

N° 428506 – Ministre de l'action et des comptes publics c/ M. Q...

N° 435452 – M. S...

N° 437498 – M. R...

Plénière fiscale

(3^{ème}, 8^{ème}, 9^{ème}, 10^{ème} chambres réunies)

Séance du 25 juin 2021

Lecture du 13 juillet 2021

Conclusions

Mme Emilie BOKDAM-TOGNETTI, rapporteure publique

Du latin *salarium* – dont le vénérable dictionnaire *Gaffiot* nous renseigne sur l'évolution sémantique du temps des Romains eux-mêmes, passant d'abord de la ration de sel donnée au légionnaire à la solde pour acheter du sel, avant de renvoyer à la solde elle-même, pour désigner ensuite par extension tout émolument, traitement ou gage – le salaire n'en finit pas de diversifier ses formes tout en conservant une caractéristique fondamentale : être versé en rétribution d'un travail accompli pour le compte d'un employeur, et non en tant que producteur autonome.

Des économistes de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècles ont pu présenter le salariat comme une relation dans laquelle « *l'ouvrier est mis à l'abri de tout risque [à l'égard du résultat de l'entreprise, en contrepartie de quoi] il perd tout droit sur le produit de son propre travail* » au profit du patron, qui devient « *maître exclusif* » de ce produit et de sa valeur (L. Garriguet, *Le salaire*, Paris, 1903), et définir le salaire comme « *une espèce d'abonnement par lequel l'ouvrier abandonne sa part dans la richesse produite, moyennant une somme invariable qui ne soit soumise à aucune chance aléatoire* » (J. Polen, *Economie Sociale. Du Salaire*, Paris, 1871) - bien que salaire ne signifiait pas pour autant fixité du montant total perçu, notamment en cas de rémunération à la tâche.

La rémunération du travailleur, convenue à l'avance et dont le salaire est dû quel que soit le bénéfice ultérieur de l'entreprise, se différencie ainsi de celle du capitaliste, dont la rémunération est liée au résultat de l'entreprise et l'expose, en cas d'échec de celle-ci, à un risque de perte.

Très tôt est apparue l'idée, afin de récompenser le travail mais aussi de répartir de manière plus juste la richesse produite par l'entreprise, de mettre en place des mécanismes permettant de rétrocéder aux salariés une partie des bénéfices. Dès lors qu'elle consiste seulement à compléter, par un surcroît de versement mais jamais par un prélèvement, le salaire fixe du travailleur, cette participation aux bénéfices ne modifie toutefois pas la qualité en laquelle la rémunération est perçue ni, par suite, la nature salariale de celle-ci. Pareillement, alors même

qu'il ne comporte aucun montant minimum garanti et présente, compte tenu des variables en fonction desquelles il est défini, un caractère aléatoire, l'intéressement des salariés aux résultats ou à l'accroissement de productivité de l'entreprise par le versement de primes conditionnées à l'atteinte de certains objectifs collectifs constitue un complément de rémunération du travail accompli au profit de l'employeur. En revanche, un mécanisme qui emporterait la participation pure et simple du travailleur non seulement aux bénéfices, mais également aux pertes de l'entreprise, ferait naître une relation sortant du cadre du contrat de louage de service (le contrat de travail) pour relever du contrat de société.

Dans *L'Argent*, le personnage de Saccard vantait en ces termes l'utilité sociale supposée de la spéculation, en laquelle il croyait pouvoir discerner « l'appât même de la vie » : *« Avec la rémunération légitime et médiocre du travail, le sage équilibre des transactions quotidiennes, c'est un désert d'une platitude extrême que l'existence, un marais où toutes les forces dorment et croupissent ; tandis que, violemment, faites flamber un rêve à l'horizon, promettez qu'avec un sou on en gagnera cent, offrez à tous ces endormis de se mettre à la chasse de l'impossible, des millions conquis en deux heures (...) ; et la course commence, les énergies sont décuplées, la bousculade est telle que, tout en suant uniquement pour leur plaisir, les gens arrivent parfois à faire des enfants, je veux dire des choses vivantes, grandes et belles ».*

Reposant sur le même présupposé – dont E. Zola, au demeurant, n'était pas dupe ainsi que l'illustre la suite du roman, les dispositifs dits de « management package » cherchent à insuffler chez les dirigeants salariés d'une entreprise, une énergie passionnée comparable à celle du spéculateur et qu'une rémunération fixe ne suffirait possiblement pas à garantir.

Loin de la ration de sel du légionnaire romain, mais procédant de la même préoccupation de garantir et récompenser la loyauté, l'engagement et la motivation de ceux qui en bénéficient, ces outils fondés sur la théorie de l'agence visent l'alignement des intérêts des dirigeants et hauts cadres salariés d'une société sur les intérêts des actionnaires-investisseurs de cette même société. Particulièrement utilisés dans les opérations de *LBO*, où ils offrent parfois au cadre ou dirigeant salarié la perspective de profiter, en fait, d'une partie de la plus-value de sortie qui sera réalisée par les investisseurs lors de la cession de la société émettrice et l'incitent à poursuivre une politique visant la maximisation rapide de la rentabilité de l'investissement des associés, ces instruments de motivation peuvent aussi être mis en place en dehors de telles opérations et prendre diverses formes.

Parfois, ils aboutissent à faire du dirigeant salarié un véritable actionnaire, détenteur d'une part du capital de l'entreprise. Parfois aussi, l'alignement des intérêts du salarié sur ceux des investisseurs qui cherchent la prise de valeur des titres qu'ils détiennent, ne s'opère pas par la transformation durable et véritable du salarié en actionnaire de l'entreprise, mais par le recours à des schémas dans lesquels le salarié soit n'aura jamais la qualité d'actionnaire – par exemple, en détenant puis en vendant des titres donnant accès au capital sans les avoir exercés – soit ne revêtira cette qualité qu'un bref instant, l'acquisition de titres de capital de la société étant immédiatement suivie dans la foulée de leur cession. Ne pas être actionnaire n'exclut toutefois pas d'agir en investisseur ou spéculateur : être présent au capital d'une entreprise ne constitue pas l'unique modalité de faire fructifier son propre capital.

Tout travail mérite salaire, comme le dit le dicton. Mais tout gain dont les instruments ayant permis la réalisation ont été acquis en lien avec le travail est-il pour autant, et sous quelles conditions, un avantage accordé en sus du salaire, au sens de l'article 82 du CGI prévoyant de manière large l'inclusion dans la base imposable au titre de la catégorie des traitements et salaires, pour l'établissement de l'impôt sur le revenu des personnes physiques, « *du montant net des traitements, indemnités et émoluments, salaires, pensions et rentes viagères* » mais aussi de « *tous les avantages en argent ou en nature accordés aux intéressés en sus des traitements, indemnités, émoluments, salaires, pensions et rentes viagères proprement dits* » ?

*

Avant d'entrer plus avant dans le détail de certains des mécanismes de « management packages » et d'explorer le traitement fiscal qu'il y a lieu de leur réserver, nous voudrions vous faire part de trois certitudes que nous nourrissons.

La première est que, si ces montages peuvent parfois recourir à des instruments de forme classique qui ne sont pas par nature réservés à la motivation des dirigeants, l'entrée dans les dispositifs dits de « management packages », ainsi que l'indique d'ailleurs cette dénomination, est toujours liée aux fonctions de direction et de gestion exercées par les personnes à qui ils sont proposés. Mais ce seul élément ne saurait nécessairement suffire à colorer la nature de tous les gains qu'elles en retirent par la suite, comme l'illustre l'actionnariat salarié qui n'a pas pour effet de transformer en rémunération du travail les dividendes reçus en qualité d'associé.

Notre deuxième certitude est que la qualification des divers gains procurés aux dirigeants par ces outils n'a rien d'évident, contrairement aux protestations indignées parfois émises par des praticiens face à des décisions juridictionnelles y ayant vu un avantage salarial. Ces positions doctrinales méritent tout votre intérêt, mais en gardant à l'esprit qu'elles ne sont pas toujours désintéressées. Si le régime fiscal des traitements et salaires était plus avantageux que celui des gains en capital, nul doute selon nous que ces mêmes commentateurs soutiendraient sans ciller, et avec la même verve, la nature salariale des gains réalisés.

Notre troisième certitude est l'existence d'un décalage entre, d'un côté, les quelques décisions que vous avez rendues sur ces sujets, et de l'autre, la portée que les commentateurs leur ont conférée. Ces décisions, souvent rédigées en des termes ambigus ou contraints par les moyens de cassation dont vous étiez saisis et n'ayant eu aucune ambition de systématisation, ont été abondamment glosées et disséquées pour en dégager des grilles d'analyse et des critères de qualification qui en étaient pourtant en large part absents.

Ainsi, alors que vos décisions *X...* du 18 janvier 2006 (n° 265790 265791, T. p. 850, RJF 4/016 n° 378) et *F... et de F...* du 7 novembre 2008 (n° 301642, T. p. 672 sur un autre point, RJF 1/2009 n° 56, concl. L. Olléon) se bornent à juger que la seule circonstance qu'un contribuable cédant les titres d'une société ait occupé des fonctions de direction dans cette société ou que la convention de cession comporte des conditions liées à la réalisation de certains objectifs et au maintien du cessionnaire au poste de dirigeant pendant plusieurs années, ne saurait suffire à faire regarder les sommes provenant de cette cession comme le

fruit d'une occupation lucrative relevant des bénéfices non commerciaux de l'article 92 du CGI, sans se prononcer sur les conditions d'une éventuelle requalification en traitements et salaires, ces décisions sont fréquemment brandies par les thuriféraires du « tout plus-value » pour exclure l'identification d'un avantage de nature salariale en présence d'une cession dont les conditions de prix seraient liées à la qualité de dirigeant du cédant.

Autre illustration, dans votre décision *M. et Mme W...* du 26 septembre 2014 (n° 365573, T. p. 643 ; RJF 12/14 n° 1099, avec chronique N. Labrune « Les gains de management package, des objets fiscaux non identifiés ? » p. 1043 ; BDCF 2/14 n° 120 ; Dr. fisc. 2014 n° 47 comm. 636, concl. E. Cortot-Boucher), vous avez jugé qu'une cour, après avoir relevé que l'option d'achat d'actions consentie à un contribuable était liée à sa nomination en qualité de dirigeant du groupe et que la levée de cette option était subordonnée à l'exercice de fonctions de direction au sein du groupe pendant au moins cinq ans, le nombre d'actions pouvant être achetées dépendant, en outre, du taux de rendement interne de l'investissement réalisé par diverses sociétés dans ce groupe, n'avait commis aucune erreur de droit en déduisant de ces constatations, en l'absence de toute allégation selon laquelle la valeur réelle des actions aurait évolué entre la date de la levée de l'option et la date de leur cession quelques jours plus tard, que *« l'écart entre le prix de cession des actions et le prix fixé dans la convention correspondait, dans sa totalité, à un revenu qui trouvait sa source dans les conditions dans lesquelles l'option d'achat des actions avait été consentie et qui avait le caractère d'un avantage en argent, imposable dans la catégorie des traitements et salaires en application des articles 79 et 82 du code général des impôts »*. Vous n'avez, pour procéder à une telle qualification, fait aucune référence au montant que le contribuable avait versé pour obtenir cette option, pas plus que du risque que celle-ci présentait, mais vous êtes bornés à constater que l'option avait été consentie à raison des fonctions de dirigeant de l'intéressé et que sa levée était subordonnée à l'exercice de fonctions au sein du groupe pendant une durée déterminée et à l'atteinte de certains objectifs. Si votre décision évoque ultérieurement le montant de l'indemnité d'immobilisation qu'avait versée le requérant, ce n'est que pour écarter le moyen tiré d'une dénaturation des faits à avoir jugé ce montant « modique », mais vous n'en avez fait aucune mention pour écarter le moyen tiré d'une erreur de droit de la cour sur la catégorie d'imposition.

Or en dépit des commentaires ensuite publiés par le rapporteur public de cette affaire soulignant sa portée limitée et l'impossibilité de tirer quelque enseignement utile des motifs sur l'indemnité d'immobilisation (E. Cortot-Boucher, RTD Com. 2015 p. 397), cette décision a été érigée en totem ayant consacré un critère de risque et de modicité ou non du prix pour appliquer ou écarter le régime des plus-values.

Enfin, si votre récente décision *M. et Mme G...* (CE, 12 février 2020, n° 421444, p. 43 avec concl. A. Iljic p. 47 ; RJF 4/20 n° 372 avec concl. A. Iljic et chronique C. Guibé p. 427) est tranchante sur le volet de l'abus de droit, elle apparaît en revanche ambiguë et plus modeste sur la qualification des sommes. Pour juger que le gain réalisé par M. G... – qui n'était pas un gain d'acquisition réalisé lors de l'exercice d'une option de souscription ou d'achat d'actions – devait être imposé dans la catégorie des traitements et salaires, la cour s'était bornée à relever, d'une part, la volonté du groupe Wendel d'intéresser ses cadres dirigeants aux résultats de la société Wendel Investissement et, d'autre part, l'absence de risque de

l'investissement réalisé par les requérants, mais sans identifier l'octroi d'un avantage au requérant qui lui aurait été consenti à raison de ses fonctions. Vous avez simplement constaté qu'en jugeant ainsi que le gain litigieux devait être regardé comme un complément de salaire, *« sans caractériser l'existence d'un avantage financier consenti à l'intéressé par la société Wendel Investissement à raison de ses fonctions de cadre dirigeant, dont procéderait ce gain »*, la cour avait commis une erreur de droit. Or l'encre de votre décision à peine sèche, des auteurs croient déjà y voir une révolution conceptuelle consacrant, pour le rattachement au régime des traitements et salaires ou des plus-values, le principe d'une proratisation du gain de sortie en fonction de la minoration de prix consentie à l'entrée dans un dispositif de management package.

Les décisions que vous rendrez sur les trois affaires appelées aujourd'hui subiront-elles le même sort funeste, ou contribueront-elles à mettre un peu de clarté dans un paysage qui restera, quoi que vous jugiez, incertain et mouvant compte tenu de l'inventivité et de l'évolutivité des schémas mis en place et des appréciations au cas par cas qu'ils requièrent ? Rien n'est moins sûr, mais il n'est interdit ni d'espérer ni d'essayer.

*

Parmi les voies que sont susceptibles d'emprunter les dispositifs d'association des dirigeants et salariés aux intérêts des actionnaires, certaines sont expressément prévues par le code de commerce. Le régime fiscal de ces plans et outils parfois dits « nommés » ou « qualifiés » est défini par des dispositions spéciales du code général des impôts.

Tel est le cas des options de souscription ou d'achat d'actions consenties aux membres du personnel ou à certains d'entre eux dans les conditions prévues aux articles L. 225-177 et L. 225-179 du code de commerce. Ces options offrent aux salariés à qui elles sont consenties le droit, sur leur demande, de souscrire ou d'acheter dans un délai déterminé et moyennant un prix définitivement fixé dans le plan d'options un certain nombre d'actions de la société qui les emploie, ou d'une société du même groupe la détenant ou détenue par elle, directement ou indirectement, à hauteur de 10% au moins du capital ou des droits de vote. Ces options sont attribuées gratuitement aux salariés, mais leur exercice n'est pas gratuit : le salarié devra, pour devenir actionnaire, acquitter le prix de souscription ou d'achat stipulé dans le plan d'option, lequel doit être fixé dans le respect des prescriptions énoncées aux articles L. 225-177 et L. 225-179 du code de commerce. Le régime fiscal de ces options est déterminé aux articles 80 bis et 163 bis C du CGI du CGI. Dans sa rédaction applicable aux années d'imposition en litige dans les présentes affaires, l'article 80 bis qualifie de « complément de salaire » « 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. Cet avantage n'est, en vertu de ces dispositions, imposé que lors de la cession des actions – seule une petite fraction du gain étant imposable dès la levée de l'option, dans le cas particulier où le prix d'acquisition des actions est inférieur à 95 % de la moyenne des cours ou du cours moyen d'achat mentionnés aux articles L. 225-177 et L. 225-179 du code de commerce. Ainsi, lors de la cession des titres acquis en exercice d'une telle option, seule la différence entre le prix de cession et la valeur réelle des titres lors de la levée de l'option est regardée et taxée comme une véritable plus-value de cession de valeurs mobilières. Si les actions sont cédées pour un

prix inférieur à leur valeur réelle à la date de la levée d'option, cette moins-value est déductible du montant brut de l'avantage salarial.

Parmi les mécanismes légaux figurent aussi les attributions gratuites d'actions (existantes ou à émettre) aux salariés. A la différence des stock-options, les salariés n'ont, dans le cadre de ce dispositif prévu aux articles L. 225-197-1 et suivants du code de commerce, rien à déboursier pour devenir actionnaires. Les droits résultant de l'attribution gratuite d'actions sont incessibles jusqu'au terme de la période d'acquisition. Leur régime fiscal est fixé à l'article 80 quaterdecies du CGI, qui classe l'avantage correspondant à ces attributions gratuites d'actions dans les traitements et salaires. Cet article prévoit l'imposition de cet avantage, correspondant à la valeur des actions à leur date d'acquisition par le salarié, mais dispose que l'impôt n'est dû qu'au titre de l'année au cours de laquelle le bénéficiaire des actions les cède. Lors des années en litige, cette imposition prenait la forme d'une imposition au taux forfaitaire de 30 %, sauf option pour une imposition au barème selon les règles applicables aux TS. La plus-value de cession ultérieure des actions, égale à la différence entre le prix de cession des actions et leur valeur à leur date d'acquisition, est quant à elle imposée dans les conditions prévues à l'article 150-0 A du CGI. Si les actions sont cédées pour un prix inférieur à leur valeur à la date d'acquisition, la moins-value est, là aussi, déduite du montant de l'avantage salarial (article 200 A, 6 bis du CGI).

Enfin, le code général des impôts institue à l'article 163 bis G tout à la fois un outil juridique particulier et le régime fiscal favorable correspondant, sous la forme des « bons de souscription de parts de créateur d'entreprise », pouvant sous certaines conditions être émis par de jeunes sociétés et attribués aux membres de leur personnel salarié et à leurs dirigeants soumis au régime fiscal des salariés. Le gain net réalisé lors de la cession des titres souscrits en exercice de ces bons est entièrement imposé selon le régime des plus-values, sans distinguer en son sein un gain d'acquisition qui suivrait le régime des TS. Nonobstant leur dénomination fiscale de « bons », ils sont incessibles, personnels et se rapprochent en réalité des stock-options.

Estimant le cadre juridique de ces divers outils trop contraint, leur traitement fiscal peut-être trop peu favorable, ou les regardant comme inadaptés aux objectifs poursuivis, certaines sociétés et leurs actionnaires ont développé le recours à d'autres mécanismes de *management packages*, en utilisant des titres financiers ou des montages contractuels qui ne sont pas réservés spécifiquement par le code de commerce aux membres du personnel. La difficulté est alors de déterminer dans quelle mesure ces schémas font naître une matière imposable, à quel moment, et compte tenu de sa nature, dans quelle catégorie – TS, RCM, ou plus-values.

*

Les présentes affaires vous conduiront à vous pencher sur deux cas de cession de bons de souscription d'actions et sur une cession d'actions acquises en exécution d'une option d'achat d'actions.

Les bons autonomes de souscription d'actions ont, dans les opérations de « management packages », rencontré un important succès tenant notamment à la liberté dont disposent les

sociétés pour définir tant le prix de souscription de ces bons que les conditions de leur exercice, ainsi qu'à la grande variété des objectifs que ces bons permettent, en fonction des conditions ainsi fixées, de poursuivre.

Les BSA « secs » ne constituent pas des titres de capital, mais des titres donnant accès au capital, pouvant être émis par les sociétés par actions dans les conditions prévues aux articles L. 228-93 et suivants du code de commerce, après autorisation de l'assemblée générale extraordinaire et sur rapport spécial du commissaire aux comptes. Des BSA peuvent également être émis par une société d'un groupe mais porter sur des actions qui seront, elles, émises par une autre société du même groupe.

Le détenteur de tels bons n'est pas, du fait de cette détention, actionnaire et n'est pas engagé à le devenir : il ne le devient qu'en cas d'exercice du droit de souscription conféré par les bons pour un prix d'exercice déterminé (ne pouvant en tout état de cause être inférieur à la valeur nominale de l'action), dans des périodes et avant une échéance données, le cas échéant sous réserve de la satisfaction de conditions diverses. L'émission de ces bons s'apparente ainsi à une augmentation de capital non seulement différée, mais encore conditionnée à la volonté des titulaires des bons d'exercer ou non leur droit de souscription. L'émission peut être gratuite ou s'effectuer à titre onéreux, moyennant le versement par le souscripteur du bon primaire d'un prix d'émission, fixé dans le contrat d'émission des bons. Quand ils sont attribués gratuitement à tous les actionnaires, les BSA s'apparentent à un succédané de droit préférentiel de souscription.

Si leur logique est proche de celle des options de souscription d'actions, les BSA s'en distinguent fondamentalement par leur nature de titres financiers, là où les options présentent le caractère de contrats financiers.

S'agissant de titres financiers au sens de l'article L. 211-1 du CMF, les bons sont des titres négociables et donc cessibles. Toutefois, les conditions fixées lors de l'émission ou dans le cadre d'accords et de pactes extrastatutaires peuvent encadrer et, par suite, restreindre cette cessibilité.

Les bons étant par ailleurs des valeurs mobilières, ils confèrent les mêmes droits par catégorie. Pour autant, une société peut procéder à une émission « sur mesure » d'un ensemble de bons : la circonstance que les BSA soient des valeurs mobilières ne signifie donc pas que ces bons constituent des produits standardisés et que le droit de les souscrire serait ouvert à tous. Les BSA peuvent ainsi être émis par une société à l'égard de l'ensemble de ses actionnaires, du public, ou encore à l'attention d'une ou plusieurs personnes déterminées ou catégories de personnes, le cas échéant membres du personnel.

Soulignons enfin que, comme en matière d'options, le titulaire d'un BSA dispose de l'espérance d'un gain théoriquement illimité, mais ne s'expose qu'à un risque de perte limité, d'un montant maximum égal au montant payé pour acquérir le bon.

A cet égard, les BSA donnent, en pratique, rarement lieu au constat de moins-values. Sauf cas particulier dans lequel le titulaire d'un bon l'a acquis pour un prix auquel son exercice n'est,

compte tenu de la valeur actuelle du sous-jacent et de ses prévisions, pas intéressant pour lui, qui souhaite s'en débarrasser, et qui trouve une personne désireuse, en raison notamment de l'appréciation divergente qu'elle porte sur l'évolution probable du sous-jacent, de l'acquérir pour un prix inférieur à celui que son titulaire avait versé, la détention d'un bon se dénoue en effet pour son titulaire soit par son exercice, soit par sa cession dans des conditions générant une plus-value, soit enfin par sa péremption et sa tombée en non-valeur.

Le risque encouru par une personne ayant acquis un BSA consiste donc moins dans un risque de moins-value que dans un risque de perte de sa mise, entendu comme un achat à fonds perdus, résultant de sa décision de ne pas exercer le bon si le prix d'acquisition prévu par celui-ci ne se révèle finalement pas avantageux ou si les conditions posées à son exercice ne sont jamais satisfaites avant sa date d'échéance. Si ce risque est parfois très faible et peut apparaître dépourvu *ab initio* de tout caractère de probabilité, il existe néanmoins théoriquement toujours. La très forte probabilité voire la quasi-certitude, à la date d'émission d'un bon, que le prix du sous-jacent dépassera le prix d'exercice et, lorsque les conditions d'exercice du bon sont subordonnées au franchissement de certains seuils de résultats, de rentabilité ou de productivité de l'entreprise, que ces seuils seront atteints, ne peuvent - mécanisme de garantie du prix de cession mis à part - en principe réduire à néant, lors de l'émission de ces bons, l'aléa inhérent à la vie économique et exclure tout danger de mise à fonds perdus. Les trente derniers mois, avec la crise de l'épidémie de Covid-19, illustrent que rien n'est jamais sûr et que les meilleures perspectives de croissance peuvent, du jour au lendemain, se retourner.

Des interrogations peuvent naître sur l'existence et l'identification d'un avantage ou d'un gain constitutif d'une matière taxable à plusieurs stades dans la « vie » d'un BSA :

- lors de l'entrée dans le dispositif de « management package » par l'acquisition du bon ;
- lors de l'exercice de ces bons ;
- ou lors de la cession de ces bons, sans les avoir exercés.

S'agissant d'un contrat d'option d'achat ou de souscription d'actions, si la question de la cession de l'option ne se pose en principe pas, l'identification d'un avantage et la détermination de sa nature au stade de l'acquisition d'une telle option et/ou de sa levée se posent en revanche en des termes généraux identiques à ceux d'un BSA. Ce que nous dirons sur l'acquisition et l'exercice de ces bons vaudra donc, *mutatis mutandis*, pour les options hors plans qualifiés.

Avant d'examiner successivement ces différentes étapes, il nous faut préciser un dernier point, en facteur commun à l'ensemble d'entre elles, afférent à l'identité de l'auteur d'un avantage accordé en sus du salaire, au sens des articles 79 et 82 du CGI.

Compte tenu de l'objet de cette rémunération, le salaire, ses accessoires et l'ensemble des avantages rétribuant le travail accompli par un salarié pour le compte de son employeur, sont en principe versés ou accordés par l'employeur.

Toutefois, dans certains secteurs d'activités, à l'instar de la restauration, une partie de cette rétribution est parfois versée, en vertu des usages, directement par les clients de l'employeur auprès duquel le salarié a accompli le travail pour lequel il a été embauché (v. pour les pourboires, CE, 28 juillet 1926, *Sieur X*, p. 795 ; CE, 16 mars 1928, p. 380 ; CE, 29 juillet 1983, n° 42130, RJF 1983, n° 1314 ; des dispositions spéciales du code du travail incluent au demeurant les pourboires dans le salaire des intéressés).

Par ailleurs, les jurisprudences tant sociale que fiscale ont adopté, pour la caractérisation des rémunérations du travail soumises à cotisations sociales ou au régime fiscal des traitements et salaires, une approche réaliste des sommes versées en contrepartie ou à l'occasion du travail et des avantages accordés en sus du salaire constituant la rémunération du salarié, en appréhendant la sphère employeur de manière large. Les avantages accordés aux salariés à raison de leur appartenance à l'entreprise et à l'occasion du travail accompli, caractérisant des avantages accordés en sus du salaire, ne se limitent ainsi pas aux seuls avantages accordés directement par la société dont l'intéressé est salarié, mais peuvent l'être par le comité d'entreprise (Cass. Soc. 11 mai 1988, n° 85-10.860, Bull. 1988 V n° 287, D. 1988. 550, note Saint-Jours), par la société mère du groupe dont l'employeur est une filiale (Cass. soc. 28 mars 2006, n° 04-30.211, Bull. 2006, V, n° 125, RJS 2006 n° 883, pour la prise en charge par la société mère d'un groupe, aux lieux et place de l'employeur, de remises sur les prix de réparations et de pièces détachées accordées aux salariés d'une filiale ; Cass. civ. 2^e, 28 janvier 2010, n° 08-21.783, Bull. 2010, II, n° 23, pour la possibilité offerte aux salariés de la société d'acquérir des actions de la société mère du groupe à un prix préférentiel) ou encore par les principaux actionnaires de la société employeur (par ex. CE, 15 février 2019, *M. et Mme X...*, n° 408867, T. pp. 688-712-713, RJF 2019 n° 440, concl. E. Cortot-Boucher C440, pour une rétrocession de plus-values par les autres associés, ou encore votre décision n° 365573 *M. et Mme W...*, qui portait sur une promesse de vente d'actions par les principaux actionnaires)¹.

*

Commençons par le commencement : celui de l'acquisition d'un BSA autonome.

Est-il possible, à ce stade, d'identifier un avantage relevant de l'article 82 du CGI ?

Ces bons constituant des titres financiers, vos modes habituels de raisonnement devraient en principe vous conduire à leur appliquer la grille d'analyse mise en œuvre par votre jurisprudence en présence de cessions d'actions et à considérer que le bénéficiaire d'un dispositif de « management package » sous forme d'émission de BSA bénéficie d'un avantage, constitutif d'un gain dont la nature reste ensuite à définir, lorsqu'il acquiert de l'émettrice ces bons à titre gratuit ou pour un prix délibérément minoré – ou pour utiliser un terme qui nous semblerait plus adapté à ces schémas, pour un prix préférentiel. Le caractère minoré ou préférentiel d'un prix s'appréciant, en vertu de votre jurisprudence de Section *T...* (CE, Section, 28 février 2001, *min. c/ T...*, n° 199295, p. 96, RJF 5/01 n° 620 avec chronique

¹ V. aussi le cas très particulier d'une « indemnité », versée par l'auteur d'une OPA-OPE souhaitant racheter l'entreprise, de renonciation par un salarié à l'option de souscription d'actions qui lui avait été attribuée dans le cadre d'un plan qualifié de stock-options : CE, 23 juillet 2010, *L...*, n° 313445, T. p. 751, RJF 2010 n° 1016.

Jean Maïa p. 395, Dr. Fisc. 2001 n° 26 c. 592 concl. G. Bachelier) au regard de la valeur vénale du bien, l'avantage accordé au dirigeant serait égal à la différence entre cette valeur et le prix effectivement acquitté par l'intéressé.

L'identification d'un tel avantage au stade de l'acquisition de BSA suppose toutefois de sauter deux obstacles par rapport aux schémas de ventes à prix minorés dont vous êtes plus coutumiers, obstacles que nous vous inviterons néanmoins à franchir.

Premièrement, lorsque les bons sont directement souscrits auprès de la société émettrice et donnent droit à la souscription d'actions futures à émettre par celle-ci, il apparaît inexact d'évoquer un prix de vente des bons par cette société. La somme reçue en contrepartie de ces bons constitue, pour elle, une prime liée au capital enregistrée dans ses fonds propres, anticipant une augmentation de capital différée et potentielle, et non la contrepartie de l'aliénation d'un élément de son patrimoine.

Ce constat ne fait toutefois selon nous pas obstacle à l'identification, au stade de l'acquisition d'un BSA, de l'octroi d'un avantage par la société émettrice de ce bon du fait de la fixation par cette société du prix du bon à un niveau préférentiel par rapport à celui qu'elle aurait été en mesure d'exiger et de lever auprès d'un investisseur, compte tenu de la valeur du sous-jacent lors de l'émission, de la date d'échéance du bon et de ses conditions d'exercice.

La valeur d'un bon de souscription d'action dépend en effet, d'une part, de la valeur de l'action sous-jacente et de l'écart entre cette valeur et le prix d'exercice du bon, et d'autre part, du temps restant à courir avant l'échéance du bon ainsi que de la probabilité, lorsque des conditions particulières sont posées à l'exercice de ces bons, de réalisation de ces conditions. Des méthodes sophistiquées d'analyse financière de cette valeur existent, parmi lesquelles l'approche de Black & Scholes, la simulation de Monte Carlo ou encore la technique des arbres binomiaux. Si leurs résultats sont loin d'être une science exacte, dès lors qu'à la difficulté d'évaluer le sous-jacent lorsque ce dernier est lui-même, cas le plus fréquent, un titre non coté, s'ajoute celle d'évaluer l'incidence du facteur temps et des conditions diverses et variées posées contractuellement à l'exercice du bon, ces méthodes ont néanmoins le mérite d'exister, d'être reconnues par les analystes et de pouvoir servir de boussoles.

La deuxième haie à franchir tient au caractère fréquemment *intuitu personae* des opérations de BSA émis dans le cadre de certains dispositifs de « management packages ». Un BSA a toujours une valeur économique ou financière pour son détenteur et pour un éventuel investisseur à qui il serait proposé, mais a-t-il pour autant une valeur vénale dès son attribution ?

S'agissant de titres en principe cessibles, un BSA a normalement une valeur vénale dès son émission et son acquisition par le souscripteur initial. Certains bons sont d'ailleurs cotés. Sans être admis à la négociation sur un marché réglementé, un BSA « classique » peut en principe être cédé sans attendre à tout tiers qui souhaiterait l'acquérir. Or en l'absence de transactions comparables portant sur les mêmes titres, vous admettez le recours, pour apprécier la valeur vénale réelle de titres non cotés, à des méthodes d'évaluation directe (cf. par exemple, pour

des actions non admises à la négociation sur un marché réglementé, CE, 21 octobre 2016, *Sté France Elévateur*, n° 390421, RJF 2017 n° 8).

Les BSA émis dans le cadre d'opérations de « management packages », en particulier en accompagnement d'opérations de LBO, sont toutefois souvent assortis de restrictions. Emis à la seule attention du dirigeant, ces bons peuvent ainsi être subordonnés, quant à leur exercice, au maintien du dirigeant à son poste pendant un terme fixé au contrat d'émission. Ils peuvent aussi ne devenir exerçables ou cessibles par lui que passé un certain délai, ou lorsque les actionnaires de la société émettrice décideront de céder l'entreprise à un nouvel acquéreur. La quotité et le prix d'acquisition des actions – déterminant pour la valorisation des bons – sont parfois eux-mêmes dépendants des conditions futures, et indéterminées, de cession de la société émettrice qui seront convenues par les actionnaires avec ce nouvel acquéreur : plus la société cible aura pris de valeur, plus le TRI des investisseurs aura été important, et plus le rabais sur le prix d'exercice des BSA et la quotité auxquels ces bons donnent droit seront importants.

Peut-on, dans ces conditions, pour reprendre l'expression consacrée par votre jurisprudence sur la détermination de la valeur vénale des titres non cotés, prétendre par les méthodes d'évaluation financières de Black & Scholes ou de Monte Carlo « *obtenir un chiffre aussi voisin que possible de celui résultant du jeu de l'offre et de la demande à la date à laquelle la cession [c'est-à-dire l'octroi du bon] est intervenue* », alors non seulement que ce bon n'est temporairement pas cessible (de telles restrictions de cessibilité peuvent frapper des titres sans pour autant leur ôter toute valeur vénale) mais encore qu'il n'aurait pas été proposé et n'aurait pas pu être acquis par quelqu'un d'autre que le dirigeant ?

Face à cet embarras, deux options nous paraissent s'ouvrir à vous.

La première consisterait à regarder le dirigeant comme bénéficiant d'un avantage à raison, non d'une éventuelle minoration du prix d'acquisition du bon et du caractère préférentiel de ce prix par rapport à sa valeur « de marché », mais de l'attribution du bon lui-même dans des conditions préférentielles entendues, non comme des conditions financièrement avantageuses, mais comme des conditions réservant aux seuls dirigeants ou cadres le privilège de pouvoir acquérir le bon. Le bon serait ainsi constitutif en tant que tel d'un avantage. Le bon étant l'avantage, et non la minoration de son prix d'acquisition, cet avantage ne serait véritablement octroyé, disponible et évaluable qu'une fois le bon devenu cessible. C'est à cette même date que l'avantage net constitutif de l'attribution de ce bon, égale à sa valeur vénale à cette dernière date diminuée de la somme versée pour l'acquérir, serait taxable entre les mains de l'intéressé.

Cette approche est celle retenue par la Cour de cassation, dans un arrêt par ailleurs vivement critiqué par les commentateurs et semblant resté jusqu'ici sans postérité. La Cour a ainsi jugé que, dès lors qu'ils sont proposés aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion du travail et acquis par ceux-ci à des conditions préférentielles, les BSA constituent un avantage qui entre dans l'assiette des cotisations sociales, et en a déduit qu'une cour d'appel qui retient l'existence d'un lien entre, d'une part, l'attribution et le maintien des BSA, et d'autre part, l'existence et le maintien d'un contrat de travail ou d'un mandat social, en conclut exactement

que la possibilité d'acquérir et d'exercer ces bons constitue un avantage devant entrer dans l'assiette des cotisations de la société. Elle a jugé, d'autre part, que l'avantage, entrant dans l'assiette des cotisations sociales, que constituent ces BSA acquis à des conditions préférentielles par des salariés doit être évalué selon la valeur de ces bons à la date à laquelle les bénéficiaires en ont obtenu la libre disposition (Cass. Civ. 2^e, 4 avril 2019, *Sté Groupe Lucien Barrière*, n° 17-24.470 ; RJS 6/19 n° 378 ; JCP Edition sociale 2019 n° 20, comm. 1155 ; Dr. fisc. 2019 n° 16, comm. 232, J-L. Médus ; S 2019, n° 378; JCP S 2019, n° 1155, note Guichard et Verhejou; *ibid.* E 2019, n° 21, note Frisoni et Loizel).

Cette solution présente, pour l'évaluation, l'avantage pratique lié à la fréquente concomitance, en présence de BSA émis dans le cadre d'un dispositif de LBO, de la date à laquelle ces bons deviennent cessibles ou exerçables et du débouclage effectif de l'opération. De la valeur de cession de ces bons, ou des actions acquises par leur exercice, se dérive alors sans difficulté la valeur vénale réelle de ces bons à la date à laquelle le dirigeant en a eu la libre disposition.

Cette solution n'est, par ailleurs, pas dépourvue d'un certain réalisme quant à l'objectif poursuivi par une société émettant des bons à l'attention de ses salariés, afin de leur offrir la perspective de réaliser grâce à ces bons un gain important lorsqu'ils en auront la libre disposition.

Mais cette solution, appliquée en toute circonstance, présenterait un inconvénient de taille qui nous conduit à ne pas vous inviter à en faire une règle générale : elle peut en effet conduire à imposer en tant qu'avantage taxable selon les cas, en TS ou en RCM, un gain qui ne serait pas dû à une minoration initiale délibérée du prix d'émission du bon et ne serait pas rattachable à l'exercice par son détenteur de fonctions de dirigeant ou salarié dont il constituerait la rétribution, mais uniquement à un accroissement de valeur ultérieure d'un titre financier qui aurait été payé à son « juste prix » par son acquéreur et qui constituerait un gain réalisé en tant qu'investisseur.

La seconde option qui s'ouvre à vous consiste, plus classiquement, à se placer à la date d'acquisition des bons par le salarié, à rechercher le prix auquel un acquéreur, instruit des méthodes Black & Scholes et Montecarlo reconnues par la place, aurait, un tel marché eût-il existé, été prêt à acquérir ce titre à la date de son émission, et à regarder ce prix comme reflétant la valeur vénale réelle du bon pour les besoins de l'évaluation de l'avantage retiré par le dirigeant des conditions d'attribution du bon. Un écart significatif entre la valeur de marché théorique ainsi obtenue et le prix versé par l'intéressé serait constitutif d'un avantage consenti par l'émettrice au souscripteur. Cette approche, qui ne nous paraît guère prêter le flanc, dans sa logique et son principe, à la critique au regard des raisonnements fiscaux habituels, nous semble la plus appropriée à la généralité des cas.

Cet écart à la valeur réelle, caractérisant un octroi à des conditions financières préférentielles des bons, étant apprécié à la date à laquelle les contribuables ont acquis les bons et non à la date à laquelle ils les ont, le cas échéant, revendus, le seul constat d'un écart important entre le prix de cession de ces bons et leur prix initial ne saurait dès lors – sauf cas particulier dans lequel cette cession aurait eu lieu peu de temps après l'émission des bons, de sorte que la valeur de cession refléterait la valeur réelle des bons à la date de leur acquisition par le

contribuable – permettre de démontrer l’octroi d’un avantage initial lors de l’émission des bons.

L’avantage consenti lors de l’attribution des bons sera imposable dans la catégorie des traitements et salaires si l’administration, ayant démontré un tel écart entre la valeur réelle des bons et le prix consenti pour les acquérir, établit en outre, compte tenu notamment des stipulations du contrat d’émission, des circonstances de celle-ci ou le cas échéant d’autres accords conclus par exemple entre le dirigeant et les investisseurs, que le caractère préférentiel du prix pratiqué trouve sa cause dans la qualité de salarié ou dirigeant du souscripteur et a ainsi eu pour objet de lui conférer un avantage en contrepartie de son travail. Ce n’est en effet qu’à cette double condition – caractère préférentiel du prix et rattachement au travail – que l’écart entre la valeur réelle des bons et leur prix d’émission peut être regardé comme un avantage en argent accordé en sus du salaire au sens de l’article 82 du CGI. L’appréciation par les juges du fond du point de savoir si l’avantage accordé trouve essentiellement sa source dans les fonctions de dirigeant ou salarié de l’intéressé nous semble devoir être souveraine, susceptible en cassation uniquement d’un contrôle de dénaturation des faits, ainsi que d’un contrôle d’erreur de droit quant au raisonnement et aux critères mobilisés pour opérer cette appréciation.

A cet égard, le caractère plus ou moins risqué de l’investissement que représente un BSA influe seulement sur le juste prix du bon, mais non sur la nature de l’avantage octroyé à raison d’une acquisition dans des conditions financières préférentielles. Si la perspective de réaliser un gain grâce à ces bons apparaît quasi-certaine dès l’acquisition, cette quasi-certitude doit se répercuter dans la valeur réelle des bons à cette date et l’avantage consenti au salarié sera d’autant plus grand qu’on lui aura permis d’acquérir un tel instrument à un faible prix ; pour autant, ce n’est pas en raison de la faiblesse du risque de mise à fonds perdus, mais seulement à la double condition que le prix d’acquisition du bon soit préférentiel et que cet avantage trouve sa cause dans la qualité de salarié de l’intéressé que ce dernier pourra être imposé en vertu de l’article 82 du CGI. Inversement, la circonstance que le salarié encoure un risque probable de perdre sa mise n’ôte rien au constat qu’en lui permettant d’acquérir ce bon pour un prix inférieur à sa valeur, son employeur lui a consenti, de manière certaine et immédiate, un avantage lors de l’entrée en possession de ces bons pour un prix inférieur à leur valeur réelle.

Si l’administration n’arrive pas à caractériser l’octroi d’un avantage salarial trouvant sa cause dans la qualité de salarié de l’intéressé et son objet dans la rémunération de son travail, la minoration de prix pourra être imposée en tant que revenu distribué si les conditions posées par votre jurisprudence de Section *min. c/ T...* (n° 199295) sont satisfaites. Dans les autres cas, l’éventuelle insuffisance de prix ne sera pas constitutive en tant que telle d’un gain imposable à l’IR.²

² Soulignons, sur ce point, que si en matière de traitements et salaires, votre jurisprudence accepte de qualifier d’avantages en argent accordés en sus du salaire au sens de l’article 82 du CGI des avantages qui ne sont pas directement octroyés par la société employeur (cf. la jurisprudence citée au début de ces conclusions, et notamment CE, 23 juillet 2010, *L...*, n° 313445, préc. ou CE, 15 février 2019, *M. et Mme X...*, n° 408867, préc.), il nous semblerait difficile de s’affranchir, en matière de revenus distribués, de la condition tenant à la qualité de société soumise à l’IS de la distributrice. Mais si certaines libéralités entre particuliers échappent à l’IR, elles

Encore faut-il déterminer, en cas d'identification dans les conditions financières d'acquisition du bon d'un avantage salarial imposable, l'année d'imposition d'un tel avantage.

Vous pourriez considérer que le contribuable n'a réalisé et n'a eu la disposition, au sens des articles 12 et 156 du CGI, du revenu correspondant à cet avantage qu'à compter de la date à laquelle il a eu la disposition de ces bons, dès lors que ce n'est qu'à cette date que la non-monétisation de son bon procéderait de sa part d'un choix et d'un acte de disposition de son avantage. Il ne s'agirait pas de se placer à la date de cession effective du bon, ou des actions acquises en exercice de ce bon – ce qui reviendrait à instaurer prétorieusement un régime de report d'imposition sans texte, et conduirait, en cas de bon devenu cessible ou exerçable mais n'ayant été ni cédé ni exercé et devenu caduc, à ne jamais imposer un avantage qui aura pourtant été octroyé et dont le contribuable aura eu, selon nous, la disposition – mais à la date à compter de laquelle le dirigeant peut céder ou exercer son titre.

Toutefois, la logique consistant à regarder l'avantage salarial lié au prix avantageux d'émission du bon comme n'étant un revenu devenu disponible pour le contribuable qu'à la date à laquelle le bon devient cessible, nous semblerait remettre en cause l'idée même selon laquelle l'avantage consenti n'est pas le bon lui-même et la valeur qu'il revêt à la date de sa libre disposition, mais seulement la minoration du prix acquitté initialement. Cette approche de la disponibilité, en apparence favorable au contribuable, conduirait ainsi à décaler la date de caractérisation même de l'avantage et à adopter l'approche de la Cour de cassation, présentée dans le cadre de la première option évoquée plus haut et que nous avons écartée pour les motifs déjà dits.

Dès lors que l'avantage consenti au dirigeant ou salarié consiste dans la faculté d'acquérir le bon pour un prix minoré par rapport à sa valeur réelle, le contribuable doit selon nous être regardé comme ayant eu la disposition de cet avantage dès l'année de l'acquisition des bons. En effet, l'avantage consistant en l'attribution ou la souscription à prix préférentiel du bon a été immédiatement consommé, à l'instar d'une vente à prix « normal » suivie dans la foulée d'un abandon de créance, et a permis à l'intéressé d'acquérir pour un prix minoré la propriété d'un titre financier, entré dans son patrimoine dès l'année de l'émission, sans qu'ait d'incidence la circonstance qu'en égard aux conditions posées, ces bons ne soient, les cas échéant, pas immédiatement exerçables ou non encore cessibles. Si elle peut sembler sévère pour le contribuable, qui doit alors payer l'impôt quand bien même les bons ne seraient pas encore monétisables, cette solution présente en revanche pour lui l'avantage de faire partir dès l'année de leur acquisition le droit de reprise de l'administration. En matière de libéralité imposable dans la catégorie des revenus distribués, c'est ainsi que vous nous semblez raisonner : nous n'avons pas trouvé de précédent dans lequel, saisi d'un litige portant sur l'imposition d'une cession à prix minoré constitutive d'une libéralité, vous auriez recherché si le bien acquis à prix minoré était cessible et/ou liquide. Il nous semble qu'il y a lieu de faire de même en présence de l'octroi à prix minoré d'un BSA à un dirigeant, dès lors que l'avantage tenant à une telle minoration de prix réside dans l'acquisition à prix préférentiel

n'échappent pas toujours à la qualification de donation indirecte pour les droits de mutation.

qu'elle permet, plutôt que dans un gain latent ultérieur qui ne se manifesterait que lors de la cession du bon. Vous n'êtes pas en présence d'un revenu bloqué, mais d'un gain déjà réalisé.

D'ailleurs, notons par analogie que, s'agissant non de l'acquisition à prix minoré d'un BSA, mais de l'acquisition à prix préférentiel d'une action en exercice d'une option de souscription d'action, vous avez jugé que le gain de levée d'option, correspondant à la différence entre la valeur réelle de l'action à la date de levée d'option et le prix de souscription ou d'achat de cette action, est réalisé lors de cette levée et que les dispositions législatives spéciales de l'article 80 bis reportant son imposition, en cas de plan qualifié, à l'année de la cession instituent une dérogation au principe posé par l'article 12 du CGI en vertu duquel l'impôt est dû chaque année à raison des revenus que le contribuable réalise ou dont il dispose au cours de la même année (CE, 4 juin 2019, *min. c/ Z...*, n° 415959, T. pp. 658-686, RJF 2019 n° 834, avec chronique V. Villette pp. 1013-1019, concl. R. Victor C834).

L'identification par l'administration fiscale d'un avantage dès le stade de l'acquisition des BSA par un dirigeant ne sera, soyons honnête, pas facile. D'une part, car l'évaluation de la valeur réelle de tels bons sera complexe. Et d'autre part, car elle ne dispose pas toujours de l'information d'une émission de bons. Mais sur le premier point, si l'exercice d'évaluation est délicat pour le service, il l'est aussi pour le contribuable, et cette complexité doit selon nous conduire à admettre une marge d'erreur ou d'approximation dans la détermination par les parties à l'émission de cette juste valeur. Quant au second point, il nous semble juridiquement sans incidence et ne nous semble pouvoir être résolu que par les textes, non par le juge.

*

Qu'en est-il, ensuite, lorsque le salarié détenteur de BSA exerce le droit de souscription d'actions que ces bons lui confèrent ? Et qu'en est-il, de même, en cas de levée d'une option d'achat d'actions consentie en dehors des prévisions du code de commerce ?

Soulignons, à titre liminaire, d'une part, que les BSA n'étant pas des contrats financiers, l'exercice de tels bons ne relève pas des nouvelles dispositions de l'article 150 ter du CGI, et d'autre part, s'agissant des contrats d'option, que les dispositions de cet article dans leur rédaction applicable aux espèces en cause aujourd'hui ne visaient en tout état de cause que les opérations réalisées sur un marché à terme d'instruments financiers et ne s'appliquaient pas aux contrats de gré à gré. Vous n'aurez donc pas à vous interroger sur l'absence de réserve expresse du cas des traitements et salaires par les dispositions de l'article 150 ter dans leur rédaction issue de la loi du 29 décembre 2013 de finances rectificative pour 2013. Nous nous bornerons à indiquer, pour votre complète information, que ces dispositions dans leur rédaction actuellement en vigueur prévoient l'imposition au PFU ou, sur option, au barème, des profits nets réalisés lors du dénouement ou de la cession à titre onéreux d'instruments financiers à terme, le profit ou la perte étant égal, pour chaque contrat, à la différence entre les sommes reçues et les sommes versées, majorée ou minorée, lorsque le contrat se dénoue par la livraison d'un instrument financier ou d'une marchandise, de la différence entre le prix d'achat ou de vente de cet instrument financier ou de cette marchandise et de sa valeur au jour de la livraison.

Mais revenons aux BSA et options en cause aujourd'hui.

Lorsque le contribuable exerce le droit conféré par un BSA ou par une option d'achat d'actions, c'est qu'il y trouve un intérêt et que le prix d'exercice est, par suite, inférieur à la somme de la valeur réelle de l'action à cette date et du montant déjà acquitté pour acquérir le bon ou l'option. Par suite, l'exercice d'un BSA ou d'une option d'achat d'actions fait toujours apparaître une différence positive entre la valeur réelle des actions acquises par ce biais et le prix versé pour les acquérir. Cette différence a la nature d'un gain qui, lorsqu'il trouve essentiellement sa source dans l'exercice par l'intéressé de ses fonctions de dirigeant ou de salarié, doit être regardé comme un avantage en argent accordé en sus du salaire, imposable dans la catégorie des traitements et salaires en application des articles 79 et 82 du CGI. Ce rattachement du gain au contrat de travail peut par exemple être révélée, ainsi que l'illustrent l'affaire *W...*, mais aussi votre jurisprudence sur le rattachement territorial des gains de levée d'options en fiscalité internationale³, par des circonstances tirées de ce que l'octroi du bon ou de l'option était lié aux fonctions de l'intéressé, que l'exercice du bon ou de l'option est subordonné au maintien pendant une certaine durée de l'intéressé dans l'entreprise, voire à sa présence dans l'entreprise à la date de levée de l'option, ou encore par l'existence d'un lien entre les conditions dans lesquelles l'option est levée (prix d'exercice, quotité) et l'atteinte de certains objectifs de rentabilité ou de résultat.

La circonstance que l'application du prix d'exercice déterminé dans le contrat d'option ou la convention d'émission ne soit, pour la personne ayant consenti cette option ou émis ces bons, que l'exécution d'un engagement pris à l'égard du détenteur de l'option ou du bon nous semble sans incidence sur le constat de l'existence d'un tel gain.

De même, la circonstance que le contrat d'option ou le BSA ait été payé, le cas échéant au juste prix, ou qu'il soit apparu très incertain lors de l'acquisition initiale que l'option serait un jour exercée et dégagerait un gain significatif, n'ôtent rien au constat que l'exercice de l'option ainsi acquise a finalement fait apparaître un gain. Il convient seulement, dans l'hypothèse où le bon ou l'option ont été consentis à un prix initialement minoré dans des conditions caractérisant un avantage en argent au sens de l'article 82 du CGI et où, soit le contribuable aurait d'emblée déclaré cet avantage en TS, soit ne l'aurait pas déclaré mais aurait été redressé dans le délai de reprise par le service, c'est-à-dire dans l'hypothèse où

³ La jurisprudence sur le rattachement territorial des gains de levée d'options attribuées dans le cadre de plans qualifiés peut notamment servir de source d'inspiration. Il est en particulier jugé que lorsque le règlement du plan d'options arrêté par l'entreprise ou le cas échéant la lettre d'attribution des options adressée au bénéficiaire soumet l'exercice de ces options à une ou plusieurs conditions, l'activité rémunérée par l'attribution de ces options est, en principe, dès lors qu'est en général prévue une condition de présence du bénéficiaire dans l'entreprise à la date à laquelle il lève l'option, celle qui a été exercée entre la date de cette attribution et la date à compter de laquelle le bénéficiaire est en droit de lever ces options. Dans le cas particulier où le règlement du plan d'options ou la lettre d'attribution des options permet que le bénéficiaire ait quitté l'entreprise à la date à laquelle il est en droit de lever les options, tout en exigeant de sa part une durée minimale de présence dans l'entreprise à compter de la date d'attribution des options, faute de quoi celles-ci deviennent caduques, l'activité rémunérée par l'attribution des options est alors celle qui a été exercée entre la date de cette attribution et la date à compter de laquelle le bénéficiaire est en droit de quitter l'entreprise sans perdre le bénéfice des options (CE, 17 mars 2010, *min. c/ M. de R...*, n° 315831, p. 72, RJF 2010 n° 588 ; CE, 17 octobre 2017, *min. c/ RA...*, n° 408763, T. pp. 539-587, RJF 2018 n° 85).

l'intéressé a déjà été imposé sur l'avantage consenti à l'entrée dans le dispositif de « management package », d'en tenir compte pour déterminer le prix de revient de l'action acquise ou souscrite et éviter toute double taxation de l'intéressé.

Enfin, ce gain de levée d'option ou d'exercice du bon, résultant de l'acquisition de l'action pour un prix inférieur à sa valeur vénale, est selon nous réalisé au sens de l'article 12 du CGI dès la levée ou l'exercice de l'option et l'entrée de l'action dans le patrimoine de l'intéressé. Par suite, c'est au titre de cette année qu'il convient de l'imposer, et non au titre de l'année de la cession : en l'absence de dispositions législatives spéciales similaires à celles de l'article 80 bis organisant un report d'imposition ou de paiement à l'année de cession des actions acquises ou souscrites en exercice de l'option ou du BSA, il ne saurait selon nous être dérogé aux conséquences de l'annualité de l'impôt.

Si vous nous suivez, vous confirmerez donc l'approche sous-tendant votre décision *M. et Mme W...*, selon laquelle l'article 80 bis, en posant le principe selon lequel le gain de levée d'une option trouvant sa source dans les fonctions de salarié du contribuable, constitue un avantage taxable dans les traitements et salaires, comme ne faisant que décliner au cas particulier des stock-options accordées dans le cadre d'un plan répondant aux conditions du code de commerce un principe plus général d'imposition d'un tel gain. La novation de l'article 80 bis ne consiste donc pas en l'identification d'un tel avantage, mais uniquement dans l'organisation, par le législateur, d'un report de son imposition au moment de la cession des actions acquises en exercice de l'option.

La solution que nous vous invitons à dégager à l'égard des contribuables domiciliés est par ailleurs en cohérence avec les modalités qu'a prévues le législateur s'agissant des avantages salariaux accordés en dehors des prévisions du code de commerce à des contribuables non résidents par l'article 182 A ter du CGI. Cet article dispose ainsi, à son 2, que le retenue à la source mentionnée à son 1 « est également applicable aux avantages salariaux, de source française, servis aux (personnes qui ne sont pas fiscalement domiciliées en France) sous forme d'attribution de titres à des conditions préférentielles, notamment d'options sur titres ou d'attributions d'actions gratuites qui ne répondent pas aux conditions prévues respectivement aux articles L. 225-177 à L. 225-186 et L. 225-197-1 à L. 225-197-6 du code de commerce », et qui précise que « la retenue à la source est alors due lors de la souscription ou l'acquisition des titres ».

Pour dédramatiser ce qu'une telle solution peut avoir de douloureux pour la trésorerie des contribuables concernés, signalons que la cession des titres acquis en exercice d'une option suit souvent de peu la levée de cette option : la levée d'option n'intervient alors que pour « empocher » immédiatement, par la revente quelques jours plus tard, en monnaie sonnante et trébuchante la différence entre le prix d'acquisition et la valeur vénale réelle des titres acquis –cette revente permettant aussi, par la même occasion, de disposer des liquidités nécessaires au paiement effectif du prix de souscription ou d'acquisition des titres levés juste avant. Dans un tel schéma, la valeur des titres n'ayant pas évolué durant leur détention par le contribuable, ce dernier ne réalise aucune plus-value et la cession ne génère pas de véritable gain en capital : le gain réalisé par l'intéressé est, tout entier, un gain d'acquisition. L'administration est alors fondée à soumettre à l'impôt dans la catégorie des traitements et salaires l'intégralité

de l'écart entre la valeur vénale réelle de ces actions à la date de levée de l'option, telle que révélée par leur prix de cession, et le prix d'achat de ces actions majoré du montant versé pour acquérir l'option ou le bon et majoré également, le cas échéant, du montant de l'avantage déjà imposé au stade de l'acquisition de cette option ou de ce bon.

Les considérations qui précèdent dicteront, mécaniquement, la solution à apporter au pourvoi formé par le ministre sous le n° 428506 contre l'arrêt par lequel la cour administrative d'appel de Versailles a déchargé M. et Mme Q... des suppléments d'impôt sur le revenu auxquels ils ont été assujettis au titre de l'année 2008.

Le service a imposé, dans la catégorie des traitements et salaires, un montant égal au gain net réalisé par M. et Mme Q... lors de la cession d'actions de la société Interclean, acquises quelques jours auparavant par la levée d'une option d'achat d'actions qui avait été consentie à M. Q....

Pour juger que l'écart constaté entre le prix de cession de ces actions, quatre jours après la levée de l'option d'achat, et le prix fixé pour la levée de cette option dans la convention d'option d'achat conclue le 27 juin 2007 entre M. Q... et la société LBO France Gestion, n'avait pas le caractère d'un avantage en argent imposable dans la catégorie des traitements et salaires mais constituait un gain en capital imposable comme plus-value de cession, la cour s'est bornée à relever que M. Q... n'était pas prémuni contre le risque d'une perte totale de son investissement, ayant versé pour acquérir cette option une somme de 15 000 euros qu'il n'avait pas l'assurance de récupérer, et a jugé qu'était sans incidence la circonstance que l'option d'achat consentie aurait été liée au contrat de travail de M. Q....

En statuant ainsi, la cour a commis une erreur de droit : la circonstance que M. Q... ait versé une indemnité d'immobilisation lors de l'acquisition de son option d'achat – représentant une prime d'option sans doute très insuffisante, mais l'avantage qui a pu être consenti lors de cette acquisition n'a pas fait l'objet d'un redressement par le service au titre de l'année d'octroi de cette option – et la circonstance qu'il ne pouvait être exclu que cette option ne soit jamais exercée, sont sans incidence sur la caractérisation ultérieure, lors de la levée effective de cette option, d'un gain de levée d'option. La cour aurait dû rechercher si ce gain de levée d'option réalisé par M. Q... pouvait être regardé, compte tenu notamment des conditions dans lesquelles l'intéressé a acquis cette option et des conditions posées à son maintien et à son exercice, comme trouvant essentiellement sa source dans l'exercice par l'intéressé de fonctions de dirigeant ou salarié et comme une rétribution de ces fonctions. Vous casserez par suite cet arrêt et renverrez l'affaire à la cour, pour qu'elle la réexamine sur les bases que vous aurez aujourd'hui dégagées.

*

Qu'en est-il enfin, et c'est la question la plus délicate, lorsque le contribuable cède un bon de souscription d'actions au lieu de l'exercer ? Y a-t-il place, à ce stade, pour l'identification d'un gain d'une nature autre que celle de plus-value de cession de valeurs mobilières ?

Lorsqu'un contribuable cède un BSA, le gain net réalisé lors de la cession d'un tel bon, égal à la différence entre le prix de cession et le prix d'acquisition de ces bons, est en principe imposable en tant que gain en capital dans la catégorie des plus-values de cession de valeurs mobilières de l'article 150-0 A du CGI.

La circonstance que le dirigeant ou salarié aurait acquis ce BSA à un prix d'émission préférentiel grâce à sa qualité de salarié, ne saurait en principe conduire, selon nous, à modifier la qualification du gain que lui procure la cession ultérieure de ce bon.

En effet, de telles constatations relatives aux conditions d'acquisition du bon et à la caractérisation d'un avantage au stade de cette acquisition ne sont pas, par elles-mêmes, de nature à renseigner sur la nature du gain réalisé lors de la cession de ces bons, laquelle doit être examinée à l'aune des seules conditions de réalisation de ce gain de cession.

Or d'une part, proratiser la plus-value réalisée lors de la cession du titre cédé en fonction de l'ampleur de la sous-évaluation du prix d'acquisition de ce titre, pour considérer qu'à proportion du pourcentage de minoration initiale du prix, la plus-value finale présenterait le caractère d'un avantage en argent relevant des traitements et salaires, ne nous semblerait pas convaincant. Vous n'avez jamais raisonné ainsi pour les cessions ultérieures, dans des conditions de marché, d'actifs acquis à prix minoré dans des conditions constitutives d'une libéralité taxable en tant que RCM ; vous ne raisonnerez pas davantage ainsi lorsque l'avantage initial a présenté un caractère salarial. En quoi le fait d'avoir payé un actif à moitié prix conférerait-il à la moitié du gain réalisé lors de sa cession le caractère d'un avantage octroyé par le cessionnaire initial ? Une telle requalification au prorata de la plus-value en salaire n'aurait selon nous pas de sens.

D'autre part, si le bon a été acquis à des conditions de prix préférentielles trouvant leur cause dans le contrat de travail de l'intéressé et présentant le caractère d'un complément de rémunération, l'administration peut seulement, dans les conditions évoquées précédemment, chercher à imposer cet avantage de prix initial dans la catégorie des traitements et salaires au titre de l'année d'acquisition de ces bons, mais il ne saurait en revanche être question, motif pris de ce que l'administration n'a pas agi en temps utile pour procéder au redressement de l'avantage lié à la minoration de prix au titre de l'année de disposition de cet avantage, de refuser ultérieurement à hauteur de cette fraction le régime des plus-values de cession de valeurs mobilières.

Certes, il vous est déjà arrivé d'opérer un départage entre la fraction du gain réalisé lors de la cession d'un bien qui rémunère la prise de valeur effective de ce bien et présente, par suite, le caractère d'une plus-value, et la fraction de ce gain rémunérant des démarches et diligences accomplies par le contribuable et relevant des BNC (CE, 27 juillet 2009, *B...*, n° 300456, T. pp. 690-692 sur un autre point, RJF 2009 n° 1085 avec chronique V. Daumas p. 949, concl. E. Glaser BDCF 12/09 n° 137). En pareil cas, une fraction du prix de cession obtenu par le contribuable peut alors être regardée comme résultant des diligences du contribuable, ayant permis la prise de valeur du bien, et comme le produit de son activité non commerciale. S'il n'a pas le caractère de gain en capital relevant du régime des plus-values et tire son origine de diligences antérieures, ce gain naît bien de l'acte de la cession qui en constitue

l'aboutissement et n'existe que grâce au prix obtenu lors de cette cession. Il est, dès lors, logique de l'imposer au titre de l'année de cession.

De même, si dans l'affaire *min. c/ T...* (n° 199295), vous avez admis la remise en cause, pour l'imposer en tant que revenu distribué, d'une fraction du gain procuré par la cession d'un bien que le cédant avait déclaré en tant que plus-value de cession de valeurs mobilières, c'est du fait de l'identification d'une libéralité cachée dans le prix de cession de ce bien, et non du fait de la révélation tardive d'une distribution qui aurait consisté en une acquisition initiale à prix minoré.

Enfin, si dans l'affaire *M. et Mme W...* (n° 365573), vous avez jugé, en présence d'une option d'achat d'actions, que l'administration avait à bon droit imposé dans la catégorie des traitements et salaires « *l'écart entre le prix de cession des actions et le prix fixé dans la convention* » dès lors que cet écart « *correspondait, dans sa totalité, à un revenu qui trouvait sa source dans les conditions dans lesquelles l'option d'achat des actions avait été consentie et qui avait le caractère d'un avantage en argent, imposable dans la catégorie des traitements et salaires* », la cession des actions avait eu lieu la même année que celle de l'acquisition des actions à prix préférentiel. Il ne saurait donc s'évincer de cette décision que la cession d'un bien acquis à prix minoré offrirait systématiquement à l'administration fiscale une fenêtre de rattrapage lorsqu'elle a omis de redresser la minoration de prix initiale et lui permettrait de modifier l'année de rattachement de l'année correspondant à cette minoration.

En résumé, si l'administration n'a pas remis en cause l'avantage lié à la minoration de prix des bons au titre de l'année de disposition de cet avantage, le contribuable doit selon nous être en principe imposé selon le régime des plus-values sur la totalité du gain net réalisé lors de la cession ultérieure des bons, défini comme la différence entre le prix de cession de ces bons et leur prix d'acquisition effectif, conformément aux apparences de cette acquisition dont la réalité et les conditions financières n'ont pas été révoquées et redressées par le service. Si l'intéressé a déjà été imposé au titre des TS sur l'avantage de prix initial, la plus-value est en revanche calculée sur la base du prix d'acquisition corrigé, fixé à la valeur réelle des titres lors de leur acquisition, c'est-à-dire sur la seule prise de valeur de marché du titre pendant sa détention, afin d'éviter la double taxation juridique du même revenu entre les mains du contribuable.

Nous n'ignorons pas que l'application de principe, que nous vous proposons ici, du régime des plus-values de cession de valeurs mobilières au gain net issu de la cession des BSA, conduit à une asymétrie de traitement avec le gain qui résulterait de l'exercice de ces bons, lequel ne constitue jamais un gain en capital, alors même que le prix de cession d'un bon dépend du gain d'acquisition qui peut en être retiré eu égard à la valeur du sous-jacent à la date de la cession, et que ce prix sera donc en règle générale plus ou moins égal au profit qui serait constaté en cas d'exercice de l'option.

Toutefois, cette asymétrie ne nous choque pas et nous sommes prête à l'assumer.

Elle peut, d'une part, s'appuyer sur la différence de nature des profits considérés : l'un correspond à l'accroissement de la valeur de marché du bon lui-même et au gain en capital

fait lors de sa cession, c'est-à-dire lors de sa sortie du patrimoine du contribuable ; l'autre est un gain lié au prix préférentiel consenti au contribuable pour acquérir un nouveau titre, distinct du bon, qui entre dans le patrimoine de l'intéressé.

D'autre part, cette asymétrie peut se prévaloir d'une distinction dans la source directe du gain. Alors que la cession du bon s'opère auprès d'un complet tiers (et non de l'employeur), qui achète le bon au prix du marché et verse au contribuable le montant correspondant sans accorder dans cette mesure aucun avantage à son cessionnaire, le gain d'exercice d'un BSA est réalisé en raison de l'accomplissement par la société émettrice (employeur du salarié ou relevant du même groupe) de l'engagement pris par à l'égard du titulaire du bon de lui consentir un prix préférentiel, s'éloignant des valeurs réelles.

*

Sans doute faut-il toutefois réserver quelques exceptions au principe d'imposition du gain réalisé lors de la cession d'un BSA dans la catégorie des plus-values de cession de valeurs mobilières. Mais lesquelles ?

Comme on l'a dit, dès lors qu'est en cause un gain de cession, seules les conditions de réalisation de ce gain, en particulier les conditions de la cession des bons et la fixation de leur prix, doivent être prises en considération pour rechercher si ce gain peut, par exception, être regardé comme d'une nature réelle autre que celle d'un gain en capital.

Il y a d'abord, bien sûr, le cas particulier dans lequel il serait possible de caractériser l'exercice par l'intéressé d'une occupation lucrative relevant des bénéfices non commerciaux, dont le gain réalisé lors de la cession des bons serait le produit. Nous ne l'évoquons ici que pour mémoire, dès lors qu'il n'est pas en cause dans les présentes affaires.

Qu'en est-il en revanche, pour le rattachement, par exception, d'un gain de cession à la catégorie des traitements et salaires, du critère souvent évoqué du « risque » ou de l'« aléa » ? (sur ce critère, rapp. CE, 21 juin 1995, C..., n° 111865, T. p. 769-771, RJF 1995 n° 938, excluant de regarder l'obtention de voyages de stimulation dans le cadre d'un concours ouvert aux personnels d'une entreprise comme la perception d'un élément de rémunération en nature de l'activité professionnelle des intéressés, compte tenu du caractère aléatoire inhérent au procédé du concours) ?

La jurisprudence semble en effet largement comprise - et la pratique des redressements opérés par l'administration fiscale est en ce sens - comme faisant dépendre la nature du gain réalisé lors de la cession d'un BSA ou lors de l'exercice d'une option du point de savoir si était attaché à ces bons ou cette option un faible risque de perte (compte tenu du caractère très probable de prise de valeur du sous-jacent et, par suite, des bons eux-mêmes) ou un risque de perte faible (compte tenu de la modicité du montant versé pour acquérir ces bons ou ces options).

Or cette approche nous semble contestable : tout aléa entendu comme incertitude n'exclut pas nécessairement la qualification de traitements et salaires et inversement, la faiblesse du risque

ou de la mise de départ n'exclut pas par elle-même la qualification de plus-value du gain de sortie. Si, comme on l'a vu, la forte probabilité d'un gain important influe sur la valorisation du titre, il ne saurait s'évincer du constat du caractère faiblement risqué de l'investissement initial que le gain constaté lors de la cession de BSA présenterait le caractère, non d'un gain en capital, mais d'un gain de nature salariale.

L'absence totale de risque de perte de son investissement initial par le dirigeant exclura en revanche, selon nous, la qualification de plus-value du gain constaté lors de la cession lorsqu'elle découle de ce que le dirigeant a bénéficié, en cette qualité, d'une garantie quant au prix de cession de ses titres. Mais ce n'est alors pas l'absence de risque en tant que telle, mais l'intervention de la main de l'employeur dans les conditions de réalisation du gain de cession et la fixation de son prix qui peut modifier la nature du gain issu de celle-ci.

En pareil cas, si cette garantie de prix de cession accordée au salarié ou dirigeant, conduisant à déconnecter le gain de cession des variations ultérieures de la valeur réelle du titre, loin d'avoir été « payée » par le salarié à son juste prix par le versement d'une somme rémunérant le transfert de risque et le service quasi assurantiel ainsi rendu, lui est accordée dans des conditions avantageuses, et si l'octroi de cette protection trouve sa cause dans les fonctions de dirigeant ou de salarié de l'intéressé et lui est accordé en rétribution de ses services ou à des fins de fidélisation, elle doit alors conduire à regarder le gain réalisé lors de cette cession comme constituant, non plus un gain en capital relevant des plus-values de cession de valeurs mobilières, mais un gain imposable dans la catégorie des traitements et salaires. Et ceci, que cette garantie sur le prix de cession soit prévue *ab initio* ou soit mise en place par des conventions postérieures à l'émission des bons.

Compte tenu de ce qui précède, vous devrez, nous semble-t-il, accueillir le pourvoi formé par les époux R... sous le n° 437498.

En 2002, M. R... a acquis, au prix d'environ 33 000 euros, des bons de souscription d'actions émis par la société G7, dont il était l'un des dirigeants, lui donnant le droit de souscrire des actions représentant une quote-part du capital de cette société au prix unitaire de 49,22 euros pour la première émission du 7 janvier 2002, et de 49,46 euros pour la seconde émission du 12 juillet 2002, primes d'émissions comprises. L'année suivante, M. R... et la société Copag, qui détient la société G7 à concurrence de 69,47 %, et dont M. R... était directeur général, ont conclu une convention par laquelle ils se sont échangés des options d'achat et de vente sur la totalité des BSA détenus par M. R..., conduisant à une « tunnellation » du prix de cession de ces bons entre approximativement 9 et 13,5 euros. Le 15 janvier 2005, en application des stipulations de cette convention, la société Copag a acquis auprès de M. R... les 222 092 bons de souscription d'actions de la société G7 qu'il détenait, aux prix unitaires d'environ 13,50 euros prévus par cette convention, soit un montant total de 3 000 463 euros. L'administration fiscale, remettant en cause la déclaration par M. et Mme R... du gain réalisé en 2005 lors de la cession de ces bons en tant que plus-value de cession de valeurs mobilières, a imposé ce gain dans la catégorie des traitements et salaires.

Pour juger, sur appel du ministre, que le gain réalisé par les requérants devait être imposé dans la catégorie des traitements et salaires, la cour a relevé, d'une part, qu'à la suite de la

convention signée le 16 septembre 2003, soit peu de temps après l'acquisition des bons, M. R... n'était plus exposé à un risque sur son investissement initial puisqu'il disposait de la garantie de pouvoir revendre à la société Copag ses BSA à des prix fixés à l'avance, supérieurs en toute hypothèse aux prix auxquels il les avait lui-même acquis auprès de la société G7, et d'autre part, que l'émission des bons eux-mêmes était liée à la mission de M. R..., qui avait été chargé, à son arrivée à la direction de la société G7 en 2001, d'engager une démarche de restructuration et de redressement du groupe.

Mais ce dernier point, s'il pouvait éventuellement rattacher au contrat de travail de l'intéressé un éventuel avantage à l'entrée lié, au stade l'acquisition de ces bons en 2002, à une probable minoration du prix de ces bons, n'était en revanche par lui-même pas suffisant pour regarder le gain de sortie réalisé lors de leur cession comme n'ayant pas la nature de gain en capital et comme ayant été la contrepartie, non de la qualité d'investisseur ayant acquis puis revendu ces bons, mais des fonctions de dirigeant de l'intéressé.

Quant au premier point lié à la suppression de l'aléa entourant le prix de cession, si la garantie d'un prix de cession était dans son principe pertinente pour apprécier la nature réelle du gain réalisé par M. R... lors de cette cession, il convenait toutefois de compléter le constat de cette convention d'échange d'options par une vérification des conditions convenues lors de cet échange (les options échangées étaient-elles de valeur financière équivalente, comme le soutenaient les requérants devant le TA ?) et de leur cause. En concluant directement à la nature de traitements et salaires du gain en litige, sans rechercher si la convention d'échange d'options de 2003 avait été conclue à des conditions avantageuses trouvant essentiellement leur source dans les fonctions de dirigeant de M. R..., la cour a commis une erreur de droit.

Par suite, vous annulerez son arrêt. Dans cette espèce, comme dans la précédente, vous renverrez l'affaire à la cour pour qu'elle examine ce point de fait.

Il nous est impossible d'imaginer et de dresser la liste de toutes les autres hypothèses dans lesquelles, par exception au principe de l'application du régime des plus-values, le gain réalisé par un contribuable lors de la cession de ses BSA doit, eu égard aux conditions de réalisation de ce gain de cession, être essentiellement regardé comme la contrepartie des fonctions de salarié ou de dirigeant du cédant et non d'une qualité d'investisseur.

Il nous semble toutefois possible d'identifier dès aujourd'hui l'une de ces exceptions dans le cas particulier où l'ensemble de l'opération est ainsi organisée, compte tenu des termes de la convention d'émission, des éventuels pactes statutaires ou extrastatutaires conclus par le dirigeant avec les associés et des conditions dans lesquelles la cession a été organisée et est intervenue, que les BSA détenus par le dirigeant se révèlent n'être que le support, sous forme de titres incessibles jusqu'au dénouement de l'opération de LBO, du partage et de la rétrocession de la plus-value qui sera réalisée par ces associés lors de la revente de la société, sans marge de manœuvre du dirigeant détenteur des bons qui, une fois ces bons acquis, n'agit à aucun moment comme un investisseur gérant son patrimoine et décidant du sort de son capital, et qui n'apparaît dans le montage qu'en tant que dirigeant dont le gain de cession de ses bons aura pour objet la rétribution des services accomplis à son poste de direction.

Lorsque la convention d'émission et les pactes conclus stipulent que la faculté de céder et d'exercer les bons est subordonnée à la survenue d'un événement consistant en une mutation portant sur l'intégralité des titres composant le capital de la société, que ces bons sont automatiquement exercés concomitamment à la réalisation de cet événement ou alternativement seront cédés au nouvel acquéreur de la société, que le prix d'exercice des bons, le nombre de bons effectivement exerçables par le manager et le nombre d'actions sous-jacentes pouvant résulter de l'exercice de ces bons seront déterminés en fonction du montant du produit de la cession des parts de la société par les associés, du montant de l'investissement global par les associés et de leur TRI, et que les conventions désignent elles-mêmes, comme c'est le cas dans un des dossiers inscrits au présent rôle, le dispositif de BSA institué comme une « rétrocession de la super plus-value » des actionnaires, l'on se trouve en effet face à un mécanisme, plus sophistiqué en la forme mais identique dans son objet, de la nature de celui en cause dans votre décision *M. et Mme X...* du 15 février 2019 (n° 408867, aux Tables, déjà mentionnée).

Par cette décision, vous avez en effet jugé que, lorsque les associés d'une société conviennent que la plus-value qu'ils sont susceptibles de réaliser lors de la cession concomitante de leurs actions avec celles d'un autre associé sera partagée avec celui-ci, la fraction de cette plus-value qui revient à ce dernier ne constitue pas pour lui un gain net retiré de la cession à titre onéreux de ses valeurs mobilières. En effet, ce gain ne provient pas de l'augmentation de la valeur de son propre capital. Vous avez considéré que, lorsque les sommes en cause trouvent « essentiellement » leur source dans l'exercice par l'intéressé de fonctions de dirigeant ou de salarié, elles constituent alors un avantage en argent, au sens de l'article 82 du CGI.

La circonstance que le partage de plus-value par les actionnaires avec le dirigeant s'opère par le biais de BSA et que l'intéressé ait acquis à titre onéreux ces bons, change-t-il réellement la donne ?

L'on pourrait vouloir répondre par l'affirmative. Juridiquement, le gain réalisé par le dirigeant lors de la cession des bons au moment de la revente de la société constitue un gain en capital issu de la prise de valeur de ces bons entre le moment de leur entrée dans son patrimoine et leur sortie.

Toutefois, si le principe même des BSA consiste, pour leur détenteur, à parier sur l'évolution de la valeur du sous-jacent et si la cession de tels bons, lorsqu'ils sont dans la monnaie, conduit par construction le cédant à profiter indirectement de la prise de valeur des actions détenues par les véritables associés, la logique à l'œuvre dans un pur mécanisme de partage de la super plus-value va plus loin : il ne s'agit plus de tirer profit de l'accroissement de valeur du sous-jacent, mais tout bonnement de partager avec les actionnaires, qui acceptent d'en rétrocéder une fraction d'autant plus grande que le dirigeant non associé aura œuvré à la prise de valeur de l'entreprise, le profit tiré par eux de la vente de leurs parts.

Certes, le dirigeant a payé pour acquérir ces bons. Mais il l'a fait librement, et cette acquisition n'apparaît pas comme le premier acte d'une séquence dans laquelle le dirigeant agirait ultérieurement comme investisseur, mais ne constitue que le ticket d'entrée dans un pur système de bonus, dans lequel jusqu'au bout, cession incluse, l'employeur (entendu au

sens large, incluant les principaux actionnaires détenant l'employeur) est aux manettes : l'intéressé n'est depuis l'entrée jusqu'à la sortie considéré qu'en tant que dirigeant, sans jamais agir comme un capitaliste gérant son patrimoine, et le gain de cession lui-même n'apparaît, compte tenu des conditions de sa réalisation organisée par l'employeur et à l'initiative de celui-ci, que comme procédant de la volonté de l'employeur d'attribuer une rémunération complémentaire au dirigeant en rétribution de son travail.

De tels bons n'ont en substance que peu sinon rien à avoir avec la faculté, moulée dans un titre, de souscrire à un prix convenu d'avance à une augmentation de capital différée de l'émettrice, et tout à voir avec l'hypothèse rencontrée dans votre décision n° 408867 *M. et Mme X...* – en plus joliment habillée.

Nous sommes donc, pour notre part, prête dans ces hypothèses qui, quoique très particulières, se rencontrent néanmoins dans les contextes de LBO, et à la condition que la seule issue possible pour le dirigeant – hors accident de la vie - soit ce partage de plus-value sans dénouement possible avant la revente de la société, à considérer que le gain issu de la cession de ces bons a pour objet de rétribuer l'exercice par le dirigeant de ses fonctions de direction et qu'il doit dès lors être taxé, non comme un gain en capital, mais comme un avantage en argent au sens de l'article 82 du CGI. En adoptant cette position réaliste en présence de tels BSA aux caractéristiques bien spécifiques, vous vous rapprocheriez, d'une certaine façon, en termes de résultat de l'approche retenue dans l'affaire *Groupe Lucien Barrière* par la Cour de cassation.

Or l'affaire n°435452 nous semble précisément ressortir de cette configuration : celles de bons émis, dans le cadre d'une opération de LBO, à l'attention du dirigeant, aux seules fins d'organiser le partage avec ce dernier, lors de la revente des titres de capital de l'entreprise par les actionnaires-investisseurs à l'issue de l'opération, de la « super plus-value » qu'auront réalisée ces investisseurs, et ceci, dans l'unique but d'encourager le dirigeant à être performant dans ses fonctions de dirigeant et de rétribuer, soit par le gain d'exercice automatique de ces bons soit par le gain de cession de ceux-ci dont la convention d'émission prévoit qu'il est égal au gain d'exercice lequel ne peut lui-même intervenir que lors de la mutation de l'intégralité des titres de capital de l'entreprise, le travail que le dirigeant aura accompli à son poste et qui aura permis la prise de valeur actionnariale de l'entreprise.

Ayant en effet relevé, sans dénaturation, qu'il résultait des circonstances de fait invoquées par l'administration que l'émission des BSA en litige avait eu pour seul objet d'organiser l'association de M. X..., en rétribution de ses fonctions de dirigeant, au partage de la super plus-value qui serait dégagée par les actionnaires lors de la cession de la SAS Financière Derby, et ayant jugé que le gain que l'intéressé a réalisé en cédant ses bons avait essentiellement la nature d'un versement à caractère incitatif par lequel les actionnaires avaient décidé de rétribuer l'exercice effectif de ses fonctions de dirigeant, la cour a pu sans erreur de droit ni erreur de qualification juridique des faits en déduire que l'administration établissait que M. X... ne pouvait être regardé comme ayant réalisé un gain en capital taxable dans la catégorie des plus-values de cession de valeurs mobilières mais avait perçu un complément de rémunération, imposable dans la catégorie des traitements et salaires en application des articles 79 et 82 du CGI.

Si la cour administrative d'appel s'est également fondée, pour conclure à la qualification du gain de cession d'avantage en argent au sens de l'article 82 du CGI, sur les motifs tirés de la faiblesse de l'investissement initial et ce que l'atteinte d'un TRI d'au moins 18% pouvait raisonnablement être anticipée de sorte que « l'aléa auquel était soumis l'intéressé, s'il ne pouvait par nature être nul, était en réalité particulièrement faible », alors qu'un tel motif est par lui-même sans incidence sur la qualification du gain de cession des titres, vous pourrez, dès lors que les autres éléments que la cour a relevés permettent, pour les motifs dits à l'instant, de valider la qualification en traitements et salaires qu'elle a retenue, neutraliser cet élément et par suite, écarter comme inopérants les moyens dirigés à son encontre par le pourvoi.

Par suite, vous rejetterez le pourvoi de M. X....

*

Si vous nous suivez, interdirez-vous aux salariés de se faire capitalistes, comme vous l'avait reproché un commentateur après l'affaire *M. et Mme W...*⁴ ? Nous ne le croyons pas.

Même si vous ne vous prononcerez ici que sur quelques unes des formes que peuvent prendre les management packages et si l'appréciation des gains réalisés par un contribuable dans un dispositif donné sera toujours une question d'espèce relevant d'appréciations au cas par cas, vous affirmerez en effet, d'une part, que le gain réalisé par un dirigeant en cédant des BSA qu'il détient constitue en principe un gain en capital, quand bien même ces titres auraient été acquis pour un prix préférentiel, les conditions financières avantageuses de leur attribution étant seulement de nature à identifier un gain à l'entrée du dispositif. Mais vous ferez preuve de réalisme en constatant, d'autre part, qu'il est des hypothèses particulières dans lesquelles les conditions de réalisation du gain de cession conduisent à regarder ce gain comme n'ayant que l'apparence du gain en capital, comme n'étant pas la contrepartie d'une qualité et d'un comportement d'investisseur, et comme n'ayant en réalité d'autre nature et d'autre objet que ceux de rétribution à l'initiative de l'employeur (directement ou par le biais de ses principaux actionnaires) du travail accompli par l'intéressé en tant que dirigeant. Vous jugerez, enfin, qu'un gain de levée d'option ou d'exercice d'un BSA qui trouve sa cause dans l'exercice des fonctions de dirigeant ou salarié du contribuable, que ce gain participe à rétribuer, constitue un avantage en argent imposable dans la catégorie des traitements et salaires. Mais ne nous leurrons pas : dès demain, les contribuables et leurs conseils auront inventé d'autres instruments de motivation pour tirer parti des règles que vous aurez posées.

Par ces motifs, nous concluons :

- sous le n° 428506 : à l'annulation de l'arrêt du 28 février 2019 de la cour administrative de Versailles, au renvoi de l'affaire devant cette cour et au rejet des conclusions présentées par M. et Mme Q... au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative
- sous le n° 435452, au rejet du pourvoi de M. X... ;

⁴ J. Turot, « Requalification en salaires d'un management package : le Conseil d'Etat refuse-t-il aux salariés de se faire capitalistes ? », *Revue Fiscale du Patrimoine* 2015, n° 1, comm. 2, p. 38.

- et sous le n° 437498, à l'annulation de l'arrêt du 7 novembre 2019 de la cour administrative d'appel de Paris ; au renvoi de l'affaire devant cette cour, et à ce que l'Etat verse à M. R... 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.