

N° 420262

**Ministre de l'action et des comptes publics
c/ M. et Mme H...**

N° 420382

**Ministre de l'action et des comptes publics
c/ M. et Mme D...**

10^e et 9^e chambres réunies

Séance du 17 juin 2019

Lecture du 27 juin 2019

CONCLUSIONS

Mme Anne ILJIC, rapporteure publique

Les deux affaires qui viennent d'être appelées sont relatives à l'imposition des gains retirés par certains dirigeants du groupe Wendel de la cession du groupe Editis, intervenue en 2008. Elles appartiennent à une série dont les autres dossiers posent les mêmes questions que celles que vous aurez à trancher aujourd'hui. Cette série, précisons-le, est distincte de celle relative aux opérations de restructuration du groupe Wendel plus largement entendues, dont deux affaires, posant des difficultés identiques au regard de l'article L. 76 B du LPF, sont également portées au rôle de la séance d'aujourd'hui.

Le contexte de l'affaire est le suivant.

En 2004, le groupe Wendel a acquis le groupe Editis pour un montant de 600 M € dont 180 M € d'investissement initial en fonds propres, qu'il a revendu quatre ans plus tard, alors que sa valeur d'entreprise atteignait 1026 M €.

Certains des cadres dirigeants du groupe Wendel ont été associés à l'opération via un mécanisme d'intéressement ou « *management package* ». Il leur a été proposé d'entrer au capital de la société Cie de l'Odyssée (CDO), conçue comme un véhicule d'investissement, moyennant l'acquisition de 50 000 actions de préférence au prix unitaire de 20 €, 150 000 actions ordinaires étant par ailleurs détenues par la société mère de la société CDO, qui était la société de droit luxembourgeois Ofilux Finance, elle-même indirectement détenue par Wendel. Ces actions avaient vocation à être converties en actions ordinaires en cas de changement de contrôle ou d'entrée en bourse du groupe Editis, selon une parité d'échange calculée en fonction de la prise de valeur de la société CDO depuis sa création.

Or, grâce à un apport de 4 M € de la part de la société Ofilux, la société a acquis auprès de cette dernière 125 000 actions de la société Odyssée 3, qui détenait elle-même près de la moitié du groupe Editis via la société Odyssée Holding - les sociétés Odyssée 3 et Odyssée Holding étant elles-mêmes détenues par Wendel - de sorte que ses titres ont été fortement valorisés. Et quelques jours avant la cession du groupe Editis au groupe espagnol

1

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Planeta, c'est-à-dire avant même leur conversion automatique en actions ordinaires, les actions de préférence de la société CDO ont toutes été rachetées par Ofilux finance au prix unitaire de 642 €. Elles ont été converties en actions ordinaires quelques jours plus tard, selon une parité d'échange d'une action de préférence pour 14 actions ordinaires.

M. H... et Mme D..., qui étaient respectivement directeur fiscal et directrice de la communication du groupe Wendel, ont participé à ce dispositif. Le premier a souscrit 2250 actions de préférence de la société CDO, représentant un investissement personnel de 45 000 €, tandis que la seconde en a souscrit 1000, représentant un investissement personnel de 20 000 €. En 2007, chacun d'eux a cédé ces titres à leur prix d'acquisition à des sociétés civiles non soumises à l'impôt sur les sociétés relevant de l'article 8 du code général des impôts qu'ils avaient constituées avec leurs conjoints et dont ils détenaient la totalité des parts, dénommées Marin des Tilleuls et Harcelor. Dans les deux cas, ce sont ces sociétés qui ont encaissé les plus-values liées au rachat des actions de préférence de la société CDO par Ofilux Finance, préalablement à la cession du groupe Editis. Les sommes correspondantes - 1 399 588 € dans le premier cas, 617 257 € dans le second - ont été déclarées par les intéressés au titre de l'année 2008 en tant que plus-values de cession de valeurs mobilières, imposables à l'IR au taux forfaitaire de 18% et ont, en l'occurrence, été intégralement compensées par des moins-values dégagées au titre de la même année.

Sans remettre en cause l'interposition de ces sociétés civiles, l'administration fiscale a pour sa part estimé que ces plus-values devaient être considérées à hauteur de 65,34 %¹ comme des compléments de rémunération, imposables au barème progressif de l'IR dans la catégorie des traitements et salaires, au motif qu'elles correspondaient à la rémunération d'un investissement non aléatoire et sans risque, réalisé à raison des fonctions salariales exercées par les contribuables. En ont résulté des impositions supplémentaires, en droits et pénalités, de 524 719 € dans le cas de M. et Mme H... et de 228 500 € dans le cas de M. et Mme D.... Les intéressés ont d'abord contesté l'analyse du service, sans succès, devant le tribunal administratif de Montreuil (jugements n°s 1500571 et 1412157 du 31 mars 2016). Mais après avoir communiqué aux parties un moyen d'ordre public tiré de l'erreur de rattachement catégoriel faite par l'administration, la cour administrative d'appel de Versailles a pour sa part inversé la solution, estimant que le fisc ne pouvait procéder à la requalification des sommes en cause en traitements et salaires sans écarter l'interposition des sociétés civiles en ayant recours à la procédure d'abus de droit (arrêts n°s 16VE02414 et 16VE02368 du 6 mars 2018).

La cour est partie de l'idée, exprimée aux points 2 des arrêts attaqués, que les revenus qu'une personne physique tire d'une société civile qu'elle détient « *sont calculés en faisant application des règles propres à la catégorie de bénéficiaires ou de revenus relative à l'activité de la société* ». C'est en effet ce qui résulte du II de l'article 238 bis K du code général des impôts, qui prévoit que lorsque des droits dans une société mentionnée à l'article 8 de ce code ne sont pas inscrits à l'actif d'une personne morale dans les conditions prévues au I de cet article, « *la part de bénéficiaires ainsi que les profits résultant de la cession des droits sociaux sont déterminés et imposés en tenant compte de la nature de l'activité et du montant des recettes de la société ou du groupement* » (en ce sens 11 juillet 1984, *Barraud*, n° 45550, RJF 10/84 n° 1150). L'article 60 du code général des impôts dispose pour sa part que « *Le*

¹ Proportion dans laquelle l'administration a considéré que la plus-value de cession des actions de préférence réalisées par les sociétés civiles interposées résultait en fait du mécanisme d'intéressement mis en place par le groupe Wendel.

bénéfice des sociétés visées à l'article 8 est déterminé, dans tous les cas, dans les conditions prévues pour les exploitants individuels » (1^{er} alinéa). Et en vertu de l'article 150-0-A du code général des impôts, les gains de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux réalisés par des sociétés civiles de gestion de portefeuille, telles que les sociétés Marin des Tilleuls et Harcelor, doivent être imposés selon le régime prévu à cet article. C'est d'ailleurs ce qui ressort de la doctrine fiscale elle-même (BOI-RPPM-PVBMI-10-30-10 n°30 du 20 mars 2015). Il est vrai que les associés de sociétés de personnes sont soumis personnellement à l'impôt pour la part des bénéfices sociaux correspondant à leurs droits dans ces sociétés, mais ces dernières disposent d'une personnalité propre, distincte de celle de leurs associés, ce qui leur vaut le qualificatif de sociétés translucides.

C'est ce que regrette le ministre, dont l'argumentation tout entière tend en définitive à vous inviter à les regarder comme des sociétés transparentes. Mais aucun des arguments qu'il avance ne parvient à nous convaincre qu'il faudrait faire droit à la cassation demandée.

Il est d'abord soutenu qu'en cédant en 2007 leurs actions de préférence aux sociétés civiles qu'ils avaient constituées avec leurs conjoints, M. H... et Mme D... auraient fait acte de disposition, de sorte que les plus-values litigieuses devraient être regardées comme un revenu imposable entre leurs mains. Selon l'article 12 du code général des impôts, l'impôt est en effet dû chaque année « *à raison des bénéfices ou revenus que le contribuable réalise ou dont il dispose au cours de la même année* ».

Mais à dire vrai, nous ne voyons pas très bien où mène cette argumentation, car il n'est pas contesté que les requérants ont bien disposé des plus-values de cession réalisées par les sociétés civiles interposées, qu'ils ont spontanément reportées sur leur déclaration de revenu de l'année 2008. Voir un acte de disposition dans le fait de s'être dépossédé des avantages que leur avait consentis le groupe Wendel, attachés à leurs actions de préférence, en les cédant à des sociétés civiles n'a guère plus de sens : nous ne voyons pas quelles sommes auraient été abandonnées à ces sociétés civiles, tant il paraît artificiel de distinguer comme tente de le faire le pourvoi l'avantage attaché aux actions de préférence de la plus-value de cession réalisée ensuite par la société. Un tel acte de disposition serait de toute façon intervenu au titre de l'année 2007, qui ne fait pas l'objet des rehaussements litigieux. L'hypothèse ici en cause n'a rien de comparable à celle visée par votre jurisprudence S... par laquelle vous avez jugé que la présomption de disposition des sommes inscrites au crédit d'un compte courant d'associé valait y compris en cas d'abandon de ces dernières par l'associé, au profit de la société dans laquelle il détient ce compte, quelle que soit la situation de trésorerie de l'entreprise (31 juillet 2009, S..., n° 301191, T. pp. 714-727 : RJF 11/09 n° 605, concl. J. Burguburu contraires BDCF 11/09 n° 121). Nous vous invitons à juger que la cour n'a pas commis d'erreur de qualification juridique en jugeant que la plus-value réalisée par chacune des deux sociétés civiles l'avait été à raison du droit qu'elles tiraient des actions de préférence qu'elles ont cédées et non d'un quelconque acte de disposition.

Pour faire échec à la solution retenue par la cour, le ministre vous dit par ailleurs qu'il est en droit de procéder à la requalification d'un revenu sans mettre préalablement en œuvre la procédure d'abus de droit. Cela nous semble parfaitement exact : comme vous l'avez jugé par votre décision *Sté Azur Industrie* du 30 juillet 2003 (n° 232004 : RJF 11/03 n° 1273, concl. P. Collin BDCF 11/03 n° 144), l'administration ne fait pas d'abus de droit « rampant », selon la formule désormais consacrée (voyez Plénière, 10 juin 1981, L..., n° 59970 : RJF 8-9/89 n° 998 avec chronique J. Turot p. 458) lorsqu'elle se borne à interpréter certains actes passés

par le contribuable sans les écarter. Ainsi Pierre Collin rappelait-il dans ses conclusions que ce qui recouvre l'interprétation de contrats qui ne sont pas regardés comme fictifs par l'administration ne relève pas de la procédure d'abus de droit.

Mais ici la difficulté tient au fait qu'il était impossible de requalifier les sommes litigieuses en traitements et salaires sans écarter l'interposition des sociétés civiles, qui ne pouvaient par hypothèse percevoir des revenus relevant de cette catégorie. Or, comme l'a relevé la cour, l'administration a expressément écarté l'abus de droit en estimant que les sociétés auxquelles les titres de M. H... et Mme D... avaient été cédés en 2007 ne revêtaient pas un caractère fictif et ne poursuivaient pas un but exclusivement fiscal. Elle ne pouvait dès lors que constater que le gain réalisé par ces sociétés, qui avaient pour activité la gestion de portefeuille, était imposable dans la catégorie des plus-values de cession de valeurs mobilières.

La jurisprudence *G...* (26 septembre 2014, n° 365573 : RJF 12/14 n° 1099, concl. E. Cortot-Boucher BDCF 12/14 n° 120, chronique N. Labrune RJF 12/14 p. 1043) n'est sur ce point d'aucun secours : par cette décision, vous avez jugé que le gain tiré de la levée de l'option d'achat d'actions consentie au dirigeant d'une société en dehors de tout dispositif d'intéressement prévu par les textes, était imposable en traitements et salaires à raison des caractéristiques de la convention d'option d'achat, sans qu'ait d'incidence la circonstance que la cession ultérieure de ces actions était assortie d'une clause de garantie de passif. Mais comme le décrivent les conclusions, c'était l'imposition d'une plus-value d'acquisition, correspondant à la différence entre le prix de souscription de l'option et la valeur de l'action à la levée de l'option, qui était alors en cause, et le gain litigieux n'avait de toute façon pas été réalisé comme en l'espèce via une société interposée.

Quant à votre décision *K...* du 17 avril 2015 (n° 371552, RJF 7/15 n° 594, concl. E. Cortot-Boucher BDCF 7/15 n° 91), elle ne juge pas de manière générale que la catégorie d'imposition d'un revenu est sans lien avec la qualité de la personne qui le perçoit, mais traite du cas particulier de l'imposition d'un gain de levée d'option d'achat accordé dans les conditions prévues par le code de commerce en cas de démembrement de la propriété des titres cédés. Si vous avez dans les circonstances de cette affaire estimé que c'est entre les mains des nus propriétaires que devait être taxé le gain en cause, regardé comme un complément de salaire par détermination du I de l'article 80 bis du code général des impôts, alors même que les nus propriétaires n'étaient en l'occurrence pas salariés de la société ayant consenti l'option, c'est notamment parce que les dispositions applicables à la taxation de cet avantage ne prenaient nullement en considération la qualité de leur bénéficiaire (nous renvoyons pour plus de précisions sur ce point aux conclusions prononcées sur cette affaire).

Si vous nous suivez, vous écarterez donc également le moyen d'erreur de droit dirigé contre les motifs par lesquels la cour a jugé que l'administration ne pouvait requalifier les sommes en litige en traitements et salaires sans passer par la procédure d'abus de droit.

PCMNC au rejet des pourvois et à ce que l'Etat verse aux requérants, sous chacun des deux numéros, une somme de 3000 euros au titre des frais de procédure.