

Cotisations et contributions sociales

1257 Imposition des *management packages* : les cartes sont-elles rebattues ?

Solution. – L'acquisition ou la souscription, à des conditions préférentielles, de certains dispositifs non qualifiés pouvant donner à terme accès au capital de l'entreprise (en l'espèce des BSA et des COA), procure un avantage au salarié ou au dirigeant. S'il est octroyé essentiellement à raison des fonctions, il constitue un complément de salaire, imposable en tant que tel, l'année d'acquisition ou de souscription. S'agissant de gains issus de la cession, s'ils sont, en principe, imposables comme des plus-values de cession de valeurs mobilières, ils sont en revanche soumis à l'impôt selon le régime des traitements et salaires si, compte tenu des conditions de la cession, ils trouvent essentiellement leur source dans les fonctions de salarié ou de dirigeant.

Impact. – Cette jurisprudence marque une évolution sensible qui doit être mise en perspective avec l'arrêt « Barrière », rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 4 avril 2019, selon lequel certaines modalités de mise en œuvre des BSA, notamment s'ils sont acquis à des conditions préférentielles, peuvent conduire à la qualification des avantages en tant que salaires soumis à charges sociales. Ce nouvel environnement jurisprudentiel invite donc à repenser la structuration des *managements packages* ou à étudier d'autres alternatives, en gardant à l'esprit que les décisions étudiées laissent encore une marge d'adaptation.

CE, 3^e, 8^e, 9^e et 10^e ch. réunies, 13 juill. 2021, n° 428506, n° 435452 et n° 437498 ; JurisData n° 2021-011430 concl. É. Bokdam-Tognetti ; V. également Dr. fiscal 2021, comm. 354, J.-L. Médus

Le Conseil – (...), (n° 435452)

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que M. A s'est associé le 13 juillet 2005 avec plusieurs fonds communs de placement à risques et sociétés financières, dans une société holding, la société KAPPA 42, en vue de l'acquisition, par celle-ci, de l'intégralité des actions composant le capital social de la société Chaussures Cendry, conformément aux termes et modalités du contrat d'acquisition conclu le même jour entre la société KAPPA 42 et les actionnaires de la société Chaussures Cendry. Dans cette perspective, l'assemblée générale de la société KAPPA 42 a notamment décidé, le 26 septembre 2005, une augmentation de capital de 38 192 euros à 7 288 244 euros par l'émission de 453 127 actions nouvelles, et la transformation de la société en société par actions simplifiée « SAS Financière Derby », dont M. A a été nommé président. M. et M^{me} A. ont souscrit respectivement 42 500 et 18 750 actions ordinaires pour un prix unitaire de 16 euros et l'assemblée générale a décidé l'émission de 61 250 bons de souscription d'actions (BSA) au profit de M. A pour un prix unitaire de 0,32 euro. Le 4 juin 2007, M. A ainsi que l'ensemble des investisseurs financiers ont cédé l'intégralité de leurs titres de la SAS Financière Derby à la société Vivarte. À la suite d'un examen contradic-

toire de la situation fiscale personnelle de M. A, l'administration fiscale a notamment estimé que le gain retiré de la cession des BSA constituait non pas une plus-value de cession de valeurs mobilières mais des salaires versés à raison de ses fonctions de directeur du développement de la société Chaussures Cendry, imposables à ce titre. M. A se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 29 août 2019 par lequel la cour administrative d'appel de Versailles a rejeté son appel contre le jugement du 24 avril 2017 par lequel le tribunal administratif de Versailles n'a que partiellement fait droit à sa demande tendant à la décharge, en droits et pénalités, des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu et de contribution sociale auxquelles il a été assujéti au titre de l'année 2007.

2. Aux termes de l'article 79 du Code général des impôts : « Les traitements, indemnités, émoluments, salaires, pensions et rentes viagères concourent à la formation du revenu global servant de base à l'impôt sur le revenu ». Aux termes de l'article 82 du même code : « Pour la détermination des bases d'imposition, il est tenu compte du montant net des traitements, indemnités et émoluments, salaires, pensions et rentes viagères, ainsi que 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 ». Aux termes du 1^{er} du I de l'article 150-0 A du même code : « Sous réserve des dispositions propres aux bénéficiaires industriels et commerciaux, aux bénéficiaires non commerciaux et aux bénéficiaires agricoles ainsi que de l'article 150 UB, les gains nets retirés des cessions à titre onéreux [...] de valeurs mobilières, [...] de droits portant sur ces valeurs, droits ou titres ou de titres représentatifs des mêmes valeurs, droits ou titres, sont soumis à l'impôt sur le revenu lorsque le montant de ces cessions excède, par foyer fiscal, 15 000 euros par an ».

3. En premier lieu, la circonstance que des options d'achat d'actions ou des bons de souscription d'actions ont été acquis ou souscrits à un prix préférentiel au regard de leur valeur réelle à la date de cette acquisition ou souscription est de nature à révéler l'existence d'un avantage à concurrence de la différence entre le prix ainsi acquitté et cette valeur. Un tel avantage, lorsqu'il trouve essentiellement sa source dans l'exercice par l'intéressé de ses fonctions de dirigeant ou salarié, a le caractère d'un avantage accordé en sus du salaire, imposable au titre de l'année d'acquisition ou de souscription des options ou des bons dans la catégorie des traitements et salaires en application des articles 79 et 82 du Code général des impôts. Le caractère préférentiel de ce prix est en revanche sans incidence sur la nature des gains réalisés ultérieurement par le contribuable lors de l'exercice de ces options ou bons, lors de la cession des titres ainsi acquis ou lors de la cession des bons.

4. Il en résulte que M. A ne peut utilement soutenir que la cour aurait insuffisamment motivé son arrêt en jugeant que la valeur initiale des bons était particulièrement faible sans rechercher quelle était leur valeur vénale, dès lors que cette question était sans incidence sur l'issue du litige, qui portait sur l'imposition d'un gain de cession.

5. En deuxième lieu, les gains nets, calculés en tenant compte de l'avantage ayant été éventuellement imposé en application du point 3 ci-dessus, retirés par une personne physique de la cession à titre onéreux de bons de souscription d'actions sont en principe imposables suivant le régime des plus-values de cession de valeurs mobilières des particuliers institué par l'article 150-0 A du Code général des impôts, y compris lorsque ces bons ont été acquis ou

souscrits auprès d'une société dont le contribuable était alors dirigeant ou salarié, ou auprès d'une société du même groupe. Il en va toutefois autrement lorsque, eu égard aux conditions de réalisation du gain de cession, ce gain doit être regardé comme acquis, non à raison de la qualité d'investisseur du cédant, mais en contrepartie de ses fonctions de salarié ou de dirigeant et constitue, ainsi, un revenu imposable dans la catégorie des traitements et salaires en application des articles 79 et 82 du Code général des impôts, réalisé et disponible l'année de la cession de ces bons.

6. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, d'une part, M. A était désigné par un rapport du comité d'investissement du 14 mars 2005 comme le futur « manager de reprise » du groupe Cendry, devant exercer les fonctions de Président-Directeur-Général de la structure et dont les modalités d'intéressement restaient encore « à affiner sur la base des formules habituelles », d'autre part, que le pacte d'actionnaires de la SAS Financière Derby prévoyait que les investisseurs « ont pour intention d'accompagner la société pendant une durée comprise entre trois à sept ans, et ce afin de participer à l'accomplissement du projet de développement élaboré avec Monsieur A. », enfin, que ce pacte déterminait les modalités d'exercice de ses fonctions par l'intéressé et ses obligations envers la société, ainsi que les conditions d'incessibilité temporaire des titres qu'il détenait, lui imposait une obligation de « loyauté – exclusivité » envers les sociétés du groupe Cendry, lui fixait un engagement de non-concurrence en sa qualité d'actionnaire ou de vendeur de titres liés aux activités du groupe Cendry et comportait une promesse de vente et d'achat de ses titres en cas de décès, départ ou de violation de ses engagements pour un montant global d'un euro, ainsi qu'une promesse unilatérale d'achat des investisseurs. Il ressort également des pièces du dossier soumis aux juges du fond, et notamment du contrat de souscription des BSA, que ces derniers avaient été attribués au seul M. A, président de la SAS Financière Derby, recruté comme directeur du développement de la société Cendry par un contrat de travail daté du 26 septembre 2005, chargé de la définition et de la mise en œuvre de la politique de développement de l'entreprise. Il ressort, enfin, des mêmes pièces du dossier soumis aux juges du fond, d'une part, que le contrat de souscription des BSA faisait dépendre tant la faculté d'exercer les bons que le nombre de ces derniers, en premier lieu, de l'obtention d'un taux de rendement interne (TRI) minimum à l'issue de l'opération de rachat de la société Financière Derby par un repreneur, en second lieu, de la réalisation par les investisseurs d'un multiple supérieur à 2 lors de la revente de leurs titres et ce afin, selon les termes du contrat de souscription de ces bons, d'opérer une « rétrocession » au Manager d'une « super plus-value », d'autre part, que le « manager » s'engageait à ne pas céder les bons en dehors des cas limitativement prévus par le pacte d'actionnaires de la SAS Financière Derby.

7. C'est sans dénaturation des pièces du dossier ni erreur de droit que la cour a pu déduire de l'ensemble des circonstances rappelées au point précédent que l'attribution de BSA visait à associer M. A, en raison de ses fonctions de dirigeant, au partage de la plus-value dégagée lors de la cession de la SAS Financière Derby – alors même que l'intéressé détenait, par ailleurs, des actions ordinaires de cette société – et que le gain qu'il a réalisé en cédant ses bons « avait essentiellement la nature [...] d'un versement à caractère incitatif, par lequel les actionnaires ont décidé de rétribuer ensemble l'exercice effectif de ses fonctions de manager par M. A et les résultats et performances ayant résulté de cet engagement professionnel ».

8. Il résulte de ce qui a été dit au point 5 ci-dessus qu'ayant ainsi caractérisé l'existence d'un revenu acquis en contrepartie des fonctions de cadre dirigeant de M. A, la cour a pu, sans erreur de qualification juridique des faits, juger que l'administration établissait qu'il ne pouvait être regardé comme ayant réalisé un gain en capital taxable dans la catégorie des plus-values mais comme ayant perçu un complément de rémunération, imposable au barème de l'impôt sur le revenu dans la catégorie des traitements et salaires en application des articles 79 et 82 du Code général des impôts. Il y a lieu par voie de conséquence d'écarter les moyens dirigés contre les motifs surabondants par lesquels l'arrêt se prononce sur l'existence d'un risque afférent à l'opération. 9. Il résulte de tout ce qui précède que M. A n'est pas fondé à demander l'annulation de l'arrêt qu'il attaque. [...]

LE CONSEIL – (...) (n° 437498)

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que les 7 janvier et 12 juillet 2002, le conseil d'administration de la société G7 a décidé de proposer à M. C, l'un de ses dirigeants, l'acquisition au prix unitaire de 0,15 euro de 222 092 bons de souscription d'actions. M. C a acquis le 20 juin 2002 pour un montant de 22 209,15 euros, 148 061 bons de souscription d'actions que la société G7 avait émis le 7 janvier 2002, et le 10 octobre 2002, 74 031 bons de souscription d'actions émis le 12 juillet 2002 par cette société, pour un montant de 11 104,65 euros. Ces bons de souscription donnaient ainsi à M. C le droit de souscrire des actions représentant une quote-part du capital social de la société G7 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. Par l'article 1^{er} d'une convention d'options croisées d'achat et de vente conclue le 16 septembre 2003, M. C a consenti à la société Copag, qui détient la société G7 à concurrence de 69,47 %, et dont M. C était directeur général, une option d'achat sur la totalité des bons de souscription d'actions qu'il détenait, sur une période allant du 7 janvier 2005 au 6 janvier 2007 pour les 148 061 bons de souscription d'actions émis le 7 janvier 2002, et sur une période du 12 juillet 2005 au 11 juillet 2007 pour les 74 031 bons de souscription d'actions émis le 12 juillet 2002. Il était convenu que le prix d'achat, déterminé sur la base d'une valeur unitaire de l'action G7 de 62,81 euros, serait de 13,59 euros pour chaque bon de souscription d'actions émis le 7 janvier 2002 et de 13,35 euros pour chaque bon de souscription d'actions émis le 12 juillet 2002. Par l'article 2 de la même convention, la société Copag a consenti à M. C une option de vente portant sur la totalité de ses bons de souscription d'actions, dont le prix unitaire d'achat, déterminé sur la base d'une valeur unitaire de l'action G7 de 58,26 euros, serait de 9,04 euros pour les bons de souscription d'actions émis le 7 janvier 2002 et de 8,80 euros pour les bons de souscription d'actions émis le 12 juillet 2002. Le 15 janvier 2005, en application des stipulations de cette convention, la société Copag a acquis auprès de M. C les 222 092 bons de souscription d'actions de la société G7 qu'il détenait, aux prix unitaires prévus par l'article 1^{er} de la convention, soit 13,59 euros pour les bons émis le 7 janvier 2002 et 13,35 euros pour ceux émis le 12 juillet 2002, soit un montant total de 3 000 463 euros. M. et M^{me} C ont fait l'objet d'un examen contradictoire de situation fiscale personnelle, à l'issue duquel ils ont été assujettis à une cotisation supplémentaire d'impôt sur le revenu, majorée des intérêts de retard, au titre de l'année 2005, à raison de la taxation dans la catégorie des traitements et salaires du gain net réalisé lors de la cession de ces bons de souscription d'actions de la société G7. M. et M^{me} C se pourvoient en cassation contre l'arrêt du 7 novembre 2019 par lequel la cour administrative d'appel de Paris, faisant droit à l'appel du ministre de l'action et des comptes publics, a remis à leur charge les cotisations supplémentaires d'impôt litigieuses dont ils avaient été déchargés par le jugement du 8 mars 2017 du tribunal administratif de Paris.

2. Aux termes de l'article 79 du Code général des impôts : « Les traitements, indemnités, émoluments, salaires, pensions et rentes viagères concourent à la formation du revenu global servant de base à l'impôt sur le revenu ». Aux termes de l'article 82 du même code : « Pour la détermination des bases d'imposition, il est tenu compte du montant net des traitements, indemnités et émoluments, salaires, pensions et rentes viagères, ainsi que 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 ». Aux termes du 1 du I de l'article 150-0 A du même code : « Sous réserve des dispositions propres aux bénéfices industriels et commerciaux, aux bénéfices non commerciaux et aux bénéfices agricoles ainsi que de l'article 150 UB, les gains nets retirés des cessions à titre onéreux [...] de valeurs mobilières, [...] de droits portant sur ces valeurs, droits ou titres ou de titres représentatifs des mêmes valeurs, droits ou titres, sont soumis à l'impôt sur le revenu lorsque le montant de ces cessions excède, par foyer fiscal, 15 000 euros par an ».

3. La circonstance que des options d'achat d'actions ou des bons de souscription d'actions ont été acquis ou souscrits à un prix préférentiel au regard de leur valeur réelle à la date de cette acquisition ou souscription est de nature à révéler l'existence d'un avantage à concurrence de la différence entre le prix

ainsi acquitté et cette valeur. Un tel avantage, lorsqu'il trouve essentiellement sa source dans l'exercice par l'intéressé de ses fonctions de dirigeant ou salarié, a le caractère d'un avantage accordé en sus du salaire, imposable au titre de l'année d'acquisition ou de souscription des options ou des bons dans la catégorie des traitements et salaires en application des articles 79 et 82 du Code général des impôts. Le caractère préférentiel de ce prix est en revanche sans incidence sur la nature des gains réalisés ultérieurement par le contribuable lors de l'exercice de ces options ou bons, lors de la cession des titres ainsi acquis ou lors de la cession des bons.

4. Les gains nets, calculés en tenant compte de l'avantage ayant été éventuellement imposé en application du point 3 ci-dessus, retirés par une personne physique de la cession à titre onéreux de bons de souscription d'actions sont en principe imposables suivant le régime des plus-values de cession de valeurs mobilières des particuliers institué par l'article 150-0 A du Code général des impôts, y compris lorsque ces bons ont été acquis ou souscrits auprès d'une société dont le contribuable était alors dirigeant ou salarié, ou auprès d'une société du même groupe. Il en va toutefois autrement lorsque, eu égard aux conditions de réalisation du gain de cession, ce gain doit être regardé comme acquis non à raison de la qualité d'investisseur du cédant, mais en contrepartie de ses fonctions de salarié ou de dirigeant et constitue, ainsi, un revenu imposable dans la catégorie des traitements et salaires en application des articles 79 et 82 du Code général des impôts, réalisé et disponible l'année de la cession de ces bons. La qualification de gain en capital imposable selon le régime des plus-values de cession de valeurs mobilières doit, en particulier, être écartée lorsque l'intéressé a bénéficié d'un mécanisme lui garantissant, dès l'origine ou ultérieurement, le prix de cession de ces bons dans des conditions constituant une contrepartie de l'exercice de ses fonctions de dirigeant ou de salarié.

5. Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que, pour juger que le gain réalisé par les requérants devait être imposé dans la catégorie des traitements et salaires, la cour s'est bornée à relever, 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. C disposait de la garantie de pouvoir revendre à la société Copag ses bons de souscription d'actions 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 de souscription d'action était liée à la mission de M. C, 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. En jugeant pour ces seuls motifs que le gain réalisé lors de la cession de ces bons litigieux devait être regardé comme un complément de salaire, sans rechercher si la convention d'échange d'options du 16 septembre 2003 avait été conclue dans des conditions constituant une contrepartie des fonctions de dirigeant alors exercées par M. C dans la société Copag ou une société du même groupe, la cour a commis une erreur de droit.

6. Il résulte de ce qui précède que M. et M^{me} C sont fondés, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen du pourvoi, à demander l'annulation de l'arrêt qu'ils attaquent. [...]

NOTE

Afin d'intéresser les mandataires sociaux et certains salariés « clefs » à la marche de l'entreprise et au partage de la création de valeur, ces derniers peuvent bénéficier d'un « *management package* », constitué de valeurs mobilières, le plus souvent mis en place au moment d'une opération sur le capital de l'entreprise afin de leur permettre d'appréhender une partie des gains de l'opération, au moyen de titres financiers donnant accès ou pouvant donner accès à terme au capital de l'entreprise.

Ces mécanismes ont cela de particulier qu'ils se trouvent à la lisière du monde de l'investisseur financier et de celui du salariat et assimilé. Imposition selon le régime « *Plus-value de cession mobilière* » vs « *traitement et salaire* », voilà la confrontation que ces systèmes génèrent. Les arguments en faveur des deux qualifications ne manquent

pas selon que l'on considère que le risque financier inhérent à ces outils implique nécessairement de faire prédominer le traitement fiscal et social propre aux valeurs mobilières (bénéficiant d'un prélèvement forfaitaire unique de 30 %). Ou inversement, que l'on constate que leur accès est lié principalement à la fonction, validant la qualification fiscale et sociale de salaire. À un peu plus de 2 ans d'intervalle, la Cour de cassation et le Conseil d'État ont pris position sur ces sujets, dans des cas spécifiques.

Mais on se gardera bien de toutes conclusions hâtives, les juges n'ayant pas complété leur décision d'une grille d'analyse ou d'une forme de faisceaux d'indices. Il y a donc encore une marge d'interprétation. Il n'en reste pas moins qu'il existe désormais un avant et un après qui appellent des adaptations ou encore l'identification de solutions alternatives.

1. L'arrêt du Conseil d'État

Deux contribuables et l'administration fiscale se pourvoient en cassation s'agissant de déterminer quel traitement fiscal appliquer aux gains d'acquisition, de souscription et de cession de bons de souscription d'action (BSA) et de contrat d'option d'achat d'actions (COA). Le BSA est un titre financier qui permet de souscrire un nombre d'actions déterminé à un prix fixé à l'avance (prix d'exercice) et pendant une période définie. Le COA est un contrat donnant à son détenteur la possibilité d'acheter ultérieurement des actions à un prix dont les modalités sont également connues à l'avance. Les détenteurs n'ont aucune obligation d'acquérir les actions concernées.

Ces mécanismes pouvant donner accès à terme au capital de l'entreprise sont appelés, en pratique, des dispositifs « *non qualifiés* » par opposition aux dispositifs encadrés, dits « *qualifiés* », par des dispositions légales et réglementaires instituant un traitement spécifique sous certaines conditions. On pense notamment aux attributions gratuites d'actions, aux bons de souscription de parts de créateur d'entreprise (BSCPE) ou encore au plan d'option d'achat ou de souscription d'actions (« *stock-options* »).

S'agissant des BSA et COA, le Conseil d'État opère une distinction entre la possibilité qu'un avantage existe :

- au moment de l'entrée dans le dispositif ;
- au moment de la cession des bons ou de la levée de l'option.

À l'entrée du dispositif, le Conseil d'État considère que :

- la circonstance que des options d'achat d'actions ou des bons de souscription d'actions ont été acquis ou souscrits à un **prix préférentiel au regard de leur valeur réelle** à la date d'acquisition ou souscription est de nature à révéler l'existence d'un avantage égal à la différence entre le prix acquitté et cette valeur (*CE, sect., 28 févr. 2001, n° 199295 ; JurisData n° 2001-061884 ; RJF 5/01, n° 620, p. 395, obs. J. Maia ; Dr. fisc. 2001, n° 26, comm. 592, concl. G. Bachelier*) ;

- si cet avantage **trouve essentiellement sa source dans l'exercice par l'intéressé de ses fonctions de dirigeant ou salarié**, il est considéré comme accordé en sus du salaire, imposable en tant que tel conformément aux articles 79 et 82 du Code général des impôts.

À la sortie du dispositif, c'est-à-dire lorsque les BSA sont exercés, qu'ils sont cédés, ou que les options sont levées, le gain est imposé dans la catégorie des traitements et salaires, et constitutif d'un avantage salarial dès lors, selon la Haute Juridiction, qu'il trouve « *essentiellement* » sa source dans les fonctions de salarié ou de dirigeant.

Par conséquent, chaque fois, que le *management package* trouve « *essentiellement* » sa source dans les fonctions de dirigeant ou de salarié, l'imposition serait celle de la catégorie traitement et salaire, et ce faisant s'appliquerait le barème progressif de l'impôt sur le revenu pour le bénéficiaire avec une distinction entre l'avantage perçu par le salarié ou le dirigeant à l'entrée puis à la sortie du dispositif. Le carac-

tère préférentiel du prix d'entrée n'influe pas sur la qualification fiscale du gain de sortie.

De toute évidence, cette solution frappe les esprits, et constitue une évolution notable. Mais quoique significative, il faut constater qu'elle pose plus de problèmes qu'elle n'en résout.

Tout d'abord, l'arrêt ne permet pas d'identifier une grille d'analyse ou un faisceau d'indices permettant de déterminer avec certitude en quoi l'avantage est attribué « essentiellement » à raison des fonctions. Les conclusions du rapporteur public proposent une approche large : « Ce rattachement du gain au contrat de travail peut par exemple être révélé (...) 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 » (concl. E. Bokdam-Tognetti).

Par ailleurs, on est en droit de se demander si la solution doit être cantonnée aux seuls schémas portés à l'appréciation des hauts magistrats ou si elle peut être transposée à d'autres dispositifs « non-qualifiés », telles que les actions fictives (« phantom stocks ») répliquant virtuellement un mécanisme d'actionnariat, sans qu'aucune action ne soit émise permettant, le cas échéant, à leur bénéficiaire d'obtenir un gain reflétant l'augmentation de la valeur de l'action de la société émettrice ou de sa performance financière, ou « déqualifiés » tel un plan d'attribution gratuite d'actions qui ne remplirait finalement pas les conditions permettant de bénéficier du traitement fiscal et social spécifique y afférent. Or, avec l'entrée en vigueur du prélèvement à la source (PAS) le 1^{er} janvier 2019, les employeurs sont, en principe, considérés comme « collecteurs d'impôts », et doivent notamment soumettre au PAS « les revenus imposables à l'impôt sur le revenu suivant les règles applicables aux salaires » (CGI, art. 204 A), c'est-à-dire, entre autres, les revenus issus des dispositifs « non-qualifiés » ou « déqualifiés ». Or, le défaut de reversement à l'échéance des sommes devant être soumise au PAS entraîne des sanctions pécuniaires sous la forme de majorations d'assiette.

À cette incertitude fiscale, il faut également ajouter le risque de requalification URSSAF des sommes octroyées aux dirigeants et ce faisant, de leur réintégration dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale.

2. La jurisprudence de la Cour de cassation

La Cour de cassation, a, le 4 avril 2019 dans un arrêt Lucien Barrière (Cass. 2^e civ., 4 avr. 2019, n° 17-24.470, publié au Bulletin : *Juris-Data* n° 2019-004915 ; *JCP S* 2019, 1155, note C. Ventejou et R. Guichard) jugé que les BSA, lorsqu'ils sont octroyés à des dirigeants, sont un avantage assujéti aux cotisations de sécurité sociale dès lors qu'ils sont proposés en contrepartie ou à l'occasion du travail, et acquis à des conditions préférentielles.

Dans cette affaire, plusieurs dirigeants du groupe Lucien Barrière avaient conclu un contrat d'investissement avec le groupe lors de son rapprochement avec Colony Capital. Dans ce cadre, ils ont souscrit à des bons de souscription d'actions dont les conditions d'exercice et de cession étaient strictement encadrées : les bons étaient incessibles, et les dirigeants ne pouvaient les vendre qu'à compter de la cotation de la société ou de la sortie de Colony Capital avec un prix dont les modalités de calcul étaient déjà fixées par avance. Après la sortie de Colony Capital en 2009, les dirigeants cèdent leurs bons et réalisent une plus-value globale de près de 2,7 millions d'euros que l'entreprise ne soumet pas à cotisations sociales considérant qu'il ne s'agissait pas d'une

rémunération « versée en contrepartie ou à l'occasion du travail » au sens de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale. À la suite d'un contrôle URSSAF, l'Union de recouvrement réintègre dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale, les gains issus de la plus-value de cession réalisée par les managers, et procède à un redressement.

La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir rejeté le recours de l'entreprise considérant « qu'il résulte de l'article L. 242-1, alinéa 1, du code de la sécurité sociale 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 bons de souscription d'actions constituent un avantage qui entre dans l'assiette des cotisations sociales ».

La Haute Juridiction n'a pas défini la notion de « conditions préférentielles ». On constate simplement que, peu importe la prise de risque du dirigeant ou du salarié, 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 sont un avantage entrant dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale.

Pas davantage que dans les arrêts du Conseil d'État, la Cour de cassation n'a conféré une grille d'analyse à sa solution. Il revient donc à la cour d'appel de renvoi de déterminer ce que sont des conditions préférentielles de souscription. Certains regretteront que les hauts magistrats ne soient pas entrés davantage dans le détail. D'autres, au contraire, apprécieront la marge de manœuvre accordée, laissant à la pratique le soin de trouver les adaptations et alternatives nécessaires.

3. Adaptation et alternatives

Les arrêts précédents rebattent, dans une certaine mesure, les cartes des mécanismes de valorisation de la situation financière des dirigeants, lorsque l'on recherche la martingale d'un dispositif individualisable, permettant d'articuler la motivation de ces derniers avec les objectifs des investisseurs, dans un cadre fiscal et social attractif.

À cet égard, les arrêts commentés du Conseil d'État et de la Cour de cassation repositionnent les *management packages* qui ne feraient pas l'objet d'adaptations, permettant de bien mettre en évidence la qualité première d'investisseur financier, au détriment de la qualité de salarié ou assimilé.

Mais ces décisions peuvent également ébranler certaines certitudes ou certains réflexes et invitent à regarder avec un œil neuf d'autres solutions qu'on aurait considérées, il y a encore peu, sans objet ou déconnectés des enjeux des opérations de rachat de société.

On pense tout d'abord à l'intéressement de projet, quand bien même certains rétorqueront spontanément que les plafonds d'attribution sont sans comparaison avec les gains susceptibles d'être perçus dans les *managements package*. On répondra que l'intéressement dispose d'une attractivité fiscale et sociale incomparable, *a fortiori* dans les entreprises de moins de 250 salariés, excluant toute application du forfait social. Or, l'intéressement de projet a connu une évolution particulièrement sensible depuis sa réforme par la loi PACTE (C. trav., art. L. 3312-6. – Loi PACTE, 22 mai 2019, art. 155, I). En effet, il peut désormais être cantonné à une seule entreprise disposant par ailleurs d'un accord d'intéressement pour tout le personnel. Or, ni la loi, ni les décrets n'ont fixé des critères de définition du projet ou de la population concernée. Rien n'interdit de découper le projet en phases pour attribuer un intéressement spécifique et annuel exonéré d'impôts, de cotisations et de forfait social, sommes pouvant être investies le cas échéant dans un plan d'épargne entreprise (PEE) permettant l'acquisition de titres de l'entreprise.

Annuellement, le montant cumulé de l'intéressement versé au titre de l'accord de base et au titre de l'intéressement de projet ne peut dépasser 20 % du total des rémunérations brutes versées. Sur le plan individuel, le montant cumulé des primes versées au titre d'un même

exercice ne peut pas dépasser 75 % du plafond annuel de la sécurité sociale, soit 30 852 € en 2021.

Si la question du périmètre des bénéficiaires de l'intéressement de projet peut se discuter, tel n'est pas le cas, en revanche, du nouveau système de **retraite à prestations définies à droits acquis** dont le traitement social est régi par l'article L. 137-11-2 du Code de la sécurité sociale. Constatant l'absence de distinction dans la loi, la direction de la sécurité sociale (DSS) a admis que l'avantage peut être totalement individuel au profit des mandataires sociaux (sous réserve d'une autorisation selon la procédure des conventions réglementées du Code de commerce) et pour les salariés cadres dirigeants ou « *clefs* ». Ce dispositif permet de valider une promesse de rente égale, au plus et par année, à 3 % de leur rémunération. Le financement de ce système en totale franchise d'impôts et de charges sociales subit une contribution à la charge de l'entreprise de 29,7 % et une contribution spécifique à la charge du bénéficiaire mais uniquement lors du service de la rente. Au vu des taux de remplacement servis par le régime général et le régime complémentaire AGIRC-ARRCO de l'ordre de 15 % à 30 % pour ce type de bénéficiaire, ce dispositif peut satisfaire une vraie préoccupation de ces derniers tout en répondant aux attentes des fonds puisque l'acquisition des droits est soumise à des conditions de performance (soit à titre obligatoire, soit à titre facultatif). Le système n'exige aucun décaissement par le bénéficiaire en phase de constitution des droits certains. En revanche, l'entreprise supporte une contribution de 29,7 % sur les primes versées et la rente est soumise à l'impôt sur le revenu, à prélèvements sociaux et à une contribution spécifique de 7 ou 14 %. La dimension « *rémunération* » de l'avantage ne fait pas de doute puisque la prestation est acquise et que le préfinancement entre les mains de l'organisme assureur peut faire l'objet d'une « *contre-assurance* » permettant à un tiers bénéficiaire de percevoir en capital cet investissement en cas de décès du bénéficiaire principal avant la liquidation de sa pension de vieillesse.

Enfin, les **plans qualifiés d'actions gratuites (AGA)** attribuées à compter des assemblées générales extraordinaires du 1^{er} janvier 2018 avec des conditions de performance subordonnant l'octroi des ac-

tions à la réalisation d'objectifs, permettent d'aligner les intérêts des parties dans un cadre fiscal et social de faveur.

En effet, l'entreprise supporte une contribution patronale de 20 % (contre 30 % pour les traditionnels « *stock-options* »), et les gains des bénéficiaires sont fiscalisés uniquement au moment de la cession des actions gratuites :

- la plus-value d'acquisition est soumise à CSG-CRDS à hauteur de 17,2 % et à l'impôt sur le revenu après un abattement de 50 % pour la fraction du gain inférieure à 300 000 € et intégralement au-delà (la fraction supérieure à 300 000 € supporte également une contribution salariale spécifique de 10 % mais la CSG-CRDS au taux réduit de 9,7 %) ;

- la plus-value de cession au prélèvement forfaitaire unique de 30 %, sauf option pour le barème progressif.

La limite réside dans le fait qu'une société de dirigeant ou « *manco* », en tant que personne morale, ne peut pas être le bénéficiaire des AGA qui doivent donc être émises au sein même de la société sous *Leveraged buy-out* (LBO ou rachat avec effet de levier) ou de la société de dirigeant (*manco*) ; mais dans ce dernier cas l'ensemble des conditions nécessaires à l'émission des AGA peut ne pas être remplies. Par ailleurs, dans la mesure où celles-ci sont gratuites, certains redouteront une forme de désalignement de l'intérêt du fond par rapport à celui des *managers*. Afin de pallier cet inconvénient, les AGA peuvent être couplées avec d'autres mécanismes payants par lesquels les *managers* prennent un risque financier.

Frank WISMER,
avocat associé, cabinet Avanty
et Julie SERRIER,
avocat, cabinet Avanty

MOTS-CLÉS : *Cotisations et contributions sociales - Assiette - Traitements et salaires - Gains de management package - Contrepartie de fonctions de dirigeant ou de salarié - Gain imposable en tant que traitement et salaire*

TEXTES : CGI, art. 79 et 82. – C. com., art. L. 225-177 à L. 225-186

JURISCLASSEUR : *Protection sociale Traité, fasc. 640-38, par Laurence Chrébor. – Fiscal Impôts directs Traité, fasc. 401, par Christian Louit et Manuel Chastagnaret*