

Fiscalité des personnes

225 L'actualité jurisprudentielle des *management packages*

Tristan AUDOUARD,
avocat associé, cabinet Jeausserand Audouard

Nicolas DRAGUTINI,
avocat, cabinet Jeausserand Audouard



Tantôt protectrice des intérêts des managers sur le terrain fiscal, tantôt renversante en matière sociale, la jurisprudence 2017 relative aux *management packages* fut aussi riche que surprenante. Précisément, trois décisions du juge fiscal, deux décisions du juge social et un avis du Comité de l'abus de droit fiscal auront contribué ensemble à dessiner un peu plus les contours du régime des gains issus de *management packages*.

1 - Le *management package* désigne l'ensemble des instruments financiers souscrits par les dirigeants et principaux cadres d'un groupe, généralement à l'occasion de l'acquisition de celui-ci dans le cadre d'une opération de type LBO, leur permettant de « capter » une partie de la plus-value lors de la revente du groupe.

Jusqu'à récemment, l'enjeu consistait essentiellement dans la qualification fiscale du gain en découlant, l'imposition pouvant varier sensiblement selon que le gain était qualifié de plus-value (bénéficiant éventuellement du régime favorable du PEA) ou de salaire. La dernière loi n° 2017-1837 du 30 décembre 2017 de finances pour 2018 est d'ailleurs venue rendre cet enjeu encore un peu plus criant, dans la mesure où les plus-values de cession de valeurs mobilières profitent depuis le 1^{er} janvier 2018 d'une imposition forfaitaire au taux de 30 %.

L'enjeu social (*i.e.* l'assujettissement du gain aux charges salariales et patronales), très discret jusqu'à présent, a néanmoins été placé cette année sous les feux de l'actualité grâce à deux décisions d'appel très remarquées.

La présente étude a pour objet de revenir sur les décisions marquantes intervenues récemment dans le domaine des *management packages*, et de mettre en lumière les différences d'analyse entre le juge fiscal et le juge social.

Comme nous le verrons, là où la jurisprudence fiscale, progressivement aguerrie, se sera stabilisée (1), la toute nouvelle jurisprudence du juge social aura soulevé de nombreuses interrogations (2).

1. Les enseignements du juge fiscal : consolidation d'une grille de lecture

2 - Pour le juge fiscal, le risque capitalistique est bien la pierre angulaire du régime des gains de *management packages* (A), relativisant par là-même la portée du lien salarial unissant le manager au groupe dans lequel il investit (B). Confronté à un schéma inédit de

management package, le Comité de l'abus de droit n'aura quant à lui pas fait mentir cette grille de lecture (C).

A. - La prise de risque capitalistique est l'élément clef du régime des plus-values

1° La décision Royal Moto France

3 - Il serait tentant de qualifier la décision Royal Moto France rendue par la cour administrative d'appel de Versailles le 26 janvier 2017¹ de « Gaillochet bis » tant le mécanisme – gratuit – de rétrocession mis en place dans cette affaire se rapprochait, non pas dans sa conception mais dans ses effets, de celui mis en œuvre dans l'affaire Gaillochet² (lequel, rappelons-le, reposait sur une promesse de vente « souscrite » par des managers à un prix qualifié de « modique » par le juge).

En l'espèce, un dirigeant-associé d'un groupe formé par la société Financière Royal Moto France participa en 2002, avec cinq autres investisseurs financiers, à l'opération de reprise du groupe en apportant une partie de sa participation (réinvestissement de 37 999 actions pour un montant de 379 990 €) à la société Action Sport Holding créée à cet effet. En sus de la documentation classique d'investissement avait été conclue une « convention de partage de plus-value » au titre de laquelle chaque investisseur financier s'engageait à reverser au dirigeant-associé une quote-part de la plus-value susceptible d'être réalisée sur l'opération au débouclage de celle-ci. La convention avait été conclue à la double condition que (i) le dirigeant-associé conserve ses fonctions au sein du groupe pendant

1. CAA Versailles, 1^{re} ch., 26 janv. 2017, n° 14VE02824 : JurisData n° 2017-004363 ; Dr. fisc. 2017, n° 49, comm. 568, concl. S. Rudeaux, note J.-L. Médus ; RJF 5/2017, n° 429.

2. 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. Jeausserand et T. Audouard ; RJF 12/2014, n° 1099.

toute la durée de l'opération et (ii) qu'il y apporte une partie de sa participation initiale ; le déclenchement de la rétrocession de plus-value était quant à lui soumis à la condition que le prix de cession de la participation détenue par les investisseurs financiers leur permette d'atteindre certains seuils de performance (calculés en multiple de l'investissement et taux de rendement interne – TRI) et que le dirigeant-associé soit encore présent dans le groupe au moment de la cession.

En 2006, les investisseurs cédèrent l'intégralité de leurs titres. La convention de rétrocession signée quatre années plus tôt se déclencha alors et une plus-value substantielle fut rétrocédée au dirigeant-associé qui réalisa ainsi un gain supérieur à celui qu'il aurait en principe dû réaliser sur la seule cession de ses 37 999 actions. Il déclara l'intégralité des gains (*i.e.* la plus-value ordinaire et l'excédent perçu en application de la « convention de partage de plus-value ») en tant que plus-values sur cession de valeurs mobilières. Cela entraîna les foudres de l'administration fiscale qui contesta l'application du régime des plus-values pour la fraction représentant la rétrocession de plus-value par les investisseurs financiers.

Saisi en première instance, le tribunal administratif de Cergy avait tranché en faveur du contribuable³. Rendue sous les très éclairantes conclusions de son rapporteur public Madame Sandrine Rudeaux, la décision de la cour administrative d'appel de Versailles du 26 janvier 2017 n'ira pas dans ce sens et rappellera dans son point 7 la nécessaire condition d'existence d'un risque capitalistique : « eu égard à ses conditions de versement et à ses modalités de calcul, le gain que les investisseurs sont convenus de verser [...] a essentiellement la nature, non de la compensation d'un risque encouru par M. L. en qualité d'investisseur, lequel trouve sa rétribution dans la plus-value retirée par l'intéressé lui-même de la cession de ses propres parts [...], mais celle d'un versement en capital, à caractère incitatif, par lequel les actionnaires de la société ASH, à proportion de leur quote-part dans le capital de la société, ont décidé de rétribuer 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 qualifiée de partage de plus-value du 31 décembre 2002 pouvait se traduire par un gain pour M. L. si les objectifs de rentabilité stipulés 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** ».

Alors que le dirigeant n'avait à aucun moment été propriétaire des titres donnant lieu à plus-value complémentaire, la cour rappelle l'essentiel : à défaut de propriété des titres, il ne saurait y avoir de prise de risque ; sans prise de risque, le régime des plus-values sur valeurs mobilières ne saurait s'appliquer, seule la fraction du gain afférente aux 37 999 actions réellement acquises puis vendues pouvant bénéficier du régime des plus-values sur valeurs mobilières. Notons à cet égard que certains éléments pris en compte par la juridiction de première instance pour caractériser l'existence d'un risque supplémentaire justifiant un traitement en plus-value (en particulier la participation du dirigeant à plusieurs garanties de passif) ne sont même pas évoqués dans la décision d'appel, qui semble donc uniquement se concentrer sur les termes et conditions de la convention à l'origine directe de la rétrocession de plus-value : l'application de cette convention n'entraînant aucun risque de perte pour le dirigeant, celui-ci ne pouvait, par conséquent, se prévaloir du régime des plus-values sur valeurs mobilières. La cour précisera en outre, sans

grande surprise, que le fait qu'une partie de la rétrocession de plus-value ait été versée aux enfants et à l'épouse du dirigeant (à la suite de la donation par ce dernier d'une partie de ses titres), ne faisait pas obstacle à l'imposition d'un salaire entre les mains du dirigeant.

Clair et pragmatique, cet arrêt nous semble clore tout débat. On attendra toutefois toujours avec impatience la décision du Conseil d'État saisi à la suite du pourvoi du contribuable⁴.

2° La décision G7

4 - Allant *a priori* à contre-sens de la décision Royal Moto France, la décision G7 rendue par le tribunal administratif de Paris le 8 mars 2017⁵ déstabilise le praticien à sa première lecture. Une analyse en détail de la décision suggère que cette contradiction n'est en fait qu'apparente.

Au cas particulier, un dirigeant de la société G7 avait acquis, en juin et en octobre 2002, 222 092 bons de souscription d'actions (BSA) de la société G7 au prix unitaire de 0,15 €, soit un montant total de 33 314 €. Moins d'un an après la seconde acquisition, des promesses croisées entre le dirigeant et la société Copag, société actionnaire majoritaire de la société G7, avaient été conclues, la société Copag bénéficiant d'une option d'achat (*i.e.* une promesse de vente) des BSA à un prix unitaire d'environ 13 € et le dirigeant bénéficiant d'une option de vente (*i.e.* une promesse d'achat) de ces BSA à un prix unitaire d'environ 9 €. Début 2005, le dirigeant céda l'intégralité de ses BSA en application de l'option de vente à la société et déclara le gain correspondant de 2 967 149 € en tant que plus-value sur cession de valeurs mobilières. Il est à noter que le jugement ne précise pas les conditions d'exercice des promesses, dont l'objet semblait être de « préserver l'actionnariat familial du groupe »⁶.

À la suite d'un examen contradictoire de la situation fiscale personnelle du contribuable, l'administration fiscale finit par requalifier l'intégralité du gain en salaires et par l'imposer comme tel, ce qui donna lieu à la décision commentée.

Non sans surprise, le tribunal accueillit la requête du contribuable, faisant fi de l'absence de risque évoquée par l'administration fiscale qui selon elle permettait « un gain, certes plafonné, mais exempt d'aléa ». Pour statuer ainsi, le tribunal estima en substance, d'une part, que le dirigeant « n'était, pendant la période comprise entre les dates d'acquisition des BSA [...] et la signature [...] de la convention [...] aucunement prémuni contre le risque d'une perte totale de son investissement », d'autre part, que l'administration fiscale n'apportait aucunement la preuve de ses allégations, à savoir que le dirigeant était à même de connaître les perspectives d'évolution de la société qu'il dirigeait aux dates de souscription et d'exercice des options, et enfin, que l'administration fiscale ne remettait « nullement en cause le montant du prix acquitté [...] pour l'attribution, en juin et octobre 2002, des BSA litigieux dont elle ne démontre, ni au demeurant ne soutient, qu'ils auraient été acquis par l'intéressé aux termes de conditions préférentielles ».

Lue à la loupe, il semble que la décision n'ait pas voulu s'écarter de la grille de lecture traditionnelle consistant à analyser l'existence d'un avantage, soit dans la garantie accordée contre le risque de perte, soit dans l'octroi de conditions préférentielles lors de l'acquisition des titres.

Sur le terrain des conditions préférentielles d'acquisition, le tribunal rappelle que la charge de la preuve incombe à l'administration fiscale, cette dernière ne soutenant ni ne démontrant en l'espèce l'existence d'un avantage qui aurait été octroyé au dirigeant, par exemple concernant le prix d'acquisition de ses BSA. Une telle posi-

3. 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.

4. Pourvoi enregistré le 13 mars 2017 sous le n° 408867.

5. TA Paris, 8 mars 2017, n° 1513163, G7 : *RJF* 8-9/2017, n° 801.

6. Selon l'argumentation développée par le contribuable.

tion va dans le sens de la décision Editis⁷ rendue quelque temps plus tôt. En outre, le tribunal rejeta l'argument régulièrement évoqué par l'administration fiscale concernant la disproportion entre le montant de l'investissement et le montant du gain réalisé. Si le rejet d'un tel argument nous semble également empreint de bon sens (ce n'est pas parce que le gain est important que l'investissement initial ne s'est pas réalisé au bon prix ou était dépourvu de risque), rappelons que le Conseil d'État, dans sa décision Gaillochet⁸, avait néanmoins pris en compte le montant du gain réalisé pour en déduire le caractère « modique » de l'investissement. Le tribunal administratif de Paris prend donc à contre-pied le Conseil d'État sur ce qui relevait peut-être, nous pouvons l'espérer, d'une formulation malheureuse de son considérant.

Enfin, sur le concept de risque qui nous intéresse ici, le tribunal administratif de Paris confirme l'existence d'une prise de risque capitalistique sur la première année non couverte par les promesses. La décision semble innover en appréciant l'existence du risque capitalistique uniquement au moment de l'acquisition et dans les mois qui ont immédiatement suivi. Le tribunal juge ainsi, en creux, que le dirigeant s'est comporté en investisseur lors de l'acquisition de ses BSA, et la circonstance que le risque de perte ait été supprimé par la suite par l'octroi d'une promesse d'achat à prix fixe, ne devrait dès lors pas entrer en ligne de compte dans la qualification du gain. Nous attendons avec intérêt la décision de la cour administrative d'appel⁹ sur ce point.

B. - Le lien salarial ne suffit pas à requalifier le gain en salaire

5 - Le lien salarial (contrat de travail ou mandat social) qui lie le manager au groupe dans lequel il investit ne saurait suffire à requalifier en salaire le gain réalisé par celui-ci au titre de son investissement dans le groupe. Si ce principe est acquis depuis plusieurs années (notamment dans la décision Fontana¹⁰ du Conseil d'État), la décision Deutsch¹¹ rendue par le tribunal administratif de Paris l'a rappelé avec force à l'administration fiscale.

Dans cette affaire, M. Darmon avait, dans le cadre d'un co-investissement avec la société Wendel qui l'employait, acquis à hauteur de 137 383 € des titres de la société Deutsch à plusieurs reprises entre décembre 2006 et novembre 2010. À la suite de la cession de ses titres en 2012, M. Darmon avait déclaré un gain net de 4 471 816 €. Il est précisé que la particularité de cette espèce résidait dans le fait que le contribuable avait dans un premier temps déclaré une partie du gain en salaires et une partie en plus-values mobilières, avant d'introduire une réclamation tendant à imposer la totalité du gain en tant que plus-value de cession de valeurs mobilières.

Le jugement du tribunal ira dans le sens du manager investisseur, considérant que les titres détenus par celui-ci avaient été acquis aux conditions de marché et sans aucune garantie de profit ultérieur. On remarquera par ailleurs que, sans doute en raison de la particularité de l'espèce, le tribunal ne prit pas la peine de citer les articles 79 et 82 du CGI figurant généralement dans les visas et considérants des décisions des juridictions administratives.

Il ajoutera, en dernier lieu – ce qui donne sans doute un peu plus d'importance à ce qui suit –, « que ni les circonstances, invoquées par

le service, que Winvest International SA soit une « émanation du groupe Wendel », que « la quasi-totalité de [ses] associés [aie]nt occupé des postes de responsabilité au sein de ce groupe », et qu'« un contrat de travail liait M. Darmon à Wendel » **ne sont de nature à caractériser à elles seules, en l'espèce, un mécanisme d'intéressement de nature salariale** ». Les conclusions du rapporteur public Monsieur Alexandre Segretain ne laissent d'ailleurs place à aucun doute : « Certes, on peut opposer aux requérants que, contrairement à ce qu'ils soutiennent, la circonstance qu'ils ne fussent pas liés par un contrat de travail avec Winvest International ne fait pas obstacle à considérer que la proposition de cet investissement ne leur ait été faite qu'en raison de leur qualité de salarié chez Wendel, dont Winvest International est évidemment une émanation, comme l'affirme le service. **Cela ne suffit pour autant à faire d'un investissement un intéressement, en l'absence de réduction ou suppression du risque par un quelconque mécanisme.** ».

Une fois de plus, on saluera une jurisprudence non dogmatique, protectrice d'une grille de lecture claire basée sur le risque capitalistique et non le simple lien entre l'investissement et la qualité de salarié ou de dirigeant. On notera par ailleurs dans ce sens que, à notre connaissance, l'administration fiscale n'aura pas fait appel de la décision.

C. - Absence de conversion des obligations convertibles : une nouvelle page déjà tournée ?

6 - Le Comité de l'abus de droit fiscal aura eu à connaître en 2017, dans une série d'avis¹², un redressement inédit mettant en avant des obligations convertibles en fonction de la performance globale du LBO, mesurée en « multiple » et en « TRI ». Ainsi, à la différence des cas soumis ces dernières années aux juridictions administratives, ce n'était pas le dirigeant-investisseur qui détenait des outils permettant de le reluer en cas d'atteinte d'une certaine performance, mais c'était au contraire l'investisseur financier qui avait la possibilité de le diluer en cas de « sous-performance ».

En l'espèce, les deux associés fondateurs et autres cadres salariés d'un groupe français avaient participé, aux côtés d'un fonds d'investissement, à l'opération de reprise du groupe initiée en 2007.

Plusieurs types d'instruments financiers avaient progressivement été émis par la holding de reprise. En substance, les dirigeants fondateurs avaient souscrit dès le début de l'opération, au travers de leur PEA, des actions ordinaires, des actions à bons de souscription d'actions et des instruments à taux (actions de préférence B et C ensuite converties en obligations sèches, ainsi que des obligations convertibles en actions acquises à la suite de la sortie d'un investisseur). Les autres cadres salariés avaient pour leur part acquis des actions ordinaires et des actions à bons de souscription d'actions. L'investisseur financier avait quant à lui souscrit des actions ordinaires (dans les mêmes conditions que les fondateurs et cadres) ainsi que des obligations convertibles en actions, ces dernières présentant la caractéristique de n'être convertibles qu'à la double condition que le TRI et le multiple dégagés sur l'opération soient respectivement inférieurs à 18 % et 2 au moment de la cession, et sous la réserve que la plus-value éventuelle à reverser dans une telle hypothèse de conversion ne dépasse pas la plus-value réalisée par les fondateurs et cadres sur l'intégralité de leur participation.

Il faut préciser que l'investissement en fonds propres des fondateurs et des cadres était dans cette affaire très important, atteignant par exemple pour l'un des fondateurs la somme de 20 millions d'euros, aboutissant à la réalisation d'une plus-value en sortie de LBO

7. 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 J. Jausserand et T. Audouard ; RJF 12/2016, n° 1082.

8. CE, 3^e et 8^e ss-sect., 26 sept. 2014, n° 365573, Gaillochet, préc. n° 2.

9. Appel enregistré sous le numéro n° 17PA02152.

10. 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.

11. TA Paris, 18 janv. 2017, n° 1505676/1-1.

12. Avis n° 2017-19, n° 2017-20, n° 2017-21, n° 2017-22, n° 2017-24, n° 2017-25, n° 2017-26, n° 2017-27, n° 2017-28 et n° 2017-29, V. Comité de l'abus de droit fiscal : avis rendus au cours de la séance n° 8 du 9 novembre 2017 : Dr. fisc. 2018, n° 2, étude 54.

égale à 33 millions d'euros (dont 29 millions d'euros de plus-value exonérée via la détention de titres en PEA).

À l'occasion de la cession du groupe en 2011, l'intégralité des fondateurs et cadres investisseurs réalisèrent leur participation par voie de cession ou d'apport, permettant à ceux dont les titres avaient été inscrits en PEA d'exonérer des montants de gains conséquents. L'objectif minimal de TRI ayant été atteint par l'investisseur financier, les obligations convertibles ne furent quant à elles pas converties par celui-ci.

Comme souvent en matière de *management packages*, l'administration fiscale redressa les fondateurs et cadres sur le terrain de l'abus de droit en pointant notamment les montants de gains colossaux réalisés par ces derniers sur leur compte PEA.

Selon elle, une partie du gain réalisé sur la cession des actions ordinaires constituait en fait un intéressement octroyé par l'investisseur financier du fait de la non-conversion des obligations convertibles. Celui-ci devait être soumis à l'impôt sur le revenu en tant que traitements et salaires. Les comptes PEA devaient selon l'administration fiscale également être clos, l'inscription de salaires sur un PEA constituant un manquement aux règles de fonctionnement du plan entraînant sa clôture immédiate.

La question posée au Comité, inédite nous semble-t-il, était donc de savoir si un dirigeant-investisseur pouvait être considéré comme commettant un abus de droit en souscrivant dans son PEA des actions ordinaires au même prix que l'investisseur financier, alors même que ce dernier avait par ailleurs investi dans des obligations dont la possibilité de conversion en actions ordinaires était limitée à certains cas seulement. Autrement dit, il s'agissait de savoir si, en souscrivant des obligations qui n'étaient convertibles en actions que dans certaines hypothèses, l'investisseur financier avait accordé un avantage aux managers, aboutissant à une augmentation induite de leur plus-value.

D'une concision caractéristique, le Comité de l'abus de droit conclura à l'absence d'abus de droit dans chacun des avis soumis à son analyse. Il considérera d'une part que la non-conversion d'obligations convertibles en actions, du fait de l'absence d'atteinte de seuils de performance, ne constituait pas en l'espèce un avantage accordé par l'investisseur financier aux dirigeants-investisseurs mais, au contraire, un avantage accordé par ces derniers à l'investisseur financier, permettant à celui-ci de se reposer pour atteindre une rentabilité minimale dans l'éventualité où les seuils minimums de performance n'auraient pas été atteints. Le Comité relèvera d'autre part que si les fondateurs et cadres pouvaient réaliser une plus-value importante en cas de succès de l'opération, l'administration fiscale n'établissait rien que ceux-ci étaient couverts contre le risque de perte de leur investissement dans le cas contraire. Le Comité relèvera à cet égard que les bons de souscription d'actions dont disposaient les managers ne s'étaient du reste pas déclenchés.

Symbolique en ce qu'il représente une première victoire concernant la non-conversion d'obligations, suivi par l'administration fiscale¹³, cet avis doit néanmoins être relativisé dans sa portée du fait des circonstances très spécifiques de l'espèce. Tel que le relève le Comité, il s'agissait bien d'un investissement dit « majoritaire », où les fondateurs et cadres salariés détenaient ensemble la majorité du capital du groupe, étaient à l'initiative de l'opération de reprise et bénéficiaient ainsi d'un important pouvoir de négociation¹⁴. Sans présumer de ce qu'aurait pu être l'avis du Comité dans une hypothèse contraire d'investissement dit « minoritaire », il semble que cette

série d'avis du Comité ne doit être lue qu'à la lumière de ces circonstances.

Cette précision étant faite, nous ne pensons pas pour autant que cela doive masquer l'élément essentiel pris en compte par le Comité, à savoir l'exposition au risque de perte capitalistique de ces managers dans l'opération, tel que l'illustre l'emploi par le Comité des notions clefs de « deniers propres¹⁵ » et de « part substantielle¹⁶ », fréquemment utilisées par le Comité pour marquer la prise de risque des managers. Le Comité ne conclut d'ailleurs pas autrement, déduisant « de l'ensemble des éléments portés à sa connaissance qu'en acquérant les actions de la société Y, M. [...] **avait pris un risque encouru en tant qu'investisseur et n'agissait pas en tant que salarié** ».

La boucle semble ainsi bouclée. Comme nous l'écrivions en début d'analyse, la prise de risque capitalistique constitue bien, pour la jurisprudence fiscale, l'élément clef dissociant le salarié de l'investisseur. Comme le formulait le rapporteur public Monsieur Alexandre Segretain dans ses excellentes conclusions sous l'affaire Editis¹⁷, « Lorsqu'un salarié réalise un gain important, on ne peut pas toujours chercher en transparence du risque actionnarial un avantage donné au salarié, ni retrouver dans le geste du capitaliste la main du travailleur ». Il semble néanmoins que ces différents avis et décisions rendus en matière fiscale aient creusé un écart important avec le raisonnement tenu par les juridictions judiciaires en matière sociale.

2. La jurisprudence naissante du juge social : quelle articulation avec les principes posés par le juge fiscal ?

7 - Saisis de manière inédite sur les gains issus de *management packages*, les juges d'appel des juridictions judiciaires ont semblé centrer leur analyse sur le lien salarial (A), faisant fi du risque d'investisseur pris par les managers investisseurs (B). Aussitôt interrogé, le juge social se sera également positionné sur la question de la naissance de l'avantage et de sa prescription (C).

A. - Le lien salarial peut-il, à lui seul, justifier l'avantage ?

8 - Tombée comme un couperet dans le milieu du LBO, la décision Lucien Barrière de la cour d'appel de Paris¹⁸ avait été précédée de quelques mois par une décision moins médiatisée, la décision Kiabi¹⁹ rendue par la cour d'appel de Douai. À titre liminaire, on notera dans ces deux espèces qu'en accord avec la jurisprudence Legendre²⁰ du juge fiscal, l'octroi de l'avantage en cause par une société tierce non-employeur du manager investisseur n'aura pas impacté le raisonnement du juge social.

15. V. Avis n° 2013-10, n° 2013-11, n° 2013-14 et n° 2013-15 : Comité de l'abus de droit fiscal : avis rendus au cours des séances de mai et juin 2013 : Dr. fisc. 2013, n° 36, 395, spéc. n° 8 ; BF 11/2013, inf. 975 ; FR 38/2013, inf. 2, p. 4. – Avis n° 2013-46 et s., 29 nov. 2013, in Comité de l'abus de droit fiscal : rapport annuel 2013 : Dr. fisc. 2014, n° 26, étude 394. – Ainsi que Avis n° 2015-12, 6 nov. 2015 : Comité de l'abus de droit fiscal : avis rendus au cours des séances des 6 et 27 novembre 2015 : Dr. fisc. 2016, n° 7-8, étude 173, spéc. n° 4.

16. V. Avis n° 2013-10 et s. – Et Avis n° 2013-46 et s. préc. – Avis n° 2014-16 à n° 2014-23, V. Comité de l'abus de droit fiscal : avis rendus au cours des séances des 16 octobre, 7 et 14 novembre 2014 : Dr. fisc. 2014, n° 50, étude 674, spéc. n° 5. – V. également, pour l'utilisation alternative par le Comité de la notion de « part significative », Avis 2013-14 et s. préc. – Et Avis n° 2015-12, 6 nov. 2015 : Comité de l'abus de droit fiscal : avis rendus au cours des séances des 6 et 27 novembre 2015 : Dr. fisc. 2016, n° 7-8, étude 173, spéc. n° 4.

17. TA Paris, 1^{re} sect., 1^{re} ch., 12 juill. 2016, n° 1431589/1-1, C, préc. note n° 7.

18. CA Paris, Pôle 6, 12^e ch., 6 juill. 2017, n° 14/02741, L. Barrière.

19. CA Douai, 31 mai 2017, n° 14/03902.

20. 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.

13. L'administration fiscale s'est rangée à l'avis émis par le Comité dans toutes ces affaires.

14. Le Comité a relevé à cet égard que les fondateurs disposaient de certains droits contractuels importants (tel qu'un droit de cession forcée dès lors que certains seuils de performance étaient atteints).

Dans la décision Kiabi, des salariés de la société G EUROPE avaient acquis auprès de la société SOPARABI des BSA dont l'exercice en 2007 et 2008 leur permit d'acquiescer des titres de la société G EUROPE à un prix prédéterminé. À la suite d'un redressement notifié par l'URSSAF après qu'ait été mis en œuvre un contrôle comptable d'assiette portant sur les années 2006 à 2008 et par lequel, tel qu'on le comprend des faits décrits dans la décision, l'intégralité des plus-values d'acquisition et de cession des bons fut réintégrée dans l'assiette des cotisations sociales, la société G EUROPE introduisit une requête devant le tribunal des affaires de sécurité sociale de Lille.

Déboutée dans sa demande en première instance²¹, la société saisit la cour d'appel de Douai à plusieurs titres. Du fait de renvois confus aux notions de rabais, de plus-value d'acquisition et de plus-value de cession, il n'est pas clairement établi si la société contestait ou non la réintégration de la plus-value d'acquisition dans l'assiette des charges sociales. La société contestait en revanche très clairement la réintégration, dans cette assiette, de la plus-value de cession des titres acquis en exercice des bons. À ce titre, la société faisait valoir, en substance, qu'un gain financier ayant la nature de revenu mobilier non-fonction de l'activité professionnelle du salarié mais de mécanismes économiques et financiers, celui-ci ne pouvait être soumis à charges sociales. Il semble que la société admettait néanmoins qu'un avantage résidait – uniquement – dans la décote (ou rabais) accordée aux salariés sur le prix d'exercice du bon.

Reprenant à l'identique l'argumentation des caisses URSSAF, la cour d'appel jugera que « l'opération financière dont s'agit, qui confère à certains salariés un avantage financier à l'occasion du contrat de travail et en raison de leur appartenance à l'entreprise, ne relevant ni de la réglementation relative aux options de souscription ou d'achat d'actions réservées aux salariés avec des contraintes spécifiques (stock-options), ni de la réglementation relative aux augmentations de capital réservées aux adhérents d'un plan d'épargne entreprise dans les conditions définies aux articles L. 3332-18 et suivants du Code du travail, ni de la réglementation relative à l'attribution gratuite d'actions prévues par les articles L. 225-197-1 et suivants du code de commerce, c'est à juste titre que la CRA [Commission de recours amiable] a validé la position des inspecteurs concluant à ce que l'avantage financier tiré de la plus-value d'acquisition entre le prix d'exercice du bon de souscription, la valeur d'émission de l'action et la valeur d'expert de l'action doit être soumis, en vertu de l'article L. 242-1 du CSS, aux cotisations et contributions sociales dans les conditions de droit commun et à la CSG CRDS ».

La décision frappe en premier lieu par la rédaction confuse de son considérant principal – probablement due à cette reprise à l'identique des arguments des caisses URSSAF – évoquant l'« avantage financier tiré de la plus-value d'acquisition entre le prix d'exercice du bon de souscription, la valeur d'émission de l'action et la valeur d'expert de l'action ». Il apparaît très clairement que l'enjeu de la réintégration ne se limitait pas au rabais ni à la plus-value d'acquisition, mais visait bel et bien à appréhender l'ensemble du gain, y inclus la plus-value de cession. On peine dès lors à comprendre le champ d'application de la décision de la cour qui ne semble se référer qu'à la plus-value d'acquisition.

Sur le fond, la cour se base sur l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale, énoncé dès le début de son analyse : « qu'en application de l'alinéa 1 de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale, tout **avantage** en espèces ou en nature alloué **en contrepartie ou à l'occasion du travail** doit être soumis à cotisations après le rappel des prétentions des parties ».

On comprend alors que l'analyse de la cour devra reposer sur deux éléments clés, à savoir l'existence d'un avantage (première condition) alloué en contrepartie d'une relation de travail (seconde condi-

tion). Cela est en apparence harmonie avec la jurisprudence fiscale qui, on le sait, ne qualifie en salaire un gain de *management package* que lorsqu'un avantage (octroi de conditions préférentielles lors de l'acquisition ou la cession des titres, ou bien suppression du risque capitalistique) est octroyé en contrepartie d'une relation de travail. Cela n'aura toutefois été que ressemblance, l'application beaucoup trop large de la seconde condition (existence d'un lien salarial) par la cour ayant finalement éclipsé l'appréciation de la première condition (existence d'un avantage).

La cour identifiera donc le lien salarial en contrepartie duquel aurait été accordé l'avantage (seconde condition). À cet effet, elle relèvera dans la documentation d'investissement, tel que le fait le juge fiscal, divers éléments démontrant l'existence du lien de travail, dont « notamment l'objet social de la SCA SOPARABI [permettre aux salariés de partager les fruits de la croissance du groupe], le préambule du contrat d'émission des BSA [permettre à certains cadres de bénéficiaire d'une participation aux plus-values à moyen terme de l'entreprise] et le fait que le salarié bénéficiaire ne peut pas conserver ses BSA lorsqu'il quitte la société, que l'attribution des BSA est bien liée à l'existence d'un contrat de travail entre le bénéficiaire et la société G, ce que la société G EUROPE ne conteste pas ».

De l'existence de ce lien indéniabie entre la qualité de salarié et l'investissement dans les BSA, elle en conclura – probablement trop rapidement – à l'existence d'un avantage, constatant « que les plus-values d'acquisition n'ont pu être réalisées par les personnes concernées **que parce qu'elles étaient salariées** de l'entreprise de telle sorte qu'il s'agit d'un avantage financier consenti par l'employeur à l'occasion du travail et en raison de l'appartenance à l'entreprise, ce qui relève de l'alinéa 1 de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale ».

C'est précisément à ce stade de la démonstration de l'existence d'un supposé avantage que le raisonnement du juge social se détachera de celui du juge fiscal. Ainsi, contrairement à l'analyse qu'avait pu mener la Cour de cassation il y a quelques années concernant un plan d'option non qualifiant²², la cour d'appel n'examinera pas si, en l'espèce, le salarié avait bénéficié de conditions préférentielles quant aux prix d'acquisition ou de cession de ses titres. La cour ne dira pas non plus mot sur l'existence d'un risque capitalistique auquel semblaient pourtant être exposés les managers en l'espèce. S'agissant pourtant de la plus-value de cession des titres acquis en exercice des bons, on voit difficilement où résiderait l'avantage, sauf éventuellement à démontrer que le prix d'acquisition ou d'exercice des bons aurait été minoré, exercice dans lequel la cour ne s'aventure pas.

La référence faite par la cour, dans le considérant principal de la décision, aux outils légaux d'actionnariat salarié ne rend d'ailleurs que plus confuse sa décision, quand on sait que les plus-values de cession retirées de la cession des titres ainsi obtenus n'entrent jamais dans l'assiette des cotisations sociales²³.

22. Dans l'affaire Gemalto (*Cass. 2^e civ., 28 janv. 2010, n° 08-21.783 FS-P+B, Sté Gemalto c/ URSSAF : JurisData n° 2010-051404 ; Bull. civ. II, n° 23 ; RJS 4/2010, n° 377 ; JCP E 2010, 2090. – Cass. 2^e civ., 18 févr. 2010, n° 08-20.547, Sté Gemalto, anciennement dénommée Axalto c/ Urssaf de Besançon : JurisData n° 2010-051731*), la Cour de cassation ne semblait pas avoir fait une application contraire du raisonnement en deux temps dans un contexte de plans d'achat d'options non qualifiant : elle avait jugé que la possibilité offerte aux salariés de la société d'acquiescer des actions de la société mère du groupe à un **prix préférentiel** constituait un avantage (première condition) qui, nécessairement du fait de leur appartenance à l'entreprise (seconde condition), devait être soumis à cotisations sociales.

23. Étant précisé que cette exclusion n'est d'ailleurs pas expressément prévue par la loi sociale (laquelle se contente de prévoir, concernant uniquement les plus-values d'acquisition résultant de mécanismes d'actions gratuites ou de stock-options, qu'elles ne sont pas soumises aux charges sociales du régime général dès lors que les conditions légales sont remplies).

21. TASS Lille, 16 sept. 2014 – le numéro de la décision n'a pas été reproduit.

Plus de treize ans après la découverte par le juge fiscal de cas d'acquisition d'actions à prix préférentiel hors des dispositifs légaux par des salariés dans l'affaire Weingaessel²⁴, il semble que, confronté à des objets non légalement « identifiés²⁵ », le juge social n'ait pu à son tour s'empêcher de se raccrocher à la branche bien connue du lien salarial pour soumettre à charges sociales toute somme nouvelle perçue par le salarié. À cet égard, on regrettera que cette décision n'ait, à notre connaissance, pas donné lieu à pourvoi.

Quelques mois après la décision Kiabi, la décision Lucien Barrière rendue par la cour d'appel de Paris aura au moins eu le mérite de clarifier la position des juridictions d'appel. Mais ce repos n'aura malheureusement été que de courte durée, tant l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris aura sonné les praticiens par son analyse de l'avantage.

B. - L'avantage peut-il résider, en dépit du risque, dans la possibilité d'investir offerte à un groupe limité de personnes ?

9 - Dans l'affaire Lucien Barrière, six dirigeants de la société groupe F G avaient participé au rapprochement d'une partie de l'activité du groupe Lucien Barrière avec celles des groupes Accor et Colony, en souscrivant 240 BSA émis par la société à hauteur de 900 000 €. À l'occasion de la sortie de la société Colony en 2009, ces dirigeants avaient cédé une partie de leurs bons non exercés à la société SDAGLB partie à l'opération, réalisant une plus-value que les caisses URSSAF avaient soumise à charges sociales à l'occasion d'un contrôle ultérieur.

Dans l'appel interjeté contre la décision défavorable du tribunal des affaires de sécurité sociale de Paris²⁶, la société F G faisait valoir, outre l'argumentaire relatif à la date de l'avantage procuré sur lequel nous reviendrons postérieurement, que la plus-value ainsi dégagée avait été réalisée en qualité d'investisseurs et non pas de travailleurs, et que ce gain n'était par conséquent que la contrepartie d'un investissement supposant l'exposition à un risque de perte financière pouvant donner lieu à moins-value.

S'appuyant sur l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale, la cour recherchera à nouveau la présence d'un avantage (première condition) octroyé en contrepartie ou à l'occasion d'un travail (seconde condition). Dans deux attendus de principe, elle jugera que la plus-value de cession des bons était bien dégagée en contrepartie ou à l'occasion d'un travail et que l'existence d'un risque de perte total de l'investissement ne saurait en rien retirer le caractère d'avantage à la plus-value. Saisissant par son effet dévastateur sur la sécurité juridique des dirigeants et salariés investissant au sein de leur entreprise, cet arrêt appelle plusieurs remarques.

S'agissant du lien salarial, la cour relève sans mal, à plusieurs endroits de la documentation d'investissement, que les bons étaient accordés afin de « mettre en place au profit des Dirigeants des mécanismes d'intéressement aux performances de la Société » et que des promesses étaient conclues en vue de les forcer à céder leur investissement en cas de départ du groupe. Elle rajoute que dans la mesure où le lien salarial doit être apprécié au moment de l'attribution, il est indifférent que celui-ci existe encore au moment de la cession des titres.

Sur la notion d'avantage, la cour précise sa caractérisation, relevant, d'une part, qu'« incontestablement, l'**attribution à un nombre réduit de personnes** du droit de souscrire à une augmentation de capital à réaliser **constitue un avantage** », d'autre part, que « Si les

BSA représentent un investissement financier pour les dirigeants, lequel investissement est soumis à des aléas et à des risques inhérents à l'activité, **cela ne retire en rien l'existence d'un avantage** réservé aux dirigeants ou salariés dont seul le caractère bénéficiaire et l'importance de celui-ci généreront des cotisations ».

L'espace d'un instant, la connexion entre les raisonnements en matière sociale et en matière fiscale semble rétablie : l'avantage ne réside pas dans le seul lien salarial, de sorte qu'il est clair que le lien salarial ne saurait suffire, à lui seul, à soumettre à charges sociales en n'importe quelle circonstance le gain réalisé par le manager sur les titres du groupe dans lequel il exerce. Également, le juge social reconnaît la présence d'un aléa – caractéristique permettant en principe de distinguer le gain tiré d'un investissement de la rémunération issue de la prestation de travail²⁷.

Cela n'aura néanmoins pas suffi à convaincre le juge social qu'il convenait, en l'espèce, de voir dans l'investissement réalisé par les dirigeants, la main d'investisseurs en capital et non celle de simples dirigeants réalisant une prestation de travail. En effet, employant une déduction surprenante, la cour estime que l'avantage résiderait dans la simple possibilité d'investir offerte à un nombre limité de personnes : l'avantage ne serait donc pas constitué par l'existence de conditions préférentielles, comme le retient le juge fiscal, mais uniquement par l'opportunité d'investir réservée aux salariés et dirigeants de l'entreprise. Et selon la cour, cet avantage existerait en dépit de la prise de risque capitalistique pourtant pleinement reconnue et sans qu'il soit fait état de conditions préférentielles à l'acquisition ou lors de la cession des titres. La décision de la cour sur ce point semble d'ailleurs très claire, précisant que « Si les BSA représentent un investissement financier pour les dirigeants, lequel investissement est soumis à des aléas et à des risques inhérents à l'activité, **cela ne retire en rien l'existence d'un avantage réservé** aux dirigeants ou salariés **dont seul le caractère bénéficiaire et l'importance de celui-ci généreront des cotisations.** ».

Si l'on comprend que le juge social avait une conception déjà large de la notion d'« avantage » au sens de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale, celle-ci devrait être d'application différente dans une situation où le salarié devient investisseur. En effet, quand le salarié se comporte comme n'importe quel investisseur, c'est-à-dire, paie son investissement à sa juste valeur et sans aucune garantie contre le risque de perdre celui-ci, il délasse sa casquette de salarié au profit de celle d'investisseur. Il ne devrait par conséquent pas être possible de considérer que le gain réalisé lors de l'exercice ou la cession de BSA ou d'actions constitue un avantage soumis à charges sociales. Nous noterons par ailleurs que, compte tenu de la rédaction de l'arrêt d'appel, la circonstance qu'en l'espèce les titres acquis par les managers étaient des BSA (*i.e.* des valeurs mobilières bénéficiant de perspectives de gain et de risques de perte plus importants que pour des actions) n'a pas été prise en considération par le juge, de sorte que la solution retenue par la cour est en théorie transposable à toute acquisition de titres (y compris des actions ordinaires) réservée à des salariés ou dirigeants.

À considérer en tout état de cause qu'un avantage puisse consister dans la simple possibilité offerte à des salariés de devenir investisseur, se poserait alors la question du quantum de cet avantage : en effet, si la Cour semble simplifier la question en mentionnant à plusieurs reprises que cet avantage « ne se matérialise et ne se quantifie qu'au moment de la cession, par la différence entre le prix d'achat et le prix de vente », un tel raisonnement traduit une confusion – contestable – entre l'avantage en cause (octroi de la possibilité d'investir, laquelle pourrait se valoriser de la même manière qu'un droit préférentiel de

24. TA Strasbourg, 1^{re} ch., 8 mars 2005, n° 013211, Weingaessel : RJF 4/2006, n° 383.

25. Pour reprendre l'expression de Nicolas Labrune, V. N. Labrune, *Les gains de management package, des objets fiscaux non identifiés ?* : RJF 2014, p. 1043.

26. TASS Paris, 17 déc. 2013, n° 12-02421.

27. D. Gutmann, *Brèves remarques sur l'ambiguïté fiscale du salariat* : Dr. fisc. 2016, n° 9, étude 187.

souscription par exemple) et la plus-value réalisée grâce à cet avantage.

Au moment où le juge fiscal parvient à stabiliser une grille de lecture cohérente en matière de *management packages*, on regrettera que le juge social tienne à ce point à appliquer une analyse déconnectée des réalités économiques, allant même jusqu'à confirmer son indépendance sur le sujet (« en matière d'assiette de cotisations de sécurité sociale, la position de l'administration fiscale et de la jurisprudence administrative n'ont aucune incidence »). Saisie d'un pourvoi²⁸, la Cour de cassation dira si cela était à tort ou à raison.

C. - La question de la naissance de l'avantage et de la prescription

10 - À son tour, le juge social aura été exposé à la question de la date de l'avantage éventuel et à la question conséquente de la prescription.

Dans l'affaire Lucien Barrière, le requérant soutenait qu'à considérer qu'un avantage ait été accordé, celui-ci devait être apprécié à la date de son attribution et non pas à la date de la cession des titres. Dans la mesure où les bons avaient été accordés en 2004, l'action des caisses URSSAF était dès lors nécessairement prescrite.

En cohérence avec son approche consistant à prendre pour avantage l'intégralité de la plus-value, la cour d'appel de Paris jugera que l'avantage ne se matérialisant qu'au moment de la cession, ce n'est qu'à cette date que l'avantage procuré devait être apprécié, de sorte que le moyen fondé sur la prescription n'était pas pertinent.

Répondant à l'un des moyens soulevés par le contribuable selon lequel les BSA fonctionnaient hors des dispositifs légaux, la cour précisera d'ailleurs que dans la mesure où « l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale [...] vise les sommes versées [...], il ne peut d'agir que des sommes versées lors de la cession ». À cet égard, il est intéressant de se demander dans quelle mesure cette notion de « *sommes versées* » prévue par l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale n'aurait pas naturellement incité la cour à rechercher l'« avantage » dans le premier flux financier venant, ce qui dans ce cas pourrait expliquer pourquoi la cour assimilerait avantage et plus-value de cession des titres.

Reste que pour déterminer la date de naissance de l'avantage, il semble essentiel de déterminer en amont la nature de l'avantage. Dès lors que ce dernier, à considérer qu'il existe, consiste dans une possibilité offerte d'investir, cet avantage devrait à notre sens être taxé ou soumis à charges sociales au moment où il est proposé, sur la base de sa valorisation à ce moment-là²⁹, et non lors de la cession des titres plusieurs années après.

Conclusion

11 - Resté discret pendant des années sur le sujet, le juge est de plus en plus souvent saisi de questions touchant à la requalification en salaires de gains issus de *management packages*. En matière fiscale, la jurisprudence semble relativement stabilisée, faisant des critères de l'absence de conditions préférentielles et de l'existence d'un risque capitalistique les conditions nécessaires au maintien du régime des plus-values (y compris lorsque celles-ci sont réalisées en PEA). En matière sociale, la jurisprudence naissante semble plus réticente à envisager qu'un salarié ou un dirigeant puisse agir sous une casquette autre que celle du travailleur, considérant que la simple possibilité d'investir en raison de la qualité de salarié ou de dirigeant suffirait pour inclure l'ensemble des gains réalisés dans l'assiette des cotisations sociales.

L'insécurité juridique du traitement des gains issus de *management packages* est donc, malheureusement, loin d'être terminée. Dans un contexte économique et politique où l'actionnariat salarié est de plus en plus mis en avant par les décideurs politiques et les entrepreneurs, et où le régime des actions attribuées gratuitement a été considérablement assoupli pour s'écarter du régime fiscal et social du salaire et se rapprocher, sous réserve de certaines conditions, du régime des plus-values, gageons que la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi contre la décision Lucien Barrière, saura se rapprocher des principes édictés par le juge fiscal, et contribuera ainsi à réduire le champ des interrogations sur ces sujets d'actualité.

MOTS-CLÉS : *Management packages* - Actualité jurisprudentielle

28. Pourvoi enregistré le 30 août 2017.

29. V. ci-dessus notre observation relative aux droits préférentiels de souscription.