite s'appliquent, en principe, depuis le 1er janvier 2014). Sans compter que jusqu'en 2012 les plus-values privées n'étaient pas soumises au barème progressif de l'IR mais à un taux proportionnel plus avantageux (19 %, hors prélèvements sociaux), et sont aujourd'hui encore exonérées lorsque les associés résident à l'étranger (sous réserve de l'application du prélèvement spécial de 45 % visé à l'article 244 bis B du CGI lorsque les droits dans les bénéfices de la société détenus par le cédant, avec son conjoint, leurs ascendants et leurs descendants, ont dépassé ensemble 25 % de ces bénéfices à un moment quelconque au cours des cinq dernières années). En revenus professionnels également, le régime des revenus distribués n'est pas forcément plus favorable, notamment si l'associé peut se prévaloir de l'exonération des plus-values professionnelles au titre des « petites entreprises » (CGI, art. 151 septies). On ajoutera enfin que, du côté de la société qui rachète ses titres, la qualification de plus-value lui évite d'être soumise à la contribution additionnelle de 3 % au titre des revenus distribués (CGI, art. 235 ter ZCA), et de payer la retenue à la source lorsque l'associé bénéficiaire réside à l'étranger (CGI, art. 119 bis).

B. - Le futur : le choix du législateur ?

15 – La balle est à présent dans le camp du législateur. C'est un futur à trois branches qui se dessine (V. le commentaire de la décision sur le site du Conseil constitutionnel, p. 11) : soit la généralisation du régime hybride à l'ensemble des rachats de droits (revenu mobilier principalement), soit la généralisation d'un régime spécifique tel que celui visé au 6° de l'article 112 (plus-value exclusivement), soit l'instauration de « régimes fiscaux distincts selon des critères de taxation objectifs et rationnels et en lien avec l'objectif poursuivi ».

16 – Première hypothèse : généralisation du régime hybride . – C'est le régime qui s'appliquait avant la présente décision dans les hypothèses classiques de rachats de titres (réduction du capital non motivée par des pertes, refus d'agrément ou retrait d'associé), et qui s'appliquera à tous les rachats à partir de 2015, faute d'intervention législative. Ce régime brille avant tout par son efficacité budgétaire ; en cas de plus-value, l'intégralité du profit est imposée majoritairement comme un revenu mobilier et résiduellement comme une plus-value de cession, et en cas de moins-value, celle-ci ne serait ni déductible des revenus de capitaux mobiliers ou du revenu global du contribuable, ni imputable sur des plus-values de même nature (BOI-RPPM-RCM-10-20-30-20, 12 sept. 2012, § 160. – Contra, Mémento fiscal Lefebvre 2014, n° 24475, qui prévoit une imputation sur les plus-values de même nature de la même

année et des dix années suivantes, ce qui paraît plus conforme au principe posé au 6 de l'article 150-0 A, II du CGI précité et selon lequel le gain net de rachat est imposé selon le régime des plus-values mobilières). Pour l'administration fiscale, c'est donc un système « gagnant / gagnant ». Notons que la qualification de revenu mobilier s'imposerait également lorsque les titres rachetés figuraient au bilan d'une entreprise à l'IR ou à l'IS ; dans ce dernier cas, les dispositions du CGI relatives aux revenus distribués ne s'appliquent pas (CE, 3^e et 8^e ss-sect., 20 mars 2013, n° 349669, min. c/ Société Générale, préc., à la lumière des conclusions du rapporteur public Emmanuelle Cortot-Boucher), mais l'Administration ne fait pas de différence (BOI-RPPM-RCM-10-20-30-20, 12 sept. 2012, § 170 à 190). Certes, la décision du Conseil constitutionnel ne vise que les rachats de titres par des associés personnes physiques, mais le législateur serait bien inspiré d'envisager globalement la problématique fiscale. À cet égard, il n'y a aucune raison de qualifier différemment le profit taxable selon que le bénéficiaire est une personne à l'IR ou une société soumise à l'IS.

17 – Deuxième hypothèse : généralisation du régime des plus-values de cession . – La qualification de gain en capital a notre préférence depuis toujours ; elle est conforme à l'analyse économique, y compris selon nous lorsque les titres sont annulés (V. A. de Bissy, note sous CE, 3^e et 8^e ss-sect., 31 juill. 2009, n° 296052, Sté Fiteco : Dr. fisc. 2009, n° 43, comm. 509, concl. E. Glaser, préc.), cohérente juridiquement au regard de notre droit des sociétés qui admet le rachat et l'auto détention de titres (même temporairement), parfaitement équitable pour les associés (les cédants sont imposés de la même façon, qu'ils cèdent leurs titres à un tiers ou à la société émettrice) et, compte tenu de l'évolution de la législation fiscale, plutôt favorable aux contribuables (V. supra n° 14, les abattements pour durée de détention). Certains auteurs contestent néanmoins la qualification de cession dans un cas de rachat / annulation de titres, pour y voir un simple remboursement des droits sociaux (R. Mortier, Le rachat par la société de ses propres droits sociaux, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2003, n° 282 et s.). Certaines décisions judiciaires peuvent être rattachées à cette proposition, bien qu'aucune ne puisse à elle seule la soutenir (V. Cass. com., 2 févr. 2010, n° 09-10.384, FS-P+B, Sté Foncière de l'Arcade : JurisData n° 2010-051418 ; Dr. fisc. 2010, 2010, n° 13, comm. 268 ; JCP E 2010, 1299, note R. Mortier ; RJF 5/2010, n° 536, où il est affirmé que le retrait d'une SCI moyennant l'attribution d'immeubles n'est pas une revente au sens de l'article 1115 du CGI. – Cass. com., 22 oct. 2013, n° 12-23.737, FS-P+B, SCI Marot Montaigne : Dr. fisc. 2014, n° 7-8, comm. 171, note J.-P. Maublanc ; Dr. société 2014, comm. 5, obs. H. Hovasse, où il est jugé que le rachat par une SCI de la créance née du décès d'un associé testamentaire au profit de ses légataires ne constitue pas une cession de parts sociales au sens de l'article 726, I du CGI). On se souvient également que la qualification de gain en capital avait été réfutée par le Conseil d'État dans sa décision M. Roesh, selon laquelle le profit litigieux « constitue, sauf dans les hypothèses particulières

où le législateur en aurait disposé autrement, non un gain net en capital relevant du régime d'imposition des plus-values de cession, mais un boni de cession qui a la même nature qu'un boni de liquidation, imposable à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers » (CE, 9e et 10e ss-sect., 29 déc. 2000, n° 179647, M. Roesch, préc.). Ce considérant, qui n'est pas resté orphelin (V. CE, 8e et 3e ss-sect., 24 juin 2009, n° 307943, M. Leroy, préc.), tient pourtant du paradoxe : il ne rejette pas la qualification de cession mais celle de gain en capital... ce que sont précisément les plus-values de cession ! L'explication est assez simple et fort peu juridique : reconnaître au profit d'annulation la nature de gain en capital aurait eu pour effet de remettre en cause le régime fiscal du boni de liquidation des sociétés qui est traditionnellement assimilé au dernier dividende distribué par la société.

18 – Troisième hypothèse : application de régimes fiscaux distincts en fonction de l'objectif poursuivi . – Le Conseil constitutionnel ne s'oppose pas à un traitement fiscal différencié du profit pourvu qu'il « soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit » (consid. 7). Une distinction apparaît même en filigrane dans sa décision puisqu'il observe qu'une réduction du capital non motivée par des pertes peut générer des profits imposés différemment, selon la procédure dans laquelle elle s'inscrit (consid. 10). Il serait donc fait une différence entre les « rachats / annulations » imposables selon le système hybride et les « rachats / cessions » imposables comme des plus-values. La proposition peut se prévaloir d'un fondement juridique solide (V. supra n° 17). Elle se heurte pourtant à un obstacle pratique : à quel moment convient-il de se placer pour apprécier l'objectif du rachat ? Quid s'il est modifié a posteriori ? Rien, en effet, n'interdit à une société qui a racheté ses titres en vue de leur annulation de les céder (dans la procédure de droit commun liée à l'auto-détention de titres, la société a un an pour les annuler ou les céder, C. com. art. L. 225-214, préc., V. supra n° 6). En outre, le principe d'égalité devant la loi y trouve-t-il son compte lorsque l'objectif du rachat pour la société ne correspond pas à l'objectif de l'associé ? On songe à un refus d'agrément : l'objectif de la société est l'annulation des titres alors que celui de l'associé est leur cession.

Il existe pourtant un critère très simple à mettre en œuvre, parfaitement respectueux des qualifications juridiques et fiscales, et qui permet d'assurer un traitement fiable et équitable de l'opération : faire une distinction entre le véritable « rachat » de titres (à leur valeur vénale), et le simple « remboursement » de titres (à leur valeur mathématique en principe, mais la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires et juridiques, art. 30, permet le rachat de parts de SCP en faisant abstraction de la valeur représentative de la clientèle civile, si un décret propre à la profession ou une clause statutaire adoptée à l'unanimité des associés le prévoit expressément, V. M.-H. Monserié-Bon, Modalités du retrait d'associés dans les sociétés professionnelles d'avocats : Dr. et pat. oct. 2011,

n° 207, p. 46). La première hypothèse est génératrice d'une plus-value de cession et la seconde d'un revenu mobilier. Le système retrouve sa cohérence : peu importe qu'il y ait ou non annulation des titres, c'est la nature des sommes versées qui commande le traitement fiscal : prix ou revenu. On évite l'incertitude liée au sort des titres rachetés puisque le raisonnement se fait ab initio ; au cas de réduction du capital, la question est de savoir si l'annulation des titres est l'objet de l'opération (au cas de désengagement de la société ou de l'associé), ou sa conséquence (au cas de défaut d'agrément).

C'est, nous semble-t-il la solution la plus pertinente... sauf si bien sûr la loi consacrait, enfin , la vraie nature du profit d'annulation ou de cession des titres, à savoir celle de gain en capital .