

## 418 Plus-values d'échange d'actions : report ou sursis d'imposition, mêmes effets

Philippe DEROUIN,  
avocat au barreau de Paris



1 – L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne sur les questions préjudicielles transmises par le Conseil d'État était attendu par les contribuables personnes physiques qui avaient participé à des opérations d'échange d'actions, telles que fusions de sociétés, offres publiques d'échange et apports de titres, donnant lieu à un report d'imposition (CJUE, 8<sup>e</sup> ch., 18 sept. 2019, aff. C-662/18, AQ et C-672/18, DN ; Dr. fisc. 2019, n° 39, act. 408). C'était le cas général jusqu'au 31 décembre 1999 ; depuis novembre 2012, c'est le cas particulier des apports de titres à une société contrôlée par l'apporteur.

La solution est sans surprise : pour l'imposition des plus-values de cession ultérieure des actions reçues en échange, celui-ci est une opération intercalaire de sorte que la valeur fiscale servant de base de calcul du résultat de cession est celle qu'avaient les titres remis à l'échange ; le barème d'imposition et l'abattement pour durée de détention sont déterminés par la loi fiscale nationale en vigueur lors de la cession des titres reçus en échange, seul fait générateur de l'imposition. En conséquence, la durée de détention se calcule depuis l'acquisition des titres remis à l'échange. Autrement dit, la même solution que celle qui prévaut pour les personnes morales assujetties à l'impôt sur les sociétés et pour la généralité des personnes physiques qui ont participé, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2000, à des échanges de titres sous le régime du sursis d'imposition (CGI, art. 150-0 D, 1<sup>er</sup> quinquies, 2<sup>e</sup>). Nul ne doutait que cette solution fût conforme à la directive européenne sur le régime fiscal commun des fusions de sociétés et autres réorganisations voisines (Cons. UE, dir. n° 2009/133/CE, 19 oct. 2009, qui codifie la précédente Cons. CE, dir. n° 90/434/CE, 23 juill. 1990 successivement modifiée). L'arrêt rendu dans les affaires C-662/18 et 672/18 ajoute que c'est la seule et qu'elle est impérative.

Prolongeant l'interprétation donnée quelque dix-huit mois plus tôt dans son arrêt du 22 mars 2018 (CJUE, 1<sup>re</sup> ch., 22 mars 2018, aff. C-327/16, Jacob, et C-421/16, min. c/ Lassus : JurisData n° 2018-004906 ; Dr. fisc. 2018, n° 13, act. 133) qu'elle cite à trois reprises, la Cour de justice achève de mettre à bas la théorie administrative française selon laquelle, à la différence du sursis d'imposition, le report aurait figé le montant de la plus-value d'échange et inter-

rompu le délai de détention des titres (BOI-RPPM-PVBMI-20-20-10). La décision de Chaisemartin du Conseil d'État de 2002 (CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 10 avr. 2002, n° 226886, M. de Chaisemartin : Juris-Data n° 2002-080128 ; Dr. fisc. 2002, n° 27, comm. 564, concl. G Bachelier ; RJF 7/2002, n° 788), à laquelle on rattache souvent cette théorie, ne prenait pas parti sur la question, qui ne se posait alors pas. En revanche, faute d'avoir pris en considération l'incidence de la directive européenne, dans leurs précédentes décisions de 2015 et 2016, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel avaient largement suivi la doctrine administrative sur ce point (V. leur rappel dans les concl. B. Bohnert ss CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ch., 12 oct. 2018, n° 423044 et 423118 : Dr. fisc. 2019, n° 11, comm. 202, note Ph. Derouin), bien que les effets en résultant ne relèvent pas toujours du bon sens ou de la cohérence (Ph. Derouin, Imposition des plus-values d'échange d'actions et neutralité fiscale prescrite par les directives européennes concernant le régime fiscal commun des fusions, note ss CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ch., 12 oct. 2018, n° 423044 et 423118, préc.).

2 – Sur le fond, plusieurs raisons justifient la solution et la Cour de justice les énonce dans les motifs de son arrêt.

D'abord la lettre des directives et notamment son article 8 consacré à l'imposition des actionnaires participant à une opération de fusion, scission ou échange d'actions (CJUE, 8<sup>e</sup> ch., 18 sept. 2019, aff. C-662/18, AQ et C-672/18, DN, préc., pts 37 à 42, 45 et 46). Ensuite le principe de neutralité fiscale pour les actionnaires, dégagé par un précédent arrêt C-205/07 AT du 11 décembre 2008 (CJCE, 1<sup>re</sup> ch., 11 déc. 2008, aff. C-285/07, AT, pt 21 : Dr. fisc. 2008, n° 51, act. 370. – V. L. Bernardeau et F. Schmied, Jurisprudence de la CJCE : fiscalité directe (juill./déc. 2008) : Dr. fisc. 2009, n° 8, étude 193) et rappelé dans l'arrêt Jacob et min. c/ Lassus. Ce principe de neutralité est fondé sur la lettre et les objectifs (considérants) de la directive, qui combinent l'absence d'imposition lors de l'échange avec la sauvegarde de la compétence fiscale et des intérêts financiers des États membres, en permettant à ces derniers de percevoir l'impôt sur le résultat de cession ultérieure des titres reçus en échange comme « si l'opération d'échange de titres n'avait pas eu lieu » (CJUE, 8<sup>e</sup> ch., 18 sept. 2019, aff. C-662/18, AQ et C-672/18, DN, préc., pts 42 à 44).

Ainsi que la Cour de justice l'avait également déjà dit dans son arrêt Jacob et min. c/ Lassus du 22 mars 2018, peu importe la tech-

nique du report d'imposition : ce n'est qu'une « technique » de « simple constatation de la plus-value » dont les directives ne permettent de tirer aucune conséquence fiscale défavorable pour les contribuables lors du fait générateur de l'impôt à savoir la cession des titres reçus en échange (CJUE, 8<sup>e</sup> ch., 18 sept. 2019, aff. C-662/18, AQ et C-672/18, DN, préc., pts 42 à 44).

3 – Sur la portée de l'arrêt, la Cour a relevé, comme nous l'avions fait dans notre commentaire des décisions de renvoi (*Ph. Derouin, Imposition des plus-values d'échange d'actions et neutralité fiscale prescrite par les directives européennes concernant le régime fiscal commun des fusions, préc.*) que les questions posées par le Conseil d'État ne concernaient pas des opérations visées directement par les directives européennes mais soumises au même régime par la loi française.

Comme dans l'affaire *Jacob*, il s'agissait d'échanges de titres entre sociétés françaises alors que les directives ne visent que les opérations entre sociétés d'États membres différents. Les jurisprudences *Dzodzi* et *Leur Bloem* (CJCE, plén., 17 juill. 1997, aff. C-28/95, A. Leur-Bloem : Rec. CJCE 1997, I, p. 4161, concl. F. G. Jacobs ; Dr. fisc. 1997, n° 38, comm. 979 ; RJF 10/1997, n° 1002. – V. Ph. Derouin, *Fiscalité des fusions de sociétés et échanges d'actions. Droit communautaire et droit national – À propos de l'arrêt Leur-Bloem de la CJCE du 17 juillet 1997* : Dr. fisc. 1997, n° 38, act. 100050. – CJCE, 18 oct. 1990, aff. C-297/88 et C-197/89, *Massam Dzodzi c/ État belge* : Rec. CE, p. 3763) avaient donc vocation à s'appliquer.

Dans l'une des deux affaires (CJUE, 8<sup>e</sup> ch., 18 sept. 2019, aff. C-662/18, AQ, préc.), il s'agissait en outre d'un apport de titres qui ne permettaient pas à la société bénéficiaire de l'apport d'acquiescer ou de renforcer une position majoritaire dans la société émettrice des titres apportés, seul visé par les directives. La Cour adopte la même solution et accepte d'interpréter le droit européen dans des situations qu'il ne vise pas directement mais qui est applicable par renvoi du droit national (CJUE, 8<sup>e</sup> ch., 18 sept. 2019, aff. C-662/18, AQ et C-672/18, DN, préc., pt 26). On l'a justement écrit : « *A texte unique, interprétation unique* ». Comme l'a indiqué la Cour de justice dans son arrêt *Leur-Bloem* du 17 juillet 1997, « lors de l'interprétation des dispositions pertinentes de la loi, les juridictions nationales étaient tenues par la jurisprudence de la Cour » ; c'est même une des conditions de compétence de la Cour et de recevabilité des questions.

4 – **Quelles suites implique l'arrêt ?** – Il appartient aux autorités nationales de se conformer à la décision de la Cour et à son interprétation des directives, qui commande celle de la loi nationale dont les dispositions sont alignées sur celles des directives y compris dans un champ d'application élargi. Concrètement, l'administration des impôts devrait rapporter sa doctrine contraire et dégrever les impositions contestées sur le fondement dont la Cour de justice a retenu le caractère impératif. En cas de retard ou de réticence de l'Administration, les juges de l'impôt devraient faire de même.

Devrait-on, dans l'esprit de la jurisprudence *Metro Holding* (CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 12 nov. 2015, n° 367256, *Sté Metro Holding France* : Dr. fisc. 2015, n° 49, comm. 717, concl. B. Bohnert. – V. F. Teper et R. Schneider, *Transmission d'une QPC concernant une discrimination à rebours en matière fiscale : un commencement ?* : Dr. fisc. 2015, n° 47, act. 635. – E. Raingeard de la Blétière, *Affaire Metro Holding : le principe constitutionnel d'égalité devant l'impôt au secours de la jurisprudence Leur Bloem* : Dr. fisc. 2016, n° 18-19, étude 309), attendre que le Conseil d'État renvoie au Conseil constitutionnel une QPC sur les principes constitutionnels d'égalité devant la loi ou les

charges publiques en raison de l'éventualité d'une « discrimination par ricochet » ? L'avocat des requérants a annoncé sur son site avoir déposé un mémoire distinct en ce sens devant le Conseil d'État, de sorte que la réponse ne saurait tarder.

Cette précaution s'impose-t-elle dans toutes les affaires fiscales similaires en cours ? Il ne le semble pas car, pour deux raisons au moins, le risque de « discrimination par ricochet » paraît exclu en la circonstance.

La première est que, par définition, et la Cour de justice l'a constaté au titre de sa compétence et de la recevabilité des questions, le législateur national a aligné le traitement fiscal des situations qu'il a désignées sur celles visées par les directives. On ne peut donc pas reprocher à la loi qui a soumis au même régime fiscal des opérations similaires ou comparables, en considérant notamment que la localisation des sièges des sociétés n'était pas un critère de distinction pertinent au regard du fait générateur de l'impôt, une méconnaissance du principe d'égalité qu'elle a mis en œuvre. Sauf à contester, le cas échéant, le caractère constitutionnel de l'extension à des situations qui auraient été moins comparables qu'il n'avait paru au législateur, ce qui serait tout autre chose et aurait mérité d'être tranché avant le renvoi préjudiciel à la CJUE.

Le Conseil d'État s'est d'ailleurs prononcé directement, sans renvoi au Conseil constitutionnel, dans l'affaire *Jacob*, comme il l'avait fait précédemment dans l'affaire *Technicolor* pour l'application du régime mère-fille (CE, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> ss-sect., 15 déc. 2014, n° 380942, *SA Technicolor* : *JurisData* n° 2014-031791 ; *Lebon*, p. 387 ; Dr. fisc. 2015, n° 11, comm. 203, concl. É. Crépey, note O. Fouquet ; RJF 3/2015, n° 190, *chron. N. Labrune*, p. 163).

La seule hypothèse où, dans l'esprit de la jurisprudence *Metro Holding*, une QPC pourrait se justifier **après l'arrêt préjudiciel** de la CJUE dans un cas d'application d'une directive européenne par renvoi du droit national est celle où l'interprétation du droit national conformément à la directive et à l'arrêt de la Cour ferait apparaître **une autre cause** d'inégalité devant la loi, susceptible de déclencher une censure allant **au-delà** des exigences du droit de l'Union européenne. Tel a été le cas de la contribution de 3 % sur les montants distribués. Au-delà de la réponse donnée par la CJUE en matière de redistribution de produits de filiales, le Conseil d'État a transmis une QPC dont la portée s'étendait aux bénéfices d'exploitation de la société distributrice (CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ch., 7 juill. 2017, n° 399757, *Sté SOPARFI* : Dr. fisc. 2017, n° 29, comm. 409, concl. R. Victor ; RJF 2017 n° 1086). Bref, une vraie question de discrimination par ricochet. Par sa décision n° 2017-660 QPC (*Cons. const.*, 6 oct. 2017, n° 2017-660 QPC, *SOPARFI* : Dr. fisc. 2017, n° 41, comm. 501, note N. Jacquot et P. Mispelon), le Conseil constitutionnel a prononcé la censure sur ce point, avec les conséquences notamment financières que l'on sait.

Dans l'affaire des plus-values de cession d'actions reçues à la suite d'un échange, aucun ricochet, de l'une ou l'autre nature, ne paraît encouru. Le détour par le Conseil constitutionnel serait inutile, comme l'exigence que les contribuables soulèvent une QPC pour invoquer le droit européen. À supposer malgré tout qu'un tel détour soit envisagé, alors l'arrêt de la Cour de justice serait à considérer comme une circonstance de droit nouvelle justifiant de revenir sur les précédentes décisions de 2015 et 2016, rendues dans des procédures où le droit européen n'avait pas été invoqué par les parties ni relevé d'office par le juge, administratif ou constitutionnel, qui ne s'y estime pas tenu.