

Le risque et le fisc

(ou de quelques usages du chiffre par le droit)

Jean-Louis MÉDUS¹

Honorer un collègue et ami est toujours un moment ambivalent.

Moment heureux où l'on adresse un témoignage de reconnaissance et d'amitié au dédicataire des Mélanges qui a consacré son temps professionnel à l'enseignement et la recherche, et Christian Hoarau l'a fait mieux que tout autre avec le courage et le talent qu'on lui connaît qui n'ont d'égaux que son humilité et son sens de l'amitié. Moment difficile aussi car l'exercice est hélas souvent un prétexte élégant pour marquer le retrait professionnel d'un collègue. Nous avons cheminé côte à côte avec Christian Hoarau, l'un dans le chiffre, l'autre dans le droit, mais finalement très proches et c'est assez naturellement que j'ai voulu poursuivre (sans fin je l'espère...) cette promenade en croisant nos domaines de recherche.

"La comptabilité algèbre du droit" se plaisait-on à évoquer ; c'est dire que les deux domaines sont indéfectiblement liés. Désormais c'est l'analyse du risque et de la valeur, apanage par nature des gens du chiffre, qui tend à devenir une sorte de mètre étalon de la régularité, en matière fiscale, d'une décision de gestion. A la réflexion, le concept, manié tantôt par le juge de l'impôt tantôt par le législateur, n'est pas véritablement nouveau puisqu'il puise ses origines civilistes dans la théorie de la cause entendue comme la considération de la contreprestation dans les contrats à titre onéreux, avant que d'être formalisé au travers de la notion "d'acte anormal de gestion" qui a acclimaté en matière fiscale la notion d'acte conforme à l'intérêt social.

Le recours désormais répété à cette théorie du risque, pour censurer tantôt des décisions marquées par une prise d'un risque excessif (I) tantôt et à l'inverse l'absence de prise de risque (II), justifiait ce court essai de synthèse en hommage à Christian Hoarau.

1. La prise de risque excessif sanctionnée

La position traditionnelle de l'administration fiscale consiste à ne pas s'immiscer dans la gestion des affaires du contribuable, tout en sanctionnant les décisions portant atteinte à l'intérêt de l'entreprise ; c'est sur ce fondement de la théorie de l'acte anormal de gestion que la liberté (fiscale) du contribuable trouve ses limites dans l'*intérêt social* de l'entreprise². Cette notion d'intérêt social³ est certainement le fondement premier justi-

1. Professeur à l'Université de Paris Ouest - Nanterre.

2. CE 7 juillet 1958, n° 35977 Dupont p. 575 conc Poussière ; CE Ass Plénière 27 juillet 1984, affaire Renfort Services n° 34588, *RJF* 10/84 n° 1233 conc p. 562 ; voir la chronique de B. Plagnet "la non immixtion de l'administration fiscale dans la gestion des entreprises", *BF* 11/99 p. 687.

3. Sousi, "*L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*", Thèse Lyon III, 1974 ; Despax, "*L'entreprise et le droit*", *LGDJ* 1957 ; Schmidt, "De l'intérêt commun des associés" in *JCP* 1994, ed. E, I n° 404 et du même auteur, "De l'intérêt social" in *JCP* 1995, Ed. E, I n° 488 ; D. Porrachia et D. Martin, "Regard sur l'intérêt social", in *Rev. des sociétés* 2012, p. 475

fiant l'intervention du juge dans la vie de l'entreprise : elle reste d'un maniement délicat, le législateur en faisant certes mention dans divers textes, mais sans jamais pour autant la définir⁴. La notion, on le sait, est protéiforme et finalement très subjective ; parfois réduite aux seuls intérêts des associés, elle renvoie de plus en plus fréquemment à un cercle élargi d'intérêts catégoriels (salariés, créanciers,...) ce qui a fait dire à un auteur⁵ que « *l'intérêt de la société n'est en réalité que le reflet de l'intérêt de l'entreprise* ». Reste que dans son acception la plus traditionnelle, c'est la seule conformité à l'intérêt de l'exploitation qui sert à juger de la normalité fiscale d'un acte ou d'une décision. Dans ces conditions, la décision de gestion caractérisant une prise de risque excessive serait-elle par essence anormale et contraire à l'intérêt de l'exploitation ?

La jurisprudence fiscale semble progressivement dégager et ajouter ce critère, à celui classique tenant à la conformité aux intérêts de l'exploitation, pour apprécier la régularité de décisions intervenant entre tiers (A) mais aussi désormais celles prises entre sociétés liées (B).

1.1. Entre entités indépendantes

On trouve trace de cette théorie des risques en matière de BNC, pour lesquels, il est vrai, la théorie de l'acte anormal de gestion n'est pas applicable. En vertu de l'article 93, 1 du CGI ne sont seulement déductibles que les dépenses « *nécessitées par l'exercice de la profession* » incluant « *les pertes résultant de risques liés à l'exercice normal de la profession* »⁶ : à l'inverse, les dépenses résultant de pratiques non nécessaires à l'exercice de la profession et faisant courir un *risque anormal* au contribuable seront non déductibles⁷. Il faut attendre une première décision de 1979 pour que la notion de risque apparaisse, certes en filigrane seulement, dans la construction prétorienne relative à l'acte anormal de gestion. Le Conseil d'Etat, en validant la décision d'un architecte qui s'était porté caution sans rémunération pour un de ses clients importants, avait alors considéré que « *cette caution sans rémunération directe ne lui faisait pas courir un risque hors de proportion avec les revenus qu'il pouvait escompter de la poursuite de sa collaboration avec son client* »⁸.

En 1983 le Conseil d'Etat fait à nouveau mention de ce critère du « *risque excessif* » à propos de la pratique d'un agent immobilier mettant en relation des acquéreurs de fonds de commerce avec des dispensateurs de crédit et se substituant même aux acquéreurs défaillants pour assurer le remboursement du crédit aux prêteurs, considérant que « *cette pratique a pour intérêt le développement de son entreprise et ne lui fait pas courir un risque manifestement exagéré* »⁹.

4. On se rappellera que lors des débats sur l'adoption de la loi fondatrice du droit des sociétés (loi du 24 juillet 1966) M. Pleven avait déposé deux amendements visant à définir cette notion d'intérêt social pour que finalement le Garde des Sceaux de l'époque (M. Foyer), craignant que l'on érige cette notion en arme judiciaire absolue, n'obtienne le retrait de ces amendements (JOAN CR 12 juin 1965 p. 2031).

5. Despax, *op. cit.*, sous n° 192.

6. CE 20 décembre 1978 n° 8233, *RJF* 2/79 n° 75 conc D. Fabre Droit Fiscal 39/79 c. 1823 .

7. CE 29 octobre 1971 n° 80766, Dupont 422 ; CE 13 novembre 1996 n° 128088, Betous, *RJF* 1/97 n° 27 et la chronique de S. Austry et les conc de G. Bachelier sous BDCF 1/97 n° 13.

8. CE 14 février 1979 n° 10812, *RJF* 4/79 n° 220.

9. CE 28 septembre 1983 n° 34626, *RJF* 11/83 n° 1284.

Le célèbre (et très commenté) arrêt Loiseau est l'expression la plus aboutie de cette théorie du risque excessif ; un gérant de patrimoine, bien que n'y étant pas tenu contractuellement, avait décidé d'indemniser ses clients des pertes qu'ils avaient subies, le Conseil d'Etat refusant alors la déductibilité fiscale desdites indemnisations au motif que le gérant avait alors « pris un risque excédant manifestement les risques qu'un chef d'entreprise peut être conduit à prendre pour améliorer les résultats de son exploitation »¹⁰.

Au critère unique de l'intérêt de l'exploitation pour juger de la normalité d'une décision, le juge de l'impôt ajoutait la prise en compte du risque ; « il n'y a pas gestion anormale dès lors que le risque encouru serait seulement important, le risque est inhérent à la vie de l'entreprise, mais lorsque le risque devient tellement important qu'il excède manifestement celui qu'un chef d'entreprise peut être conduit à prendre, il devient étranger à l'intérêt même de l'entreprise »¹¹.

Quelques conclusions partielles se dégagent alors. D'une part le risque simplement important ne saurait conférer un caractère anormal à un acte¹², et d'autre part l'illicéité d'un acte néanmoins conforme à l'intérêt de l'entreprise ne constitue pas en soi un risque excessif quand bien même l'acte litigieux exposerait l'entreprise à des poursuites¹³... ce qui a fait dire à certains auteurs que le droit fiscal est pragmatique mais aussi immoral !¹⁴ C'est en matière d'abandons de créances que le juge fiscal a systématisé cette théorie en jugeant que des avances accordées à une entreprise en difficulté et le cas échéant un abandon desdites créances ne constituent pas un acte anormal de gestion « dès lors que cette pratique vise au développement de la société créancière... et ne lui fait pas courir un risque manifestement exagéré¹⁵ » : le Conseil d'Etat a réitéré cette jurisprudence dans une décision de 2010¹⁶.

C'est ensuite en matière de détournement de fonds par des salariés (normalement déductibles s'ils ont été commis à l'insu des dirigeants¹⁷), dans une espèce Alcatel CIT¹⁸, que le Conseil d'Etat a fait application de cette théorie pour estimer qu'une perte liée à des détournements commis par des salariés à l'insu des dirigeants n'était déductible que si la perte subie relevait d'un risque normal de la vie de l'entreprise ; la haute juridic-

10. CE 17 octobre 1990 n° 83310, affaire Loiseau, *RJF* 11/90 n° 1317 ; chronique de J. Turot "l'entrepreneur, le risque et le fisc. La notion d'acte, qui sans être étranger à l'intérêt de l'entreprise, lui fait courir un risque excessif" ; *RJF* 11/90 p. 735 conc. Fouquet *Droit fiscal* 48/91 c. 2281.

11. Cité par O. Fouquet dans ses conclusions sous l'arrêt Loiseau.

12. CE 28 juillet 2000 n° 181713, société Charvet, *RJF* 11/00 n° 1205, conc. J. Courtial sous *BDCF* 11/00 n° 114.

13. CE 7 janvier 2000 n° 186108, affaire Philippe, *RJF* 2/00 n° 162 et conc. G. Bachelier sous *BDCF* 2/00 n° 17 où l'on apprend que l'acte illicite ne devient anormal que lorsqu'il est étranger aux intérêts de l'entreprise.

14. M. Cozian, "Illicéité et anormalité" in *Grands principes de la fiscalité des entreprises*, Litec 4^e Ed. 1999, thème 7.

15. CE 30 mai 2007 n° 285575, affaire Peronnet et n° 285573 affaire Peronnet et associés, *RJF* 10/07 n° 1012 et conc. F. Seners sous *BDCF* 10/07 n° 104.

16. CE 22 janvier 2010 n° 313868, affaire Sté d'acquisitions immobilières, *RJF* 4/10 n° 335 conc. N. Escaut *droit fiscal* 11/10 c. 230.

17. CE 4 février 1972 n° 79721, Dupont p. 140.

18. CE 5 octobre 2007 n° 291049 affaire Alcatel CIT, *RJF* 12/07 n° 1381, conc. N. Escaut sous *BDCF* 12/07 n° 137 ; chronique de J. Burguburu "Acte anormal de gestion ; le juge prend-il trop de risques ?" *RFJ* 4/08 p. 331.

tion considère que la carence manifeste des dirigeants dans le contrôle de l'entreprise correspondait *de facto* à une prise de risque excessive. Ce n'est, à la réflexion, pas tant le risque attaché à la décision litigieuse qui est en cause, que celui lié à l'attitude et la négligence des dirigeants, jugé excessif au regard de l'intérêt de l'entreprise, ayant permis la commission d'un acte générateur de pertes.

En matière d'octroi de garantie, s'il apparaît que le risque encouru du fait de cet engagement de garantie est excessif au regard de l'avantage, de la contrepartie que le garant peut en retirer, la perte résultant de l'exécution de la garantie sera non déductible. C'est enfin en matière de placements financiers que le juge de l'impôt¹⁹ vient d'indiquer que « *si compte tenu des circonstances dans lesquelles il intervient et de l'objet qu'il poursuit, un placement financier excède manifestement les risques qu'un chef d'entreprise peut, eu égard aux informations dont il dispose, être conduit à prendre, dans une situation normale* », la perte en résultant sera non déductible²⁰.

Ainsi, le fait que le placement opéré fasse courir un risque excessif à l'entreprise suffit à démontrer qu'il est étranger à l'intérêt social de cette dernière.

Alors que le rapporteur L. Olléon invitait les juges à la prudence en indiquant dans ses conclusions que « *il semble hautement inopportun que votre jurisprudence s'engage dans une voie qui conduirait à faire regarder comme un acte anormal de gestion une décision de gestion prise initialement dans l'intérêt de l'entreprise du seul fait que l'opération n'a in fine pas généré les profits escomptés* », il faut bien admettre que la brèche dans l'édifice de la non immixtion de l'administration fiscale dans la gestion de l'entreprise est désormais béante. L'enfer (fiscal) est pavé de bonnes intentions ! La notion de risque excessif permet assurément à l'administration d'aller au-delà du seul critère classique de l'acte conforme aux intérêts de l'exploitation, pour opérer une appréciation in concreto et subjective de la gestion de l'entreprise.

1.2. Entre entités liées

Dernier bastion à être investi par cette théorie, les relations intra-groupe. On sait qu'en cette matière, sans véritablement reconnaître un intérêt fiscal de groupe, l'administration, et à sa suite le juge fiscal, admettent volontiers que l'existence d'un groupe est de nature à justifier des décisions qui, prises entre tiers, auraient été jugées anormales²¹. Cette clémence jurisprudentielle s'applique dans l'ordre interne français²² mais aussi international²³. En substance, la contrepartie directe ou indirecte que l'entreprise peut

19. CE 27 avril 2011 n° 319472, Ferrand et conc L. Olléon sous *BDCF* 7/11 n° 84 ; CE 27 avril 2011 n° 327764, Sté Legeps et conc L. Olléon sous *BDCF* 7/11 n° 81 ; la chronique de C. Raquin "L'évaluation du risque pris par les entreprises conduit-elle l'administration à s'immiscer dans leur gestion ?" sous *RJF* 7/11 n° 783, p. 699.

20. Dans cette espèce Sté Legeps une entreprise avait déposé plusieurs millions sur le compte d'une banque étrangère exotique (au Vanuatu), cette somme devant être rémunérée à 8 % et servir à obtenir un emprunt à taux réduit ; la banque ayant été liquidée, l'entreprise avait passé son dépôt en perte.

21. Pour une synthèse de la jurisprudence, cf. J.L. Médus "Le traitement fiscal des conventions entre sociétés liées" in *Les Petites Affiches* mars 2005 n° 50 p. 3 ; F. Deboissy, in *Etudes à la mémoire du Professeur M. Cozian*, Ed. LexisNexis 2009 "Acte anormal de gestion et groupe de sociétés : orthodoxie juridique versus réalisme économique" p. 263 et spec. p. 286.

22. CE, 7^{ème} et 8^{ème} ss-sections, 21 novembre 1980.

23. CE, 7^{ème}, 8^{ème} et 9^{ème} ss-sections 27 nov 1981 ; 11 février 1994, affaire Lattès, *RJF* 4/94 n° 396.

Chapitre 4 : L'utilisation de l'information comptable
Le risque et le fisc (ou de quelques usages du chiffre par le droit)

retirer de ses relations avec des sociétés liées est variable, qu'il s'agisse de relations d'affaires ou de relations capitalistiques ; l'administration admet ainsi qu'une société retire un avantage d'une décision, et cause valablement son engagement, en préservant ses relations d'affaires, ses débouchés²⁴, en sauvant une filiale du dépôt de bilan et évitant d'entacher le renom du groupe, en sauvegardant le renom du groupe auprès des établissements bancaires²⁵ ... pour autant toutefois que « *la société (consentant les aides) n'ait pas poursuivi des fins étrangères à son propre intérêt* »²⁶.

Pour autant le juge de l'impôt faisait déjà application, sinon de la théorie du risque, du moins d'une analyse économique de l'avantage retiré de l'opération, n'hésitant pas à refuser la déductibilité d'abandons de créances entre sociétés liées au motif que les avances étaient disproportionnées par rapport au chiffre d'affaires réalisé avec les filiales soutenues²⁷.

En matière d'octroi de garantie, le juge fiscal avait déjà aussi eu l'occasion de sanctionner le garant ayant pris un risque excessif en garantissant les engagements de la filiale, alors qu'existait une disproportion entre le montant garanti et le taux de détention de la filiale.

Le Conseil d'Etat, dans une récente espèce Fralsen/Timex²⁸, vient explicitement de faire application de cette théorie du risque excessif dégagé au travers de la jurisprudence Legeps de 2011 dans un cas où une société-mère, après avoir consenti des avances importantes (bien que rémunérées) à sa filiale en difficulté dont la mauvaise santé financière semblait compromettre le remboursement des avances, avait recapitalisé sa filiale avant que de lui consentir de nouvelles avances finalement abandonnées : l'administration refusa la déductibilité fiscale de ces avances au motif du risque excessif ainsi pris par la société-mère envers sa filiale. Si au final le Conseil d'Etat va donner raison à la société-mère ayant consenti les avances²⁹, il est symptomatique de relever que dans sa décision du 16 novembre 2011 puis dans celle du 11 juin 2014 la haute juridiction invite à examiner l'existence et l'ampleur du risque pris en consentant de telles avances ; une sorte de proportionnalité semble ainsi devoir exister entre les intérêts sauvegardés par la maison-mère (débouchés commerciaux, protection du nom, absence de mise en cause

24. CAA Paris, 1^{er} octobre 2007, n° 04-747, Sté Radiall, *RJF* 4/08 n° 277.

25. CE 11 avril 2008, n° 284274, Sté Guy Dauphin environnement, *Droit fiscal* 2008 n° 24, comm 371 ; sur cette décision voir M. Buchet, *droit des sociétés* août-sept 2008, n° 193 ;

26. Dans ce sens Doc. Adm. DGI, 4-C-111 du 30 octobre 1997 sous n° 8 ; il n'existe bel et bien pas d'intérêt autonome et supérieur de groupe qui primerait les intérêts propres de chaque société composant ce groupe ; tout au plus l'existence du groupe permet d'étendre le champ des justifications possibles à une décision de gestion.

27. CE 26 mars 2008, n° 296625, Sté Tornier, *RFJ* 06/08 n° 639.

28. CE 11 juin 2014 n° 363168, *RJF* 10/14 n° 872.

29. Le juge de premier instance (TA de Besançon 17 juin 2007 n° 0500390) avait suivi l'administration dans sa thèse avant que la CAA de Nancy n'invalide ce jugement par un arrêt du 5 février 2009 n° 07NC0088 inédit ; le Conseil d'Etat saisi en cassation va censurer (CE 16 novembre 2011, n° 326913, *RJF* 8-9/12 n° 799) la décision d'appel en affirmant que « *les pertes résultant du non-remboursement de créances détenues par une entreprise ne relèvent d'une gestion normale que s'il apparaît qu'en constituant de telles créances l'entreprise a agi dans son propre intérêt... lequel intérêt n'est pas méconnu lorsqu'une entreprise consent à sa filiale des avances de trésorerie rémunérées dans des conditions normales... mais qu'il importe que le juge se prononce sur l'existence et l'ampleur du risque pris en consentant ces avances* » pour apprécier leur régularité ; la Cour de Nancy (CAA Nancy 2 août 2012 n° 11NC01938 inédit) va trancher comme juridiction de renvoi avant que d'être censurée par le Conseil d'Etat par sa décision précitée du 11 juin 2014.

de sa responsabilité...) au moyen de son soutien financier, et le niveau de risque pris par la société-mère.

Comme le souligne justement un praticien avisé³⁰, « *les sociétés-mères consentant des avances à une filiale en difficulté de trésorerie pourraient être dorénavant contraintes de s'interroger sur le point de savoir si la persistance de leur comportement n'est pas de nature à révéler une prise excessive du risque de non-remboursement* ».

2. L'absence de prise de risque sanctionnée

Position plus novatrice, l'analyse du risque et particulièrement du "risque actionnarial" permet aussi à l'administration fiscale et au juge de l'impôt d'apprécier la normalité de décisions d'investissement, de requalifier certaines situations et censurer des options fiscales du contribuable. Ainsi en va-t-il particulièrement en présence des mécanismes d'intéressement des salariés au capital de leur entreprise, lesquels³¹ visent à organiser le partage d'une plus-value actionnariale entre un (ou plusieurs) associés "actifs", salariés ou dirigeants d'une entreprise, et les autres associés de cette même entreprise.

Résumé à sa plus simple expression et finalité, l'objectif consiste à opérer un partage de la valeur actionnariale finale non pas en fonction du poids respectif initial des associés au sein du capital social, mais à raison du rendement dégagé sur leur investissement par les investisseurs financiers ou associés "passifs" (que ce rendement s'exprime en TRI ou en multiple sur leur investissement) ou en fonction des performances économiques de l'entreprise. L'associé "actif", parfois simple associé "potentiel" car ne détenant que des titres optionnels, est avant tout un salarié ou dirigeant actif dans la gestion quotidienne de l'entreprise, de telle sorte qu'une interrogation revient en boucle : le gain réalisé par cet associé "actif" au moment de la cession de ses droits sociaux est-il rattachable à son statut de salarié ou de dirigeant et à ce titre taxable comme un revenu inconnu (article 92,1 du CGI) ou en traitements et salaires (articles 79 et 82 du CGI), ou constitue-t-il bel et bien une plus-value sur cessions de valeurs mobilières ?

Le juge de l'impôt a concentré son analyse sur la qualification juridique des situations avant que d'énoncer désormais le critère de l'absence ou l'insuffisance de prise de risque actionnarial pour sanctionner certains schémas d'intéressement de salariés et dirigeants.

2.1. Les prémices des difficultés ; le débat sur la requalification du gain actionnarial réalisé par un salarié

L'administration fiscale a très tôt manifesté sa méfiance à l'endroit de ces options d'achat et autres mécanismes associant des dirigeants et salariés aux performances actionnariales de l'entreprise, stigmatisant les mécanismes par lesquels « *des groupes de sociétés permettaient à leurs dirigeants d'obtenir des avantages financiers importants,*

30. P. Le Roux, "La théorie du risque manifestement excessif dans les relations intra-groupe", in *RJF* 10/14 n° 872.

31. Sur ce thème, du même auteur, "Le manager, la transmission d'entreprise et le fisc" in *Ecrits de fiscalité des entreprises : études à la mémoire du Professeur Maurice Cozian*, ed. LexisNexis, 2009 ; voir encore Medus "Le salarié ou dirigeant-actionnaire : réflexions sur la fiscalité des management package", in *Bull Joly Sociétés*, Mai 2012, n° 215 pp. 453 à 463.

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 »³². Le débat portait déjà bel et bien sur la prise de risque actionnarial, l'administration évoquant dès 1995 "les conditions préférentielles" d'octroi, mais c'est le thème de la requalification qui l'emportait du fait de la confusion des genres.

L'administration poursuivait en précisant que « (...) que les sociétés en cause s'étaient privées d'un gain important au bénéfice des intéressés et que ceux-ci avaient, soit omis de déclarer l'avantage correspondant, soit l'avaient déclaré dans la catégorie des plus-values sur valeurs mobilières, inappropriée dans les circonstances de l'espèce » ; elle en concluait que dans une telle situation « où un dirigeant salarié ou toute autre personne en relation d'affaires avec un groupe de sociétés bénéficie d'options de souscription ou d'achat d'actions en dehors du dispositif légal, ou se voit offrir la possibilité d'acheter ou/et de vendre dans des conditions préférentielles des titres d'une société, elle se réserve le droit de requalifier le gain réalisé à cette occasion et de le taxer non pas dans la catégorie des plus-values sur valeurs mobilières mais [...] au barème progressif de l'impôt sur le revenu ». L'administration réaffirmait sa position dans une réponse ministérielle Baeumler du 14 mai 2001 considérant que « tous les avantages en nature ou en argent accordés à un salarié, qui trouvent leur origine dans le contrat de travail liant l'intéressé à son employeur, entrent dans le champ d'application de l'impôt sur le revenu et sont imposables, au même titre que la rémunération principale, dans la catégorie des traitements et salaires [...] »³³. On était clairement sur le terrain de la requalification.

L'écart de traitement fiscal qui s'est creusé au fil du temps entre, d'une part des régimes nommés (options de souscription ou d'achat d'actions des articles L.225-177 et suivants du code de commerce, et actions gratuites visées aux articles L. 225-197-1 à 225-197-6 du code de commerce) de plus en plus lourdement imposés, et d'autre part les outils modernes du management package (bons autonomes, options d'achat, *sweet equity*...), n'est certainement pas étranger à l'engouement des praticiens pour ces derniers, et à la vigilance accrue de l'administration à leur endroit.

Au travers d'avis récents le Comité de l'abus de droit fiscal, à propos d'une opération de LBO sur une entreprise de distribution, évoqua à nouveau cette problématique face à un dirigeant qui avait – en sus d'actions – souscrit des bons autonomes d'une holding de rachat par l'intermédiaire de son PEA, bons qu'il revendra (sans les exercer) deux ans plus tard lors de la cession du groupe en réalisant à cette occasion une plus-value. L'administration ne contestera pas tant le prix de souscription desdits bons (qui ne représentait pourtant que 2 % de la valeur de l'action au moment du LBO en 2005), mais dénierait le bénéfice du régime de faveur du PEA au dirigeant en question au motif que ce mécanisme « dissimulait un contrat d'intéressement lié à son activité dans la reprise et le développement du groupe, basé sur l'appréciation de la valeur de la holding de rachat [...] et que le contribuable avait ainsi entendu déguiser des gains de nature salariale, conditionnée à ses résultats en tant que dirigeant du groupe, en gains de cessions de titres »³⁴.

La doctrine mit très tôt en garde contre cette tentation de la requalification systématique du gain actionnarial en revenu innomé ou en salaires au prétexte que son bénéficiaire

32. V. notamment instr. 12 mai 1995 : BOI 5 S-9-95.

33. Rép. Min Économie à J.-P. Baeumler, n° 50871, 18 sept. 2000, JOAN Q., 14 mai 2001, p. 2810.

34. BOI, séance du 25 octobre 2012, affaire n° 2012-38.

serait dirigeant et/ou salarié de l'entreprise dont les droits sociaux sont cédés³⁵. La ligne de partage des eaux, fruit d'une construction prétorienne, semblait d'ailleurs tracée.

Le Conseil d'Etat a en effet élaboré au fil du temps une jurisprudence distinguant d'une part les situations (qui doivent demeurer l'exception) où le gain en capital s'analyse « *comme la contrepartie directe d'une activité personnelle déployée par le cédant, exercée à titre professionnel, en vue d'augmenter la valeur des titres cédés* »³⁶ auquel cas ce gain sera requalifié en revenu innomé voire en salaires, et d'autre part les autres hypothèses où le gain en capital, quoique réalisé par un dirigeant et/ou salarié, demeurera néanmoins taxable au titre du régime des plus-values sur cessions de valeurs mobilières. En d'autres termes, et tel est bien le principal enseignement de la jurisprudence *Serfaty*³⁷, le seul fait de diriger une entreprise tout en étant associé de celle-ci, ne peut suffire à entraîner la requalification en salaires ou en revenus innommés des gains réalisés par ledit dirigeant lors de la cession de ses titres ; l'activité déployée par un dirigeant agissant en cette qualité ne caractérisera pas nécessairement « *l'activité professionnelle autonome et personnelle* »³⁸.

Encore faut-il noter que la jurisprudence concernait un dirigeant ou un salarié véritablement associé, et non pas simplement bénéficiaire de titres optionnels. Mais le principe demeure applicable à l'identique lorsque le dirigeant ou salarié n'est qu'un associé "potentiel" car titulaire seulement d'options d'achat d'actions ou de bons autonomes. Dans ce sens au demeurant, la cour administrative d'appel de Paris, dans une décision du 29 juillet 2011³⁹, va reprendre les considérants de la jurisprudence *Serfaty* et les appliquer à une hypothèse où l'administration tentait de requalifier en revenu innomé le gain issu de la cession par un dirigeant de BSA (bons autonomes) "secs", c'est-à-dire non exercés ; la Cour va rejeter les prétentions de l'administration dès lors qu'il n'était pas démontré que « *le gain réalisé lors de la cession des BSA avait pour contrepartie une activité déployée par le requérant (dirigeant) en dehors de ses fonctions de dirigeant de l'entreprise* ».

Assez curieusement le juge de l'impôt ne se prononçait pas véritablement sur l'analyse économique des opérations.

35. Concl. E. Glaser, *Dr. fisc.* 2009, comm. n° 5353, sous CE, 3^e et 8^e ss.-sect., 27 juill. 2009, n° 300456, M. Billon – E. Ginter, "Il faut qu'une porte soit ouverte ou fermée", note sous CE, 18 janv. 2006, n° 265790 et 265791, *Serfaty* : *BGFE* 3/06, p. 1. ; V. Daumas, "L'insoutenable légèreté des gains issus de capitaux mobiliers" : *RJF* 12/09, chron., p. 949 – l'arrêt du Conseil d'État du 27 juillet 2009 annule un arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon du 2 novembre 2006 (CAA Lyon, 2 nov. 2006, n° 02-2146 : *RJF* 4/07, n° 474) ; cf. encore M. Fourriques, "Imposition des produits de cession de titres réalisés par les dirigeants de sociétés : régime des plus-values ou BNC ?" : *BJS* déc. 2009, p. 1144, n° 231.

36. CE, 8^e et 3^e ss.-sect., 7 nov. 2008, n° 301642, Fontana et De Framond, censurant CAA Paris, 4 déc. 2006, n° 05PA04472 : *Dr. fisc.* 2007, comm. n° 475 ; *RJF* 2007, n° 497.

37. CE, 9^e et 10^e ss.-sect., 18 janv. 2006, n° 265790 et 265791, *Serfaty*, *op. cit.* : *RJF* 2006/4, n° 378 ; *Dr. fisc.* 2006, comm. n° 649, concl. C. Vérot, note E. Meier ; *RJF* 2006/4, n° 378 ; *BDCF* 2006/4, n° 48, concl. C. Vérot ; *BGFE* 2006/2, p. 16, obs. Y de Givré.

38. Dans ce sens O. Fouquet, "Dans quelles conditions les plus-values sur les titres non cotés peuvent-elles constituer des bénéfices non commerciaux" ? : *Dr. fisc.* 2009, chron. p. 3.

39. CAA Paris, 9^e ch., 29 juill. 2011, n° 09PA04569 ; *Dr. sociétés* 2012, p. 43, obs. J.-L. Pierre, décision infirmant un jugement du tribunal administratif de Paris du 16 juillet 2009.

2.2. ...où le juge de l'impôt découvre la théorie du "juste prix" et la notion de prise de risque actionnarial

C'est par une décision de la cour administrative d'appel de Paris du 28 novembre 2012⁴⁰ que le juge de l'impôt a fourni un éclairage et des enseignements intéressants sur ce qu'il est convenu de nommer le "juste prix d'une promesse" et a consacré cette application de la théorie de "la prise de risque actionnarial" aux instruments d'intéressement des salariés. Le mécanisme d'intéressement reposait en l'espèce sur une option d'achat d'actions (un instrument purement contractuel par opposition à une option qui serait incluse dans une valeur mobilière telle qu'un bon autonome ou un BCE).

Les faits de l'espèce sont classiques. Un dirigeant-salarié est invité (en septembre 1999) à participer à une opération de LBO sur un groupe B, opération structurée via une holding financière dont le dirigeant en question est associé⁴¹ et auquel il est proposé, par les investisseurs promoteurs du projet, d'augmenter à terme son taux de participation en disposant de la faculté d'exercer une option d'achat sur des actions de cette holding. La promesse de vente de titres ainsi consentie au dirigeant précise d'une part que le nombre d'actions qu'il peut acquérir sera fonction du TRI dégagé par les investisseurs sur leur investissement (et croissant avec l'augmentation dudit TRI), et que d'autre part l'exercice de cette option d'achat est conditionnée à la présence de son titulaire comme dirigeant au sein du groupe B pendant une période d'au moins cinq ans⁴². Au dirigeant qui prétendait soumettre cette plus-value au régime des cessions de valeurs mobilières, l'administration et à sa suite la Cour administrative d'appel de Paris vont lui dénier ce régime de faveur pour considérer que le gain résultant de cette cession d'actions constituait en réalité un complément de rémunération taxable au barème progressif de l'impôt sur le revenu dans la catégorie des traitements et salaires.

La Cour va stigmatiser tour à tour le fait que la promesse n'avait été consentie à son titulaire qu'en raison de l'exercice de ses fonctions de directeur général du groupe B, mais surtout le caractère modique de l'indemnité d'immobilisation acquittée lors de l'octroi de la promesse. En d'autres termes, non seulement la promesse n'était qu'une sorte d'accessoire au statut de dirigeant-salarié, et l'on retrouve là les considérants de la jurisprudence en matière de requalification, mais surtout ce dirigeant n'avait pas pris de risque actionnarial, ce que la Cour va exprimer comme suit :

« *Considérant que la faculté (pour un 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,*

40. CAA Paris, 2^{ème} Ch., 28 novembre 2012, n° 11PA03464, jurisdata n° 2012-033233 ; sur cette décision, voir J.L. Medus, "Actualités fiscales sur la requalification fiscale des management packages" in *JCP ed entreprise*, la *Semaine Juridique*, 24 octobre 2013, n° 1592, pp. 53 et s.

41. Le dirigeant détenait (hors option d'achat) directement et indirectement 99.920 actions sur un total de 1,6 millions d'actions, soit environ 6,24 % du capital.

42. L'économie résumée de l'opération est la suivante ; le dirigeant a acquitté (en septembre 1999) "un prix" (on parle aussi fréquemment d'indemnité d'immobilisation) de 15 030 € pour la promesse lui permettant d'acquérir (en décembre 2004) 35 718 actions pour un prix d'exercice global de 272 171,16 €, actions qu'il revendra le lendemain de leur acquisition pour un prix global de 2 349 458,6 € ; le prix de la promesse représentait donc en l'espèce environ 5,5% du coût d'acquisition des actions... et encore faut-il mentionner que ce pourcentage pourrait être inférieur en fonction du nombre total d'actions sous promesse, cette dernière donnée ne se déduisant pas de la lecture des faits.

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 [...] ; que la circonstance que le prix d'acquisition accordé en 1999 ait été le prix du marché à cette époque est sans portée dès lors que l'avantage consenti au manager résultait de la possibilité qui lui était donnée d'acquérir ou de ne pas acquérir les actions en fonction de l'évolution de leur cours ».

La solution n'est pas à l'abri de critiques ; on regrettera notamment que la Cour consacre un pouvoir d'attraction excessif du statut de salarié sur les éléments composant traditionnellement un management package, faisant fi de la construction jurisprudentielle précitée du Conseil d'Etat en cette matière. Cette notion de "prise de risque actionnarial" présente deux facettes en pratique dont l'administration, et à sa suite les juridictions, s'attachent à vérifier la consistance.

La première a trait à la valeur même de l'instrument souscrit par le dirigeant ou le salarié ; ce dernier s'est-il vu consentir des conditions préférentielles pour acquérir des actions ou des bons ? C'est le sens de la doctrine administrative initiale de 1995. C'est au demeurant sur ce motif que le tribunal de Strasbourg a jugé que l'acquisition à un prix préférentiel d'actions de la société qui l'emploie par un salarié constituait un salaire⁴³.

La seconde facette est relative au prix acquitté par le dirigeant ou salarié pour acquérir les instruments (options, bons) de management package, indépendamment du prix d'exercice du sous-jacent auquel donnent accès ces bons ou options. Le salarié et/ou dirigeant concerné assume-t-il une véritable "prise de risque", et s'expose-t-il à un aléa, à un réel risque de perte à l'instar d'un associé ? Dès lors que les gains du dirigeant ne présentent aucun caractère aléatoire (car les bons ou promesses lui ont été consentis gratuitement ou à vil prix) ou que les investissements réalisés par le salarié et/ou dirigeant sont totalement disproportionnés par rapport à ceux des investisseurs, l'administration y décèle une situation justifiant la requalification en revenu inconnu ou en salaire du gain issu de la vente des titres. L'Autorité des Marchés Financiers retint la même analyse en précisant qu'elle veillait à ce que les plans d'attribution de bons autonomes, consentis en marge des mécanismes de l'actionnariat salarié aux dirigeants d'entreprises faisant appel public à l'épargne, traduisent une « *prise de risque immédiate de chacun des bénéficiaires, à raison du prix qui leur est demandé pour acquérir les bons [...] ces émissions de BSA réservées aux salariés et aux dirigeants portant un très fort risque de requalification fiscale et sociale* »⁴⁴. La jurisprudence a relayé cette position de l'administration en mettant l'accent sur l'une des caractéristiques spécifique au statut d'associé et distinctive d'autres qualifications, à savoir *la prise de risque actionnarial*⁴⁵, dans une espèce où un dirigeant désigné par un associé majoritaire pour redresser une entreprise se vit octroyer par ce même associé des actions dont le dirigeant n'acquitta le prix que le jour de leur revente, bénéficiant ainsi d'une sorte de crédit-vendeur gratuit de la part de l'associé majoritaire qui avait fait appel à ce dirigeant en lui permettant ainsi d'accéder au statut d'associé sans déboursier le prix des actions. Le tribunal administratif va considérer dans un premier temps 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*

43. TA Strasbourg, 8 mars 2005, n° 01-3211, Weingaessel : *RJF* 2006, n° 383.

44. *Bull. COB*, mars 2002, n° 366, p. 89 et 90.

45. TA, Cergy-Pontoise, 5^e ch., 7 juill. 2006, n° 0163868, Bandeville : *RJF* 2006, n° 430.

*pour le compte de cette société ne permet pas, à elle seule, de requalifier en bénéfice non commercial la plus-value réalisée », pour, dans un second temps, juger que « 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** ».*

C'est ici que nos chemins se croisent avec mon collègue et ami Christian Hoarau, le fiscaliste appelant le financier à la rescousse afin de justifier solidement la valorisation des bons ou options conférés à un dirigeant ou salarié⁴⁶ ou pour structurer des mécanismes robustes de *sweet equity*⁴⁷.

46. Sur cette pratique, cf. M. Nussembaum et T. Guérou, Évaluation des management packages et des carried interest, conférence IMA du 30 sept. 2008 sous www.sorgem.com – T. Bouvet, F. Dubuisson et H. Philippe, Matinales de la SFEV, Bsar, stock-options, management package – les modèles d'évaluation d'options dans la pratique, 23 mai 2008 sous www.sfev.org.

47. Par ce mécanisme, le dirigeant/salarié investit en totalité en capital social (actions ou parts ou actions à bons de souscription d'actions [Absa] ou actions/parts de préférence) les ressources qu'il apporte à l'entreprise, tandis que les associés "passifs" ou investisseurs financiers se verront imposer de ventiler les ressources qu'ils amènent entre capital social immédiat (actions ou parts sociales), capital différé (la plupart du temps des obligations convertibles (OC) ou des obligations à bons de souscription d'actions [Obsa]) voire avance ou compte-courant d'associé. Il en résulte logiquement une moindre dilution subie par le dirigeant/salarié au capital de la société qui permet à terme de moduler la part de valeur actionnariale appréhendée par les associés passifs ou investisseurs ; en effet, en fonction du degré de non-conversion des OC ou du défaut (total ou partiel) d'exercice des Obsa ou encore selon le taux de conversion ou d'exercice applicable aux OC ou Obsa, le salarié ou dirigeant verra son niveau initial de participation au capital plus ou moins entamé. Sur ce procédé, cf. P. Delecourt et M. Fine, *Négocier une entreprise*, éd. Gualino, 2008, spéc. p. 268 et s. sous le thème "Le management package : au bonheur des managers".