

Traitements et salaires

568 La convention de rétrocession de plus-value, ou l'âge de pierre du *management package*

La cour administrative d'appel de Versailles juge que le reversement d'une fraction de leur plus-value par des investisseurs à un manager, venant rémunérer l'implication active de ce dernier dans la gestion, peut n'être qu'une forme d'intéressement.

CAA Versailles, 1^{re} ch., 26 janv. 2017, n° 14VE02824, min. c/ Lefevre, concl. S. Rudeaux, note J.-L. Médus : JurisData n° 2017-004363

Pourvoi enregistré sous le n° 408867

1. Considérant qu'aux termes de l'article 44 undecies du code général des impôts : « I.-1. Les entreprises qui participent, au 16 novembre 2009, à un projet de recherche et de développement et sont implantées dans une zone de recherche et de développement, tels que mentionnés au I de l'article 24 de la loi de finances pour 2005 [n° 2004-1484 du 30 décembre 2004], sont exonérées d'impôt sur le revenu ou d'impôt sur les sociétés à raison des bénéfices qu'elles y réalisent au titre des trois premiers exercices ou périodes d'imposition bénéficiaires, cette période d'exonération totale des bénéfices réalisés ne pouvant excéder trente-six mois. Les bénéfices réalisés au titre des deux exercices ou périodes d'imposition bénéficiaires suivant cette période d'exonération ne sont soumis à l'impôt sur le revenu ou l'impôt sur les sociétés que pour la moitié de leur montant [...] » ;
2. Considérant qu'il résulte des termes mêmes de ces dispositions que les projets de recherche susceptibles, dans certaines zones, d'ouvrir droit à l'exonération d'impôt revendiquée par la société Isp System sont ceux qui sont mentionnés au I de l'article 24 de la loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004 ;
3. Considérant qu'aux termes de l'article 24 de la loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004 : « I. – 1. a) Les pôles de compétitivité sont constitués par le regroupement sur un même territoire d'entreprises, d'établissements d'enseignement supérieur et d'organismes de recherche publics ou privés qui ont vocation à travailler en synergie pour mettre en œuvre des projets de développement économique pour l'innovation. [...] 2. a) Les projets de recherche et de développement menés dans le cadre des pôles de compétitivité mentionnés au 1 associent plusieurs entreprises et au moins l'un des partenaires suivants : laboratoires publics ou privés, établissements d'enseignement supérieur, organismes concourant aux transferts de technologies. Ces projets sont susceptibles de développer l'activité des entreprises concernées ou de favoriser l'émergence de nouvelles entreprises innovantes. Ces projets décrivent les travaux de recherche et de développement incombant à chacun des partenaires et précisent les moyens mobilisés pour la réalisation de ces travaux, ainsi que le pôle de compétitivité auquel ils se rattachent » ;
4. Considérant qu'il résulte des termes mêmes de ces dispositions qu'un pôle de compétitivité suppose le regroupement sur un même territoire d'entreprises, d'établissements et d'organismes de recherche ayant vocation à travailler en synergie ;
5. Considérant qu'il résulte ainsi de la combinaison des dispositions précitées que, pour bénéficier de l'exonération prévue à l'article 44 undecies du code général des impôts, une entreprise doit non seulement être implantée dans une zone de recherche et de développement d'un pôle de compétitivité mais également participer à un projet de recherche et de développement de ce pôle ;
6. Considérant qu'il est constant qu'entre le 1^{er} septembre 2008 et le 30 juin 2013, la société Isp System, implantée à Vic-en-Bigorre, a participé à un projet

de recherche et de développement dénommé « COHERENCE » labellisé par le pôle de compétitivité « Cancer-Bio-Santé » dont le périmètre géographique a été fixé par le décret n° 2006-1056 du 25 août 2006 ; qu'elle n'est pas implantée sur le territoire de ce pôle de compétitivité ;

7. Considérant que, pour demander le bénéfice de l'exonération prévue à l'article 44 undecies du code général des impôts, la société requérante fait valoir qu'elle est implantée dans la zone de recherche et de développement rattachée au pôle de compétitivité « Midi-Pyrénées et Aquitaine aéronautique, espaces et systèmes embarqués » devenu « Aérospatiale Valley » dont le périmètre géographique a été fixé par le décret n° 2006-852 du 12 juillet 2006 ;

8. Considérant, toutefois, que, faute pour elle d'être impliquée dans un projet de recherche et de développement de ce dernier pôle, elle ne remplit pas les conditions de l'exonération prévue à l'article 44 undecies du code général des impôts ; que, dès lors, c'est à bon droit que le directeur départemental des finances publiques des Hautes-Pyrénées lui a refusé le bénéfice desdites dispositions ;

En ce qui concerne l'application de l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales ;

9. Considérant que l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales dispose que : « Il ne sera procédé à aucun rehaussement d'impositions antérieures si la cause du rehaussement poursuivi par l'administration est un différend sur l'interprétation par le redevable de bonne foi du texte fiscal et s'il est démontré que l'interprétation sur laquelle est fondée la première décision a été, à l'époque, formellement admise par l'administration. Lorsque le redevable a appliqué un texte fiscal selon l'interprétation que l'administration avait fait connaître par ses instructions ou circulaires publiées et qu'elle n'avait pas rapportée à la date des opérations en cause, elle ne peut poursuivre aucun rehaussement en soutenant une interprétation différente [...] » ;

10. Considérant qu'à supposer même que ces dispositions soient applicables lorsque, comme en l'espèce, le litige porte uniquement sur des impositions primitives, l'instruction administrative référencée BOI 4 A-2-09 du 16 février 2009, et reprise sous la référence BOI-BIC-CHAMP-80-10-40-20130205, indique que pour bénéficier du régime de faveur litigieux, « l'entreprise doit disposer d'une implantation matérielle dans la zone de recherche et de développement. » ; qu'elle ajoute, pour ce qui intéresse le litige, que « De plus, elle doit disposer, au sein de cette implantation matérielle des moyens d'exploitation permettant la réalisation effective, dans la zone de recherche et de développement, des tâches qui lui incombent aux termes du projet de recherche et de développement agréé [...] » ;

11. Considérant que cette instruction ne comporte ainsi aucune interprétation formelle de la loi fiscale différente de celle dont il est fait application par le présent jugement ; que la société requérante ne saurait donc utilement s'en prévaloir sur le fondement de l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales ;

12. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les conclusions tendant à la restitution des cotisations primitives d'impôt sur les sociétés doivent être rejetées ;

[...]

CONCLUSIONS

1 – **Question posée.** – Dans sa chronique sous la décision Gaillochet, Nicolas Labrune se demandait si les gains de « *management package* » n'étaient pas des « objets fiscaux non identifiés » (CE, 3^e et 8^e ss-sect., 26 sept. 2014, n° 365573, Gaillochet : *JurisData* n° 2014-022460 ; *Dr. fisc.* 2014, n° 47, comm. 636, concl. E. Cortot-Bouchet, note J. Turot, J. Jeaussierand et T. Audouard ; *RJF* 12/2014, n° 1099. – V. N. Labrune, *Les gains de « management package », des objets fiscaux non identifiés ?* : *RJF* 12/2014, p. 1043). Dans le ciel parsemé d'affaires qui alimentent depuis quelques années la jurisprudence et les réflexions doctrinales, votre cour croise aujourd'hui la trajectoire d'un « objet fiscal » particulièrement intéressant, qui présente quelques analogies mais surtout de fortes différences avec l'affaire Gaillochet.

Vous devrez vous demander en effet si un gain perçu par un dirigeant et les membres de sa famille à l'issue d'une opération de LBO peut être assimilé à un salaire imposable entre les mains du seul dirigeant, lorsque ce gain résulte à la fois de sa qualité de mandataire social et d'actionnaire ayant effectué un investissement dont le caractère conséquent est incontestable.

1. Faits et procédure

2 – M. Lefevre a fait l'objet d'un contrôle sur pièces de son dossier personnel, effectué dans le prolongement de la vérification de comptabilité de la société AS Aquity, dont il était le dirigeant, à l'issue duquel l'Administration a estimé qu'une partie des sommes que lui-même et sa femme avaient perçues à l'issue d'une opération de LBO devait être imposé entre ses mains dans la catégorie des traitements et salaires, et l'a assujéti à des suppléments d'impôt sur le revenu, qu'il a vainement contestés en formant une réclamation. Le tribunal administratif de Montreuil en revanche a fait droit à sa demande, par un jugement du 17 juillet 2014, fort commenté (*TA Cergy-Pontoise*, 5^e ch., 17 juill. 2014, n° 1209307, Lefevre : *JurisData* n° 2014-022285 ; *RJF* 12/2014, n° 1100 ; *FR* 42/2014, inf. 6, p. 13. – V. N. Chayvialle, *Sélection de jugements des tribunaux administratifs* : *Dr. fisc.* 2015, n° 5, étude 114, spéc. n° 5. – N. Labrune, *Les gains de « management package », des objets fiscaux non identifiés ?*, préc. n° 1). Le ministre des Finances interjette appel de ce jugement et vous demande de remettre à la charge de M. Lefevre les impositions correspondantes.

Afin de cerner ce litige, il importe de revenir de manière très détaillée sur les faits.

A. - Les opérations litigieuses

3 – Une première opération de LBO est intervenue en 1997. Le groupe Royal Moto France (RMF) a fait l'objet d'un changement de contrôle dans le cadre d'une opération de LBO réalisée par les fonds Finadvance et Hadler, que nous appellerons les anciens investisseurs, accompagnés de M. Lefevre, dirigeant du groupe. Dans le cadre de cette opération, la société Financière Royal Moto France (FRMF) a été constituée pour acquérir le contrôle du groupe RMF.

Une seconde opération de LBO est intervenue en 2002. Les anciens investisseurs ont souhaité réaliser leur investissement au sein du groupe, et se sont rapprochés de cinq nouveaux investisseurs. Ces derniers ont accepté de procéder à l'acquisition de la quasi-totalité des actions de la société FRMF dans le cadre de la constitution d'une nouvelle opération de LBO. Une nouvelle société, Action sport holding (ASH), a été constituée à cette fin. M. Lefevre a acquis 37 999 actions de cette société, pour une valeur de 379 990 euros. Concomitamment à l'acquisition de FRMF, un pacte d'actionnaires et une convention qualifiée de « partage de plus-value » ont été conclus le 31 décembre 2002 entre M. Lefevre et les cinq fonds d'investissement.

Il est stipulé, dans ce pacte d'actionnaires, que l'accord des investisseurs pour réaliser l'opération a été conditionné notamment, d'une part, par l'accord des établissements financiers pour consentir un prêt d'un montant de 4 millions d'euros à la société en vue de financer une partie du prix d'acquisition du groupe RMF, le solde du financement ayant été assuré par les investisseurs, par le manager et par une personne dénommée M. Stelzhammer dans le cadre d'une augmentation de capital de la société le 31 décembre 2002 et, d'autre part, par l'accord de M. Lefevre pour accompagner les investisseurs dans cette nouvelle opération et poursuivre ses fonctions de dirigeant du groupe RMF (M. Lefevre a accepté de conserver une partie des valeurs mobilières qu'il détenait dans la société FRMF et d'en faire apport à la société dans le cadre de l'assemblée générale extraordinaire du 31 décembre 2002).

Une convention, qualifiée de « convention de partage de plus-value » a été conclue le même jour, soit le 31 décembre 2002, entre M. Lefevre et les cinq investisseurs. Il y est exposé, à titre préalable, qu'« en contrepartie de l'accord du manager d'accompagner les investisseurs dans le cadre de cette acquisition en conservant ses fonctions dans la société FRMF et de ne pas vendre l'intégralité des valeurs mobilières qu'il détenait dans la société FRMF, une partie de ces valeurs mobilières ayant été apportée à la société, les investisseurs ont accepté de partager une partie de la plus-value qu'ils seraient amenés à réaliser en cas de cession de leurs valeurs mobilières de la société ». Cet engagement est assorti de plusieurs conditions suspensives : en premier lieu, la cession concomitante, par le manager et les investisseurs, de tout ou partie des valeurs mobilières de la société dont ils sont ou seront propriétaires ; en deuxième lieu, dans le cadre de la cession des valeurs mobilières appartenant aux investisseurs, que le prix soit stipulé payable en numéraire et qu'il représente, avant mise en œuvre de la présente convention de partage de plus-value, au moins 2,1 fois le prix de souscription des valeurs mobilières détenues par les investisseurs à la date de la cession et, enfin, si la cession de la participation des investisseurs intervient au cours des 5 premières années suivant la signature des présentes, que le prix stipulé permette à chaque investisseur de réaliser un taux de rentabilité interne (TRI) minimal de 25 % pour leur investissement dans la société. Le TRI, défini au point 3.1, correspond à un taux annuel, *prorata temporis*, d'actualisation auquel la valeur nette des flux financiers versés et reçus par un investisseur au titre de son investissement dans la société est égal à zéro ; il résulte d'une formule qui prend en compte notamment la durée de l'investissement en nombre d'années, mais aussi les décaissements et encaissements de l'investisseur ; les encaissements comprennent, outre la valeur de cession des valeurs mobilières, tous les autres produits (dividendes, amortissements, intérêts, remboursement de compte courant d'actionnaire qu'il a perçus au titre des valeurs mobilières qu'il détenait).

Cette « quote-part de plus-value » que les investisseurs consentent à accorder à M. Lefevre, définie à l'article 3.2, est déterminée en fonction du niveau de TRI. Trois tranches sont définies, selon que le TRI sera compris entre 20 et 27,5 %, ou entre 27,5 % et 30 %, ou encore qu'il est supérieur à 30 %, la part de la plus-value réalisée par l'investisseur et allouée au manager étant alors respectivement de 28,3 %, 32,34 % ou 36,38 %.

Il est stipulé à l'article 5 que le manager ne pourra plus bénéficier des dispositions de la convention si, au jour de la réalisation de la cession ouvrant droit au partage de plus-value, il n'est plus mandataire social et/ou salarié de la société, à l'exception du cas de son décès. Enfin, l'article 6 est relatif à la confidentialité et stipule que « les sous-signés s'engagent à conserver une stricte confidentialité sur les termes et le contenu de la présente convention et de ne pas les divulguer à des tiers sans l'accord exprès et préalable de M. Lefevre ».

Le 9 février 2006, M. Lefevre fait donation à sa femme et ses deux enfants mineurs, à hauteur de 3 823 actions chacun, de ses titres pour une valeur unitaire estimée à 170 euros. Il ne conserve alors que 26 530 actions sur les 37 999 qu'il détenait. Nous y reviendrons, l'Administration n'a pas remis en cause la réalité de cette donation, et n'a pas mis en œuvre la procédure de répression des abus de droit prévue à l'article L. 64 du LPF.

Le 16 février 2006, 7 jours plus tard, la SAS AS Equity rachète 100 % du capital de la SAS ASH. Dans ce cadre, M. Lefevre, son épouse et ses enfants ont cédé à AS Equity l'intégralité des participations qu'ils détenaient dans le capital d'ASH. Ces transactions font apparaître un prix de cession global de 6 333 318 euros.

M. Lefevre a déclaré l'ensemble des gains que lui-même, sa femme et ses enfants ont perçus à l'issue de cette opération dans la catégorie des plus-values de cessions de droits sociaux, définies aux articles 150-0 A et suivants du CGI, et a été imposé selon cette déclaration.

B. - Les rehaussements effectués par l'Administration

4 - L'Administration a adressé à M. et M^{me} Lefevre une première proposition de rectification le 24 décembre 2009, par laquelle elle remettait en cause la valeur de cession des parts détenues dans la SAS ASH et cédées le 16 février 2006 par M. Lefevre, sa femme et ses deux enfants mineurs. Elle qualifiait la différence constatée entre le prix d'achat et le prix de vente des actions de la société ASH d'avantage occulte, constitutive d'une distribution imposable sur le fondement des dispositions de l'article 111, c du CGI.

M. Lefevre a contesté l'ensemble des rectifications et a exercé plusieurs recours hiérarchiques. Il a ensuite saisi l'administration centrale par courrier du 28 juillet 2010. Pour tenir compte d'une réponse adressée le 25 mars 2011 par le bureau CF2 de la Direction générale des finances publiques, l'Administration a envoyé une nouvelle proposition de rectification se substituant celle du 24 décembre 2009, par laquelle elle opérait un changement de base légale et estimait désormais que les sommes rectifiées étaient imposables dans la catégorie des traitements et salaires. Son raisonnement, inchangé depuis lors, était le suivant : en application de la convention de « partage de plus-value » conclue le 31 décembre 2002, lors de la cession des titres de la société ASH du 16 février 2006, les coactionnaires financiers ont octroyé à M. Lefevre un supplément de prix, pour lui-même mais aussi pour son épouse et ses enfants. Elle précise en page 4 que M. Lefevre a transmis de facto à sa femme et à ses enfants une partie de l'intéressement qui lui était dû en application de la convention de partage de plus-value du 31 décembre 2002, qu'il ainsi renoncé à une partie de sa rémunération, et que le supplément de prix perçu à l'occasion de la cession de ces 11 469 titres de la société ASH doit être considéré comme ayant été mis à disposition de M. Lefevre et être imposé au nom du donateur dans la catégorie des traitements et salaires.

Il faut donc bien comprendre, c'est ce qui fait la **singularité de cette affaire**, mais aussi, selon nous, nous le verrons, la **force de la thèse de l'Administration**, que le service n'a pas taxé en traitements et salaires l'ensemble des gains. En effet, il a estimé que le gain réalisé par M. Lefevre ou les membres de sa famille résultait à la fois de la cession des actions en elle-même, et de la perception des sommes dues au titre de la convention de « partage de plus-value ». Dans le premier cas, il a considéré qu'à hauteur du gain calculé à partir du prix de cession des actions, correspondant au produit du prix moyen par action par le nombre d'actions détenues par chaque personne, les sommes perçues par M. Lefevre, sa femme et ses enfants relevaient bien, comme les intéressés l'avaient fait apparaître dans leurs déclarations de revenus, du régime des plus ou moins-values sur cession de droits sociaux. Les sommes correspondantes n'ont donc donné lieu à aucun rehaussement et ne sont pas en litige. En revanche, les sommes

allouées dans le cadre de la convention qualifiée de « partage de plus-value » (supplément de prix selon les termes du ministre) ont été imposées en traitements et salaires.

Ainsi, au terme de la procédure d'imposition, l'Administration réclamait au contribuable un supplément d'impôt sur le revenu résultant de la différence entre, d'une part, l'imposition d'une partie seulement des sommes en plus-values, taxables séparément au taux de 16 % (à hauteur de 39,82 euros par action) et le surplus en traitements et salaires, soumis au barème progressif de l'impôt sur le revenu (126,85 euros par action) et, d'autre part, l'impôt résultant de la déclaration de l'intégralité du gain en plus-value de cession de droits sociaux, sur la base d'un prix par action de 166,67 euros. L'Administration omettait alors d'imputer sur ces sommes les montants que l'intéressé avait par ailleurs versés au titre des prélèvements sociaux (CSG et CRDS), soit 451 607 euros, les traitements et salaires n'y étant pas soumis.

Les requérants ont ensuite formé une réclamation, qui a été rejetée par le service le 8 octobre 2012.

C. - Le jugement contesté du tribunal

5 - M. et M^{me} Lefevre ont porté le litige devant le tribunal administratif de Cergy-Pontoise, lequel, par un jugement du 17 juillet 2014, a fait droit à leur requête. Le tribunal a censuré la requalification opérée par l'Administration en se fondant sur les risques en capital supportés par le contribuable lors de la constitution puis de la cession de la société holding et en relevant que le service n'apportait pas la preuve de l'anormalité du prix de cession des titres de la holding ou d'une libéralité consentie au contribuable par cette société. En exécution de ce jugement, l'Administration a prononcé le 29 août 2014 le dégrèvement de la totalité des impositions en litige pour un montant de 1 276 917 euros.

2. Analyse : comment imposer les gains en litige ?

6 - La résolution du litige implique de répondre à une question préalable conduisant à qualifier juridiquement l'opération que les parties ont intitulée « convention de partage de plus-value » (A) avant de déterminer la catégorie dans laquelle les sommes litigieuses devaient être imposées à l'impôt sur le revenu (B).

A. - L'analyse de l'opération qualifiée de « partage de plus-value »

1° Deux thèses s'opposent de manière sous-jacente

7 - Il nous semble que, selon les thèses en présence, deux approches sont possibles. Selon une première approche, il y aurait une seule et même opération, la plus-value réalisée par M. Lefevre correspondrait donc à la fraction du prix de vente lui revenant, incluant à la fois les sommes versées par le cessionnaire - AS Equity - et le complément payé par les investisseurs, diminuée du prix d'acquisition des actions. La seconde approche consiste en revanche à estimer que l'opération intervient en deux temps. Chaque actionnaire réalise d'abord une plus-value, égale au prix de vente des actions, correspondant au produit du nombre d'actions cédées par le prix moyen par action, diminué du coût d'acquisition de ces dernières. Dans un second temps, les investisseurs reversent à M. Lefevre une somme, correspondant au « complément de plus-value » convenu à l'occasion de la convention qualifiée de « partage de plus-value ».

Le raisonnement de M. Lefevre repose implicitement sur la première approche. Celui de l'Administration repose nécessairement, même si le ministre ne l'explicite pas, sur la seconde. C'est aussi le sens

du commentaire paru au feuillet rapide Francis Lefebvre « Au-delà même de l'alternative posée entre plus-values en capital et salaires, il nous semble que l'investisseur financier est le premier bénéficiaire du gain réalisé lors de la cession de ses titres (**même un instant de raison**), et qu'il est personnellement imposable à ce titre. La qualification fiscale à donner à la rétrocession contractuelle d'une partie du prix de cession, qui intervient dans un second temps, pose véritablement question. En effet, comment un dirigeant qui n'a jamais acquis aucun droit de propriété sur les actions des investisseurs pourrait-il se prévaloir du régime des plus-values de cession de ces mêmes actions ? » (*FR 42/2014, inf. 6, p. 13, préc. n° 2* – mention ajoutée en gras par nos soins).

La difficulté vient de ce qu'aucune des deux parties ne vous explique sur quoi repose son postulat. Autrement dit, chacune d'elles part d'une situation juridique différente, mais aucune ne vous donne une ébauche d'argumentation pour vous expliquer sur quoi elle bâtit sa thèse en amont. Et les commentaires du jugement attaqué ne nous donneront pas plus de pistes. Nous vous livrons donc le fruit de nos recherches et de nos réflexions sur cette question, et précisons qu'une telle démarche, préalable indispensable à la résolution du litige, n'exécède en rien l'office du juge.

2° La convention de « partage de plus-value » intervient dans un second temps et doit être analysée distinctement

8 – L'article 3 du titre II du protocole de cession stipule explicitement que la réalisation de la vente et du transfert de propriété a lieu le jour de la conclusion du protocole. Il ajoute que les cédants font leur affaire de la répartition entre eux du prix d'acquisition. Ainsi, les investisseurs rétrocèdent, postérieurement à la cession, aux membres du foyer fiscal de M. Lefevre une partie de la plus-value qu'ils ont eux-mêmes réalisée sur leurs propres titres, en application de cette convention de partage de plus-value du 31 décembre 2002. L'opération se déroule bien, chronologiquement, en deux temps.

Il nous semble que la convention qualifiée de « partage de plus-value » est en fait une promesse de rémunérer M. Lefevre à l'occasion de la cession de ses actions. En l'espèce, il ne s'agit pas d'un engagement à vendre des actions mais d'un engagement à verser une somme, si certaines conditions sont réunies. Pour en déterminer le montant, il est prévu que les investisseurs la calculeront à partir de la plus-value mathématique réalisée sur la cession des actions. Cette promesse semble valable ; car le prix est déterminé selon des modalités assez précises.

3° Il convient alors de déterminer le gain obtenu par M. Lefevre résultant de la seule cession des actions

9 – On rappellera que, **de manière générale, selon une règle bien établie**, la vente est parfaite entre les parties, et la propriété acquise de droit à l'acheteur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé (*C. civ., art. 1583*). Cette règle vaut pour les cessions de droits sociaux (*CA Paris, 15^e sect. B, 5 juill. 1990, n° 90-5432, Desjardins c/ Desjardins ; JurisData n° 1990-022880 ; Dr. sociétés 1990, comm. 422* – Et, sur pourvoi, *Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1992, n° 1130 ; RJDA 12/1992, n° 1138*). Le Conseil d'État en a fait application dès 1981, par une décision publiée au recueil Lebon, et a jugé que la date à laquelle la cession d'actions d'une société anonyme doit être regardée comme réalisée est celle à laquelle s'opère entre les parties le transfert de propriété des titres. En l'absence de toute disposition législative spéciale définissant les actes ou opérations qui, au regard de la loi fiscale doivent être réputés opérer le transfert de propriété de valeurs mobilières au porteur, il y a lieu de se référer, d'une part, aux dispositions de l'article 1583 du Code civil selon lesquelles la vente « est parfaite entre

les parties et la propriété est acquise de plein droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'a pas encore été livrée ni le prix payé » et, d'autre part, à l'article 265 du code des sociétés aux termes duquel « le titre au porteur est transmis par simple tradition » (*CE, 7^e et 8^e ss-sect., 10 juill. 1981, n° 17953 ; Lebon, p. 312 ; Dr. fisc. 1981, n° 47, comm. 2111, concl. J.-F. Verny ; RJF 1981, n° 880*).

Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties (*C. civ., art. 1591*). Il peut prendre différentes formes, la plus commune est celle d'une somme d'argent, dont le paiement s'effectue en une fois ou par fractions étalées dans le temps ou encore sous forme de rente. Il doit être déterminé ou déterminable pour toutes les parts sociales ou les actions cédées et non seulement pour une partie d'entre elles. L'indétermination partielle du prix remet en effet en cause l'intégralité de la cession, sauf à établir qu'elle est divisible (*V. Cass. com., 9 oct. 2012, n° 11-14.498, F-D, Mauguin c/ Dalbin ; RJDA 2/2013, n° 133*).

Cela étant, l'exigence de la détermination du prix n'implique pas, **en cas de pluralité de cédants**, que la part revenant à chacun d'eux soit déterminée par le contrat (*Cass. 3^e civ., 6 juill. 1983, n° 82-12.022, P, Seffray c/ Chambry ; Bull. civ. III, n° 162* – *Cass. 3^e civ., 19 mars 1986, n° 84-13.582, P, Pierrefeu c/ Couchet ; JurisData n° 1986-000840 ; Bull. civ. III, n° 36* – à propos d'une vente immobilière. – *CA Paris, 15^e ch. sect. A, 23 sept. 1988, Tapie c/ Sté Seetin* – rendu en matière de cession d'actions). L'arrêt précité *Tapie c/ Seetin* est sur ce point très clair, dans cette affaire, deux vendeurs avaient cédé leurs parts respectives dans les sociétés du groupe de la Vie Claire pour un prix global, sans qu'aucune ventilation soit faite entre le prix des actions et parts détenues par l'un et l'autre des vendeurs et sans que la convention ne permette de déterminer de façon objective le prix revenant à chacun d'eux. Ils en déduisaient que la cession des actions était nulle pour défaut de détermination du prix. La cour a réfuté cette thèse en rappelant que si l'article 1591 du Code civil exige que le prix de vente soit déterminé et désigné par les parties, l'exigence de sa détermination n'implique pas, en cas de pluralité de vendeurs, que la part revenant à chacun d'eux soit déterminée par le contrat.

En l'espèce, le protocole de cession a été conclu le 16 février 2006 entre, d'une part, les investisseurs et les personnes physiques qui détenaient des actions (M. Lefevre, son épouse, ses enfants, et une personne physique dénommée M. Stelzhammer), les cédants, représentant à eux tous 100 % du capital et des droits de vote de la société ASH, et la société cessionnaire. Ainsi, il est indiqué au point 1, à titre préalable que « les cédants sont propriétaires des 596 699 actions représentant 100 % du capital et des droits de vote de la société ASH », et que « la répartition des actions entre les cédants figure en annexe A ». On est donc en l'espèce en présence d'une cession de contrôle, car l'acquéreur des actions prend le contrôle de la société, mais cela ne change pas le fait que l'article 1583 du Code civil s'applique (cela a d'autres conséquences, qui ne nous intéressent pas pour résoudre le litige).

Au titre I de ce protocole, relatif à la cession des actions, il est exposé que, s'agissant du prix d'acquisition « 1.2 Le prix d'achat des actions est égal à 23 770 000 euros. En ce qui concerne le paiement de ce prix d'acquisition, il est payé par virement bancaire "SA Cofinep, compte mandataire cédants RMF" pour 22 383 362,04 euros et par remise à M. Stelzhammer d'un chèque de banque d'un montant de 1 386 637,96 euros, correspondant à la quote-part lui revenant du prix d'acquisition ». Il est stipulé en outre que « les cédants reconnaissent que ce versement et la remise de ce chèque de banque constituent le complet et entier paiement du prix d'acquisition et reconnaissent faire leur affaire de la répartition entre eux du prix d'acquisition, sans aucun recours contre l'acquéreur ». Dès lors, la cession est parfaite, le prix convenu est connu, et c'est un prix global.

Pour obtenir le prix moyen, c'est-à-dire le prix par action, il suffit de diviser ce prix global par le nombre d'actions cédées. C'est ce qu'a fait le ministre, il n'y a donc rien à redire, à ce stade, de sa démarche. Reste alors, si vous nous suivez jusque-là, à déterminer la catégorie de revenus dans laquelle les gains obtenus par M. Lefevre et par les membres de son foyer fiscal en exécution de la convention qualifiée de « partage de plus-value » doivent être imposés à l'impôt sur le revenu.

B. - L'imposition des gains retirés par M. Lefevre et par les membres de son foyer fiscal dans le cadre de la convention qualifiée de « partage de plus-value »

10 – Que ces sommes soient taxables ne fait guère de doute, et n'est pas contesté par M. Lefevre, il estimait, rappelons-le, que l'ensemble des sommes étaient imposables selon le régime des plus-values de cession de droits sociaux et a acquitté l'impôt en conséquence, conformément à sa déclaration de revenus. Le litige se noue autour de la catégorie de revenus à retenir.

Plusieurs possibilités sont envisagées : selon M. Lefevre, les gains résultant de la convention qualifiée de « partage de plus-value » sont imposables selon le régime des plus-values sur cession d'actions ; le ministre soutient quant à lui, à titre principal, qu'ils relèvent des traitements et salaires et vous demande, à titre subsidiaire, une substitution de base légale pour taxer les sommes en revenus de capitaux mobiliers (RCM) pour imposer une libéralité, ou encore en bénéfices non commerciaux (BNC), qui comportent une catégorie « balai ».

1° Les sommes litigieuses perçues par M. Lefevre doivent être taxées en traitements et salaires

a) Rappel de l'économie générale des management packages

11 – Depuis quelques années, on voit fleurir des dispositifs de rémunération permettant de faire converger les buts du dirigeant et ceux de l'actionnaire, et notamment de *management packages*. Ces techniques permettent à des dirigeants de participer à la reprise de la société qu'ils dirigent grâce à la constitution avec des investisseurs financiers d'une société holding dont les titres, une fois revendus, permettront audit dirigeant de réaliser (si tout va bien) une importante plus-value. Ainsi que le rappellent Jérémie Jeausserand et Tristan Audouard, pour y parvenir, en fonction de l'entreprise en question (société cotée, groupe familial, société sous LBO) et des objectifs recherchés, les outils utilisés seront différents. Deux grandes familles d'outils sont disponibles : d'une part, les outils payants, qui requièrent un investissement financier de la part du manager, principalement utilisés dans les sociétés sous LBO et permettent aux managers de participer à la création de valeur tout en étant à risque et, d'autre part, les outils gratuits, caractéristiques d'un actionariat salarié plus classique, qui permettent aux managers de participer à la création de valeur sans toutefois être exposés à un risque de perte capitalistique.

S'agissant des outils payants, l'administration fiscale tente régulièrement, et l'affaire dont vous êtes saisis l'illustre à nouveau, de soumettre les management packages à la fiscalité des salaires, en considérant que le gain réalisé par le manager se rattache à ses fonctions de salarié ou de dirigeant. Les arguments avancés sont généralement liés à l'existence d'une condition de performance et de clauses de *leaver* (qui soumettent la conservation des titres ou leur valeur à la présence du manager dans l'entreprise), ainsi que le montant relativement faible investi à l'origine, par rapport à la plus-value réalisée.

b) La jurisprudence sur la fiscalité des gains obtenus dans le cadre de management packages est encore parcellaire

12 – Le Conseil d'État s'est prononcé sur les *management packages* par une décision Gaillochet mentionnée aux tables du recueil Lebon

(CE, 3^e et 8^e ss-sect., 26 sept. 2014, n° 365573, Gaillochet, préc.). Dans cette affaire, une personne physique avait constitué avec un groupe financier une holding de reprise qui avait pris le contrôle d'une société industrielle. Le groupe financier avait, dans le cadre de ce LBO, consenti à la personne physique nommée dirigeant de la société industrielle et président de la holding, une option d'achat portant sur un certain nombre de titres de la holding de reprise, moyennant le versement, par le dirigeant, d'une indemnité d'immobilisation de 13 000 euros environ. Saisi en cassation, le Conseil d'État a écarté la qualification de plus-value et a déterminé celle qu'il convenait de lui substituer en recherchant la contrepartie à raison de laquelle l'avantage inclus dans le gain de cession a été accordé. Se fondant sur la convention liant les actionnaires principaux au contribuable, il a estimé que celle-ci a accordé l'option litigieuse en contrepartie du maintien et des performances du dirigeant dans la holding et la filiale dont il est salarié. La Haute Assemblée en a déduit que l'avantage retiré de la levée de l'option trouvait sa source dans le contrat de travail conclu par l'intéressé avec les sociétés du groupe, et qu'il avait donc la nature d'un complément de rémunération taxable selon les règles des traitements et salaires.

Cette décision, ne l'occultons pas, a été très contestée, notamment sur la notion de risque négligeable. Pour notre part, même si nous sommes sensibles, dans l'absolu, aux critiques relatives à l'absence de lien entre la performance du dirigeant et la rémunération, sur la base notamment du TRI, cela ne nous conduit pas à remettre en cause le bien-fondé de la décision Gaillochet. Il nous semble en effet que de telles critiques reposent sur une confusion entre d'un côté l'objet de la rémunération et, de l'autre les modalités d'évaluation de la contrepartie, c'est-à-dire de la rémunération accordée. Or, on voit clairement que, pour taxer en traitements et salaires, c'est l'objet de la rémunération qui prime.

Les avocats et leurs conseils seront sans doute rassurés toutefois par le fait que, alors même que la décision est mentionnée aux tables du recueil Lebon, les commentateurs du Conseil d'État ont indiqué que la portée de cette décision semble devoir rester « assez modeste » (malgré sa mention au recueil Lebon...). Ainsi, le rapporteur public de l'affaire écrivait « Il est des décisions qui, parce qu'elles interviennent dans des contrées vierges de toute jurisprudence, semblent susciter plus d'interrogations qu'elles n'apportent de réponses. La décision M. et M^{me} Gaillochet, rendue le 26 septembre dernier, est, si l'on en croit certains commentateurs, l'une de celles-ci. C'est en vain, en effet, que l'on y cherchera une grille d'analyse exhaustive de la manière dont doivent être qualifiées, du point de vue fiscal, les rémunérations incitatives versées aux dirigeants. Il leur faudra néanmoins se résoudre à l'idée que la jurisprudence, casuistique par essence, n'avance qu'à petits pas, et que la décision M. et M^{me} Gaillochet n'apporte de réponse définitive qu'à propos du dispositif de rémunération qui avait été mis en œuvre en l'espèce. » (RTD com. 2015, p. 397, obs. E. Cortot-Boucher). La chronique précitée de Nicolas Labrune est dans le même sens (N. Labrune, *Les gains de « management package », des objets fiscaux non identifiés ?*, préc. n° 1).

Parmi les nombreux articles consacrés à cette décision, une étude, rédigée par le professeur Gutmann, nous semble beaucoup plus équilibrée dans son approche, et démontre une analyse très approfondie des évolutions jurisprudentielles qui se dessinent sur la notion de salariat. L'auteur explique ainsi « Il fut un temps (mythique, peut-être) où l'on savait ce qu'était un salarié : c'était une personne physique liée à un employeur par un lien de subordination. La fiscalité a tôt fait de ruiner cette évidence. Cela s'explique par une raison simple : une chose est de réunir les conditions que le droit social exige pour être considéré comme salarié ; une autre est de bénéficier du régime fiscal des salariés. La dissociation entre "l'être salarié" et "le droit à être traité fiscalement comme un salarié" est typique du droit

fiscal » (D. Gutmann, *Brèves remarques sur l'ambiguïté fiscale du salariat* : Dr. fisc. 2016, n° 9, 187). Il estimait que la jurisprudence sur les *management packages* en était une parfaite illustration. Nous partageons pleinement cette analyse.

Nous ne nous attarderons pas, pour ne pas densifier davantage nos conclusions, sur les autres jurisprudences, rendues par les juges du fond (V. not. CAA Versailles, 3^e ch., 28 janv. 2014, n° 12VE02246, Sté France Quick : JurisData n° 2014-006671 ; Dr. fisc. 2014, n° 16, comm. 281, concl. F. Locatelli, note J. Jeausserand et T. Audouard. – V. J.-M. Vié, *Sélection d'arrêts des cours administratives d'appel* : Dr. fisc. 2014, n° 17-18, étude 287, spéc. n° 11). Signalons toutefois un jugement récent du tribunal administratif de Paris, qui prend résolument le contrepied d'une solution dégagée quelques mois plus tôt par le tribunal de Montreuil, circonstance qui illustre, s'il en était besoin, toute la difficulté d'apprécier, dans chaque espèce, l'existence du risque pris par le dirigeant et sa part dans le dispositif global (TA Paris, 1^{re} sect., 1^{re} ch., 12 juill. 2016, n° 1431589/1-1, C : JurisData n° 2016-024481 ; Dr. fisc. 2016, n° 48, comm. 608, concl. A. Segretain, note T. Audouard et J. Jeausserand).

On trouvera également des développements intéressants dans un avis rendu par le comité de l'abus de droit, qui eut à connaître de plusieurs affaires d'utilisation abusive d'un plan d'épargne en actions (PEA, portant toutes sur la même opération de LBO. Il a estimé que les circonstances de l'espèce ne permettaient pas de qualifier l'investissement de dispositif d'intéressement et de lui appliquer le même régime fiscal. En outre, il a constaté que les actions acquises par les dirigeants au moyen de leurs propres deniers, constituaient un investissement représentant une part significative de leurs revenus et que ces derniers, eu égard aux circonstances de l'espèce, avaient pris un risque encouru en tant qu'investisseur et n'agissaient pas en tant que salariés de sorte que l'Administration ne pouvait écarter le bénéfice du 5° bis de l'article 157 du CGI (Comité de l'abus de droit fiscal : rapport annuel 2014 : Dr. fisc. 2015, n° 41, étude 619).

c) Analyse en l'espèce

13 – Nous ne contestons pas la réalité de l'investissement de M. Lefevre (380 000 euros, somme conséquente qui représente plus de deux fois son salaire), on est donc bien loin ici de l'affaire Gaillouchet dans laquelle l'intéressé n'avait investi que quelque 13 000 euros. Toutefois, le risque pris par M. Lefevre était seulement celui de ne pas réaliser une plus-value lorsqu'il revendrait ses titres. Il pouvait en effet, si le prix de cession des parts convenu avec la société cessionnaire s'avérait inférieur à leur prix d'acquisition, réaliser une moins-value, et ce risque existe pour toute cession d'actions. En revanche, dans le second temps de l'opération, qualifié (mais à tort vous l'avez compris) de « partage de plus-value », à la différence d'une cession d'actions, M. Lefevre n'avait aucun risque de perdre. En effet, il pouvait soit percevoir des sommes positives, c'est-à-dire gagner au vrai sens du terme, soit, dans le pire des cas, ne rien gagner du tout et ne pas bénéficier d'une somme allouée par les investisseurs, mais il ne pouvait pas y avoir de partage négatif. Il existait donc, pour ce second temps, un aléa lié à l'incertitude du gain, mais pas de risque.

En outre, si le gain que M. Lefevre pouvait réaliser à l'occasion de ce partage est certes lié à la fois à son maintien en qualité de dirigeant du groupe pendant la période de 5 ans, et à son investissement de départ en actions, il nous semble en lisant l'exposé préalable de la convention qualifiée de « partage de plus-value » que l'élément déterminant des deux est son maintien à la tête de la société. Nous pensons que, dans ce contexte, le fait d'exiger au départ d'un dirigeant qu'il investisse des sommes conséquentes dans l'entreprise est un moyen supplémentaire de le fidéliser, autrement dit de s'assurer qu'il restera bien cinq ans car il y a un intérêt très marqué.

Enfin, nous nous sommes malgré tout demandé si les sommes allouées à M. Lefevre le cas échéant par les investisseurs dans le cadre du « partage de plus-value » pouvaient, de manière un peu constructive certes, être assimilées à un complément de prix imposable selon le régime des plus ou moins-values de cessions de droits sociaux. Il nous semble que non dès lors que ces compléments concernent les cas où le contrat de cession prévoit une clause par laquelle le cessionnaire s'engage à verser au cédant un complément de prix déterminé en fonction d'une indexation directe avec l'activité de la société dont les titres font l'objet du contrat (*earn out*). Rien de tel en l'espèce.

Les sommes litigieuses perçues par M. Lefevre relevaient donc bien selon nous des traitements et salaires.

2° Les sommes perçues par la femme et les deux enfants mineurs sont également imposables en traitements et salaires entre les mains de M. Lefevre

14 – Pour les sommes perçues la femme et les enfants de M. Lefevre au-delà de ce qui excède le prix moyen de cession par action, le ministre aurait pu il est vrai être plus explicite, mais l'on comprend bien ce qu'il veut dire lorsqu'il affirme que M. Lefevre a eu la disposition des sommes et a fait le choix de les allouer à sa femme et ses enfants. L'idée est la suivante : en matière de traitements et salaires, le revenu imposable est un revenu disponible, au nom d'une personne donnée. Si les sommes étaient bien des traitements et salaires dus à M. Lefevre, la circonstance que ce dernier ait permis à sa femme ou à ses enfants de les percevoir à sa place est sans incidence sur la taxation en traitements et salaires au nom de l'intéressé.

On retrouve en effet dans la jurisprudence la notion d'acte de disposition, à la fois pour des cessions de droits sociaux, et pour des traitements et salaires. Ainsi, dans une affaire Desmaison, le cessionnaire s'était initialement engagé à acquitter le prix de cession en six échéances échelonnées sur une période de 4 ans. Au bout de 2 ans, il avait souhaité acquitter par anticipation le solde dont il restait redevable. Compte tenu de ce paiement anticipé, le cédant avait accepté de réduire le montant de ce solde puis avait demandé la réduction de l'imposition à laquelle il avait été assujéti à raison de la plus-value calculée à partir du prix de cession convenu dans l'acte initial. La cour de Nantes a considéré que la transaction par laquelle le contribuable consent au cessionnaire des valeurs mobilières une réduction de la somme dont celui-ci demeure redevable dans le cadre d'un paiement échelonné, constitue un acte de disposition de la plus-value et ne peut être regardée comme ayant eu pour objet de réduire le prix de cession convenu dans l'acte initial (CAA Nantes, 1^{re} ch., 28 juin 2002, n° 99NT00432, Desmaison : RJF 1/2003, n° 38). Dans le même sens, il est jugé que le blocage temporaire d'une partie du prix de vente en contrepartie des engagements de garantie de passif pris par le cédant est sans incidence sur le prix de vente de droits sociaux et donc sur le montant de la plus-value imposable (CE, 8^e et 9^e ss-sect., 22 mars 1991, n° 67966, Domenjoud : Dr. fisc. 1991, n° 29, comm. 1510 ; RJF 5/1991, n° 615). Dans cette affaire, le cédant avait perçu la totalité du prix et qu'il en avait ensuite reversé la partie convenue sur un compte courant bloqué ouvert à son nom dans les écritures de l'acquéreur, afin de garantir l'exécution éventuelle de la clause de garantie du passif. L'intéressé avait donc, en tout état de cause, fait un acte de disposition.

Pour que M. Lefevre soit regardé comme ayant eu la disposition des sommes dues au titre du « partage de plus-value », deux conditions cumulatives doivent être réunies : que les investisseurs aient été tenus de lui verser les sommes et qu'il ait eu la disposition des sommes correspondantes. Cela signifierait, pour la seconde condition, que M. Lefevre aurait demandé aux investisseurs d'attribuer une partie des sommes à sa femme et ses enfants, plutôt que de les lui verser ou, à tout le moins, qu'il aurait accepté qu'il en fût ainsi.

Il nous semble que tel est le cas en l'espèce. En effet, le versement de la somme qualifiée de « partage de plus-value » était subordonné au fait que M. Lefevre reste suffisamment longtemps en qualité de dirigeant de l'entreprise et conserve ses parts pendant cette période, condition qui a été respectée. Les investisseurs devaient donc les sommes à M. Lefevre à ce titre, alors même qu'il en avait fait donation une semaine avant la cession des parts à la société cessionnaire. En outre, le partage de rémunération convenu entre les différents cédants est signé par chacun d'eux ; ainsi M. Lefevre, pour les parts données à sa femme et ses enfants une semaine plus tôt, a accepté que le « complément de plus-value » qui lui était dû par les investisseurs soit versé à sa femme et à ses enfants. Il a ainsi fait un acte de disposition, qui ne fait pas obstacle à ce que les sommes soient regardées comme des traitements et salaires disponibles imposables entre ses mains.

Si ne parveniez pas à la conclusion que les sommes étaient dues à M. Lefevre, plutôt qu'à sa femme et à ses enfants, et imposables en traitements et salaires au nom de ce dernier, la solution serait toute autre. En effet, l'Administration n'a pas mis en œuvre la théorie de l'abus de droit, et n'a pas remis en cause la réalité des donations de parts consenties par M. Lefevre à son épouse et ses enfants le 16 février 2006. Et vous avez compris que si nous admettons la jurisprudence élastique qui consiste à faire prévaloir l'objet de la rémunération pour qualifier des sommes de traitements et salaires, indépendamment de la recherche d'un lien de subordination, nous ne serions en revanche pas encline à vous demander d'opérer, intellectuellement, un grand écart facial pour qualifier de salaires des sommes perçues entre les mains d'une personne X en rémunération du travail effectué par une personne Y. Autrement dit, M^{me} Lefevre ne saurait être imposée en traitements et salaires au titre d'une activité exercée par son époux. Le fait que la personne imposée en traitements et salaires soit le bénéficiaire du revenu est une condition non suffisante certes, mais elle est incontestablement nécessaire.

3° Si vous ne nous suiviez pas à ce stade, vous devriez examiner les demandes de substitution de base légale formulées à titre subsidiaire par l'Administration

15 – Si vous ne nous suiviez pas pour valider l'imposition des sommes litigieuses en traitements et salaires et exclure la taxation selon le régime des plus-values de cession de droits sociaux, vous devriez alors examiner les demandes de substitution de base légale formées par le ministre, en RCM ou en BNC, dans la ligne de la décision Fontana (CE, 8^e et 3^e ss-sect., 7 nov. 2008, n° 301642, Fontana et de Framond : *JurisData* n° 2008-081396 ; Lebon T., p. 672 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 52, comm. 646, concl. L. Olléon ; RJF 1/2009, n° 56, chron. p. 3. – Adde, O. Fouquet, *Dans quelles conditions les plus-values sur les titres non cotés peuvent-elles constituer des bénéfices non commerciaux ?* : *Dr. fisc.* 2008, n° 3, act. 15).

Nous ne serions pas prête à vous demander d'accueillir ces demandes dans la mesure où elles ne sont pas du tout circonstanciées. L'Administration ne vous dit pas, par exemple, si, pour imposer en BNC ou en RCM, il faudrait taxer les sommes au nom de monsieur, ou plutôt au nom de monsieur, madame et les enfants, chacun à hauteur de la quote-part qui leur revient. Or, les revenus fonciers sont les seuls revenus catégoriels pour lesquels ce n'est pas le membre du foyer fiscal qui compte mais plutôt l'immeuble concerné – les revenus étant calculés immeuble par immeuble. En outre, l'Administration ne vous explique pas non plus en quoi il y aurait une libéralité. Cela ne peut pas être pour les motifs qu'elle a abandonnés dans la première proposition de rectification, elle n'a jamais réaffirmé depuis lors que les parts auraient été cédées pour une valeur surévaluée... Or, pour vous inviter à juger qu'il y aurait une libéralité, il faut apporter une double démonstration de l'intention d'accorder une libéralité et, pour le bé-

néficaire, de la percevoir. Rien de tel en l'espèce, cela n'est même pas allégué. Nous ne disons pas que la démonstration ne pourrait pas, eu égard aux faits de l'espèce, être apportée, mais nous affirmons que pour que vous demandiez si l'intentionnalité existe, il faut à tout le moins que l'Administration l'allègue.

Vous l'avez compris, nous pensons qu'une **demande de substitution de base légale n'est pas une bouteille à la mer jetée au juge de l'impôt**, elle doit être un minimum argumentée, et ce n'est pas le cas en l'espèce (nous savons bien que le champ d'application est d'ordre public, mais lorsqu'une erreur catégorielle n'est pas flagrante au vu des pièces du dossier, et que le ministre ne vous éclaire pas, sa demande de substitution de base légale ne pourra aboutir).

3. Examen des autres moyens dans le cadre de l'effet dévolutif de l'appel

16 – Ces moyens ne vous retiendront pas, et nos conclusions seront beaucoup plus brèves. [...]

Vous ne pourrez donc faire droit à la demande de M. et M^{me} Lefevre tendant à confirmer le jugement du tribunal administratif de Montreuil ni, par voie de conséquence, à leur demande de frais irrépétibles.

17 – Par ces motifs nous concluons à ce que vous annuliez les articles 1 et 2 du jugement du tribunal administratif de Cergy-Pontoise, vous remettiez les impositions litigieuses à la charge de M. et M^{me} Lefevre, et vous rejetiez leurs conclusions.

Sandrine RUDEAUX,
rapporteur public

NOTE

1 – Oiseau de mauvaise augure, nous écrivions, voilà quelques années, que la rusticité de certains montages de management package imposait leur proscription (J.-L. Médus, *Le salarié ou dirigeant actionnaire : réflexions sur la fiscalité des management packages* : *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 453 et s., spéc. p. 459 ; *Le manager, la transmission d'entreprise et le fisc*, in *Écrits de fiscalité des entreprises – Études à la mémoire du professeur Maurice Cozian* : *LexisNexis*, 2009, spéc. II, A).

La présente espèce confirme le propos.

Les mécanismes de management package visent à organiser le partage d'une plus-value actionnariale entre un associé « actif », qui sera la plupart du temps salarié ou dirigeant d'une entreprise (que nous désignerons, par commodité et souci de simplification, du terme « manager »), et un ou plusieurs autres associés de cette même entreprise (que l'on qualifiera de « passifs » pour les distinguer du précédent), ledit partage s'opérant, non pas en fonction de leur poids respectif au sein du capital social, mais à raison, la plupart du temps, du rendement dégagé sur leur investissement par les associés « passifs » ou, plus rarement, des performances économiques de l'entreprise indépendamment de toute liquidité des titres.

Il est fréquent que ces schémas soient mis en œuvre à l'occasion d'opérations de transmission d'entreprises financées par recours à un (voire plusieurs) effet(s) de levier qu'il s'agisse de LBO, d'OBO ou autres anglicismes à la mode (traditionnellement, on distingue le **levier d'endettement**, accroissant mécaniquement la rentabilité des fonds propres quand le coût net de la dette est inférieur à la rentabilité des actifs financés, du **levier fiscal**, actionné par le recours au régime d'intégration fiscale des articles 223 A à 223 Q du CGI, à la location-gérance intragroupe, au régime mère-fille de l'article 145 du CGI, et enfin du **levier juridique**, résultant de l'empilement en cascade de structures contrôlantes et de l'usage de valeurs mobilières composées ou d'actions de préférence. – Sur ces logiques, V. J.-L. Médus, *Ingénierie financière et opérations à effets de levier* : *Éditions d'Organisation*,

coll. *Hommes et techniques*, 1991. – LBO – *Capital transmission* : Éd. Francis Lefebvre, coll. *Dossiers pratiques*, 2012).

Il est encore usuel que le partage de plus-value se déclenche à partir de l'atteinte de seuils de performance financière réalisée par les investisseurs, que lesdits seuils se mesurent en TRI et/ou en multiple dégagé sur l'investissement, avec généralement une formulation non linéaire incitative.

Défini sommairement, le TRI est le taux d'actualisation d'une somme de flux « positifs » (dividendes, coupons, primes, produits de cession) et « négatifs » (investissement en actions, obligations, compte-courant, etc.), pour lequel la VAN (valeur actuelle nette) desdits flux est égale à 0 sur la période considérée [une personne qui investit 100 (flux négatif) en N, perçoit en année N+2 et N+3 un coupon de 8 (flux positifs) et revend son investissement 160 (flux positif) en N+4 réalise un TRI de 15,83 %]. La notion de TRI introduit une donnée temporelle de l'argent et pour cette raison présente un profil asymptotique, plus le flux étant lointain moins celui-ci pesant dans la VAN, tandis que le multiple est une donnée intemporelle.

Quant au multiple dégagé sur l'investissement, il n'est pas rare de rencontrer des formulations du type : sur la tranche de plus-value nette des investisseurs comprise entre 15 et 20 %, rétrocession de 15 % de la plus-value des investisseurs aux managers ; puis sur la tranche de plus-value nette des investisseurs > 20 % et < 30 %, rétrocession de 25 % de la plus-value des investisseurs aux managers, etc. Avec, on le devine, des discussions sibyllines (mais qui demeurent quand même au stade de l'épicerie financière) sur la plus-value brute ou nette (post-rétrocession, ce qui correspond bien évidemment à la posture investisseur).

Moins prosaïquement, l'objectif économique recherché est à double détente : d'une part, aligner les intérêts des dirigeants sur ceux des associés avec en ligne de mire commune la maximisation de la valeur actionnariale, et d'autre part organiser une rétrocession (souvent graduelle, progressive et plafonnée) d'un excédent de plus-value réalisé par les investisseurs non opérationnels (en général des investisseurs professionnels en private equity) au profit des salariés ou dirigeants.

Le champ des possibles est alors largement ouvert et n'a pour limites que l'imagination des juristes et financiers.

Premier mode de structuration des managements packages, le sweet equity, ou, en version francisée, l'allocation différenciée des ressources qui autorise le manager à investir en totalité en capital social (actions ou parts ou Absa ou actions/parts de préférence) les ressources qu'il apporte à l'entreprise, tandis que les associés « passifs » se verront imposer de ventiler les fonds qu'ils amènent entre capital social immédiat (actions ou parts sociales), capital à taux prioritaire mais plafonné (ADP Hurdle), capital différé (la plupart du temps des obligations convertibles ou des Obsa) voire sous forme d'avances d'associé.

On exprime souvent l'effort consenti par les investisseurs par la mesure de l'envy ratio : plus ce ratio est élevé, plus est important l'effort des investisseurs. Imaginons un investissement de 100 financé à 60 par emprunt bancaire et le solde réparti comme suit :

- investisseurs (3 en actions ordinaires et 35 en OCA) ;
- managers (2 en actions ordinaires).

Les managers détiennent 40 % du capital social (pour un investissement de 2) tandis que les investisseurs en détiennent 60 % (pour un investissement de 38) : si ces derniers convertissaient leurs OCA, ils détiendraient 38/40 soit 95 % du capital, diluant les managers. Dans ce schéma, l'envy ratio est de 12,67 calculé comme suit : [investissement des investisseurs/% du capital]/[investissement des managers/% du capital] soit (38/60)/(2/40).

En limitant d'entrée de jeu la dilution subie par le salarié au capital de la société, et en permettant de moduler *in fine* la part de valeur

actionnariale appréhendée par les associés passifs ou investisseurs, le manager verra à terme son niveau initial de participation au capital plus ou moins entamé. En effet, en fonction du degré de non-conversion des OC ou du défaut (total ou partiel) d'exercice des Obsa ou encore selon la part investie en ADP Hurdle (ne profitant pas de l'excédent de plus-value au-delà du seuil de rendement contractuel), le manager va prétendre à un rendement actionnarial proportionnellement plus important (ramené à son investissement) que celui des investisseurs.

Seconde approche de définition de cette typologie des mécanismes mis en œuvre, tantôt le manager est véritablement associé à raison de sa détention d'actions (voire actions gratuites une fois écoulée la période « d'acquisition ») ou de parts sociales composant le capital social de la société, tantôt il n'est qu'un associé « en puissance » ne détenant que des titres ou droits optionnels, qu'il s'agisse de véritables valeurs mobilières (BCE, bons autonomes) ou de simples droits contractuels nés de promesses de vente de titres ou d'options qui lui ont été consenties.

Une dernière distinction est opérée entre les instruments gratuits ou quasi-gratuits (actions gratuites, Bspce, options de souscription ou d'achat d'actions, etc.) (l'adjectif « gratuit » nous semble impropre en ceci que tant les Bspce que les options sont assorties d'un prix d'exercice dont l'attributaire ne peut éluder le paiement puisque ces instruments sont incessibles et ne peuvent qu'être exercés ; il est ainsi plus juste d'indiquer qu'ils évitent une prise de risque actionnariale puisque le titulaire reportera le paiement du prix d'exercice jusqu'à l'ultime moment en s'assurant que l'option est « dans la monnaie », c'est-à-dire que la valeur du sous-jacent est supérieure au prix d'exercice) et ceux exigeant un investissement pécuniaire des managers (actions, BSA Ratchet, promesses d'achat/vente, etc.) avec deux impératifs dégagés au fil du temps par la jurisprudence et la quasi-jurisprudence du Comité de l'abus de droit : la nécessité que les managers prennent un véritable risque actionnarial et que les titres qu'ils souscrivent le soient à un prix de marché... exigences qui par essence ne peuvent s'appliquer aux instruments gratuits.

En marge de ces instruments ou valeurs mobilières, il n'était pas rare que soit conclue une convention dite de « rétrocession de TRI » ou de « partage de plus-value », laquelle est en quelque sorte adossée aux instruments de participation au capital et vient (dans le meilleur des cas) définir le sort des instruments de capital différé (taux de conversion d'OC ou exercice d'Obsa, désactivation d'ADP Hurdle, etc.) ou des mécanismes optionnels (exercice de promesses ou de BSA Ratchet) en fonction de la performance financière réalisée par l'investisseur... quand elle ne se contente pas, dans sa version plus brutale et simpliste, de répartir un prix global à terme sans considération des détentions de capital des associés mais sur la seule base du rendement dégagé par l'investisseur.

Tel est le cas dans l'espèce ici commentée.

Cumul de qualités, confusion des genres diraient certains, le manager est alors tout à la fois salarié/dirigeant et associé ou titulaire d'options.

De fins analystes ont très justement relevé que la définition et les contours du salariat devenaient des notions d'un maniement malaisé (*D. Gutmann, Brèves remarques sur l'ambiguïté fiscale du salariat* : *Dr. fisc.* 2016, n° 9, étude 187) et que le recouvrement des frontières n'était plus parfait entre le salarié du droit social et du lien de subordination, et le salarié ou dirigeant du droit fiscal.

En d'autres termes, le gain réalisé par cet associé « actif » au moment de la cession de ses droits sociaux est-il impérativement rattachable à son statut de salarié ou de dirigeant et imposable à ce titre sous le visa des articles 79 et 82 du CGI au seul motif que son attributaire est qualifié de salarié ou dirigeant, ou bien constitue-t-il au

contraire une plus-value sur cession de valeurs mobilières, voire un BNC ou un revenu distribué ?

L'on devine rapidement la tentation du fisc d'assimiler ce gain à un revenu d'activité, et non à une plus-value de cession, dès lors que le régime fiscal du premier est plus pénalisant que celui applicable au second (et c'est peu dire si les valeurs mobilières des managers personnes physiques ont pu être logées en PEA)... et partant, les efforts du salarié ou dirigeant pour le rattacher à un gain au titre d'une cession de valeurs mobilières.

L'office du juge consiste alors, pour paraphraser l'article 12 du Code de procédure civile, à « trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables » et à « donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ».

Si l'on examine précisément les faits de l'espèce, on y découvre qu'un groupe Royal Moto France (RMF) contrôlé par une société financière RMF (FRMF) est dirigé par M. Lefevre, lequel organise un LBO secondaire en décembre 2002 se traduisant par la prise de contrôle à 100 % de FRMF par une nouvelle holding dénommée Action Sport Holding (ASH) au capital de laquelle sont associés cinq nouveaux investisseurs financiers.

La société HRMF est alors valorisée 8,275 millions € et M. Lefevre est invité à participer à l'opération, d'une part en consentant un apport en nature de 37 999 actions FRMF à ASH pour une valeur de 379 990 €, et d'autre part en signant un pacte d'associés.

Le capital social de ASH est alors divisé en 596 699 actions, toutes d'une seule catégorie (d'où l'on déduit que M. Lefevre en détiendrait 6,36 % en décembre 2002).

Une convention, qualifiée de « convention de partage de plus-value » est conclue le 31 décembre 2002, date de la cession de contrôle, entre M. Lefevre et les cinq investisseurs.

La « cause objective » ou « cause finale », au sens selon Domat de la contrepartie attendue dans une convention synallagmatique (désormais absente de l'article 1128 nouveau du Code civil et remplacée en quelque sorte par la notion de « but » du contrat codifiée à l'article 1162 nouveau du Code civil qui fait écho à l'ancien concept de cause de l'article 1133 ancien), de l'engagement des investisseurs de partager leur plus-value y est définie comme « **la contrepartie de l'accord du manager d'accompagner les investisseurs dans le cadre de cette acquisition** en conservant ses fonctions dans la société FRMF et de ne pas vendre l'intégralité des valeurs mobilières qu'il détenait dans la société FRMF, une partie de ces valeurs mobilières ayant été apportée à la société, les investisseurs ont accepté de partager une partie de la plus-value qu'ils seraient amenés à réaliser en cas de cession de leurs valeurs mobilières de la société ».

Cet engagement est assorti de plusieurs conditions :

- en premier lieu, la cession concomitante, par le manager et les investisseurs, de tout ou partie des valeurs mobilières de la société dont ils sont ou seront propriétaires ;

- en deuxième lieu, dans le cadre de la cession des valeurs mobilières appartenant aux investisseurs, que le prix soit stipulé payable en numéraire et qu'il représente, avant mise en œuvre de la convention de partage de plus-value, un multiple d'au moins 2,1 fois le prix de souscription des valeurs mobilières détenues par les investisseurs à la date de la cession et, enfin, dans l'hypothèse où la cession de la participation des investisseurs interviendrait au cours des cinq premières années suivant la signature des présentes, que le prix stipulé permette à chaque investisseur de réaliser un taux de rentabilité interne (TRI) minimal de 25 % pour leur investissement dans la société ;

- en troisième lieu, une clause de présence est insérée, prévoyant que le manager ne pourra plus bénéficier de la convention si, au jour de la réalisation de la cession ouvrant droit au partage de plus-value, il

n'est plus mandataire social et/ou salarié actif de la société (sauf pour cause de décès).

La seule lecture de ces stipulations suffit à entrevoir la solution judiciaire du litige : cette rétrocession de plus-value est la contrepartie de l'implication active et permanente du manager dans la direction du groupe, dont il s'engage à demeurer associé jusqu'à une cession totale.

...On ne saurait mieux affirmer le caractère accessoire de cet engagement (certes à contenu patrimonial et actionnarial) à la fonction et aux qualités de dirigeant, et ce alors que l'ensemble des parties à l'opération détiennent une seule et même catégorie de titres souscrits au même prix.

Accessorium sequitur naturam rei principalis diraient nos maîtres latinistes... voire le *alea jacta est* qui parlera mieux aux plus jeunes (qu'on l'attribue à Jules César franchissant le Rubicon ou à Astérix).

Une semaine avant la revente du groupe ASH, M. Lefevre fit donation à son conjoint et leurs descendants (exactement le 9 février 2006) de 11 469 actions (pour une valeur unitaire de 170 €) n'en conservant directement que 26 530 sur les 37 999 qu'il détenait à l'origine. Enfin, le 16 février 2006, une société AS Equity va acquérir 100 % du capital de ASH au prix global de 23,77 millions € et à cette occasion, M. Lefevre, son épouse et leurs enfants vont céder l'intégralité de leurs 37 999 actions ASH pour un prix global de 6 333 318 €.

Fait symptomatique, le cessionnaire acquittera le prix global revenant au manager (M. Lefevre) et aux investisseurs en un seul règlement dont la ventilation s'effectuera sous la responsabilité d'un mandataire commun (une société Cofinep SA), ce qui signifie bel et bien que les investisseurs ont abandonné, post-cession, une fraction du prix leur revenant pour le reverser au manager en exécution de leur accord de partage.

Il en serait allé autrement si cette quote-part de plus-value rétrocédée avait été incorporée dans des titres ad hoc disposant de prérogatives particulières, les deux catégories de cédants percevant alors des prix différenciés pour des titres distincts : tel ne fut pas le cas.

Pour les amoureux du produit en croix et de l'addition-soustraction, on déduit de l'analyse des conclusions du rapporteur public que :

- l'action ASH a une valeur unitaire (uniforme) d'environ 39,82 € (soit 23,77 M €/596 699 actions) en février 2006 au moment de la cession, et que ;

- les 6,36 % souscrits à l'origine par M. Lefevre pour 379 900 € représenteraient en 2006 une valeur (avant rétrocession de plus-value) de 1,766 million € (soit un multiple de 4,6 sur sa mise avant rétrocession), alors que les conjoints Lefevre percevront au final un prix total de 6 333 318 € (soit 166,7 € par action cédée, portant leur multiple à 16,7 fois l'investissement initial), d'où l'on infère que la quote-part de plus-value rétrocédée par les investisseurs serait d'environ 4,567 M €.

M. Lefevre a déclaré l'ensemble des gains que lui-même, son épouse et ses enfants ont perçus à l'issue de cette opération dans la catégorie des plus-values de cession de droits sociaux, définie aux articles 150-0 A et suivants du CGI, et a été imposé selon cette déclaration (au taux de 16 % à l'époque).

L'Administration va, dans un premier temps, qualifier ce gain actionnarial de revenu distribué au sens de l'article 111, c du CGI avant d'opérer une substitution de base légale pour procéder à une imposition distinguant, d'une part une fraction qualifiée de plus-value de cession (à concurrence de 39,82 €) et, d'autre part, le solde (correspondant de facto à la rétrocession de plus-value soit 126,85 € par action) imposable en traitements et salaires.

Saisi par les conjoints Lefevre, le tribunal administratif de Cergy-Pontoise va leur donner raison et les décharger de l'imposition supplémentaire, au motif principalement que le dirigeant avait pris un

véritable « double risque en capital », d'une part en souscrivant 6,36 % du capital de la holding de reprise ASH sous forme d'actions ordinaires, et d'autre part en assumant divers engagements de garantie (concrètement, le dirigeant avait souscrit en 2002 une garantie de passif au profit de ASH portant sur les titres HRMF, puis, lors la revente du groupe en 2006, s'était porté garant à la fois de ASH auprès du cessionnaire à hauteur de 531 804 € puis du paiement d'une amende de 398 853 € pour pratiques anti-concurrentielles), puis encore que le manager n'avait, en 2002, aucune garantie quant au succès de l'opération de LBO (TA Cergy-Pontoise, 5^e ch., 17 juill. 2014, n° 1209307, Lefevre : *JurisData* n° 2014-022285 ; RJF 12/2014, n° 1100. – V.N. Chayvialle, *Sélection de jugements des tribunaux administratifs* : Dr. fisc. 2015, n° 5, étude 114, spéc. n° 5).

Suivant les conclusions très précises du rapporteur public Sandrine Rudeaux, la cour administrative d'appel de Versailles va annuler la décision du tribunal administratif, considérant que « le partage de plus-value a essentiellement la nature, non de la compensation d'un risque encouru par le manager en qualité d'investisseur [...] mais celle d'un versement en capital, à caractère incitatif, par lequel les actionnaires de ASH, à proportion de leur quote-part dans le capital de la société, ont décidé de répartir ensemble l'exercice effectif de ses fonctions de manager par M. L. et les résultats et performances ayant résulté de cet engagement professionnel. Que si, d'ailleurs, la convention de partage pouvait se traduire par un gain pour M. L. si les objectifs de rentabilité étaient atteints, dans l'hypothèse contraire, le gain de l'intéressé était nul, et aucune stipulation ne le contraignait à reverser des sommes ; qu'ainsi M. L. ne pouvait subir une perte à l'occasion de la mise en œuvre de cette convention ; que, dans ces conditions, les sommes perçues par M. L. en application de ladite convention ne sauraient être regardées comme résultant d'un risque en capital auquel il aurait été exposé ; [...] qu'ainsi les sommes versées par les investisseurs à M. L., sa femme et ses enfants, en application de la convention qualifiée de partage de plus-value, venaient rémunérer l'exercice des fonctions de mandataire social et de manager de M. L. et étaient imposables dans la catégorie des traitements et salaires en son nom ».

Deux motivations s'évincent de la lecture de ce considérant : d'une part, la convention de rétrocession de plus-value rémunérât l'exercice effectif et efficace de ses fonctions de dirigeant par M. Lefevre, et d'autre part ce dernier ne pouvait espérer qu'un gain de l'application de la convention de partage de plus-value, sans risque de perte ni obligation de reversement d'une quelconque somme.

À la réflexion la décision ne surprend pas ; elle mérite néanmoins d'être analysée à la lumière du courant jurisprudentiel existant en matière de management packages pour en tirer quelques enseignements pratiques.

1. Le salarié peut se faire capitaliste...

2 – L'hostilité de l'administration fiscale s'exprima assez tôt à l'encontre « des groupes de sociétés [qui] permettaient à leurs dirigeants d'obtenir des avantages financiers importants, ces systèmes étant en dehors des dispositifs légaux d'actionnariat des salariés consistant à offrir soit des **options d'achat** portant sur des titres, soit plus généralement la possibilité d'**acheter et de revendre des titres à des conditions préférentielles fixées d'avance** » (V. not. Instr. 12 mai 1995 : BOI 5 S-9-95, repris au BOI-RSA-ES-20-10-20-50, 18 août 2014, § 20).

Cette attitude méfiante envers les management packages trouvait son aboutissement dans la publication d'une carte des pratiques et montages abusifs en avril 2015, où l'Administration stigmatisait à nouveau « certains dispositifs d'intéressement de dirigeants ou cadres salariés qui ne sont pas spécifiquement encadrés par des dispo-

sitions légales » (www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgfiip/contrôle_fiscal/montages_abusifs/Fiche_01_Management_package_2017-05-23.pdf).

Le juge fiscal, saisi de la question de la compatibilité des deux statuts (salarié et associé), s'est très tôt attaché à imposer distinctement les produits issus de la cession par une personne physique de participations en capital selon que l'opération procédait d'une **gestion d'un patrimoine privé**, ou à l'inverse selon que ces revenus avaient un **caractère professionnel** et qu'ils ne pouvaient par ailleurs pas se rattacher à une catégorie d'imposition précise de revenus professionnels ; dans le premier cas il s'agissait d'un gain imposable en vertu du régime général des plus-values de cession de valeurs mobilières, et dans le second d'un bénéfice non commercial.

Les plus-values tirées de la cession de droits sociaux entraient ainsi (exceptionnellement) dans la catégorie « balai » des revenus innomés de l'article 92, 1 du CGI dès lors que le gain en capital pouvait s'analyser comme « la contrepartie d'une activité personnelle déployée par le cédant, exercée à titre professionnel, en vue d'augmenter la valeur des titres cédés » (CE, 8^e et 3^e ss-sect., 7 nov. 2008, n° 301642, Fontana et de Framond : *JurisData* n° 2008-081396 ; Lebon T., p. 672 ; Dr. fisc. 2008, n° 52, comm. 646, concl. L. Olléon ; RJF 1/2009, n° 56, chron. p. 3. – Adde, O. Fouquet, *Dans quelles conditions les plus-values sur les titres non cotés peuvent-elles constituer des bénéfices non commerciaux ?* : Dr. fisc. 2008, n° 3, act. 15. – Arrêt censurant CAA Paris, 5^e ch. B, 4 déc. 2006, n° 05PA04472, min. c/ Fontana et de Framond : *JurisData* n° 2006-330125 ; Dr. fisc. 2007, n° 17, comm. 475 ; RJF 8-9/2007, n° 947).

Le juge de l'impôt en a ainsi décidé s'agissant :

- d'un dirigeant d'entreprise spécialisé dans la reprise d'entreprises en difficulté qu'il redressait et réorganisait, avant que de les revendre en réalisant d'importantes plus-values (CE, 1^{re} ss-sect., 3 nov. 1972, n° 81821 : Dr. fisc. 1973, n° 40, comm. 1357, concl. J. Delmas-Marsalet ; Dupont 1973, p. 27) ;

- d'un contribuable spécialisé dans les opérations de promotion immobilière dont l'une des sociétés avait participé à la construction d'un port de plaisance, et qui avait joué un rôle prédominant et déployé une activité de dirigeant dans la réalisation et l'exploitation d'un port de plaisance, contribuant par son activité à accroître la valeur des actions portant le projet avant de les céder (CE, 7^e et 9^e ss-sect., 6 févr. 1984, n° 20325, Gaucher : *JurisData* n° 1984-608458 ; Dr. fisc. 1984, n° 26, comm. 1252, concl. O. Fouquet ; RJF 1984, n° 444. – Dans le même sens, CE, 12 nov. 1969, n° 66633 : Dr. fisc. 1969, n° 50, comm. 1475) ;

- d'un contribuable qui avait dirigé et redressé des sociétés de personnes propriétaires de vignobles en souscrivant un emprunt personnel très important pour soutenir les activités avant de céder ses parts sociales (CE, 9^e et 7^e ss-sect., 20 avr. 1989, n° 62397, Dumas : *JurisData* n° 1989-604088 ; Dr. fisc. 1989, n° 44, comm. 2024 ; RJF 4/1989, n° 440) ;

- d'un contribuable qui avait déployé une activité personnelle de direction dans plusieurs sociétés de location de centres commerciaux en crédit-bail (CE, 10^e et 9^e ss-sect., 26 févr. 2003, n° 222163, Flament : *JurisData* n° 2003-080287 ; Dr. fisc. 2003, n° 20, comm. 380, concl. C. Maugué, note M. Sieraczek-Abitan ; RJF 5/2003, n° 535).

Divers auteurs ont souligné le danger inhérent à cette jurisprudence en indiquant qu'il fallait « veiller à ne pas taxer comme revenu d'une activité la plus-value due à l'augmentation de la valeur de l'action qui n'est que le résultat normal de l'activité déployée par le chef d'entreprise » (concl. E. Glaser ss CE, 3^e et 8^e ss-sect., 27 juill. 2009, n° 300456, Billon : *JurisData* n° 2009-081529 ; Lebon T., p. 690 ; Dr. fisc. 2009, n° 46, comm. 535, concl. E. Glaser ; RJF 2009, n° 1085. – V. encore É. Ginter, *Il faut qu'une porte soit ouverte ou fermée* : BGFE 3/2006, p. 1. – V. Daumas, *L'insoutenable légèreté des gains issus de*

capitaux mobiliers : RJF 2009, p. 949. – L'arrêt du 27 juillet 2009 annule CAA Lyon, 5^e ch., 2 nov. 2006, n° 02LY02146, Billon : *JurisData* n° 2006-330737 ; Dr. sociétés 2007, n° 5, comm. 104, note J.-L. Pierre ; RJF 4/2007, n° 474. – Sur une analyse d'ensemble, V. encore M. Fourriques, *imposition des produits de cession de titres réalisés par les dirigeants de sociétés : régime des plus-values ou BNC ?* : *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 1144 et s.).

C'est à l'occasion d'une décision Serfaty que le juge fiscal a posé le principe selon lequel le simple fait de diriger une entreprise dont il est associé ne suffisait pas à entraîner la requalification en salaires ou en revenus innomés des gains réalisés par un dirigeant lors de la cession de ses actions : une telle requalification devait rester l'exception (V. concl. O. Fouquet ss CE, 7^e et 9^e ss-sect., 6 févr. 1984, n° 20325, *Gaucher, préc.*, considérant que la taxation de cessions de droits sociaux en tant que BNC doit constituer une solution très exceptionnelle) (CE, 10^e et 9^e ss-sect., 18 janv. 2006, n° 265790 et 265791, *Serfaty* : *JurisData* n° 2006-080887 ; Dr. fisc. 2006, n° 41, comm. 649, concl. C. Verot, note E. Meier ; RJF 4/2006, n° 378 – l'espèce concernait un ancien salarié d'une banque qui avait créé, en 1984, une société avec son ancien employeur qui en détenait 51 %, le manager en détenant 49 %, avant que de céder cette société en 1987 après avoir multiplié sa valeur par plus de 200 : l'administration tenta de requalifier le gain en capital en revenus non commerciaux).

Les tribunaux administratifs et cours administratives d'appel ont fait leurs cette jurisprudence. Ainsi en va-t-il du tribunal administratif de Paris, décidant que le seul fait de diriger une entreprise n'est pas un motif suffisant pour justifier la requalification en BNC de gains en capital constatés lors de la cession de titres (TA Paris, 1^{re} sect., 5^e ch., 25 févr. 2002, n° 96-8807, *Cattez* : RJF 2002, n° 786), ou encore que les seuls faits que le prix de cession est fonction d'objectifs financiers futurs et sa perception conditionnée par la poursuite d'une activité salariée par les cédants au sein de l'entreprise cédée, ne suffisent à justifier la requalification du gain actionnarial en salaires ou en revenus d'activité professionnelle (dans ce sens, V. CE, 8^e et 3^e ss-sect., 7 nov. 2008, n° 301642, *Fontana et de Framond, préc.*).

La présente décision ne revient pas sur ces principes énoncés par la jurisprudence Serfaty, mais on objectera toutefois qu'il n'était alors nullement question dans l'espèce Serfaty de rétrocession de plus-value, mais simplement de gain actionnarial d'associés cédant des titres de même nature au même prix unitaire.

2. mais il doit prendre un risque actionnarial

3 – Une affaire Gaillochet, ayant donné lieu à de nombreux commentaires, fut l'occasion pour la cour administrative d'appel de Paris (CAA Paris, 2^e ch., 28 nov. 2012, n° 11PA03464, *min. c/ Bonny* : *JurisData* n° 2012-033233. – Et CAA Paris, 2^e ch., 28 nov. 2012, n° 11PA04246, *min. c/ Gaillochet* : Dr. fisc. 2013, n° 17, comm. 254, concl. Y. Egloff, note J. Jeausserand et T. Audouard) et à sa suite le Conseil d'État (J. Turot, J. Jeausserand et T. Audouard, *Requalification en salaires d'un management package : le Conseil d'État refuse-t-il aux salariés de se faire capitalistes ?*, notess CE, 3^e et 8^e ss-sect., 26 sept. 2014, n° 365573, *Gaillochet* : *JurisData* n° 2014-022460 ; Dr. fisc. 2014, n° 47, comm. 636, concl. E. Cortot-Bouchet ; RJF 12/2014, n° 1099. – J.-L. Médus, *Actualités sur la requalification fiscale des management packages* : JCP E 2013, 1592) de préciser que c'est l'absence de prise de risque actionnarial qui va dénaturer en salaires ou en BNC le gain de management package. En l'espèce, un manager avait bénéficié, dans le cadre d'un LBO structuré en 1999, d'une option de vente d'actions consentie par des investisseurs, laquelle option lui permettait d'acquérir (au prix d'origine du LBO soit 7,62 € par action) des titres en fonction de la performance dégagée par les investisseurs et sous ré-

serve qu'il demeure dirigeant actif durant 5 années : en 2004 lors de la revente du groupe, le dirigeant exerça son option et revendit (au prix unitaire de 65,77 €) les titres acquis (au prix unitaire de 7,62 €) un instant de raison avant leur revente en réalisant une plus-value. Relevant que le manager avait bénéficié de cette option pour un prix modique, la cour administrative puis le Conseil d'État en conclurent « que la faculté [pour le manager] de réaliser une plus-value en procédant à une levée d'option [exercice d'une promesse d'achat] [...] trouvait son origine dans l'existence du contrat de travail [dudit manager] [...] ; que l'intéressé [le manager] qui s'est borné à encaisser la plus-value réalisée et qui n'a supporté, en raison de la possibilité qu'il avait de renoncer à lever l'option, aucun risque en capital compte tenu du caractère modique de l'indemnité d'immobilisation qui était due y compris en l'absence de levée de l'option, ne saurait être regardé comme ayant réalisé un gain en capital taxable dans la catégorie des plus-values ».

Confirmant en ceci la jurisprudence Fontana et de Framond (CE, 8^e et 3^e ss-sect., 7 nov. 2008, n° 301642, *Fontana et de Framond, préc.*), ce n'est pas le fait que l'exercice de l'option était subordonnée à la présence active du manager dans l'entreprise, ni que son degré d'exercice dépendait du niveau de performance des investisseurs qui justifiaient la décision, mais bien l'absence de risque encouru par le manager qui pouvait renoncer à cette option dont le prix était modique.

C'est encore au motif de cette prise de risque actionnarial que, dans une récente espèce Editis (T. Audouard et J. Jeausserand, *Management packages : comment discerner la main du salarié de celle du capitaliste ?*, note ss TA Paris, 1^{re} sect., 1^{re} ch., 12 juill. 2016, n° 1431589/1-1, C : *JurisData* n° 2016-024481 ; Dr. fisc. 2016, n° 48, comm. 608, concl. A. Segretain. – V. aussi dans la même affaire, une décision contradictoire, TA Montreuil, 31 mars 2016, n° 1500571, *Cts Hémy*), le tribunal administratif de Paris va fonder sa décision de rejet des prétentions de l'Administration qui entendait requalifier en salaires des gains de management package réalisés par des managers en relevant « que l'Administration [...] n'établit pas que les requérants n'ont pas supporté de risque d'investisseur [...] ni que la plus-value litigieuse constituait un avantage salarial ».

3.qui ne se confond pas avec un simple intéressement

4 – C'est le principal enseignement de cette décision de la cour de Versailles qui n'est, à la réflexion, qu'un simple rappel : le reversement d'une fraction de leur plus-value par des investisseurs à un manager, venant rémunérer l'implication active de ce dernier dans la gestion, peut n'être qu'une forme d'intéressement, de bonus.

La décision peut sembler sévère en ceci que le manager avait certes pris un risque actionnarial en souscrivant 6,36 % du capital moyennant un apport en nature. En revanche, l'examen des faits permet de valider la solution jurisprudentielle retenue puisque l'action ASH, qui avait une valeur uniforme de 39,82 € (soit 23,77 M €/596 699 actions) lors de la cession du groupe en février 2006, sera cédée au prix unitaire de 166,7 € par le dirigeant « intéressé », cet écart très substantiel de prix s'expliquant par le seul effet de la rétrocession de plus-value par les investisseurs, contrepartie de l'accompagnement opérationnel du dirigeant et du rendement dégagé par les financiers sur leur investissement.

Conséquence logique du raisonnement, la fraction de prix rémunérant l'accompagnement était qualifiée du salaire (126,85 €) tandis que la part représentative du prix uniforme par action (39,82 €) relevait du régime fiscal des plus-values sur cession de valeurs mobilières.

5 – Or, il est constant, pour l'administration fiscale, que les sommes versées à un salarié, à titre de bonus ou de prime d'objectifs et

qui trouvent leur origine dans le contrat de travail ou l'activité de l'intéressé constituent un complément de salaire imposable dans la catégorie des traitements et salaires au même titre que la rémunération principale (*Rép. min. n° 43870 : JOAN 2 mars 1978, p. 1070, P. Weisenhorn. – Rép. min. n° 24563 : JOAN 10 mars 1980, p. 946, D. Goulet ; Dr. fisc. 1980, n° 15, comm. 840. – V. Instr. 6 juill. 1981 : BOI 5 F-15-80 ; Dr. fisc. 1981, n° 31, instr. 6978. – Rép. min. n° 25893 : JOAN 7 avr. 1980, p. 1423, H. Bassot*).

Madame le rapporteur public prit soin de relever que la cession avait eu lieu en un seul trait de temps et qu'un paiement unique fut effectué au profit du manager et des investisseurs (un paiement distinct fut d'ailleurs opéré pour l'un des autres cédants), pour une seule et même catégorie d'actions ordinaires cédées, à charge pour l'un des cédants de répartir ce prix entre les vendeurs.

Alors qu'une seule catégorie de titres fut émise aux mêmes conditions de souscription par tous les associés, le prix perçu *in fine* par chacun des cédants va varier au seul motif qu'une fraction du prix revenant aux investisseurs sera reversée par ces derniers au manager, sans que ce dernier ait souscrit un risque actionnarial particulier ou supplémentaire justifiant cette distorsion de rendement.

La différence des prix par action perçus par les cédants ne résultait donc pas de négociations plus ou moins habiles avec le cessionnaire ou de ventes séparées : elle rémunérait l'activité efficace de direction du manager ainsi que le prévoyait la convention de partage de plus-value, et non une différence intrinsèque de valeur des titres cédés.

Il s'agissait ainsi bel et bien d'une forme de prime, de rémunération pour la performance actionnariale réalisée par les investisseurs grâce à cette implication du dirigeant.

L'artifice qui voudrait que son versement à l'occasion d'une cession de valeurs mobilières lui permette d'emprunter le moule du régime fiscal des plus-values de cession de valeurs mobilières ne résiste pas à l'analyse, particulièrement lorsque ce dirigeant ou salarié – à l'instar de la perception d'une prime de performance ou d'atteinte d'objectifs – n'encourt aucun risque de perte et que l'examen des conditions économiques de la cession met en évidence la perception de prix distincts pour des titres strictement identiques souscrits aux mêmes conditions.

La jurisprudence a eu l'occasion de l'affirmer à diverses reprises :

- en présence d'un dirigeant ayant bénéficié d'un mécanisme de crédit-vendeur sur le prix de ses actions, dont la mission définie au protocole avec l'investisseur (associé majoritaire) consistait à « assurer la direction générale de l'entreprise et particulièrement les opérations de restructuration et de développement [...] et de trouver un partenaire industriel et financier majoritaire pour l'entreprise ». Le tribunal administratif de Cergy-Pontoise (*TA Cergy-Pontoise, 5^e ch., 7 juill. 2006, n° 0163868, Bandeville : RJF 2006, n° 430*) va rappeler le principe de la jurisprudence Serfaty en énonçant que « la circonstance que le contribuable, qui a dégagé une plus-value sur la cession de droits sociaux dans une société anonyme, a fourni un travail important pour le compte de cette société ne permet pas, à elle seule, de requalifier en bénéfice non commercial la plus-value réalisée » ; qu'en revanche « l'opération d'achat et de revente en cause ne peut qu'être regardée comme ayant eu pour but de consentir un avantage au contribuable en rémunération des efforts déployés par lui dans le redressement de la société, et relève donc néanmoins de la catégorie des BNC compte tenu des conditions de réalisation de l'opération [...] et notamment du fait que l'opération était sans risque dès lors que l'actionnaire majoritaire s'était engagé à lui racheter ses titres en toute hypothèse [...] et qu'en outre l'opération en cause n'avait donné lieu à aucun décaissement par l'intéressé » ;

- ou encore, lorsque manager et investisseurs cèdent des titres de même nature et que le supplément de prix perçu par le manager rémunère en réalité un engagement d'accompagnement des repre-

neurs et de non rétablissement dans l'activité cédée : « la majoration du prix de vente d'actions cédées est alors imposable dans la catégorie des traitements et salaires et non comme un gain en capital » (*CAA Lyon, 5^e ch., 25 janv. 2007, n° 03LY00812, Merlin : JurisData n° 2007-330111 ; Dr. fisc. 2007, n° 17, comm. 466* – en l'espèce les parties, cédants et cessionnaires, étaient convenues des stipulations suivantes « il est bien entendu que vous vous engagez à ne pas participer directement ou indirectement [...] à toute entreprise susceptible de faire concurrence aux sociétés de notre groupe, et ceci tant que vous exercerez vos fonctions de président et pendant une période de trois années à compter de leur cessation [...] En contrepartie de cet engagement nous nous engageons à vous acheter les actions SCM dont vous êtes propriétaire à un prix égal à 106 % du prix de base offert aux autres membres de votre famille et indexé à la date de cession sur la base de l'évolution de l'indice contractuellement défini à la promesse ») ; le fait que les parties aient choisi de rétribuer des engagements personnels du manager par une majoration du prix de vente de ses actions ne suffit à écarter la qualification de revenu d'activité.

Il en irait autrement, et cette rétrocession de plus-value relèverait du régime fiscal des gains en capital, si le manager endossait un véritable risque de perte, se distinguant alors d'un salarié auquel une prime de performance est allouée et dont le seul risque est de ne pas atteindre l'objectif.

Lorsqu'un manager souscrit des titres dits « ratchet », comme l'espèce Editis en fournit une illustration, il endosse bel et bien un risque actionnarial spécifique en ceci qu'il acquitte un prix pour détenir un titre lui donnant accès à une super plus-value et qu'il s'expose à perdre son investissement si les conditions minimales de performances requises pour que le titre soit exerçable ne sont pas atteintes.

De la même manière, en présence d'actions de préférence convertibles en actions ordinaires, ce n'est qu'une fois atteint un certain niveau de performance que l'action de préférence manager est convertible (ou valorisable) en actions ordinaires, avec une échelle de conversion pénalisant le manager en cas de sous-performance.

L'ADP de performance (souscrite par le manager) est généralement émise au même prix qu'une action ordinaire (« AO ») ; elle est convertible ou valorisable en un nombre d'action(s) ordinaire(s) déterminé en fonction d'une grille de performance du type suivant (avec une interpolation linéaire entre les seuils) :

- si TRI investisseur < 8 % : aucune conversion de l'ADP qui sera dépourvue de valeur ;
- si TRI investisseur = 8 % alors 1 ADP vaut 0,4 AO ;
- si TRI investisseur = 12 % alors 1 ADP vaut 0,7 AO ;
- si TRI investisseur = 15 % alors 1 ADP vaut 1 AO ;
- si TRI investisseur = 25 % alors 1 ADP vaut 1,5 AO ;
- si TRI investisseur = 30 % alors 1 ADP vaut 1,8 AO, etc. (ces chiffres et cet exemple n'ont qu'une valeur illustrative). Ainsi, la sous-performance financière expose le manager à une dilution et à une perte de tout ou partie de son investissement, et à l'inverse lui permet de prétendre à une bonification lorsque le rendement dégagé par l'investisseur devient substantiel et partant 1 ADP convertible ou valorisable en plus de 1 action ordinaire.

La logique est assez comparable en présence d'actions de préférence à taux (souvent désignées du terme « Adp Hurdle ») détenues par des investisseurs puisque, lors de la répartition finale du prix des titres, leur titulaire va primer les autres associés (et particulièrement les managers) tant que le « hurdle » (ou rendement prioritaire contractuel) n'est pas servi aux investisseurs : là encore, le manager accepte d'être pénalisé en cas de sous-performance financière.

Dernier enseignement, le fait que cette rétrocession de plus-value, ainsi qualifiée de traitements et salaires, ait été versée non par la personne morale employeur mais par un tiers (cessionnaire ou co-

cédant) n'est pas de nature à lui ôter son caractère de salaires : la solution n'est pas nouvelle puisqu'une jurisprudence Legendre (*CE*, 10^e et 9^e ss-sect., 23 juill. 2010, n° 313445, Legendre : *JurisData* n° 2010-012378 ; *Dr. fisc.* 2010, n° 46, comm. 560, concl. D. Hedary ; *RJF* 11/2010 n° 1016) avait jugé qu'il est indifférent que l'auteur du versement ne soit pas l'employeur du salarié (il s'agissait en l'espèce d'une indemnité versée par un tiers-cessionnaire à un salarié pour renonciation au bénéfice de stocks-options).

Le dernier avis (critique) à porter sur cette décision Lefevre réside peut-être dans la conception restrictive que retient la cour de la prise de risque actionnarial, puisqu'en l'espèce le contribuable avait sous-

crit, en sus de sa participation au capital, des engagements de garantie particuliers que les investisseurs n'avaient pas souhaité endosser.

Jean-Louis MÉDUS,
professeur agrégé des universités, avocat à la cour (*Archers avocats*)

MOTS-CLÉS : *Management package - Convention de rétrocession de plus-value - Reversement d'une fraction de leur plus-value par des investisseurs à un manager - Rémunération de l'implication active du manager dans la gestion - Qualification d'intéressement imposable en traitements et salaires*

JURISCLASSEUR : *Fiscal ID*, fasc. 401, Ch. Louit et M. Chastagnaret ; *Fiscal ID*, fasc. 405-10 et 820-10, A. Maitrot de la Motte

569 Indemnités de rupture du contrat de travail (*CGI*, art. 80 *duodecies*) : 1° nécessité de distinguer entre les régimes d'exonération dans le cas d'une indemnité globale versée à un salarié également mandataire social (oui) ; 2° exonération d'une indemnité pour perte de la faculté de lever des stock-options (non)

1 – Lorsqu'une indemnité globale est versée à l'occasion de la rupture du contrat de travail d'un directeur salarié également mandataire social de filiales, la détermination du régime d'exonération implique de rechercher si et dans quelle mesure le versement de cette indemnité était lié à la rupture du contrat de travail, sans que « l'unicité des fonctions » puisse être opposée au contribuable.

2 – Une indemnité destinée à réparer le préjudice résultant de la perte de la faculté de lever des stock-options en raison d'un licenciement abusif, trouve sa source, non pas dans la rupture du contrat de travail mais dans ce contrat lui-même. Cette indemnité, dont le montant correspond au gain qui aurait été réalisé si le droit d'option avait été exercé, est donc imposable sur le fondement des articles 79 et 82 du *CGI*.

CE, 3^e et 8^e ch., 22 mai 2017, n° 395440, Duroux, concl. E. Cortot-Boucher ; *JurisData* n° 2017-010227

Mentionné aux tables du recueil Lebon

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que M. Duroux a été recruté par la société de production d'émission de télévision Endemol en qualité de directeur du développement salarié. Des fonctions de direction, en qualité de mandataire social, de filiales de cette société lui ont été parallèlement confiées. Il a été licencié à compter du 25 juin 2004. Par un arrêt en date du 4 juillet 2007, la cour d'appel de Paris a jugé que ce licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse et a condamné la société Endemol à verser à M. Duroux, d'une part, la somme de 1 112 847,82 euros en application d'un protocole du 13 décembre 1999 annexé à son contrat de travail et, d'autre part, une somme de 12 millions d'euros en réparation du préjudice résultant de la perte de la faculté, du fait du licenciement, de lever les options de souscription d'actions prévues par le même protocole. Par un arrêt du 4 février 2009, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par la société Endemol contre cet arrêt. A l'issue d'une procédure de rectification contradictoire, l'administration fiscale a soumis à l'impôt sur le revenu les sommes de 1 112 847,82 euros et 12 millions d'euros, respectivement, à hauteur de 732 877 euros sur le fondement du 2 de l'article 80 *duodecies* du code géné-

ral des impôts pour la première, en totalité sur le fondement des articles 79 et 82 du même code pour la seconde.

2. M. et M^{me} Duroux ont demandé au tribunal administratif de Paris la décharge des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu auxquelles ils ont été assujettis au titre de l'année 2007 à raison de l'imposition de ces indemnités. Par un jugement du 29 janvier 2015, le tribunal administratif a rejeté leur demande. Par un arrêt du 20 octobre 2015, la cour administrative d'appel de Paris a rejeté l'appel formé par M. et M^{me} Duroux contre ce jugement. M. et M^{me} Duroux se pourvoient en cassation contre cet arrêt.

En ce qui concerne l'indemnité de 1 112 847,82 euros :

3. D'une part, aux termes de l'article 80 *duodecies* du code général des impôts, dans sa rédaction applicable au présent litige : « 1. Toute indemnité versée à l'occasion de la rupture du contrat de travail constitue une rémunération imposable, sous réserve de l'exonération prévue au 22° de l'article 81 et des dispositions suivantes. Ne constituent pas une rémunération imposable : 1° Les indemnités mentionnées à l'article L. 122-14-4 du code du travail ; [...] 3° La fraction des indemnités de licenciement versées en dehors du cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi [...] qui n'excède pas : a) Soit deux fois le montant de la rémunération annuelle brute perçue par le salarié au cours de l'année civile précédant la rupture de son contrat de travail, ou 50 % du montant de l'indemnité si ce seuil est supérieur, dans la limite de six fois le plafond mentionné à l'article L. 241-3 du code de la sécurité sociale en vigueur à la date du versement des indemnités ; b) Soit le montant de l'indemnité de licenciement prévue par la convention collective de branche, par l'accord professionnel ou interprofessionnel ou, à défaut, par la loi [...] 2. Constitue également une rémunération imposable toute indemnité versée, à l'occasion de la cession de leurs fonctions, aux mandataires sociaux, dirigeants et personnes visés à l'article 80 ter. Toutefois, en cas de cessation forcée des fonctions, notamment de révocation, seule la fraction des indemnités qui excède les montants définis aux 3° et 4° du 1 est imposable [...] ». Aux termes de l'article 80 ter du même code : « a Les indemnités, remboursements et allocations forfaitaires pour frais versés aux dirigeants de sociétés sont, quel que soit leur objet, soumis à l'impôt sur le revenu. b Ces dispositions sont applicables : 1° Dans les sociétés anonymes : au président du conseil d'administration ; au directeur général ; à l'administrateur provisoirement délégué ; aux membres du directoire ; à tout administrateur ou membre du conseil de surveillance chargé de fonctions spéciales [...] ».

4. D'autre part, aux termes de l'article L. 122-14-4 du code du travail, dans sa rédaction alors applicable, repris désormais à l'article L. 1235-3 du même code : « Si le licenciement d'un salarié survient sans observation de la procédure

Revue de DROIT FISCAL

7 DÉCEMBRE 2017, HEBDOMADAIRE, N° 49 - ISSN 1279-8436

Directeurs scientifiques :
Florence DEBOISSY
Alexandre MAITROT DE LA MOTTE
Jean-Luc PIERRE
Rédacteur en chef :
Thomas JACQUEMONT

CHRONIQUE

566 Droit pénal fiscal

Par Renaud SALOMON

COMMENTAIRES

573 Instauration de deux contributions exceptionnelles assises sur l'IS

L. fin. rect. 2017 n° 2017-1640, 1^{er} déc. 2017 ; Cons. const., 29 nov. 2017, n° 2017-755 DC

568 Convention de rétrocession de plus-value : l'âge de pierre du *management package*

CAA Versailles, 26 janv. 2017, concl. Sandrine RUDEAUX, note Jean-Louis MÉDUS

Également cette semaine

575 **Procédures fiscales** - Renvoi d'une QPC sur l'obligation de s'inscrire au RCS pour obtenir la qualité de loueur en meublé professionnel (CE, 20 nov. 2017, concl. Y. BÉNARD)

576 Impossibilité d'invoquer l'article L. 80 A du LPF contre un refus de dégrèvement de taxe foncière (CE, 14 juin 2017, concl. V. DAUMAS)

577 La caractérisation d'un abus de droit peut dépendre de l'interprétation d'une convention fiscale internationale (CE, 21 juill. 2017, concl. M.-A. NICOLAZO DE BARMON)

578 La compensation ne peut être accordée lorsque l'insuffisance d'imposition a été constatée avant l'instruction de la réclamation (CE, 10 juill. 2017, concl. É. CRÉPEY)

Président-Directeur Général,
Directeur de la publication :
PHILIPPE CARILLON

Directrice éditoriale :
CAROLINE SORDET
caroline.sordet@lexisnexus.fr

Directeur éditorial adjoint :
DENIS MARJOLLET
denis.marjollet@lexisnexus.fr

Directeur de rédaction :
JULIEN CATANÈSE
julien.catanese@lexisnexus.fr

Rédacteur en chef :
THOMAS JACQUEMONT
thomas.jacquemont@lexisnexus.fr
Tél. : 01.45.58.92.78

Éditeur :
SÉBASTIEN LAURENT-SOREL
sebastien.laurent-sorel@lexisnexus.fr
Tél. : 01.45.58.93.70

Secrétaire d'édition :
PATRICK GUIDONI
patrick.guidoni@lexisnexus.fr

Publicité :
DIRECTION COMMERCIALE : IM RÉGIE
104 AVENUE DU GÉNÉRAL MICHEL BIZOT, 75012 PARIS
DIRECTRICE DE CLIENTÈLE : CAROLINE SPIRE
Tél. : 01.40.24.13.35
Fax : 01.40.24.22.70
c.spire@impub.fr

Comité scientifique :
JEAN-LUC BARÇON-MAURIN,
responsable du Service juridique de la fiscalité, DGFiP
LUCÉ BÉRILLE,
directeur fiscal France, Suez Environnement
FLORENCE DEBOISSY, professeur
à l'université de Bordeaux
PHILIPPE DEROUIN,
avocat au barreau de Paris
BENOÎT LEBRUN, expert-comptable,
commissaire aux comptes
ALEXANDRE MAITROT DE LA MOTTE, professeur
à l'université Paris-Est Créteil
PHILIPPE MARTIN, président
de la section des travaux publics du Conseil d'État
AGNÈS MOUILLARD, présidente de la chambre
commerciale de la Cour de cassation
JEAN-LUC PIERRE,
professeur à l'université Jean Moulin-Lyon III
JÉRÔME TUROT, avocat au barreau de Paris

Directeur scientifique de 1999 à 2012 :
PATRICK DIBOUT †

Correspondance :
THOMAS JACQUEMONT
LEXISNEXIS SA
REVUE DE DROIT FISCAL
141, RUE DE JAVEL
75747 PARIS CEDEX 15

Relations clients :
Tél. : 01 71 72 47 70

www.lexisnexus.fr

Abonnement annuel 2017 :
• FRANCE (MÉTROPOLÉ) :
872,96 EUROS TTC (855 € HT)
• DOM-TOM ET PAYS ÉTRANGERS :
923,40 EUROS HT

Prix de vente au numéro :
• FRANCE (MÉTROPOLÉ) : 30,63 EUROS TTC
(30 € HT)
• DOM-TOM ET PAYS ÉTRANGERS : 33 EUROS HT

Offre spéciale étudiants :
<http://etudiant.lexisnexus.fr/>

LEXISNEXIS SA
SA AU CAPITAL DE 1.584.800 EUROS
552 029 431 RCS PARIS
PRINCIPAL ASSOCIÉ :
REED ELSEVIER FRANCE SA

Siège social :
141, RUE DE JAVEL
75747 PARIS CEDEX 15

EVOLUPRINT
PARC INDUSTRIEL EURONORD
10, RUE DU PARC
31150 BRUGUIÈRES

N° Imprimeur : 5763
N° Éditeur : 5748
Dépôt légal : À PARUTION
Commission paritaire : N° 0918 T 83553

Origine du papier : Allemagne
Taux de fibres recyclées : 6 %
Certification : 100 %
Impact sur l'eau : $P_{TOT} = 0,01 \text{ kg / tonne}$

LES AUTEURS DE LA SEMAINE

Yohann Bénard est rapporteur public à la 9^e chambre de la Section du contentieux du Conseil d'État.



Jean-Louis Médus est agrégé des universités, avocat aux barreaux de Paris et de Luxembourg et associé du cabinet Archers.

Benoît Bohnert est rapporteur public à la 8^e chambre de la Section du contentieux du Conseil d'État.

Emmanuelle Cortot-Boucher, maître des requêtes au Conseil d'État, est rapporteur public à la 3^e chambre de la Section du contentieux.



Édouard Crépey est rapporteur public à la 10^e chambre de la Section du contentieux du Conseil d'État.



Vincent Daumas, maître des requêtes au Conseil d'État, est rapporteur public à la 3^e chambre de la Section du contentieux.



Pierre Fernoux est chargé d'enseignement aux universités de Paris-II Panthéon Assas et de Bourgogne et directeur du diplôme universitaire de gestion internationale du patrimoine (AUREP Clermont-Ferrand). Il est également l'auteur de l'ouvrage *La gestion fiscale du patrimoine* : Groupe Revue fiduciaire, 21^e éd., 2016.

Marie-Astrid Nicolazo de Barmon est rapporteur public près la 9^e chambre de la Section du contentieux du Conseil d'État.



Sandrine Rudeaux est rapporteur public près la 1^{re} chambre de la cour administrative d'appel de Versailles.



Renaud Salomon est avocat général à la Cour de cassation et professeur associé à l'université de Paris Dauphine PSL. Directeur d'une chronique mensuelle de droit pénal des sociétés commerciales à la revue *Droit des sociétés*, il est l'auteur d'ouvrages et de publications en droit commercial, en droit des marchés financiers et en droit pénal des affaires.

© LexisNexis SA 2017

Cette œuvre est protégée par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment par celles de ses dispositions relatives à la propriété littéraire et artistique et aux droits d'auteur. Ces droits sont la propriété exclusive de LexisNexis SA. Toute reproduction intégrale ou partielle, par quelque moyen que ce soit, non autorisée par LexisNexis SA ou ses ayants droit, est strictement interdite. LexisNexis SA se réserve notamment tous droits au titre de la reproduction par reprographie destinée à réaliser des copies de la présente œuvre sous quelque forme que ce soit aux fins de vente, de location, de publicité, de promotion ou de toute autre utilisation commerciale conformément aux dispositions de l'article L. 122-10 du Code de la propriété intellectuelle relatives à la gestion collective du droit de reproduction par reprographie. Avertissement de l'éditeur : « Toute utilisation ou traitement automatisé, par des tiers, de données personnelles pouvant figurer dans cette revue sont formellement interdits ».

