

## Impôt sur les sociétés

### 254 SAS EBM vs Sté Technicolor : on peut éviter un quiproquo

Le Conseil d'État vient de juger que la condition de détention de 5 % du capital exigée pour l'application du régime mère-fille s'apprécie au moment du fait générateur de l'impôt et non sur une période de 2 ans.

Cette décision sème le trouble, mais l'analyse démontre qu'elle est favorable au contribuable et compatible avec la jurisprudence antérieure. La portée exacte de cet arrêt n'est pas pour autant sans susciter quelques interrogations.

CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ch., 26 janv. 2018, n° 408219, SAS EBM, concl. R. Victor, note J. C. León Aguirre : *JurisData* n° 2018-000883

Mentionné aux tables du recueil Lebon

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond qu'à l'issue d'une vérification de comptabilité de la société EBM, l'administration fiscale a remis en cause l'imposition au taux de 0 % de la plus-value à long terme résultant de la cession, le 5 janvier 2007, d'actions de la société Intherior qu'elle détenait et a en conséquence assujéti la société EBM à une cotisation supplémentaire d'impôt sur les sociétés au titre de l'année 2007. Par un jugement du 5 novembre 2015, le tribunal administratif de Strasbourg a rejeté la demande de la société tendant à la décharge de cette imposition. La société se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 20 décembre 2016 par lequel la cour administrative d'appel de Nancy a confirmé ce jugement.

2. Aux termes du 1<sup>er</sup> de l'article 39 duodecimes du code général des impôts, dans sa rédaction applicable à l'imposition en litige : « Par dérogation aux dispositions de l'article 38, les plus-values provenant de la cession d'éléments de l'actif immobilisé sont soumises à des régimes distincts suivant qu'elles sont réalisées à court ou à long terme ». Aux termes du a quinquies du I de l'article 219 du même code, dans cette même rédaction : « Pour les exercices ouverts à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006, le montant net des plus-values à long terme afférentes à des titres de participation fait l'objet d'une imposition séparée au taux de 8 %. Ce taux est fixé à 0 % pour les exercices ouverts à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2007 [...]. Les titres de participation mentionnés au premier alinéa sont les titres de participation revêtant ce caractère sur le plan comptable [...] et les titres ouvrant droit au régime des sociétés mères si ces actions ou titres sont inscrits en comptabilité au compte titres de participation ou à une subdivision spéciale d'un autre compte du bilan correspondant à leur qualification comptable [...] ». Aux termes de l'article 145 du même code, dans cette même rédaction : « 1. Le régime fiscal des sociétés mères [...] est applicable aux sociétés et autres organismes soumis à l'impôt sur les sociétés au taux normal qui détiennent des participations satisfaisant aux conditions ci-après : [...] b. Les titres de participation doivent représenter au moins 5 % du capital de la société émettrice ; ce pourcentage s'apprécie à la date de mise en paiement des produits de la participation. [...] c. Les titres de participation doivent avoir été conservés pendant un délai de deux ans [...] ». Il résulte de ces dispositions que le bénéficiaire du régime de taxation au taux de 0 % des plus-values à long terme prévu par le a quinquies du I de l'article 219 du code général des impôts est ouvert, d'une part, aux titres qui revêtent, sur le plan comptable, le caractère de titres de participation, que ces titres ouvrent droit ou non au régime des sociétés mères, d'autre part, aux titres ouvrant droit au régime des sociétés mères sans avoir, sur le plan comptable, le caractère de titres de participation à la condition que ces titres

soient inscrits en comptabilité dans une subdivision spéciale d'un compte du bilan – autre qu'un compte de titres de participation – correspondant à leur qualification comptable.

3. En premier lieu, revêtent, sur le plan comptable, le caractère de titres de participation, ceux dont la possession durable est estimée utile à l'activité de l'entreprise, notamment parce qu'elle permet d'exercer une influence sur la société émettrice des titres ou d'en assurer le contrôle, une telle utilité pouvant notamment être caractérisée si les conditions d'achat des titres en cause révèlent l'intention de l'acquéreur d'exercer une influence sur la société émettrice et lui donnent les moyens d'exercer une telle influence.

4. Il ressort de ses écritures devant la cour qu'à l'appui de son moyen tiré de ce que les titres de la société Intherior reçus par elle à l'issue d'une opération d'échange intervenue le 31 juillet 2006 et cédés le 5 janvier 2007 devaient être regardés, pour l'application du a quinquies du I de l'article 219 du code général des impôts, comme des titres de participation revêtant ce caractère sur le plan comptable, la société EBM se référait à un pacte d'actionnaires conclu en 1999 en vue du rachat de deux sociétés, auquel elle avait ultérieurement adhéré, et soutenait que les titres de la société holding Financière d'Illkirch, constituée en vue de cette opération, qu'elle avait acquis en 2004, constituaient des titres de participation revêtant ce caractère sur le plan comptable et que les titres des sociétés qui avaient succédé, par l'effet de restructurations financières, à la société Financière d'Illkirch et qui étaient entrés en sa possession par des opérations successives d'échanges de titres avaient conservé cette qualité. En jugeant, après avoir notamment analysé par une appréciation souveraine non arguée de dénaturation le contenu et la portée du pacte mentionné ci-dessus, qu'au regard des éléments produits devant elle, ni l'intention de la société requérante d'exercer une influence sur la société émettrice, ni son intention d'en assurer le contrôle n'étaient caractérisées et que les titres en cause ne pouvaient ainsi être regardés comme des titres de participation revêtant ce caractère sur le plan comptable, la cour, dont il n'est pas soutenu qu'elle aurait commis sur ce point une erreur de qualification juridique des faits, n'a entaché son arrêt ni d'insuffisance de motivation, ni d'erreur de droit. La société requérante n'est, en particulier, pas fondée à reprocher à la cour, qui a statué au regard des seuls éléments qui lui étaient soumis, de s'être référée non à des éléments relatifs à l'opération d'échange à l'issue de laquelle elle était devenue détentrice de titres de la société Intherior mais à des éléments antérieurs. La société ne saurait en outre utilement se prévaloir, pour la première fois en cassation, de ce qu'elle aurait détenu dans la société Intherior une participation excédant le seuil au-delà duquel le droit comptable permet de présumer la qualification de titres de participation.

5. [...] Il résulte des termes mêmes du b de l'article 145 du code général des impôts que la condition à laquelle ces dispositions subordonnent le bénéfice du régime fiscal des sociétés mères, tenant à la détention d'au moins 5 % du capital de l'émettrice, s'apprécie à la date du fait générateur de l'impôt – c'est-à-dire, s'agissant d'une plus-value de cession, à la date de la cession – et non de manière continue sur une période de deux ans. Dès lors, en se fondant, pour apprécier si les titres de la société Intherior cédés par la société EBM devaient être regardés comme des titres ouvrant droit au régime des sociétés mères, sur la circonstance que ces titres n'avaient pas représenté durant l'intégralité de la période de deux années précédant leur cession au moins 5 % du capital de la société émettrice, la cour a commis une erreur de droit.

6. Toutefois, la cour s'est également fondée, pour juger que les titres cédés par la société EBM ne pouvaient bénéficier de l'imposition au taux de 0 %

prévue au a quinquièmes du I de l'article 219 du code général des impôts en faveur des titres qui, sans revêtir le caractère de titres de participation sur le plan comptable, ouvrent droit au régime des sociétés mères, sur ce que la société requérante ne justifiait pas de l'inscription en comptabilité des titres de la société Intherior à la date de la cession en cause dans le litige. En jugeant ainsi, la cour n'a, contrairement à ce qui est soutenu, ni dénaturé les pièces du dossier qui lui était soumis, ni commis d'erreur de droit ou méconnu les règles de dévolution de la charge de la preuve. En outre, le moyen tiré de ce que ce motif aurait été invoqué par l'administration pour la première fois devant elle manque en fait dès lors qu'il ressort des pièces du dossier qui lui était soumis que ce motif était déjà mentionné par l'administration dans le cadre de la procédure contradictoire de rectification. Ce second motif suffit, à lui seul, à justifier la solution retenue par la cour, en tant qu'elle a jugé que les titres cédés par la société EBM ne constituaient pas des titres ouvrant droit au régime des sociétés mères pouvant bénéficier de l'imposition au taux de 0 % prévue au a quinquièmes du I de l'article 219 du code général des impôts.

7. Il résulte de ce qui précède que le pourvoi de la société EBM doit être rejeté [...].

## CONCLUSIONS

1 – La SAS EBM exerce une activité de holding. Au titre de l'exercice clos le 31 décembre 2007, elle a constaté une plus-value d'un montant de 3 574 927 euros à raison de la cession le 5 janvier 2007 de sa participation dans la société Intherior, qui est elle-même un holding détenant 100 % des titres des sociétés opérationnelles Aterno et Rothelec qui exercent une activité de fabrication de radiateurs à inertie. La société EBM a estimé que la plus-value de cession relevait du régime du long terme prévu par l'article 39 duodecimes du CGI, en tant qu'elle portait sur des éléments acquis depuis au moins 2 ans, et se rapportait à des titres de participation, de sorte qu'elle l'a placée sous le régime d'imposition au taux de 0 % prévu par les dispositions du a quinquièmes du I de l'article 219 du CGI (issues de *L. fin. rect. 2004, n° 2004-1485, 30 déc. 2004, art. 39*) applicables aux plus-values à long terme constatées au titre d'exercices ouverts à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2007. À l'issue d'un contrôle, l'Administration a remis en cause cette exonération au motif que les titres cédés ne constituaient pas des titres de participation et mis en recouvrement des suppléments d'impôt sur les sociétés pour un montant de 1 218 097 euros. La société EBM se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 20 décembre 2016 par lequel la cour administrative d'appel de Nancy a rejeté l'appel qu'elle a formé contre le jugement du tribunal administratif de Strasbourg du 5 novembre 2015 ayant rejeté sa demande de décharge.

2 – Les titres cédés ont ceci de particulier qu'ils ont été acquis par EBM sur une période de 18 mois, entre fin 2004 et 2006, au gré d'une série d'échanges consécutifs à des fusions-absorptions qui se sont inscrites dans le cadre de la refonte de la structure de détention des sociétés Aterno et Rothelec. C'est dans cette optique qu'au mois de juin 1999, un pacte a été conclu entre les actionnaires de la société Financière d'Illkirch, constituée pour les besoins du rachat en LBO d'Aterno et de Rothelec. Décision ayant été prise d'associer les dirigeants des sociétés cibles au développement du groupe, M. Grunelius, PDG de la société Aterno, s'est vu proposer une participation qu'il a fait porter par la société EBM, créée en décembre 2004 sous la forme d'une EURL transformée plus tard en SAS. C'est ainsi qu'EBM a acquis, juste après sa constitution, 4,52 % des titres de la société Financière d'Illkirch. Fin décembre 2005, cette société a été absorbée par la société Radior, maison mère de la société Rothelec. À la suite de cette fusion, Radior a pris le nom de Regulor et EBM a reçu, en échange des titres représentant 3,87 % du capital de Regulor. En mai 2006, Regulor a été absorbée par la société Financière des Fleurs et EBM a reçu en échange des titres Financière des Fleurs, dont elle a en outre acquis quelques titres, portant sa participation à

6,74 %. Fin mai 2006, EBM a apporté l'intégralité de ses titres Financière des Fleurs à la société Intherior et reçu, en contrepartie, des titres de cette société émis lors d'une augmentation de capital. C'est la plus-value de cession de ces actions qui est en cause dans le présent litige.

3 – La cour a commencé par rappeler que le bénéfice du régime d'imposition au taux de 0 % de la plus-value à long terme de cession prévu par les dispositions du a quinquièmes du I de l'article 219 du CGI était subordonné à la condition que les titres cédés puissent recevoir la qualification de titres de participation au sens du droit fiscal lequel renvoie aux titres de participation revêtant ce caractère sur le plan comptable ainsi qu'aux titres ouvrant au droit régime des sociétés mères, à la condition que ces derniers soient inscrits en comptabilité au compte titres de participation ou à une subdivision spéciale d'un autre compte du bilan correspondant à leur qualification comptable.

Les juges d'appel ont d'abord recherché si les titres cédés pouvaient se rattacher à cette seconde catégorie. Après avoir cité les dispositions des b et c du 1 de l'article 145 du CGI aux termes desquelles le régime fiscal des sociétés mères est applicable aux sociétés qui détiennent des participations qui représentent au moins 5 % du capital de l'émettrice et doivent avoir été conservés pendant un délai d'au moins 2 ans, ils ont relevé en l'espèce : 1°), que la société EBM ne justifiait pas, par les documents produits, de l'inscription en comptabilité, à la date du 5 janvier 2007, des titres cédés et 2°) que les titres cédés n'avaient pas représenté durant l'intégralité de la période de deux années précédant leur cession au moins 5 % du capital de la société émettrice.

Les juges d'appel se sont ensuite attachés à déterminer si les titres cédés pouvaient recevoir la qualification de titres de participation au plan comptable. Pour ce faire, ils ont d'abord rappelé les termes de votre jurisprudence constante selon laquelle, sur le plan comptable, les titres de participation sont ceux dont la possession durable est estimée utile à l'activité de l'entreprise, notamment parce qu'elle permet d'exercer une influence sur la société émettrice des titres ou d'en assurer le contrôle et qu'une telle utilité peut notamment être caractérisée si les conditions d'achat des titres en cause révèlent l'intention de l'acquéreur d'exercer une influence sur la société émettrice et lui donnent les moyens d'exercer une telle influence (*CE, 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> ss-sect., 20 oct. 2010, n° 314247, Sté Alphaprim et 314248, Sté Hyper Primeurs : JurisData n° 2010-019225 ; Dr. fisc. 2010, n° 50, comm. 594, concl. É. Geffray ; RJF 1/2011, n° 16. – CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 12 mars 2012, n° 342295, EURL ALCI : RJF 6/2012, n° 564 ; BDCF 6/2012, n° 67, concl. N. Escaut. – V. O. Fouquet, La définition des titres de participation : RTD com. 2012, p. 417. – CE, 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> ss-sect., 20 mai 2016, n° 392527, min. c/ SELARL Lemaire : Dr. fisc. 2016, n° 26, comm. 391, concl. E. Cortot-Boucher, note O. Fouquet ; RJF 2016, n° 685 ; FR 29/2016, chron. C. Lopater. – V. C. Acard, Fiscalité financière : Dr. fisc. 2016, n° 37, étude 477, spéc. n° 4*). La cour a ensuite écarté l'argumentation de la requérante qui soutenait qu'en faisant l'acquisition des titres litigieux, en participant au pacte d'actionnaires de la société Financière d'Illkirch, en exerçant conjointement avec les autres actionnaires les pouvoirs de contrôle sur les sociétés cibles et en exerçant, par l'intermédiaire de son actionnaire unique et gérant, la direction de ces sociétés, elle avait exercé une influence sur la société émettrice des titres et sur les sociétés cibles.

4 – La requérante critique en premier lieu, par un moyen d'insuffisance de motivation et d'erreur de droit qui comporte trois branches, la seconde partie des motifs de l'arrêt attaqué par lesquels la cour a écarté la qualification de titres de participation au plan comptable.

5 – Elle soutient d'abord que, dès lors qu'elle détenait plus de 25 % du capital d'Intherior à la date de la cession litigieuse, elle devait être regardée comme ayant une participation dans cette dernière en vertu de l'article L. 233-2 du Code de commerce selon lequel toute société

détenant une fraction du capital d'une autre société comprise entre 10 % et 50 % est considérée comme ayant une participation dans celle-ci.

Mais ce moyen est nouveau en cassation et par suite inopérant. En tout état de cause, si la détention d'une fraction du capital social excédant 10 % fait présumer l'existence d'une participation en vertu de l'article R. 123-184 du Code de commerce, cette présomption peut être renversée s'il est établi que même supérieure à 10 %, la participation n'a été acquise que dans un but de rendement financier à court terme. On ne saurait donc s'en tenir à une stricte approche quantitative, à partir du taux de détention, le raisonnement devant intégrer une dimension qualitative, à partir du critère de l'utilité, comme l'a fait la cour (*V. O. Fouquet et C. Lopater, Titres de participation : enjeux et incertitudes du contentieux* : RJF 2014, p. 953) (de manière tout à fait surabondante, on relèvera, en outre, que l'Administration avait contesté les taux de détention de 26,11 % ou 29,28 % évoqués par la société EBM sans que celle-ci ait été en mesure d'en justifier).

6 – La requérante soutient encore que le pacte d'actionnaires des 24 et 25 juin 1999, auquel elle a adhéré le 18 novembre 2004 fixait des obligations réciproques entre actionnaires caractérisant l'existence d'une action de concert au sens des articles L. 233-3 et L. 233-10 du Code de commerce pour le contrôle des sociétés Aterno et Rothelec et qu'elle justifiait ainsi de l'utilité de la détention des titres cédés.

L'utilité de titres peut certes résulter d'une convention, notamment d'un pacte d'actionnaires, permettant à un groupe de minoritaires d'exercer une influence sur l'émettrice. Voyez en ce sens votre décision Sté Hyper Primeurs précitée dans le cas d'une entreprise ayant pris l'engagement, avec d'autres investisseurs, de ne pas céder les titres à des tiers dans le but de détenir, au terme de 8 années, une minorité de blocage. La doctrine administrative est aussi dans ce sens (*V. BOI-BIC-PVMV-30-10, 3 mai 2017, § 90 et 100*). La cour n'a cependant commis aucune erreur de droit car elle n'a pas jugé par principe que la société EBM ne pouvait, par l'effet du pacte d'actionnaires, exercer une influence sur la société dont elle détenait les titres. Elle s'est bornée à écarter, dans les circonstances de l'espèce, au vu du contenu du pacte, l'idée selon laquelle il aurait été conclu pour garantir aux minoritaires une influence sur l'émettrice. Dans le sens de la cour, nous relevons que le pacte mentionne que l'objectif des investisseurs est « d'obtenir une rémunération minimale et d'assurer à terme la liquidité de ses capitaux lui permettant de réaliser une plus-value », cette formulation étant loin de traduire la volonté d'exercer une influence sur l'émettrice, d'autant qu'il est ajouté que les investisseurs s'interdisent « toute immixtion dans la gestion des sociétés ». Or, l'appréciation souveraine qu'a portée la cour sur ces éléments de fait critiquée ni par un moyen de dénaturation, ni par un moyen d'erreur de qualification juridique, qui est votre standard de contrôle en la matière.

7 – La troisième branche du moyen, esquissée dans une simple incise, consiste à faire grief à la cour de s'être référée aux opérations d'échange de titres antérieures à celle résultant de la fusion de la société Financière des Fleurs, plutôt qu'à la date d'acquisition des titres de la société Intherior, pour apprécier l'intention de la société EBM.

Il est vrai que votre jurisprudence est orientée en ce sens que l'utilité s'apprécie notamment à la date d'acquisition des titres. Vous vous référez en effet, si l'on reprend les termes de la décision Sté Hyper Primeurs, aux « conditions d'achat des titres » qui sont susceptibles de révéler l'intention de l'acquéreur d'exercer une influence sur la société émettrice. Votre décision Eurl Alci précitée, mentionnée aux Tables sur ce point précis, a enfoncé le clou en réitérant cette solution, tout en relevant que la circonstance que la société dont les titres ont été acquis a été mise en liquidation postérieurement à l'achat des titres est sans incidence sur la qualification de titres de participation.

Cette solution, qui nous paraît approuvée par la doctrine comptable (*V. M.-A. Deysine et A.-L. Blandin, La fiscalité face à la définition comptable des titres de participation* : Dr. fisc. 2017, n° 45, étude 531, spéc. n° 6), a pu susciter une interrogation du président Fouquet (*V. O. Fouquet, La définition des titres de participation, préc. n° 7*), qui s'est demandé si certains événements postérieurs à la cession, comme une très forte dilution de la participation d'un actionnaire consécutivement à son refus ou à sa renonciation à participer à une augmentation de capital, ne pouvaient pas retentir sur la qualification de titres de participation, nonobstant la sincérité de l'intention initiale. On peut d'ailleurs relever que la loi fiscale prévoit elle-même que les titres inscrits au compte de titres de participation qui cessent de remplir les conditions pour être classés dans ce compte doivent être transférés hors du compte à la date à laquelle ces conditions ne sont plus remplies et qu'à défaut d'un tel transfert, les titres maintenus au compte de titres de participation sont réputés transférés : voyez le huitième alinéa du 1<sup>er</sup> de l'article 219 du CGI. Sur ce point, nous pensons qu'on ne saurait lire la décision Eurl Alci comme signifiant qu'une inscription initiale de titres en compte de titres de participation serait à jamais justifiée. Un changement avéré d'intention de la part de la société qui détient les titres peut sans doute entraîner la disparition de la qualification fiscale de titres de participation et nécessiter un reclassement comptable.

La contestation de la requérante soulève à première vue une question symétrique ; elle consiste à déterminer si l'Administration et le juge peuvent utilement prendre en compte, pour la qualification de titres de participation, des événements antérieurs à l'acquisition des titres. Mais, d'une part, la cour n'a rien jugé de catégorique en droit sur ce point et elle s'est attachée, dans le fil de l'argumentation dont elle était saisie, à retracer l'historique complexe des échanges de titres résultant des fusions-absorptions successives. D'autre part, nous ne voyons pas en quoi l'intention d'exercer une influence sur l'émettrice, qui peut exister dès l'acquisition des titres ou se manifester postérieurement, ne pourrait pas être éclairée par des événements antérieurs à l'achat. Telle était bien, au demeurant, l'argumentation de la requérante qui se référait elle-même au pacte d'actionnaires de 1999, auquel elle a adhéré en novembre 2004, pour établir l'utilité de la détention des titres qu'elle a commencés à acquérir en décembre 2004 et qu'elle a cédés, après plusieurs échanges et acquisitions, en 2007.

Aucune erreur de droit ne peut donc être décelée et l'arrêt est suffisamment motivé.

8 – Il vous restera à prendre parti sur les moyens du pourvoi critiquant l'arrêt en tant qu'il s'est prononcé sur l'éligibilité des titres cédés par EBM au régime des sociétés mères.

9 – L'un de ces moyens, formulés de manière très pure, nous paraît fondé. Il est tiré de l'erreur de droit de la cour à avoir considéré que la condition relative à la détention d'au moins 5 % du capital de l'émettrice devait s'apprécier de manière continue pendant l'intégralité de la période de 2 années précédant la cession, et à avoir par suite jugé que les titres cédés n'étaient pas éligibles au régime des sociétés mères, dans la mesure où le taux de détention des titres Regulator n'avait été que de 3,87 % entre décembre 2005 et mai 2006.

Les termes de l'article 145, 1 du CGI relatif au régime des sociétés mères orientent a priori en faveur d'une appréciation instantanée de la condition des 5 % qui est formulée ainsi : « b. Les titres de participation doivent représenter au moins 5 % du capital de la société émettrice ; ce pourcentage s'apprécie à la date de mise en paiement des produits de la participation ». La doctrine administrative applicable à la date du litige et celle en vigueur retiennent que cette date de mise en paiement des dividendes est celle du versement à l'actionnaire bénéficiaire de la distribution (*V. Instr. 20 juin 2001* : BOI 4 H-1-01, § 7 ; *Dr. fisc. 2001, n° 29, instr. 12660* – *BOI-IS-BASE-10-10-10-20, 7 juin 2017, § 100*). L'idée d'une appréciation à un instant T est confortée par le second

alinéa du b qui envisage l'hypothèse d'une réduction temporaire de la participation dans le capital de l'émettrice à moins de 5 % du fait de l'exercice d'options de souscription d'actions et prévoit que le régime des sociétés mères reste applicable si ce pourcentage est à nouveau atteint à la suite de la première augmentation de capital suivant cette date et au plus tard dans un délai de 3 ans. La rédaction du c du 1 de l'article 145 énonçant la condition de conservation des titres est quant à elle formulée différemment puisqu'elle retient : « c. Les titres de participation doivent avoir été conservés pendant un délai de deux ans [...] ». Certains rapporteurs publics avant nous se sont appuyés sur cette analyse littérale (V. concl. E. Cortot-Boucher ss CE, plén. fisc., 24 nov. 2014, n° 363556, Sté Artémis SA : *JurisData* n° 2014-029144 ; Lebon, p. 345 ; Dr. fisc. 2015, n° 3, comm. 57, note Ph. Derouin ; RJF 2/2015, n° 102, chron. N. Labrune, p. 83. – V. E. Dinh, *Fiscalité internationale* : chron. 2015 : Dr. fisc. 2016, n° 9, étude 196), qui avançait que « l'article 145 distingue clairement entre la condition relative à la détention d'une participation suffisante et celle portant sur l'obligation de conservation des titres pendant deux ans. La première s'apprécie au moment de la mise en paiement des dividendes, et n'a donc pas, contrairement à la seconde, le caractère d'une condition continue ».

Avant de valider cette position, et même si nous sommes dans une situation purement interne, s'agissant de déterminer si une société française est éligible au régime mères-filles à raison de titres détenus dans d'autres sociétés françaises, et non dans le champ de la directive n° 90/435/CEE du 23 juillet 1990, il convient, selon un raisonnement inspiré de la jurisprudence Leur-Bloem (CJCE, plén., 17 juill. 1997, aff. C-28/95, A. Leur-Bloem, pts 16 s. : *Rec. CJCE* 1997, p. I-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), que vous avez déjà plusieurs fois mis en œuvre (V. CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ss-sect., 17 juin 2011, n° 324392, SARL Méditerranée automobiles et 314667, Sté Finaparco : 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), notamment à propos du régime mère-fille et de la directive de 1990 (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), de s'assurer qu'elle est bien conforme au droit de l'Union, dès lors qu'à l'occasion de la transposition en droit interne, le législateur national a entendu appliquer le même traitement aux situations internes et à celles régies par la directive.

Par la décision SA Technicolor, vous avez jugé que la condition du c du 1 de l'article 145 du CGL, dans sa rédaction alors en vigueur, relative à l'engagement de conserver les titres pendant 2 ans, ne pouvait être regardée, en raison de son objet, que comme s'appliquant, conformément au deuxième alinéa du 2 de l'article 3 de la directive du 23 juillet 1990, aux titres de participation donnant droit à la qualité de société mère. Cette formulation est assurément cryptique. Elle renvoie en réalité aux termes de l'article 3 de la directive dont le paragraphe 1 énonce que le régime des sociétés mères s'applique « au moins » aux sociétés qui détiennent une participation excédant un minimum de 25 %, ramené ultérieurement à 10 %, et dont le paragraphe 2 reconnaît aux États membres la faculté de « ne pas appliquer la directive à celles de leurs sociétés qui ne conservent pas, pendant une période ininterrompue d'au moins deux ans, une participation donnant droit à la qualité de société mère », autrement dit ne validant pas la condition exprimée en pourcentage de détention.

Pour les besoins de la réponse à une question prioritaire de constitutionnalité et pour parer le risque d'une interprétation donnant

prise à l'invocation d'une discrimination à rebours, la décision Technicolor retient que l'article 145 du CGI met en œuvre cette faculté offerte par la directive. Édouard Crépey avait retenu qu'il n'était pas impossible de faire une lecture fusionnant les conditions des b et c du 1 de l'article 145 du CGI et s'était appuyé sur l'objet de la législation relative au régime des sociétés mères dont vous avez dit, par votre décision du 17 juillet 2013 (CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ss-sect., 17 juill. 2013, n° 352989, min. c/ SARL Garnier Choiseul Holding. – CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ss-sect., 17 juill. 2013, n° 360706, min. c/ SARL Garnier Choiseul Holding : Dr. fisc. 2013, n° 41, comm. 477, concl. F. Aladjidi, note F. Deboissy et G. Wicker ; RJF 11/2013, n° 1064, chron. É. Bokdam-Tognetti, p. 883 ; Dr. sociétés 2013, comm. 194, J.-L. Pierre ; Rev. adm. 2013, p. 506, obs. O. Fouquet) qu'elle s'est, depuis l'origine, donné pour but de favoriser l'implication de sociétés mères dans le développement économique de leurs filiales (en vous référant notamment aux travaux préparatoires et à la circonstance que le bénéfice de ce régime fiscal a toujours été subordonné à une condition de durée de détention des titres et, depuis 1936, à une condition de seuil de participation minimale dans le capital des sociétés émettrices), ce qui pouvait justifier d'exiger que soit constatée l'existence d'une participation d'au moins 5 % tout au long de la période de conservation de 2 ans. Commentant cet arrêt dans une chronique à la RJF, Nicolas Labrune a souligné qu'alors que la cour de Versailles avait fait prévaloir une interprétation consistant à lire les trois conditions du 1 de l'article 145 indépendamment les unes des autres, le Conseil d'État, suivant les conclusions de son rapporteur public, avait adopté « la lecture inverse ».

Il reste à savoir si cet arrêt engage la réponse à apporter au moyen.

Nous ne le pensons pas :

– le texte du b du 1 de l'article 145 est clairement dans le sens d'une appréciation du respect du seuil de 5 % à un « instant T » : celui de la mise en paiement des dividendes pour l'application du régime mère-fille ou, dans notre cas, pour l'application du régime d'exonération des plus-values à long terme de cession des titres de participation, celui du fait générateur de l'imposition, autrement dit la date de la cession ;

– l'interprétation que nous défendons, qui consiste à juger que la clé d'entrée dans le régime mère-fille est le respect de ce seuil à cette date, et que le bénéfice du régime est réservé à la quotité de titres ayant été conservé pendant 2 ans, est compatible avec la directive car elle est plus généreuse que celle-ci. Il est en effet loisible au législateur français d'ouvrir plus largement les vannes du régime mère-fille que la stricte application de la directive ne le justifierait – ce qu'il a déjà fait en fixant un taux de détention plus bas ;

– les données de l'affaire Technicolor étaient différentes car le débat portait avant tout sur le non-respect de la condition du c qui n'est pas en cause ici, au demeurant dans une rédaction qui n'est pas celle applicable en l'espèce, portant sur un engagement de conserver des titres 2 ans au moins et non, comme dans notre affaire, sur le constat rétrospectif d'une conservation effective pendant un tel délai.

Nous vous proposons donc de juger, contrairement à ce qu'a retenu la cour, que, pour remplir la condition de détention d'au moins 5 %, il n'est pas requis que la société mère établisse que sa participation a, en permanence, excédé ce seuil pendant la durée de conservation de 2 ans. Autrement dit, il n'est pas justifié de fusionner les conditions du b et du c du 1 de l'article 145. En revanche, il demeure que le bénéfice du régime des sociétés mères ne s'attache qu'à ceux des titres qui ont été conservés au moins 2 ans. Ce n'est peut-être pas d'une parfaite cohérence au regard de l'objet et de l'esprit du régime mère-fille, mais c'est bien ce que dit la loi et la directive autorise cette lecture.

10 – L'erreur de droit commise par la cour ne conduit cependant pas, selon nous, à casser l'arrêt attaqué. Nous vous l'avons dit, la cour

s'est en effet fondée sur un second motif pour juger que les titres cédés par la société EBM n'ouvraient pas droit au régime des sociétés mères, en relevant que cette dernière ne justifiait pas de l'inscription en comptabilité des titres de la société Intherior à la date de la cession en cause dans le litige.

Elle n'a, en statuant ainsi, commis aucune erreur de droit. Ainsi que votre décision Sté Vivendi l'a récemment rappelé (*CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ch., 29 mai 2017, n° 405083, Sté Vivendi : JurisData n° 2017-010768 ; Dr. fisc. 2017, n° 27, comm. 382, concl. R. Victor ; RJF 2017, n° 777*. – V. également O. Fouquet, *L'inscription de titres dans un compte de participation peut résulter d'une erreur comptable rectifiable : Dr. fisc. 2017, n° 24, act. 340*), il résulte des dispositions du troisième alinéa du a ter du I de l'article 219 du CGI, éclairées par les travaux préparatoires de l'article 2 de la loi de finances rectificative pour 1995 dont elles sont issues, et que reprend le a quinquies, que des titres ouvrant droit au régime des sociétés mères sans revêtir, sur le plan comptable, le caractère de titres de participation sont soumis au régime fiscal des plus-values et moins-values à long terme à la condition qu'ils soient inscrits en comptabilité, soit dans un compte de titres de participation, soit dans une subdivision spéciale d'un compte du bilan, autre qu'un compte de titres de participation, correspondant à leur qualification comptable telle que, notamment, un sous-compte de plus-values à long terme dans un compte de valeurs de placement. Il faut, autrement dit, que l'inscription comptable manifeste dans ce cas, un tant soit peu clairement, l'existence d'une option effectuée à des fins fiscales.

La cour n'a donc pas commis d'erreur de droit en rappelant cette exigence ; elle n'a pas non plus dénaturé les faits de l'espèce en jugeant que les documents comptables produits devant elle ne comportaient pas une telle comptabilisation des titres Intherior à la date de la cession, le 5 janvier 2007. Le bilan actif de l'exercice clos le 31 décembre 2006 versé aux débats ne fait en effet apparaître que des titres « Financières d'Illkirch », alors pourtant que ces titres, acquis en 2004, ont été échangés, en 2005, contre des titres Regular puis, en 2006, contre des titres Financière des Fleurs, qui ont eux-mêmes échangé au cours de la même année contre des titres Intherior. En se bornant à constater ces éléments résultant de l'instruction, la cour n'a pas inversé la charge de la preuve ni relevé un moyen d'office, car cette question avait déjà été débattue devant les premiers juges.

Par ces motifs, nous concluons au rejet du pourvoi.

Romain VICTOR,  
rapporteur public

## NOTE

1 – En vertu de la directive n° 2011/96/UE du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, les sociétés qui détiennent une participation d'au moins 10 % du capital de leurs filiales sont éligibles au régime des sociétés mères. Si en principe aucune condition de conservation n'est exigée, la directive prévoit à titre d'exception que le régime de faveur peut être refusé lorsque les titres de participation n'ont pas été conservés pendant une période d'au moins 2 ans. La mise en œuvre de cette faculté par les États a une influence sur la manière dont la condition tenant à la détention d'une participation minimale est appréciée. Ainsi, lorsque les États n'exigent aucune condition de conservation, la condition tenant à la quotité de la participation doit logiquement être satisfaite à un instant t. Tel est le cas en Allemagne pour ce qui concerne les dividendes entrants, la quotité de la participation devant en principe être appréciée au 1<sup>er</sup> janvier de l'année au cours de laquelle le fait générateur de l'impôt est survenu (*Körperschaftsteuergesetz (KStG), § 8b (4)*). Au contraire, lorsque les États ont mis en œuvre la possibilité d'exiger des sociétés mères

qu'elles détiennent leurs titres pendant un certain temps, la quotité de la participation est appréciée le plus souvent de manière continue au cours de la période de conservation. Tel est le cas, par exemple :

– en Espagne, où le régime des sociétés mères est régi par le h de l'article 14 du Real Decreto Legislativo 5/2004, du 5 mars 2004 : *BOE-A-2004-4527*. Ainsi, après avoir posé la condition de détention de 5 %, le texte exige une condition de conservation d'un an, laquelle se réfère explicitement à « cette dernière participation », V. par ex., S. Constenla et M. Milagros, *La relación matriz-filial. El régimen fiscal comunitario : Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2002, p. 801* ;

– en Autriche, où le régime mère-fille est régi par le 2 du § 10 du *Körperschaftsteuergesetz (KStG)*, dont les dispositions claires prévoient que le régime de faveur est réservé aux sociétés qui détiennent 10 % du capital de leur filiale pendant une période ininterrompue d'un an, V. par ex., Ch. Schreitl, *Die steuerliche Behandlung der Societas Europaea in Österreich, 2011, p. 15*. – Austrian business agency, *Investieren in Österreich : steuerliche Aspekte, 2016, p. 10* ;

– au Luxembourg, l'article 147 dans la version 2018 de la loi concernant l'impôt sur le revenu (LIR) prévoyant quant à lui que la condition de détention de 10 % doit avoir été satisfaite pendant 2 ans à la date du paiement. À défaut, la société mère doit avoir pris un engagement en ce sens ;

– en Belgique, où les dividendes entrants sont exonérés à la condition que la mère belge détienne 10 % de la filiale étrangère et que les titres soient conservés pendant un an, V. *CIR 1992, art. 202, § 2*. Les conditions sont identiques pour l'exonération de retenue à la source des dividendes sortants (*AR/CIR 92, art. 106, § 5*) ;

– ou encore en Allemagne, pour ce qui concerne les dividendes sortants (*Einkommensteuergesetz (EStG), § 43b*).

Jusqu'ici, la position de la France n'avait donc rien d'original. En effet, dans la mesure où les titres de participation doivent être conservés pendant 2 ans, on ne peut s'étonner de ce que la condition de participation minimale de 5 % soit quant à elle appréciée de manière continue (*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*). Cependant, la présente décision EBM crée la surprise en s'écartant de l'option retenue par la plupart des États membres : désormais, la quotité de la participation devra être appréciée de manière continue dans certains cas et de manière instantanée dans d'autres.

2 – Les faits qui ont donné lieu à cet arrêt sont les suivants. En 2007, une société soumet les gains d'une cession d'actions au régime des plus-values à long terme afférentes à des titres de participation, exonérées en vertu du a quinquies du I de l'article 219 du CGI. L'Administration conteste cependant cette qualification. Devant les juges, le requérant soutient que ses actions ont le caractère de titres de participation au sens de la législation comptable et qu'elles ouvrent droit au régime mère-fille. En vertu de l'article 219 du CGI en effet, cette qualification est réservée aux titres qui ont cette qualité sur le plan comptable et à ceux qui ouvrent droit au régime mère-fille en application de l'article 145 du même code, pourvu que dans ce cas ils fassent l'objet d'un traitement comptable particulier. Cependant, les juges d'appel écartent cette argumentation au motif d'une part, que les titres cédés ne peuvent être regardés comme des titres de participation revêtant ce caractère sur le plan comptable et, d'autre part, que la société ne justifie ni de l'inscription des titres en comptabilité ni d'une détention continue de 5 % du capital de sa filiale pendant 2 ans, même si au moment de la vente la participation avait atteint cette quotité. Saisi du pourvoi, le Conseil d'État rejette l'argumentation de la société sur ce premier point. À propos du second, il souligne, tout en jugeant que les titres n'avaient pas été correctement inscrits en comp-

tabilité, que la condition de détention de 5 % s'apprécie à l'instant du fait générateur de l'impôt et non sur une période de 2 ans, si bien qu'en jugeant du contraire la cour a commis une erreur de droit.

3 – Cette logique est surprenante, car elle semble à première vue antinomique de la jurisprudence antérieure (1) : plusieurs voies de conciliation peuvent cependant être envisagées (2).

## 1. Une antinomie apparente

4 – L'hypothèse d'une antinomie entre les arrêts EBM et Technicolor n'est pas dénuée de fondement (A) : elle n'en reste pas moins invraisemblable (B).

### A. - Les risques d'antinomie

5 – L'antinomie dont il est question semble résulter de ce que l'arrêt EBM consacre une interprétation littérale de l'article 145 du CGI (1°), alors que la décision Technicolor avait interprété ce texte à la lumière de la directive mère-fille (2°).

### 1° L'interprétation littérale retenue par l'arrêt EBM

6 – Le a, le b et le c du 1 de l'article 145 du CGI soumettent le bénéficiaire du régime mère-fille à trois conditions : les titres doivent être nominatifs ou avoir été déposés dans un établissement désigné par l'Administration (a) ; représenter 5 % du capital de la filiale lors du paiement des produits (b) ; avoir été conservés pendant 2 ans (c). Si on s'en tient à la seule lettre du texte, ces conditions doivent être appréciées de manière dissociée, c'est-à-dire isolément les unes des autres. Cette analyse est confortée par la possibilité d'apprécier les conditions du a et du c titre par titre, alors que celle du b ne peut jamais être appréciée qu'à l'échelle de la participation. Elle est d'autant plus vraisemblable que ces conditions ont des objets distincts : la forme, la quotité et la durée de détention des titres (*Concl. É. Crépey ss CE, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> ss-sect., 15 déc. 2014, n° 380942, SA Technicolor, préc.*). Par suite, un portefeuille qui remplit la condition du b à un instant t peut contenir des titres qui remplissent celles du a et du c et d'autres qui n'y satisfont pas. La question se pose alors de savoir dans quelle mesure une telle participation ouvre droit à l'exonération. Deux solutions peuvent être envisagées : soit on exonère l'ensemble des produits, indépendamment du nombre de titres qui ont été conservés pendant 2 ans dès lors que la condition du b est satisfaite ; soit on applique le régime de faveur aux produits attachés aux seuls titres qui ont été conservés pendant cette période.

7 – Ce choix dépend notamment du point de savoir qui, de la mère ou des titres, bénéficie du régime mère-fille (*Concl. É. Crépey ss CE, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> ss-sect., 15 déc. 2014, n° 380942, SA Technicolor, préc. n° 6*) : s'il est accordé à la mère, on choisira la première option ; si en revanche le régime est ouvert aux titres, on optera cette fois pour la seconde.

Il est vrai que l'article 145 du CGI réserve le régime aux seules sociétés. Toutefois, l'article 216 est rédigé différemment puisqu'il vise les « produits nets des participations, ouvrant droit à l'application du régime des sociétés mères ». Dans la mesure où, selon les termes même de l'article 145 du CGI, le régime fiscal des sociétés mères est « défini à l'article 216 » du même code, il est logique de faire primer la dernière interprétation (V. les conclusions prononcées par Romain Victor sous les récentes affaires *CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ch., 5 mars 2018, n° 416567, SA Vétoquinol et n° 416514, Sté Vicat*, où le rapporteur public n'hésite à qualifier l'article 216 du CGI de « dispositif d'exonération des produits de participation » sans faire aucune allusion à l'article 145 du CGI).

8 – Qualifiée de littérale, cette analyse était celle des juges avant 2015. Ainsi, le rapporteur public dans l'affaire Artémis s'est explicitement référé à la nécessité d'interpréter les conditions de l'article 145

du CGI de manière dissociée, en tirant les conséquences qui viennent d'être décrites (*Concl. E. Cortot-Boucher ss CE, 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> ss-sect., 26 sept. 2014, n° 363555, Sté Artemis Conseil : JurisData n° 2014-022459 ; Dr. fisc. 2014, n° 48, comm. 653, note R. Vabres ; RJF 12/2014, n° 1088 ; RTD com. 4/2014, obs. O. Fouquet*). La même solution a encore été retenue par l'arrêt du 26 janvier dernier. Pourtant, elle pouvait sembler incompatible avec la position prise par le Conseil d'État à l'occasion de l'affaire Technicolor, en raison des différences notables qui éloignent l'interprétation littérale de l'article 145 du CGI de celle qui doit être retenue à la lumière du droit de l'Union européenne.

### 2° L'interprétation à la lumière de la directive retenue par l'arrêt Technicolor

9 – La question de la conventionalité de l'interprétation littérale de l'article 145 du CGI a été exposée avant nous par d'éminents auteurs (*D. Gutmann, L'affaire Technicolor : l'obscur clarté de l'article 145 du CGI : FR 31/2014*), si bien qu'on se contentera ici d'un bref rappel. Le problème est le suivant. La directive mère-fille est univoque : elle ouvre le régime de faveur aux sociétés mères – et non aux titres – dès lors qu'elles détiennent au moins 10 % du capital de leur filiale. L'obligation de conservation est prévue quant à elle de manière dérogatoire, si bien que cette condition ne peut avoir pour effet d'aggraver la condition relative à la quotité minimale de la participation. Or, une lecture littérale de l'article 145 du CGI a précisément pour effet d'établir une relation bijective (*D. Gutmann, L'affaire Technicolor : l'obscur clarté de l'article 145 du CGI, préc. n° 9*) entre les titres productifs et ceux qui doivent être conservés, si bien qu'elle conduit à ce que le régime de faveur ne soit plus ouvert de manière inconditionnelle aux participations qui satisfont à la quotité minimale exigée par la directive. Dans ce contexte, la lecture littérale de l'article 145 du CGI s'avère donc plus sévère que celle qui est commandée par la directive ce qui, on le sait, constitue une cause d'inconventionalité. Les opérations transfrontalières ne craignaient sans doute pas grande chose d'une telle inconventionalité, car en la constatant le juge aurait tout simplement écarté les dispositions du droit interne. Néanmoins, cette méthode n'aurait pas pu être appliquée dans le cas des situations domestiques si bien qu'elle aurait nécessairement débouché sur une discrimination à rebours susceptible d'emporter la censure de l'article 145 du CGI par le Conseil constitutionnel.

10 – Pour parer la menace, il était possible de lier la lecture du c à celle du b : l'obligation de conservation ne devait donc pas être interprétée comme portant sur tous les titres, mais seulement sur ceux qui ouvraient droit au régime mère-fille, soit les titres représentant 5 % du capital de la société émettrice. Toutefois, ce faisant, on ne choisissait pas seulement de lier le c au b : on liait nécessairement le b au c. La logique plaide en ce sens : si pour satisfaire la condition du c une société doit détenir 5 % du capital au cours des 2 ans qui suivent l'acquisition des titres, la condition de détention de 5 % doit elle aussi être appréciée sur 2 ans... À moins de faire une application purement formelle du b – nous y reviendrons (V. *supra* n° 17). Sur ce point, la lecture faite à la lumière de la directive s'oppose donc radicalement à la lecture littérale. De plus, en liant le b au c, on vidait de sa substance la précision claire de l'article 145 du CGI, selon laquelle le nombre des parts détenus s'apprécie à la date du fait générateur de l'impôt. Alors que cette précision tend clairement à ce que la condition de détention soit appréciée à un instant t, la lecture faite à la lumière de la directive conduit à ce que cette date serve uniquement de butoir pour apprécier la condition de détention de 5 % au cours des 2 dernières années.

11 – Par sa décision Technicolor, le Conseil d'État consacre une interprétation de l'article 145 du CGI faite à la lumière de la directive mère-fille, en jugeant qu'une société peut se prévaloir du régime d'exonération pour l'ensemble de sa participation, même pour la partie qui n'a pas été détenue depuis 2 ans, dès lors qu'elle conserve

5 % du capital de sa filiale pendant cette période. Dans la mesure où cette interprétation est a priori antinomique de celle qui a été retenue par l'arrêt EBM, on comprend pourquoi cette dernière décision sème le trouble.

## B. - L'invraisemblance d'une antinomie

12 – Si cette contradiction devait être confirmée, le conflit se solderait par un abandon de la jurisprudence Technicolor et à tout le moins par une divergence au sein du Conseil d'État : ces cas de figure sont cependant peu vraisemblables. Il est vrai que l'hypothèse d'un abandon de la jurisprudence du 15 décembre 2014 n'est pas totalement dénuée de fondement. Ainsi, le rapporteur public sous l'affaire EBM donne l'impression de réduire la portée de l'arrêt Technicolor pour en faire une décision de circonstance justifiée seulement par le souci d'éviter de faire apparaître une discrimination à rebours. De même, on peut s'étonner de ce que rien ne soit dit, dans ses conclusions, de l'articulation de la solution qu'il propose avec la jurisprudence Technicolor. En outre, on se souvient que dans cette affaire le Conseil d'État avait censuré l'interprétation littérale de l'article 145 du CGI retenue par les juges d'appel (CAA Versailles, 3<sup>e</sup> ch., 18 mars 2014, n° 13VE00873, min. c/ SA Technicolor : *JurisData* n° 2014-010450 : *Dr. fisc.* 2014, n° 23, comm. 367, concl. F. Locatelli ; *RJF* 7/2014, n° 672. – V. C. Acard, *Fiscalité financière* : *Dr. fisc.* 2014, n° 23, comm. 364, n° 5), ce qui pouvait laisser croire qu'une seule interprétation de cet article était possible.

13 – Certains indices permettent cependant d'exclure l'hypothèse d'un revirement. Ainsi, l'abandon d'une jurisprudence de principe, issue d'une décision récente et publiée au recueil Lebon, comme l'a été la décision Technicolor, aurait sans doute été dévolu à une formation plus solennelle que celle des deux chambres réunies qui ont adopté la décision EBM. De même, une décision constituant un revirement de jurisprudence aurait sans doute été publiée au recueil Lebon et pas simplement mentionnée aux tables. Surtout, la décision EBM a été publiée par le Centre de recherches et de diffusion juridiques du Conseil d'État avec une note en bas de page qui invite à la rapprocher de la décision Technicolor du 15 décembre 2014 « s'agissant de la condition de détention pendant un délai de 2 ans prévue au c de l'article 145 du CGI, dans un cas dans lequel la directive s'applique de manière obligatoire ». En cas de revirement, cette note aurait été précédée par le lien « Ab. jur. », qui selon le recueil Lebon indique « l'abandon par le Conseil d'État de l'une de ses jurisprudences » (C. Maugüe et J.-H. Stahl, *Sur la sélection des arrêts au Recueil Lebon* : *RFD adm.* 1998, p. 768). Pour les mêmes raisons, on peut difficilement voir dans l'arrêt EBM une décision d'espèce. Pour réfuter l'idée qu'il est un arrêt isolé, on ajoutera que les principes posés par l'arrêt n'ont pas permis de donner satisfaction au contribuable, puisque sa demande a été rejetée. L'arrêt EBM est donc une décision de principe, dont la solution ne pourra recevoir une application positive qu'à l'occasion d'une décision postérieure.

14 – Des arguments de fond corroborent l'hypothèse du maintien de la jurisprudence Technicolor. Ainsi, le rapporteur public Romain Victor soutient que l'interprétation littérale de l'article 145 du CGI « est compatible avec la directive car elle est plus généreuse ». Or, cela n'est vrai qu'à la condition que les acquis de l'arrêt Technicolor soient conservés. Comme il a été dit en effet, une lecture littérale permet d'exonérer les produits des seuls titres détenus pendant 2 ans, là où l'arrêt Technicolor permet d'arriver à l'exonération de l'ensemble de la participation dès lors que 5 % du capital de la filiale a été conservé pendant cette période. Avant tout, il faut se rappeler les objectifs poursuivis par la jurisprudence Technicolor, à savoir la préservation de la constitutionnalité et de la conventionalité de l'article 145 du CGI : abandonner la jurisprudence Technicolor reviendrait à raviver ces menaces, et on peut douter que le Conseil d'État ait consenti à

prendre un tel risque. Cela d'autant plus que la préservation de la conventionalité d'un texte au regard du droit de l'Union européenne n'est pas une faculté, mais bien une obligation pour le juge administratif (CE, ass., 22 déc. 1989, n° 86113, *Cercle militaire mixte de la Caserne Mortier* : *Lebon*, p. 260 ; *Dr. fisc.* 1990, n° 14, comm. 716 ; *RJF* 2/1990, n° 130, concl. M.-D. Hagelsteen, p. 80 ; *AJDA* 1990, p. 328). Mais à défaut d'un abandon total de cette jurisprudence, pourrait-on envisager un revirement seulement partiel ? Cette question renvoie à celle de l'articulation des jurisprudences EBM et Technicolor, à laquelle il convient maintenant de s'intéresser.

## 2. Une conciliation possible

15 – Si l'arrêt EBM n'est pas une décision d'espèce et qu'elle n'a pas pour objet d'abandonner la jurisprudence Technicolor, il faut se résoudre à un constat : ces deux jurisprudences doivent aujourd'hui coexister. Dans la mesure où ces arrêts divergent sur le sens qu'il convient de donner à l'article 145 du CGI, leur coexistence suppose que chacun d'entre eux ait un champ d'application qui lui est propre. Plusieurs hypothèses peuvent être envisagées (A), mais une seule nous semble réellement convaincante (B).

### A. - Hypothèses envisageables

16 – Afin de concilier les décisions EBM et Technicolor, on peut envisager que ces arrêts aient des objets distincts (1°), un champ d'application *ratione materiae* différent (2°), ou encore des domaines *ratione temporis* (3°) et *ratione personae* (4°) qui leur sont propres.

#### 1° Une distinction en fonction de l'objet ?

17 – Il est en effet possible d'avancer que la jurisprudence EBM n'a pas le même objet que l'arrêt Technicolor : l'arrêt EBM ne se rapporte-t-il pas à la seule condition du b du 1 de l'article 145 du CGI ? Et l'arrêt Technicolor n'a-t-il pas été rendu à propos de la condition du c ? Cette interprétation repose sur une lecture autonome des conditions du b et du c caractéristique d'une lecture littérale dans laquelle l'interprétation du c n'influe en rien sur celle du b, si bien que la lecture du c à la lumière du b n'impose pas que le b soit lu en fonction du c.

18 – Cette lecture n'est cependant pas viable, car elle suppose que seule la condition du b ou du c soit contestée devant le juge. Si les conditions du b et du c venaient à être disputées concomitamment en effet, la première de ces conditions serait vidée de sa substance comme il a été démontré ci-dessus. Autrement dit, la jurisprudence Technicolor devrait l'emporter sur celle qui est issue de l'arrêt EBM. Dans le même temps on peut penser que l'administration, au fait de cette jurisprudence, contesterait systématiquement les deux conditions du b et du c devant les juges. Une telle stratégie rendrait les principes de l'arrêt EBM définitivement inapplicables. Cette interprétation peut donc difficilement être retenue.

#### 2° Une distinction *ratione materiae* ?

19 – L'arrêt EBM peut aussi être regardé comme une interprétation du régime des plus-values à long terme au sens de l'article 219 du CGI. Ainsi, selon cette théorie, les principes de l'arrêt du 26 janvier 2018 trouveraient à s'appliquer au cas où une mère cède tout ou partie de sa participation, la jurisprudence Technicolor trouvant quant à elle application en matière de perception de dividendes.

20 – Cette théorie ne nous semble guère convaincante, même si plusieurs éléments paraissent plaider en faveur de cette lecture : d'abord, le fait que l'arrêt EBM et l'arrêt Technicolor ont été rendus respectivement sur le terrain des articles 219 et 145 du CGI ; ensuite, la circonstance que l'article 145 du CGI soit inapplicable en tant que tel aux cessions de titres. Ainsi, la précision selon laquelle le *quantum*

de la participation s'apprécie à la date de la mise en paiement des dividendes doit nécessairement être adaptée au cas visé à l'article 219 du CGI. Surtout, on notera que cet article n'a pas pour objet de transposer un texte issu du droit de l'Union européenne, si bien que la jurisprudence SARL Méditerranée automobiles (*CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ss-sect., 17 juin 2011, n° 324392, SARL Méditerranée automobiles et 314667, Sté Finaparco : 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 ; FR 37/2011, p. 17, note S. Austry*) est inapplicable : autrement dit, l'article 219 n'a pas à être lu à la lumière du droit de l'Union. Toutefois, l'arrêt EBM a été rédigé en des termes généraux, pour l'interprétation de l'article 145 du CGI et sans aucune référence à l'article 219 du même code, comme le confirme d'ailleurs l'analyse du Centre de recherches et de diffusion juridiques du Conseil d'État. Il convient en effet de rappeler qu'en vertu de l'arrêt EBM, « il résulte des termes mêmes du b de l'article 145 du [CGI] que la condition [...] tenant la détention d'au moins 5 % du capital de l'émettrice, s'apprécie à la date du fait générateur ». De plus, la thèse qui vient d'être exposée aurait nécessité que l'article 219 reprenne les conditions d'ouverture du régime mère-fille : or, tel n'est pas le cas puisqu'il fait un simple renvoi à l'article 145 du CGI.

21 – Au-delà, on peut même douter qu'à travers la décision commentée le Conseil d'État ait entendu procéder à une réelle avancée sur le terrain des plus-values à long terme. Dans ce domaine, des praticiens avisés ont en effet signalé que l'arrêt EBM traite d'une hypothèse qui ne présente pas d'intérêt pratique, du moins en l'état actuel du droit (*F. Ruault, C. Legout, Titres ouvrant droit au régime des sociétés mères : Option Finance, 19 mars 2018, n° 1454*). En effet, l'exonération du a quinquies du I de l'article 219 du CGI exige que les titres éligibles au régime mère-fille aient été inscrits en comptabilité dans une subdivision spéciale d'un compte du bilan, autre qu'un compte de titres de participation, correspondant à leur qualification comptable et « seuls les titres correctement comptabilisés pendant au moins deux ans peuvent bénéficier du régime du long terme ». Ainsi, comme le relève Florent Ruault et Christel Legout, « à supposer que la société ait bien inscrit, lors du franchissement du seuil de 5 % sa participation à la subdivision spéciale (...), ce transfert serait trop récent pour que le délai de deux ans puisse être respecté ». La décision EBM ne permet donc pas de tirer des conclusions évidentes sur le terrain des plus-values à long terme : cet arrêt n'a d'effet utile que si sa portée est élargie au-delà. Ainsi, comme le notent encore ces praticiens, « l'éligibilité des titres (...) au régime des sociétés mères (...) constitue l'essentiel de l'intérêt de la décision commentée ».

### 3° Une distinction *ratione temporis* ?

22 – On pourrait également avancer que l'arrêt Technicolor et l'arrêt EBM ont des champs temporels distincts, dans la mesure où la rédaction de l'article 145 du CGI applicable dans ces deux espèces n'est pas la même. Ainsi, celle qui a été appliquée dans la première affaire exigeait de la société mère qu'elle s'engage à conserver ses titres pendant 2 ans. Au contraire, dans la rédaction appliquée dans la seconde affaire, cette condition a été remplacée par la condition selon laquelle les titres « doivent avoir été conservés pendant un délai de deux ans ».

23 – Cependant, cette hypothèse est peu satisfaisante, car elle ne tient pas compte du risque d'inconventionnalité neutralisé par l'arrêt du 15 décembre 2014. Cette menace ne repose pas, en effet, sur l'existence d'une condition d'engagement de détention des titres : elle tient, comme il a déjà été dit, à ce qu'une lecture littérale de l'article 145 du CGI conduit à exiger d'une mère qu'elle détienne un nombre de titres supérieur à celui qui est exigé par la directive si elle veut obtenir l'exonération des produits attachés aux titres qui dépassent cette quotité minimale. Le risque d'inconventionnalité neutra-

lisé par l'arrêt Technicolor n'a donc pas disparu en dépit des variations subies par l'article 145 du CGI et on peut raisonnablement penser que cet élément a été pris en compte par le Conseil d'État.

### 4° Une distinction *ratione personae* ?

24 – Par ailleurs, on peut tenter de concilier les arrêts EBM et Technicolor en arguant de ce qu'ils se rapportent à des situations d'espèce différentes.

25 – Cette idée trouve un certain fondement dans la note publiée par le rapporteur public Romain Victor à propos de l'arrêt du 26 janvier dernier. Celui-ci soutient en effet, qu'« il est loisible [au législateur] d'aménager de la manière dont il l'entend les dispositions plus favorables » du droit interne à la condition qu'il « respecte « au moins » les conditions du régime fiscal commun » (*R. Victor, Régime mère-fille : appréciation instantanée de la condition de détention d'au moins 5 % du capital de l'émettrice : FR 12/2018*), c'est-à-dire celui dans lequel les participations éligibles représentent au moins 10 % du capital de la filiale. Dans cette hypothèse, la jurisprudence Technicolor devrait continuer à s'appliquer, mais son domaine devrait être restreint aux seules situations qui entrent dans le champ de la directive. Les participations inférieures à 10 % et le cas des plus-values devraient ainsi être traités à l'aide des principes dégagés par l'arrêt EBM.

26 – Une telle lecture reviendrait à abandonner la jurisprudence Technicolor à l'égard des participations qui représentent entre 5 et 10 % du capital de la filiale. Cependant, les indices relevés plus haut pour écarter l'hypothèse d'un abandon de jurisprudence excluent également le cas d'un revirement partiel. De plus, si l'on veut, comme le rapporteur public, que l'arrêt EBM soit pleinement favorable au contribuable un tel abandon n'est pas envisageable, car il reviendrait à soumettre les participations qui représentent entre 5 et 10 % à un régime plus sévère. Enfin, on notera que cette interprétation méconnaît les principes interprétatifs traditionnels, notamment le principe en vertu duquel il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas – même si on n'ignore pas la portée limitée de ces principes : rien en effet dans l'article 145 du CGI ne permet de départager les participations selon qu'elles représentent ou non 10 % du capital de la filiale.

27 – Aucune de ces hypothèses n'est donc réellement satisfaisante. Néanmoins, en modifiant quelque peu les paramètres de cette dernière interprétation, on peut parvenir à une solution qui est à notre sens la plus acceptable.

## B. - Proposition de conciliation

28 – La voie de conciliation ici retenue (1°) repose sur une technique d'interprétation inédite qui nous semble compatible avec l'état antérieur du droit (2°). L'articulation de cette jurisprudence avec la volonté du législateur suscite néanmoins des interrogations (3°).

### 1° Hypothèse

29 – Notre hypothèse est la suivante : le Conseil d'État a choisi de juxtaposer les interprétations issues des arrêts EBM et Technicolor, sans que la solution issue de cette dernière jurisprudence ne soit en rien altérée. Autrement dit, ce sont deux interprétations de l'article 145 du CGI qui peuvent aujourd'hui être retenues. Chacune d'entre elle a un champ d'application personnel qui lui est propre, ce qui explique que les deux puissent coexister. Ainsi, la société mère pourra tout d'abord accéder au régime de faveur en se prévalant de l'interprétation issue de l'arrêt Technicolor. Pour cela, elle devra comme autrefois avoir détenu 5 % du capital de sa filiale pendant 2 ans. Lorsqu'elle ne remplit pas ces conditions, la société mère pourra malgré tout accéder au régime mère-fille en se prévalant de l'arrêt

EBM. Cette fois, la mère devra avoir détenu au moins 5 % du capital de la société émettrice au moment du fait générateur. En outre, il importe qu'elle ait détenu des titres de sa filiale, peu important leur quotité, au moins pendant 2 ans.

**30** – L'intérêt de cette superposition est de permettre aux sociétés qui ne détiennent pas 5 % du capital de leur filiale pendant 2 ans d'obtenir l'exonération pour une partie des produits qu'elles perçoivent. En ce sens, l'arrêt EBM a donc bien pour seul effet d'élargir l'accès au régime des sociétés mères, suivant les vœux du rapporteur public dans cette affaire. Les sociétés qui remplissent les conditions posées par l'arrêt Technicolor n'ont quant à elles aucun intérêt à demander l'application des principes posés par l'arrêt EBM, puisqu'elles peuvent obtenir l'exonération des produits de leurs participations – même s'ils sont attachés à des titres qui n'ont pas été conservés pendant 2 ans – dès lors qu'elles ont détenu 5 % du capital de leur filiale au cours de cette période : sur ce point, l'état du droit n'est donc en rien modifié. Par ailleurs, il faut noter que l'interprétation retenue par l'arrêt EBM est inconditionnelle : elle s'applique de plein droit dès lors que les critères de l'article 145 du CGI tel qu'interprété littéralement sont satisfaits. En effet, rien dans l'arrêt ni dans les propos du rapporteur public ne soumet l'application de cette interprétation à une condition supplémentaire. L'attrait du régime mère-fille réinterprété à l'occasion de l'arrêt EBM est cependant limité, car il profite aux seuls produits afférents aux titres qui ont été détenus pendant 2 ans. Sur ce point il est d'ailleurs intéressant de noter que le rapporteur public semble suggérer que la condition de détention doit être appréciée titre par titre, si bien que le fait qu'une partie de la participation est cédée prématurément ne devrait pas conduire à ce que l'exonération soit remise en cause pour le reste, hypothèse qui avait été envisagée par le rapporteur public sous l'affaire Technicolor.

**31** – Cette proposition que nous tiendrons désormais pour acquise est celle qui nous paraît la plus crédible, car elle permet de préserver l'intégrité de la jurisprudence Technicolor, avec tout ce que cela implique : sauvegarde de la conventionalité et de la constitutionnalité de l'article 145 du CGI ; absence de durcissement du régime de faveur pour les participations qui représentent entre 5 et 10 % de la filiale. En dépit de cela, cette interprétation n'est pas insusceptible de soulever certaines interrogations.

## 2° Articulation avec les méthodes d'interprétation antérieures

**32** – Tel que nous l'avons interprété, l'arrêt EBM conduit à ce que l'article 145 du CGI puisse être interprété de deux manières lorsqu'il est appliqué à des situations hors du champ du droit de l'Union européenne : soit de manière littérale ; soit à la lumière de la directive mère-fille. Cette approche a de quoi surprendre, mais sa compatibilité avec la jurisprudence antérieure ne nous semble pas totalement compromise.

**33** – On pense d'abord à l'arrêt SARL Méditerranée automobiles du 17 juin 2011 (*R. Victor, Régime mère-fille : appréciation instantanée de la condition de détention d'au moins 5 % du capital de l'émettrice, préc. n° 25*). À cette occasion, le Conseil d'État a posé le principe selon lequel un texte doit être interprété à la lumière du droit de l'Union européenne même lorsqu'il s'applique à des situations hors du champ de celui-ci, dès lors que ses dispositions se prêtent à interprétation, qu'elles ont pour objet de transposer une directive et qu'à cette occasion le législateur a entendu traiter les situations dans le champ et les situations hors du champ sur un pied d'égalité. Or, l'article 145 du CGI satisfait précisément à ces conditions et c'est d'ailleurs l'un des apports de l'arrêt Technicolor de l'avoir énoncé. Bien qu'en apparence l'arrêt EBM semble contraire à ces principes, la rupture avec la décision du 17 juin 2011 n'est pas aussi marquée qu'on pourrait le croire.

D'une part, et pour reprendre les observations du président Fouquet, l'arrêt SARL Méditerranée automobiles tendait avant tout à ce que « le même régime mère-fille » soit appliqué « aux situations purement françaises et aux situations transfrontalières » (*O. Fouquet, Le Conseil d'État fixe des limites à la jurisprudence Leur-Bloem de la CJCE. À propos de l'invocabilité de la directive fusions dans des situations internes : Dr. fisc. 2013, n° 10, comm. 185*) en vue d'éviter une discrimination par ricochet, ce que les pairs de l'éminent observateur corroborent par ailleurs (*P.-F. Racine, De l'art d'interpréter les lois : quand le Conseil d'État édicte une nouvelle règle. À propos de l'assimilation des dissolutions-confusions aux fusions par l'arrêt CE, 17 juin 2011, SARL Méditerranée automobiles, note ss CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ss-sect., 17 juin 2011, n° 324392, SARL Méditerranée automobiles : Dr. fisc. 2011, n° 37, comm. 502, concl. P. Collin*). Le président Racine estime en effet qu'avec l'arrêt SARL Méditerranée automobiles c'est « une nouvelle règle d'interprétation du droit national qui est dégagée [...] : même si une opération échappe au champ du droit de l'Union, il y a lieu de chercher à interpréter la loi nationale applicable (ou dont l'application est revendiquée) dans le même sens que la règle communautaire régissant les mêmes opérations ». Dans la mesure où il profite indifféremment aux situations hors champ de la directive et aux situations dans le champ, l'arrêt EBM n'est donc pas contraire à l'objectif poursuivi par les juges à l'occasion de l'arrêt SARL Méditerranée automobiles.

D'autre part, ce dernier arrêt ne s'opposait pas frontalement à ce que deux interprétations d'un même texte soient consacrées. L'adage énoncé par le président Fouquet à propos de l'arrêt du 17 juin 2011 – « à texte unique interprétation unique » (*O. Fouquet, Le Conseil d'État fixe des limites à la jurisprudence Leur-Bloem de la CJCE. À propos de l'invocabilité de la directive fusions dans des situations internes, préc. n° 33*) – doit en effet être compris comme tendant uniquement à ce que les situations dans le champ et les situations hors du champ soient traitées sur un pied d'égalité. De plus, il est intéressant de noter que c'est M. Pierre Collin, président de la chambre au rapport de laquelle a été adopté l'arrêt EBM, qui a conclu sous la décision du 17 juin 2011. Or, à cette occasion, le rapporteur public avait envisagé la possibilité de faire coexister deux interprétations d'une même notion, celle de fusion, au sein du droit fiscal. Le président Pierre Collin estimait alors que l'interprétation entérinée par le Conseil d'État, conformément à ses conclusions, devait être regardée comme une interprétation différente de celle qui est retenue sur le terrain du droit de l'Union européenne : à son sens, les juges se prononçaient en effet sur la seule appréciation « du terme « fusion », au sens de l'article 210 A du CGI, en tant que cet article s'applique à des opérations purement internes et donc placées hors du champ de la directive » (*Concl. P. Collin ss CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ss-sect., 17 juin 2011, n° 324392, SARL Méditerranée automobiles et 314667, Sté Finaparco, préc. n° 20*). Il résulte de ces éléments une certaine compatibilité, à défaut de conformité, entre les arrêts EBM et SARL Méditerranée automobiles.

**34** – Si on peut douter que la décision du 17 juin 2011 fasse obstacle à l'approche suivie par l'arrêt EBM, d'autres considérations auraient pu conduire les juges à écarter la méthode des interprétations juxtaposées.

En premier lieu, l'adage mentionné plus haut, selon lequel il n'y a pas lieu de distinguer là où le législateur ne distingue pas, car rien dans l'article 145 du CGI ne justifie qu'on traite différemment des participations éligibles au régime mère-fille. Toutefois, comme le note Gilles Dedeurwaerder « il ne faut pas croire que [...] les maximes d'interprétation déterminent [...] de manière absolue le processus interprétatif » : elles sont en effet conçues et employées « de telle manière [qu'elles] ménagent une assez grande latitude à l'interprète »

(G. Dedeurwaerder, *Théorie de l'interprétation et droit fiscal* : D. 2010, p. 57).

En deuxième lieu, la complexité induite par la superposition de deux interprétations et les risques inhérents à une telle démarche : doit-on désormais reconsidérer l'ensemble des textes qui ont été interprétés à la lumière de la directive depuis la décision Caserne Mortier précitée pour en retenir une interprétation littérale supplémentaire ? De surcroît, une fois le pas franchi, qu'est-ce qui s'opposera à ce que les juges retiennent plus de deux interprétations du même texte ? Ces risques reposent sur l'idée que la méthode interprétative retenue par l'arrêt EBM pourrait être transposée dans d'autres domaines. Cependant, il n'est pas impossible que le Conseil d'État ait entendu restreindre cette méthode au seul cas de l'article 145 du CGI, comme nous allons le voir.

La compatibilité de l'arrêt EBM avec l'état antérieur du droit en termes de méthodes d'interprétation permettait donc au Conseil d'État de juxtaposer deux interprétations du même texte. Mais l'absence d'obstacles justifiait-elle que le pas fût franchi ?

### 3° Articulation avec la volonté du législateur

35 – Le rapporteur public qui a conclu dans l'affaire EBM avance divers motifs pour justifier l'extension du régime mère-fille apporté par cet arrêt. Ainsi, Romain Victor a dans un premier temps cherché à légitimer l'arrêt commenté en retenant une lecture exégétique de l'article 145 du CGI, en fonction de l'intention présumée du législateur : à son sens, le fait que ce dernier a autrefois étendu les conditions d'accès au régime de faveur en abaissant le seuil de participation par rapport à celui qui est prévu par le droit de l'Union européenne justifie qu'un nouvel assouplissement ait pu être consacré par le Conseil d'État. Un tel argument est un peu inhabituel et peut sembler critiquable. Par ailleurs, le rapporteur public justifie l'arrêt EBM en faisant une lecture téléologique de l'article 145 du CGI, en fonction des objectifs poursuivis par le régime des sociétés mères. Comme Frédéric Aladjidi l'a rappelé dans ses conclusions sous l'arrêt Garnier Choiseul Holding (*CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ss-sect., 17 juill. 2013, n° 356523, min. c/ SAS Garnier Choiseul Holding, n° 352989, min. c/ SARL Garnier Choiseul Holding et n° 360706, min. c/ SARL Garnier Choiseul Holding* : *Dr. fisc.* 2013, n° 41, *comm.* 477, *concl. F. Aladjidi, note F. Deboissy et G. Wicker* ; *RJF* 11/2013, n° 1064, *chron. É. Bokdam-Tognetti*, p. 883, *préc.* ; *Dr. sociétés* 2013, *comm.* 194, J.-L. Pierre ; *Rev. adm.* 2013, p. 506, *obs. O. Fouquet*) l'ont rappelé, le régime des sociétés mères encourage les liens durables entre sociétés et l'implication des mères dans le développement de leurs filiales, étant précisé que « dans un contexte où les parts de sociétés sont de plus en plus diluées, un niveau de participation même limité à 5 % peut représenter une capacité d'influence non négligeable ». Les titres dont les produits seront exonérés en application de la jurisprudence EBM répondent sans doute à cet objectif. Toutefois, la pratique consistant à acheter des parts avant la survenance du fait générateur de l'imposition dans le but d'atteindre le seuil de 5 % pourrait de se développer, ce qui risque de favoriser une certaine spéculation qui serait, quant à elle, franchement contraire au but poursuivi par le régime mère-fille. Cette pratique pourrait alors entrer dans les prévisions de l'abus de droit. Dans ce cas, l'article L. 64 du LPF permettrait sans doute d'endiguer les excès, mais il n'est pas impossible que la procédure anti-abus puisse être mise en échec dans certaines hypothèses. Ainsi, lorsque la cession à bref délai des titres acquis avant le fait générateur de l'impôt aura permis au contribuable de dégager une plus-value substantielle, ne pourrait-il pas, par exemple, en tirer argument pour éviter que la procédure de l'abus de droit ne soit mis en œuvre à son encontre ?

36 – D'autres arguments peuvent cependant justifier la position prise par le Conseil d'État à l'occasion de l'arrêt EBM. D'une part, les imperfections de l'interprétation retenue par l'arrêt Technicolor,

dont on sait qu'elle n'est ni la plus intuitive ni la plus fidèle au texte de l'article 145 du CGI, plaident en ce sens. C'est d'autant plus vrai que les sociétés qui entrèrent dans les prévisions de l'arrêt EBM avaient, avant l'arrêt Technicolor, vocation à se prévaloir du régime mère-fille : si elles en ont été privées c'est seulement pour assurer la conventionalité de l'article 145 du CGI. Pourtant, comme le relève à juste titre Romain Victor, le droit de l'Union européenne (comme d'ailleurs le droit constitutionnel) n'imposait en rien une telle restriction : il commandait au contraire d'élargir l'éligibilité au régime mère-fille. Enfin, le juge de l'impôt a sans doute voulu renouer avec le principe de l'interprétation littérale, dont on sait qu'elle n'est pas seulement une technique, mais encore mieux un objectif (G. Dedeurwaerder, *Théorie de l'interprétation et droit fiscal, préc.* n° 33). Or, la seule manière de faire revivre cette interprétation était de la faire coexister avec celle qui a été retenue le 15 décembre 2014. Ces éléments permettent de légitimer l'interprétation qui a été, selon nous, retenue par l'arrêt EBM, en même temps qu'ils en restreignent la portée. Dès lors que la juxtaposition de plusieurs interprétations peut être regardée comme un remède aux dommages collatéraux de la « conventionalisation » de l'article 145 du CGI, il y a fort à parier que cette méthode ne devrait pas être transposée à d'autres domaines, même si en droit rien ne semble s'y opposer.

37 – De la même façon que les imperfections de la jurisprudence Technicolor ont justifié qu'elle soit amendée, on peut se demander, en guise de conclusion, si les principes posés par l'arrêt EBM pourraient subir le même sort.

Notons d'emblée qu'un tel changement ne devrait pas nécessairement se traduire par un abandon de cette jurisprudence. Il est vrai que depuis la loi de finances rectificative pour 2015, le c du 1 de l'article 145 du CGI n'est plus rédigé dans les termes qui ont été examinés par le Conseil d'État à l'occasion de l'affaire EBM. Désormais, il dispose en effet que « les titres de participation doivent avoir été conservés pendant un délai de deux ans lorsque les titres représentent au moins 5 % du capital de la société émettrice ». Toutefois, une lecture littérale pourrait permettre de délier la condition de participation minimale de celle relative à la durée de conservation, car ce sont « les titres de participation » qui doivent avoir été conservés lorsque « les titres » représentent 5 % du capital. Une lecture téléologique pourrait aboutir au même résultat puisqu'« il est vraisemblable que cette nouvelle rédaction ne change pas le fond du droit et s'explique par la volonté d'introduire en parallèle un nouveau délai de cinq ans lorsque les titres représentent 2,5 % du capital et 5 % des droits de vote de la société émettrice » (F. Ruault, C. Legout, *Titres ouvrant droit au régime des sociétés mères, préc.*). Ainsi, en dépit du changement de texte subi par l'article 145 du CGI, la jurisprudence EBM pourrait être maintenue par le Conseil d'État. Ce dernier devra toutefois confirmer sa position, car la nouvelle rédaction de cet article est plus ambiguë que l'ancienne. Ainsi, en raison de la référence qui est faite par le c du 1 de l'article 145 du CGI à la condition fixée par le b du même article ; « on ne peut exclure une lecture consistant à lier l'exigence du délai de deux ans et celle d'une détention minimale » (*Ibidem*).

À l'inverse, on peut imaginer une nouvelle avancée qui procéderait d'un élargissement de cette jurisprudence. Ainsi, il n'est pas exclu que les règles applicables aux plus-values à long terme soient ajustées en vue de faire bénéficier les contribuables des principes dégagés par l'arrêt EBM lors de la cession de titres de participation. De même, le Conseil d'État pourrait intervenir en vue de renforcer les principes dégagés par cet arrêt. Ainsi, qu'est-ce qui s'opposerait à ce que les interprétations retenues par les arrêts EBM et Technicolor soient un jour conjuguées ? Dans une telle hypothèse, une société pourrait obtenir l'exonération de tous les produits qu'elle perçoit d'une filiale, même ceux qui sont attachés à des titres qui n'ont pas été détenus pendant 2 ans, dès lors d'une part qu'elle détient 5 % du capital de

cette filiale au moment du fait générateur, et d'autre part qu'elle a conservé certains de ces titres pendant une période de 2 ans, quelle que soit leur quotité. Un tel changement pourrait notamment être motivé par le fait qu'en dépit de ce qui a été dit plus avant, la logique n'est pas pleinement satisfaite par cette décision : il aurait en effet été plus satisfaisant d'élargir le régime mère-fille tout en maintenant une interprétation unique de l'article 145 du CGI. Si notre hypothèse de départ venait à être confirmée, il fait peu de doutes que les contribuables tenteront d'explorer cette voie. Cependant, une telle interprétation paraîtra comme étant bien trop généreuse et la suivre reviendrait pour le Conseil d'État à s'éloigner encore davantage des

objectifs poursuivis par le régime mère-fille qu'il a pourtant lui-même contribué à mettre en lumière. Ainsi, une telle avancée jurisprudentielle paraît aujourd'hui tout à fait improbable.

Juan Carlos León AGUIRRE,  
*diplômé du Master Droit fiscal (université Paris 1),  
élève-avocat*

**MOTS-CLÉS :** *Impôt sur les sociétés - Régime des sociétés mères - Condition de détention de 5 % du capital - Appréciation au moment du fait générateur de l'impôt (oui) - Appréciation sur une période de 2 ans (non)*

**JURISCLASSEUR :** *Fiscal ID, fasc. 1127-60, M.-A. Coudert*