

Conseil d'Etat, Plénière fiscale, 13 juillet 2021, n°428506, 435452 et 437498

Le traitement fiscal des gains issus de "management packages" : réapparition de la prédominance du lien avec l'exercice des fonctions de dirigeant ou salarié

28 juillet 2021

Le Conseil d'Etat a rendu, le 13 juillet dernier, trois arrêts majeurs concernant les "management packages". Ces décisions, qui concernent des BSA et options d'achat dans l'univers des LBO et seraient probablement en partie transposables à des actions de préférence, ABSA etc., ne concernent pas directement les mécanismes légaux d'intéressement des salariés.

Ces arrêts précisent que les gains issus de l'acquisition, l'exercice et la cession des BSA/options d'achat sont imposables dans la catégorie des traitements et salaires dès lors qu'ils trouvent leur source dans l'exercice des fonctions de l'intéressé (dirigeant ou salarié).

Dans ce cadre, le Conseil d'Etat opère une distinction chronologique des différents gains attachés à ces bons ou options, susceptibles de recevoir un traitement fiscal différent :

1. Au jour de l'acquisition ou de la souscription de l'option ou du bon, un premier avantage salarial peut être caractérisé si le prix payé pour cet instrument est inférieur à sa valeur réelle et si cet avantage est lié à l'exercice des fonctions ; il est alors taxable (au barème progressif de l'impôt sur le revenu) l'année d'achat ou de souscription du bon.
2. Au jour de l'exercice de l'option ou du bon, il doit être effectué une nouvelle analyse, indépendante de la précédente. A cet égard, le Conseil d'Etat demande aux Cours de renvoi de déterminer si, "compte tenu des conditions dans lesquelles l'intéressé a acquis l'option et des conditions posées à son maintien et à son exercice, le gain réalisé trouvait essentiellement sa source dans l'exercice par l'intéressé de ses fonctions de direction". Il doit ainsi être vérifié si le gain de cession est acquis en qualité d'investisseur (auquel cas la plus-value est imposée comme telle) ou en contrepartie des fonctions professionnelles (auquel cas l'imposition est celle des salaires).
3. Au jour de la cession des actions issues de l'exercice du bon, le Conseil d'Etat précise que si la valeur de l'action n'a que peu évolué depuis la date de l'exercice, l'intégralité de la plus-value est susceptible d'être imposée dans les conditions prévues au 2 ci-dessus.

Les illustrations de ces nouveaux principes donnent pour l'instant peu d'indications concernant les critères à retenir, notamment pour la qualification de l'avantage retiré de l'exercice de l'option ou du bon. La qualification de salaire a ainsi été retenue en présence :

- D'un mécanisme garantissant le prix de cession de BSA "dans des conditions constituant la contrepartie de l'exercice de ses fonctions" (sous réserve de confirmation par la Cour de renvoi) ;
- D'un faisceau de multiples indices (référence aux "modalités d'intéressement dans les conditions habituelles" du manager dans les premiers échanges, promesse de vente consentie par le manager à prix zéro en cas de départ, obligation de loyauté exclusive dans le pacte, conditions d'exercice des BSA tributaires de l'atteinte par les investisseurs d'un multiple et d'un TRI minimums, etc.) dont il résulterait que le gain réalisé lors de la cession des bons "avait essentiellement la nature d'un versement à caractère incitatif, par lequel les actionnaires ont décidé de rétribuer ensemble l'exercice effectif de ses fonctions de manager et les résultats ou performances ayant résulté de cet engagement professionnel".

Dans un cas comme dans l'autre, la normalité du prix d'achat d'origine du bon semble rester sans incidence sur la qualification du gain attaché à son exercice. Le risque de perte pris par l'investisseur sur le prix payé pour le bon a d'ailleurs été explicitement écarté comme seul critère d'analyse par le Conseil d'État.

Théoriquement, l'absence de toutes conditions "salariales" entourant l'exercice ou la vente du bon permettrait donc de garantir une imposition en plus-value nonobstant le fait que l'option aurait été souscrite à prix préférentiel au départ et imposée comme telle à l'origine (cf. point 1 ci-dessus). Ce point méritera néanmoins, à notre avis, d'être confirmé.

Plus généralement, alors que des critères objectifs prévalaient jusqu'à présent, tenant principalement à la normalité du prix payé pour l'instrument au départ, la terminologie employée ouvre la voie à une approche plus subjective ("les actionnaires ont décidé", nature "essentiellement" d'un versement à caractère incitatif, etc.).

Si certains critères permettant de caractériser le lien entre le contrat de travail et l'avantage obtenu paraissent relativement clairs (prix de cession garanti, clauses de good/bad leaver à impact majeur sur le prix, corrélations entre un critère de TRI/multiple et un montant en valeur absolue perçu par le manager), d'autres restent à ce stade plus nébuleux. Ils ressortiront nécessairement d'une analyse concrète des faits propres à chaque espèce, relevant de la compétence et de l'appréciation souveraine des juridictions du fond.

Il est probable que l'administration s'appuie sur ces arrêts afin de rouvrir un large contentieux dans le domaine des "management packages". La jurisprudence devra alors permettre de dégager une ligne de conduite plus précise à travers l'analyse casuistique des caractéristiques de chaque situation et ainsi assurer davantage de visibilité aux acteurs.

Dans cette attente, l'incertitude attachée à la nouvelle grille de lecture encouragera certainement ces derniers, soit à privilégier les investissements capitalistiques classiques des salariés et dirigeants au moyen d'actions ordinaires, soit à recourir aux régimes d'intéressement légaux tels que les BSPCE ou l'attribution gratuite d'actions.

Marine Pelletier-Capes
Associée droit fiscal
Vivien & Associés, Paris

