

COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL DE PARIS

REQUÊTE EN APPEL

POUR : Monsieur et Madame Philippe LANGLOIS, demeurant à Paris (75016), 4, square Alboni.

Ayant pour avocat :

Philippe Derouin
Avocat au barreau de Paris
46, avenue d'Iéna 75116 Paris
Tél. : 06 16 58 11 63
philippe.derouin@cabinet-derouin.com

CONTRE : Le jugement du tribunal administratif de Paris du 22 octobre 2020 dans l'affaire n° 18-00206/2-3 qui a rejeté leur requête tendant au dégrèvement des impositions supplémentaires auxquelles ils ont été assujettis au titre de l'impôt sur le revenu, de la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus, de la contribution sociale généralisée et autres prélèvements sociaux et des pénalités y afférentes

FAITS

1. Les époux Langlois ont acquis, au cours des années 1990 des titres de la société Chargeurs, devenue Pathé à la suite d'une scission intervenue en 1996, dont Madame Janine Langlois-Glandier a été dirigeante des sociétés filiales Pathé cinéma, Pathé Télévision et Pathé Interactive de 1991 à 1997.

A l'automne de l'année 1999, les sociétés Pathé et Vivendi, toutes deux cotées en bourse, ont entrepris de fusionner avant la fin de l'année dans des conditions telles que la société Pathé soit absorbée et ses actionnaires appelés à recevoir des actions Vivendi en échange de leurs titres.

2. A la même époque, le Gouvernement a présenté, le 15 septembre 1999, le projet de loi de finances pour 2000 dont l'article 60 (devenu 94 dans le texte de loi n° 99-1172 promulguée le 30 décembre 1999) était

intitulé « *Fusion des régimes d'imposition des plus-values de cession à titre onéreux de valeurs mobilières et de droits sociaux réalisées par les particuliers et aménagement du régime de différé d'imposition des plus-values d'échange de ces mêmes titres* ».

L'exposé des motifs du texte énonçait :

« *Il est proposé :*

- *de fusionner les différents régimes d'imposition des plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux des particuliers en un régime unique comportant un seuil d'imposition annuel fixé à 50 000 F en deçà duquel ces plus-values seraient exonérées d'impôt sur le revenu. **Sous cette réserve, la fusion des régimes serait effectuée à droit constant ;***

- *de tirer les conséquences sur le plan fiscal de la présence dans l'acte de cession de droits sociaux de clauses de variation de prix (clauses d'intéressement ou de garantie de passif) ;*

- *de prendre en compte fiscalement, sous certaines conditions, les pertes sur titres annulés ;*

- *et de remplacer le régime de report d'imposition, qui constitue le régime de droit commun pour les particuliers qui réalisent des plus-values d'échange à l'occasion d'une opération d'offre publique d'échange, de fusion de sociétés ou d'apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés, par un mécanisme du sursis d'imposition, dans lequel l'opération d'échange est considérée comme présentant un caractère intercalaire de sorte qu'elle n'est pas prise en compte pour l'établissement de l'impôt sur le revenu, ni même déclarée au titre de l'année d'échange.*

Ces mesures de simplification et de justice fiscale, applicables aux opérations réalisées à compter du 1er janvier 2000, permettraient en particulier d'alléger les obligations déclaratives des contribuables.

En outre, les gains de cession de valeurs mobilières cesseraient d'être fiscalement considérés comme des bénéfices non commerciaux et pourraient par conséquent être soumis à un dispositif de contrôle analogue à celui qui existe pour les revenus fonciers et les plus-values immobilières »

Le rapport de M. Didier Migaud, alors rapporteur général du budget à la commission des finances de l'Assemblée nationale, déposé le 14 octobre 1999 (tome III vol. 1 Examen des articles), est dans le même sens. Les autres travaux parlementaires, qui se sont déroulés en même temps que le

processus de fusion des sociétés Pathé et Vivendi, ont confirmé l'équivalence des mécanismes de sursis et de report d'imposition des plus-values d'échange réalisées par les particuliers à l'occasion de fusion de sociétés. En raison de cette équivalence, ni les sociétés concernées ni les autorités de marché ni les associations d'actionnaires n'ont envisagé ou demandé de reporter l'achèvement de la fusion Pathé-Vivendi après le 1^{er} janvier 2000. Le calendrier de l'opération a été maintenu et celle-ci réalisée fin décembre 1999.

3. En conséquence, les actions de la société Pathé détenues par les époux Langlois, ou plus précisément inscrites en compte à leur nom auprès de leur banque dépositaire en France, ont été échangées contre 4 854 actions Vivendi, ce qui a fait apparaître une plus-value d'échange d'un montant de 225 603 €.

Conformément au régime de droit commun alors vigueur, les requérants l'ont déclarée et placée sous le régime du report d'imposition alors prévu au II de l'ancien article 92 B du code général des impôts (CGI).

Les requérants ont conservé ces titres jusqu'en 2014, date à laquelle ils les ont cédés pour des prix inférieurs à leur valeur d'échange en 1999. Les cessions des titres Vivendi ont généré, par rapport à cette valeur d'échange, une moins-value de 152 633 € au total, de sorte que la plus-value nette de cession, par rapport au coût d'acquisition des actions Pathé, s'est établie à 72 970 €.

Fiscalement, les requérants ont considéré avoir droit à l'abattement maximal pour durée de détention des titres en raison de la durée réelle de détention de plus 18 ans, depuis leur acquisition des titres Pathé en 1996 ou antérieurement, jusqu'à la cession des titres Vivendi en 2014. Tel est d'ailleurs le cas des échanges d'actions réalisés lors de fusions de sociétés intervenues depuis le 1^{er} janvier 2000.

4. En 2016, les requérants ont reçu une proposition de rectification par laquelle l'inspecteur des finances publiques a essentiellement rehaussé la base de l'impôt sur le revenu au titre de 2014 d'un montant net de 72 072 € après prise en compte de 72 970 € au titre de la plus-value nette sur les titres Vivendi sans aucun abattement.

Les requérants ont fait observer à l'inspecteur des finances publiques qu'il avait soumis la plus-value nette de cession des titres Vivendi à l'impôt sur le revenu au barème progressif sans appliquer l'abattement prévu à l'article

150-0 D du CGI, ce qui paraissait contraire à la loi fiscale et à la directive européenne sur le régime fiscal des fusions de sociétés.

L'administration a maintenu les rectifications proposées et mis les impôts en recouvrement.

Les requérants ont contesté l'imposition devant le directeur des finances publiques puis devant le tribunal administratif de Paris qui a rejeté leur requête par le jugement entrepris.

DISCUSSION

5. Le litige porte sur l'application de l'abattement pour durée de détention prévu par l'article 150-0 D du CGI à la plus-value nette imposable lors de **la cession - postérieure au 1^{er} janvier 2013 et pour un prix inférieur à la valeur d'échange** - de titres de capital reçus à l'occasion d'une fusion de sociétés réalisée avant le 1^{er} janvier 2000 qui avait fait, à l'époque, l'objet du report d'imposition prévu au II de l'article 92 B ancien du même code.

A supposer que la loi puisse être interprétée de telle manière qu'il en résulte une différence de traitement selon que les opérations de fusion ont eu lieu avant ou après le 1^{er} janvier 2000 et que les plus-values des particuliers dont les titres ont été échangés ont fait l'objet d'un report ou d'un sursis d'imposition, il y aurait lieu de s'interroger sur la justification et la proportionnalité de cette différence de traitement.

I - ENJEU ET CONTEXTE DU LITIGE

6. Contrairement à ce qui a pu faire l'objet des recours pour excès de pouvoir qui ont donné lieu aux décisions du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel citées par le jugement entrepris, le litige **ne porte pas** sur l'application de l'abattement pour durée de détention prévu à l'article 150-0 D du CGI à la plus-value d'échange réalisée lors de la fusion des sociétés Pathé et Vivendi en 1999.

Les requérants **ne revendiquent pas l'application de l'abattement en question sur la plus-value d'échange placée en report d'imposition** de 225 603 €, qui aurait entraîné une réduction de la base d'imposition de 112.801€ (au taux de 50%) ou de 146.642 € (au taux de 65 %). Après imputation de la moins-value de 152 633 € réalisée lors de la cession des titres reçus lors de l'échange, il ressortirait une moins-value nette au titre de l'année 2014.

Tel n'est pas l'objet de leur demande et ce serait la caricaturer que de la présenter comme telle pour la rejeter.

7. Comme indiqué aux paragraphes 3 et 4 ci-dessus, les requérants partent du constat que la seule plus-value imposable est **la plus-value nette, réalisée en 2014 lors de la cession des actions Vivendi** reçues en échange, pour un montant supérieur au prix d'acquisition des actions Pathé remises à l'échange mais inférieur à la valeur d'échange à cette date, soit le montant de 72 970 € (= 225 603 € - 152 633 €).

On verra plus loin (paragraphe 21) que c'est la solution qui prévalait en législation sous l'empire des articles 167 et 167 *bis* du CGI, au moins dans la rédaction en vigueur de septembre 1998 à fin 2004, pour les contribuables qui transféraient leur domicile à l'étranger. Pour la période postérieure, le Conseil d'Etat a retenu une solution identique, en l'absence de texte exprès, dans sa décision n° 360352 *Lassus* du 25 juin 2018, après avoir consulté une première fois la Cour de justice de l'Union européenne sur l'interprétation de l'article 8 de la directive sur le régime fiscal commun des fusions de sociétés et opérations assimilées.

Ainsi la plus-value nette imposable lors de l'expiration du report d'imposition par la cession des titres de la société absorbante reçus en échange pour un prix inférieur à la valeur d'échange est égale à celle qui aurait été réalisée sous le régime du sursis d'imposition si la fusion avait été postérieure au 1^{er} janvier 2000. Aux termes de la loi, le calcul de la durée de détention est le même dans les deux cas et identique à celui qui s'applique à tout autre actionnaire de la société absorbante qui aurait acquis ses actions à la même date que les contribuables ont acquis des actions de la société absorbée (1 *quinquies* de l'article 150-0 D du CGI).

En l'espèce actuelle, la durée de détention réelle à compter de la date d'acquisition des actions Chargeurs par les requérants est supérieure à 6 ans. Les requérants considèrent en conséquence que l'abattement est applicable au montant de la plus-value nette de 72 970 € au taux de 65 %. Il s'élève ainsi à 47 430 €, ce qui laisse une base nette soumise au barème progressif de 25 540 € (ou plus précisément 24 642 € après déduction des moins-values sur d'autres titres de, respectivement 481 € et 417 €).

8. En raison des termes de la doctrine administrative, qui ne traitait pas de cette question, contestée par les recours pour excès de pouvoir qui ont été successivement présentés, la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel ne porte pas sur la situation des requérants mais sur le principe de l'application de l'abattement pour durée de détention prévu à

l'article 150-0 D du CGI à la plus-value d'échange réalisée lors d'une fusion ou opération assimilée et placée sous un régime de report d'imposition.

Autrement dit, elle ne porte que sur le principe évoqué au point 6 ci-dessus dans le cas général où la cession ultérieure des titres dégage une plus-value de cession qui s'ajoute à la plus-value en report.

En revanche, la question spécifique des modalités d'imposition de la plus-value nette imposable lors de l'expiration du report d'imposition par une cession pour un prix inférieur à la valeur d'échange, illustrée par les montants indiqués au point 7 ci-dessus, n'a pas été traitée expressément par la doctrine administrative. Par suite, **aucun** des recours pour excès de pouvoir successivement adressés au Conseil d'Etat ne l'ont abordé, de sorte qu'à l'exception de la décision *Lassus* précitée, aucune des décisions de cette Haute Assemblée ou du Conseil constitutionnel ne s'est prononcée sur la question ni n'est pertinente en l'espèce actuelle, si n'est dans une mesure qu'il y a lieu d'apprécier.

II - LES TEXTES LEGISLATIFS PERTINENTS ET LEUR COMBINAISON

A – ARTICLE 150-0 D DU CODE GÉNÉRAL DES IMPÔTS

9. Dans la rédaction en vigueur en 2014, année de cession des actions Vivendi par les requérants qui les avaient reçues en échange d'actions Pathé à l'occasion de la fusion de ces sociétés intervenue en 1999, l'article 150-0 D du CGI dispose :

- au deuxième alinéa du 1 :

« Les gains nets résultant de la cession à titre onéreux (...) d'actions (...) sont réduits d'un abattement déterminé dans les conditions prévues (...) au 1 ter (...) du présent article » ;

- au 1 ter :

*« L'abattement mentionné au 1 est égal à :
(...)*

b. 65 % du montant des gains nets (...) lorsque les actions (...) ou titres sont détenus depuis au moins huit ans à la date de la cession (...) » ;

- au 1 quinquies :

« Pour l'application de l'abattement mentionné au 1, la durée de détention est décomptée (...)

2° En cas de vente ultérieure d'actions (...) ou titres reçus à l'occasion d'opérations mentionnées à l'article 150-0 B (...) à partir de la date de souscription ou d'acquisition des actions (...) ou titres remis à l'échange ».

En substance, cette rédaction est toujours en vigueur et a vocation à s'appliquer à la majorité des contribuables dont le taux moyen d'impôt sur le revenu est inférieur à 12,8 % qui ont intérêt à opter pour l'application du barème progressif de l'impôt sur le revenu.

- 10.** Les modalités d'entrée en vigueur des dispositions qui ont introduit simultanément l'élargissement de l'assiette de l'impôt sur le revenu aux plus-values de cession de valeurs mobilières avec le dispositif d'abattement progressif au titre de l'impôt sur le revenu selon la durée de détention des actions, parts, droits ou titres cédés ont été définies dans les mêmes termes pour les dispositions d'origine introduites par l'article 10 de la loi de finances pour 2013, n° 2012-1509 du 29 décembre 2012 et pour les modifications apportées par l'article 17 de la loi de finances pour 2014, n° 2013-1278 du 29 décembre 2013.

La loi de finances pour 2014 du 29 décembre 2013 a précisé les modalités d'entrée en vigueur de ces nouvelles règles en reprenant les termes du V de l'article 10 de la loi de finances pour 2013, n° 2012-1509 du 29 décembre 2012:

- le V de l'article 10 de la loi n° 2012-1509 du 29 décembre 2012 dispose:

*« V. — Les I, II et III s'appliquent **aux gains nets et profits réalisés à compter du 1^{er} janvier 2013**, aux distributions perçues à compter du 1^{er} janvier 2013 et aux transferts de domicile fiscal hors de France intervenus à compter du 1^{er} janvier 2013, à l'exception des K, M, O et 2° du P du I qui s'appliquent aux gains réalisés et distributions perçues à compter du 1^{er} janvier 2012. »*

- le III de l'article 17 de la loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 dispose :

*« III. — Les I et II s'appliquent **aux gains réalisés et aux distributions perçues à compter du 1^{er} janvier 2013**, à l'exception [de certaines dispositions, dont certaines relatives au « report d'imposition mentionné à l'article 150-0 D bis », non pertinentes en l'espèce] ».*

Ainsi, tant le barème progressif que l'abattement pour durée de détention, son taux et les modalités de calcul de la durée de détention pour son

application s'appliquent aux gains réalisés à compter du 1^{er} janvier 2013. Lorsque le législateur a entendu réserver un sort spécial à certaines plus-values en report d'imposition sur certains points particuliers, il l'a fait par une disposition expresse.

B – COMBINAISON AVEC LES AUTRES DISPOSITIONS LEGISLATIVES PERTINENTES

- 11.** L'article 150-0 B du CGI, auquel renvoie le 2^o du 1^{er} *quinquies* de l'article 150-0 D pour définir les opérations qu'il mentionne au titre du décompte de la durée de détention pour le calcul de l'abattement, énonce :

*« Sous réserve des dispositions de l'article 150-0 B ter, les dispositions de l'article 150-0 A ne sont pas applicables, au titre de l'année de l'échange des titres, aux **plus-values réalisées dans le cadre d'une opération d'offre publique, de fusion, de scission, d'absorption d'un fonds commun de placement par une société d'investissement à capital variable, de conversion, de division, ou de regroupement, réalisée conformément à la réglementation en vigueur ou d'un apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés.***

*Ces dispositions s'appliquent **aux opérations d'échange ou d'apport de titres mentionnées au premier alinéa réalisées en France, dans un autre Etat membre de la Communauté européenne ou dans un Etat ou territoire ayant conclu avec la France une convention fiscale contenant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, ainsi qu'aux opérations, autres que les opérations d'apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés, pour lesquelles le dépositaire des titres échangés est établi en France, dans un autre Etat membre de la Communauté européenne ou dans un Etat ou territoire ayant conclu avec la France une convention fiscale contenant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales.*** »

Pour les opérations d'échange intervenues avant le 1^{er} janvier 2000, le 1^{er} du II de l'article 92 B ancien du CGI disposait en des termes similaires :

*« (...) l'imposition de la **plus-value réalisée en cas d'échange de titres résultant d'une opération d'offre publique, de fusion, de scission, d'absorption d'un fonds commun de placement par une société d'investissement à capital variable réalisée conformément à la réglementation en vigueur ou d'un apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés, peut être reportée au moment où s'opérera la cession ou le rachat des titres reçus lors de l'échange.*** »

Par le renvoi aux « opérations mentionnées à l'article 150-0 B », et non pas au régime d'imposition des plus-values réalisées dans ce cadre, le 2° du 1^{er} quinquies de l'article 150-0 D dispose ainsi que « pour l'application de l'abattement prévu au 1 » lors de la vente ultérieure d'actions reçues à l'occasion d'une opération de fusion mentionnée à l'article 150-0 B – dont la rédaction sur ce point est identique à celle du II de l'article 92 B ancien - cette opération de fusion a un caractère intercalaire, notamment pour la computation du délai de détention des titres. Ainsi les actionnaires des sociétés absorbées et ceux de la société absorbante qui avaient acquis respectivement des titres des unes ou de l'autre à la même date sont placés dans la même situation au regard de la loi fiscale.

Pour déterminer ainsi la « durée réelle de détention » pour l'application de l'abattement, la circonstance que la plus-value d'échange ait été réalisée dans le cadre d'une opération de fusion de sociétés antérieure au 1^{er} janvier 2013 n'est pas un obstacle au regard des modalités d'entrée en vigueur des textes issus des articles 10 de la loi de finances pour 2012 et 17 de la loi de finances pour 2013 qui visent les « gains réalisés » dès lors que la cession des actions reçues en échange, qui constitue le fait générateur de l'imposition, est postérieure à cette date d'entrée en vigueur.

Ainsi ni dans leurs dispositions de fond ni dans leurs modalités d'entrée en vigueur aucun des textes issus des articles 10 de la loi de finances pour 2013 et 17 de la loi de finances pour 2014 pertinents pour l'application de l'abattement prévu au 1 de l'article 150-D du CGI ne distingue :

- suivant le sens de la fusion ou la date, antérieure ou postérieure au 1^{er} janvier 2013 ou au 1^{er} janvier 2000, à laquelle l'opération de fusion a été réalisée ; ni
- suivant le régime fiscal applicable à la plus-value réalisée dans le cadre de cette opération, report optionnel du 1 du II de l'article 92 B ancien avant le 1^{er} janvier 2000 ou sursis d'imposition de l'article 150-0 B après cette date ; ni
- suivant que l'opération d'échange d'actions à l'occasion de la fusion a été réalisée en France ou dans un autre Etat de la Communauté (désormais Union) européenne.

12. De la combinaison de ces textes législatifs il semble ressortir assez clairement que « l'abattement prévu au 1 » s'applique nécessairement dans tous ces cas et au taux de 65 % prévu au 1 ter lorsque plus de huit ans

se sont écoulés entre l'acquisition des actions de la société absorbée remises à l'échange à l'occasion d'une fusion de sociétés, quelle qu'en soit la date, et la vente ultérieure des actions de la société absorbante reçues à cette même occasion.

Tel est le cas des requérants.

- 13.** En toute hypothèse aucun de ces textes ni leur combinaison n'exclut clairement une interprétation et notamment pas une interprétation conforme à celle que la Cour de justice de l'Union européenne a donnée, à la requête du Conseil d'Etat lui-même, des directives sur le régime fiscal commun des fusions de sociétés et opérations assimilées (CJUE, 22 mars 2018, *Jacob et Lassus*, C-327/16 et C-421/16, EU:C:2018:210 et 18 septembre 2019, *Albertine de Galbert-Defforey et Marc Simoncini*, C-662/18 et C-672/18).

En invoquant « *la lettre claire de la loi* » (jugement point 5 dernière phrase page 5 alinéa 1^{er}), le tribunal a entendu placer sa décision sous l'égide de la jurisprudence constante du Conseil d'Etat qui veut qu'en présence d'un texte législatif clair, le détour par les travaux préparatoires n'a pas lieu d'être et est même interdit au juge (CE, Section, 27 octobre 1999, n° 188685, *Commune de Houdan c/ Mme L.*, au Rec. Lebon p. 326 et 30 janvier 2013, n° 346683, *Ambulances de France*, mentionné aux tables Lebon). Comme l'écrivait le président Odent dans son cours (p. 444) : « *Lorsqu'un texte est clair, c'est-à-dire lorsque, compte tenu des règles de la grammaire, de la sémantique et de la syntaxe, son sens ne peut prêter à aucune discussion (...), le juge administratif ne se livre à aucune fantaisie interprétative ; il applique strictement ce texte sans tenir compte ni des travaux préparatoires ni de l'objectif du législateur* ».

Au cas présent, les dispositions précitées du 1 *quinquies* de l'article 150-0 D du CGI et le renvoi qu'il fait aux opérations mentionnées à l'article 150-0 B sont clairement conformes au dispositif de l'arrêt C-662/18 et C-672/18 précité du 18 septembre 2019 aux termes duquel les articles 8 des directives précitées « *requièrent que soit appliqué, à la plus-value afférente aux titres échangés et placée en report d'imposition ainsi qu'à celle issue de la cession des titres reçus en échange, le même traitement fiscal, au regard du taux d'imposition et de l'application d'un abattement fiscal pour tenir compte de la durée de détention des titres, que celui que se serait vu appliquer la plus-value qui aurait été réalisée lors de la cession des titres existant avant l'opération d'échange, si cette dernière n'avait pas eu lieu* ».

La législation française et son interprétation par l'administration sont conformes à cette prescription, tant pour l'imposition des personnes morales assujetties à l'impôt sur les sociétés et des entreprises que pour celle des particuliers qui ont participé à un tel échange à compter du 1^{er} janvier 2000 sous le régime du sursis d'imposition, même lorsque les sociétés concernées ont toutes leur siège social en France. Il en va de même pour l'imposition des personnes physiques qui ont participé à des échanges intervenus avant le 1^{er} janvier 2000 et cédé les titres reçus en échange soit avant le 1^{er} janvier 2013 soit après le 1^{er} janvier 2018.

L'effort d'interprétation conforme requis ne concerne que l'imposition des particuliers qui ont participé à des échanges de titres de sociétés françaises intervenus avant le 1^{er} janvier 2000, sous le régime de report d'imposition qui prévalait alors, et cédé les titres reçus en échange entre le 1^{er} janvier 2013 et le 31 décembre 2017. On perçoit mal la raison pour laquelle l'antériorité de l'échange et la détention des titres reçus en échange pendant plus de 13 à 17 ans devraient les conduire à être plus mal traités.

Les autres textes applicables aux particuliers concernés énonceraient-ils clairement le contraire ? Evidemment non. D'ailleurs, si la lettre des textes nationaux en question avait été si claire qu'elle exclût toute interprétation par référence aux directives européennes, le Conseil d'Etat n'aurait pas, par quatre fois, dont une décision d'Assemblée du contentieux (*Jacob*, n° 393881, 31 mai 2016), sollicité l'interprétation de la Cour de justice à cet effet.

III - INTERPRETATION DE LA LOI

- 14.** Pour se prononcer ainsi qu'il l'a fait et rejeter la solution qui paraît ressortir assez clairement de la combinaison des textes législatifs pertinents, expressément invoqués par les requérants, le tribunal administratif s'est d'abord abstenu de citer certains d'entre eux (1 *quinquies* de l'article 150-0 D et article 150-0 B auquel il renvoie) cependant qu'il en a cité d'autres (article 150-D *ter* et article 160 ancien) non applicables au litige. Pour cette raison déjà, le jugement entrepris encourt la censure.

Comme on vient de le voir sous le II (points **9** à **13** ci-dessus), aucun des textes législatifs pertinents et rappelés ci-dessus, ni leur combinaison, n'énonce – et *a fortiori* n'énonce clairement – de règle excluant l'interprétation proposée par les requérants. A aucun moment, dans les décisions dont le tribunal administratif a pu s'inspirer, le Conseil d'Etat ne

s'est aventuré en ce sens. Ses décisions de renvoi préjudiciel impliquent au contraire qu'il y avait matière à interprétation, c'est-à-dire que les textes législatifs pertinents n'étaient pas clairs, soit par eux-mêmes soit dans leur combinaison.

En réalité, le tribunal administratif a fondé sa décision non pas sur un texte législatif clair mais sur une interprétation de la loi qui a prévalu **avant** que les directives « fusions » soient prises en considération, notamment par les décisions de renvoi préjudiciel à la CJUE en 2016 et en 2018, et que leur interprétation ait été donnée par cette dernière en 2018 et 2019. Toute la question est de savoir si, comment et dans quelle mesure cette interprétation nationale antérieure à 2016 pourrait prévaloir sur l'interprétation conforme à la directive.

A - LES ENSEIGNEMENTS ET PRESCRIPTIONS DE LA DÉCISION D'ASSEMBLÉE JACOB N° 393881 DU 31 MAI 2016

15. La majeure du raisonnement énoncé par le tribunal administratif à l'appui du jugement entrepris (point 3 page 4 alinéa 1^{er}) est fondée sur une citation partielle de la décision d'Assemblée *Jacob* n° 393881 du 31 mai 2016, laquelle rappelle en son point 9 :

« Il résulte des dispositions ci-dessus (II de l'article 92 B et 4 du I ter de l'article 160) du code général des impôts, selon l'interprétation constante qui en est donnée par le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, qu'elles ont pour seul effet 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 constater et de liquider la plus-value d'échange l'année de sa réalisation et de l'imposer l'année au cours de laquelle intervient l'événement qui met fin au report d'imposition, qui peut notamment être la cession des titres reçus au moment de l'échange. »

On ne saurait dire plus clairement qu'**il s'agit d'une interprétation** de textes législatifs, dont l'un (4 du I ter de l'article 160) renvoie à l'autre (II de l'article 92 B), seul le second étant pertinent en l'espèce actuelle.

16. L'essentiel de la décision du Conseil d'Etat n'est cependant pas dans ce rappel mais dans la considération, énoncée au point 12, que :

« 12. L'interprétation des dispositions nationales (ci-dessus) et l'appréciation de leur compatibilité avec la directive du 23 juillet 1990 dépendent de la réponse à la question de savoir si les dispositions

précitées de l'article 8 de la directive doivent être interprétées en ce sens qu'elles (...) ».

Autrement dit, en dépit de l'interprétation constante qui en est, ou a été, donnée par le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, l'interprétation des dispositions nationales peut dépendre, c'est-à-dire qu'elle peut être révisée à la lumière, de celle de la directive « fusions ».

En substance, le rappel du point 9 et le motif du point 12 de la décision *Jacob*, ont été repris par la décision *Lassus* du 19 juillet 2016, n° 360352 (aux points 7 et 9) et les décisions *Albertine de Galbert-Defforey*, n° 423044 du 12 octobre 2018 (aux points 12 et 14) et *Marc Simoncini*, n° 423118 de la même date (inédits au Lebon, Droit fiscal 2019 n° 11 comm. 202, concl. Bohnert et note Derouin), toutes décisions par lesquelles le Conseil d'Etat a transmis à la CJUE de nouvelles questions d'interprétation de l'article 8 des directives fusions.

Le tribunal administratif aurait dû, et la cour administrative d'appel doit désormais, en tenir compte.

17. L'autre apport essentiel de la décision *Jacob*, concerne la situation où l'opération de fusion de sociétés a lieu entre sociétés françaises, non expressément visées par la directive européenne, mais où, ainsi que le Conseil d'Etat lui-même l'a précisé à la Cour de justice, « *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* ». Autrement dit une « surtransposition » de la directive par le législateur national, comme c'est le cas en l'espèce actuelle du II de l'article 92 B ancien, des articles 150-0 B et 150-D du CGI.

Plusieurs raisons légitiment la pratique législative de « surtransposition » de directives européennes, courante depuis des décennies, près de 30 ans au cas présent puisque les dispositions du II de l'article 92 B résultent d'une loi du 26 juillet 1991: le législateur national, qui n'est pas une chambre d'enregistrement des directives européennes, peut estimer à la fois plus simple et plus opportun de traiter de la même manière les situations visées par la directive européenne et certaines autres au nom d'une conception légitime du principe d'égalité et généralement dans le but de favoriser les entreprises françaises et leurs actionnaires, tant dans leurs rapports entre elles qu'en relation avec certains pays tiers que le législateur a lui-même définis (deuxième alinéa de l'article 150-0 B et article 210-0 A du CGI).

Au point 15 de la décision *Jacob*, le Conseil d'Etat a considéré :

« 15. Selon la réponse qui sera donnée aux questions énoncées ci-dessus, il appartiendra au juge de l'impôt, soit de juger que les dispositions contestées doivent être regardées comme incompatibles avec la directive du 23 juillet 1990 et d'en écarter l'application aux plus-values d'échange d'actions entre sociétés d'Etats membres différents, soit de juger qu'elles ne sont pas incompatibles avec la directive, compte tenu, le cas échéant, de la possibilité d'en donner une interprétation conforme aux objectifs de celle-ci ».

Ce motif confirme que l'interprétation de la loi nationale, précédemment donnée par le Conseil d'Etat statuant au contentieux sans prendre en considération la directive européenne, peut être révisée, y compris en ce qu'elle concerne les opérations entre sociétés françaises, s'il est possible d'en donner une interprétation conforme aux objectifs de cette directive.

18. Il rejoint la position de la Cour de justice de l'Union européenne rappelée par un récent arrêt de grande chambre aux termes duquel :

« en appliquant le droit national, les juridictions nationales appelées à l'interpréter sont tenues de prendre en considération l'ensemble des règles de ce droit et de faire application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci afin de l'interpréter, dans toute la mesure possible, à la lumière du texte ainsi que de la finalité de la directive en cause » (CJUE, 7 août 2018, C-122/17, *David Smith*, point 39 ; ECLI:EU:C:201:631).

Dans la même formation solennelle, la Cour de justice a précisé, à propos d'une décision-cadre mais la formule paraît transposable au cas de directives également dépourvues d'effet direct, lesquelles font l'objet de certains des précédents cités :

« 78 Dans ce contexte, la Cour a déjà jugé que l'obligation d'interprétation conforme impose aux juridictions nationales de modifier, le cas échéant, une jurisprudence établie si celle-ci repose sur une interprétation du droit interne incompatible avec les objectifs d'une décision-cadre et de laisser inappliquée, de leur propre autorité, toute interprétation retenue par une juridiction supérieure qui s'imposerait à elle, en vertu de son droit national, si cette interprétation n'est pas compatible avec la décision-cadre concernée (voir, en ce sens, arrêts du 19 avril 2016, *DI*, C-441/14, EU:C:2016:278, point 33, ainsi que du 29 juin 2017, *Popławski*, C-579/15, EU:C:2017:503, points 35 et 36).

« 79 Partant, une juridiction nationale ne saurait valablement considérer qu'elle se trouve dans l'impossibilité d'interpréter une disposition nationale en conformité avec le droit de l'Union en raison du seul fait que cette disposition a, de manière constante, été interprétée dans un sens qui n'est pas compatible avec ce droit (arrêts du 8 novembre 2016, *Ognyanov*, C-554/14, EU:C:2016:835, point 69, et du 6 novembre 2018, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, C-684/16, EU:C:2018:874, point 60) ou est appliquée d'une telle manière par les autorités nationales compétentes. » (CJUE, 24 juin 2019, C-573/17, *Poplawski*, II points 78 et 79, ECLI:EU:C:2019:530).

Autrement dit, à côté ou par-delà l'invocabilité d'exclusion et l'invocabilité de substitution des directives européennes dans les circonstances où elles peuvent avoir un effet direct, il existe une **invocabilité d'interprétation**, qui ne tend ni à l'exclusion de la loi nationale ni à la substitution du texte ou de l'interprétation de la directive au texte législatif national.

La Cour de justice distingue alors entre la loi nationale, qui peut subsister en dépit de sa contrariété à une norme européenne de droit dérivé, et l'interprétation antérieure de cette même loi par la juridiction nationale, qui ne bénéficie pas de la même protection face à la primauté du droit de l'Union. Elle considère en quelque sorte que, pour l'application du droit de l'Union, l'interprétation antérieure ne s'incorpore pas à la législation nationale, contrairement à la pratique française du contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois, de sorte que, plutôt que de censurer la loi, la Cour de justice prescrit au juge national de modifier son interprétation dans toute la mesure possible pour la rendre compatible avec la directive ou autre norme européenne dépourvue par elle-même d'effet direct (points 78 et 79 de l'arrêt *Poplawski II* précités). Le point 15 de la décision *Jacob* ne dit pas autre chose.

19. Comme l'ont souligné avec force d'éminents membres du Conseil d'Etat, « **à texte unique, interprétation unique** ». Ce principe a été mis en œuvre par le Conseil d'Etat à plusieurs reprises, notamment dans les décisions *SARL Méditerranée automobiles* et *Sté Finaparco* (17 juin 2011, n° 324392 et n° 314667 : Lebon ; Dr. fisc. 2011, n° 37, comm. 502, concl. P. Collin, note P.-F. Racine ; RJF 10/2011, n° 1035 ; RJF 11/2011, p. 1019, chron. C. Raquin), ou encore *SCI Participasanh* (20 février 2012, n° 321224, Tables Lebon, Dr. fisc. 2012 n°17 comm.276, concl. D. Hédary, note O. Fouquet, RJF 5/12 n°454) et *Technicolor* (15 décembre 2014, n° 380942, publié au Lebon; concl. Crépey au BDCF 3/15 n°18).

Pour les amateurs nostalgiques d'adages juridiques latins, c'est aussi une application de « *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* ». Là où la loi ne distingue pas (entre situations nationales et situations régies par la directive européenne), nous ne devons pas distinguer.

La priorité de la recherche d'une interprétation conforme, tant pour les opérations purement internes que pour les opérations transfrontalières, est confirmée par la dernière phrase du point 15 de la décision *Jacob* qui précise :

« Tant que l'interprétation de l'article 8 de la directive n'aura pas conduit le juge de l'impôt à écarter l'application des dispositions contestées aux plus-values d'échange d'actions entre sociétés d'Etats membres différents, aucune différence dans le traitement fiscal des opérations d'échange n'est susceptible d'en résulter au détriment des plus-values issues d'un échange d'actions entre sociétés françaises ».

Ainsi, l'interprétation unique, conforme à la directive européenne, des dispositions législatives nationales uniques, qui doit être recherchée « dans toute la mesure possible », présente l'avantage d'éviter toute différence dans le traitement fiscal des opérations d'échange au détriment des plus-values issues d'un échange d'actions entre sociétés françaises, c'est-à-dire toute discrimination à rebours. Au cas présent, elle présente aussi l'avantage d'éviter une autre différence dans le traitement fiscal des opérations d'échange suivant qu'elles ont eu lieu avant ou après le 1^{er} janvier 2000 et ont été placées sous le régime du report d'imposition en vigueur avant cette date ou celui du sursis en vigueur après.

Les décisions précitées *Albertine de Galbert-Defforey* (n° 423044, au point 16) et *Marc Simoncini* (n° 423118) du 12 octobre 2018, qui portent sur le même texte du II de l'article 92 B ancien du CGI et aussi sur l'abattement pour durée de détention de l'article 150-0 D de ce code, ont également repris le point 15 de la décision d'Assemblée *Jacob*.

Ici encore, le tribunal administratif aurait dû, et la cour administrative d'appel doit désormais, en tenir compte.

- 20.** Dans les décisions de renvoi de QPC après l'arrêt de la Cour de justice C-662/18 et C-672/18 du 18 septembre 2019, le Conseil d'Etat s'est abstenu d'interpréter l'article 150-0 D du CGI à la lumière des arrêts de la CJUE pour se borner à substituer l'interprétation de la Cour dans les situations entrant dans le champ d'application matériel et territorial des directives

fiscales « Fusions » et à maintenir son interprétation antérieure du droit interne dans les autres cas, y compris les fusions entre sociétés françaises (CE, 19 décembre 2019, n° 423044, *Albertine de Galbert-Defforey* et n° 423118 et *Marc Simoncini*, inédites au Lebon ; Dr. fisc. 2020, n° 6-7, comm. 138, concl. K. Ciavaldini). Cette position ne satisfait pas aux exigences de la décision d'Assemblée *Jacob* et des arrêts de la Cour de justice cités aux points **17** et **18**. La cour administrative d'appel devra décider autrement.

- 21.** La décision du Conseil constitutionnel du 3 avril 2020 a refusé à la fois de procéder lui-même à l'interprétation conforme de l'article 150-0 D du CGI qui lui était proposée par les requérants dans leur intervention et de censurer les autres dispositions qui lui étaient déférées (Cons. const., *Marc S. et autre*, n° 2019-832-833 QPC).

En conséquence, il appartient désormais à la juridiction administrative et, en l'espèce actuelle à la cour administrative d'appel, d'interpréter l'article 150-0 D et les dispositions auxquelles il renvoie conformément à l'article 8 des directives fiscales « Fusions » et à l'interprétation qu'en a donné la CJUE dans ses arrêts C-327/16 et C-421/16 *Jacob* et *Lassus* du 22 mars 2018 et C-662/18 et C-672/18 du 18 septembre 2019, y compris pour l'imposition d'échanges d'actions à l'occasion de fusions entre sociétés françaises.

Comme l'ont relevé plusieurs commentateurs de la décision n° 2019-832/833 QPC du Conseil constitutionnel du 3 avril 2020, l'interprétation unique conformément à la directive des dispositions nationales uniques de surtransposition devrait être privilégiée à la suite de cette décision (*Droit fiscal* 2020 n°28, 9 juillet 2020 ; Olivier Fouquet « La souveraineté nationale l'emporte », comm. 304, spécialement au point 5 ; Gauthier Blanluet « Discriminations à rebours : pour elles sonne le glas ? », comm.302, spécialement au point 22).

Ainsi qu'on l'a vu au point **13** ci-dessus, aux termes de l'arrêt C-662/18 et C-672/18 précité du 18 septembre 2019, la Cour de justice a dit pour droit que les articles 8 des directives précitées « *requièrent que soit appliqué, à la plus-value afférente aux titres échangés et placée en report d'imposition ainsi qu'à celle issue de la cession des titres reçus en échange, le même traitement fiscal, au regard du taux d'imposition et de l'application d'un abattement fiscal pour tenir compte de la durée de détention des titres, que celui que se serait vu appliquer la plus-value qui aurait été réalisée lors de la cession des titres existant avant l'opération d'échange, si cette dernière n'avait pas eu lieu* ».

Cette interprétation de la directive n'est incompatible avec aucune disposition expresse ou claire des dispositions nationales pertinentes en l'espèce actuelle. Appliquer la même interprétation à la loi nationale est donc possible, souhaitable et conforme à l'intention du législateur. On a même vu (au point 9 ci-dessus) que le 1 *quinquies* de l'article 150-0 D relatif au décompte de la durée de détention des actions est exactement conforme.

22. En se prononçant ainsi qu'il l'a fait par le jugement entrepris, sans rechercher si les dispositions législatives pertinentes en l'espèce actuelle, rappelées au II ci-dessus (points 9 à 12) peuvent - voire doivent - recevoir une nouvelle interprétation, différente sur certains points de celle qui résultait de la jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat, qui soit conforme à celle que la Cour de justice a donnée de l'article 8 des directives « fusions », le tribunal administratif a méconnu les exigences de la jurisprudence *Jacob* du Conseil d'Etat et notamment ses points 12 et 15 et celle de la Cour de justice.

Pour cette raison encore, le jugement entrepris mérite d'être annulé et la cour administrative d'appel devrait faire cette recherche à la suite de laquelle les demandes des requérants devraient être accueillies.

23. En quoi consiste l'inflexion de jurisprudence sollicitée par rapport à la jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat rappelée au point 9 de la décision *Jacob* ?

Elle ne porte pas sur le rappel que « *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* », les dispositions du II de l'article 92 B, ancien comme celles similaires sur ce point de l'article 150-0 B, permettent « *de l'imposer l'année au cours de laquelle intervient la cession des titres reçus au moment de l'échange* ».

Dans leurs conclusions sur cette décision, comme sur la précédente décision *de Chaisemartin* (CE, 10 avril 2002, n° 226886 publié au Lebon) dont elle reprend les termes, Monsieur le président Bachellier et Madame Cortot-Boucher avaient d'ailleurs clairement fait la distinction entre le fait générateur de la plus-value – qui résidait dans l'échange au cours duquel elle est réalisée – et le fait générateur de l'imposition, différé jusqu'à la cession ou le rachat des titres reçus en échange désignée par la loi, ou autre événement mettant fin à ce différé.

A ce stade, l'analyse vaut tant pour la technique du sursis d'imposition qui a remplacé celle du report à compter du 1^{er} janvier 2000. Dans les deux cas, l'article 92 B ancien comme l'article 150-0 B énoncent que la plus-value est réalisée lors de l'échange mais n'est pas imposée l'année de sa réalisation, ce qui constitue la « *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* ». Dans les deux cas, ces dispositions permettent l'imposition au titre de « *l'année au cours de laquelle intervient (...) la cession des titres reçus au moment de l'échange* ».

L'essentiel de ce rappel de jurisprudence par la décision *Jacob*, comme des autres décisions similaires du Conseil d'Etat auxquelles elle fait référence, est conforme à la lettre des dispositions de la loi applicable aux plus-values ainsi réalisées, avant comme après le 1^{er} janvier 2000, placées sous le régime du report d'imposition comme du sursis d'imposition. L'objet des litiges et des décisions du Conseil d'Etat ne portait d'ailleurs pas sur la distinction des techniques de différé (report ou sursis) d'imposition successivement en vigueur mais sur la distinction entre report d'imposition et report de paiement (conclusions Bachellier et Cortot-Boucher précitées).

Aucun effort d'interprétation n'est donc requis sur ce premier point.

- 24.** Reste l'ambiguïté de la formule, qui ne figurait pas dans les décisions antérieures (CE, 10 avril 2002, n°226886, *de Chaisemartin* préc. ; 28 mai 2004, n° 256090, *Naudet*, mentionné aux tables du Lebon ; 1^{er} février 2012, n° 330006, *Mathieu* également mentionné aux tables Lebon; 3 décembre 2014, n° 364506, *Ministre c/de Ganay* et 2 mars 2015, n° 354932, *Gueudet* inédits au Lebon), selon laquelle l'article 92 B ancien permettait aussi « *de constater et de liquider la plus-value d'échange l'année de sa réalisation* » alors que tel n'est pas le cas de l'article 150-0 B relatif au sursis d'imposition.

Faut-il en déduire une dichotomie – qui n'est pas exprimée dans la décision d'Assemblée *Jacob* – mais qui a été déduite par la suite entre « *les règles d'assiette en vigueur l'année de (l) a réalisation* » de la plus-value d'échange et les « *règles de calcul de l'imposition l'année (de la cession ultérieure des titres reçus en échange) qui met fin au report d'imposition* » ?

Le panachage des législations applicables, qui ne ressort d'aucun texte, serait contraire au principe selon lequel le fait générateur d'une imposition est, par définition, celui qui détermine les règles applicables à l'imposition (assiette, taux etc.). Ainsi que l'a relevé la Cour de justice au point 43 de son arrêt C-662/18 et 672/18 du 18 septembre 2019 « *le report du fait*

générateur de l'imposition de la plus-value afférente aux titres échangés implique nécessairement que l'imposition de cette plus-value suive les règles fiscales et de taux en vigueur à la date où intervient ce fait générateur ».

Concrètement, l'enjeu n'a pas été considérable avant la réforme opérée par la loi de finances pour 2013 et le débat doctrinal sur la nature de l'abattement pour durée de détention puisque :

- la règle d'assiette de la plus-value d'échange placée en report d'imposition, alors énoncée au 1 de l'article 94 A ancien du CGI (Doc. adm. 5 G 4531 n° 48, repris au paragraphe 300 du Bofip-BOI-RPPM-PVBMI-30-10-30-10), est en substance identique à celle prévue par le premier alinéa du 1 de l'article 150-0 D, introduit par le I de l'article 94 de la loi de finances pour 2000 et applicable aux plus-values de cession ;

- comme le 11 de l'article 150-0 D, le 6 de l'article 94 A ancien prévoit l'imputation des moins-values subies au cours d'une année sur les plus-values de même nature, de manière notamment à imputer la moins-value de cession sur la plus-value d'échange dont le report d'imposition prend fin (en ce sens, à propos de l'article 160 ancien du CGI, CE 19 juillet 2016 et 25 juin 2018 n°360352 *Lassus* précités).

Cet alignement des règles n'est pas surprenant puisque, ainsi que rappelé au point 2 ci-dessus, l'objet de cette loi était de **fusionner à droit constant**, les dispositions antérieures (exposé des motifs du projet de loi, autres travaux préparatoires et décision du Conseil constitutionnel n° 99-424 DC du 29 décembre 1999, loi de finances pour 2000 ; points 42 à 45).

25. Pourquoi excepter les règles d'assiette du renvoi aux règles fiscales en vigueur lors de l'expiration du report ou du sursis d'imposition ? La formule constituant en quelque sorte une exception à la dérogation aurait mérité d'être justifiée.

Les conclusions précitées de M. le président Bachellier et Mme Cortot-Boucher n'en disent pas un mot ni ne suggèrent le moindre critère de la distinction, rarement opérante, entre les règles d'assiette et les règles d'imposition susceptibles d'être pertinentes en la matière.

En réalité, jusqu'aux litiges relatifs à l'imposition de contribuables qui, comme Messieurs Jacob et Lassus, ont quitté le territoire national après l'échange de titres et avant la cession finale des titres reçus en échange, la distinction entre les règles d'assiette et les règles d'imposition en matière

de différé d'imposition a été sans portée pour la solution des litiges. Ceux-ci portaient soit sur le principe même d'expiration du sursis (CE, 16 mai 1990, n° 88782 et 95932, *Gonzales de Gaspard*, publié au Lebon) soit sur l'application de taux d'imposition supérieurs lors de la fin du report à ceux en vigueur lors de l'apport sans qu'il soit question d'assiette (CE, 10 avril 2002, n° 226886, *Chaisemartin*, publié au Lebon). Une discussion d'assiette semble avoir été admise, mais écartée faute de preuves et sans que les motifs de la décision permettent de penser que les règles d'assiette aient évolué, dans l'affaire *Gonzales de Gaspard* décidée en 1990. Dans l'affaire *Naudet*, qui portait sur l'imputation de la moins-value de cession ultérieure, le Conseil d'Etat a jugé que les dispositions de l'ancien article 160 ne prévoyaient pas une telle imputation avant une modification législative intervenue en 1994, après la cession en question (CE, 28 mai 2004, n° 256090 préc.).

Dans les affaires *de Ganay*, *Gueudet*, *Jacob* et *Lassus*, la question était de savoir si la France conservait le pouvoir d'imposer, au moment de la cession ultérieure des titres reçus en échange et dans quelles limites, la plus-value réalisée lors de l'échange et placée en report d'imposition alors qu'ils étaient résidents.

Autrement dit, le texte comme le contexte de la jurisprudence rappelée au point 9 de la décision d'Assemblée *Jacob* et au point 3 du jugement entrepris indiquent que la considération que l'ancien article 92 B permettant « *de constater et de liquider la plus-value d'échange l'année de sa réalisation* » justifie l'imposition de la plus-value d'échange après le départ à l'étranger du contribuable qui l'avait réalisée alors qu'il était résident de France. C'est ce qu'énoncent l'arrêt C-327/16 et C-421/16 *Jacob* et *Lassus* de la Cour de justice du 22 mars 2018 et les décisions sur le fond rendues dans ces mêmes affaires par le Conseil d'Etat le 25 juin 2018.

- 26.** Les mêmes texte et contexte ne permettent pas d'aller au-delà. La formule n'implique nullement que, lors de la cession ultérieure des actions reçues en échange, le montant de la plus-value réalisée lors de l'échange soit alors figé ou « cristallisé » ni, encore moins, qu'il soit insensible aux circonstances de fait (telle qu'une moins-value lors de la cession des titres reçus en échange) ou à un ou plusieurs changements de législation. Bien au contraire, les décisions précitées - notamment dans les affaires *Naudet* et *Lassus* - retiennent faits et changement de législation survenus après l'échange de titres et pertinents pour l'établissement de l'imposition au titre de « *l'année au cours de laquelle intervient (...) la cession des titres reçus au moment de l'échange* ».

En particulier, le montant de la plus-value déterminé lors de l'échange est révisé à la baisse en cas de cession ultérieure des titres à un prix inférieur à la valeur d'échange

La législation d'assiette en vigueur au titre de l'année au cours de laquelle intervient la cession des titres reçus en l'échange s'applique lorsque, comme dans les affaires *Lassus* et *Naudet* et en l'espèce actuelle, la cession de ces titres est effectuée un prix inférieur à la valeur d'échange, de sorte que la plus-value initialement liquidée l'année de sa réalisation fait l'objet d'une nouvelle liquidation (ou non).

Dans ce cas la plus-value en report n'est pas imposable en tant que telle, ni pour le montant liquidé lors de sa réalisation, mais après imputation de la moins-value de cession des titres reçus en échange (CE, 25 juin 2018, n° 360352 *Lassus* préc. à rapprocher de CE, 28 mai 2004, n° 256090 *Naudet* précité pour la législation antérieure à 1994 qui ne prévoyait pas une telle imputation).

De même en cas de transfert de domicile à l'étranger, l'article 167 *bis* du CGI a disposé : « *l'impôt dont le paiement a été différé n'est exigible que dans la limite de son montant assis sur la différence entre le prix en cas de cession ou de rachat, ou la valeur dans les autres cas, des titres concernés à la date de l'événement entraînant l'expiration du sursis, d'une part, et leur prix ou valeur d'acquisition retenu pour l'application du 2 du I, d'autre part. Le surplus est dégrevé d'office* » (alinéa 2 du 3 du II de l'article 167 *bis*). Avant d'être jugé incompatible avec le droit de l'Union européenne sur d'autres points, ce texte était également applicable aux plus-values en report d'imposition en application du 2ème alinéa du 1*bis* de l'article 167, dans la rédaction en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004). Une disposition similaire a été reprise en substance au VII de l'article 167 *bis* lors du rétablissement de ce texte par l'article 48 la loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011.

Ainsi, il ressort des dispositions législatives et de la jurisprudence du Conseil d'Etat précitées que, dans tous les cas de **cession ultérieure des titres reçus en échange pour un prix inférieur à la valeur d'échange**, le montant de la plus-value d'échange, liquidé en appliquant à l'origine les règles d'assiette en vigueur au titre de l'année de l'échange, est ainsi **révisé à la baisse du montant de la moins-value de cession, nécessairement déterminé par les règles fiscales en vigueur au titre de l'année de la cession ultérieure des actions reçues en échange**. Le résultat net de cession est alors équivalent à celui qui prévaut en cas de sursis d'imposition, ce qui est logique puisqu'il ne s'agit que de deux techniques

successives de différé d'imposition poursuivant le même objectif et ne différant que par les obligations déclaratives des contribuables au moment de l'échange.

L'effort d'interprétation requis à la lumière de l'arrêt C-662/18 et C-672/18 du 18 septembre 2019 de la Cour de justice ne se heurte donc à aucune règle d'interprétation de la loi par le juge administratif et notamment pas à un texte clair ou formel qui lui ferait obstacle.

La majeure du syllogisme sur lequel s'est fondé le tribunal n'a ni la rigueur ni la portée que les premiers juges ont cru lui voir en ignorant tant les apports essentiels de la décision d'Assemblée *Jacob* que les circonstances de fait de l'espèce actuelle. L'infirmité du jugement et le dégrèvement sollicité s'imposent de plus fort.

B – NATURE DE L'ABATTEMENT POUR DURÉE DE DÉTENTION DU 1 ET DU 1 TER DE L'ARTICLE 150-0-D DU CGI : RÈGLE D'ASSIETTE OU DE CALCUL DE L'IMPOSITION ?

27. La mineure du syllogisme retenu par le tribunal administratif, selon laquelle les dispositions relatives à l'abattement pour durée de détention prévu au 1 et au 1 ter de l'article 150-0 D du CGI relèveraient des règles d'assiette des plus-values, est nécessaire à la solution du jugement entrepris mais elle est loin d'être vérifiée. Elle fait penser au moine Gorenflot, personnage d'Alexandre Dumas dans « La dame de Monsoreau » qui, désirent déguster une poularde pendant le carême, avait abusé de ses pouvoirs sacerdotaux en la baptisant « carpe » : « *Te baptiso carpam* », comme on disait alors en latin d'église.

Qu'est-ce qu'une règle d'assiette de l'impôt ? C'est une règle qui détermine le montant, bien souvent net de charges, du revenu catégoriel qui entre dans la composition du revenu global. Comme le montre la comparaison des décisions *Naudet* et *Langlois* précitées, telles sont aussi les règles qui ont successivement refusé puis prévu l'imputation de la moins-value réalisée lors de la cession ultérieure des titres reçus en échange sur la plus-value d'échange en report d'imposition. Tel peut être encore le cas d'un abattement ou d'une déduction forfaitaire, du type de celles prévues à des taux divers par l'article 31 du CGI pour les revenus fonciers, qui tient lieu d'amortissement ou de déduction du montant réel de certaines charges du revenu catégoriel en question.

Tel n'est pas le cas d'un abattement progressif pour durée de détention qui n'a aucun rapport avec une charge du revenu, ni même avec l'inflation, spécialement lorsque, comme c'est le cas de l'abattement prévu au 1 de l'article 150-0 D du CGI, il a été introduit :

- lors de l'extension du barème progressif de l'impôt sur le revenu aux plus-values de cession de valeurs mobilières,
- dans le but d'en atténuer les effets les plus excessifs
- et de favoriser la détention d'actions sur une longue durée laquelle a pu commencer avant l'entrée en vigueur de la réforme de ce texte.

En réalité, loin d'être une règle d'assiette, il s'apparente plutôt aux nombreux abattements applicables en matière de liquidation – c'est-à-dire de calcul - des droits de mutation à titre gratuit, dont l'assiette est constituée par l'actif net successoral.

De même, **le Conseil d'Etat a écarté la qualification de règles d'assiette au profit de règles de calcul de l'imposition pour des abattements similaires**, notamment pour :

- l'abattement de 20 % sur les salaires prévu au quatrième alinéa (ancien) du a du 5 de l'article 158 (CE, Section, 5 janvier 1968, n° 70314, Lebon p. 21, Dr. fisc 1968 n° 40 concl. E. Dufour, Dupont p.138 et CAA Paris, 10 février 2010, n° 09PA04223, *Mme Brette*) qui a été successivement étendu par l'ancien 4 *bis* du même article aux bénéficiaires professionnels des adhérents d'organismes de gestion agréés avant d'être intégré dans le barème progressif à compter de 2007;
- l'abattement de 40 % sur les dividendes prévu par le 2° du 3 de l'article 158 (CE, 11 octobre 2017, n° 398510 et s., *Lenglet* ; tables Lebon, Dr. fisc. 2018 n°5, comm.161, concl. E. Cortot-Boucher), qui a été remplacé à compter de 2018 par l'application du prélèvement à taux unique, sauf option des contribuables qui y ont intérêt pour le barème progressif avec le bénéfice de l'abattement.

La même analyse doit prévaloir pour l'abattement prévu au 1 et au 1 *ter* de l'article 150-0 D, qui n'est représentatif d'aucune charge ni de l'inflation et qui a également été remplacé à compter de 2018 par l'application du prélèvement à taux unique, sauf option pour le barème progressif, auquel cas il demeure applicable comme l'abattement de 40 % sur les dividendes.

28. La fonction de règle de calcul de l'imposition, par opposition à celle d'une règle d'assiette, qu'a l'abattement pour durée de détention du 1 et du 1^{er} de l'article 150-0 D est confirmée par les dispositions législatives et la jurisprudence qui précisent les modalités d'application de l'abattement en question, après la détermination du montant net catégoriel de l'année, en vue de retenir la partie qui est soumise au barème progressif de l'impôt sur le revenu.

Ainsi que le Conseil d'Etat l'a jugé aux points 8 et 12 de la première décision n° 390265, *Albertine de Galbert-Defforey* du 12 novembre 2015 (RJF 2/16 n° 142) :

*« il résulte de la combinaison des dispositions (du 1 du 1 de l'article 150-0 A, du 2 de l'article 200 A, du 6 bis de l'article 158 et du D de l'article 150-0 D) que les gains nets imposables sont calculés après imputation par le contribuable sur les différentes plus-values qu'il a réalisées, **avant tout abattement**, des moins-values de même nature qu'il a subies au cours de la même année ou reportées (...) et que l'abattement pour durée de détention s'applique au solde ainsi obtenu ».*

Cette jurisprudence a été codifiée au 11 de l'article 150-0 D dans la rédaction issue de la loi n° 2017 du 30 décembre 2017 de finances pour 2018 et toujours en vigueur qui énonce :

*« Les moins-values subies au cours d'une année sont imputées exclusivement sur les plus-values de même nature, retenues pour leur montant brut **avant application**, le cas échéant, des abattements mentionnés aux 1^{er} ou 1^{er} quater du présent article ou à l'article 150-0 D ter, imposables au titre de la même année.*

*« En cas de solde positif, les plus-values subsistantes sont réduites, le cas échéant, des moins-values de même nature subies au titre des années antérieures jusqu'à la dixième inclusivement, **puis des abattements mentionnés au premier alinéa du présent 11.** »*

Autrement dit, comme l'ancien abattement de 20 % sur les salaires et bénéfices professionnels des adhérents d'organismes de gestion agréés ou celui de 40 % sur les dividendes, l'abattement pour durée de détention mentionné au 1^{er} de l'article 150-0 D ne s'applique **pas pour déterminer le montant net du revenu catégoriel de l'année, c'est-à-dire l'assiette de l'imposition** – à savoir le solde algébrique des plus et moins-values de cession de valeurs mobilières et droits sociaux, y compris les plus-values placées en report d'imposition qui a expiré dans l'année – mais **après la**

détermination de ce revenu net catégoriel et seulement si le solde ainsi dégagé est positif, en vue de déterminer le revenu net global servant de base de calcul de l'impôt par l'application du barème progressif de l'impôt sur le revenu.

La proposition selon laquelle l'abattement pour durée de détention de l'article 150-0 D du CGI serait une règle d'assiette paraît isolée, voire contraire à la jurisprudence, rare mais certaine, du Conseil d'Etat (CE, section, 5 janvier 1968, n° 70314 ; CE, 12 novembre 2015, n° 390265, *Albertine de Galbert-Defforey*, et 11 octobre 2017, n° 398510 et s., *Lenglet* précités).

29. Enoncée naguère par l'administration dans sa doctrine, puis un temps par le Conseil d'Etat en se plaçant sous l'égide du Conseil constitutionnel, cette thèse a été abandonnée par l'une et l'autre.

La référence au motif d'une décision du Conseil constitutionnel rendue en matière de question prioritaire de constitutionnalité ne saurait faire illusion : lorsqu'il est ainsi saisi de textes antérieurement promulgués, le Conseil constitutionnel n'en donne pas sa propre interprétation mais se fonde sur celle retenue par le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation selon le cas. En se prononçant ainsi qu'il l'a fait dans sa décision 2016-538 QPC du 22 avril 2016, le Conseil constitutionnel n'a fait qu'explicitier ce qui était au mieux implicite dans la décision de renvoi. Cet effort sémantique était devenu nécessaire depuis que le motif, tiré de la notion de « gain réalisé » pour faire apparaître une dichotomie dans la date d'entrée en vigueur des textes, un instant avancé au point 4 de la première décision n° 390265, *Albertine de Galbert-Defforey* du 12 novembre 2015 précitée, s'était révélé inopérant (voir le point **10** ci-dessus).

En réalité aucune des décisions du Conseil d'Etat, ni aucune conclusions de ses rapporteurs publics n'ont esquissé la moindre justification à l'appui de cette qualification. Par son arrêt C-662/18 et 672/18 du 18 septembre 2019, la Cour de justice de l'Union européenne a écarté la pertinence de la distinction pour l'interprétation de la directive « fusions ». Le Conseil d'Etat ne l'a plus reprise par la suite.

L'administration y a renoncé à son tour lors de la mise à jour du BOFiP.

Ainsi, loin de procéder d'une disposition claire de la loi qui ferait obstacle à toute interprétation, notamment à la lumière des directives européennes sur le régime fiscal commun des fusions de sociétés, la qualification de l'abattement pour durée de détention comme une règle d'assiette résulte

d'une improvisation opportuniste et hasardeuse qui doit aisément être abandonnée au bénéfice d'une interprétation conforme aux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne.

- 30.** En résumé, aucune des prémices du raisonnement suivi par le tribunal administratif ne paraît pertinente ou vérifiée en l'espèce actuelle.

L'interprétation conforme à la directive européenne sur le régime fiscal commun des fusions doit prévaloir. L'infirmité du jugement et le dégrèvement sollicité s'imposent de plus fort.

A supposer que la Cour ait encore un doute, il lui appartiendrait alors d'examiner la différence de traitement fiscal au regard des normes européennes qui prohibent la discrimination telles que l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en combinaison avec l'article 1^{er} de son premier protocole additionnel.

IV - INTERDICTION DE LA DISCRIMINATION PAR LA CONVENTION DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME ET DES LIBERTÉS FONDAMENTALES

- 31.** L'article 14 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales énonce :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

L'article 1^{er} du premier protocole additionnel relatif au droit au respect de ses biens énonce :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international »

Lu avec l'article 1^{er} du premier protocole additionnel relatif au droit au respect de ses biens, l'article 14 de la convention est opérant et pertinent en

matière fiscale (CE, ass., avis, 12 avr. 2002, n° 239693, *SA Financière Labeyrie* ; Lebon, p. 137; Dr. fisc. 2002, n° 26, comm. 55, concl. F. Séners, note B. Boutemy et E. Meier ; RJF 6/2002, n° 673, chron. L. Olléon, p. 447; AJDA 2002, p. 410, chron. P. Collin et M. Guyomar et CE 22 novembre 2019, n° 431867 *Zwirn*; Tables Lebon, Dr. fisc. 2020, n° 8, comm. 150, concl. K. Ciavaldini ; RJF 2/2020, n° 130 ; voir aussi, sur le seul fondement de l'article 1er du premier protocole additionnel, 10 mars 2020, n° 437122, *SCPI Primopierre*, Tables Lebon.).

Le Conseil d'Etat retient ainsi qu'une différence de traitement fiscal entre des personnes placées dans une situation analogue au regard de la loi fiscale est discriminatoire, au sens de ces stipulations, si elle n'est pas assortie de justifications objectives et raisonnables, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un objectif d'utilité publique ou si elle n'est pas fondée sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec les buts de la loi. A la différence du Conseil constitutionnel, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme comporte une exigence de proportionnalité à intensité variable selon le droit protégé, qui est mise en œuvre en matière fiscale par le Conseil d'Etat par l'emploi des mots « *situation suffisamment différente* » au regard de la loi fiscale (CE, 22 novembre 2019, n° 431867 *Zwirn* préc., spécialement au point 8).

Au cas présent, la différence de traitement fiscal entre les contribuables qui ont cédé des actions Vivendi après le 1^{er} janvier 2013 procède d'une triple distinction :

- suivant le sens de la fusion de sociétés et la circonstance que, lors d'opérations de fusion antérieures, les contribuables ont détenu des titres de la société Vivendi absorbante ou d'une société absorbée telle que Pathé ;
- suivant la date de l'opération (avant ou après le 1er janvier 2000) et le régime fiscal (report ou sursis d'imposition) applicable à la plus-value réalisée par les actionnaires de la société absorbée dans le cadre de la fusion ;
- suivant la localisation du siège des sociétés ayant participé à l'opération.

Faute d'avoir été saisi du moyen, le Conseil d'Etat ne s'est pas encore prononcé sur la différence de traitement fiscal au regard de l'abattement pour durée de détention prévu à l'article 150-0 D du CGI et la discrimination prohibée par l'article 14 de la Convention de sauvegarde

des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 1^{er} de son premier protocole additionnel.

A – DISCRIMINATION SUIVANT LE SENS DE LA FUSION DES SOCIÉTÉS PARTICIPANT À L'OPÉRATION ET LA QUALITÉ DE LA SOCIÉTÉ, ABSORBANTE OU ABSORBÉE, DONT LE CONTRIBUABLE DÉTENAIT LES ACTIONS AVANT L'OPÉRATION

32. C'est la différence de traitement fiscal la plus évidente : suivant que les contribuables cédant des actions Vivendi après le 1^{er} janvier 2013 ont été actionnaires de la société Vivendi absorbante ou d'une société absorbée, telle que Pathé, lors d'une précédente opération de fusion, l'abattement pour durée de détention prévu à l'article 150-0 D du CGI s'appliquerait ou non.

Certes, seuls les actionnaires de la ou des sociétés absorbées ont été concernés par l'échange de titres qui a donné lieu à la plus-value d'échange. Mais la différence de situation entre les actionnaires des sociétés respectivement absorbante et absorbée - que la parité d'échange déterminée hors impôt, retenue dans la fusion tend précisément à égaliser pour l'avenir - est-elle pertinente au regard de la loi fiscale pour l'imposition de la plus-value réalisée lors de la cession ultérieure des actions de la société absorbante ?

On peut fortement en douter.

Le principe, commun à la loi fiscale française et aux directives européennes sur le régime fiscal commun des fusions de sociétés et opérations assimilées, est celui de la « neutralité fiscale » de l'opération, notamment pour les actionnaires des sociétés qui participent à l'opération. Cette neutralité fiscale paraît impliquer que l'actionnaire de la société absorbée qui échange nécessairement des actions de cette dernière ne soit pas imposé différemment ou plus lourdement que l'actionnaire de la société absorbante qui n'échange rien.

L'objectif commun aux deux régimes de différé d'imposition des plus-values réalisées à l'occasion de fusions de sociétés et opérations assimilées est de faciliter ces opérations en raison de leur intérêt pour l'économie en offrant aux actionnaires des sociétés absorbées la possibilité de ne pas s'acquitter tout de suite de l'impôt sur la plus-value générée par une opération qui, par construction, ne dégage pas immédiatement de liquidités (en ce sens, Edouard Crépey conclusions sur CE, 27 juillet 2012, n° 327295, *Berjo,t* BDCF 11/12 n° 129). Cet objectif tend ainsi à aligner,

au regard de la loi fiscale au moment de la fusion, la situation des actionnaires de la société absorbée qui échangent leurs titres sur ceux de la société absorbante qui n'échangent rien. La **situation paraît suffisamment analogue au regard de la loi fiscale** pour que l'article 14 de la convention européenne soit pertinent et applicable.

Ce qui est vrai au moment de l'échange forcé pour les actionnaires de la société absorbée devrait l'être aussi lors de la cession ultérieure des mêmes actions de la société absorbante. Les uns comme les autres sont placés dans des situations analogues au regard de la loi fiscale. Il doivent donc être imposés de la même manière. C'est ce qu'énoncent les articles 8 des directives européennes sur le régime fiscal commun des fusions de sociétés et c'est ce qu'a jugé la Cour de justice par son arrêt C-662/18 et C-672/18 du 18 septembre 2019 précité. Comme on l'a vu précédemment, le 1^{er} *quinquies* de l'article 150-0 D du CGI en dispose expressément ainsi pour la computation de la durée de détention des titres en vue de l'application de l'abattement. Pourquoi en irait-il autrement de l'abattement lui-même ?

33. On ne voit pas où serait l'**objectif d'utilité publique** que poursuivrait une différence de traitement fiscal, ni le critère objectif et rationnel en rapport avec les buts de la loi, encore moins le rapport de proportionnalité entre le moyen employé (charge fiscale accrue par le refus de l'abattement sur la plus-value d'échange réalisée par les seuls actionnaires de la société absorbée) et le but poursuivi.

En s'inspirant de la formule utilisée par le Conseil d'Etat dans sa décision *Zwirn* précitée (CE, 22 novembre 2019, n° 431867, spécialement au point 8), la cour administrative d'appel est invitée à considérer que **les actionnaires de la société absorbée qui ont opté avant le 1^{er} janvier 2000 pour le report d'imposition « au moment où s'opérera la cession ou le rachat des titres reçus lors de l'échange » de la plus-value d'échange réalisée lors d'une fusion de sociétés « ne se trouvent pas, au regard de la loi fiscale, dans une situation suffisamment différente de celle des contribuables » actionnaires de la société absorbante qui, conservant leurs titres lors de la fusion, sont imposés comme ceux de la société absorbée sur la plus-value de cession « au moment où s'opère la cession ou le rachat des (mêmes) titres ».**

Pour cette raison déjà, la thèse de l'administration reprise par le jugement entrepris conduirait à une discrimination prohibée.

34. L'objection opposée par le tribunal administratif et tirée de ce que les requérants ne pourraient pas se prévaloir d'un « bien » ou d'une espérance légitime protégée par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la

convention européenne des droits de l'homme ne peut pas être retenue en l'espèce actuelle. Elle procède d'une confusion entre le traitement fiscal effectivement appliqué de 2013 à 2017 aux plus-values de cession d'actions imposables au titre de cette période – qui est un « bien » au regard du principe de neutralité fiscale des fusions de sociétés et au sens de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel – et la conception subjective qu'auraient pu s'en faire par anticipation, avant 2012 et l'entrée en vigueur du nouveau régime, les actionnaires de sociétés absorbées.

Lorsque le législateur instaure une mesure fiscale dont le bénéfice dépend de circonstances - tel qu'un délai de détention dont la computation, définie par des dispositions telles que le 1^{er} *quinquies* de l'article 150-0 D, peut commencer avant son entrée en vigueur - le bénéfice de cette mesure, qui atténue la charge fiscale du contribuable à compter de sa mise en vigueur est évidemment un bien protégé par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel. Peu importe que, par définition, les contribuables – quels qu'ils soient, qu'ils aient procédé ou non à un échange et, dans le premier cas, selon le régime du report ou celui du sursis d'imposition - n'aient pas eu d'espérance légitime à bénéficier de la mesure avant qu'elle n'entre en vigueur (sur cette discussion, voir aussi Marc Pelletier « Le Conseil d'Etat et les discriminations à rebours » Dr. Fisc. 2020 n°28, 9 juillet 2020, comm. 303, note 68 et la référence citée).

En excluant du bénéfice de l'abattement pour durée de détention applicable lors de la cession, à compter du 1^{er} janvier 2013, d'actions de la société absorbante acquises ou reçues en échange lors d'une opération de fusion de sociétés les seules plus-values réalisées par les actionnaires de sociétés absorbées lors d'échanges intervenus avant le 1^{er} janvier 2000 qui ont fait l'objet d'un report d'imposition alors qu'il l'octroie aux autres actionnaires de la société absorbante qui ont détenu les mêmes titres pendant la même durée ou une durée moindre, y compris aux anciens actionnaires d'autres sociétés absorbées à la suite d'un échange postérieur au 1^{er} janvier 2000, le législateur fiscal excluait les contribuables de la première catégorie d'un bien qu'il attribue aux seconds. La différence de traitement au regard de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel est certaine. La circonstance que ni les uns ni les autres n'aient eu vocation à l'abattement avant qu'il ne soit instauré est indifférente.

La situation de l'espèce actuelle est toute différente de celle, jugée par la cour administrative d'appel de Nantes qui concernait un contribuable qui avait cédé ses actions en 2011 en revendiquant le bénéfice du report d'imposition sous condition de réinvestissement, pouvant déboucher sur une exonération définitive, prévu par l'article 150-0 D *bis* du CGI, dont il avait été déchu en 2014 faute d'avoir satisfait à cette condition (CAA

Nantes, 1^{ère} ch., 8 octobre 2020, 18NY03381, inédit au recueil Lebon). Toutes ces dispositions et circonstances étant extérieures au régime fiscal des fusions de sociétés et au principe de neutralité fiscale qui le gouverne, la motivation retenue par la cour administrative d'appel de Nantes dans cet arrêt, dont le tribunal administratif semble s'être inspiré au point 8 du jugement entrepris, n'est pas transposable en l'espèce actuelle.

L'objection opposée d'office par le tribunal administratif, qui ne l'a pas soumise à un débat contradictoire qui aurait permis au juge lui-même d'en mieux apprécier le mérite, notamment au regard du régime fiscal des fusions de sociétés, ne peut pas être retenue.

B - DISCRIMINATION SUIVANT LA DATE DE L'OPÉRATION DE FUSION DE SOCIÉTÉS (AVANT OU APRÈS LE 1^{ER} JANVIER 2000) ET LE RÉGIME FISCAL (REPORT OU SURSIS D'IMPOSITION) APPLICABLE À LA PLUS-VALUE RÉALISÉE DANS LE CADRE DE L'OPÉRATION

35. Saisi d'un moyen similaire au deuxième grief, formulé au regard de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le Conseil d'Etat l'a rejeté aux motifs essentiels que :

« cette différence de traitement, qui résulte de la succession de deux régimes juridiques dans le temps, ne méconnaît pas, par elle-même, le principe d'égalité ; qu'elle est en outre en rapport direct avec l'objet de la loi qui, en réservant l'application de l'abattement pour durée de détention aux cessions intervenues à compter du 1er janvier 2013, vise à encourager la détention longue de valeurs mobilières ».

La suffisance de ces motifs au regard de l'article 14 de la convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, lu avec l'article 1^{er} du premier protocole additionnel, ne paraît pas établie et mériterait d'être vérifiée à plusieurs titres.

En premier lieu, des dispositions transitoires régissant la succession de deux régimes juridiques dans le temps sont discriminatoires lorsque la différence de traitement qu'elles établissent manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou qu'il n'y a pas de rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi (CEDH, *Mazurek c/France*, n° 34406/97, 1^{er} mai 2000, §§ 48 et 48 ; *Fabris c/France*, n° 15674/08, 7 février 2013, §§ 56 et 73 ; *Quilichini c/France*, 14 mars 2019, §§ 43 et 45 ; tous sur les dispositions transitoires de la loi française sur les droits successoraux des enfants adultérins ; CE, 6 avril 2007, n° 282390, *Comité Harkis et vérité*, mentionné au tables du

recueil Lebon, sur la différence de traitement au regard de l'allocation de reconnaissance octroyée aux anciens harkis en fonction de la date d'acquisition de la nationalité française par le demandeur).

- 36.** Au cas présent la question ne relève pas directement de la succession de deux régimes juridiques distincts puisqu'elle porte sur les impositions dues à compter du 1^{er} janvier 2013 lors de la cession d'actions reçues en échange à l'occasion de fusions de sociétés qui peuvent toutes être antérieures à l'entrée en vigueur du nouveau régime d'imposition des plus-values de cession de valeurs mobilières.

En application du principe de neutralité fiscale des fusions de sociétés, ces impositions devraient, comme on l'a exposé aux points **32** et **33** ci-dessus, être équivalentes à celles des plus-values réalisées après le 1^{er} janvier 2013 à l'occasion de la cession d'actions de la même société (en l'espèce Vivendi) acquises antérieurement depuis une durée suffisante décomptée à partir de l'acquisition et qui n'ont pas fait l'objet d'échange à l'occasion d'une fusion de sociétés parce que Vivendi était la société absorbante dans l'opération.

La question porte ainsi sur une exception au principe de neutralité fiscale des fusions à savoir la différence de traitement fiscal des plus-values de cession ultérieure des titres reçus en échange suivant que l'opération de fusion de sociétés a eu lieu plus ou moins de 13 ans auparavant, avant ou après le 1^{er} janvier 2000 date de remplacement du régime du report d'imposition antérieurement en vigueur par celui du sursis d'imposition.

Comme on l'a vu au point **32**, ces deux régimes répondent au même objectif, à savoir faciliter les fusions de sociétés en raison de leur intérêt pour l'économie en offrant aux actionnaires des sociétés absorbées la possibilité de ne pas s'acquitter tout de suite de l'impôt sur la plus-value générée par une opération qui, par construction, ne dégage pas immédiatement de liquidités. Autrement dit d'aligner le traitement fiscal des actionnaires de sociétés absorbées sur celui des sociétés absorbantes. La différence entre ces deux régimes successifs tient à la technique mise en œuvre.

Comme rappelé au point **2** ci-dessus, il ressort des termes de la loi de finances pour 2000 n°99-1172 du 30 décembre 1999, des motifs du projet de loi, du rapport du rapporteur général du budget sur ce projet et des autres travaux préparatoires que l'objet de cette loi était *de fusionner à droit constant les différents régimes d'imposition des plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux des particuliers et d'alléger les obligations déclaratives des contribuables par des mesures de simplification consistant à remplacer le régime de report d'imposition, qui*

constitue le régime de droit commun pour les particuliers qui réalisent des plus-values d'échange à l'occasion d'une opération d'offre publique d'échange, de fusion de sociétés ou d'apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés, par un mécanisme du sursis d'imposition, dans lequel l'opération d'échange est considérée comme présentant un caractère intercalaire de sorte qu'elle n'est pas prise en compte pour l'établissement de l'impôt sur le revenu, ni même déclarée au titre de l'année d'échange.

L'objectif de simplification administrative, voire de « *pure simplification administrative* » de la réforme opérée par la loi de finances pour 2000 a été souligné par d'éminents membres du Conseil d'Etat (Olivier Fouquet « *Apport-cession et apport d'entreprise individuelle en société* » Feuillet rapide Lefebvre 44/10 inf. 18 p.21 ; Edouard Crépey conclusions sur CE 27 juillet 2012 n°327295 Berjot BDCF 11/12 n°129).

Aucun des textes législatifs, travaux préparatoires ou commentaires ultérieurs n'énonce ni ne suggère que, suivant la technique fiscale définie par le législateur, le différé d'imposition que la loi prévoit aurait pour contrepartie, lors de la cession des actions reçues lors de l'échange, une aggravation de la charge fiscale de l'actionnaire qui cède après le 1^{er} janvier 2013 des actions reçues en échange avant le 1^{er} janvier 2000 par rapport aux autres cédants de titres identiques pendant la même période d'imposition. Ainsi que l'a jugé la Cour de justice par son arrêt C-662/18 et C-672/18 du 18 septembre 2019 précité, les articles 8 des directives européennes prescrivent une imposition de la même manière. Comme on l'a vu précédemment, le 1^{er} *quinquies* de l'article 150-0 D du CGI en dispose ainsi pour la computation de la durée de détention des titres en vue de l'application de l'abattement.

Au regard du double objectif, certes légitime, de simplifier la législation et d'alléger les obligations déclaratives des particuliers qui réalisent des plus-values d'échange à l'occasion d'une opération de fusion de sociétés, la différence de traitement fiscal de la plus-value d'échange lors de la vente, treize ans plus tard, des titres reçus en échange avant cette simplification administrative manque de justification raisonnable et n'a pas de rapport de proportionnalité avec le but poursuivi.

Il en va d'autant plus ainsi pour les requérants et autres actionnaires placés dans la même situation qui

(1°) ont été appelés à voter, après le dépôt et la publication du projet de loi de finances pour 2000 énonçant de tels objectifs, une fusion destinée à se réaliser avant son entrée en vigueur et

(2°) ont pu constater pendant treize ans l'égalité de traitement fiscal des plus-values finalement réalisées lors de la cession des actions reçues en échange

- d'une part, avec celui des plus-values réalisées lors de la cession des mêmes actions, détenues par les actionnaires de la société absorbante, qui n'ont pas fait l'objet d'échange lors de fusions antérieures ;
- d'autre part, quel qu'ait été le régime fiscal (report ou sursis) appliqué lors de l'échange, spécialement lorsque, comme c'est leur cas, le prix de cession final a été très sensiblement inférieur à la valeur d'échange.

(3°) ont cédé leurs actions de la société absorbante en 2014, avant que l'administration fiscale ne publie le 20 avril 2015, le commentaire au BOFiP dans lequel elle a fait connaître son analyse discriminatoire.

37. En revanche, la distinction entre les règles d'assiette et les règles de calcul de l'impôt à la supposer fondée, relève de la technique fiscale et ne répond à aucun objectif d'intérêt public ou général en rapport de proportionnalité avec le but poursuivi. Elle ne peut pas davantage servir de justification à la différence de traitement fiscal.

A cet égard, on rappellera que l'année de la cession d'actions reçues en échange lors de fusions de sociétés ou autres opérations assimilées, le résultat net de la cession de ces titres est inclus, avant tout abattement, dans la somme algébrique qui détermine le revenu net catégoriel, sans distinguer suivant que la fusion ou opération assimilée a eu lieu avant le 1^{er} janvier 2000 (et la plus-value réalisée lors de l'échange de titres soumis au mécanisme du report d'imposition), ou après le 1^{er} janvier 2000 (et la plus-value réalisée lors de l'échange de titres soumis au régime du sursis d'imposition) (voir ci-dessus point **28**).

Lorsque les actions cédées ne procèdent pas d'un échange intervenu lors de fusions antérieures, parce que le contribuable détenait ces actions de la société absorbante avant l'opération, la plus-value ou gain net à retenir est constitué par la différence entre le prix effectif de cession des titres ou droits, net des frais et taxes acquittés par le cédant, et leur prix effectif d'acquisition par celui-ci (article 150-0 D du CGI, en substance conforme à l'ancien article 94 A du même code), soit (PV- PA).

Dans le cas du sursis d'imposition, la plus-value nette est également représentée par un montant unique résultant de la comparaison du prix de

cession des titres cédés qui avaient été reçus en échange (PV) et du prix d'acquisition des titres remis à l'échange (PA), soit à nouveau (PV – PA).

Dans le cas du report d'imposition qui prend fin par la cession ultérieure des titres pour un prix inférieur à la valeur d'échange, la plus-value nette à retenir pour déterminer l'assiette d'imposition de l'année de la cession est la somme algébrique de la plus-value constatée lors de l'échange par rapport au prix d'acquisition des titres remis à l'échange (VE - PA) et de la moins-value réalisée lors de la cession par rapport à la même valeur d'échange des titres échangés (PV – VE).

Mathématiquement, le résultat est équivalent : $(PV - VE) + (VE - PA) = PV - VE + VE - PA = PV - PA$. L'assiette de l'imposition est la même dans tous les trois cas.

Le refus de l'abattement sur la plus-value d'échange lorsqu'une fusion ou opération assimilée a eu lieu avant le 1^{er} janvier 2000 (et la plus-value réalisée lors de l'échange de titres placée en report d'imposition), alors qu'il est acquis lorsque la fusion ou opération assimilée a eu lieu après le 1^{er} janvier 2000 (et la plus-value réalisée lors de l'échange de titres soumise au régime du sursis d'imposition) paraît ainsi discriminatoire.

Peu importe qu'avant le 1^{er} janvier 2000 le régime du report d'imposition ait été optionnel puisque (1^o) il a été instauré pour tenir compte du fait que, dans les opérations d'échange de titres éligibles (où la soule ne peut pas excéder 10% du nominal des titres reçus, généralement bien inférieur à leur valeur), l'actionnaire de la société absorbée ne reçoit pas de disponibilités pour acquitter l'impôt de plus-value de sorte que l'option est généralement nécessaire (2^o) comme l'a rappelé l'exposé des motifs du projet de loi de finances pour 2000, le report constituait le régime de droit commun pour les particuliers qui réalisaient des plus-values d'échange à l'occasion de telles opérations. Les situations sont analogues au regard de la loi fiscale et la différence de traitement au regard de l'abattement pour durée de détention lors de la cession postérieure au 1^{er} janvier 2013 des actions de la société absorbante suivant qu'elles ont été reçues en échange avant ou après le 1^{er} janvier 2000 ne répond à aucun objectif d'intérêt public ou général en rapport de proportionnalité avec le but poursuivi.

Pour l'ensemble de ces raisons la première objection avancée par le Conseil d'Etat dans sa première décision n° 390265, *Albertine de Galbert-Defforey* du 12 novembre 2015 précitée au regard de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ne peut pas être retenue à l'encontre

de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 1^{er} de son premier protocole additionnel.

En s'inspirant, comme proposé ci-dessus mais autrement, de la formule utilisée par le Conseil d'Etat dans sa décision *Zwirn* précitée (CE, 22 novembre 2019, n° 431867, spécialement au point 8), la cour administrative d'appel est invitée à considérer que **les contribuables qui ont opté avant le 1^{er} janvier 2000 pour le report d'imposition « au moment où s'opérera la cession ou le rachat des titres reçus lors de l'échange » de la plus-value d'échange réalisée lors d'une fusion de sociétés « ne se trouvent pas, au regard de la loi fiscale, dans une situation suffisamment différente de celle des contribuables » qui - ayant participé à un échange similaire après le 1^{er} janvier 2000 et bénéficié du sursis de plein droit en vigueur à compter de cette date - sont imposés comme les précédents sur la plus-value de cession « au moment où s'opère la cession ou le rachat des (mêmes) titres ».**

38. Le second motif retenu par le Conseil d'Etat, à savoir « *qu'elle (cette différence de traitement) est en outre en rapport direct avec l'objet de la loi qui, en réservant l'application de l'abattement pour durée de détention aux cessions intervenues à compter du 1^{er} janvier 2013, vise à encourager la détention longue de valeurs mobilières* » semble paradoxal.

Aux termes de la loi de finances pour 2013, inchangé sur ce point par les modifications intervenues l'année suivante avec la même date d'effet, le délai de détention pris en considération pour l'application de l'abattement ne court pas à compter du 1^{er} janvier 2013, comme c'était le projet initial du gouvernement, mais à compter de l'acquisition des titres remis à l'échange (1 *quinquies* de l'article 150-0 D, issu d'un amendement gouvernemental). La « *détention longue de valeurs mobilières* » encouragée par la loi peut ainsi avoir commencé de courir avant le 1^{er} janvier 2013. A plus forte raison est elle acquise lorsque l'acquisition des titres remis à l'échange est antérieure au 1^{er} janvier 2000, de sorte que la « *durée réelle de détention* » définie au 1 *quinquies* de l'article 150-0 D excède 13 ans.

Les personnes qui, comme les requérants, ont acquis les titres d'origine (Chargeurs, devenus Pathé) remis à l'échange lors d'une fusion réalisée au plus tard le 31 décembre 1999 pour céder les actions (Vivendi) reçues en échange après le 1^{er} janvier 2013, ont nécessairement détenu les titres pendant une « *durée réelle de détention* » d'au moins 13 ans (18 ans dans le cas des requérants). C'est une détention longue ouvrant droit à l'abattement maximal de 65 % applicable à partir de 8 ans de détention.

D'autres actionnaires ayant participé à un échange soumis au régime du sursis d'imposition après le 1^{er} janvier 2000 peuvent prétendre au bénéfice du même abattement maximal à partir de 8 ans de détention, c'est-à-dire d'une acquisition des titres d'origine en 2004. Il est paradoxal de pénaliser les actionnaires tels que les requérants qui, par construction, ont réalisé la détention la plus longue et supporté plus longtemps le risque d'actionnaire. C'est, en quelque sorte un rapport inverse avec l'objet de la loi qui ne peut pas davantage être retenu à l'encontre de l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 1^{er} de son premier protocole additionnel.

Pour cette raison encore, la différence de traitement est injustifiée et discriminatoire.

Il y aurait donc lieu, pour la cour administrative d'appel de l'écarter et d'ordonner le dégrèvement sollicité.

C - DISCRIMINATION SUIVANT LA LOCALISATION DU SIÈGE DES SOCIÉTÉS AYANT PARTICIPÉ À L'OPÉRATION, PRISE SEULE OU EN COMBINAISON AVEC LA DATE DE RÉALISATION

39. Ainsi que l'a relevé M. le Président Philippe Martin dans un important article :

« On pourrait donc imaginer, en matière fiscale, des contentieux en deux temps. Dans un premier temps, les contribuables feraient juger, dans une logique d'exclusion du droit interne, la contrariété avec la directive du régime français applicable aux opérations transfrontalières. Puis, dans un second temps, les contribuables concernés par des opérations internes invoqueraient une discrimination à rebours, en opposant par exemple à une loi fiscale les stipulations de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention EDH).

Certains tenteront peut-être une action en un seul temps. Dans un même contentieux fiscal portant sur une situation interne, serait contestée la contrariété entre loi fiscale et directive concernant les situations transfrontalières, puis en serait déduite l'existence d'une discrimination à rebours après « rectification » du droit interne pour les seules situations transfrontalières » (Ph. Martin, Le régime français des sociétés mères à la lumière de la directive : les méthodes d'interprétation du juge fiscal, Dr. fisc., n° 41, 2014, 569).

Même « à rebours », la discrimination est proscrite par l'article 14 et les autres stipulations pertinentes de la CEDH.

40. En l'espèce actuelle, à supposer par hypothèse que l'interprétation conforme proposée par les requérants ne soit pas admise et que la cour administrative d'appel préfère s'en tenir à la substitution partielle opérée par le Conseil d'Etat dans ses décisions QPC (CE, 19 décembre 2019, n° 423044, *Albertine de Galbert-Defforey* et n° 423118, *Marc Simoncini*, inédites au Lebon ; Dr. fisc. 2020, n° 6-7, comm. 138, concl. K. Ciavaldini), alors la différence de traitement qui en résulterait entre les cessions de titres reçus lors de fusions nationales et transfrontalières, et parmi elles selon la date de ces opérations, devrait être justifiée.

En premier lieu, **sur l'analogie des situations**, l'imposition des particuliers qui réalisent des plus-values de cession d'actions, y compris à l'occasion de fusions de sociétés ou lors de la cession ultérieure des titres de la société absorbante reçus en échange est, en règle générale, indifférente au siège des sociétés dont les titres sont cédés ou qui participent à l'opération (articles 150-0 A et 150-0 D du CGI, 92 B et 94 A anciens).

Aux termes de l'article 150-0 B du CGI applicable en tant que tel et par renvoi du 1^{er} *quinquies* de l'article 150-0 D, le législateur national a clairement défini le champ d'application territorial des dispositions qu'il a arrêtées sans distinguer les fusions entre sociétés françaises et certaines situations étrangères ou transfrontalières qu'il a définies. Les anciens articles 92 B et 94 A du CGI ne distinguaient pas davantage. Rien n'indique que, contrairement à la lettre de ces textes, le législateur ait eu pour objectif d'accorder rétrospectivement, après 13 ans, une moindre neutralité fiscale aux opérations nationales qu'aux opérations européennes d'échanges de titres ni suivant leur date de réalisation.

En conséquence, au regard de la loi fiscale - et spécialement de l'abattement pour durée de détention instauré à compter du 1^{er} janvier 2013 avec la soumission des plus-values de cession de valeurs mobilières au barème progressif d'impôt sur le revenu - la situation des particuliers qui ont cédé après le 1^{er} janvier 2013 des actions reçues en échange dans une opération nationale de fusion de sociétés avant le 1^{er} janvier 2000 est suffisamment analogue avec celle des particuliers qui ont également cédé après le 1^{er} janvier 2013 des actions reçues en échange dans une opération de fusion de sociétés impliquant une société d'un autre Etat-membre ou réalisée après le 1^{er} janvier 2000 pour que les stipulations combinées des articles 14 de la CEDH et de l'article 1^{er} de son premier protocole additionnel s'appliquent.

Pour l'application de ces stipulations, les considérations relatives au champ d'application du droit de l'Union européenne - et spécialement celle que le champ d'application territorial et matériel de directives telles que les directives fiscales « Fusions » soit plus restreint que celui de la loi française - sont sans portée. La « *différence de situation tenant au cadre européen ou non de l'opération d'échange de titres* », admise par le Conseil constitutionnel au regard de la Constitution en dépit des termes de la loi qui ne fait pas la distinction, tient aux limites du contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois. S'estimant lié à un double titre, par les décisions de renvoi et par les termes des questions de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel s'est privé de la plénitude de juridiction. Enfermé dans le dilemme qui lui est soumis, il ne peut pas censurer, c'est-à-dire abroger, pour méconnaissance du principe constitutionnel d'égalité devant la loi « *la législation en cause au principal, adoptée pour mettre en œuvre la directive fusions, applicable dans les mêmes conditions aux opérations d'échange de titres, qu'elles soient purement internes ou transfrontalières* ». Faute de suivre ou de s'inspirer de la décision d'Assemblée *Jacob* et de la jurisprudence de la Cour de justice afin d'interpréter lui-même les dispositions législatives déférées à la lumière de la directive comme le lui ont proposé les requérants dans leur intervention, le Conseil constitutionnel en a été réduit à paraphraser l'analyse contestable des décisions de renvoi de QPC.

Contrairement à ce qu'a cru pouvoir énoncer le tribunal administratif au point 9 de son jugement, la position du Conseil constitutionnel, adoptée dans un tel contexte et non dépourvue de contradictions, n'est pas transposable pour l'application des stipulations combinées des articles 14 de la CEDH et de l'article 1^{er} de son premier protocole additionnel.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme montre que la convention poursuit des objectifs propres en faisant prévaloir, dans l'analyse des affaires dont elle est saisie, une conception plus concrète ou plus fonctionnelle de l'analogie de situations en vue de vérifier dans chaque cas si la différence de traitement manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire qui ne poursuit pas un but légitime ou n'a pas de rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi (voir notamment les arrêts *Mazurek c/France*, n° 34406/97, 1^{er} mai 2000 §§ 48 et 49 ; *Fabris c/France*, n° 15674/08, 7 février 2013, §§ 56 et 73 ; *Quilichini c/France*, 14 mars 2019, §§ 43 et 45 précités ainsi que CE, 6 avril 2007, n° 282390, *Comité Harkis et vérité* et 22 novembre 2019, n° 431867 *Zwirn* également précités).

41. En second lieu, la différence de traitement entre situations internes et situations entrant dans le champ territorial des directives « Fusions » ne poursuit **aucun objectif d'utilité publique**. Pourquoi une neutralité fiscale rétrospectivement atténuée, 13 ans après, au détriment des opérations françaises de fusions de sociétés par rapport aux opérations transfrontalières européennes de fusions qui étaient extrêmement rares avant le 1^{er} janvier 2000 ?

L'objectif financier d'augmenter les recettes fiscales de l'Etat ne peut pas être admis comme justification valable d'une différence de traitement entre situations analogues au regard de la loi fiscale.

Cette différence de traitement fiscal est, comme on vient de le rappeler, en contradiction directe avec la lettre (article 150-0 B et 1 *quinquies* de l'article 150-0 D du CGI) et les buts de la loi. En disposant ainsi qu'il l'a fait, le législateur a clairement eu pour objectif, en modifiant les dispositions de l'article 150-0 D du CGI à l'occasion de la réforme de l'imposition des plus-values des particuliers en 2012 et 2013, de traiter uniformément l'ensemble des situations, françaises et internationales mentionnées au second alinéa de l'article 150-0 B du CGI, au nombre desquelles figurent les fusions de sociétés sans distinguer suivant le régime fiscal de la plus-value d'échange de titres. Tant pour l'application du barème progressif de l'impôt sur le revenu que pour l'abattement pour durée de détention qui en est un correctif essentiel. Rien ne permet de supposer que le législateur ait eu sur ce point un objectif différent de la lettre de la loi.

Pourrait-on tirer une justification valable des décisions récentes du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat dans les affaires *Marc Simoncini* et *Albertine de Galbert-Defforey* ? Selon le Conseil constitutionnel, « *le respect du droit de l'Union européenne impose de renforcer les opérations européennes d'échange de titres* » (point 13 de la décision n°2019-832 /833 QPC du 3 avril 2020) sans qu'il en résulte pour autant « *une dénaturation de l'objet initial de la loi* » (point 14 de la décision). Selon le commentaire officiel de cette décision, cette confrontation « *a pour conséquence une modification de cette norme dont il résulte la discrimination contestée* », c'est-à-dire une « *mutation de la norme d'origine (... qui) fait également évoluer l'objet de la loi* » (page 16 al.4).

Quelle que soit l'exigence de renforcer les opérations européennes et en admettant même qu'elle puisse constituer un objectif d'utilité publique, la modification ou mutation de la loi et de son objet initial destinées à satisfaire cet objectif devrait être sans effet sur les impositions dont le fait générateur est antérieur. Tel est le cas en l'espèce actuelle de la cession des actions Vivendi par les requérants en 2014. La volonté du législateur et les

buts de la loi, pertinents au regard de l'article 14 de la convention de sauvegarde des droits de l'Homme, sont ceux qui ressortent du texte et de l'objet initial de la loi en vigueur le jour (ou au titre de l'année) du fait générateur de l'impôt. Prohibée par la Convention, la différence de traitement fiscal ne peut pas être justifiée par une modification ou mutation ultérieure.

Même si l'on retenait un tel objectif non financier d'utilité publique, il serait très vraisemblablement sans rapport de proportionnalité avec le moyen employé (charge fiscale accrue par l'application du barème progressif de l'impôt en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2013 sans abattement pour durée de détention aux seules plus-values d'échange réalisées avant le 1^{er} janvier 2000 lors d'une fusion entre sociétés françaises et placées en report d'imposition).

En s'inspirant encore autrement de la formule utilisée par le Conseil d'Etat dans sa décision *Zwirn* précitée (CE, 22 novembre 2019, n° 431867, spécialement au point 8), la cour administrative d'appel est invitée à considérer que **les contribuables qui ont opté avant le 1^{er} janvier 2000 pour le report d'imposition « au moment où s'opérera la cession ou le rachat des titres reçus lors de l'échange » de la plus-value d'échange réalisée lors d'une fusion de sociétés nationales « ne se trouvent pas, au regard de la loi fiscale, dans une situation suffisamment différente de celle des contribuables » qui - ayant participé à un échange similaire entre titres de sociétés d'Etats membres différents de l'Union européenne ou après le 1^{er} janvier 2000 - sont imposés comme les précédents sur la plus-value de cession « au moment où s'opère la cession ou le rachat des (mêmes) titres ».**

Différence de traitement fiscal entre situations analogues qui manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire qui ne poursuit pas un but légitime ou n'a pas de rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi, la discrimination suivant la localisation du siège des sociétés ayant participé à l'opération de fusion et la date de celle-ci est certaine et prohibée par l'article 14 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 1^{er} de son premier protocole additionnel relatif au droit au respect de ses biens.

Le dégrèvement sollicité n'en devrait pas moins être ordonné.

PAR CES MOTIFS

Les requérants concluent à ce qu'il plaise à la cour administrative d'appel :

1° ANNULER le jugement entrepris, ensemble la décision attaquée ;

2° ORDONNER le dégrèvement des impositions et pénalités contestées ;

3° CONDAMNER l'Etat à leur verser une indemnité de 7.000 euros au titre de l'article L 761-1 du code de justice administrative

Pièce jointe : jugement du tribunal administratif de Paris du 22 octobre 2020 dans l'affaire n° 18-00206/2-3