

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

OBSERVATIONS COMPLEMENTAIRES AU FORMULAIRE DE LA REQUETE

Pour : Monsieur et Madame Philippe LANGLOIS,

ci-après les « requérants »

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

I – SUR LE PREMIER GRIEF : VIOLATION DE L'ARTICLE 1ER DU 1ER PROTOCOLE ADDITIONNEL A LA CEDH PRIS EN TANT QUE TEL (PRINCIPE DE LEGALITE)

A - Sur l'intégration de l'ordre juridique de l'Union européenne et l'interprétation de la loi nationale conformément au droit de l'Union européenne, y compris son droit dérivé

1. Comme la Cour de justice de l'Union européenne et comme les juridictions nationales – y compris le Conseil d'État français depuis 2011 – la Cour reconnaît et tire les conséquences de l'ordre juridique de l'Union européenne intégré à l'ordre juridique national, notamment pour appliquer le principe de légalité.

A -1 L'obligation d'interpréter la loi nationale conformément au droit dérivé de l'Union européenne

A -1- a La Cour de justice de l'Union européenne juge désormais de façon constante que, même dans les circonstances où une norme de droit dérivé de l'Union européenne n'est pas d'application directe, comme c'est le cas des directives ou des décisions-cadre, les juridictions nationales sont tenues d'appliquer le droit national en l'interprétant, dans toute la mesure possible, à la lumière du texte ainsi que de la finalité de la règle de droit dérivé en cause et de laisser inappliquée, de leur propre autorité, toute interprétation, même 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 règle de droit dérivé concernée. Autrement dit, les juridictions

nationales doivent faire prévaloir l'harmonie des normes nationales et européenne sur un éventuel conflit.

2. Par un récent arrêt de grande chambre, elle a jugé :

« 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 qu'elle a 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, *Poplawski*, 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, EU:C:2019:530).

La Cour de justice distingue ainsi 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 au 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, de sorte que 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).

La notion de « loi » au sens de l'article 1^{er} PPA englobe ainsi l'obligation d'interpréter la loi nationale conformément au droit dérivé de l'Union européenne et son interprétation par la Cour de justice de l'Union européenne et de laisser inappliquée toute interprétation antérieure, si cette interprétation n'est pas compatible.

A-1- b Au cas présent, ainsi que l'a jugé la Cour de justice dans son arrêt C-662/18 et C-672/18 précité :

3. « L'article 8, paragraphes 1 et 6, de la directive 2009/133/CE du Conseil, du 19 octobre 2009, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statuaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre, et l'article 8, paragraphe 1 et paragraphe 2, deuxième alinéa, de la directive 90/434/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, doivent être interprétés en ce sens que, dans le cadre d'une opération d'échange de titres, ils 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 notion de « loi » au sens de l'article 1^{er} PPA doit donc être interprétée dans le même sens avec la conséquence que les dispositions nationales pertinentes - à savoir notamment l'article 150-D du CGI – 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 commandée par l'intégration du droit de l'Union européenne au droit national, fait obstacle à l'imposition assignée aux requérants.

Pour cette raison encore l'imposition contestée procède d'une violation de l'article 1^{er} PPA.

A-2 L'obligation d'interprétation conforme de la loi nationale, adoptée pour mettre en œuvre les directives concernées et s'appliquer dans les mêmes conditions aux opérations purement internes et à celles retenues par ces directives.

A-2-a L'obligation d'interprétation conforme s'impose d'autant plus lorsque, comme en l'espèce actuelle, le législateur national a, **lors de la transposition d'une directive** européenne, adopté **une norme unique**, applicable dans les mêmes termes tant aux situations comportant un élément d'extranéité directement régies par la directive qu'aux situations purement internes.

4. Plusieurs raisons légitiment la pratique législative dite de « surtransposition » de directives européennes, courante depuis des décennies, plus 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).

Tel a été le cas en l'espèce actuelle où le Conseil d'État a interrogé à quatre reprises la Cour de justice de l'Union européenne sur l'interprétation de l'article 8 des directives concernant le régime fiscal commun des fusions. Dans trois de ces quatre cas, la question a été posée à propos

d'opérations purement internes et le Conseil d'État 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* » dans le même sens C-662/18 et C-672/18 point 31). Ce constat a encore été rappelé par la cour administrative d'appel dans son arrêt du 23 décembre 2022 relatif aux requérants (point 6).

Les décisions par lesquelles le Conseil d'État a saisi la Cour de justice de questions préjudicielles relatives à l'article 8 des directives sur le régime fiscal commun des fusions étaient dans le même sens. Ainsi la décision d'Assemblée *Jacob* du 31 mai 2016 :

« 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 (...)*

« 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'États 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* ».

Ces motifs ont été repris en substance par la décision *Lassus* du 19 juillet 2016, n° 360352 et intégralement par les décisions *Albertine de Galbert-Defforey*, n° 423044 et *Marc Simoncini*, n° 423118 du 12 octobre 2018 (inédits au Lebon, Droit fiscal 2019 n° 11 comm. 202, concl. Bohnert et note Derouin), toutes décisions par lesquelles le Conseil d'État a transmis à la CJUE de nouvelles questions d'interprétation de l'article 8 des directives en question.

5. Comme l'ont souligné avec force d'éminents membres du Conseil d'État, « à texte unique, interprétation unique ». Ce principe a été mis en œuvre par le Conseil d'État 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 notion de « loi » au sens de l'article 1^{er} PPA doit donc être interprétée dans le même sens avec les conséquences exposées au point A-1-b ci-dessus.

A-2-b L'obligation d'interprétation conforme s'impose encore plus fort lorsque **la Cour de justice a donné l'interprétation sollicitée** par la juridiction nationale dans des circonstances purement internes.

6. Contrairement à l'obligation d'interprétation conforme, le Conseil d'État 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 sur le régime fiscal commun des 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 satisfait d'autant moins aux exigences des arrêts de la Cour de justice et des décisions de renvoi précitées que ni le Conseil d'État ni sa rapporteure publique n'ont manifesté le moindre effort d'interprétation conforme ni indiqué ou même esquissé ce qui pourrait y faire obstacle. Ni le Conseil d'État ni sa rapporteure publique n'ont même proposé de revenir sur l'analyse qui avait motivé le renvoi des questions préjudicielles, à savoir l'alignement des solutions du droit national sur celles de la directive au-delà des termes de cette dernière. Au regard des dispositions relatives au champ d'application de la loi nationale (articles 92 B, deuxième alinéa de l'article 150-0 B et article 210-0 A du CGI), c'était exclu, au moins pour les opérations de fusions, pertinentes en l'espèce actuelle, qui relèvent du champ d'application matériel de l'une et de l'autre.

En l'espèce actuelle, si le tribunal administratif a invoqué la "lettre claire de la loi" pour s'opposer à une interprétation conforme, il n'a pas indiqué la teneur du texte qui y aurait fait obstacle. La cour administrative d'appel pas davantage. On verra (B ci-dessous) que l'argument tiré des dispositions transitoires et que la distinction entre règle d'assiette et règle de calcul, qui n'est fondée sur aucun texte, ne valent rien.

Il se confirme que la notion de « loi » au sens de l'article 1^{er} PPA doit être interprétée dans le sens indiqué par l'arrêt de la Cour de justice C-662/18 et C-672/18 du 18 septembre 2019, et fait obstacle à l'imposition assignée aux requérants. Pour cette raison encore, il y a violation de ce texte.

B – Réfutation des arguments contraires

Les arguments opposés à la demande des requérants ne résultent pas de la loi nationale.

B-1 La première distinction - tirée de **l'entrée en vigueur** du régime d'imposition des plus-values de cession de valeurs mobilières issu des lois de finances pour 2013 et 2014 - n'est ni pertinente ni fondée.

7. Ces dispositions transitoires s'appliquent dans les mêmes termes tant au barème progressif qu'à l'abattement pour durée de détention, son taux et les modalités de calcul de la durée de détention pour son application, "aux gains nets et profits réalisés à compter du 1er janvier 2013" (V de l'article 10 de la loi n° 2012-1509 du 29 décembre 2012 et III de l'article 17 de la loi n° 2013-1278 du 29 décembre 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.

On ne saurait donc se fonder sur la date d'entrée en vigueur de la loi pour distinguer entre l'application du barème progressif et l'abattement pour durée de détention en vue d'appliquer le premier tout en écartant le second.

Peu importe que la disposition transitoire commune désigne les "gains réalisés" à compter du 1er janvier 2013, cependant que les plus-values d'échange dont l'imposition a été différée dans le passé ont été "réalisées" lors de l'échange résultant de fusions antérieures à cette date.

- D'une part il résulte de la comparaison des articles 92 B et 150-0 A du CGI, rédigés dans les mêmes termes sur ce point qu'il en va ainsi tant avant le 1er janvier 2000 pour le report que pour le sursis d'imposition après cette date ;
- D'autre part, dans ces deux cas de différé d'imposition, s'applique l'analyse du Conseil d'Etat selon laquelle « 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 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 ».

B-2 La seconde distinction, tirée d'une différence de qualification entre règle d'assiette ou de calcul de l'impôt, ne vaut guère mieux.

B-2-a En premier lieu, elle ne ressort pas des termes de la loi et elle est contredite par les documents parlementaires de son élaboration.

8. L'abattement pour durée de détention, prévu au 1 de l'article 150-0 D du CGI, a été introduit par la loi de finances pour 2013 lors de l'extension du barème progressif de l'impôt sur le revenu aux plus-values de cession de valeurs mobilières avec la même date d'entrée en vigueur, dans le but d'atténuer les effets les plus excessifs de ce barème et de favoriser, par un taux effectif net réduit, la détention d'actions sur une longue durée, laquelle a pu commencer avant l'entrée en vigueur de la réforme.

Comme l'a relevé le rapporteur parlementaire sur le projet de texte, « *le taux d'imposition obtenu après deux ans de détention est très proche de celui du taux forfaitaire qui s'est appliqué jusqu'en 2011 (20,2 % contre 19 %) et plus faible que celui en vigueur au titre de 2012, fixé à 24 %. Le taux d'imposition obtenu après huit ans de détention est plus faible encore (13,46 % contre 19 %)* ».

Ainsi l'abattement pour durée de détention a pour objet et pour effet de réduire le taux effectif d'imposition résultant de l'application du barème progressif.

Sauf à méconnaître le texte de la loi, son économie et l'intention du législateur aussi clairement exprimée, on ne peut donc pas opposer l'abattement, qui serait une règle d'assiette de l'impôt, au barème progressif qui serait une règle de taux : la règle qui affecte spécialement la base d'application du barème progressif est indissociable de celui-ci et détermine le taux effectif d'imposition du revenu considéré, comme le montre l'exemple donné par le rapporteur. De la loi au Parlement.

B-2-b

9. **En deuxième lieu, la prétendue disjonction** qui aurait lieu en cas de report (mais non de sursis) d'imposition **entre les règles de calcul de l'assiette** - qui seraient celles applicables à la date de réalisation de la plus-value - **et les règles de liquidation de l'impôt** (application d'un taux à l'assiette pour établir le tarif) – qui seraient celles applicables à la date de l'évènement qui met fin au report d'imposition – **ne résulte pas davantage de la loi et notamment pas de l'article 92 B du CGI en vigueur lors de la fusion en 1999.**

10. La formule ne figurait pas non plus dans les décisions fondatrices de la jurisprudence du Conseil d'État (CE, 10 avril 2002, *de Chaisemartin* n° 226886 publié au Lebon ; 28 mai 2004, n° 256090, *Naudet*, mentionné aux tables du Lebon ; 1er 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). La distinction n'avait d'ailleurs pas d'enjeu (voir les références citées au point 25 de la requête d'appel des requérants).

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.). Dans leurs conclusions sur les décisions d'Assemblée *Jacob* du 31 mai 2016 et *de Chaisemartin* précitée les rapporteurs publics 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.

Au demeurant, 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 (CE, 25 juin 2018, n° 360352 *Lassus* et article 167 bis du CGI), cependant qu'en l'espèce actuelle, la plus-value réalisée par les requérants a été soumise à l'impôt selon un **tarif qui est bien supérieur à celui en vigueur tant lors de la fusion intervenue en 1999 que lors de la cession des titres en 2014.**

B-2-c En troisième lieu, l'abattement pour durée de détention s'apparente plutôt aux nombreux abattements applicables en matière de liquidation – c'est-à-dire de calcul – de plusieurs impôts, tels que les droits de mutation à titre gratuit, dont l'assiette est constituée par l'actif net successoral.

11. Le Conseil d'État a écarté la qualification de règles d'assiette au profit de **règles de calcul de l'imposition des revenus 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).

Comme l'abattement pour durée de détention qui fait l'objet du présent litige, cet abattement de 40 % sur les dividendes 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.

12. En réalité, l'argument, introduit par la décision 2016-538 QPC du Conseil constitutionnel du 22 avril 2016 sans autre soutien qu'une référence à un commentaire administratif relatif à un autre texte, paraît de pure opportunité. Il fait penser au moine Gorenflot, personnage d'Alexandre Dumas dans « La dame de Monsoreau » qui, désirant 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.

Artificiel et arbitraire, il ne satisfait pas au principe de légalité requis par la Cour pour l'application de l'article 1^{er} PPA. Pour cette raison encore l'imposition assignée aux requérants procède d'une violation de ce texte.

II – SUR LE SECOND GRIEF : VIOLATION DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION COMBINE AVEC L'ARTICLE 1ER DU 1ER PROTOCOLE ADDITIONNEL

13. A la supposer prévue par la « loi » au sens de l'article 1^{er} PPA, l'imposition litigieuse appliquée aux requérants procède d'une discrimination directe entre les contribuables, actionnaires de sociétés participant à des opérations de fusions, lesquels sont placés dans des situations identiques ou comparables au regard de la loi fiscale, notamment française, quel que soit le lieu de situation, en France ou à l'étranger (sauf certaines dispositions anti-abus), du siège de ces sociétés.

La raison essentielle est que, depuis plusieurs décennies et à l'instar de multiples autres législations nationales, la loi fiscale française met en œuvre un principe de neutralité fiscale des fusions de sociétés pour les actionnaires des entités qui participent à l'opération.

L'objectif commun de ces législations est d'éviter toute incidence fiscale sur les actionnaires de nature à influencer sur le principe ou les modalités de ces opérations qui concernent au premier chef les sociétés qui y participent, les entreprises que ces sociétés exploitent, le personnel qu'elles emploient et l'intérêt général que peuvent présenter ces opérations. De sorte que les acteurs et décideurs en la matière n'aient normalement pas à se soucier de la fiscalité des actionnaires ni des conflits d'intérêt qui pourraient en résulter.

L'exigence, apparue il y a plus de trente ans, est devenue impérative avec le développement de l'actionnariat, notamment celui des salariés, et l'extension voire la généralisation de l'imposition des plus-values de cession de valeurs mobilières. Considérée comme une opération intercalaire, la fusion de sociétés n'est alors pas pour l'actionnaire le fait générateur d'une imposition ; elle n'affecte ni la base fiscale de ses actions ni, lorsqu'elle est pertinente, la date de leur acquisition.

La même exigence a inspiré la directive européenne 90/434/CEE du 23 juillet 1990 d'harmonisation des législations nationales sur le régime fiscal commun des fusions et spécialement son article 8. Dans son arrêt *A.T.*, concernant la version antérieure de cette directive, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé :

« Par cet impératif de neutralité fiscale à l'égard des associés de la société acquise, la directive 90/434 vise, ainsi qu'il ressort de ses premier et quatrième considérants, à garantir qu'un échange d'actions [...] ne soit pas entravé par des restrictions, des désavantages ou des distorsions particuliers découlant des dispositions fiscales des États membres. »
« [...] il y a lieu de constater que le libellé impératif et clair de l'article 8, paragraphes 1 et 2, de la directive 90/434 ne fait aucunement apparaître la volonté du législateur communautaire de laisser aux États membres une marge de transposition permettant à ceux-ci de subordonner

la neutralité fiscale prévue en faveur des associés de la société acquise à des conditions supplémentaires. » (CJUE, 11 décembre 2008, A.T., C-285/07, Rec., p. I-9329, pt 21 et 26).

14. Pour l'imposition des actionnaires personnes morales et le régime d'imposition des titres de participation transmis ou échangés lors d'une fusion, la solution est certaine et confirmée par la jurisprudence, notamment française.

De façon constante, celle-ci se réfère expressément à la directive européenne sur le régime fiscal commun des fusions de sociétés et à l'intention du législateur lors de sa transposition en 1991 d'« *assurer la neutralité au plan fiscal des opérations de fusions de sociétés et à cette fin, sauf s'il en a disposé autrement, regarder de telles opérations comme des opérations intercalaires*».

Le Conseil d'État en a notamment déduit que, pour l'application des articles 39 *duodecies*, 209, 210 A et 210 B du code général des impôts « *pour apprécier la durée de détention de ces titres (...) et, par suite, pour déterminer le régime applicable, en vertu de l'article 39 duodecies du même code, à la moins-value réalisée, de retenir comme date d'acquisition, eu égard aux objectifs poursuivis par le législateur en adoptant ce régime et en l'absence de dispositions contraires, la date à laquelle les titres apportés sont initialement entrés dans le capital de la société ayant consenti l'apport et non celle de réalisation de l'apport* » de sorte que ces dates d'acquisition initiales « *étant antérieures de plus de deux ans à l'annulation des titres, c'est à bon droit que l'administration a estimé que la moins-value réalisée relevait du régime des moins-values à long terme et non de celui des moins-values à court terme retenu par la société* » (CE 11 février 2013, n°356519, *ministre c/Heineken France*, mentionné aux tables du Lebon et CAA Versailles 9 juillet 2013, n°11VE02056, *Groupe TBWA France*). Dans le même sens, pour l'appréciation du pourcentage de participation applicable selon les dispositions successives de l'article 209 B du CGI, voir CE plénière fiscale, 4 juillet 2014, n°357264, *société Bolloré SA*, publié au Lebon.

Comme la loi (1 *quinquies* de l'article 150-0 D du code général des impôts) pour l'imposition des personnes physiques, cette jurisprudence évite d'instaurer une différence de traitement fiscal des actionnaires suivant le sens de la fusion.

15. Par contraste, la différence de traitement fiscal entre les contribuables personnes physiques qui, comme les requérants ont cédé des actions de la société absorbante après le 1er janvier 2013, procède d'une triple distinction :

- suivant le sens de la fusion de sociétés et la circonstance que les contribuables ont détenu constamment des titres de la société absorbante, telle que Vivendi, ou d'une société absorbée, telle que Pathé, lors d'opérations de fusion antérieures (A) ;
- 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 (B) ;
- suivant la localisation du siège des sociétés ayant participé à l'opération (C).

Il suffit qu'une seule de ces distinctions ne soit pas fondée pour que la violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1er du 1er protocole additionnel soit constituée en l'espèce actuelle.

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

16. C'est la différence de traitement fiscal la plus évidente : suivant que les contribuables cédant des actions Vivendi après le 1er janvier 2013 ont été actionnaires de la société absorbante ou absorbée 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, par détermination expresse de la loi, cet échange n'est pas le fait générateur d'une imposition et ne modifie pas la date d'acquisition ni la base fiscale des titres.

En l'espèce actuelle, 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 ».*

17. L'article 150-0 B du CGI, auquel renvoie le 2° du 1 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 État membre de la Communauté européenne ou dans un État 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 État membre de la Communauté européenne ou dans un État 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. »

La réserve des dispositions de l'article 150-0 B ter, introduite par la loi de finances pour 2013, n'est pas pertinente en l'espèce actuelle : 1°/ ces dispositions concernent essentiellement les apports de titres à une société contrôlée par le contribuable apporteur, ce qui n'est pas le cas des requérants; 2°/ ces dispositions s'appliquent aux apports réalisés à compter du 14 novembre 2012 alors que les requérants ont reçu les actions cédées lors de fusions de sociétés achevées avant le 1er janvier 2000.

Pour les opérations d'échange intervenues avant le 1er janvier 2000, le 1 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 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.

18. 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.

Comme dit aux points 13 et 14 ci-dessus, 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, spécialement pour les actionnaires des sociétés qui participent à l'opération. Cette neutralité fiscale paraît impliquer que l'actionnaire de la société absorbée qui a nécessairement échangé des actions de cette dernière – sans que cet échange soit le fait générateur d'une imposition - ne soit pas imposé différemment ou plus lourdement que l'actionnaire de la société absorbante qui n'a rien échangé.

L'objectif commun aux régimes français 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. 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 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. 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 de l'Union européenne par son arrêt C-662/18 et C-672/18 du 18 septembre 2019 précité.

Le 1 *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. Pourquoi en irait-il autrement de l'abattement lui-même ?

19. 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) et le but poursuivi.

La Cour est ainsi invitée à considérer que les actionnaires de la société absorbée qui ont opté avant le 1er 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 se trouvent, au regard de la loi fiscale, dans une situation identique ou équivalente à celle des contribuables actionnaires de la société absorbante qui, ayant conservé 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 position prise par l'administration française conduit à une discrimination prohibée par la Convention EDH.

20. L'objection opposée aux requérants par le tribunal administratif et reprise par la cour administrative d'appel, tirée de ce que les contribuables ne pourraient pas se prévaloir d'un « bien » ou d'une espérance légitime protégée par l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme ne peut pas être retenue en l'espèce actuelle.

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 *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 1er 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.

En excluant du bénéfice de l'abattement pour durée de détention applicable lors de la cession, à compter du 1er janvier 2013, d'actions acquises ou reçues en échange lors d'une opération de fusion de sociétés les seules plus-values réalisées lors d'échanges intervenus avant le 1er janvier 2000 qui ont fait l'objet d'un report d'imposition alors qu'ils l'octroient aux actionnaires qui ont détenu les mêmes titres pendant la même durée ou une durée moindre, y compris à la suite

d'un échange postérieur au 1er janvier 2000, les pouvoirs publics français ont exclu les contribuables de la première catégorie d'un bien qu'ils attribuent aux seconds. **La différence de traitement au regard de l'article 1er du premier protocole additionnel est certaine et disproportionnée.** La circonstance que ni les uns ni les autres n'aient eu vocation à l'abattement avant qu'il ne soit instauré est indifférente.

21. L'argument opposé par la cour administrative d'appel, tiré de ce qu'une moins-value n'entraîne aucun fait générateur d'imposition, ne vaut guère mieux puisque les plus-values de cessions de valeurs mobilières sont imposées sur la somme algébrique des plus et moins-values de l'année de sorte que le fait générateur de l'imposition, qui détermine son assiette, est l'expiration de l'année civile au cours de laquelle ont eu lieu les cessions ainsi que les événements qui ont mis fin à des reports antérieurs. Ainsi la cession des actions Vivendi a entraîné pour les époux Langlois le fait générateur de l'imposition sur le montant net des plus et moins-values de l'année 2014 incluant la plus-value d'échange antérieurement placée en report d'imposition.

Le Conseil d'État n'a rien répondu, le ministre pas davantage.

La violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 1^{er} PPA paraît acquise.

B - Discrimination suivant la date de l'opération de fusion de sociétés (avant ou après le 1er janvier 2000) et le régime fiscal (report ou sursis d'imposition) applicable à la plus-value réalisée dans le cadre de l'opération

22. Saisi d'un moyen similaire à ce 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'État l'a rejeté dans sa première décision n° 390265, *Albertine de Galbert-Defforey* du 12 novembre 2015 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 1er du premier protocole additionnel, ne paraît pas établie et mériterait d'être vérifiée à plusieurs titres.

En premier lieu, ainsi que la Cour en a jugé à plusieurs reprises, 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, 1er 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).

23. Au cas présent la question ne relève pas directement de la succession de deux régimes juridiques distincts puisqu'elle porte sur les impositions dues lors de la cession à compter du 1er janvier 2013 d'actions antérieurement 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, considérées comme des opérations intercalaires, ces impositions devraient, comme on l'a exposé au point 13 ci-dessus, être équivalentes à celles des plus-values réalisées après le 1er 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 1er 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 aux points 13 et 14, 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, de manière à rendre indifférent pour eux le sens de la fusion. La différence entre ces régimes de différé d'imposition tient exclusivement à la technique mise en œuvre.

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 constituait 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'État (Olivier Fouquet « Apport-cession et apport d'entreprise individuelle en société » Feuilleton 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 après le 1er janvier 2013 des actions

reçues lors de l'échange, une aggravation de la charge fiscale de l'actionnaire qui cède des actions reçues en échange avant le 1er janvier 2000 par rapport aux autres cédants de titres identiques qui les ont reçus en échange après cette date. 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.

24. 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^o) 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^o) 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.

25. Une distinction entre les règles d'assiette et les règles de calcul de l'impôt à la supposer fondée (voir B-2 ci-dessus), relèverait 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 1er janvier 2000 (et la plus-value réalisée lors de l'échange de titres soumis au mécanisme du report d'imposition), ou après le 1er janvier 2000 (et la plus-value réalisée lors de l'échange de titres soumis au régime du sursis d'imposition).

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). L'assiette de l'imposition est la même dans tous les trois cas.

26. 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 1er janvier 2013 des actions de la société absorbante suivant qu'elles ont été reçues en échange avant ou après le 1er 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'État 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 1er de son premier protocole additionnel.

En conclusion sur le deuxième grief, la Cour est invitée à considérer que les contribuables qui ont opté avant le 1er 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 trouvent, au regard de la loi fiscale et notamment celle applicable à compter du 1^{er} janvier 2013, dans une situation identique ou équivalente à celle des contribuables qui - ayant participé à un échange similaire après le 1er 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».

27. Le second motif retenu par le Conseil d'État, 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 1er janvier 2013, *vise à encourager la détention longue de valeurs mobilières »* semble paradoxal.

Aux termes de la loi de finances pour 2013, inchangés 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 1er 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 1er janvier 2013. A plus forte raison est elle caractérisée lorsque l'acquisition des titres remis à l'échange est antérieure au 1er 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 (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 1er janvier 2013, ont nécessairement détenu les titres et supporté le risque d'actionnaire 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 1er janvier 2000 ont bénéficié 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 1er de son premier protocole additionnel.

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

La violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 1^{er} PPA se confirme.

C - Discrimination suivant la localisation du siège des sociétés ayant participé à l'opération, prise seule ou en combinaison avec la date de réalisation

28. Rappelons que, si la Cour a admis un traitement préférentiel des nationaux des États membres de l'Union européenne par rapport aux ressortissants de pays tiers en raison de l'ordre juridique particulier qui inclut notamment la citoyenneté européenne, elle ne semble pas s'être prononcée ni avoir jamais admis la discrimination « à rebours » au détriment des situations purement internes. Au demeurant, une telle différence de traitement ne serait susceptible d'être justifiée que si elle était prévue par la loi, par exemple en l'absence de transposition d'une directive européenne ou en cas de transposition infidèle, ce qui n'est pas le cas en l'espèce actuelle (voir 1^{er} grief, I ci-dessus).

C-1 Sur l'identité ou la similitude 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 reçus en échange est, en règle générale, indifférente au siège des sociétés dont les titres sont cédés ou qui participent à l'opération.

29. Aux termes de l'article 150-0 B du CGI précité, applicable en tant que tel et par renvoi du 1^{er} *quinquies* de l'article 150-0 D également précité, 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. L'ancien article 92 B du CGI ne distinguait 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 le sens des fusions ou 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 identique ou analogue avec celle des particuliers qui ont également cédé après le 1^{er} janvier 2013 des actions reçues en échange lors une opération de fusion de sociétés impliquant une société d'un autre État membre de l'Union européenne 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.

Par son arrêt du 31 mars 2021, le Conseil d'État a implicitement admis que les situations internes et les situations transfrontalières étaient placées dans la même situation (CE, 31 mars 2021, n°441918, Droit Fiscal, 2022, n°38, 335, concl. K. Ciavaldini).

C-2 La différence de traitement entre situations internes et situations entrant dans le champ territorial des directives européennes sur le régime fiscal commun des fusions de sociétés ne poursuit **aucun objectif d'utilité publique**.

30. Pourquoi un alourdissement fiscal à visée rétrospective au détriment des opérations de fusions entre sociétés françaises par rapport aux opérations de fusions auxquelles auraient participé des sociétés d'un autre État membre de l'Union européenne ? La question paraît dès l'abord si incongrue qu'elle n'a jamais été soumise au Parlement français ni même fait l'objet d'aucun projet ni d'aucune concertation ou étude d'impact préalable.

Dans sa décision du 3 avril 2020, le Conseil constitutionnel a proposé - de son propre chef, sans recueillir d'observation des parties en cause - l'hypothèse de « règles d'assiette plus favorables des plus-values relatives à des opérations mettant en cause des sociétés d'États membres différents » pour « renforcer la neutralité fiscale des opérations européennes d'échange de titres », autrement dit une discrimination « positive » ... à effet rétrospectif en faveur d'opérations transfrontalières qui auraient été achevées avant le 1^{er} janvier 2000.

31. Cette improvisation imaginative est surprenante à plusieurs titres.

C-2-a En premier lieu, comme les personnes physiques imposables en France sont principalement des résidents, actionnaires de sociétés françaises, l'hypothèse ainsi avancée tendrait à favoriser l'évasion de capitaux par l'absorption de sociétés nationales par des sociétés d'autres États membres de l'Union européenne. L'objectif ne paraît pas d'utilité publique. Il est vrai que l'effet incitatif d'une mesure fiscale relative à des actes accomplis plus de 20 ans auparavant serait de portée limitée ; son utilité publique également. A la supposer justifiée à ce titre, la différence de traitement fiscal serait disproportionnée.

C-2-b En deuxième lieu, et plus radicalement, **le droit de l'Union européenne n'a jamais requis aucune discrimination « positive »**, notamment pas en la matière.

32. Les grandes libertés européennes tendent à supprimer les obstacles à la libre circulation des personnes, des services, des biens et des capitaux, pas à favoriser les opérations entre États membres différents par rapport aux opérations purement internes.

La base juridique de la directive 90/434/CEE du 23 juillet 1990 sur le régime commun des fusions de sociétés était l'article 100 du traité CEE relatif au rapprochement des législations des États membres qui ont une incidence sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun, ce qui ne tend pas à favoriser les fusions transnationales par rapport aux fusions internes. Les considérants de la directive 90/434/CEE le confirment en énonçant :

« des dispositions d'ordre fiscal pénalisent actuellement ces opérations par rapport à celles qui intéressent des sociétés d'un même État membre; qu'il est nécessaire d'éliminer cette pénalisation;

qu'il n'est pas possible d'atteindre cet objectif par une extension au plan communautaire des régimes internes en vigueur dans les États membres, les différences entre ces régimes étant susceptibles de provoquer des distorsions; que seul un régime fiscal commun peut constituer une solution satisfaisante à cet égard ».

De tels motifs excluent la recherche de dispositions plus favorables aux opérations mettant en cause des sociétés d'États membres différents. Le droit européen n'exige ni ne suggère aucune discrimination positive en faveur des fusions transfrontalières.

C-2-c

33. En troisième lieu, à l'égard du législateur national, toute différence de traitement, même positive, a été écartée par la confirmation donnée naguère par le Conseil d'État à la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Jacob* que « **la législation en cause au principal, adoptée pour mettre en œuvre la directive fusions, est applicable dans les mêmes conditions aux opérations d'échange de titres, qu'elles soient purement internes ou transfrontalières** » (CJUE, 22 mars 2018, *Jacob et Lassus*, C-327/16 et C-421/16, EU:C:2018:210). Le gouvernement français l'a rappelé dans les affaires C-662/18 et C-672/18 et la Cour de justice l'a reconnu au point 31 de son arrêt. On sait que l'identité de régime était une condition de recevabilité des questions préjudicielles devant la Cour de justice de l'Union européenne.

C-2-d

34. En quatrième lieu, les dispositions précitées de l'article 150-0 B du CGI, applicable en tant que tel et par renvoi du 1 *quinquies* de l'article 150-0 D pour l'application de l'abattement pour durée de détention, soumettent effectivement au **même régime** les « *opérations d'échange ou d'apport de titres mentionnées au premier alinéa réalisées*

- *en France,*
- *dans un autre État membre de l'Union européenne ou*
- *dans un État 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, (...), pour lesquelles le dépositaire des titres échangés est établi

- *en France,*
- *dans un autre État membre de l'Union européenne ou*
- *dans un État 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* ».

C-2-e

35. La « mutation » de l'objet de la loi au contact du droit de l'Union européenne imaginée par le Conseil constitutionnel est d'autant plus invraisemblable au cas présent que :

1°/ l'article 8 de la directive européenne sur le régime fiscal commun des fusions de sociétés est demeuré substantiellement inchangé depuis la rédaction d'origine de 1990, laquelle prévoyait déjà : « *L'application du paragraphe 1 n'empêche pas les États membres d'imposer le profit résultant de la cession ultérieure des titres reçus de la même manière que le profit qui résulte de la cession des titres existant avant l'acquisition.* »

2°/ l'interprétation de cette disposition et notamment des mots « *de la même manière* » donnait lieu à si peu de doute qu'aucune question préjudicielle n'a été soumise à la Cour de justice de l'Union européenne pendant plus de 28 ans et que l'arrêt C-662/18 et 672/18 du 18 septembre 2019 a été rendu sans audience ni conclusions d'avocat général, ce qui indiquait que la solution ne faisait guère de doute.

Il serait cruel d'insister.

L'objection tirée d'une hypothétique discrimination positive rétrospective ne saurait retenir l'attention de la Cour. La violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 1^{er} PPA est certaine.

III - LES PREJUDICES ET LA SATISFACTION EQUITABLE

36. L'épuisement des voies de recours nationales a laissé à la charge des requérants l'imposition contestée s'élevant à 49.811 euros (pièce jointe n°7, avis d'imposition), ou du moins l'excédent qui résulte du refus d'application de l'abattement pour durée de détention, à savoir :

65% de 72.970 = 47.430 euros en base soumise à l'application du barème progressif de l'impôt,

Multiplié par le taux marginal de l'impôt sur le revenu et de la contribution sur les hauts revenus d'environ 50% = 23.715 euros de droits en principal,

Majorés de 10% et des intérêts appliqués au taux de 6,80 % = 3.984 euros

Soit un excédent mis en recouvrement de 27.699 euros, payé par les requérants en juin 2017.

avec intérêts au taux légal applicable en France, de la date du paiement à la date de l'arrêt à intervenir, provisoirement estimés à la date de la présente requête à 24% ou 6.648 euros, sauf à parfaire jusqu'à l'arrêt.

Le préjudice financier découlant de l'imposition induite s'élève ainsi à $27.699 + 6.648 = 34.347$ euros, sauf à parfaire des intérêts jusqu'à l'arrêt.

37. Les requérants ont dû exposer des frais d'avocat pour la contestation et l'exercice des voies de recours nationales, soit 7.200 euros (pièce jointe n°8, facture d'honoraires d'avocat) et un montant équivalent pour leur requête devant la Cour.

Au total, leur préjudice matériel s'élève ainsi à 48.767 euros.

Leur préjudice moral dû au trouble causé pendant sept années de procédures peut symboliquement être fixé à un euro.

38. Il y aurait donc lieu de leur accorder une satisfaction équitable de 48.768 euros, sauf à parfaire des intérêts jusqu'à l'arrêt.

PAR CES MOTIFS

les requérants concluent à ce qu'il plaise à la Cour

1° Dire qu'il y a eu violation de l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la Convention, pris en tant que tel ou en combinaison avec l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2° Leur accorder la somme de 48.768 euros à titre de satisfaction équitable ; dire que l'État défendeur doit verser ladite somme aux requérants, dans les trois mois à compter du jour où

l'arrêt est devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, avec intérêt au taux légal applicable en France à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement.

Philippe Derouin
Avocat au barreau de Paris