

CONSEIL D'ETAT  
SECTION DU CONTENTIEUX

**OBSERVATIONS SUR UN MOYEN D'OFFICE**

**POUR :** **M. et Mme Philippe Langlois**  
demeurant 4, square Alboni  
75016 Paris

Ayant pour avocat :  
M<sup>e</sup> Philippe Derouin  
Avocat au barreau de Paris  
[001576.derouinphilippe@avocat-conseil.fr](mailto:001576.derouinphilippe@avocat-conseil.fr)  
demeurant à Paris, 140, rue du faubourg Saint Honoré (75008)  
Toque : G0046  
[philippe.derouin@cabinet-derouin.com](mailto:philippe.derouin@cabinet-derouin.com)

**CONTRE :** **Le ministre de l'action et des comptes publics**

**A l'appui de la requête n° 411796**

1. Le moyen proposé est tiré de ce que le recours pour excès de pouvoir - introduit par les requérants contre le § 370 du BOFIP BOI-RPPM-PVBMI-30-10-30-10 concernant le cumul du barème progressif et du refus d'abattement pour durée de détention aux plus-values de cession d'actions réalisées de 2013 à 2017 portant sur des titres reçus en échange avant le 1<sup>er</sup> janvier 2000 - ne serait « recevable, compte tenu de l'intérêt dont ils se prévalent, qu'en tant que (ces commentaires) concernent l'imposition de plus-values résultant d'opérations d'échange de titres entre sociétés établies en France, qui n'entrent pas dans le champ de la directive « fusions ». »

Sans que cela soit mentionné dans la communication, ce moyen paraît s'inspirer de la décision n° 414935 du 20 décembre 2017 (mentionnée aux tables du recueil Lebon et reproduite à la RJF 3/18 n°297 avec les conclusions Bohnert) et des observations qui l'accompagnent à la RJF. Selon cette décision et ces observations, la solution concerne le cas où le requérant a invoqué l'incompatibilité de la disposition législative elle-même avec la directive « fusions ». Selon les observations à la RJF, le requérant n'aurait intérêt à contester l'instruction administrative qu'au regard du seul droit français. En conséquence, les conclusions seraient irrecevables en ce qu'elles font référence au droit européen dans une situation interne ; la solution serait justifiée par l'irrecevabilité des conclusions et non par « l'inopérance » du moyen - autrement dit son défaut de pertinence - laquelle a été retenue par le Conseil d'Etat dans le plein contentieux fiscal. Elle serait ainsi de nature à réduire l'intérêt du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des commentaires d'un texte de transposition de directive s'appliquant également aux situations nationales.

Telle n'est pas l'analyse retenue lors du fichage aux tables du recueil Lebon qui mentionnent le caractère inopérant du moyen tiré de ce que les dispositions législatives commentées seraient incompatibles avec les objectifs d'une directive régissant seulement les opérations intéressant des sociétés d'Etats membres différents.

2. Quelle qu'en soit l'analyse, le moyen proposé et le précédent dont il s'inspire tendent à faire échec au droit des justiciables d'invoquer directement le droit de l'Union européenne énoncé par le grand arrêt 26/62 *Van Gend & Loos* de la CJCE du 5 février 1963, dans les cas où le droit de l'Union s'applique par renvoi du droit national, conformément à la jurisprudence *Dzodzi/Leur-Bloem* tout récemment rappelée par la CJUE dans l'arrêt C-327/16 et C-421/16 *Jacob et Lassus* du 22 mars 2018

L'arrêt *van Gend & Loos* énonce que certaines dispositions des traités européens « engendrent dans le chef des justiciables des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder ». Cette jurisprudence a été étendue aux dispositions impératives et précises des directives, telles que la directive « fusions ». Dans sa formulation la plus récente, la jurisprudence *Leur-Bloem* énonce en premier lieu que « les questions posées portent sur l'interprétation des dispositions du droit de l'Union, à savoir celles de la directive fusions » et en second lieu que « dès lors que la législation nationale en cause au principal se conforme, pour les solutions apportées à des situations où l'opération d'échange de titres est purement interne, à celles retenues par la directive fusions, (...) les questions posées par la juridiction de renvoi (relatives à l'article 8 de la directive « fusions ») sont recevables » (points 35 à 37 de l'arrêt C-327/16 *Jacob et Lassus* précité du 22 mars 2018).

Il ressort de la jurisprudence de la Cour et notamment de l'arrêt C-28/95 *Leur-Bloem* (points 24 à 32) que deux des conditions de recevabilité de la question en pareil cas sont 1° que l'interprétation de la directive soit nécessaire à la solution du litige et 2° que la juridiction soit tenue par l'interprétation sollicitée. En déclarant recevable la question d'interprétation de l'article 8 de la directive « fusions » dans l'affaire *Jacob* qui procédait, comme en l'espèce actuelle, d'un échange de titres entre sociétés françaises, la Cour a nécessairement retenu le caractère opérant du moyen et le droit individuel du contribuable à le soulever dans ce contexte. Pour cette raison déjà, le moyen proposé, qui est exactement inverse, ne peut pas être admis.

Puisque la question d'interprétation du droit de l'Union est recevable lorsque la législation nationale se conforme, pour les solutions apportées à des situations où l'opération d'échange de titres est purement interne, à celles retenues par la directive « fusions », le contribuable qui a été partie à un échange de titres purement interne est recevable à se prévaloir de l'interprétation de cette directive. Nier à un justiciable le droit d'invoquer devant la juridiction nationale les dispositions de la directive « fusions » dans un cas où le Conseil d'Etat lui-même « a précisé que la législation en cause au principal, adoptée pour mettre en œuvre la directive fusions, est applicable dans les mêmes conditions aux opérations d'échange de titres, qu'elles soient purement internes ou transfrontalières, dès lors que le contribuable détenteur de titres a sa résidence fiscale en France à la date de l'échange » consisterait donc à refuser au justiciable en question la sauvegarde des droits individuels qu'engendre à son profit le droit de l'Union européenne, en contradiction avec la jurisprudence « *van Gend & Loos* ».

Le Conseil d'Etat ne l'a pas fait, et pour cause, dans sa décision d'assemblée *Jacob* du 31 mai 2016 (n°376980, RJF 8-9/16 n°761 avec conclusions de Mme Cortot-Boucher et la chronique Labrune) qui concernait un litige relevant du plein contentieux fiscal. Pourquoi en irait-il différemment dans le contentieux de l'excès de pouvoir ? Le recours pour excès de pouvoir

n'est-il pas une voie ouverte aux justiciables pour faire sauvegarder les droits individuels que le droit de l'Union européenne engendre à leur profit ? A supposer que le Conseil d'Etat ait l'intention de poursuivre dans la voie du moyen proposé, la difficulté sérieuse que ce moyen pose devrait être soumise à la CJUE par une question préjudicielle.

3. Plus précisément le moyen proposé voudrait faire dépendre la recevabilité d'un grief dans le cadre du recours pour excès de pouvoir de l'intérêt direct et spécifique de celui qui le forme et qui, en l'occurrence, serait lié à la localisation, retenue par la directive « fusions » mais non par la loi française, du siège des sociétés ayant participé à l'opération d'échange de titres.

Outre la difficulté de principe relevée au point 2, le moyen proposé ne peut pas être admis en l'espèce actuelle pour plusieurs raisons, de fait (points 7 à 15 ci-après), de droit (points 16 à 23) et de politique jurisprudentielle (points 6, 10, 21 et 22).

Dans une **première partie**, on montrera que :

1° le commentaire attaqué ne porte pas sur l'imposition de plus-values résultant d'opérations d'échange de titres entre sociétés établies en France, comme l'indique à tort la communication, mais sur l'imposition de plus-values de cession, postérieure au 1<sup>er</sup> janvier 2013, d'actions reçues à l'occasion d'échanges de titres intervenus avant le 1<sup>er</sup> janvier 2000, ce qui est tout différent, et sans distinguer plus que la loi commentée suivant la localisation du siège des sociétés qui avaient alors participé à l'opération d'échange de titres ;

2° à la différence du précédent cité, les requérants demandent l'annulation du commentaire contesté parce qu'il méconnaît le sens et la portée des dispositions législatives commentées, telles qu'elles doivent être interprétées à la lumière de la directive « fusions » et spécialement du récent arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne C-327/16 et C-421/16 *Jacob et Lassus* du 22 Mars 2018, mais non pas sur une quelconque incompatibilité des dispositions législatives commentées avec la directive en question. Ce grief tend essentiellement à appliquer la maxime « *Texte unique, interprétation unique* » à des dispositions qui ne font pas la distinction que suppose le moyen proposé et que l'admission du grief ne tendrait pas davantage à instaurer ;

de sorte que, pour l'ensemble de ces raisons et alors même qu'il serait fondé en droit, **le moyen proposé manque en fait.**

Dans une **seconde partie**, on montrera que, même si le moyen proposé, était opérant :

1° la localisation des sièges des sociétés concernées est sans lien avec les dispositions législatives commentées comme avec leur objet ; de sorte que tend à une discrimination prohibée le moyen qui propose d'apprécier l'intérêt des requérants au regard de cette localisation dépourvue de pertinence ;

2° plus généralement, le filtre de « l'intérêt à soulever un moyen » pratiqué par le Conseil d'Etat dans certains cas et dans un but de sécurité juridique, est limité à la protection de certaines situations particulières et ne concerne pas la critique des dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction ;

3° aucun filtre de « l'intérêt à soulever un moyen » ne saurait faire obstacle à l'obligation de servir l'intention du législateur national de traiter uniformément les situations relevant de sa souveraineté et celles que le législateur européen a traitées dans une directive, ni au droit au recours individuel effectif pour l'application et l'interprétation conforme du droit de l'Union

européenne y compris lorsque ce droit s'applique par renvoi de la législation nationale afin d'éviter toute discrimination ;

4° aucun objectif de sécurité juridique ou de protection de situation particulière, au regard du siège des sociétés ou de l'antériorité au 1<sup>er</sup> janvier 2000 des échanges de titres qui ont donné lieu à la remise des actions cédées, n'est de nature à justifier le traitement fiscal défavorable que prescrit le commentaire contesté ni par suite le filtre de « l'intérêt à soulever un moyen » proposé ;

5° la disposition législative commentée et le commentaire contesté sont indivisibles, notamment au regard de la localisation des sièges des sociétés ayant participé à l'opération d'échange, de sorte que l'annulation encourue est nécessairement totale et que le filtre de « l'intérêt à soulever un moyen » est inopérant ;

**Ainsi, pour l'ensemble de ces raisons, le moyen proposé, qui tend à une discrimination à rebours prohibée, n'est pas fondé en droit**

**Enfin, on rappellera qu'en toute hypothèse le moyen tend à réduire la portée de la jurisprudence *Van Gend & Loos* et à faire échec à l'application concrète de la jurisprudence *Dzodzi*, dans le recours pour excès de pouvoir de sorte que sa conformité au droit de l'Union européenne mériterait d'être vérifiée par la CJUE.**

4. En vue de procéder à l'examen, on se permettra de rappeler la distinction entre l'interprétation de la loi conformément aux objectifs de la directive et le refus d'application de la loi incompatible avec les termes de la directive. Pour ce faire, le mieux est probablement de citer, même un peu longuement, les conclusions de M. le rapporteur public Edouard Crépey sur la décision *Technicolor* du 14 décembre 2014 (BDCF 3/15 n°28) :

(a) Tout d'abord

*« il est bien établi qu'une directive peut également être invoquée à propos d'opérations réalisées entre sociétés d'un même Etat pourvu qu'à l'occasion de sa transposition en droit interne, le législateur national ait entendu, afin le plus souvent d'éviter des discriminations à rebours à l'encontre des ressortissants nationaux, appliquer le même traitement aux situations internes et à celles régies par le droit européen. C'est ainsi, d'une part, qu'en pareil cas la Cour de Luxembourg ne décline pas sa compétence pour connaître de questions préjudicielles qui lui sont renvoyées par des juridictions nationales pourtant saisies au principal de situations purement internes (voyez ainsi CJCE 17 juillet 1997 C-28/95 plén., Leur-Bloem: RJF 10/97 n° 1002, note Ph. Derouin Dr. fisc. n° 38/97 p. 1100 et CJCE 15 janvier 2002 C -43/00, Andersen og Jensen : RJF 4/02 n° 458, conclusions A. Tizzano au BDCF 4/02 n° 55, étude P. Dibout Dr. fisc. n° 27/02 p. 991- (auxquels on doit ajouter désormais CJUE 22 Mars 2018 C-327/17 et C-421/16 Jacob et Lassus, spécialement aux points 32 à 37) - à propos de la 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'Etats membres différents ; et pour des exemples mettant (...) en cause la directive mère-fille, cf. CJCE 22 décembre 2008 C-48/07, Belgique c/ Les Vergers du Vieux Tauves SA : RJF 3/09 n° 305 et CJUE 18 octobre 2012 C-371/11, Punch Graphix Prepress Belgium NV : RJF 1/13 n° 124) ; c'est ainsi, d'autre part, que le cas échéant vous interprétez de vous-mêmes le texte national à la lumière de la directive (CE 17 juin 2011 n° 324392, SARL Méditerranée automobiles et n° 314667, Société Finaparco : RJF 10/11 n° 1035, chronique M<sup>me</sup> C. Raquin RJF 11/11 p. 1019, conclusions P. Collin BDCF 10/2011 n° 110, note P.-F. Racine Dr. fisc. 37/11 c. 502, note S. Austria FR 37/11 inf. 13 p. 17).*

Comme le relève le président Ph. Martin dans une récente note (Dr. fisc. 41/14 c. 569), il ne s'agit pas en pareille hypothèse d'une interprétation neutralisante classique, la directive ne s'imposant naturellement pas en tant que norme supérieure en dehors de son champ d'application. Il est simplement question de tirer les conséquences de ce qu'un même texte régit à la fois des situations purement nationales et des situations régies par le droit européen. Pour reprendre la formule du président Fouquet (Dr. fisc. 10/13 c. 185) : « **Texte unique, interprétation unique** », et dès lors que dans le champ du droit de l'Union l'interprétation de la loi nationale est, autant que faire se peut, dictée par celui-ci, le droit interne, sans perdre son caractère interne, est ipso facto contaminé par le droit européen. En assurant cette cohérence, le juge ne fait au demeurant que **servir l'intention du législateur de traiter uniformément les situations relevant de sa seule souveraineté et celles dont le législateur européen s'est par ailleurs saisi.** »

(b) En deuxième lieu

« Mais, comme vous l'avez précisé dans une décision Société Ambulances de France (CE 30 janvier 2013 n° 346683 : RJF 4/13 n° 392 avec chronique M<sup>me</sup> E. Bokdam-Tognetti p. 331, conclusions M<sup>me</sup> C. Legras au BDCF 4/13 n° 42, observations O. Fouquet précitées à Dr. fisc. 10/13 c. 185 et JCP E 2013 n° 1178) rendue - comme les arrêts SARL Méditerranée automobiles et Société Finaparco - à propos du régime des fusions, il faut en second lieu, même en présence d'un texte unique applicable tant aux opérations purement françaises qu'aux opérations entre sociétés d'Etats membres différents, que la lettre contraire de ce texte ne fasse pas obstacle au recours à la technique de l'interprétation neutralisante ».

En ce sens, la décision *Technicolor* retient :

« que, le législateur n'ayant pas entendu traiter différemment les situations concernant uniquement des sociétés françaises et celles qui, concernant des sociétés d'Etats membres différents, sont seules dans le champ de la directive, **les dispositions en cause doivent en conséquence être interprétées à la lumière de ses objectifs, dès lors qu'une telle interprétation n'est pas contraire à leur lettre** ». Cette formule est intégralement reprise dans l'analyse au recueil Lebon.

5. Dans ses conclusions, M. le rapporteur public Edouard Crépey ajoutait :

« Les efforts interprétatifs que comporte l'office du juge pour éviter de placer la France en infraction par rapport à ses engagements européens trouvent leurs limites naturelles dans les objections de texte qu'il rencontre sur son chemin. Face à un texte clair, il est le cas échéant contraint de prendre acte de ce que la France n'a pas ou a incomplètement assuré la réalisation des objectifs poursuivis par une directive, et de ne pas se placer dans la lumière de cette dernière pour interpréter la loi nationale ; en présence d'une opération transfrontalière il écartera, saisi d'un moyen en ce sens (CE 11 janvier 1991 n° 90995 sect., SA Morgane : RJF 2/91 n° 219 avec conclusions M<sup>me</sup> M.-D. Hagelsteen p. 83 et RFDA 1991 p. 652 ; cf. aussi la contribution du président Labetoulle aux *Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Paris : Dalloz, 2014, p. 907), la loi nationale contraire, cependant que dans le champ purement interne il appliquera cette dernière dans sa sécheresse. »

Cependant,

- d'une part, le critère retenu par le Conseil d'Etat, et repris pour le fichage de la décision *Technicolor* au recueil Lebon, a été la contrariété de la lettre du texte national et non

pas sa « clarté ». Tel a été le cas le cas des affaires *Metro Holding* et *AFEP*, cependant que tel n'est pas le cas en l'espèce actuelle ;

- d'autre part, la dernière proposition de M. Crépey, qui suppose ainsi une incompatibilité entre la lettre du texte national et les objectifs de la directive, conduit à se demander si elle est compatible avec l'hypothèse de base, à savoir « *l'intention du législateur de traiter uniformément les situations relevant de sa seule souveraineté et celles dont le législateur européen s'est par ailleurs saisi.* » « *afin d'éviter les discriminations à rebours* ».

Comment peut-on appliquer aux situations internes la loi nationale « dans sa sécheresse » et une autre solution aux situations visées par la directive sans traiter différemment ce que le législateur a voulu traiter uniformément ? ni créer ainsi des discriminations à rebours, contestables en elles-mêmes et que le législateur a entendu éviter ?

La question a été résolue en jurisprudence par l'application uniforme de la solution plus favorable prévue par la directive, tant aux situations internes ou intéressant des pays tiers qu'aux situations visées par la directive, autrement dit en écartant la discrimination à rebours, même en cas d'incompatibilité de la lettre de la loi nationale avec la directive.

Tel a été l'apport de la décision *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques* du 6 octobre 2008 (n°310146) dans le contentieux de l'excès de pouvoir dirigé contre des textes réglementaires, confirmée par la jurisprudence *Metro Holding* du Conseil constitutionnel et la décision d'assemblée *Marc Jacob* précitée au plein contentieux fiscal puis par les décisions *AFEP et autres* dans le recours pour excès de pouvoir assorti de QPC dirigé contre une instruction fiscale. La raison retenue par le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel pour exclure toute discrimination à rebours est simple : **la différence de lieu d'établissement ou de localisation des sièges des sociétés n'est pas en rapport avec l'objet de la mesure** législative ou réglementaire nationale.

Peu importe que, pour le législateur européen, la diversité des sièges ou des lieux d'établissement et la référence à des opérations transnationales aient paru pertinentes en raison d'une certaine conception, qui prévalait à l'époque mais ne semble plus avoir cours, du principe de subsidiarité du droit de l'Union européenne, lequel ne concerne que les rapports institutionnels entre l'Union et les Etats membres. Dès lors que, sur le fond du droit, la localisation des sièges ou autres lieux d'établissement n'est pas en rapport avec l'objet de la disposition nationale, ou que le législateur national a retenu un autre critère plus large de territorialité, comme c'est le cas en l'espèce actuelle, le principe de subsidiarité et son corollaire sont sans portée : la solution favorable prescrite par la directive doit être étendue.

La même solution s'impose sur un deuxième terrain en cas d'**indivisibilité de la disposition** nationale. Le Conseil d'Etat a procédé ainsi dans sa décision *Layher* n° 399506 du 29 mars 2017, aux conclusions de M. Romain Victor à la RJF 6/17 n°614, en retenant que « *Les dispositions du (texte législatif) étant, dans leur ensemble, incompatibles avec ces stipulations conventionnelles, les énonciations du paragraphe (contesté) de l'instruction attaquée, (...) qui prescrit d'en faire application, ne peuvent être regardées comme divisibles* » pour prononcer l'annulation totale du commentaire contesté.

On verra dans la seconde partie, au point 20, les conséquences qu'il y a lieu d'en tirer sur le mérite du moyen proposé.

6. Comme dit ci-dessus au point 2, la discussion sur le caractère opérant du moyen tiré de la directive hors des cas qu'elle prévoit a quelque chose de paradoxal au vu de la jurisprudence *Dzodzi /Leur-Bloem* de la CJCE et du récent arrêt *Jacob et Lassus* du 22 mars 2018: si la Cour de justice s'est reconnue compétente pour interpréter le droit européen - et spécialement les directives telles que la directive « fusions » - en pareil cas, c'est bien parce que le moyen est recevable et opérant lorsque le législateur national a étendu le régime de la directive hors du champ qu'elle prévoyait, de sorte que le droit européen est applicable par renvoi du droit national.

Antérieurement à la prohibition de la discrimination à rebours par la décision *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques* du 6 octobre 2008 (n°310146) et à l'introduction de la procédure de contrôle de constitutionnalité des lois promulguées, la question n'avait donné lieu qu'à une décision du Conseil d'Etat (17 janvier 2007 n° 262967 *Banque fédérative du Crédit mutuel*. Rec. T 775 ; RJF n°406 ; concl. Vérot au *BDCF n°43*), demeurée isolée et non fichée sur ce point au recueil Lebon. Cette décision n'avait connu aucun écho jusqu'à la décision n° 414935 du 20 décembre 2017 précitée, d'où l'intérêt, voire l'audace de cette dernière, qui semble avoir justifié sa mention aux tables du recueil Lebon.

Comme le montre le fichage de cette dernière décision, notamment sous la rubrique « *Procédure – Pouvoirs et devoirs du juge – Questions générales – Moyens inopérants* », la solution n'est pas propre au recours pour excès de pouvoir. Sa portée ne serait-elle qu'implicitement limitée à ce recours en ce qu'elle s'écarte des précédents *Technicolor*, *Metro Holding* et *Marc Jacob*, jugés au plein contentieux fiscal et à la condition d'oublier qu'elle est aussi contraire au précédent *AFEP et autres* ? La fiche au Lebon n'envisage pas une telle limitation de portée implicite, alors qu'elle l'aurait probablement mentionnée si tel avait été le cas.

Plus grave encore, s'il est possible : la décision n° 414935 du 20 décembre 2017 précitée tendrait-elle à réserver le bénéfice de la jurisprudence *Dzodzi/Leur-Bloem* aux grandes entreprises, qui réalisent à la fois des fusions et opérations assimilées dans un cadre national et participent à des opérations similaires avec des sociétés d'autres Etats membres, pour en priver les actionnaires particuliers qui n'ont pas cet éventail d'expériences ?

Même limitée au recours pour excès de pouvoir, cette solution contraindrait les particuliers à recourir au contentieux fiscal individuel - avec les coûts, les lenteurs et autres obstacles qu'il engendre - pour faire reconnaître leur intérêt commun. Ce serait oublier que, comme l'ont montré le précédent *Leur-Bloem* et les plus récentes décisions *Jacob et Lassus* du Conseil d'Etat et de la Cour de justice, l'article 8 des directives « fusions » s'applique aux particuliers qui participent, ou ont participé dans le passé, à un échange d'actions au sens de cette directive alors même qu'il s'agirait d'une opération ponctuelle de fusion de sociétés ou d'échange d'actions assimilée, y compris dans un cadre national. Pour les investisseurs de portefeuille tels que les requérants, l'égalité de traitement fiscal s'impose encore en application de la libre circulation des capitaux quel que soit le siège des sociétés participant à l'opération (sauf difficulté d'échange d'informations à des fins fiscales). Discriminer ainsi à l'encontre des investisseurs particuliers en actions est injustifiable. Comme on va le voir dans la seconde partie, la décision n° 414935 du 20 décembre 2017 a tout faux.

Une orientation si restrictive serait d'une opportunité douteuse au regard du droit au recours effectif, internationalement et constitutionnellement protégé, de l'effet direct du droit de

l'Union européenne et de la vocation du juge administratif à servir, y compris par le recours pour excès de pouvoir, l'intention du législateur de traiter uniformément les situations relevant de sa seule souveraineté et celles dont le législateur européen s'est par ailleurs saisi, de manière à éviter la discrimination à rebours.

## PREMIERE PARTIE : LE MOYEN PROPOSE MANQUE EN FAIT

7. Aux termes de la jurisprudence *Duvignères*, « *les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction doivent être regardées comme faisant grief, tout comme le refus de les abroger ; que le recours formé à leur encontre doit être accueilli si ces dispositions fixent, dans le silence des textes, une règle nouvelle entachée d'incompétence ou si, alors même qu'elles ont été compétemment prises, il est soutenu à bon droit qu'elles sont illégales pour d'autres motifs ; qu'il en va de même s'il est soutenu à bon droit que l'interprétation qu'elles prescrivent d'adopter, soit méconnaît le sens et la portée des dispositions législatives ou réglementaires qu'elle entendait expliciter, soit réitère une règle contraire à une norme juridique supérieure* ».

Au cas présent, les commentaires figurant au paragraphe contesté du Bofip comportent des dispositions impératives à caractère général, applicables au cas des requérants. Pas plus que la loi qu'ils entendent expliciter, ces commentaires ne distinguent entre les opérations franco-françaises et les cessions d'actions faisant suite à un échange entre sociétés d'Etats membres différents de l'Union européenne. Pour apprécier le sens et la portée des dispositions législatives que commente une instruction administrative, telle que le BOFIP précité, il est pertinent d'invoquer une directive communautaire en vue de faire prévaloir une interprétation unique de la loi qui soit conforme aux objectifs de la directive. Ce faisant, les requérants ne présentent pas un moyen tiré de ce que les commentaires attaqués réitéreraient des dispositions législatives incompatibles avec les objectifs de la directive.

Bien au contraire, **l'interprétation conforme étant le principe qui s'impose au juge tant qu'elle ne heurte pas la lettre contraire de la loi**, le principe est donc la recevabilité du recours tendant à une telle interprétation, y compris dans les situations franco-françaises. Dans cet exercice, le juge administratif est nécessairement appelé à s'interroger et se prononcer sur la compatibilité de l'interprétation conforme à la directive avec la lettre de la loi : **cette vérification relève de l'examen au fond et non pas de la recevabilité ou de la pertinence du moyen.**

8. **Au cas présent**, les requérants ne soutiennent nullement, et pour cause, que la lettre de la loi – qu'il s'agisse de l'article 150-0 D du code général des impôts ou des autres dispositions législatives pertinentes citées dans la requête ou la réplique – serait incompatible avec les obligations découlant de la directive « fusions ».

**En premier lieu, les requérants ont proposé**, dès les points 10 à 14 de leur requête et aux points 4 à 12 de la réplique **deux méthodes alternatives – fondées tant sur la lettre des textes législatifs pertinents que sur la jurisprudence du Conseil d'Etat – de nature à donner de ces textes une interprétation conforme aux objectifs de la directive « fusions » et spécialement de son article 8 (paragraphe 2 devenu 6).**



**Loin de prétendre que la lettre des dispositions en cause serait contraire aux objectifs de la directive, ils soutiennent expressément qu'elle est conforme à ces objectifs.**

Les requérants critiquent le commentaire administratif du Bofip et non pas les dispositions commentées :

« **C'est donc à tort que**, méconnaissant l'objectif clair et précis de la directive « Fusions », et notamment le paragraphe 2 de l'article 8, **le commentateur au BOFIP a cru pouvoir énoncer** : « *Les plus-values placées en report d'imposition pour lesquelles le report expire à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013 sont donc imposables au barème progressif de l'impôt sur le revenu. S'agissant d'une règle d'assiette, les abattements prévus au 1 de l'article 150-0 D du CGI et à l'article 150-0 D ter du CGI ne s'appliquent pas à ces plus-values.* » » (point 16 de la requête).

Ils font expressément valoir que : « La dissociation qu'opère ce dernier paragraphe est critiquable car elle ne trouve aucun soutien dans la loi, comme on vient de le voir. La première phrase n'est pas conforme à la décision du Conseil d'Etat de 2015, tandis que la deuxième est incompatible tant avec la jurisprudence de Section du contentieux du Conseil d'Etat relative à l'abattement de 20% sur les salaires et la simultanéité voulue par le législateur qu'avec l'exigence de neutralité de l'article 8 de la directive « Fusions » » (point 17 de la requête). Autrement dit, **ce n'est pas la loi, mais ce que l'administration a ajouté à la loi qui est hors de la marge de transposition de la directive.**

Ce n'est pas la loi, encore moins la lettre de la loi, mais le paragraphe critiqué du Bofip qui a créé le dispositif hybride contesté – qui panache pour partie les dispositions applicables aux cessions antérieures au 1<sup>er</sup> janvier 2013 et pour partie aux dispositions applicables aux cessions postérieures au 1<sup>er</sup> janvier 2013, en quelque sorte à la manière d'un mythe antique (Sphinx ou Minotaure) ou d'un jeu surréaliste – au détriment d'une catégorie d'opérations d'échange d'actions, au seul prétexte qu'elles ont eu lieu plus de treize ans auparavant, afin de priver les contribuables de l'abattement maximal pour durée de détention qui découle des nouveaux textes.

9. **Les requérants ont souligné ensuite que leur demande « conduit à interpréter les dispositions pertinentes de la loi à la lumière des objectifs des directives** européennes sur le régime fiscal commun des fusions de sociétés (90/434/CE et 2009/133/CE) et spécialement du paragraphe 2, devenu paragraphe 6, de l'article 8 de ces directives, que ces dispositions tendent à transposer pour l'imposition des particuliers » (point 1 de la réplique).

Ils ont précisé :

« il y a lieu, conformément à la jurisprudence constante sur ce point de la Cour de justice et du Conseil d'Etat, d'interpréter les dispositions qui régissent l'imposition de ces plus-values à la lumière de la disposition commune aux deux versions successives de la directive « fusions » » (point 2 de la réplique) ;

« la probabilité que la Cour de justice interprète les paragraphes 2 ou 6 de l'article 8 des directives comme permettant à un Etat-membre d'appliquer un régime tel que celui décrit au § 370 du Bofip contesté est vraisemblablement négligeable ».

« Les dispositions des articles 94 de la loi de finances pour 2000, n° 99-1172 du 29 décembre 1999, 10 de la loi de finances pour 2013, n° 2012-1509 du 29 décembre 2012, et 17 de la loi de

finances pour 2014, n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 doivent donc être interprétées à la lumière de ces exigences, y compris leurs règles spécifiques d'application dans le temps. » (point 3 de la réplique).

« l'application différenciée dans le temps des nouvelles modalités d'imposition définies par la loi, qu'opère le paragraphe 370 du BOFIP BOI-RPPM-PVBMI-30-10-30-10, procède d'une violation de la loi, et spécialement des dispositions combinées de l'article 94 de la loi de finances pour 2000 et du V de l'article 10 de la loi 2012-1509, lues en tant que de besoin à la lumière du paragraphe 2, devenu 6 de l'article 8 de la directive « fusions » dans ses versions successives » (point 13 de la réplique).

**Répété six fois au moins, il ne s'agit clairement pas d'un moyen d'incompatibilité de la loi avec la directive mais d'interprétation de la loi à la lumière de la directive.**

10. Depuis l'arrêt C-327/16 et 421/16 *Jacob et Lassus* du 22 mars 2018, on sait que le moyen est fondé puisque la Cour de justice a notamment relevé, aux points 49, 58 et 59 de son arrêt :

« 58 (...) il résulte de l'article 8, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la directive fusions que l'impératif de neutralité fiscale prévu à l'occasion de l'opération d'échange de titres en vertu du paragraphe 1 de cet article 8 n'empêche pas les États membres d'imposer la plus-value résultant de la cession ultérieure des titres reçus en échange de la même manière que la plus-value qui résulte de la cession des titres existant avant l'acquisition.

59 Cet article 8, paragraphe 2, deuxième alinéa, reconnaît ainsi le droit des États membres disposant de la compétence fiscale sur la plus-value afférente à l'opération d'échange de titres, mais qui, en application du paragraphe 1 de cet article 8, ont été empêchés d'exercer cette compétence lors de cette opération d'échange, de l'exercer à la date de la cession ultérieure des titres reçus en échange. »

Et, au point 55 du même arrêt :

« Cette conclusion ne saurait être remise en question par la simple circonstance que la plus-value issue de l'opération d'échange de titres est constatée à l'occasion de cette opération. À cet égard, il convient de préciser qu'**une telle constatation constitue seulement une technique permettant à l'État membre qui dispose de la compétence fiscale sur les titres existant avant l'opération d'échange, mais qui, en vertu de l'article 8, paragraphe 1, de la directive fusions, a été empêché de l'exercer à cette occasion, de préserver sa compétence fiscale et de l'exercer ultérieurement, à savoir à la date de la cession des titres reçus en échange, conformément à l'article 8, paragraphe 2, deuxième alinéa, de cette directive.** »

Autrement dit, par l'interprétation neutralisante de la loi française à la lumière de la directive, la Cour de justice a clairement exclu l'un des effets les plus nocifs de la théorie de la « cristallisation » prônée par l'administration sur le fondement d'une décision isolée du Conseil d'Etat, mais qui n'a aucun soutien textuel dans la lettre de la loi : ni dans celle qui a prévu le report d'imposition, ni dans celles qui ont successivement régi l'imposition des plus-values de cessions et leur application dans le temps.

Voudrait-on à toute force voir dans la décision de la Cour, et spécialement ce point 55, une condamnation de la lettre de la loi fiscale antérieure au 1er janvier 2000 en ce que, faute de se borner à une constatation de la plus-value d'échange, le report d'imposition alors en vigueur

aurait été, par les conséquences qu'il comportait, contraire au premier paragraphe de l'article 8 de la directive ? Ce serait aller à l'encontre des termes de l'arrêt qui énonce expressément le contraire.

A supposer même qu'un esprit fertile envisage une requalification des termes de l'arrêt pour conclure à l'incompatibilité de la loi sur le report d'imposition avec la directive « fusions », celle-ci serait acquise et les requérants auraient un intérêt personnel et direct à demander l'annulation des conséquences que le commentaire attaqué en a tirées à l'égard de tous les échanges de titres sans plus distinguer que la loi selon la localisation des sièges des sociétés qui ont participé à l'opération.

Il serait provoquant de déclarer irrecevable, par une fin de non-recevoir telle que proposée, un moyen d'interprétation de la loi à la lumière de la directive dont la Cour de justice vient de reconnaître le bien fondé en donnant une interprétation neutralisante du mécanisme français du report d'imposition qui le rapproche du sursis d'imposition en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2000.

11. La situation de la présente espèce est toute différente de celle qui a donné lieu à la décision n° 414935 du 20 décembre 2017 précitée aux termes de laquelle le Conseil d'Etat a jugé que le requérant d'alors ne pouvait pas « *utilement se prévaloir de ce que les dispositions de l'article 150-0 B ter du CGI seraient incompatibles avec les objectifs de cette directive* ».

Le texte était contesté en ce qu'il concernait la sanction du dépassement du seuil de 10% prévu en des termes identiques par la loi et la directive comme condition de la neutralité fiscale des échanges d'actions : la sanction devait-elle être l'imposition de la soultte ou l'imposition de l'ensemble de la plus-value ?

Au cas présent, non seulement le texte législatif et la disposition concernée de la directive « fusions » ne sont pas les mêmes mais en outre :

- d'une part, comme rappelé ci-dessus au point 9, la critique des requérants ne porte pas sur l'incompatibilité des dispositions législatives commentées mais sur l'analyse erronée qu'en a fait le commentaire administratif ;
- d'autre part, comme dit au point 8, les requérants ont proposé d'eux-mêmes des interprétations littérales de la loi conformes à l'obligation pour le juge d'interpréter les dispositions en cause à la lumière de la directive ;
- sans compter que, comme on vient de le voir au point 10, la Cour de justice s'est prononcée dans un sens favorable à leur thèse, ce qui n'était pas le cas dans la précédente affaire.

A tous égards, la fin de non-recevoir envisagée manque donc en fait et c'est à juste titre que le ministre, qui manque rarement une occasion de s'opposer à l'application de la directive « fusions » dans les opérations internes, ne l'a pas soulevée.

12. Vainement soutiendrait-on que le moyen d'interprétation de la loi à la lumière de la directive dégènerait en un moyen d'incompatibilité de celle-ci avec les objectifs de la directive lorsque le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel ont précédemment retenu une

interprétation différente des mêmes dispositions législatives dans des affaires similaires ou voisines alors que le moyen tiré du droit de l'Union européenne et de la transposition de directives n'avait pas été soulevé.

Tel est le cas, en l'espèce actuelle, des décisions et conclusions analysées aux points 14 à 19 de la réplique pour lesquelles ni le Conseil d'Etat ni le Conseil constitutionnel n'ont été appelés à prendre en considération la lumière de la directive « fusions » pour interpréter les dispositions législatives qu'ils avaient à examiner. Aucun d'eux ne l'a relevé d'office.

**(a) Interprétation antérieure n'équivaut pas à lettre contraire de la loi.**

13. En dépit de leur autorité respective, les interprétations de la loi retenues par les décisions de l'une ou l'autre juridiction n'ajoutent pas à la lettre de la loi, seule pertinente pour faire échec à l'interprétation conforme à la directive (voir la jurisprudence *Technicolor* et le point 4 ci-dessus).

Faute que ce critère formel soit vérifié en l'espèce actuelle, la fin de non-recevoir proposée ne peut pas être retenue.

**(b) Fragilité de la chose jugée sur l'interprétation antérieure de la loi sans prise en compte du droit de l'Union européenne**

14. Au critère formel qui précède s'ajoute celui de la place du droit de l'Union européenne dans la conception actuelle de l'office du juge administratif français.

En raison de la jurisprudence de Section *Morgane* précitée ( CE 11 janvier 1991 n° 90995 sect., *SA Morgane* : RJF 2/91 n° 219 avec conclusions M.-D. Hagelsteen p. 83), le juge administratif français n'est jamais tenu de relever d'office un moyen tiré du droit de l'Union européenne, encore moins d'une directive. En conséquence, il n'est pas tenu d'interpréter d'office les dispositions législatives ou réglementaires concernées à la lumière des directives pertinentes. Par suite, toute interprétation de la loi qui résulte de décisions rendues sans que le moyen ait été soulevé est dépourvue d'autorité de chose jugée sur ce point et nécessairement exposée au risque de devoir être reconsidérée dès qu'une directive européenne est invoquée.

La prescription d'interprétation conforme, qui découle de l'effet direct du droit de l'Union européenne même lorsqu'il s'applique par renvoi du droit national, comme celle de l'interprétation unique du texte unique, qui découle de l'obligation de servir l'intention du législateur de traiter uniformément les situations relevant de sa seule souveraineté et celles dont le législateur européen s'est par ailleurs saisi, impliquent l'obligation pour le juge administratif français de reconsidérer son interprétation antérieure en retenant désormais au premier chef les objectifs de la directive. Ainsi une interprétation antérieure de la loi fiscale sur les opérations assimilables à des fusions, fondée sur des textes ou des précédents qui avaient paru pertinents ou transposables en l'absence des lumières de la directive, doit être écartée par une interprétation nouvelle si le résultat auquel aboutissait l'interprétation antérieure n'apparaît plus conforme aux objectifs de la directive « fusions » sans que cela implique un défaut de conformité de la loi en question.

Peu importe que, pour le contrôle de la constitutionnalité des lois, le Conseil constitutionnel ait retenu, notamment dans la décision *Metro Holding*, les dispositions législatives critiquées dans l'interprétation qu'en a précédemment donnée le Conseil d'Etat dans des affaires où le droit

européen n'avait pas été invoqué. D'une part, le Conseil constitutionnel a fixé les limites de son propre contrôle de la conformité des lois au droit de l'Union européenne et notamment des dispositions dérivées. D'autre part, faute que la question de droit européen lui ait été soumise, voire qu'elle soit de sa compétence, la décision du Conseil constitutionnel ne peut avoir aucune autorité de chose jugée sur la question et ne s'impose donc pas sur l'interprétation de la loi, même déclarée conforme à la Constitution, lorsque cette interprétation doit être revue à la lumière d'une directive européenne non invoquée précédemment.

L'interprétation de la loi à la lumière de la directive pour lui donner un sens ou une portée différente de celle précédemment dégagée est un « *changement intervenu depuis la précédente décision dans les circonstances de droit ou de fait qui affectent la portée de la disposition législative critiquée* », c'est-à-dire un changement de circonstances au sens du 2° de l'article 23-2 de la loi organique sur le Conseil constitutionnel et de la jurisprudence du Conseil sur ce texte (décisions n° 2017-642 QPC et autres du 7 juillet 2017), de nature à faire obstacle à l'autorité de la chose jugée par la précédente déclaration de conformité.

Faute d'autorité de chose jugée sur l'interprétation de la loi par les décisions antérieures, rendues sans que les autorités aient été saisies de moyen tiré de directives européennes, ni l'aient relevé d'office, demander une nouvelle interprétation de la loi à la lumière de la directive pour lui donner un sens ou une portée différente de celle précédemment dégagée ne tend pas à l'incompatibilité de la loi avec les objectifs de la directive. Pour cette raison encore, et même dans le contexte, le moyen d'interprétation conforme est recevable y compris dans une situation franco-française.

15. L'analyse qui précède est illustrée par les décisions intervenues sur la directive « fusions ».

Les décisions *SARL Méditerranée Automobiles* et *Finiparco* (CE 17 juin 2011 n° 324392 et 314667) citées dans la réplique en sont deux exemples. Alors qu'avant de prendre en considération la directive « fusions », le Conseil d'Etat interprétait les dispositions fiscales relatives aux sociétés à la lumière de celles de la loi sur les sociétés commerciales, il a fait référence à la directive « fusions » pour changer son interprétation, assimiler des dissolutions décidées par un actionnaire unique à des fusions et aboutir ainsi à des solutions opposées. Ce changement de méthode d'interprétation n'a aucunement impliqué une quelconque incompatibilité de la loi avec la directive et a pu intervenir dans des situations franco-françaises.

Tel est également le cas des conséquences que l'administration, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel ont cru pouvoir déduire de la transposition de la jurisprudence *Chaisemartin* (CE 10 avril 2002 n°226886), alors que ces autorités n'avaient pas été invitées à prendre en considération les exigences de la directive « fusions ». Comme indiqué au point 16 de la réplique, ce précédent concerne l'imposition de plus-values professionnelles en l'absence de texte spécifique d'application de la loi dans le temps alors que les litiges concernent l'imposition de plus-values de cessions de particuliers en présence de textes spécifiques d'entrée en vigueur des lois successives dans le temps. En l'absence des lumières de la directive « fusions », cette référence a pu paraître pertinente, voire conclusive et emporter les décisions précitées du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel.

A la lumière du résultat prescrit par l'article 8 paragraphe 2 ou 6 des versions successives de la directive « fusions », et de l'arrêt C-327/17 et C-421/16 *Jacob et Lassus* du 22 mars 2018,

spécialement aux points 49, 55, 58 et 59, la référence au précédent *Chaisemartin* doit être reconsidérée, voire abandonnée au profit d'une interprétation plus conforme au résultat prescrit par la directive « fusions » et son interprétation par la Cour de justice. Pas plus que dans les affaires *SARL Méditerranée Automobiles* et *Finiparco*, le changement d'interprétation demandé n'implique une quelconque incompatibilité de la loi, même déclarée conforme à la Constitution, avec la directive « fusions ». S'agissant d'un changement qui affecte la portée de la disposition législative, il peut donc intervenir dans une situation d'échange d'actions, tel que défini à l'article 2 de la même directive « fusions », y compris lorsqu'il porte sur des titres de capital (actions ou parts sociales) de sociétés françaises.

En l'espèce actuelle, les méthodes alternatives d'interprétation de la loi, proposées aux points 10 à 14 de la requête et aux points 4 à 12 de la réplique – fondées tant sur la lettre des textes législatifs pertinents que sur la jurisprudence du Conseil d'Etat – méritent d'être considérées à la lumière du résultat prescrit par l'article 8 paragraphe 2 ou 6 des versions successives de la directive « fusions » et de l'arrêt C-327/17 et C-421/16 *Jacob et Lassus* de la CJUE du 22 mars 2018, alors même que, prises isolément et sans considération de la directive, l'une ou l'autre méthode pourrait être écartée au regard du seul droit français. Les examiner au regard du seul droit français avant de prendre en considération la directive « fusions » désormais invoquée ne serait pas seulement dépourvu de pertinence ; plus grave, ce serait un manquement à l'obligation d'interprétation conforme et une méconnaissance de la jurisprudence d'Assemblée *Jacob* du 31 mai 2016 (n° 393881). Pour cette raison encore, la fin de non-recevoir proposée ne peut pas être admise.

La situation est ici opposée à celle qui prévaut pour l'application des conventions fiscales bilatérales. Ces dernières conduisent, le cas échéant, à écarter l'application de la loi fiscale interne, d'où leur examen d'office s'agissant du champ d'application de la loi mais subsidiaire à l'examen de la portée de la loi interne. En revanche **l'interprétation conforme à la directive découle de l'intégration du droit européen à l'ordre juridique interne, elle est un guide pour l'examen des dispositions nationales dont elle n'affecte pas le champ d'application mais la portée ; son application n'est pas d'office mais elle est prioritaire.**

C'est donc, à tort, et contrairement d'ailleurs à la leçon de la décision d'assemblée *Jacob* que, dans sa décision n° 414935 précitée du 20 décembre 2017, le Conseil d'Etat s'est prononcé sur la question prioritaire de constitutionnalité avant d'examiner les moyens de la requête tirés du droit européen ni indiquer en quoi le grief alors présenté tendait à l'incompatibilité de la loi avec la directive plutôt qu'à son interprétation conforme.

Plus concrètement encore, dans l'exercice de son office - tel qu'exposé par la décision « *Fondation de France* » - d'écarter de lui-même, quelle que soit l'argumentation du défendeur, un moyen qui lui paraît infondé, au vu de l'argumentation qu'il incombe au requérant de présenter au soutien de ses prétentions - le juge administratif de l'impôt devrait conserver le double objectif :

1° d'interpréter la loi conformément à la directive pertinente invoquée ; et  
2° de servir l'intention du législateur de traiter de manière uniforme et conformément au principe voire aux exigences d'égalité de traitement les situations relevant de sa souveraineté et celles des directives européennes d'harmonisation.

Ni la décision n°414935 du 20 décembre 2017 ni les conclusions du rapporteur public sur cette décision ne montre que cette démarche ait été alors suivie.

Il se confirme ainsi que la fin de non-recevoir proposée, qui s'inspire d'une décision de portée limitée rendue au terme d'une démarche contestable, manque en fait.

**SECONDE PARTIE : LE MOYEN PROPOSE, QUI TEND A INTRODUIRE UNE DISCRIMINATION A REBOURS PROHIBEE, EST MAL FONDE EN DROIT**

**16. L'intérêt pour agir en annulation des commentaires litigieux est sans rapport avec la localisation des sièges des sociétés ayant participé à l'opération d'échange d'actions**

Il est de principe que l'intérêt donnant qualité pour agir dépend de l'objet de la demande et non pas de la situation particulière du requérant au regard des moyens présentés (CE 15 mars 1957, n° 31113, *Israël*, Lebon 174).

La fin de non-recevoir proposée est fondée sur le postulat que l'intérêt des contribuables ayant participé à une opération d'échange d'actions visée au commentaire contesté varierait nécessairement selon la localisation des sièges des sociétés ayant participé à l'opération, de sorte que leur qualité pour agir en annulation de ce commentaire dépendrait de cette localisation.

Non seulement ce postulat n'est pas démontré ni n'a vocation à l'être mais surtout :

1° il est sans rapport avec le texte du commentaire contesté, qui ne fait pas de distinction selon la localisation des sièges des sociétés ;

2° la localisation des sièges des sociétés est sans rapport avec l'objet des dispositions législatives commentées, à savoir « *favoriser les restructurations d'entreprises susceptibles d'intervenir par échange de titres en évitant que l'imposition immédiate de la plus-value constatée à l'occasion d'une telle opération, alors que le contribuable ne dispose pas des liquidités lui permettant d'acquitter cet impôt, fasse obstacle à sa réalisation* » ;

3° il est d'une compatibilité douteuse avec les exigences de non-discrimination des stipulations combinées des articles 14 de la CEDH et de l'article 1<sup>er</sup> du Premier protocole additionnel et de la liberté de circulation des capitaux protégée par le TFUE.

Sur les deux critères essentiels de la disposition législative – à savoir la restructuration d'entreprises par échange de titres comme l'absence de liquidités pour acquitter l'impôt - la localisation des sièges des sociétés est indifférente. La seule distinction, pertinente et retenue par le législateur français, qui soit fondée sur la localisation des échanges de titres est liée à l'échange international d'informations à des fins fiscales et traite de la même manière les opérations réalisées en France ou dans un autre Etat de l'Union européenne ou dans un Etat pratiquant un haut niveau d'échange d'informations (2<sup>e</sup> alinéa de l'article 150-0 B du CGI). De même, l'imposition de la plus-value lors de la cession des actions reçues en échange est indifférente à la localisation du siège de la société émettrice des titres cédés, sauf la réglementation particulière aux Etats et territoires non coopératifs.

Comme en a décidé le Conseil constitutionnel à propos du régime des sociétés mères et filiales, (décision n° 2015-520 QPC du 3 février 2016 *Metro Holding*) et de la contribution de 3% sur les dividendes (décision n° 2016-571 QPC du 30 septembre 2016 *Layher*), la localisation des

sièges des sociétés est sans rapport avec l'objet de la loi. Il en va de même pour le régime fiscal des échanges d'actions. La même observation s'applique au regard des stipulations combinées des articles 14 de la CEDH et de l'article 1<sup>er</sup> du Premier protocole additionnel et de la liberté de circulation des capitaux protégée par le TFUE.

Une différence de traitement fiscal de l'échange d'actions fondée sur la localisation des sièges des sociétés participant à l'opération, hors du critère d'échange d'informations à des fins fiscales précité, aurait été très vraisemblablement à la fois contraire au principe constitutionnel d'égalité devant la loi et, pour la même raison, contraire à la CEDH comme au droit de l'Union européenne. C'est probablement une des raisons pour lesquelles le législateur a substitué au critère d'application territoriale de la directive celui tiré de l'accès aux informations à des fins fiscales qu'il a retenu.

A plus forte raison le juge administratif ne peut-il pas fonder une fin de non-recevoir sur une distinction qui se heurterait aux mêmes griefs.

Le moyen proposé est donc discriminatoire.

17. Peu importe qu'à l'appui de leur demande d'annulation du commentaire pour méconnaissance du sens et de la portée des dispositions législatives commentées les requérants invoquent un moyen tiré de la directive « fusions » qui vise les opérations intervenues entre sociétés d'Etats membres différents.

D'une part, comme rappelé plus haut, l'intérêt pour agir s'apprécie au regard de la demande et non pas des moyens.

D'autre part, c'est précisément en excluant le critère de localisation des sièges sociaux, énoncé par la directive pour des raisons institutionnelles propres au droit européen, que le législateur national a aligné le régime fiscal de l'échange d'actions sur celui de la directive « fusions ». Ce faisant, il a rendu pertinente, et obligatoire dès que cela est demandé, l'interprétation de la loi à la lumière de la directive « fusions » dans tous les cas qu'il a visés, y compris au-delà des termes de la directive, le tout en vue d'éviter toute discrimination, notamment à rebours.

**Réintroduire le critère de localisation des sièges sociaux posé par la directive « fusions » comme condition de recevabilité du moyen tiré de la directive pour l'interprétation de la loi tendrait à empêcher les contribuables de faire vérifier, au moyen du recours pour excès de pouvoir, l'application de la loi dans le champ qu'elle s'est fixé, c'est-à-dire les priver du recours effectif auquel ils ont droit, tant par application de la loi nationale que par l'effet direct du droit de l'Union européenne.**

Si les requérants n'avaient pas qualité pour invoquer la directive dans le cas où l'opération d'échange entre dans le champ d'application territorial de la loi mais non pas dans celui de la directive, qui serait recevable à le faire ? Faudrait-il permettre aux contribuables qui ont participé à une opération entrant dans le champ de la directive de présenter le moyen dans l'intérêt des autres ? Si non, qui serait recevable à agir pour contrôler l'application de la loi à la lumière de la directive dans l'espace défini par le législateur national au-delà de la directive ? Personne ? Il n'est pas au pouvoir, ni dans la mission, du juge administratif de faire ainsi obstacle au contrôle de légalité qui est sa vocation et sa raison d'être. Au vu de la jurisprudence *Van Gend & Loos*, il ne pourrait pas le faire sans consulter la Cour de Justice, à supposer que la question apparaisse encore sérieuse.



La fin de non-recevoir proposée n'est pas seulement discriminatoire ; elle va directement à l'encontre des termes de la loi et de la volonté du législateur voire de l'effet direct du droit de l'Union européenne.

### 18. Les cas de contrôle de « l'intérêt à soulever un moyen »

On fera la « preuve par neuf » de la démonstration qui précède en vérifiant que la présente espèce ne relève d'aucun des cas où - par exception au principe rappelé plus haut selon lequel l'intérêt donnant qualité pour agir dépend de l'objet de la demande et non pas de la situation particulière du requérant au regard des moyens présentés - le Conseil d'Etat a créé un contrôle en pratiquant une espèce de filtre de « l'intérêt à soulever un moyen ».

Il s'agit d'abord des critiques du caractère contradictoire de la procédure juridictionnelle où la jurisprudence *M<sup>me</sup> Drannikova* (CE 15 mars 2000, n° 185837, Lebon T. 1184) juge que ne peuvent être utilement invoqués par le requérant que les moyens tirés d'une méconnaissance de la procédure contradictoire devant le juge du fond qui lui a porté préjudice.

Surtout, la décision *Département de Tarn-et-Garonne*, qui a ouvert aux tiers lésés par un contrat un recours de plein contentieux contre ce contrat, a jugé que, mis à part quelques requérants privilégiés, les tiers au contrat ne peuvent invoquer que « des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office » (CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994) (Jean Lessi et Louis Dutheillet de Lamothe, « *L'estoppel incompatible avec le contentieux de la légalité* », AJDA 2014. p. 1935 et s.).

Il en va de même en matière de vices de procédure – qui fait l'objet d'une application spécifique en matière fiscale – sur le fondement de la jurisprudence *Danthonny* (CE, ass., 23 déc. 2011, n° 335033, Lebon 649) ou encore en matière d'installation classées. De même le Conseil constitutionnel a considéré que « le législateur a souhaité empêcher les associations, qui se créent aux seules fins de s'opposer aux décisions individuelles relatives à l'occupation ou à l'utilisation des sols, de contester celles-ci ; qu'ainsi, il a entendu limiter le risque d'insécurité juridique » et que cette « restriction ainsi apportée au droit au recours [...] ne porte pas d'atteinte substantielle au droit des associations d'exercer des recours » (Cons. const. 17 juin 2011, n° 2011-138 QPC, *Association Vivraviry*) (Fabrice Melleray, « *A propos de l'intérêt donnant qualité à agir en contentieux administratif* », AJDA 2014, p. 1530 et s.).

Il ressort du panorama de cette jurisprudence qu'elle poursuit un objectif de sécurité juridique en vue de la protection concrète de situations particulières nées d'un contrat, d'une procédure ou d'une autorisation administrative. Elle consiste à dénier l'accès à un moyen dont l'admission causerait à ces situations spécifiques un dommage disproportionné à l'intérêt du requérant.

Aucune de ces décisions ne filtre « l'intérêt à soulever un moyen » dirigé contre une disposition réglementaire ou contre les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction, encore moins lorsque cette disposition fait personnellement et directement grief au requérant.

En raison de la primauté du droit de l'Union européenne, rares sont les situations particulières à protéger par une restriction au droit au recours individuel des particuliers, reconnu depuis

l'arrêt *Van Gend en Loos* (CJCE 5 février 1963 aff. 26-62) spécialement lorsqu'elles lui sont contraires ou susceptibles de l'être.

Comment pourrait-il en être autrement du moyen tiré de l'intention du législateur de traiter uniformément les situations relevant de sa seule souveraineté et celles dont le législateur européen s'est par ailleurs saisi ?

Tant que la question relève de l'interprétation des lois, alors le précepte « **Texte unique, interprétation unique** » doit prévaloir et garantir la recevabilité de la demande et des conclusions comme la pertinence du moyen à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir.

Si « *une telle interprétation (se révélait) contraire à leur lettre* », il n'en irait pas différemment :  
 1° déterminer si l'interprétation conforme à la directive, proposée par le requérant, se heurte à la lettre de la loi est une **question de fond et non pas de recevabilité** ;  
 2° si la contrariété à la lettre de la loi est établie, de sorte que, dans les situations expressément visées par la directive, le juge doit laisser la loi inappliquée sur ce point, comment servir l'intention du législateur de traiter uniformément les situations relevant de sa seule souveraineté et celles dont le législateur européen s'est par ailleurs saisi et cependant retenir deux lettres différentes de la loi, l'une complète, l'autre amputée de la lettre contraire ?

La contradiction est certaine, voire inévitable dans certaines situations. En toute hypothèse, c'est une question de fond, qui mérite d'être traitée au cas par cas, par la confrontation de la différence de traitement avec l'objet de la loi, comme l'ont fait le Conseil d'Etat dans la décision *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques* et le Conseil constitutionnel dans les décisions *Metro Holding* et *Layher* précitées, ce qui implique la recevabilité des conclusions et la pertinence du moyen. La fin de non-recevoir proposée se heurte à trop d'obstacles dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, du Conseil constitutionnel et de la Cour de justice de l'Union européenne pour être admise.

## 19. Notion de moyen inopérant et distinction du moyen mal fondé

Même si l'on quittait le terrain de la fin de non-recevoir pour celui du moyen inopérant, l'objection proposée ne pourrait pas être accueillie.

On a scrupule à rappeler que le moyen inopérant est un moyen invoqué par une partie mais qui, quel que soit son mérite, n'a aucune conséquence sur la solution à apporter au litige de sorte que, même dans l'hypothèse où il serait fondé, le juge ne pourrait pas le retenir à l'appui de sa décision. L'exemple couramment cité est le moyen fondé sur la méconnaissance d'un texte non applicable à la situation du requérant : même bien fondé, en droit comme en fait, il serait sans effet sur la situation du requérant.

Tel n'est évidemment pas le cas, en l'espèce actuelle, du moyen tiré de l'interprétation conforme de l'article 150-0 D du CGI et autres dispositions pertinentes à la lumière de la directive européenne « fusions », y compris dans les situations internes non visées par la directive mais retenues par le législateur. En alignant le traitement de celles visées par la directive et des autres, le législateur a décidé de traiter uniformément les situations relevant de sa seule souveraineté et celles dont le législateur européen s'est par ailleurs saisi : le moyen proposé est évidemment pertinent.

En l'espèce actuelle, la situation des requérants sera modifiée par rapport au commentaire attaqué et à l'imposition qui leur est assignée si l'on retient l'interprétation qu'ils proposent de la loi à la lumière de l'article 8 de la directive « fusions » et de la Cour de justice dans son arrêt C-327/17 et C-421/16 *Jacob et Lassus* du 22 mars 2018. Peu importe que cette interprétation soit contraire à la théorie de la « cristallisation » de la plus-value par le report d'imposition, précédemment retenue par l'administration et le Conseil d'Etat : la Cour de justice en a écarté l'aspect le plus nocif au point 55 précité de son arrêt, lequel est un soutien nécessaire du dispositif et s'impose en l'espèce actuelle.

Mais surtout, quelle conséquence tirer de cette contrariété rétrospective pour la situation des requérants ? Au moment où, après le 1<sup>er</sup> janvier 2013, l'Etat exerce sa compétence fiscale à la date de la cession des titres reçus en échange, conformément à l'article 8, paragraphe 2, deuxième alinéa, de cette directive, peut-on imaginer de conserver, après l'arrêt C-327/17 et C-421/16 *Jacob et Lassus*, le traitement hybride et systématiquement défavorable décrit par le BOFIP attaqué ? Evidemment non.

Comme exposé dans la requête et la réplique, l'article 150-0 D du CGI ne distingue pas, pour l'imposition des cessions intervenues après le 1<sup>er</sup> janvier 2013, suivant que les titres cédés ont été reçus lors d'opérations d'échange intervenues avant ou après le 1<sup>er</sup> janvier 2000, ni parmi celles-ci, suivant que les opérations en cause impliquaient des sociétés d'Etats membres différents, ou seulement des sociétés françaises ou encore une ou plusieurs sociétés de pays tiers pratiquant le niveau requis de coopération internationale à des fins fiscales.

Pour l'application de ce texte à l'imposition de la plus-value nette de l'année de cession des titres reçus en échange - soit 2014 dans le cas des requérants - l'incompatibilité partielle du report d'imposition intervenu lors d'un échange antérieur au 1<sup>er</sup> janvier 2000 devrait, en l'occurrence, conduire :

1° à considérer avec la Cour de justice que l'échange antérieur à 2000 n'a pas été un fait générateur de l'impôt, à assimiler le report antérieur à 2000 à un sursis d'imposition postérieur au 1<sup>er</sup> janvier 2000, pour ouvrir droit au même abattement pour durée de détention depuis l'acquisition des actions échangées (en l'occurrence 1999) jusqu'à la cession postérieure au 1<sup>er</sup> janvier 2013, c'est-à-dire l'abattement maximal prévu par le texte législatif et dénié à tort par le BOFIP ;

2° ou à appliquer, conformément aux dispositions spéciales d'application des lois successives dans le temps, le taux proportionnel en vigueur lors de l'échange (en l'occurrence 16% en 1999) au montant net de la plus-value, après déduction des moins-values réalisées l'année de la cession des titres reçus en échange, et non pas le barème progressif, non applicable aux échanges réalisés avant le 1<sup>er</sup> janvier 2013, contrairement à ce qu'énonce encore le BOFIP en s'inspirant de la théorie condamnée par le motif précité de l'arrêt de la Cour de justice.

Quelle que soit la méthode (interprétation conforme ou incompatibilité partielle), la situation des requérants serait modifiée par rapport à la solution surréaliste énoncée au § 370 du BOFIP BOI-RPPM-PVBMI-30-10-30-10. Leur moyen tiré de l'article 8 de la directive « fusions » est donc pertinent et opérant. Ils ont, en conséquence intérêt et qualité pour le soutenir. Le juge de l'excès de pouvoir doit donc examiner s'il est bien fondé pour se prononcer sur le fond des conclusions de la requête. En revanche, le moyen d'office proposé sur le caractère prétendument inopérant de la requête ou du moyen est dépourvu de pertinence et de fondement.

## **20. Indivisibilité des dispositions législatives commentées non affectée par l'interprétation de la loi à la lumière de la directive**

L'indivisibilité d'un texte fait obstacle à son annulation partielle « en tant que » et, par suite, à la restriction de la qualité pour agir « en tant que » ou de l'efficacité du moyen « en tant que ».

En présence des dispositions indivisibles d'un texte législatif ou réglementaire et d'un commentaire administratif qui n'est pas davantage susceptible de division, l'annulation ne peut qu'être totale et non partielle, quel que soit l'intérêt particulier du requérant (CE 29 mars 2017 n° 399506 *Layher* précité, concl. R. Victor, spécialement au point 35).

Au cas présent, les requérants ont incontestablement intérêt à demander l'annulation totale du paragraphe du Bofip qui leur fait grief et ne distingue pas plus entre les situations internes et les situations visées par la directive « fusions » que ne le font les dispositions de l'article 150-0 D du CGI et les autres dispositions législatives pertinentes invoquées.

A supposer que, dans l'affaire ayant donné lieu à la décision n° 414935 précitée du 20 décembre 2017, les dispositions législatives aient été divisibles et leur commentaire également, tel n'est pas le cas en l'espèce actuelle où ni les unes ni l'autre ne distinguent et le moyen tiré de la directive « fusions » ne tend pas, même par « ricochet », à en diviser l'application, bien au contraire.

Si la qualité pour agir des requérants, ou la pertinence de leur moyen, était limitée « en tant que » le commentaire attaqué concerne l'imposition de plus-values résultant d'opérations d'échange de titres entre sociétés établies en France, comme le propose le moyen, que devrait-on déduire ?

. Que l'interprétation de la loi à la lumière de la directive conduit à l'annulation du commentaire pour le tout, conformément à la jurisprudence dominante ? L'objection proposée serait inopérante.

. Ou, au contraire, qu'il n'y a pas lieu d'éliminer la discrimination à rebours pour apprécier la légalité du commentaire ? Ce serait contraire à volonté certaine du législateur et à la jurisprudence constante du Conseil d'Etat depuis la décision *Compagnie des architectes en chef des monuments historiques* du 6 octobre 2008 (n°310146) ; ce serait vraisemblablement contraire aussi à la jurisprudence *Van Gend & Loos*.

L'objection proposée en vue de faire échec au développement de la jurisprudence *AFEP et autres* est inopérante en l'espèce actuelle où l'indivisibilité des dispositions législatives pertinentes n'est pas susceptible d'être affectée par une « discrimination par ricochet » ni par leur interprétation à la lumière de la directive « fusions ».

## **21. Critique d'une éventuelle extension de la solution de la décision n° 414935 du 20 décembre 2017 au moyen d'interprétation conforme**

Le Conseil d'Etat envisagerait-il, par le moyen proposé, d'étendre la solution, déjà audacieuse, de sa décision n° 414935 du 20 décembre 2017 au-delà du moyen d'incompatibilité de la loi avec la directive pour l'appliquer à la demande d'interprétation conforme dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, comme le suggèrent les observations de pied d'arrêt à la RJF 3/18 n° 297 ?

Non seulement une telle tentative se heurterait à la plupart des griefs qui précèdent. Mais en outre, rien dans la décision ni dans les conclusions du rapporteur public ni dans aucun écrit de membre du Conseil d'Etat ou de l'Université ne permet de le soupçonner.

Un telle initiative irait clairement à l'encontre des décisions d'Assemblée *Caserne Mortier* et *Marc Jacob*, lesquelles ne distinguent pas entre le plein contentieux, à l'occasion desquelles elles ont été adoptées, et le recours pour excès de pouvoir. Une restriction du domaine d'application de cette jurisprudence ne saurait émaner que d'une formation solennelle de jugement.

Plus grave : rien n'indique en quoi ni pourquoi le principe « *Texte unique, interprétation unique* » énoncé par M. le président Olivier Fouquet et développé par l'analyse de M. le président Philippe Martin ne serait pas applicable dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Aucun de ces éminents auteurs ne l'a proposé ni même, semble-t-il, envisagé. Certes, leur autorité considérable n'exclut pas la libre création du droit mais de sérieux moyens seraient nécessaires pour concevoir un tel changement.

Faisant spécifiquement obstacle à la recevabilité ou au caractère opérant de moyens tirés du droit de l'Union européenne – dans un domaine où la Cour de justice a expressément affirmé sa compétence depuis les débuts de la jurisprudence *Dzodzi* C-297/88 et C-197/89 en 1990, il y a près de trente ans, et tout récemment encore par l'arrêt C-327/17 et C-421/16 *Jacob et Lassus* du 22 Mars 2018 – une telle évolution serait contestable au regard de la jurisprudence *Van Gend & Loos* au point de pouvoir paraître provocante et ne serait pas nécessairement à l'abri d'une nouvelle action en manquement.

22. L'opportunité bien compréhensible qu'il y aurait de « réduire l'intérêt du « circuit court » lorsque le litige porte sur des relations franco-françaises », envisagée par le commentateur de la décision n° 414935 du 20 décembre 2017 à la RJF, ne concerne que des situations très spécifiques.

Il s'agit de la combinaison - à la manière *Metro Holding/AFEP et autres* - de certains griefs d'incompatibilité de la loi avec une directive qui, en conduisant à écarter l'application de la loi dans certaines situations qu'elle ne prévoyait pas, dégénèrent en inconstitutionnalité de la même loi à raison de la différence de traitement qui en résulte « par ricochet »... alors que le législateur avait précisément instauré un traitement uniforme des situations entrant dans le champ d'application territorial de la directive et des autres situations objectivement comparables.

Cette conjonction astrale - où le juge constitutionnel a été conduit par deux fois à déclarer contraire au principe d'égalité une disposition législative qui prévoit, et parce qu'elle prévoit, l'uniformité de traitement de situations objectivement comparables – devrait heureusement être rare. Tel était peut-être le cas de l'affaire conclue par la décision n° 414935 du 20 décembre 2017, encore que la question proposée semble avoir porté sur la sanction du dépassement du seuil de 10% prévu par la loi et la directive pour les soultes lors des échanges d'actions. Il existe vraisemblablement d'autres méthodes pour éviter de tels paradoxes dans les cas où le risque pourrait se présenter. Il suffirait par exemple de faire prévaloir le principe d'égalité que le législateur a mis en œuvre dans la législation contestée, y compris lorsqu'il s'est mépris sur le sens ou la portée d'une disposition d'une directive européenne.

**La fin de non-recevoir proposée par le moyen est une mauvaise réponse à une vraie question.** Refuser d'examiner au fond un moyen pertinent voire fondé, ne fait pas progresser l'Etat de droit. De portée très générale, elle n'est pas nécessaire et va bien au-delà de l'objectif très particulier de réduire quelques combinaisons paradoxales.

Elle n'est notamment pas nécessaire lorsque le recours conteste, conformément à la jurisprudence *Duvignères*, « *les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction et (...) qu'il est soutenu à bon droit que l'interprétation qu'elles prescrivent d'adopter (...) méconnaît le sens et la portée des dispositions législatives ou réglementaires qu'elle entendait expliciter* ». La constitutionnalité de la loi n'est pas en cause et n'est pas susceptible d'être affectée par l'interprétation conforme à la directive. Le risque de « circuit court », associé au grief d'inconstitutionnalité car la relative brièveté de cette procédure complexe ne résulte que des délais d'instruction d'une QPC, n'a pas d'objet en pareil cas.

Comme on l'a vu à plusieurs reprises dans les développements qui précèdent, la présente affaire ne comporte aucun risque – ni aucune demande – que, pour faire droit à la requête à la lumière de la directive « fusions » dans le sens proposé par les requérants, le juge administratif soit conduit à envisager la contrariété à la Constitution de l'article 150-0 D du CGI ou autres dispositions législatives pertinentes qui ne prescrivent pas d'inégalité de traitement.

L'inégalité de traitement fiscal suivant que les échanges, d'où sont issues les actions cédées après le 1<sup>er</sup> janvier 2013, ont eu lieu avant ou après le 1<sup>er</sup> janvier 2000 ne résulte que du § 370 du BOFIP BOI-RPPM-PVBMI-30-10-30-10 attaqué. Ce commentaire est infidèle aux dispositions législatives qu'il commente et à l'interprétation qui doit prévaloir à la lumière de la directive, voire à celle qu'en a déjà donnée la Cour de justice dans son arrêt C-327/17 et C-421/16 *Jacob et Lassus* du 22 Mars 2018. Point n'est besoin pour le constater d'invoquer la « discrimination par ricochet », ce que les requérants ne font pas. Les déclarer irrecevables à invoquer un moyen qu'ils n'invoquent pas, pour ne pas répondre à celui qu'ils présentent, serait absurde. Ici encore, le moyen proposé manque en fait.

Enfin, l'intérêt d'une fin de non-recevoir telle que proposée par le moyen paraît bien mince au regard du droit au recours effectif, constitutionnellement et internationalement protégé, de l'effet direct du droit de l'Union européenne et de la vocation du juge administratif à servir, y compris par le recours pour excès de pouvoir, l'intention du législateur de traiter uniformément les situations relevant de sa souveraineté et celles pour lesquelles le législateur européen a adopté des directives d'harmonisation.

23. **En conclusion**, le moyen proposé manque en fait, en droit et en opportunité.

#### PAR CES MOTIFS

Les requérants concluent au rejet du moyen proposé et persistent dans leurs précédentes conclusions.

Subsidiairement, ils concluent à ce que le Conseil d'Etat soumette le moyen à la Cour de justice de l'Union européenne en vue d'apprécier sa conformité au droit de l'Union européenne.