

02.5

Plus-values sur titres des particuliers : les effets protecteurs de la dualité des faits générateurs



Paul MISPELON,
Collaborateur chez PwC
Sociétés d'Avocats
Docteur en droit fiscal
à l'Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne

Les plus-values sur titres ont une spécificité par rapport à la majorité des revenus soumis à l'impôt sur le revenu. Leur fait générateur se distingue de celui de l'impôt (V. § 3). En effet, la date du transfert de propriété des titres fait en théorie naître la plus-value (V. § 8) tandis que la créance d'impôt n'existera qu'au 31 décembre de l'année. Cependant, le législateur n'hésite pas à reporter ces faits générateurs, ce qui peut alors être source de difficultés (V. § 15).

Introduction

1. Lorsqu'on évoque le fait générateur, il s'agit d'étudier la temporalité, la question du « quand », c'est-à-dire le moment auquel un fait vient à être appréhendé par le droit fiscal. Le fait générateur pourrait ainsi s'assimiler en droit fiscal à une date de naissance.

À titre liminaire, nous précisons que cette étude se limitera au fait générateur des plus-values sur titres, c'est-à-dire, selon le code général des impôts (CGI), des plus-values de cession de valeurs mobilières, droits sociaux et titres assimilés¹, même s'il sera parfois utile d'effectuer des comparaisons avec les effets du fait générateur de plus-values pour d'autres impôts, comme l'impôt sur les sociétés.

2. L'étude du fait générateur de la plus-value dans le cadre de l'impôt sur le revenu révèle ainsi une dualité de faits générateurs. À la différence des autres revenus pour lesquels la distinction est inutile, pour les plus-values sur titres, il est

Cette dualité de faits générateurs influe alors sur la protection dont dispose le contribuable face aux évolutions de la loi et de la doctrine administrative. Si le fait générateur de la plus-value est source de sécurité juridique en cas de changement de la doctrine administrative (V. § 24), le fait générateur de l'impôt protège quant à lui, de manière relative, de la rétroactivité (V. § 29). En revanche, ni l'un ni l'autre n'apparaissent en mesure de limiter la « petite rétroactivité » (V. § 33).

en effet nécessaire de distinguer entre, d'un côté, le fait générateur de la plus-value, c'est-à-dire la date de naissance de ce revenu et, de l'autre côté, le fait générateur de l'impôt sur cette plus-value, c'est-à-dire la date de naissance non plus de la plus-value mais de l'impôt qui comprend celle-ci dans son assiette (I). Cette distinction a une importance quant aux effets du fait générateur, qui est avant tout source de protection pour le contribuable contre les évolutions du droit (II).

I. La dualité des faits générateurs

3. En ce qui concerne l'impôt sur le revenu, la question de la distinction entre le fait générateur du revenu et celui de l'impôt n'a, en règle générale, pas lieu de se poser car la date est identique. Tel n'est cependant pas le cas des plus-values sur titres qui font sur ce point l'objet d'une spécificité (A). La date du fait générateur du revenu, qui se distingue donc de celle de l'impôt, est en principe celle du transfert de propriété des titres, ce principe faisant l'objet d'exceptions (B).

1 CGI, art. 150-0 A à 150-0 F.

A. La distinction entre fait générateur du revenu et fait générateur de l'impôt, spécificité des plus-values sur titres

4. Depuis le 1^{er} mars 1948² et l'entrée en vigueur de l'article 5 du décret du 9 décembre 1948 portant réforme fiscale³, la date du fait générateur de l'impôt sur le revenu est le 31 décembre de l'année de perception des revenus. Cet article, figurant aujourd'hui à l'article 12 du CGI, dispose en effet que « *l'impôt est dû chaque année à raison des bénéfices ou revenus que le contribuable réalise ou dont il dispose au cours de la même année* ». Le Conseil d'État a arrêté ainsi le dernier jour de l'année civile comme date du fait générateur de l'impôt⁴.

La question d'une éventuelle distinction entre le fait générateur de l'impôt et celui des revenus ne se pose pas, en général. Le commissaire du Gouvernement Martin-Laprade, dans ses conclusions sous la décision *Firino Martell*, précisait ainsi qu'« à défaut de texte contraire, la loi de finances de l'année s'applique sans rétroactivité à tous les revenus de l'année, parce qu'ils sont globalement censés être réalisés au 31 décembre »⁵. Comme il l'explique d'ailleurs dans ses conclusions, fixer cette date vise justement à éviter toute difficulté quant au calcul de l'assiette puisque si la date du fait générateur retenue était celle de la perception d'un produit, se poserait alors la question de savoir comment appréhender les charges postérieures à cette date.

5. Cependant, cette confusion des faits générateurs de l'impôt et des revenus peut faire l'objet d'une exception en ce qui concerne les plus-values⁶, sauf celles sur les biens immobiliers⁷.

2 Avant cette date, le fait générateur était le 1^{er} janvier. Le commissaire du Gouvernement Poussière explique le fondement juridique de cette date dans ses conclusions sous la décision d'assemblée du 5 janvier 1962 (Concl. M. Poussière ss CE, Ass., 5 janv. 1962, n° 46798 : JCPG, II, 12567).

3 D. n°48-1986, 9 déc. 1948 portant réforme fiscale.

4 CE, Ass., 5 janv. 1962, n°46798, préc. Les conclusions sont particulièrement éclairantes sur les raisons qui ont motivé le choix de la date du 31 décembre de l'année comme fait générateur et non celle du 1^{er} janvier de l'année de perception des revenus. Pour une décision plus récente, voir CE, 10 avr. 2015, n° 383898, Inédit.

5 Concl. ss CE, 7^e, 8^e et 9^e ss-sect., 18 mars 1988, n° 73693 et 73694 : Dr. fisc.1988, n° 41, comm. 1883.

6 En ce qui concerne les autres revenus, cette distinction n'est pas faite par la jurisprudence même si elle peut parfois ressortir de façon implicite. En ce qui concerne les intérêts par exemple, une décision semble confondre le fait générateur de l'imposition et celui du revenu en indiquant que « *le fait générateur de l'imposition des intérêts qui rémunèrent le dépôt de sommes d'argent est le seul fait soit du paiement de ces intérêts de quelque manière qu'il soit effectué soit de leur inscription au débit ou au crédit d'un compte* » (CE, 17 mai 1991, n°70910 : Rec. Lebon ; Dr. fisc.1991, n° 39, comm. 1704, concl. J. Arrighi de Casanova). Cette distinction se retrouve parfois dans les conclusions de commissaires du Gouvernement. Marie-Dominique Hagelsteen, dans ses conclusions sous une décision du 6 janvier 1993, évoque notamment le « *fait générateur du revenu foncier* » (concl. ss CE, 7^e, 8^e, et 9^e ss-sect., 6 janv. 1993, n° 63844, Inédit : Dr. fisc. 1994, n° 29, comm. 1382).

7 En ce qui concerne celles-ci, la créance d'impôt ne naît pas au 31 décembre mais au jour de la cession. Comme l'indique d'ailleurs l'administration « *le fait générateur de l'imposition est constitué par la cession à titre onéreux du bien ou du droit* » (BOI-RFPI-PVI-30-10, § 10). Il y a ainsi une confusion entre le fait générateur du revenu et celui de l'impôt.

Pour les plus-values sur titres, à l'exception des sociétés à prépondérances immobilières relevant de l'impôt sur le revenu⁸, cela ressort en particulier d'une décision récente dans laquelle le Conseil d'État opère une distinction entre « *la date du fait générateur de [la] plus-value, c'est-à-dire à la date à laquelle est intervenue la cession, et [celle du] 31 décembre de l'année d'imposition, date du fait générateur de l'impôt sur le revenu* »⁹.

Cependant, cette distinction n'est pas toujours respectée. Le rapporteur public dans ses conclusions sous cette décision affirme d'ailleurs que le Conseil d'État juge « *de manière constante que le fait générateur d'une plus-value et de son imposition est le transfert de propriété* »¹⁰. Il confond ainsi le fait générateur de la plus-value et celui de l'impôt. Surtout, la jurisprudence du Conseil d'État révèle un certain flottement quant à la distinction entre le fait générateur de la plus-value et celui de l'imposition.

Certaines décisions indiquent par exemple que « *le transfert de propriété [...] constitue le fait générateur de l'imposition de la plus-value* »¹¹, que « *le fait générateur de l'imposition se situe à la date du transfert de propriété des titres* »¹² ou que « *la vente, qui constitue le fait générateur de l'imposition de la plus-value, était parfaite le 22 février 2005* »¹³. D'ailleurs, l'affirmation régulièrement reprise selon laquelle « *le fait générateur de l'imposition d'une plus-value est constitué au cours de l'année de sa réalisation* » qui est « *l'interprétation constante qui en est donnée par le Conseil d'État* »¹⁴ apparaît elle aussi erronée. Le fait générateur de l'imposition n'a pas lieu au cours de l'année mais à la date du 31 décembre à la différence du fait générateur du revenu.

Dans toutes ces décisions cependant, la distinction entre le fait générateur du revenu et celui de l'imposition ne semble pas déterminante dans la solution rendue par le Conseil d'État. Ce n'est que lorsque cette distinction importe, comme c'est le cas dans la décision de 2017 précitée, qu'il souligne cette distinction.

Par ailleurs, contrairement aux décisions précédentes, d'autres ne sont pas critiquables. Cela est le cas par exemple lorsque le Conseil affirme que « *le fait générateur de la plus-value est le transfert de propriété des actions* »¹⁵ ou que « *la vente, qui constitue le fait générateur de l'imposition de la plus-value, était parfaite avant le 31 décembre 1993* »¹⁶.

8 Les plus-values sur les titres de ces sociétés obéissent, pour les résidents, au même régime que les plus-values immobilières (CGI, art. 150 UB). Cela signifie donc, comme nous l'indiquons ci-dessus, qu'il y a confusion entre le fait générateur de la plus-value et celui de l'impôt. Les non-résidents, quant à eux, font l'objet d'une imposition spécifique prévue à l'article 244 bis A et qui ne distingue pas selon la nature de l'impôt auquel est soumis la société à prépondérance immobilière.

9 CE, 10 févr. 2017, n° 386221 : Lebon T ; Dr. fisc. 2017, n° 21, comm. 324, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon ; J. Turot, Application dans le temps de la doctrine administrative : l'importance d'être constant : Dr. fisc. 2017, n° 21, act. 316 ; Procédures 2017, n° 5, comm. 118, note O. Négrin.

10 M.-A. Nicolazo de Barmon, concl. ss CE, 10 févr. 2017, n° 386221 : Lebon T ; Dr. fisc. 2017, n° 21, comm. 324.

11 CE, 11 déc. 2008, n° 296429 : Lebon T.

12 CE, 27 juin 2018, n° 40666, Inédit.

13 CE, 25 oct. 2017, n° 392663, Inédit.

14 CE, 12 oct. 2018, n° 423044, Inédit.

15 CE, 25 nov. 2015, n° 378004, Inédit.

16 CE, 11 déc. 2008, n° 309232, Inédit. – V. aussi CE, 15 nov. 1978, n° 10908 : Rec. Lebon.

Cette confusion se retrouve également dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Celui-ci a par exemple jugé que la « réalisation [d'une] plus-value [est le] fait générateur de l'imposition »¹⁷. Selon lui, la date du fait générateur de la plus-value et celle de son imposition seraient donc identiques. Cette affirmation a cependant été prononcée dans le cas particulier des reports d'imposition et surtout dans des conditions où il n'était pas nécessaire pour le Conseil d'opérer une distinction entre le fait générateur du revenu et de l'imposition. Il serait donc opportun d'attendre qu'il soit véritablement confronté à cette problématique afin de pouvoir affirmer s'il opère ou non cette distinction.

6. Ainsi, si pour la majorité des revenus, évoquer un fait générateur en se référant à la date de l'impôt sur le revenu apparaît logique, en ce qui concerne les plus-values sur titres, il faut considérer qu'il n'y a pas un, mais des faits générateurs. Il y a, d'une part, le fait générateur de l'impôt sur le revenu qui est celui de droit commun, à savoir le 31 décembre de l'année, et d'autre part, le fait générateur de la plus-value qui doit être distingué de celui-ci. En effet, il intervient à une date différente de celle du fait générateur de l'impôt.

B. Le fait générateur de la plus-value : le transfert de propriété des titres, sauf exceptions

7. La date du fait générateur de la plus-value est clairement posée : il s'agit de celle du transfert de propriété des titres, sans que d'autres éléments puissent avoir une influence (1^o). Ce principe fait cependant l'objet d'exceptions (2^o).

1^o Le transfert de propriété, unique critère du fait générateur de la plus-value

8. La jurisprudence a posé comme date du fait générateur de la plus-value celle du transfert de propriété des titres, ce qui nécessite de l'identifier (a). Logiquement, le paiement du prix de cession au contribuable est donc sans influence sur le fait générateur de la plus-value (b).

◆ L'IDENTIFICATION DU FAIT GÉNÉRATEUR PAR LA DÉTERMINATION DE LA DATE DE TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ

9. Il est établi depuis une jurisprudence ancienne et constante que la plus-value « doit être regardée comme réalisée à la date à laquelle s'opère entre les parties le transfert de propriété des titres »¹⁸. Comme l'a précisé encore plus clairement le Conseil d'État récemment, « le fait générateur de la plus-value est le transfert de propriété des actions, lequel doit être regardé comme réalisé à la date de cession de celles-ci ; que, par suite, le montant de la plus-value doit être apprécié à la date de cession des actions,

sans que puissent être invoqués des événements qui, ne procédant pas de la cession elle-même, sont intervenus postérieurement à cette date »¹⁹.

Ainsi, en principe, seul le transfert de propriété des titres constitue le fait générateur du revenu. Afin de déterminer cette date, **le droit fiscal se repose sur le droit privé pour déterminer quand ce transfert est opéré.**

10. Il y a alors lieu de distinguer la situation des valeurs mobilières des autres titres.

> En effet, pour les premières, des dispositions spécifiques prévoient expressément la date à laquelle intervient le transfert de propriété et donc le fait générateur de la plus-value.

En ce qui concerne les **valeurs non cotées**, l'application cumulée de l'alinéa 9 de l'article L. 228-1 du code de commerce et de l'article R. 228-10 indique que le transfert de propriété à lieu lors de « l'inscription des valeurs mobilières au compte de l'acheteur ou dans un dispositif d'enregistrement électronique partagé » qui correspond à « la date fixée par l'accord des parties et notifiée à la société émettrice »²⁰.

En ce qui concerne les **valeurs cotées**, l'article L. 211-17 du code monétaire et financier prévoit que « le transfert de propriété de titres financiers résulte de l'inscription de ces titres au compte-titres de l'acquéreur ». Jusqu'à récemment le règlement de l'AMF²¹ indiquait que cette inscription n'intervenait que lors du « dénouement effectif de la négociation » qui intervenait « au terme d'un délai maximum de trois jours de négociation après la date d'exécution des ordres ». Le fait générateur se produisait donc à l'expiration de ces trois jours ce qui pouvait conduire à ce que le contribuable décède entre-temps²².

Cependant, un arrêté du 23 octobre 2018²³ a supprimé cet article. Désormais, il faut se référer à l'article 570-3 de ce règlement qui renvoie quant à lui à « l'article 5 du règlement (UE) n° 909/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 concernant l'amélioration du règlement de titres dans l'Union européenne et les dépositaires centraux de titres » et qui prévoit que « la date de règlement convenue est au plus tard le deuxième jour ouvrable après la négociation ». Le fait générateur de la plus-value aura donc lieu à la date de règlement qui peut avoir lieu jusqu'à deux jours après la négociation.

19 CE, 25 nov. 2015, n° 378004, Inédit.

20 Le Conseil d'État a ainsi jugé que « par dérogation à l'article 1583 du code civil, la date du transfert de propriété des titres d'une société par actions est celle à laquelle les valeurs mobilières en cause sont inscrites au compte de l'acheteur et non celle à laquelle intervient l'accord sur la chose et le prix » (CE, 28 janv. 2019, n° 407305 : RJF 4/19 n° 345, concl. E. Bokdam-Tognetti C 345).

21 Règl. AMF, art. 570-2 anc.

22 Le BOFiP indiquait que ce sont alors les héritiers qui réalisent la plus-value et non la personne décédée dont l'impôt serait alors ajouté aux dettes de la succession (BOI-RPPM-PVBMI-30-10-10). Cette position est logique. Néanmoins, puisque le fait générateur intervient à la fin de la négociation, cela rend tout de même assez improbable l'imposition d'une plus-value importante dans les mains des héritiers. En effet, la plus-value sera égale à la différence entre le prix de cession et celui retenu pour la succession, à savoir la valeur au jour du décès. Sauf une variation importante du cours du titre durant ces quelques jours, la plus-value (ou moins-value) ne sera pas très importante.

23 A. 23 oct. 2018 portant homologation de modifications du règlement général de l'Autorité des marchés financiers : JO 28 oct. 2018, texte n° 7.

17 CC, 22 avr. 2016, n° 2016-538 QPC, consid. 11.

18 CE, 23 juin 1976, n° 00051, Inédit : Dr. fisc. 1976, n° 41, comm. 1428. - CE, plén., 26 juill. 1978, n° 01885 : Rec. Lebon.

> Pour les **autres titres**, sauf dispositions légales ou contractuelles contraires, l'article 1583 du code civil s'applique. Il pose ainsi le principe de consensualisme en affirmant que « *la propriété est acquise de droit à l'acheteur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé* ». En cas de vente de titres, le seul accord entre le contribuable vendeur et son acheteur suffit ainsi à considérer la propriété comme transférée, donnant ainsi naissance à la plus-value.

Des éléments peuvent néanmoins modifier la date du transfert de propriété et alors modifier celle du fait générateur de la plus-value.

Lorsque la **vente est conclue sous condition suspensive**, le transfert de propriété n'a lieu que lorsque la condition est réalisée et donc le fait générateur n'existe qu'à ce moment-là²⁴. Il est à ce titre nécessaire de souligner le soin devant être apporté à la rédaction de la clause. En effet, le juge n'est logiquement pas tenu par la qualification retenue par les parties et, s'il s'avère que la condition est nommée comme suspensive mais qu'elle s'avère être une condition résolutoire, le transfert de propriété a alors lieu²⁵. Dans ce cas, le fait générateur de la plus-value s'est produit et l'impôt est dû. Si la condition se réalise et que les titres redeviennent alors la propriété du contribuable, celui-ci devra alors effectuer une réclamation auprès de l'administration.

De même, appliquant toujours le principe selon lequel le fait générateur a lieu le jour de cession des titres, le Conseil d'État considère logiquement qu'en cas d'**apport à une société en formation** pour lequel le contribuable n'opte pas pour un report d'imposition, le fait générateur a lieu au jour de l'inscription de celle-ci au registre du commerce et des sociétés²⁶.

Le critère à prendre en compte pour déterminer le fait générateur de la plus-value est donc celui du transfert de propriété, même dans les cas où le contribuable viendrait à modifier la date de celle-ci. Les autres événements sont donc sans influence sur le fait générateur, notamment le paiement du prix.

◆ LE PAIEMENT DU PRIX QUASIMENT SANS INFLUENCE SUR LE FAIT GÉNÉRATEUR DE LA PLUS-VALUE

11. Logiquement, la jurisprudence considère que les modalités de paiement du prix de cession des titres n'ont aucun impact sur le fait générateur de la plus-value. Le Conseil d'État l'a clairement jugé en indiquant que « *les modalités de paiement du prix de la cession sont sans influence sur la date de réalisation de la cession elle-même* »²⁷. Ainsi, que le prix soit payé après le transfert de propriété²⁸, de manière

fractionnée²⁹ ou qu'il ne soit pas payé par l'acheteur³⁰, le fait générateur de la plus-value a eu lieu et l'impôt sur celle-ci sera dû. Dans le dernier cas, la seule possibilité pour le contribuable est de demander l'annulation de la vente et d'effectuer ensuite une réclamation auprès de l'administration fiscale. Le jugement prononçant cette annulation est d'ailleurs très probablement susceptible de constituer un événement ouvrant le délai de réclamation³¹.

12. Cette logique se retrouve également lorsque le contrat prévoit une **garantie de passif ou d'actif net**. Dans ces circonstances, les titres sont bien cédés, le fait générateur de la plus-value a donc lieu³². Cependant, le montant de la plus-value est susceptible d'évoluer postérieurement à celui-ci. Si tel était le cas, l'alinéa 14 de l'article 150-0 D prévoit la possibilité pour le contribuable de réclamer l'impôt indûment acquitté en recalculant la plus-value afin de prendre en compte les sommes versées par lui, sans décaler le fait générateur.

13. La question est plus délicate lorsque le prix n'est pas fixé au jour du fait générateur notamment lorsque la cession comporte une **clause de variation de prix**. Dans ces circonstances, il y a lieu d'opérer une distinction. D'un côté, il y a le cas des compléments de prix respectant les conditions prévues au 2 du I de l'article 150-0 A du CGI³³. L'imposition, et donc le fait générateur de cette partie de la plus-value, a alors lieu « *au titre de l'année au cours de laquelle [le complément de prix] est reçu* »³⁴. La notion de réception laisse ainsi entendre qu'il faut se placer à la date du paiement du complément³⁵, à la différence des plus-values qui s'attachent uniquement à regarder le transfert de propriété.

Pour les autres sommes complémentaires reçues au titre de la cession des titres, la jurisprudence applique sa solution classique. Elle estime que les modalités du paiement de prix sont sans effet sur le fait générateur et que celles-ci sont des composantes de la plus-value dont le fait générateur se produit bien l'année de cession, même si les sommes perçues ne

²⁹ *Ibid.*

³⁰ CE, (na), 6 sept. 2002, n° 241265, Inédit : RJF 12/02 n° 1386.

³¹ Celui-ci influe sur le principe même de l'imposition, comme l'exige le Conseil d'État pour caractériser un événement. D'ailleurs, en matière immobilière, le BOFiP considère que « *dans l'hypothèse où le contrat de vente serait annulé, résolu ou rescindé, le contribuable peut obtenir, sur réclamation, une restitution partielle ou totale des droits indûment perçus [...]. La demande de dégrèvement de l'imposition initialement établie peut être présentée dans un délai dont le point de départ est constitué par la date de l'annulation, de la résolution ou la rescision* » (BOI-RFPI-PVI-10-30, § 30).

³² CE, 22 mars 1991, n° 67966, Inédit.

³³ Le texte évoque ceux « *en exécution de la clause du contrat de cession de valeurs mobilières ou de droits sociaux par laquelle le cessionnaire s'engage à verser au cédant un complément de prix exclusivement déterminé en fonction d'une indexation en relation directe avec l'activité de la société dont les titres sont l'objet du contrat* ».

³⁴ Le texte traite de façon identique « *le gain retiré de la cession ou de l'apport d'une créance qui trouve son origine dans une clause contractuelle de complément de prix* » qui respecte les précédentes conditions.

³⁵ Selon une cour administrative d'appel, le placement sur un compte séquestre ne suffit pas pour considérer que les sommes ont été reçues (CAA Douai, 20 juill. 2017, n° 16DA00610).

²⁴ CE, 11 avr. 1973, n° 81154 : Rec. Lebon. - CE, 30 juin 1976, n° 93186 : Rec. Lebon.

²⁵ CE, 30 nov. 1990, n° 80567 : Lebon T.

²⁶ CE, 16 juin 2003, n° 241983, Inédit.

²⁷ CE, 23 juin 1976, n° 00051, Inédit : Dr. fisc.1976, n° 41, comm. 1428.

²⁸ CE, 22 mars 1991, n° 67966, Inédit.

seront déterminables que plusieurs années après celle du fait générateur de la plus-value³⁶.

En fonction des modalités de paiement du complément de prix, son fait générateur peut donc évoluer. Si celui-ci remplit les conditions de l'article 150-0 A, le fait générateur du complément se distingue de celui de la plus-value, la date à retenir est alors celle de la perception du complément. Si le complément de prix ne remplit pas ces conditions, il n'est qu'un élément de la plus-value et a donc le même fait générateur.

14. Ainsi, sauf le cas spécifique de certains compléments de prix, le paiement du prix de cession au contribuable cédant est sans influence sur le fait générateur de la plus-value. La date à prendre en compte est celle du transfert de propriété des titres. Cependant, ce principe souffre plusieurs exceptions.

2° Des exceptions reposant tant sur le transfert de propriété des titres que sur les titres visés

15. Il est possible de distinguer deux types d'exception au principe selon lequel le fait générateur est la date du transfert de propriété des titres cédés : celles qui se réfèrent à un autre événement (a) et celles qui conservent le transfert de propriété comme référentiel, mais il ne s'agit plus de celui des titres cédés (b).

◆ LES EXCEPTIONS SE RÉFÉRANT À DES ÉVÉNEMENTS AUTRES QUE LE TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ DES TITRES

16. Ces exceptions sont tout d'abord légales³⁷. Le **transfert de domicile du contribuable** à l'étranger constitue ainsi un fait générateur de plus-value, et également de l'impôt³⁸, alors

36 Le Conseil d'État a en effet jugé que « le fait que les modalités de paiement du prix de cette cession soient déterminées en fonction de données qui ne sont pas complètement connues avant le 31 décembre de l'année où s'opère le transfert de propriété, ou qu'elles soient revues ultérieurement, n'est pas de nature à affecter l'impossibilité de la plus-value concernée au titre de cette année, laquelle constitue le fait générateur de l'imposition, dès lors que la convention de cession détermine précisément tous les éléments permettant de calculer le prix de cession sans que ces éléments ne dépendent de la volonté de l'une des parties ou de la réalisation d'accords ultérieurs » (CE, 30 juin 2010, n° 313554, Inédit). Cette jurisprudence a été rendue sous un régime antérieur à celui du 2 du 1 de l'article 150-0 A. Cependant, il apparaît peu probable que la solution évolue. En effet, l'introduction de cet article renforce cette jurisprudence. En posant une exception, le législateur a implicitement validé la solution retenue.

37 Le II de l'article 202 ter prévoit ainsi l'imposition des plus-values latentes pour les sociétés exerçant une activité non professionnelle qui changerait de régime.

38 En ce qui concerne les revenus perçus l'année de départ, le fait générateur de l'impôt, à la lecture du BOFIP, semble ne pas être modifié puisque celui-ci précise que les « revenus doivent être imposés d'après les règles applicables pour l'année de l'imposition » (BOI-IR-DOMIC-20, § 90). Or, en ce qui concerne les plus-values, le Conseil d'État a très clairement précisé que « l'article 167 bis avait pour effet de créer un fait générateur anticipé de l'imposition des plus-values constatées » (CE, 29 avr. 2013, n° 357575, Inédit) et c'est donc la législation au jour du transfert de domicile qu'il semble falloir appliquer. Cela peut ainsi donner lieu à des solutions pour le moins paradoxales. Si un contribuable réalise des plus-values puis transfère son domicile hors de France un 30 juillet et que la législation évolue, cela signifie que les plus-values réalisées seront soumises à cette nouvelle législation, postérieure au départ, tandis que les plus-values latentes n'y seront pas soumises.

même qu'il n'y a aucun transfert de propriété³⁹. Le contribuable a cependant la possibilité de ne pas payer l'impôt sur celle-ci immédiatement puisqu'il peut demander le bénéfice d'un sursis de paiement.

Mais c'est surtout l'exception jurisprudentielle qui présente un intérêt en ce qu'elle donne la possibilité à l'administration, dans certaines circonstances, de choisir la date du fait générateur de la plus-value. En effet, lorsque celle-ci n'a pas pu avoir connaissance de la cession, elle est susceptible de considérer que le **fait générateur de la plus-value n'est pas la date du transfert de propriété mais le jour auquel elle en a eu connaissance**.

Si cette idée ressortait déjà d'anciennes décisions où le Conseil d'État avait jugé qu'en l'absence de publicité de la cession, si tant est que l'administration n'en ait pas eu connaissance autrement, la date de celle-ci ne lui était pas opposable⁴⁰, une décision du 20 mars 2015 explicite clairement le principe en jugeant que « si la plus-value de cessions de titres est normalement imposable au titre de l'année au cours de laquelle la cession a été réalisée, il est loisible à l'administration, qui est fondée à opposer au contribuable les apparences qu'il a lui-même créées, d'établir cette imposition en retenant la date à laquelle ce transfert de propriété a été porté à sa connaissance »⁴¹.

Le Conseil se fonde ainsi sur la théorie de l'apparence pour considérer que si le contribuable a fait comme si les titres n'ont pas été cédés et n'en a pas informé l'administration, celle-ci est en droit de considérer que le fait générateur de la plus-value n'a pas lieu au moment de la cession mais au jour où elle en acquiert la connaissance.

17. À côté de ces exceptions, d'autres sont liées à des différés d'imposition ou de paiement.

◆ LES EXCEPTIONS LIÉES À DES DIFFÉRÉS D'IMPOSITION OU DE PAIEMENT

18. Le législateur prend parfois en compte l'absence de disposition de liquidités chez le contribuable afin de modifier le fait générateur de l'imposition. Sont visés les cas où **le contribuable transfère bien la propriété de ses titres mais sans recevoir de liquidités en échange**, lorsque par exemple il apporte ses titres à une société⁴² ou lorsqu'il les échange contre d'autres titres⁴³.

La date du fait générateur est alors parfois modifiée. Il faut cependant bien **distinguer les cas de sursis d'imposition de ceux du report d'imposition ou encore du sursis de paiement** (ou report de paiement).

19. En cas de **sursis d'imposition**, le fait générateur de la plus-value n'a pas lieu et n'entraîne donc logiquement pas celui de l'impôt. Cela se retrouve par exemple à l'article 150-0

39 CGI, art. 167 bis.

40 CE, 7^e, 8^e et 9^e ss-sect., 26 juill. 1978, n° 01885 : Rec. Lebon. - CE, 27 mars 1991, n° 81119, Inédit.

41 CE, 20 mars 2015, n° 369167, Inédit.

42 Ex. : CGI, art. 150-0 B ter.

43 Ex. : CGI, art. 150-0 B.

B du CGI, qui précise que les dispositions de droit commun pour les plus-values ne s'appliquent pas « au titre de l'année de l'échange des titres », c'est-à-dire lors de l'année du transfert de propriété. La plus-value est alors « rattrapée » lors de la cession des titres reçus en échange⁴⁴.

20. En cas de **sursis de paiement** ou, selon une autre formulation, de report de paiement, le fait générateur tant du revenu que de l'impôt se produit. Ce n'est que la date d'exigibilité de la créance d'impôt qui se trouve repoussée. En ce qui concerne l'exit tax que nous évoquions ci-dessus, lors du transfert de domicile à l'étranger, le contribuable calcule donc l'impôt qu'il aurait dû payer sur la plus-value latente. S'il remplit les conditions pour que cela soit automatique⁴⁵ ou, dans les autres cas, s'il en fait la demande, il est alors, comme le précise le texte, « sursis au paiement de l'impôt »⁴⁶. Le fait générateur tant de la plus-value que celui de l'impôt ont donc bien lieu à la date du transfert de domicile⁴⁷. L'impôt est calculé selon le droit commun mais il n'est pas recouvré tant que ne se produit pas la fin du sursis de paiement ou, au cas particulier de l'exit tax, s'il est dégrevé d'office⁴⁸.

21. Enfin, le **report d'imposition** n'a quant à lui pas d'incidence sur le fait générateur du revenu mais modifie celui de l'impôt sur la plus-value. La Conseil d'État considère en effet que le report d'imposition n'a « pas pour effet de différer le paiement d'une imposition qui aurait été établie au titre de l'année de réalisation de la plus-value, mais seulement de permettre, par dérogation à la règle suivant laquelle le fait générateur de l'imposition d'une plus-value est constitué au cours de l'année de sa réalisation, de la rattacher à l'année au cours de laquelle intervient l'événement qui met fin au report d'imposition, [il] ne [fait] pas obstacle à l'application des règles d'assiette »⁴⁹.

Comme l'indique Gilles Bachelier dans ses conclusions sous cette décision, le report d'imposition « organise une dissociation entre le fait générateur de la plus-value et le fait générateur de l'imposition de cette plus-value »⁵⁰.

Cette dissociation provient de la rédaction des articles qui instituent de tels reports en ce qu'ils indiquent par exemple

que « l'imposition de la plus-value réalisée [...] est reportée »⁵¹. Le législateur, en visant l'imposition mais pas le revenu, reporte donc le premier fait générateur et non le second.

La **question peut être posée de savoir, lorsque le texte prévoit que ce n'est pas l'impôt mais « le gain retiré » qui est « reporté », comme c'est le cas pour l'article 150-0 B bis, si nous sommes véritablement en présence d'un report d'imposition**. Si le Conseil d'État va dans ce sens en indiquant que cet article « prévoit [...] le report de l'imposition du gain retiré »⁵², nous ne partageons pas son analyse.

L'article ne vise pas l'imposition mais le revenu réalisé par le contribuable, à savoir le gain. Une lecture stricte de la disposition conduit à considérer que c'est donc celui-ci qui est reporté et non l'imposition. On se retrouve alors en face d'un sursis d'imposition et non, comme l'estime le Conseil d'État, d'un report.

Malgré la logique des textes qui, pour le report, dissocie ainsi le fait générateur de l'impôt de celui du revenu, le Conseil constitutionnel apparaît ne pas partager cette thèse de la dissociation. Nous l'indiquions plus haut, selon lui, le fait générateur de l'impôt est le jour de la réalisation de la plus-value. En ce qui concerne un report obligatoire, il a alors considéré que « l'imposition due par le contribuable à raison de plus-values placées en report d'imposition est liquidée selon des règles fixées par le législateur postérieurement à la période au cours de laquelle le fait générateur de l'imposition est intervenu »⁵³ et considère que les nouvelles dispositions agissent « de manière rétroactive ». Il considère donc qu'en cas de report d'imposition, il n'y a aucun report de fait générateur. Selon le commentaire⁵⁴, il opère une distinction entre la date de l'acquiescement de l'impôt et celle du fait générateur, sans s'en expliquer.

En tout état de cause, en cas de report, le fait générateur de l'impôt ne se produit donc pas la même année que celle du fait générateur du revenu. Le premier a lieu l'année d'un événement qui met fin à ce report, en général la cession des titres reçus en échange du transfert de propriété ayant donné lieu à la plus-value reportée. Le fait générateur du revenu n'étant pas reporté, l'assiette de la plus-value est cristallisée lors de l'année de cession.

La question pourrait alors se poser de **savoir s'il faut appliquer les règles au jour de la cession pour déterminer l'assiette ou s'il faut se référer à celles à la date à laquelle aurait dû avoir lieu le fait générateur de l'impôt qui est reporté**. La lecture des conclusions précitées de Gilles Bachelier laisse à penser que la première solution devrait être retenue.

44 CGI, art. 150-0 D, 9.

45 Le IV de l'article 167 bis vise ainsi la situation où « le contribuable transfère son domicile fiscal hors de France dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans un autre Etat ou territoire ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ainsi qu'une convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement ayant une portée similaire à celle prévue par la directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures, et qui n'est pas un Etat ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A »

46 CGI, art. 167 bis, IV.

47 Cf. note 38.

48 L'article 167 bis prévoit en effet que dans certaines circonstances, par exemple à l'expiration d'un délai de deux ans, l'impôt est alors dégrevé.

49 CE, 28 mai 2004, n° 256090 : Lebon T. : Dr. fisc. 2005, n° 10, comm. 268, concl. G. Bachelier.

50 Concl. ss CE, 28 mai 2004, n° 256090 : Lebon T. ; Dr. fisc. 2005, n°10, comm. 268.

51 CGI, art. 150-0 B ter, 150-0 B quater, 150-0 C.

52 CE, 26 nov. 2018, n° 424331, Inédit : RJF 2/19 n° 191, concl. R. Victor C 191.

53 CC, 22 avr. 2016, n° 2016-538 QPC, consid. 13.

54 Commentaire officiel ss CC, 22 avr. 2016, n° 2016-538 QPC, préc., p. 5. La thèse de la dissociation se retrouve partiellement à la page 6 mais le Commentaire affirme alors que « il y a donc, dans le cas d'un report d'imposition, une disjonction entre les règles relatives au principe de l'imposition et au calcul de l'assiette, qui sont celles applicables à la date du fait générateur de l'imposition (c'est-à-dire la réalisation de la plus-value), et les règles de liquidation de l'impôt (application d'un taux à l'assiette pour établir le tarif) et l'acquiescement de celui-ci, qui sont celles applicables à la date de l'événement qui met un terme au report ».

Certaines décisions du Conseil d'État sèment cependant le doute. Le Conseil précise en effet que « le montant de la plus-value est ainsi calculé en appliquant les règles d'assiette en vigueur l'année de sa réalisation »⁵⁵. Il laisse ainsi à penser que cela serait la loi en vigueur lors du fait générateur de l'imposition de l'année de réalisation de la plus-value. Pour autant, dans la même décision, il estime qu'une disposition n'était pas applicable car « cette règle d'assiette ne s'appliquait pas à la date à laquelle cette plus-value a été réalisée »⁵⁶.

Une telle solution, qui conduit à appliquer la loi en vigueur au jour de la réalisation de la plus-value, si elle était celle retenue, apparaît en accord avec l'article 8 de la directive fusions qui s'applique aux « opérations de fusion, de scission, de scission partielle, d'apport d'actifs et d'échange d'actions qui concernent des sociétés de deux ou plusieurs États membres »⁵⁷. La Cour de justice de l'Union européenne estime que cet article empêche « de considérer cette opération d'échange comme étant le fait générateur d'imposition »⁵⁸. Elle estime d'ailleurs que le report d'imposition conduit « à constater la plus-value issue de l'opération d'échange de titres à l'occasion de cette opération »⁵⁹. Cela signifie donc, en théorie, que la législation applicable pour déterminer l'assiette est celle au jour du transfert de propriété des titres et non celle au 31 décembre de l'année de celle-ci.

La récente transmission par le Conseil d'État à la Cour de justice de l'Union européenne⁶⁰ d'une question préjudicielle pourrait cependant apporter une réponse partielle à ce sujet. Celui-ci a demandé à la juridiction européenne si l'article 8 de la directive s'oppose à un alourdissement de la fiscalité entre le jour de la réalisation de la plus-value d'échange et celle de la cession des titres reçus en contrepartie.

22. Ainsi, si le fait générateur des plus-values sur titres est en principe la date de transfert de propriété, ce principe fait l'objet d'un certain nombre d'exceptions. Il a surtout une particularité par rapport aux autres revenus puisqu'il est nécessaire de distinguer ce fait générateur de celui de l'impôt sur le revenu assis sur ces plus-values qui, quant à lui, est toujours fixé au 31 décembre de l'année.

Or, le fait générateur est une notion permettant au contribuable de bénéficier d'une protection face aux évolutions du droit. La question qui se pose alors est de savoir lequel des deux faits générateurs est justement générateur de garanties, voire si les deux le sont.

55 CE, 12 oct. 2018, n° 423044, Inédit, pt 12.

56 *Ibid.*, cons. 14.

57 Dir. n° 2009/133/CE, 19 oct. 2009, art. 1^{er}.

58 CJUE, 22 mars 2018, C-327/16, Marc Jacob et C-421/16, Marc Lassus, pt 50.

59 *Ibid.*, pt 53.

60 CE, 12 oct. 2018, n° 423118, Inédit : FI 1-2019, n° 8, § 1 ; RJF 1/19 n° 38, ccl. B. Bohnert.

II. Les faits générateurs, source de protection face aux évolutions normatives

23. Identifier le fait générateur ne saurait épuiser l'étude de celui-ci. Il faut également rechercher l'utilité de la notion et les effets qu'elle entraîne. À ce titre, la « date de naissance » qu'est le fait générateur a pour objet principal de déterminer le régime d'imposition applicable à un revenu. Elle confère ainsi au contribuable une garantie quant au montant de l'impôt qui devra être payé⁶¹, offrant ainsi une protection contre d'éventuelles évolutions normatives.

Néanmoins, la dualité des faits générateurs en matière de plus-value entraîne certaines spécificités. En effet, en matière d'opposabilité de la doctrine administrative, la date à laquelle il faut se référer est celle du fait générateur du revenu (A), tandis que contre la rétroactivité, c'est le fait générateur de l'impôt qui protège le contribuable (B).

A. Le changement de la doctrine administrative

24. Le fait générateur permet de déterminer la date à laquelle il faut rechercher la loi en vigueur à appliquer pour imposer la plus-value. Il sécurise donc le contribuable. La notion de sécurité juridique n'a cependant qu'une portée réduite en matière fiscale. Comme l'a précisé le Conseil constitutionnel « l'exigence de sécurité juridique n'a pas été reconnue comme un principe constitutionnel »⁶². Le Conseil d'État considère cependant qu'une disposition poursuit cet objectif puisqu'il a jugé que l'article L. 80 A du LPF, qui

61 En ce qui concerne la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le fait générateur ne constitue pas un élément pris en compte pour déterminer s'il y aurait éventuellement une atteinte au droit de propriété protégé par l'article 1^{er} du premier protocole. En effet, la CEDH a notamment jugé que « nor does the fact that the legislation applied retroactively in the applicants' case constitute per se a violation of Article 1 of Protocol No. 1, as retrospective tax legislation is not as such prohibited by that provision » (CEDH, 10 juin 2003, n° 27793/95, M. A. and 34 others c/ Finland. – V. aussi CE, 22 janv. 2013, n° 355844 : Lebon T : « lorsque le législateur modifie pour l'avenir des dispositions fiscales adoptées sans limitation de durée, il ne prive les contribuables d'aucune espérance légitime »). Ainsi la rétroactivité ou la rétrospectivité d'une imposition n'est pas en soi constitutive d'une atteinte à la Convention, il a lieu d'analyser les circonstances de l'espèce. La CEDH a par exemple jugé qu'une loi fiscale française rétroactive ne violait pas la Convention car « les autorités ont fourni aux contribuables une information préalable leur permettant d'anticiper ses effets » (CEDH, 15 janv. 2015, n° 36918/11, Arnaud et a. c/ France). Dans cette décision, il est également fait mention, à tort comme le souligne Ludovic Ayrault (L. Ayrault, Droit fiscal européen des droits de l'Homme : chronique de l'année 2015 : Dr. fisc. 2016, n° 9, étude 206), de la nature rétrospective de l'impôt qui semble devoir être distinguée de la nature rétroactive de l'imposition. Cette mention semble d'ailleurs signifier qu'en cas d'impôt rétrospectif, il serait plus difficile de démontrer une atteinte à l'article 1^{er} du premier protocole.

En ce qui concerne le droit de l'Union européenne, le principe de confiance légitime consacré par la Cour de justice de l'Union européenne peut laisser penser qu'il pourrait conduire à faire obstacle à des dispositions rétroactives ou rétrospectives mais aucune décision n'a semblé-t-il être jusqu'à présent confrontée à cette question (en ce qui concerne la modification rétroactive d'un délai de prescription : CJUE, 12 déc. 2013, C-362/12).

62 Commentaire officiel CC, 17 juill. 2015, n° 2015-475 QPC, p. 7.

prévoit l'opposabilité de la doctrine administrative, poursuit un « objectif de sécurité juridique »⁶³. Il a ainsi dû déterminer quel est le fait générateur générant cette sécurité juridique : celui du revenu ou celui de l'impôt ? La question se pose en particulier lorsque l'administration fiscale fait évoluer sa doctrine dans le temps.

25. Le Conseil d'État avait ainsi posé pour principe général qu'il était nécessaire de **se placer à la date du fait générateur de l'impôt pour rechercher la doctrine applicable**. Dans sa décision *Firino Martell* du 18 mars 1988, le Conseil d'État avait en effet affirmé que « lorsque le contribuable, pour faire échec à la loi fiscale, se prévaut, sur le fondement des dispositions précitées, d'une interprétation plus favorable que l'administration avait fait connaître, il y a lieu, pour le juge de l'impôt, de rechercher si, à la date du 31 décembre de l'année d'imposition ou à celle de la clôture de l'exercice, selon le cas, l'interprétation administrative propre à faire obstacle à la loi, ainsi invoquée, n'avait pas été rapportée »⁶⁴.

La lecture des conclusions du commissaire du Gouvernement Martin-Laprade révèle qu'il s'agissait en l'espèce d'une plus-value professionnelle qui n'a pas conduit le Conseil à opérer une distinction entre ce type de revenu et éventuellement les autres (pour lesquels il n'y a pas lieu de distinguer entre le fait générateur du revenu et celui de l'impôt). Un doute est néanmoins soulevé dans ses conclusions, lorsqu'il indique que « sans doute les deux affaires que nous examinons présentement pourraient-elles aisément se prêter à la notion d'opération matérielle puisqu'il semble que les plus-values litigieuses de 1977 résultent d'une vente unique faite en mai, et qu'il n'est pas fait état de charges de la vente qui auraient été supportées après la parution de la circulaire. Mais vous êtes aujourd'hui en formation plénière et devez fixer une règle applicable simplement à toutes les hypothèses ».

Cependant, ce doute repose sur la possibilité d'appliquer une théorie de l'opération matérielle consistant à appliquer la doctrine chez le contribuable le jour où se produit un événement (en général celui de la perception du revenu) et non sur la distinction entre les faits générateurs de la plus-value et de l'impôt correspondant.

26. Or, le Conseil d'État a justement, dans une décision du 10 février 2017, pris en compte cette distinction entre faits générateurs pour, en ce qui concerne l'opposabilité de la doctrine administrative en matière de plus-value, faire prévaloir celle en vigueur au jour du fait générateur du revenu et non au jour du fait générateur de l'impôt.

Dans cette décision, le Conseil affirme en effet que « lorsque sont contestées, sur le fondement d'une interprétation plus favorable de l'administration, des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu frappant la plus-value résultant d'une cession de titres ou de droits, il convient de se placer, pour déterminer l'interprétation invocable, à la date du fait générateur de cette plus-value, c'est-à-dire à la date à laquelle est intervenue la cession, et non pas au 31 décembre de l'année d'imposition, date du

fait générateur de l'impôt sur le revenu »⁶⁵.

En prenant ainsi en compte le fait générateur du revenu pour appliquer la garantie, le Conseil d'État considère que la sécurité juridique se rattache à la date à laquelle le revenu est certain.

27. Il est tout de même étonnant que cette position ne puisse concerner que les plus-values. En effet, un salaire ou un dividende par exemple n'est imposable que lorsque le contribuable l'a perçu. Or la date de perception pourrait également être distinguée du fait générateur de l'impôt.

D'ailleurs, cette décision sur les plus-values est susceptible de poser des difficultés dans certaines hypothèses. Comme le souligne le Professeur Olivier Négrin dans sa note sous cet arrêt⁶⁶, il est possible de s'interroger sur l'application de cette décision lorsque la doctrine administrative devient caduque⁶⁷ du fait d'une loi nouvelle intervenant entre le fait générateur de la plus-value et le fait générateur de l'impôt. Dans ce cas, l'application de la position du Conseil d'État reviendrait à faire obstacle à la « petite rétroactivité », dès lors qu'une doctrine administrative commentant la loi antérieure à celle existant au 31 décembre existait au jour de réalisation de la plus-value.

Or, comme nous allons le voir, en ce qui concerne la rétroactivité, petite ou grande, le fait générateur du revenu n'est en théorie d'aucune aide. Seul le fait générateur de l'impôt protège en principe contre la grande rétroactivité.

B. Le fait générateur de l'impôt, seul protecteur contre la rétroactivité de la loi

28. En ce qui concerne l'entrée en vigueur de la loi, le fait générateur du revenu s'efface pour laisser celui de l'impôt produire des effets. Concernant la rétroactivité, cela ne fait pas de doute (1°), ce qui signifie alors que le contribuable n'est pas protégé contre les effets de la « petite rétroactivité » par le fait générateur du revenu (2°).

65 CE, 10 févr. 2017, n° 386221 : Lebon T.

66 O. Négrin, Application dans le temps de la doctrine administrative de portée générale : Procédures 2017, n° 5, comm. 118.

67 La caducité ne saurait nous semble-t-il faire obstacle à l'application de la doctrine dès lors que le Conseil d'État, dans son avis Monzani (CE, Sect., avis, 8 mars 2013, n° 353782, Monzani), a indiqué que l'annulation par le juge administratif d'une doctrine administrative, qui a un effet rétroactif, ne permet pas de remettre en cause la garantie offerte au contribuable au jour où il a fait application de la doctrine. Précisons tout de même que le Conseil dans son avis indique que « s'agissant d'une imposition dont le fait générateur est postérieur à la date de l'annulation d'un acte renfermant une interprétation de la loi fiscale, au sens et pour l'application de l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales, cette annulation a en revanche pour effet de priver le redevable de la possibilité de se prévaloir de cet acte au titre de la garantie que donne l'article L. 80 A ». Cependant, il s'agit ici d'une affirmation générale qui ne prend pas en compte le fait que la garantie de l'article L. 80 A naît, selon le Conseil d'État lui-même, non pas à la date du fait générateur de l'impôt sur la plus-value mais à la date de la réalisation de celle-ci. L'application combinée de ces deux jurisprudences tend à considérer que pour l'application de la garantie en ce qui concerne les plus-values il y a lieu de rechercher le droit en vigueur au jour de leur réalisation et que les évolutions postérieures n'ont pas à être prises en compte.

63 CE, Sect., avis, 8 mars 2013, n° 353782.

64 CE, plén., 18 mars 1988, n° 73693 : Rec. Lebon.

1° Le fait générateur de l'impôt, protection relative contre la rétroactivité

29. Le fait générateur protège le contribuable de l'évolution de la loi postérieurement à celui-ci⁶⁸. En déterminant le régime applicable, les modifications de la loi, entendue au sens large, postérieures à celui-ci ne devraient pas être applicables à la plus-value lorsque le fait générateur de l'impôt a eu lieu. A contrario, la loi est alors rétroactive ce qui, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, exige le respect de strictes conditions.

Le Conseil constitutionnel juge en effet de façon constante qu'« il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; que, ce faisant, il ne saurait toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles ; qu'en particulier, il méconnaîtrait la garantie des droits proclamés par l'article 16 de la Déclaration de 1789 s'il portait aux situations légalement acquises une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant »⁶⁹.

Or la survenance du fait générateur d'une imposition constitue une situation légalement acquise. À cette date, l'impôt sur la plus-value est né. Il a une existence légale. Le Conseil a ainsi jugé que des « dispositions contestées ne sauraient, sans porter atteinte aux situations légalement acquises, avoir pour objet ou pour effet de conduire à appliquer des règles d'assiette ou de liquidation autres que celles qui étaient applicables à la date de chaque fait générateur d'imposition »⁷⁰.

Si la décision du 22 avril 2016 du Conseil constitutionnel doit être, comme nous l'indiquions précédemment, questionnée sur la relation entre report et fait générateur, elle permet tout de même d'illustrer, en ce qui concerne la plus-value, en quoi fait générateur et rétroactivité sont liés.

Dans cette décision, le Conseil a en effet estimé que des « règles fixées par le législateur postérieurement à la période au cours de laquelle le fait générateur de l'imposition est intervenu » agissent « de manière rétroactive »⁷¹. Le Conseil précise alors que si le contribuable n'a pas fait le choix de reporter son imposition, alors la garantie des droits prévue par la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 le protège de cette modification (ou le dessert si la modification lui aurait été favorable). **Le fait générateur ayant eu lieu, le législateur ne peut plus modifier les règles du jeu.**

30. Mais, dans la même décision, le Conseil constitutionnel pose une exception. Lorsque le contribuable demande à décaler le paiement de sa plus-value, le Conseil estime qu'il « doit être regardé comme ayant accepté les conséquences du rattachement de cette plus-value à l'année au cours de laquelle intervient

l'événement qui met fin au report d'imposition »⁷². Si le contribuable peut opérer un choix dans la date du fait générateur de son impôt, il doit assumer le risque d'éventuelles évolutions de la législation qui lui seraient défavorables. Il renonce alors à la protection que lui procurait le fait générateur.

31. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel considère néanmoins que dans certaines circonstances, le législateur peut adopter des mesures rétroactives, annihilant ainsi l'effet protecteur du fait générateur. Une telle rétroactivité nécessite notamment⁷³ de poursuivre « un but d'intérêt général suffisant », qui a par exemple été reconnu lorsque « le législateur a entendu éviter que le dépôt du projet de loi sur le bureau de l'Assemblée nationale n'entraîne, avant l'entrée en vigueur de la loi, des effets contraires à l'objectif poursuivi »⁷⁴.

32. Ainsi, le fait générateur de l'impôt sur la plus-value a pour effet de protéger le contribuable, lorsqu'il ne fait pas le choix de décaler celui-ci, contre les modifications postérieures de la loi. Dans certaines circonstances exceptionnelles, cette protection peut cependant lui être refusée. En tout état de cause, celle-ci ne peut jouer contre la « petite rétroactivité ».

2° Le fait générateur de la plus-value ne protège pas contre la « petite rétroactivité »

33. La « petite rétroactivité », originalité de la matière fiscale, consiste à appliquer la législation en vigueur à la date du fait générateur de l'impôt, quelle que soit la date de perception du revenu. Ainsi, la loi de finances adoptée en fin d'année s'applique, sauf disposition spéciale contraire, aux revenus de l'année écoulée. Cette « petite rétroactivité » s'applique en principe aux plus-values. Dès lors qu'une plus-value est antérieure au fait générateur de l'impôt, celui-ci n'est d'aucune aide pour fournir une garantie contre le changement de législation⁷⁵. **Seul le fait générateur de la plus-value pourrait avoir une influence. Cependant, même au regard des évolutions jurisprudentielles les plus récentes, il n'est d'aucun secours.**

34. Le Conseil constitutionnel a en effet fait évoluer sa jurisprudence relative à la garantie des droits en indiquant prendre

72 Ibid. consid. 14

73 Le Conseil constitutionnel précise par ailleurs les conditions dans lesquels le législateur peut prendre des lois de validation. Il juge en effet que « si le législateur peut modifier rétroactivement une règle de droit ou valider un acte administratif ou de droit privé, c'est à la condition de poursuivre un but d'intérêt général suffisant et de respecter tant les décisions de justice ayant force de chose jugée que le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions ; qu'en outre, l'acte modifié ou validé ne doit méconnaître aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle, sauf à ce que le but d'intérêt général visé soit lui-même de valeur constitutionnelle ; qu'enfin, la portée de la modification ou de la validation doit être strictement définie » (CC, 10 déc. 2010, n°2010-78 QPC, consid. 4).

74 CC, 29 déc. 2012, n°2012-661 DC, consid. 19.

75 Une argumentation qui consisterait d'ailleurs à estimer que le fait générateur de l'impôt et celui du revenu se confondent obligerait alors à invoquer la « grande rétroactivité » et non la « petite rétroactivité » dès lors que la modification législative se produirait postérieurement, selon cette argumentation, à la naissance de la créance fiscale.

68 Le fait générateur ne concerne pas la question de l'espérance légitime que peut avoir le contribuable lorsqu'il réalise une opération dans l'espoir d'obtenir par la suite un avantage fiscal (V. not. CE, plén. fisc., 9 mai 2012, n° 308996).

69 CC, 29 déc. 2005, n° 2005-530 DC, consid. 45.

70 CC, 9 déc. 2016, n° 2016-603 QPC, consid. 8.

71 CC, 22 avr. 2016, n° 2016-538 QPC, consid. 13.

désormais en compte également « les effets qui peuvent légitimement être attendus »⁷⁶ des situations légalement acquises.

Dans une décision du 17 juillet 2015, qui concerne l'imposition des plus-values en matière d'impôt sur les sociétés, le Conseil constitutionnel a indiqué que les dispositions qui s'appliquent aux plus-values dont les faits générateurs de l'impôt sont postérieurs à leur entrée en vigueur « n'affectent pas les règles applicables aux cessions réalisées au cours d'exercices clos antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi, ne portent aucune atteinte à des situations légalement acquises ou aux effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations »⁷⁷. Implicitement, il ressort de cette décision que le fait générateur de la plus-value ne saurait constituer une attente légitime et n'est pas pris en compte ; seul importe le fait générateur de l'impôt qui, en matière d'impôt sur les sociétés est la clôture de l'exercice. Cette décision nous semble tout à fait transposable à l'impôt sur le revenu.

35. Par ailleurs, jusqu'à présent, les décisions du Conseil qui ont reconnu des « effets qui peuvent légitimement être attendus » reposent sur des situations bien spécifiques.

Cela est notamment le cas lorsque la créance fiscale pouvait être identifiée, en cas de prélèvement libératoire⁷⁸ ou concernant des créances de *carry-back*⁷⁹, mais également lorsqu'un régime fiscal était la contrepartie d'une durée de détention⁸⁰. À l'inverse, le Conseil a par exemple considéré que, concernant les compléments de prix, « la soumission à un taux forfaitaire [...] de la plus-value réalisée lors de la cession des titres ne peut être regardée comme ayant fait naître l'attente

76 CC, 19 déc. 2013, n° 2013-682 DC, consid. 14.

77 CC, 17 juill. 2015, n° 2015-475 QPC, consid. 6.

78 CC, 5 déc. 2014, n° 2014-435 QPC. Si le régime des plus-values venait à évoluer et se voir appliquer un régime de prélèvement libératoire, il est possible de penser que le versement de celui-ci empêche la modification *a posteriori* du régime.

79 CC, 17 janv. 2017, n° 2016-604 QPC.

80 CC, 19 déc. 2013, n° 2013-682 DC, consid. 11 et s.

légitime que le complément de prix y afférent soit soumis aux mêmes règles d'imposition »⁸¹.

36. Signalons enfin que lorsqu'il s'est agi de contrôler la conformité à la Constitution de contributions supplémentaires à l'impôt sur les sociétés, instituées pour compenser les pertes budgétaires liées au contentieux de la taxe de 3%, le Conseil constitutionnel a opéré sa recherche à la date du « fait générateur de ces impositions »⁸² et nullement à celle de la réalisation des revenus.

37. Ainsi, le fait générateur de la plus-value n'apparaît pas en mesure de s'opposer à la rétroactivité, même si elle n'est que « petite ». Le transfert de propriété des titres générant une plus-value ne fait pas naître en principe d'attentes légitimes chez le contribuable.

Conclusion

38. Évoquer fait générateur et plus-value sur titres oblige à faire une distinction entre le fait générateur du revenu et celui de l'impôt. Cette distinction est essentielle tant pour déterminer le régime applicable à la plus-value réalisée, même si des doutes existent en particulier en ce qui concerne le report d'imposition, que pour préciser le niveau de protection dont dispose le contribuable face aux évolutions normatives. À ce titre, les multiples réformes du régime des plus-values sur titres ces dernières années conduiront très probablement le juge à clarifier les zones d'ombre qui subsistent en la matière.

P. MISPELON ■

81 CC, 14 janv. 2016, n° 2015-515 QPC, consid. 9.

82 CC, 29 nov. 2017, n° 2017-755 QPC.