



Commentaire

Décision n° 2019-813 QPC du 15 novembre 2019

M. Calogero G.

(Exigence d'agrément pour l'exonération d'impôt sur le revenu des titres représentatifs d'un apport partiel d'actif par une société étrangère)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 17 septembre 2019 par le Conseil d'État (décision n° 431784 du 16 septembre 2019) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par M. Calogero G. portant sur le troisième alinéa du 1 de l'article 121 du code général des impôts (CGI).

Dans sa décision n° 2019-813 QPC du 15 novembre 2019, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution les mots « *en cas d'apport partiel d'actif par une société étrangère* », figurant à ce troisième alinéa du 1 de l'article 121 du CGI, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 de programme pour l'outre-mer.

I. – Les dispositions contestées

A. – Présentation

1. – L'apport partiel d'actif

Une société qui souhaite se restructurer peut le faire de différentes façons. Elle peut fusionner avec une autre société. Elle peut, à l'inverse, organiser sa dissolution pour se scinder en plusieurs sociétés distinctes, chacune étant investie d'une des branches d'activité de la société d'origine. Si elle n'entend pas être dissoute, elle peut procéder à une scission seulement partielle qui maintient au sein de la société d'origine au moins une branche d'activité et répartit les autres au sein d'une ou plusieurs sociétés distinctes. Dans chacune de ces trois opérations, les associés de la société fusionnée ou scindée se voient attribuer, en contrepartie, des parts des sociétés issues de la fusion ou de la scission.

L'apport partiel d'actif, lui, correspond à l'opération « *par laquelle une société apporte à une autre société (nouvelle ou préexistante) une partie de ses éléments*

d'actif et reçoit, en échange, des titres émis par la société bénéficiaire de l'apport. L'apport partiel d'actif permet notamment de filialiser une ou plusieurs branches d'activité d'une entreprise en les attribuant à une entité juridiquement autonome. Il peut également favoriser la réunion au sein d'une même société de branches d'activité identiques exercées par des sociétés distinctes »¹.

Le fait que la société apporteuse reçoive, de la société bénéficiaire, des titres représentatifs de l'apport permet de distinguer l'opération d'apport partiel d'actif d'une vente ou d'une scission partielle. En effet, dans le cadre d'une vente, la société bénéficiaire verse un prix en contrepartie des actifs qui lui sont remis et n'émet pas de titres au profit de celui qui lui a fourni les actifs. Dans le cadre d'une scission, les titres représentatifs de l'apport, émis par la société bénéficiaire, vont directement aux associés et non à la société apporteuse, qui s'est ainsi séparée d'une partie de son activité.

Toutefois, il est possible pour la société apporteuse qui a reçu les titres émis en contrepartie de l'apport d'actif de décider de procéder, après avoir reçu ces titres, à une distribution de ces derniers en faveur de ses associés. Comme le relève Daniel Gutmann, l'« *enchaînement entre apport partiel d'actif et distribution (couramment appelée "apport-attribution") constitue, en droit français, l'équivalent de ce que la directive "fusions" appelle "scission partielle" »², dans laquelle les titres représentatifs de l'apport sont directement attribués aux associés de la société qui fait l'objet de la scission partielle.*

Dans une telle opération d'apport-attribution, la distribution gratuite des titres reçus en contrepartie de l'apport constitue un revenu mobilier qui devrait donc être imposable dans les conditions du droit commun.

Toutefois, sous l'influence notamment du droit européen³, le législateur est intervenu pour garantir, sous certaines conditions, la neutralité fiscale d'une telle opération.

¹ Daniel Gutmann, *Droit fiscal des affaires*, 6^e éd., LGDJ, 2015, p. 439.

² *Ibid.*, p. 461. La directive « fusion » à laquelle l'auteur fait référence est présentée *infra*, I., A., 4.

³ Cf. *infra*, I., A., 4.

2. – Le régime fiscal favorable, en matière d'impôt sur le revenu, des distributions consécutives à des apports partiels d'actif (2 de l'article 115 du CGI)

En principe, l'objet des opérations de restructuration de sociétés est avant tout économique : il s'agit d'adapter l'organisation des entreprises, par des regroupements, des filialisations ou des spécialisations d'activité, afin qu'elles soient plus efficaces. Comme le relève M. Daniel Gutmann, « *Compte tenu de la logique économique qui justifie généralement ce type d'opération, le droit fiscal se veut ici un droit d'accompagnement : sous réserve que certaines conditions soient réunies, les restructurations peuvent être soumises par leurs acteurs à un régime de neutralité fiscale qui permet de changer de peau juridique sans être pénalisés fiscalement. Selon les mots utilisés par le Conseil d'État lui-même, "le législateur a entendu assurer la neutralité au plan fiscal des opérations de fusion des sociétés et, à cette fin, sauf lorsqu'il en a disposé autrement, regarder de telles opérations comme des opérations intercalaires"*⁴ »⁵.

Le droit fiscal français soumet donc ces différentes opérations à un régime de faveur. Il en va notamment ainsi pour les opérations d'apports-attributions.

* En vertu du 2 de l'article 115 du CGI, dans ses rédactions applicables jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi de finances rectificative pour 2017⁶, l'attribution, aux membres d'une société apporteuse, de titres représentatifs de l'apport partiel d'actif n'est pas considérée comme une distribution de revenus mobiliers – et échappe donc à l'impôt sur le revenu – lorsque plusieurs conditions sont réunies.

D'une part, cette attribution doit être proportionnelle aux droits des associés dans le capital et avoir lieu dans un délai d'un an à compter de la réalisation de l'apport.

D'autre part, la société apporteuse doit obtenir un agrément du ministre chargé du budget⁷.

⁴ CE, 11 février 2013, n° 356519, *Société Heineken France*.

⁵ Daniel Gutmann, *op. cit.*, p. 432.

⁶ Loi n° 2017-1775 du 28 décembre 2017 de finances rectificative pour 2017. Les rédactions en cause sont celles résultant du décret n° 2002-923 du 6 juin 2002 portant incorporation au code général des impôts de divers textes modifiant et complétant certaines dispositions de ce code et procédant à un nouveau décompte des alinéas, de la loi n° 2005-1720 du 30 décembre 2005 de finances rectificative pour 2005 et de l'ordonnance n° 2013-676 du 25 juillet 2013 modifiant le cadre juridique de la gestion d'actifs.

⁷ L'agrément est délivré dans les conditions prévues à l'article 1649 *nonies* du CGI, ce qui impose notamment que la demande d'agrément soit déposée préalablement à la réalisation de l'opération qui la motive.

* La délivrance de cet agrément est elle-même subordonnée à la réunion de trois conditions. Il appartient à cet égard à la société en cause de fournir à l'administration fiscale les éléments prouvant que l'opération respecte bien ces trois conditions cumulatives.

En premier lieu, l'apport et l'attribution doivent être justifiés par un motif économique, se traduisant notamment par l'exercice par chacune des deux sociétés d'au moins une activité autonome ou l'amélioration de leurs structures, ainsi que par une association entre les parties.

En deuxième lieu, l'apport et l'attribution ne doivent pas avoir comme objectif principal ou comme un de leurs objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales.

Ces deux conditions ont partie liée : le motif économique de l'opération constitue un indice de l'absence d'intention frauduleuse.

En dernier lieu, l'apport doit être placé sous le régime de faveur prévu à l'article 210 A du CGI. Ce régime fiscal favorable, qui dispense d'impôt sur les sociétés les plus-value nettes et les profits dégagés sur l'ensemble des éléments d'actif apportés⁸, est celui applicable aux seules fusions de société. Toutefois, il est rendu applicable à certains apports partiels d'actifs par l'article 210 B du CGI⁹. Il n'est en revanche pas applicable aux opérations dont l'une des sociétés bénéficiaire ou apporteuse a son siège dans un État ou territoire n'ayant pas conclu avec la France une convention fiscale contenant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales (article 210-0 A du même code).

Ainsi, pour que les associés d'une société apporteuse puissent bénéficier, pour les titres qui leur ont été attribués, du régime fiscal favorable d'impôt sur le revenu sur ces titres, il faut que la société elle-même ait bénéficié du régime fiscal favorable d'impôt sur les sociétés.

⁸ En revanche, l'imposition de ces plus-values aura bien lieu lorsque la société issue de la fusion cèdera ces actifs.

⁹ Les apports partiels d'actifs bénéficient **de plein droit** du régime de faveur prévu à l'article 210 A en matière d'impôt sur les sociétés si l'apport concerne une ou plusieurs branches complètes d'activité ou d'éléments assimilés (article 210 B du CGI) et, dans les rédactions de cet article antérieures au 1^{er} janvier 2018, si l'apporteur s'est engagé à conserver les titres reçus en échange pendant au moins trois ans. Les autres opérations d'apports partiels d'actifs ne bénéficient de ce régime de faveur que sur agrément délivré par le ministre chargé du budget. L'agrément dépend, là aussi, de la réunion de trois conditions liées au motif économique de l'opération, à l'absence d'objectif de fraude ou d'évasion fiscale et à l'organisation de l'opération selon des modalités permettant d'assurer l'imposition future des plus-values mises en sursis d'imposition.

* Dans la dernière rédaction de l'article 115, résultant de la loi de finances rectificative pour 2017 précitée, le législateur a distingué le cas où l'apport partiel porte sur une branche complète d'activité et où la société apporteuse conserve encore au moins une branche complète d'activité du cas où il n'en va pas ainsi. Dans le premier cas, l'agrément est supprimé et remplacé par la seule exigence que l'apport qui donne lieu à distribution aux associés ait été placé sous le régime de faveur de l'article 210 A du CGI. Dans le second, l'agrément est maintenu dans les conditions prévues au 3 de l'article 210 B du même code.

3. – L'extension de ce régime fiscal favorable aux distributions consécutives à des apports partiels d'actif réalisés par des sociétés étrangères (les dispositions renvoyées)

Par construction, le régime fiscal favorable pour l'impôt sur les sociétés, prévu à l'article 210 A du CGI, ne peut concerner que des sociétés redevables de cet impôt en France. Il est donc exclu que les associés français d'une société étrangère, qui n'est pas soumise à l'impôt sur les sociétés, puissent bénéficier du régime fiscal favorable concernant l'impôt sur le revenu, prévu au 2 de l'article 115.

Les dispositions renvoyées au Conseil constitutionnel dans le cadre de la QPC objet de la décision commentée, qui ont été introduites par la loi de finances pour 2002¹⁰, visent, précisément, à remédier à cette difficulté.

Le troisième alinéa du 1 de l'article 121 du CGI prévoit que le régime fiscal favorable du 2 de l'article 115 est applicable aux associés des sociétés étrangères ayant réalisé un apport partiel d'actif si cet apport a été placé sous un régime fiscal « comparable » à celui prévu, pour l'impôt sur les sociétés, par l'article 210 A du CGI.

Lors de l'introduction de cette disposition, le rapporteur de la commission des finances de l'Assemblée nationale, M. Didier Migaud, a estimé que « *le caractère "comparable" ou non du système en vigueur à l'étranger (présence ou non d'un mécanisme de sursis de report d'imposition) suppose une appréciation au cas par cas selon des critères dont l'objectivité reste à préciser* »¹¹.

¹⁰ Loi n° 2001-1275 du 28 décembre 2001 de finances pour 2002.

¹¹ Rapport n° 3320 (Assemblée nationale – XI^e législature) de M. Didier Migaud, fait au nom de la commission des finances, tome III, 11 octobre 2001.

4. – Les exigences européennes en matière d’apports partiels d’actif et leurs conséquences sur le régime fiscal applicable en France

* L’objectif de réalisation du marché intérieur promu par l’Union européenne a conduit le législateur européen à adopter un ensemble de normes destinées à lever les obstacles à cette réalisation. Tel est en particulier le cas, en matière de traitement fiscal des restructurations d’entreprises, de la directive dite « fusions » 90/434/CEE du 23 juillet 1990, modifiée par la directive 2005/19/CE du Conseil du 17 février 2005¹² et à laquelle a succédé la directive 2009/133/CE du 19 octobre 2009¹³.

Comme le rappelle le deuxième considérant de cette dernière directive, « *Les fusions, scissions, scissions partielles, apports d’actifs et échanges d’actions intéressant des sociétés d’États membres différents peuvent être nécessaires pour créer dans la Communauté des conditions analogues à celles d’un marché intérieur et pour assurer ainsi le bon fonctionnement d’un tel marché intérieur. Ces opérations ne devraient pas être entravées par des restrictions, des désavantages ou des distorsions particuliers découlant en particulier des dispositions fiscales des États membres. Il importe, par conséquent, de prévoir pour ces opérations des règles fiscales neutres au regard de la concurrence afin de permettre aux entreprises de s’adapter aux exigences du marché intérieur, d’accroître leur productivité et de renforcer leur position concurrentielle sur le plan international* ».

Pour assurer cette neutralité fiscale, la directive pose notamment comme principe que les opérations de fusion, de scission ou de scission partielle ne doivent donner lieu à aucune imposition des plus-values éventuelles (article 4 de la directive du 19 octobre 2009) et que l’attribution de titres de la société bénéficiaire, à l’occasion de telles opérations, aux associés de la société apporteuse ne doit, par elle-même, entraîner aucune imposition sur le revenu, les bénéfices ou les plus-values desdits associés (article 8 de la même directive).

Elle apporte toutefois une exception à cette exigence de neutralité fiscale : un État membre peut refuser d’appliquer ces exonérations à une telle opération lorsqu’elle a « *comme objectif principal ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou*

¹² Directive 90/434/CEE du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d’actifs et échanges d’actions intéressant des sociétés d’États membres différents et directive 2005/19/CE du Conseil du 17 février 2005 modifiant la directive 90/434/CEE concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d’actifs et échanges d’actions intéressant des sociétés d’États membres différents.

¹³ Directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d’actifs et échanges d’actions intéressant des sociétés d’États membres différents, ainsi qu’au transfert du siège statutaire d’une SE ou d’une SCE d’un État membre à un autre.

l'évasion fiscales ; le fait que l'opération n'est pas effectuée pour des motifs économiques valables [...] peut constituer une présomption que cette opération a comme objectif principal ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales » (article 15).

* La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a précisé, dans un arrêt *Euro Park Service* du 8 mars 2017¹⁴, les contours de cette exigence et de l'exception qui l'accompagne lorsqu'elle a été saisie de l'article 210 C du CGI, qui renvoyait, dans certains cas, aux procédures d'agrément prévues par les articles 210 A et 210 B du CGI pour bénéficier des régimes fiscaux favorables correspondants.

La Cour de Luxembourg a jugé ce dispositif d'agrément systématique non conforme à la directive « *fusions* »¹⁵. Elle a en effet considéré que l'obligation faite au contribuable de démontrer systématiquement que l'opération est justifiée par un motif économique et qu'elle n'a pas comme objectif principal ou comme l'un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales, « *sans que l'administration fiscale soit tenue de fournir ne serait-ce qu'un commencement de preuve de l'absence de motifs économiques valables ou d'indices de fraude ou d'évasion fiscales* »¹⁶, équivalait à une présomption générale de fraude ou d'évasion fiscales contraire à ce titre à la directive précitée.

* Dans l'arrêt de renvoi de la présente QPC, le Conseil d'État a été conduit à faire application de cette interprétation de la directive « *fusions* » aux opérations d'apports-attributions.

Le Conseil d'État a estimé qu'« *il résulte des dispositions de [la directive précitée 2009/133/CE], telles qu'interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne, notamment dans son arrêt du 8 mars 2017, Euro Park Service (C-14/16), qu'elles s'opposent à ce que la législation d'un État membre soumette l'octroi des avantages fiscaux qu'elles prévoient à une procédure d'agrément préalable, laquelle repose sur une présomption générale de fraude ou d'évasion fiscales. Par suite, les dispositions du troisième alinéa du 1 de l'article 121 du code général des impôts dans sa rédaction contestée, en ce qu'elles renvoient au 2 de l'article 115 du même code, ne peuvent s'appliquer, sans méconnaître les objectifs de la directive du 19 octobre 2009, aux distributions réalisées dans le cadre d'une opération de*

¹⁴ CJUE, aff. C-14/16, 8 mars 2017, *Euro Park Service*, ECLI:EU:C:2017:177 ; arrêt rendu sur conclusions conformes de son avocat général M. Wathelet, présentées le 26 octobre 2016.

¹⁵ Dans sa rédaction correspondant à la directive précitée 90/434/CEE.

¹⁶ Point 56 de l'arrêt.

scission partielle d'une société établie dans un État membre de l'Union européenne »¹⁷.

B. – Origine de la QPC et question posée

Le requérant, assujéti à l'impôt sur le revenu en France, était associé au capital social d'une société américaine. Le conseil d'administration de cette société avait décidé de scinder la société en deux structures indépendantes. Sans solliciter d'agrément préalablement à l'opération, la société avait transféré l'une de ses branches d'activité à une société nouvellement créée à cette occasion. Le requérant s'était vu attribuer, le 4 mars 2016, des actions de cette nouvelle société, compensant dans son patrimoine la perte de valeur des actions de l'autre société qui avait transféré son actif. L'attribution de ces actions avait été analysée comme une distribution de revenus, imposable dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers perçus en 2016.

Le requérant avait contesté cette imposition et saisi le tribunal administratif de Montreuil, devant lequel il avait présenté une QPC portant sur les dispositions du 1 de l'article 121 du CGI en ce qu'elles renvoient au 2 de l'article 115 du même code. Le tribunal avait transmis la QPC au Conseil d'État par ordonnance de renvoi du 18 juin 2019.

Le Conseil d'État avait estimé que « *les dispositions contestées du troisième alinéa du 1 de l'article 121 du code général des impôts, dans la mesure où elles rendent applicables les dispositions du 2 de l'article 115 du même code, qui ne peuvent être légalement appliquées aux distributions réalisées dans le cadre d'une scission partielle que si la société apporteuse est établie en France ou dans un État tiers à l'Union européenne, créent une différence de traitement selon l'État dans lequel est établie la société apporteuse. [...] Le moyen tiré de ce qu'elles portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, et notamment aux principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques garantis par les articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, soulève une question présentant un caractère sérieux.* »

Dans sa décision précitée du 16 septembre 2019, le Conseil d'État avait transmis la QPC au Conseil constitutionnel.

¹⁷ Voir la décision de renvoi du Conseil d'État, cons. 5.

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

A. –La version des dispositions renvoyées

Le Conseil d'État avait renvoyé au Conseil constitutionnel le « *troisième alinéa du 1 de l'article 121 du code général des impôts, dans sa rédaction issue de la loi n° 2001-1275 du 29 décembre 2001 de finances pour 2002* ». En faisant référence à la loi précitée du 29 décembre 2001, le Conseil d'État avait établi la version des dispositions contestées en visant la loi qui les avait à l'origine introduites dans la législation. Il se déduisait toutefois des motifs de sa décision et, en particulier, des rédactions de l'article 121 citées dans ces motifs, que la version applicable au litige n'était pas celle résultant de la loi du 29 décembre 2001, mais celle résultant de la loi précitée du 21 juillet 2003.

Ce n'est pas la première fois que le Conseil constitutionnel est conduit à devoir interpréter quelle version des dispositions le Conseil d'État ou la Cour de cassation ont effectivement entendu lui renvoyer¹⁸.

Ceci s'explique par le fait que, pour l'exercice de son contrôle dans le cadre d'une QPC, le Conseil entend la notion de « *version de la disposition contestée* » dans une acception spécifique.

Dans un souci de clarté et de simplicité, le Conseil constitutionnel adopte un raisonnement par article de loi ou de code. Autrement dit, lorsqu'il contrôle une disposition législative, il le fait dans la version, applicable au litige, de l'article qui contient cette disposition, sans « descendre » à un niveau inférieur à l'article (celui du paragraphe, de l'alinéa, de la phrase, *etc.*). Aussi, lorsqu'il lui revient de déterminer lui-même la rédaction applicable au litige des dispositions renvoyées¹⁹, il retient la dernière loi qui, à la date pertinente pour déterminer cette applicabilité, a modifié l'article dans lequel figurent les dispositions qui font l'objet de la QPC, peu

¹⁸ Cf., par exemple, pour le Conseil d'État, décision n° 2019-798 QPC du 26 juillet 2019, *M. Windy B. (Compétence de l'agence française de lutte contre le dopage pour prononcer des sanctions disciplinaires à l'égard des personnes non licenciées)*, paragr. 1, et, pour la Cour de cassation, décision n° 2018-744 QPC du 16 novembre 2018, *Mme Murielle B. (Régime de la garde à vue des mineurs)*, *incipit* et paragr. 1.

¹⁹ Comme le rappelle le commentaire accompagnant la décision n° 2019-798 QPC du 26 juillet 2019, *M. Windy B. (Compétence de l'agence française de lutte contre le dopage pour prononcer des sanctions disciplinaires à l'égard des personnes non licenciées)*, le Conseil constitutionnel s'estime généralement lié par la version dans laquelle les dispositions lui sont renvoyées par le juge du filtre, conformément à la jurisprudence selon laquelle la question de l'applicabilité au litige relève de l'office du seul juge du filtre. Ce n'est qu'en l'absence, dans la décision de renvoi, de précision relative à la rédaction applicable au litige que le Conseil constitutionnel juge qu'il lui revient alors de la déterminer lui-même : voir, par exemple, la décision n° 2019-795 QPC du 5 juillet 2019, *Commune de Sainte-Rose et autre (Monopole du ministère public pour l'exercice des poursuites devant les juridictions financières)*, paragr. 1.

important le fait que cette loi ait modifié ou non les dispositions renvoyées.

Le Conseil constitutionnel ne considère donc pas que la « *disposition applicable au litige* » résulte de la loi dont sont issues les dispositions contestées ou de la dernière loi ayant modifié ces dispositions (même si cela peut être le cas lorsque, à la date d'applicabilité du litige, cette loi est la dernière ayant modifié l'article dans lequel s'insèrent les dispositions contestées).

Ceci répond à un double souci de simplicité et de sécurité juridique.

Lorsque le Conseil examine la conformité à la Constitution d'une disposition, il la saisit dans son contexte juridique, lequel est susceptible d'affecter la constitutionnalité de la disposition, parce qu'il ajoute ou supprime des garanties, modifie la portée du dispositif en cause ou bien instaure une différence de traitement... Or, ce contexte juridique est bien souvent amené à évoluer. Si le Conseil constitutionnel retenait, comme rédaction applicable au litige, toutes les versions de l'article en cause dans lesquelles les mots dont il est saisi n'ont pas été modifiés, il aurait l'obligation d'examiner la conformité à la Constitution de ces mots dans tous les états du droit qui se sont succédé sur cette période. Prenons l'exemple d'un article dont certaines dispositions n'ont jamais été modifiées depuis leur adoption, mais dont d'autres dispositions ont été modifiées chaque année. Si le Conseil constitutionnel, saisi de l'ensemble de cet article, estimait qu'il pouvait être saisi des dispositions non modifiées, « *dans leur rédaction d'origine* », il devrait examiner leur conformité à la Constitution en tenant compte des différents états du droit s'étant succédé entre la date à laquelle a été adoptée cette rédaction initiale et la date à laquelle le Conseil procéderait à cet examen. Non seulement le champ et la difficulté de son contrôle s'en trouveraient sensiblement accrus, mais ceci suggérerait que tous ces états successifs du droit sont « *applicables au litige* » à l'origine de la QPC.

Au contraire, en retenant les dispositions de l'article renvoyé, dans la seule rédaction de cet article applicable au litige, le Conseil constitutionnel limite la période temporelle sur laquelle porte son contrôle et cible précisément la rédaction effectivement applicable au litige. Dans l'exemple précédent, ceci le conduit à retenir seulement, comme période de son contrôle, la rédaction de l'article en cause comprise entre les deux modifications de celui-ci qui enserrant le moment où cet article a trouvé à s'appliquer dans le litige à l'origine de la QPC. Alors que la première solution l'aurait conduit à devoir connaître de tous les états successifs de la législation intervenus depuis l'adoption des dispositions contestées, la seconde solution lui permet de ne se prononcer que sur l'état de la législation compris entre deux rédactions successives de l'article où figurent ces dispositions contestées non

modifiées. Son contrôle se focalise ainsi sur un état du droit plus facilement identifiable.

Cette conception de la version applicable au litige offre également une plus grande sécurité juridique à la décision du Conseil constitutionnel. D'une part, ceci permet une identification précise des dispositions censurées ou déclarées conformes. D'autre part, en cas de censure, ceci limite la période temporelle susceptible d'être soumise à un aménagement dans le temps des effets de la disposition censurée. Enfin, en cas de déclaration de conformité, une telle solution permet, le cas échéant, d'interroger de nouveau le Conseil sur une autre rédaction de l'article en cause, pour peu soit que les dispositions validées aient été modifiées au point d'apparaître différentes de celles déjà contrôlées, soit que les évolutions du contexte juridique correspondant constituent un changement de circonstances justifiant qu'il se prononce à nouveau.

Dans la QPC objet de la décision commentée, le Conseil a donc considéré que, même si le dispositif de la décision de renvoi précisait que la QPC portait sur le « *troisième alinéa du 1 de l'article 121 du code général des impôts, dans sa rédaction issue de la loi n° 2001-1275 du 29 décembre 2001 de finances pour 2002* », le Conseil d'État n'avait pas entendu viser par-là toutes les rédactions successives de cet article, mais indiquer l'origine des dispositions en cause, la version effectivement applicable au litige se déduisant des motifs de sa décision. C'est pourquoi, tout en citant les termes de la décision de renvoi, il a, dès l'*incipit* de sa propre décision, estimé que le Conseil d'État lui avait renvoyé le troisième alinéa du 1 de l'article 121 du CGI « *dans la rédaction de cet article résultant de la loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 de programme pour l'outre-mer* ». En se fondant ainsi sur les motifs de la décision du Conseil d'État pour déterminer la version de l'article qui lui a été renvoyée, le Conseil qui avait déjà procédé ainsi dans le passé²⁰ s'en est tenu à la règle qui veut que la détermination de la version applicable au litige est de la compétence de la juridiction de renvoi et qu'il ne lui appartient pas d'y substituer son appréciation, sauf à ce que cette version n'ait pas été déterminée précédemment²¹.

²⁰ Décision n° 2019-798 QPC précitée.

²¹ Ainsi que le Conseil constitutionnel l'a jugé dans sa première décision QPC : « *il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, de remettre en cause la décision par laquelle le Conseil d'État ou la Cour de cassation a jugé, en application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée, qu'une disposition était ou non applicable au litige ou à la procédure ou constituait ou non le fondement des poursuites* » (décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts L. [Cristallisation des pensions]*, cons. 6).

B. – Les griefs du requérant

Le principal grief du requérant se fondait sur la décision *Société Metro Holding*²² du Conseil constitutionnel, dans laquelle ce dernier a censuré une différence de traitement reposant sur la localisation géographique de filiales dans un État membre ou un État tiers.

En l'espèce, le requérant soutenait que les dispositions du troisième alinéa du 1 de l'article 121 du CGI, telles qu'interprétées à la lumière de la directive 2009/133/CE, étaient contraires aux principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques, en ce qu'elles instaurent une différence de traitement injustifiée dans le traitement fiscal des distributions de titres consécutives à une opération d'apport partiel d'actif, selon que la société apporteuse est installée dans un État membre de l'Union européenne ou dans un État tiers.

Par ailleurs, le requérant estimait que les associés privés du bénéfice de ce régime fiscal favorable se trouveraient imposés sur un revenu qui ne correspond pas à un enrichissement réel, en méconnaissance du droit de propriété et du principe d'égalité devant les charges publiques

La contestation du requérant visant ainsi l'application aux sociétés établies dans un État étranger du régime de faveur prévu au 2 de l'article 115, le Conseil a jugé que la QPC portait sur les mots « *en cas d'apport partiel d'actif par une société étrangère* » figurant au troisième alinéa du 1 de l'article 121 du CGI (paragr. 3).

C. – La jurisprudence constitutionnelle sur l'application des principes d'égalité devant la loi et les charges publiques en matière de différences de traitement résultant de l'application du droit européen

La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le principe d'égalité devant la loi est formulée par un considérant de principe bien connu : « *Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration de 1789, la loi "doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse" ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de*

²² Décision n° 2015-520 QPC du 3 février 2016, *Société Metro Holding France SA venant aux droits de la société CRFP Cash (Application du régime fiscal des sociétés mères aux produits de titres auxquels ne sont pas attachés des droits de vote)*.

la loi qui l'établit »²³. En revanche, « *il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes* »²⁴.

Sur le fondement de l'article 13 de la Déclaration de 1789, le Conseil constitutionnel considère « *qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution, il appartient au législateur de déterminer, dans le respect des principes constitutionnels et compte tenu des caractéristiques de chaque impôt, les règles selon lesquelles doivent être appréciées les facultés contributives ; qu'en particulier, pour assurer le respect du principe d'égalité, il doit fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose ; que cette appréciation ne doit cependant pas entraîner de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques* »²⁵.

Les raisonnements suivis par le Conseil constitutionnel dans un cas et dans l'autre diffèrent sensiblement. Toutefois, il est fréquent, notamment en matière fiscale, que les requérants fondent cumulativement leurs prétentions sur la méconnaissance de ces deux principes. Aussi le Conseil est-il généralement conduit à répondre principalement au grief le plus pertinent en l'espèce et à examiner plus succinctement le second²⁶. Il arrive cependant parfois, ce qui fut le cas dans l'affaire *Metro Holding France SA*²⁷, qu'il examine ensemble ces deux griefs, même s'il ne développe que le raisonnement spécifique à l'un des deux²⁸.

Le Conseil constitutionnel a été confronté à plusieurs reprises à des dispositions instaurant un traitement différencié entre les ressortissants de l'Union européenne et les ressortissants d'autres pays. Il convient de distinguer à cet égard deux situations. La première est celle où cette différence de traitement était inscrite, dès l'origine, dans la loi contestée. La seconde est celle où elle n'a été établie qu'ensuite, par l'effet d'une décision du juge européen.

²³ Voir récemment, la décision n° 2015-496 QPC du 21 octobre 2015, *Association Fondation pour l'École (Établissements d'enseignement éligibles à la perception des versements libératoires effectués au titre de la fraction dite du « hors quota » de la taxe d'apprentissage)*, cons. 5.

²⁴ Décisions n°s 2003-489 DC du 29 décembre 2003, *Loi de finances pour 2004*, cons. 37 ; 2011-136 QPC du 17 juin 2011, *Fédération nationale des associations tutélaires et autres (Financement des diligences exceptionnelles accomplies par les mandataires judiciaires à la protection des majeurs)*, cons. 9.

²⁵ Voir notamment la décision n° 2014-456 QPC du 6 mars 2015, *Société Nextradio TV (Contribution exceptionnelle sur l'impôt sur les sociétés – seuil d'assujettissement)*, cons. 5.

²⁶ Voir, pour un exemple récent, la décision n° 2016-610 QPC du 10 février 2017, *Époux G. (Majoration de 25 % de l'assiette des contributions sociales sur les rémunérations et avantages occultes)*, paragr. 12 et 13.

²⁷ Décision n° 2015-520 QPC du 3 février 2016, *Société Metro Holding France SA venant aux droits de la société CRFP Cash (Application du régime fiscal des sociétés mères aux produits de titres auxquels ne sont pas attachés des droits de vote)*

²⁸ Décision n° 2015-520 QPC précitée, cons. 6, 7 et 10.

1. – Le cas des différences de traitement selon le rattachement ou non à l’Union européenne prévues, dès l’origine, dans la loi

Plusieurs décisions peuvent être citées à ce titre.

Ainsi, le Conseil constitutionnel a estimé qu’en étendant le bénéfice de certaines réductions d’impôt, en matière d’impôt sur le revenu, d’impôt sur les sociétés et d’impôt de solidarité sur la fortune, aux dons et versements effectués au profit d’organismes dont le siège est situé dans un État membre de la Communauté européenne ou, à certaines conditions, de l’Espace économique européen, le législateur a entendu mettre la législation française en conformité avec le droit communautaire relatif à la libre circulation des capitaux. En effet, un arrêt de la CJCE du 27 janvier 2009, relatif à la libre circulation des capitaux, avait déclaré contraire au droit communautaire une disposition réservant cet avantage fiscal aux seuls dons effectués à des organismes situés sur le territoire national. Par conséquent, le Conseil constitutionnel a conclu que l’extension à la Communauté européenne et à l’Espace économique européen de l’octroi de cet avantage fiscal était justifiée par un motif d’intérêt général²⁹.

De la même manière, saisi de dispositions réservant l’exercice de certaines activités de sécurité privée à des ressortissants français ou d’États membres de l’Union européenne ou de l’Espace économique européen, le Conseil constitutionnel a jugé, d’une part, que cette condition de nationalité était justifiée par l’intérêt général qui s’attache au contrôle de telles activités qui, « *du fait de leur autorisation d’exercice, sont associées aux missions de l’État en matière de sécurité publique* »³⁰ et, d’autre part, que la différence de traitement qui en résultait était fondée sur un critère en rapport direct avec l’objectif de la loi.

2. – Le cas des différences de traitement selon le rattachement à l’Union européenne résultant de l’application du droit européen

La situation ici visée est celle dans laquelle un dispositif législatif qui ne prévoyait pas, à l’origine, de distinguer selon le rattachement à l’Union européenne, est ensuite interprété par le juge français comme intégrant cette distinction, du fait de l’application du droit de l’Union européenne. Il en résulte alors une discrimination, puisque c’est l’extension ou la limitation d’un dispositif aux ressortissants d’un État

²⁹ Décision n° 2009-600 DC du 29 décembre 2009, *Loi de finances rectificative pour 2009*, cons. 2 à 4.

³⁰ Décision n° 2015-463 QPC du 9 avril 2015, *M. Kamel B. et autre (Direction d’une entreprise exerçant des activités privées de sécurité - Condition de nationalité)*, cons. 4 et 5.

membre, du fait de l'application du droit européen, qui crée une différence de traitement défavorable à l'égard des ressortissants nationaux (alors qualifiée de « *discrimination à rebours* ») ou des ressortissants d'États tiers, que la loi nationale ne prévoyait pas à l'origine.

a. – La décision n° 2015-520 QPC, *Société Metro Holding France SA*³¹, et ses suites

* Dans la décision n° 2015-520 QPC, le Conseil constitutionnel, était saisi de la différence de traitement instaurée par les dispositions du *b ter* du 6 de l'article 145 du CGI, « *telles qu'interprétées par une jurisprudence constante [...], entre sociétés bénéficiant du régime fiscal des sociétés mères selon que les produits des titres de participation auxquels ne sont pas attachés de droits de vote sont versés soit par une filiale établie en France ou dans un État autre qu'un État membre de l'Union européenne soit, à l'inverse, par une filiale établie dans un État membre de l'Union européenne* ».

Les dispositions contestées s'appliquaient de la même manière aux situations transfrontalières intra-communautaires, aux situations purement internes et aux situations transfrontalières extracommunautaires.

Toutefois, pour assurer le respect du droit communautaire, en l'espèce la directive mère-fille³², le Conseil d'État avait neutralisé l'application de ces dispositions pour les situations intracommunautaires. Elles n'étaient donc plus applicables qu'aux situations internes et aux situations transfrontalières extracommunautaires. Il en résultait une discrimination à rebours au détriment des situations purement internes et une discrimination au détriment des situations transfrontalières extracommunautaires.

Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a confronté la différence de traitement ainsi instaurée, dont il a relevé qu'elle ne reposait pas sur une différence de situation (« *ces sociétés se trouvent, au regard de l'objet de ce régime fiscal, dans la même situation* »³³), avec l'objectif de la loi.

³¹ Décision n° 2015-520 QPC du 3 février 2016, *Société Metro Holding France SA venant aux droits de la société CRFP Cash (Application du régime fiscal des sociétés mères aux produits de titres auxquels ne sont pas attachés des droits de vote)*.

³² Directive 90/435/CEE du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, modifiée par la directive 2003/123/CE du 22 décembre 2003.

³³ Décision n° 2015-520 QPC précitées, cons. 8.

Or, le législateur ayant entendu « *favoriser l'implication des sociétés mères dans le développement économique de leurs filiales* », le Conseil constitutionnel a jugé que « *la différence de traitement entre les produits de titres de filiales, qui repose sur la localisation géographique de ces filiales, est sans rapport avec un tel objectif* »³⁴.

Le Conseil constitutionnel a réitéré cette solution dans sa décision n° 2016-553 QPC, *Société Natixis*³⁵, portant sur une disposition qui ne différait de la disposition contrôlée dans la décision *Metro Holding* précitée que sur un seul point : elle permettait que bénéficient du régime des sociétés mères les produits de titres non assortis de droits de vote dès lors que ces titres faisaient partie d'un ensemble dans lequel les titres assortis de droits de vote représentaient au moins 5 % du capital de la société. Se fondant expressément sur sa décision précédente, le Conseil constitutionnel a censuré la disposition contestée.

Enfin, dans sa décision n° 2017-660 QPC, *Société de participations financière* (dite « SOPARFI »)³⁶, le Conseil constitutionnel a une nouvelle fois été confronté à une disposition législative dont le champ d'application et les effets ont été modifiés par le droit européen.

Il résultait en effet de la jurisprudence du Conseil d'État relative à la contribution de 3 % sur les montants distribués, appliquant, sur ce point, une décision européenne, « *une différence de traitement entre les sociétés mères, selon que les dividendes qu'elles redistribuent proviennent ou non de filiales établies dans un État membre de l'Union européenne autre que la France* ». Or, le Conseil constitutionnel a considéré que ces sociétés se trouvent dans la même situation au regard de l'objet de la contribution, « *qui consiste à imposer tous les montants distribués, indépendamment de leur localisation d'origine et y compris ceux relevant du régime mère-fille issu du droit de l'Union européenne* »³⁷. La différence de traitement instaurée par l'effet du droit européen ne pouvait donc être fondée sur une différence de situation.

La question se posait alors de sa justification en vertu d'un objectif d'intérêt général. Or, la contribution ayant été instituée pour compenser une perte de recette, le Conseil constitutionnel a jugé qu'un tel objectif de rendement ne constituait pas une raison

³⁴ *Ibidem*, cons. 10.

³⁵ Décision n° 2016-553 QPC du 8 juillet 2016, *Société Natixis (Application du régime fiscal des sociétés mères aux produits de titres auxquels ne sont pas attachés des droits de vote II)*.

³⁶ Décision n° 2017-660 QPC du 6 octobre 2017, *Société de participations financière (Contribution de 3 % sur les montants distribués)*.

³⁷ *Ibidem*, paragr. 7.

d'intérêt général de nature à justifier « *la différence de traitement instituée entre les sociétés mères qui redistribuent des dividendes provenant d'une filiale établie dans État membre de l'Union et celles qui redistribuent des dividendes provenant d'une filiale établie en France ou dans un État tiers à l'Union européenne* »³⁸.

Ces décisions appellent plusieurs remarques :

– d'une part, le caractère transfrontalier intracommunautaire d'un côté, ou interne ou transfrontalier extracommunautaire d'un autre côté n'est pas, en lui-même, constitutif d'une différence de situation. L'existence ou non d'une différence de situation est déterminée « *au regard de l'objet* » des dispositions en cause ;

– d'autre part, la différence de traitement instaurée par les dispositions contestées doit elle-même être en rapport direct avec l'objet de la loi en cause. Le Conseil constitutionnel procède, à ce titre, à un contrôle de la rationalité de la discrimination ainsi créée. Ce contrôle s'apparente à un contrôle de l'absence de dénaturation manifeste, du fait de la différence de traitement, de l'objet de la loi ;

– enfin, dans ces décisions, la différence de traitement opposait d'un côté les résidents communautaires, de l'autre les résidents français et les résidents étrangers. Il s'agissait de cas de discriminations à rebours « *chimiquement pures* », puisque la loi française traitait, du fait du droit européen, plus défavorablement les résidents français que les résidents communautaires.

b. – La décision n° 2016-615 QPC, *Époux V.*³⁹, et ses suites

* Dans la décision n° 2016-615 QPC, le Conseil constitutionnel était saisi de la différence de traitement instaurée par l'article L. 136-6 du code de la sécurité sociale entre les personnes affiliées au régime de sécurité sociale d'un État membre de l'UE et celles affiliées au régime de sécurité sociale d'un autre État tiers. En effet, seules les secondes sont soumises à la contribution sociale généralisée (CSG) sur les revenus du patrimoine et aux autres contributions sociales portant sur ces revenus.

Cette différence de traitement résultait de ce que le Conseil d'État considérait que la CSG sur les revenus du patrimoine prévue à l'article L. 136-6 du code de la sécurité sociale, qui entre dans le champ du règlement européen n° 883/2004 du 29 avril

³⁸ *Ibid.*, paragr. 8.

³⁹ Décision n° 2016-615 QPC du 9 mars 2017, *Époux V.* (*Rattachement à un autre régime de sécurité sociale et assujettissement du patrimoine à la CSG*).

2004, est soumise au principe de l'unicité de législation posé par l'article 11 de ce règlement. Dès lors, une personne relevant d'un régime de sécurité sociale d'un État membre de l'UE autre que la France ne peut être soumise à la CSG sur les revenus du patrimoine. En revanche, le règlement européen du 29 avril 2004 n'étant pas applicable en dehors de l'UE, sauf accord international le prévoyant, ses dispositions ne faisaient pas obstacle à ce qu'une personne relevant d'un régime de sécurité sociale d'un État tiers soit assujettie à cette contribution.

Ainsi, à la différence de la décision *Metro Holding*, cette affaire ne concernait pas la situation de résidents français.

Dans sa décision n° 2016-615 QPC, le Conseil constitutionnel a estimé que la différence de traitement établie « *entre les personnes relevant du régime de sécurité sociale d'un État membre de l'Union européenne et celles relevant du régime de sécurité sociale d'un État tiers* » était justifiée par une différence de situation entre les unes et les autres et qu'elle était en rapport direct avec l'objet de la loi. Plus précisément, le Conseil constitutionnel a implicitement considéré que l'objet de la loi avait évolué sous l'influence du droit de l'Union européenne (« *ces dispositions ont pour objet d'assurer le financement de la protection sociale dans le respect du droit de l'Union européenne qui exclut leur application aux personnes relevant d'un régime de sécurité sociale d'un autre État membre de l'Union* ») : il s'agissait ainsi d'éviter une double imposition des personnes affiliées à un régime européen de sécurité sociale, qui aurait constitué un frein à la libre circulation des travailleurs au sein de l'Union européenne. Un tel motif n'était pas pertinent à l'égard des personnes affiliées à un régime de sécurité sociale d'un État tiers.

* Le Conseil constitutionnel s'est inspiré du raisonnement ainsi tenu dans la dernière décision qu'il a rendue sur une discrimination à rebours. Dans l'affaire *Société Life Sciences Holdings France*⁴⁰, il était saisi d'une différence de traitement instaurée, du fait du droit européen, entre les groupes fiscalement intégrés, s'agissant de la neutralisation de la quote-part de frais et charges sur les dividendes perçus par une société mère, selon que leurs filiales étrangères sont établies ou non dans un État membre de l'Union européenne.

Dans sa décision, le Conseil constitutionnel s'est attaché à « *l'objet initial* » de la disposition contestée et à la portée nouvelle que le droit européen lui a conféré. Cet

⁴⁰ Décision n° 2018-699 QPC du 13 avril 2018, *Société Life Sciences Holdings France (Application de la quote-part de frais et charges afférente aux produits de participation perçus d'une société établie en dehors de l'Union européenne)*

objet initial était « *de définir l'un des avantages attachés à l'intégration fiscale afin de garantir aux groupes se plaçant sous ce régime, qui ne concerne que des sociétés mères et filiales françaises, un traitement fiscal équivalent à celui d'une unique société dotée de plusieurs établissements* »⁴¹. Ces dispositions contestées ont vu leur portée étendue afin de respecter la liberté d'établissement garantie par l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Toutefois, le Conseil a considéré qu'« *il ne résulte pas de la modification de leur portée une différence de traitement sans rapport avec l'objet de la loi* »⁴².

Comme l'indique le commentaire de cette décision, « *En soulignant que le régime de l'intégration fiscale – et donc les avantages qui y sont attachés – ne concerne que des sociétés mères et filiales françaises, le Conseil constitutionnel rappelle que l'objet initial de la loi était déjà d'instaurer une discrimination. Si l'intervention du droit européen affecte cet objet, en modifiant le périmètre de la discrimination, il ne le dénature pas* ».

D. – L'application à l'espèce

Dans la présente affaire, le Conseil constitutionnel a estimé, comme il l'avait déjà fait dans ses décisions *Époux V.* et *Life Sciences Holdings*, qu'il est nécessaire, pour apprécier si la différence de traitement qui résulte de l'intervention du droit européen est en rapport avec l'objet de la loi, de ne pas s'en tenir à l'objet initial de la loi, mais de prendre plutôt en compte cet objet tel que modifié par cette intervention du droit européen.

En l'espèce, le Conseil constitutionnel s'est fondé sur l'interprétation des dispositions contestées, opérée, à la lumière du droit européen, par le Conseil d'État dans sa décision de renvoi, pour caractériser l'existence d'une différence de traitement⁴³ « *entre les associés des sociétés étrangères, selon que ces sociétés étaient établies dans un État membre de l'Union européenne ou un État tiers, seules les premières étant dispensées de l'exigence d'agrément préalable* » (paragr. 6 et 7).

Puis il s'est attaché à l'objet de la loi, tel qu'il résulte de l'intervention du droit européen, qui consiste donc à « *assurer la neutralité fiscale des seules opérations d'apport partiel d'actif effectuées à des fins de restructuration économique, en*

⁴¹ *Ibidem*, paragr. 8.

⁴² *Ibid*, même paragr.

⁴³ Cette différence de traitement n'existe toutefois que jusqu'à l'intervention de la loi du 28 décembre 2017 précitée, qui a supprimé, dans certains cas, à l'article 115 du CGI l'exigence d'un agrément ministériel préalable, ce que le Conseil constitutionnel relève expressément (paragr. 5).

dehors de toute volonté de fraude ou d'évasion fiscales, dans le respect du droit de l'Union européenne », lequel s'oppose à ce que les sociétés européennes soient soumises à cette exigence d'agrément préalable (paragr. 8).

Une telle évolution de l'objet de la loi serait, par construction, toujours de nature à justifier la différence de traitement établie au profit des situations européennes, puisque cette différence de traitement est motivée par l'exigence de respect du droit de l'Union européenne qu'intègre ce nouvel objet de la loi. Il pourrait en aller ainsi alors même que l'intervention du droit de l'Union européenne ferait perdre tout sens au dispositif initial. C'est pourquoi, comme il l'a fait à plusieurs reprises lorsqu'il était saisi d'une différence de traitement née de l'application du droit européen, avant d'examiner si la différence de traitement instaurée était bien en rapport avec l'objet de la loi ainsi « européenisé », le Conseil a procédé à un contrôle de l'absence de dénaturation de l'objet initial de la loi.

Or, l'intervention du droit européen ne portait que sur les modalités et les conditions d'éligibilité au dispositif de neutralité fiscale des distributions consécutives à des apports partiels d'actif. Elle n'a pas remis en cause le principe de ce régime de neutralité fiscale et n'est pas non plus étrangère à ce régime. Dès lors, le Conseil constitutionnel n'a pu que constater qu'il ne résultait pas de cette exigence découlant du droit de l'Union européenne une dénaturation de l'objet initial de la loi (paragr. 9).

Constatant, par ailleurs, que la différence de traitement est justifiée par une différence de situation, qui tient au lieu d'établissement de la société apporteuse d'actif, entre les associés des sociétés étrangères et européennes et que la différence de traitement contestée, ainsi justifiée, est bien en rapport direct avec l'objet de la loi (même paragr.), le Conseil constitutionnel a donc écarté le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi (paragr. 10).

Pour les mêmes motifs, il a également écarté le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant les charges publiques (paragr. 11).

Le Conseil constitutionnel a également écarté le grief qui reposait sur l'idée que les distributions consécutives à un apport partiel d'actif ne constituaient pas un enrichissement patrimonial et ne pouvaient à ce titre être imposées (paragr. 11).