

N° 361440

Ministre du budget c/ M. Alain B...

3^e et 8^e sous-sections réunies

Séance du 9 septembre 2013

Lecture du 1^{er} octobre 2013

CONCLUSIONS

Vincent Daumas, rapporteur public

L'option de souscription ou d'achat d'actions – plus connue sous son nom anglais, *stock option* – est un droit qu'une société accorde à ses salariés ou dirigeants leur permettant, pendant une certaine durée, de souscrire à une augmentation de capital ou d'acheter des actions à un prix déterminé. Cette option peut donner lieu à l'imposition de deux principaux types de gain dans le chef de son bénéficiaire :

- il y a d'abord l'avantage correspondant à la différence entre la valeur réelle de l'action à la date de levée de l'option et le prix de souscription ou d'achat de cette action – ce qu'on appelle la plus-value d'acquisition ou encore le gain de levée de l'option ;

- il y a ensuite la plus-value de cession réalisée lors de la vente du titre, qui correspond à la différence entre le prix de cession et la valeur réelle de l'action lors de la levée de l'option.

En pratique, ce second type de gain n'est pas toujours constaté. Très souvent en effet, les bénéficiaires d'options de souscription ou d'achat d'actions lèvent leurs options et cèdent les actions ainsi obtenues le même jour, afin de n'avoir aucun fonds à déboursier. Dans ce cas, le prix de cession correspondant normalement à la valeur réelle des actions lors de la levée des options, il n'y a pas de plus-value de cession, seulement un gain de levée d'option.

La présente affaire ne met en cause que le premier type de gain que nous avons mentionné, le gain de levée d'option. Elle vous permettra d'apporter une précision inédite sur la nature de ce revenu.

M. Alain B... a exercé de 1990 à 2000 les fonctions de dirigeant salarié de la société française Merck, Sharp & Dohme. A ce titre il a été attributaire entre 1993 et 1996 d'options d'achat d'actions de la maison mère américaine, qui n'est autre que le laboratoire pharmaceutique du même nom. Il a ensuite bénéficié, entre 2000 et 2005, d'un régime de cessation progressive d'activité. Le 8 janvier 2002, alors qu'il n'était plus domicilié en France mais dans les Îles vierges britanniques, territoire auquel la France n'est pas liée par une convention fiscale, M. B... a levé ses options et cédé le jour même les titres obtenus. Ce faisant, il a réalisé une plus-value d'acquisition d'environ 3,5 millions de dollars. Il n'a pas inclus cette plus-value dans les revenus imposables qu'il a déclarés au titre de l'année 2002. Toutefois, il a porté dans sa déclaration une mention expresse expliquant qu'elle ne constituait pas, à ses yeux, un revenu de source française.

L'administration fiscale n'a pas fait la même analyse. Elle a admis que M. B..., en 2002, n'était plus fiscalement domicilié en France et dès lors, qu'il ne pouvait être imposé, en application des dispositions de l'article 4 A du code général des impôts, que sur ses seuls

revenus de source française. Toutefois, elle a relevé que les dispositions de l'article 164 B du CGI qualifient ainsi, notamment, les « revenus tirés d'activités professionnelles, salariées ou non, exercées en France ». Regardant la plus-value d'acquisition réalisée comme un complément de salaire, versé en rémunération de l'activité exercée par M. B... au sein de la société Merck, Sharp & Dohme, l'administration en a déduit qu'elle devait être imposée en France.

M. B... a contesté le supplément d'impôt sur le revenu auquel il a été assujéti en conséquence devant le tribunal administratif de Paris, qui lui a donné raison. Le ministre a fait appel devant la cour administrative d'appel de Paris, sans succès. Il se pourvoit en cassation.

Pour confirmer la décharge de l'imposition litigieuse, la cour administrative d'appel s'est fondée sur les modalités d'imposition du gain de levée d'option. Dans l'état du droit applicable à l'année d'imposition en litige, ce gain était en principe imposé, selon les termes mêmes de l'article 80 bis du CGI, comme un complément de salaire. Toutefois, ce texte renvoyait à l'article 163 bis C du code, qui soumettait ce gain à un régime d'imposition spécifique, normalement plus favorable que les règles des traitements et salaires, si deux conditions se trouvaient cumulativement remplies : en premier lieu, que les actions revêtent la forme nominative ; en second lieu, que le bénéficiaire respecte un délai légal¹ d'indisponibilité entre la date d'attribution de l'option et celle de la cession de l'action. Ce régime d'imposition prévu aux articles 150-0 A et 200 A du CGI était celui des plus-values de cession de valeurs mobilières.

La cour administrative d'appel, pour trancher le litige qui lui était soumis, a relevé que les conditions d'application du régime d'imposition des plus-values mobilières étaient remplies en l'espèce – ce point n'a jamais été contesté par l'administration, qui avait d'ailleurs spontanément appliqué le régime en question pour imposer la plus-value litigieuse. La cour en a déduit que l'avantage résultant de la plus-value d'acquisition dégagée lors de la levée des options devait être regardé comme un gain en capital et non comme un complément de salaire. Et elle a conclu que ce gain en capital, réalisé par un non-résident sur des actions d'une société américaine, ne pouvait être regardé comme un revenu de source française. Au terme de ce raisonnement, elle a confirmé la décharge prononcée par le tribunal administratif.

Le ministre soutient que la cour a commis une erreur de droit en réservant la qualification de compléments de salaire aux seuls gains de levée d'options qui ne sont pas imposés selon le régime des plus-values mobilières et, par conséquent, qu'elle a inexactement qualifié les gains litigieux. Il défend, ce faisant, l'interprétation de la loi qu'il a donnée dans une instruction récente (14 A-3-12 du 2 mars 2012, § 26).

L'affaire pose ainsi la question de la nature du gain de levée d'option, dont dépend le point de savoir si, lorsque les options sont attribuées dans le cadre d'un travail salarié exercé en France, il peut être assimilé à un revenu de source française, imposable en France sur le fondement des articles 4 A et 164 B du CGI. Le gain issu de la levée d'option doit-il toujours être traité comme un complément de salaire ou doit-on considérer que l'application du régime de faveur des plus-values mobilières lui fait perdre cette qualification ? Notons que, sauf retour des choses, votre réponse à cette question ne présentera qu'un intérêt rétrospectif,

¹ Il existe des délais contractuels d'indisponibilité fixés par les plans d'attribution des options.

puisque l'article 11 de la loi de finances pour 2013² a supprimé le régime d'imposition de faveur. Désormais, le gain de levée d'option est toujours imposé au barème progressif de l'impôt sur le revenu, dans la catégorie des traitements et salaires.

Mais revenons à l'affaire.

Il faut préciser, tout d'abord, que la question qu'elle pose n'a pas été tranchée par votre décision du 17 mars 2010 (n° 315831, au Recueil et à la RJF 6/10 n° 588, concl. N. Escaut au BDCF 6/10 n° 66). Cette décision précise comment déterminer l'Etat ayant le pouvoir d'imposer le gain de levée d'option, lorsque le bénéficiaire de l'option, entre la date de son attribution et celle de sa levée, a exercé l'activité salariée ainsi rémunérée sur l'un puis l'autre des territoires respectifs de deux Etats liés par une convention fiscale – mais dans cette affaire il s'agissait de n'appliquer que les règles des traitements et salaires. Par cette décision, vous n'avez pas entendu trancher la question de la nature de ce gain lorsque, au contraire, s'applique le régime de faveur des plus-values mobilières. La question était d'ailleurs expressément réservée par notre collègue Nathalie Escaut dans ses conclusions.

Cette précision apportée, nous n'avons guère d'hésitation à aller dans le sens du pourvoi.

Joue en faveur de la thèse du ministre, tout d'abord, la lettre même de la loi. Les dispositions du I de l'article 80 bis du CGI, dans leur rédaction applicable au litige, prévoient que le gain de levée d'option « constitue pour le bénéficiaire un complément de salaire », puis précisent que ce complément de salaire est « imposable dans les conditions » prévues à l'article 163 bis C. C'est ensuite cet article qui lui-même prévoit l'application du régime des plus-values mobilières dans les conditions que nous avons dites. Le I de l'article 80 bis se lit donc, très spontanément, comme qualifiant le gain de levée d'option de revenu salarial par nature, tout en renvoyant à d'autres dispositions la définition des modalités d'imposition de ce revenu.

L'examen de l'origine de ces dispositions et de leur évolution au cours du temps confirme cette lecture. Les dispositions de l'article 80 bis sont issues de l'article 6 de la loi (n° 70-1322) du 31 décembre 1970 relative à l'ouverture d'options de souscription ou d'achat d'actions au bénéfice du personnel des sociétés. L'architecture de cet article 6 était parfaitement limpide :

- son I qualifiait la plus-value d'acquisition de complément de salaire ;
- son II fixait les conditions dans lesquelles cette plus-value était exonérée d'impôt sur le revenu – il s'agissait, déjà, de la forme nominative des titres et du respect d'un délai d'indisponibilité de cinq ans ;
- son III prévoyait les modalités selon lesquelles, en cas de non-respect des conditions mentionnées au II, la plus-value devait être imposée.

C'est ensuite la loi de finances pour 1990³ qui a supprimé l'exonération du gain de levée d'option dans le cas où les deux conditions que nous avons déjà mentionnées sont réunies, pour prévoir à la place une imposition selon le régime favorable des plus-values de cession de valeurs mobilières. Le recours à ce régime d'imposition était donc purement instrumental. Il

² Loi n° 2012-1509 du 29 décembre 2012.

³ Loi n° 89-935 du 30 décembre 1989, article 11.

s'agissait simplement de remplacer un traitement fiscal extrêmement favorable – l'exonération – par un autre qui l'était un peu moins – l'imposition au taux proportionnel, hors barème de l'impôt sur le revenu. L'application du régime des plus-values mobilières constitue donc seulement une modalité d'imposition du gain de levée d'option. Elle ne change rien à sa nature de complément de salaire qui résulte des dispositions de l'article 80 bis du CGI.

Ajoutons encore un argument de texte à l'appui de cette interprétation. La loi de finances pour 1996 a relevé le taux d'imposition proportionnel auquel était soumis le gain de levée d'option dans le cadre du régime des plus-values mobilières, pour les options attribuées depuis le 20 septembre 1995⁴. Ce taux plus élevé pouvait conduire, dans certaines hypothèses, à une imposition moins favorable que celle découlant des règles applicables aux traitements et salaires. C'est pourquoi le législateur a offert au contribuable normalement soumis au régime des plus-values mobilières la faculté, prévue au 6 de l'article 200 A du CGI, d'opter pour l'imposition du gain de levée d'option selon les règles des traitements et salaires. Cette option permettant un retour aux modalités d'imposition normalement applicables aux salaires nous paraît un indice supplémentaire que telle est bien la véritable nature du gain de levée d'option. On peine à imaginer en effet que ce gain puisse changer de nature selon que le bénéficiaire opte ou non pour l'imposition en traitements et salaires.

Nous observons, enfin, que l'interprétation défendue par le ministre correspond aussi à la réalité économique du gain de levée d'option, ce qui ne gêne rien. L'exercice de l'option n'implique en effet aucun risque d'investisseur et la plus-value réalisée à cette occasion n'est pas liée à la détention d'un capital. On ne voit donc pas ce qui justifierait, en dehors de tout argument de texte, de la regarder comme un gain en capital.

Si vous nous suivez, vous accueillerez les moyens d'erreur de droit et de qualification juridique soulevés par le ministre.

Par ces motifs nous concluons :

- à l'annulation de l'arrêt attaqué ;
- au renvoi de l'affaire à la cour administrative d'appel de Paris ;
- au rejet des conclusions présentées par M. B... au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du CJA.

⁴ Loi n° 95-1346 du 30 décembre 1995, article 70.