

2.2

Management packages : conséquences de l'interposition d'une société de personnes non soumise à l'IS sur la requalification d'une plus-value sur titres en traitement et salaires

CE, 27 juin 2019, n° 420262 et n° 420382, concl. A. Iljic,
comm. R. Poirier

Le Conseil d'État juge que les plus-values réalisées par une société de personnes non soumise à l'IS exerçant une activité d'acquisition et de gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières et de droits sociaux dans laquelle une personne physique soumise à l'impôt sur le revenu détient une participation sont soumises au régime des plus-values des particuliers à concurrence des droits que celle-ci détient avec les membres de son foyer fiscal dans cette société.

Dès lors que l'administration fiscale n'entend pas écarter, sur le fondement de l'abus de droit, une telle société civile comme étant fictive ou comme ayant été créée dans le seul but d'éluder l'impôt, elle ne peut soutenir qu'une fraction de la plus-value réalisée par cette société lors de la cession de titres d'une société constituée par les managers d'un groupe doit s'analyser comme la rémunération de l'activité salariée de l'un de ces managers, associé de la société civile.

Décisions

CE, 10^e et 9^e ch., 27 juin 2019, n° 420262, Hémerly
Rapp. : Mme Thomas - **Rapp. public** : Mme Iljic - **Av.** : SCP
Baraduc, Duhamel, Rameix
Fichage : Inédit au recueil Lebon

Vu la procédure suivante :

M. et Mme Hémerly ont demandé au tribunal administratif de Montreuil de prononcer la décharge des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu et de contributions sociales auxquelles ils ont été assujettis au titre de l'année 2008 et des pénalités correspondantes. Par un jugement n° 1500571 du 31 mars 2016, le tribunal administratif de Montreuil a rejeté leur demande.

Par un arrêt n° 16VE02414 du 6 mars 2018, la cour

administrative d'appel de Versailles a, sur appel de M. et Mme Hémerly, annulé le jugement du tribunal administratif de Montreuil et prononcé la décharge des impositions en litige.

Par un pourvoi et un mémoire en réplique, enregistrés les 30 avril 2018 et 14 janvier 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, le ministre de l'action et des comptes publics demande au Conseil d'État d'annuler les articles 1^{er}, 2 et 3 de cet arrêt.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code général des impôts et le livre des procédures fiscales ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Christelle Thomas, maître des requêtes en service extraordinaire,
- les conclusions de Mme Anne Ilijic, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Baraduc, Duhamel, Rameix, avocat de M. et Mme B...A...;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond qu'à la faveur du rachat du groupe Editis en 2004, suivi de sa cession au groupe Planeta en 2008, le groupe Wendel a mis en place des instruments juridiques et financiers visant à associer à cette opération certains de ses cadres dirigeants réunis au capital de la société Compagnie de l'Odyssée (CDO). M. Hémerly, directeur fiscal et membre du comité opérationnel du groupe Wendel a, dans ce cadre, acquis des actions de préférence de la société CDO qu'il a cédées, à leur prix d'achat, le 18 décembre 2007, à la société civile Marin des Tilleuls, société soumise au régime fiscal des sociétés de personnes, qu'il avait constituée avec son épouse le 26 mars précédent. Cette société a, le 20 mai 2008, cédé ses actions de la société CDO à la société Ofilux Finance. M. et Mme Hémerly ont reporté la plus-value correspondante sur leur déclaration de revenus de l'année 2008. Par une proposition de rectification en date du 6 décembre 2011, l'administration fiscale a estimé qu'une fraction du gain résultant de la cession de ces titres, à hauteur de 63,54 %, ne relevait pas du régime des plus-values de cession de valeurs mobilières des particuliers, mais était constitutive d'un complément de rémunération, dès lors qu'elle résultait, dans cette proportion, de l'avantage consenti à M. Hémerly au titre du mécanisme d'intéressement mis en place au profit des cadres du groupe Wendel. Le ministre de l'action et des comptes publics se pourvoit en cassation contre l'arrêt de la cour administrative d'appel de Versailles du 6 mars 2018 qui a prononcé la décharge des impositions supplémentaires et pénalités résultant de cette requalification, auxquelles M. et Mme Hémerly ont été assujettis au titre de l'année 2008.

2. L'article 8 du code général des impôts dispose que : « *Sous réserve des dispositions de l'article 6, les associés des sociétés en nom collectif et les commandités des sociétés en commandite simple sont, lorsque ces sociétés n'ont pas opté pour le régime fiscal des sociétés de capitaux, personnellement soumis à l'impôt sur le revenu pour la part de bénéfices sociaux correspondant à leurs droits dans la société. (...) / Il en est de même, sous les mêmes conditions : / 1° Des membres des sociétés civiles qui ne revêtent pas, en droit ou en fait, l'une des formes de sociétés visées à l'article 206 1 et qui, sous réserve des exceptions prévues à l'article 239 ter, ne se livrent pas à une exploitation ou à des opérations visées aux articles 34 et 35 (...)* ». En vertu de l'article 238 bis K du même code : « *1. Lorsque des droits dans une société ou un groupement mentionnés aux articles 8, 8 quinquies, 239 quater, 239 quater B, 239 quater C ou 239 quater D sont inscrits à l'actif d'une personne morale passible de l'impôt sur les sociétés dans*

les conditions de droit commun ou d'une entreprise industrielle, commerciale, artisanale ou agricole imposable à l'impôt sur le revenu de plein droit selon un régime de bénéficiaire réel, la part de bénéfice correspondant à ces droits est déterminée selon les règles applicables au bénéfice réalisé par la personne ou l'entreprise qui détient ces droits. / (...) II. Dans tous les autres cas, la part de bénéfice ainsi que les profits résultant de la cession des droits sociaux sont déterminés et imposés en tenant compte de la nature de l'activité et du montant des recettes de la société ou du groupement ». Aux termes de l'article 150-0 A du même code dans sa rédaction applicable au litige : « *1-1. Sous réserve des dispositions propres aux bénéfices industriels et commerciaux, aux bénéfices non commerciaux et aux bénéfices agricoles ainsi que des articles 150 UB et 150 UC, les gains nets retirés des cessions à titre onéreux, effectuées directement ou par personne interposée, de valeurs mobilières, de droits sociaux, de titres mentionnés au 1° de l'article 118 et aux 6° et 7° de l'article 120, 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, 20 000 euros pour l'imposition des revenus de l'année 2007 et 25 000 euros pour l'imposition des revenus de l'année 2008. (...)* ».

3. Il résulte de ces dispositions que les plus-values réalisées par une société de personnes exerçant une activité d'acquisition et de gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières et de droits sociaux dans laquelle une personne physique soumise à l'impôt sur le revenu détient une participation sont soumises au régime des plus-values des particuliers à concurrence des droits que celle-ci détient avec les membres de son foyer fiscal dans cette société.

4. En premier lieu, en relevant que, dès lors que l'administration fiscale n'avait pas entendu écarter, sur le fondement de l'abus de droit, la société civile Marin des Tilleuls comme étant fictive ou comme ayant été créée dans le seul but d'éluider l'impôt, le ministre de l'action et des comptes publics ne pouvait soutenir qu'une fraction de la plus-value réalisée par cette société devait s'analyser comme la rémunération de l'activité salariée de M. Hémerly au sein du groupe Wendel, la cour n'a pas commis d'erreur de droit.

5. En second lieu, il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la plus-value litigieuse a été réalisée à l'occasion de la cession le 20 mai 2008 des titres de la société CDO par la société civile Marin des Tilleuls. S'il n'est pas contesté que M. et Mme Hémerly ont disposé de cette plus-value en tant qu'uniques associés de la société Marin des Tilleuls, la cour administrative d'appel de Versailles n'a pas entaché son arrêt d'inexacte qualification juridique des faits en jugeant que la plus-value réalisée par la société civile Marin des Tilleuls l'a été à raison du droit de propriété qu'elle détenait sur les actions cédées et que l'administration fiscale ne pouvait légalement requalifier une fraction de cette plus-value en traitements et salaires au motif que la société Marin des Tilleuls n'aurait été qu'un «véhicule d'encaissement» de la rémunération de M. Hémerly.

6. Il résulte de tout ce qui précède que le ministre n'est pas fondé à demander l'annulation des articles 1^{er}, 2 et 3 de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Versailles qu'il attaque.

7. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'État la somme de 3 000 euros à verser à M. et Mme Hémerly au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

DECIDE :

Article 1^{er} : Le pourvoi du ministre de l'action et des comptes publics est rejeté.

Article 2 : L'État versera à M. et Mme Hémerly une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée au ministre de l'action et des comptes publics et à M. et Mme Hémerly.

CE, 10^e et 9^e ch., 27 juin 2019, n° 420382, Dutreil (non reproduit)

Rapp. : Mme Thomas - **Rapp. public :** Mme Iljic – **Av. :** SCP Célice, Soltner, Texidor, Perier

Fichage : Inédit au recueil Lebon

Conclusions



Anne ILJIC,
Rapporteur publique

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

2. Le contexte de l'affaire est le suivant.

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

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

calculée en fonction de la prise de valeur de la société CDO depuis sa création.

Or, grâce à un apport de 4 M € de la part de la société Oflux, la société a acquis auprès de cette dernière 125 000 actions de la société Odyssée 3, qui détenait elle-même près de la moitié du groupe Editis via la société Odyssée Holding - les sociétés Odyssée 3 et Odyssée Holding étant elles-mêmes détenues par Wendel - de sorte que ses titres ont été fortement valorisés. Et quelques jours avant la cession du groupe Editis au groupe espagnol Planeta, c'est-à-dire avant même leur conversion automatique en actions ordinaires, les actions de préférence de la société CDO ont toutes été rachetées par Oflux finance au prix unitaire de 642 €. Elles ont été converties en actions ordinaires quelques jours plus tard, selon une parité d'échange d'une action de préférence pour 14 actions ordinaires.

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

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

4. La cour est partie de l'idée, exprimée aux points 2 des arrêts attaqués, que les revenus qu'une personne physique tire d'une société civile qu'elle détient « sont calculés en faisant application des règles propres à la catégorie de bénéficiaires ou de revenus relative à l'activité de la société ». C'est en effet ce qui résulte du II de l'article 238 bis K du code général des impôts, qui prévoit que lorsque des droits dans une société mentionnée à l'article 8 de ce code ne sont pas inscrits à l'actif d'une personne morale dans les conditions prévues au I de cet article, « la part de bénéficiaires ainsi que les profits résultant de la cession des droits sociaux sont déterminés et imposés en tenant compte de la nature de l'activité et du montant des recettes de la société ou du groupement » (en ce sens CE, 11 juill. 1984, n° 45550, Barraud : RJF 10/84 n° 1150). L'article 60 du code général des impôts dispose pour sa part que « Le bénéfice des sociétés visées à l'article 8 est déterminé, dans tous les cas, dans les conditions prévues pour les exploitants individuels » (1^{er} alinéa). Et en vertu de l'article 150-0-A du code général des impôts, les gains de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux réalisés par des sociétés civiles de gestion de portefeuille, telles que les sociétés Marin des Tilleuls et Harcelor, doivent être imposés selon le régime prévu à cet article. C'est d'ailleurs ce qui ressort de la doctrine fiscale elle-même (BOI-RPPM-PVBMI-10-30-10, 20 mars 2015, § 30). Il est vrai que les associés de sociétés de personnes sont soumis personnellement à l'impôt pour la part des bénéficiaires sociaux correspondant à leurs droits dans ces sociétés, mais ces dernières disposent d'une personnalité propre, distincte de celle de leurs associés, ce qui leur vaut le qualificatif de sociétés translucides.

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

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

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

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

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

ce qui recouvre l'interprétation de contrats qui ne sont pas regardés comme fictifs par l'administration ne relève pas de la procédure d'abus de droit.

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

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

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

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

Par ces motifs nous concluons au rejet des pourvois et à ce que l'État verse aux requérants, sous chacun des deux numéros, une somme de 3000 euros au titre des frais de procédure.

A. ILJIC ■

Commentaire



Roland POIRIER,
Avocat à la Cour, Lussan société d'avocats

1. C'est à notre connaissance la première décision rendue par le Conseil d'État dans la vaste affaire *Wendel* qui a donné lieu en 2018 à plusieurs arrêts des cours administratives d'appel de Versailles² et de Paris³, suivis cette année de deux nouvelles salves de décisions⁴, la Haute juridiction n'ayant eu à connaître

jusqu'ici que de sujets de procédure⁵. Ces dossiers posent de nombreuses questions de droit, dont nous retiendrons ici seulement celles qui sont venues devant le Conseil d'État.

Avec le présent arrêt *Hémerly* rendu en faveur de l'ancien directeur fiscal du groupe, un juriste très perspicace comme nous allons le découvrir, l'affaire *Wendel* offre un éclairage intéressant sur les conséquences de l'interposition d'une société de personnes non soumise à l'IS sur la requalification d'une plus-value de cession de valeurs mobilières en traitement et salaires.

2. Le contribuable avait réalisé une plus-value de cession d'actions de préférence la Compagnie de l'Odysée (CDO) par le truchement d'une société civile Marin des Tilleuls (MDT). Ces actions avaient été obtenues dans le cadre d'un « management package » mis en place pour les cadres du groupe *Wendel* concernant sa participation dans le groupe *Editis*. Le contribuable avait formé cette société avec son épouse et lui

2 CAA Versailles, 6 févr. 2018, n° 16VE0414, Hémerly.

3 CAA Paris, 12 avr. 2018, n° 16PA01813, Bacquaert, n° 16PA00861, S., n° 16PA01157, Gautier.

4 CAA Paris, 14 févr. 2019, n° 16PA03172, Lamy, n° 16PA03176, Desclèves, et n° 16PA02994, Ropert, concl. O. Lemaire : IP 1-2019, n° 2, § 9. - CAA Paris, 27 juin 2019, n° 16PA02872, Jarcsek et n° 16PA03245, Min. c/ Jarcsek, n° 16PA02888, S. et n° 16PA03266, Min. c/ S., n° 16PA03027, Min. c/ Dupuis, concl. O. Lemaire : IP 3-2019, n° 2, § XX.

5 CE, QPC, 8 févr. 2019, n° 423020 : RJF 2019, C 470 et CE, QPC, 22 sept. 2017, n° 412408 : RJF 12/17 n° 1226 et CE, QPC, 12 oct. 2016, n° 401659 et 401663.

avait revendu les actions de préférence CDO à prix coûtant peu de temps après les avoir acquises. On notera, car c'est important pour la suite de l'exposé, que MDT n'a pas opté pour être assujettie à l'IS et que la plus-value en cause a été réalisée par MDT lors de la revente des actions CDO et non lors de l'apport.

À la suite du contrôle, la discussion a porté de manière classique sur l'existence d'un risque d'investisseur, contrepartie des chances de gain existant en cas de vente du groupe Editis. Devant le tribunal administratif, le contribuable a échoué à démontrer que la plus-value qui trouvait son origine dans le plan d'intéressement rémunérait seulement l'accroissement de valeur des titres. L'administration a convaincu le juge que l'absence de risque en capital conduisait à rattacher la plus-value à la catégorie des traitements et salaires. On attendait donc que la cour administrative d'appel se prononce à son tour sur l'existence du risque en débat.

Mais, écartant l'examen des moyens avancés par le contribuable pour le convaincre de l'existence d'un aléa, le juge a prononcé la décharge sur un tout autre fondement⁶. Dans un considérant très ferme, la cour de Versailles juge que la société MDT n'étant pas salariée, l'administration n'était pas fondée à requalifier la plus-value en salaire. En tout état de cause, l'administration ayant écarté elle-même la qualification d'abus de droit, elle ne pouvait pas considérer que la plus-value avait été réalisée par les contribuables, ce qui rendait impossible la requalification en salaire. Au demeurant, c'est par une combinaison d'articles d'application impérative (art. 8, 60, 238 bis K, 150-0 A du CGI) que l'imposition des associés sur leur quote-part du résultat social est déterminée ; ils ne peuvent donc pas être regardés l'appréhender fiscalement comme dans une société transparente.

En confirmant la décision, le Conseil d'État nous conduit à nous interroger sur les conséquences de l'interposition d'une société en matière de requalification de plus-value en salaire et aux éventuelles critiques sur le terrain de l'abus de droit.

I. Les plus-values réalisées par une société translucide ne peuvent pas être requalifiées en salaire

A. L'interposition d'une société translucide fait échec à la requalification en salaire de la plus-value réalisée par cette société

3. La situation visée est celle où la plus-value est réalisée par une société interposée. Bien entendu, l'administration aurait été en droit de requalifier la plus-value en salaire, à supposer les faits établis, si la plus-value avait été réalisée directement par le contribuable lors du transfert des titres (V. § 11).

6 CAA Versailles, 6 févr. 2018, n° 16VE0414, Hémerly.

S'agissant de la possibilité de requalifier la plus-value, le Conseil d'État souligne d'abord que le régime d'imposition des associés personnes physiques sur des gains de cession de valeurs mobilières découle des articles 8, 238 bis K et 150-0 A en cas d'interposition d'une société translucide, ce dont il résulte que la qualification juridique du gain est nécessairement celle d'une plus-value de particulier sans qu'il soit possible de soutenir qu'il rémunère une activité salariée.

La rapporteure publique Anne Iljic avait bien souligné qu'il est impossible de requalifier les plus-values en salaire, les sociétés civiles ne pouvant « *par hypothèse* » pas recevoir des traitements et salaires. Nous préférons l'expression « *par nature* » présente notamment dans la décision *Bacquaert* de la Cour de Paris⁷. Cet arrêt a apporté une solution identique à celle de la Cour de Versailles à propos du gain réalisé lors de l'apport de titres à une société assujettie à l'IS par une société de personnes relevant de l'article 8 du CGI. Ce gain reste taxable selon le régime prévu à l'article 150-0 A du CGI au nom des associés personnes physiques car, explique le rapporteur public Olivier Lemaire « *vous ne pourriez pas taxer ce gain en traitements et salaires sans remise en cause de l'interposition de la société de personnes. Cette société ne peut pas elle-même percevoir des gains ayant la nature de traitements et salaires* ». Peu importe que « *M. Bacquaert, qui contrôlait et dirigeait celle-ci, exerçait lui-même une activité salariée au sein de la société WI ; qu'à cet égard, le ministre ne saurait, sauf à confondre, à tort, l'activité de la société et celle de son associé, se prévaloir de "l'activité réelle" de la société (...) alors que l'administration n'a pas considéré que cette société présentait un caractère fictif ou sa création correspondait à un but exclusivement fiscal* »⁸. Olivier Lemaire ajoute une remarque intéressante à l'appui de l'impossibilité de requalifier le gain en salaire en cas d'interposition d'une société civile : « *si vous deviez taxer ce gain dans la catégorie des traitements et salaires, vous devriez le faire pour tous les associés de la société de personnes par laquelle il a transité. Dans nos dossiers, les sociétés relevant de l'article 8 sont aussi détenues en partie par les conjoints des managers. Or, il est bien sûr inconcevable que ces conjoints, qui ne sont pas des salariés du groupe Wendel, puissent être taxés dans la catégorie des traitements et salaires au titre de leur quote-part de résultats de ces sociétés* ».

La solution apportée par l'arrêt *Hémery* du Conseil d'État valide par ricochet les nombreuses autres décisions rendues par la Cour administrative d'appel de Paris dans d'autres dossiers où le même schéma de cession des actions CDO à une société de personnes relevant de l'article 8 du CGI a été suivi⁹. Dans la mesure où le gain est resté imposable entre les mains des associés selon le régime des plus-values des particuliers (art. 150-0 A du CGI) et que l'administration n'a pas remis en cause le schéma, il ne peut pas être requalifié en complément de salaire.

4. Ce n'est pas la première fois que le Conseil d'État se penche sur les conséquences de l'interposition d'une société

7 CAA Paris, 12 avr. 2018, n° 16PA01813, Bacquaert.

8 *Idem*, pt 40.

9 V. not. CAA Paris, 14 févr. 2019, n° 16PA03172, Lamy, n° 16PA03176, Desclèves, et n° 16PA02994, Ropert, préc. - CAA Paris, 27 juin 2019, n° 16PA03027, Min. c/ Dupuis, préc.

de personnes sur la qualification d'un revenu. Il a par exemple considéré qu'une telle interposition fait échec à la qualification en revenu distribué, en vertu de l'article 111, a du CGI, des avances consenties par une société soumise à l'IS à une société civile immobilière dont l'associé était également celui de la première société, sauf à établir que la société civile en cause n'a fait que s'interposer entre la société créancière et le contribuable, bénéficiaire réel de la distribution¹⁰.

La décision du Conseil d'État n'est pas surprenante, mais elle a le mérite de rappeler que la nature juridique des revenus que perçoit une société de personnes, même relevant de l'article 8 du CGI, ne peut être appréciée en faisant abstraction de sa personnalité morale.

B. L'administration a soutenu que le contribuable avait disposé de la plus-value

5. L'administration est en droit de requalifier un acte passé par un contribuable pour lui restituer sa véritable nature juridique. Consciente du risque d'échec d'une tentative de requalification sur le terrain de l'abus de droit (V. § 6). L'administration avait soutenu, assez confusément semble-t-il, que le contribuable s'était dépossédé à prix coûtant de la plus-value future au bénéfice de la société civile et que cet « acte de disposition » conduisait à l'imposer comme s'il avait réalisé le gain lui-même. L'objectif était de ramener l'analyse de ce gain au niveau du contribuable où la requalification en salaire semblait plus aisée que dans la société civile. Mais, dans la mesure où les conjoints Hémerly avaient procédé à la vente de leurs titres CDO à la société civile à prix coûtant et qu'il n'était pas contesté que ce prix correspondait à la valeur vénale, on ne voit pas comment le contribuable pouvait être regardé avoir abandonné par avance à MDT le bénéfice du gain qui ne serait réalisé que cinq mois plus tard lors de la revente des titres CDO. La confusion volontaire de l'administration sur l'identité du bénéficiaire du gain, que l'on retrouve dans différents dossiers *Wendel*, a été sévèrement critiquée par les rapporteurs publics¹¹.

On se dit que, peut-être, l'administration a voulu tenter une analogie avec le raisonnement suivi en matière d'apport-cession lorsque le contribuable reste libre d'appréhender le produit de la cession des titres apportés comme s'il les avait cédés lui-même¹² ? La démonstration du caractère artificiel du montage passe en effet parfois par le pouvoir de disposer des fonds (« *M. et Mme C. étaient les seuls associés de la société *** et que M.C. en était le dirigeant ; qu'ils pouvaient, en cette qualité, librement disposer des titres de la société WI [...] et décider de les céder afin de percevoir les liquidités correspondantes ; qu'ils doivent, dès lors, être regardés comme ayant, grâce à l'interposition de la société **, pu appréhender effectivement les liquidités obtenues lors de la cession des titres [...] »* »)¹³. Toutefois, si l'argument de la libre disposition est pertinent lorsque la procédure d'abus de droit est engagée,

il ne semble pas avoir sa place pour déterminer si la qualification donnée à un acte traduit sa vraie nature juridique (V. § 9).

Le Conseil d'État confirme donc logiquement que le pouvoir des associés de la société civile de disposer de la plus-value est sans incidence sur l'existence d'une plus-value, dont la nature juridique est dictée par la qualité de propriétaire des titres de la société.

II. L'administration ne s'est pas placée sur le terrain de l'abus de droit

6. Si l'administration ne s'est pas placée sur le terrain de l'abus de droit (art. L 64 du LPF), c'est vraisemblablement parce qu'elle a considéré n'avoir pas les moyens d'apporter la preuve d'un abus. On sait que cette procédure est plus contraignante parce qu'elle impose à l'administration de démontrer que l'acte incriminé a favorablement modifié la situation fiscale du contribuable, qu'il répondait à des préoccupations exclusivement fiscales, et que l'avantage obtenu est contraire aux objectifs poursuivis par le législateur fiscal à la faveur d'une interprétation littérale des textes.

A. La vente des titres CDO à MDT n'a pas modifié la situation fiscale du contribuable

7. Il incombe d'abord au juge de l'impôt de vérifier si les actes en cause ont été inspirés par un but exclusivement fiscal, ce qui suppose un traitement fiscal plus avantageux (« *même lorsque le contribuable conclut un contrat dans l'unique but d'atténuer ses charges fiscales, celui-ci ne peut pas constituer un abus de droit au sens des dispositions précitées lorsque la charge fiscale de l'intéressé ne se trouve en réalité pas modifiée par cet acte* »)¹⁴.

L'administration pouvait difficilement s'aventurer sur ce terrain dans la mesure où la vente des titres CDO par MDT n'a nullement atténué la charge fiscale du contribuable. Nous sommes à l'opposé de la situation où le montage modifie favorablement la situation du contribuable, comme par exemple lorsque la société interposée dénuée de substance économique permet à l'actionnaire de bénéficier du régime des sociétés mères à raison des intérêts perçus qui auraient été imposés au taux normal s'ils avaient été versés directement à l'actionnaire plutôt que sous forme de dividendes¹⁵.

Il nous semble que l'analyse ne serait pas différente sous l'empire du nouvel article L. 64 A du LPF issu de la loi n° 2018-1317 du 28 décembre 2018¹⁶ qui nécessite de rechercher l'existence d'un motif principalement plutôt qu'exclusivement fiscal.

10 CE, 10 juill., 2012, n° 324266, Salesse : RJF 11/12 n°1013. - V. les conclusions de Claire Legras au point 3.1 sur l'affinement de la jurisprudence.

11 V. par ex. O. Lemaire, concl. pt 51, ss CAA Paris, 27 juin 2019, n° 16PA03027.

12 Pour en exemple récent, CE, 10 juill. 2019, n° 411474 : IP 3-2019, n° 6, § XX.

13 CAA Paris, 12 avr. 2018, n° 16PA1813 et n° 16PA01157, *Wendel*, pt 41.

14 CE, 5 mars 2007, n° 284457, *Selarl Pharmacie des Chalonges* : RJF 2007 n° 600.

15 CE, 11 mai 2015, n° 365564, *SA Natexis banques populaires* : RJF 8-9/15 n° 718.

16 V. IP 1-2019, n° 6, § 9.

B. Le contribuable ne pouvait poursuivre un but exclusivement fiscal dans la mesure où la requalification en salaire n'était qu'éventuelle

8. Dans ces conditions, on est un peu perplexe en lisant dans l'arrêt du Conseil d'État qu'il s'entend sous réserve du cas d'abus de droit. Nous ne voyons pas dans quel cas l'interposition de MDT pouvait être critiquée sur le fondement de l'abus de droit puisque, on l'a vu, l'interposition de la société n'a pas permis au contribuable d'atténuer ou d'éluider sa charge fiscale.

Pouvait-on néanmoins reprocher au contribuable d'avoir transféré ses titres à la société dans le seul but d'échapper au risque de requalification grâce à cet écran ? Pour cela, il faudrait imaginer que la réalisation d'un gain était quasi certaine¹⁷ et que la requalification en salaire était inéluctable. Cette hypothèse relève de la pure spéculation. À l'époque de la vente des actions CDO à MDT, la vente d'Editis était encore éventuelle, mais surtout le risque de requalification d'une plus-value en salaire était purement théorique. À supposer même que l'administration ait soupçonné que le transfert des titres à MDT n'était pas étranger à la volonté du contribuable de se prémunir contre les conséquences d'un contrôle fiscal pouvant déboucher sur une requalification, cela ne vaut pas preuve que l'opération avait pour but d'éviter l'imposition qu'il aurait normalement dû supporter. La requalification éventuelle dépendait de l'analyse des faits qui serait faite en cas de contrôle, et, comme le montre le pourvoi de l'administration dans l'affaire *Hémery*, le doute pouvait exister jusqu'à l'arrêt du 17 juin 2019.

C. La société civile MDT ne constituait pas un montage purement artificiel

9. Dans l'analyse des motivations d'une opération, un élément de nature à établir l'existence d'un motif exclusivement fiscal est l'identification d'un « montage purement artificiel ». L'existence d'un « montage » n'est donc pas, à elle seule, caractéristique d'un abus de droit : il dépend de sa substance économique et juridique qu'il soit constitutif d'un abus de droit¹⁸. Ici, la situation, très ordinaire, était celle d'une société civile constituée entre époux pour gérer les sommes importantes qui devaient découler de la vente des actions CDO dans un but patrimonial. Aussi anodin qu'il puisse paraître, ce type de situation peut parfois être critiqué sur le fondement de l'abus de droit. Ainsi par exemple, la Cour administrative d'appel de Paris a observé dans une autre décision *Wendel*¹⁹ que « la société *** qui a pour objet la détention et la gestion de

participations ne disposait pas de local d'exploitation, n'employait aucun salarié et n'avait déclaré que des produits financiers ; qu'elle avait une activité de gestion patrimoniale [...] que la société qui détient moins de 1% du capital de la société WI ne lui rend aucun service ni n'intervient dans sa gestion et qu'elle se limite à une activité de gestion purement patrimoniale des titres de cette société [...] » pour apprécier son degré de substance. Toutefois, si la Cour de Paris s'est livrée à cette analyse pour en déduire que l'activité sociale avait un caractère purement patrimonial, c'est parce que les titres avaient été apportés en sursis d'imposition à la société civile qui était assujettie à l'IS et que le produit de la revente des titres apportés n'avait pas été réinvesti dans une activité économique. La constatation de l'absence de substance économique de la société venait à l'appui de la démonstration globale que le montage était artificiel.

Dans l'affaire *Hémery*, nul réinvestissement dans une activité économique ne conditionnait le régime fiscal applicable à la plus-value. On voit mal en quoi le caractère purement patrimonial de la société civile qui ne retranchait rien au risque inhérent à la qualité d'actionnaire de CDO subsistant au travers de MDT aurait pu être reproché aux contribuables. Le Conseil d'État a par exemple écarté l'abus de droit dans une affaire de vente de titres à une société civile à laquelle la société émettrice les avait rachetés quatre ans plus tard, opération qualifiée de portage par l'administration, dès lors que les opérations incriminées entraient dans l'objet social de la société, et ce même si cette interposition avait procuré un avantage fiscal aux intéressés²⁰.

D. À supposer le motif exclusivement fiscal établi, il aurait fallu démontrer qu'il était contraire aux objectifs du législateur

10. L'abus de droit suppose enfin de démontrer qu'en passant l'acte, s'il n'est pas fictif, les contribuables ont recherché le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs.

L'administration aurait été bien en peine de démontrer que le contribuable a fait une application littérale des textes contraire aux intentions du législateur puisque l'application des articles 8 et 238 bis K, II a permis d'imposer la plus-value selon les modalités de l'article 150-O A, ce qui est la finalité de la translucidité fiscale voulue, nous semble-t-il, par le législateur.

Pour terminer sur ce point, la réserve du cas d'abus de droit figurant dans la décision du Conseil d'État ne semble pas s'adresser à MDT mais plutôt réserver le cas de situations exceptionnelles d'interposition de sociétés civiles non soumises à l'IS qui procurent un avantage fiscal au contribuable²¹.

17 Par exemple, le Conseil d'État a refusé d'admettre un pourvoi contre l'arrêt qui a analysé comme un complément de rémunération le gain d'un dirigeant qui s'était engagé à céder ses actions à un prix déterminé avant même qu'elles ne lui soient cédées (CE (na), 21 févr. 2018, n° 405679 : RJF 5/18 n° 486).

18 Cf. L. Vallée, concl. ss CE, 28 févr. 2007, n° 284565, Min c/ Persicot : RJF 5/07 n° 599.

19 CAA Paris, 12 avr. 2018, n° 16PA01157, pt 42.

20 CE, 28 févr. 2007, n° 284565, Persicot, préc.

21 Par ex. un mécanisme artificiel de portage passant par une société civile permettant à l'associé de bénéficier indûment d'un abattement pour durée de détention à l'encontre d'une doctrine administrative (CAA Paris, ch. réunies, 20 déc. 2018, n° 17PA00747, Charbit, concl. O. Lemaire : IP 1-2019, n° 1.1).

E. En aurait-il été autrement si la société interposée avait été soumise à l'IS ?

11. La situation est toute autre lorsqu'une plus-value est dérogée à l'occasion d'un apport à une société soumise à l'IS qui est automatiquement placé en sursis ou en report d'imposition en application des articles 150-0 B ou 150-0 B ter du CGI. L'administration, à supposer les conditions réunies, peut remettre en cause l'interposition de la société sur le terrain de l'abus de droit et imposer la plus-value entre les mains du contribuable. À cette occasion, elle est en droit de démontrer que le gain est de nature salariale, imposable dans la catégorie des traitements et salaires. En effet, en ce cas, c'est le contribuable directement qui réalise la plus-value et c'est à son niveau que doit s'apprécier sa qualification fiscale.

Dans l'affaire *Wendel*, la plupart des managers associés au « management package » ont apporté leurs actions à des sociétés civiles dont ils détenaient, directement ou indirectement, l'intégralité des parts avec leurs conjoints, et qui avaient opté pour leur assujettissement à l'IS. L'administration a remis en cause le sursis en considérant que l'interposition de la société civile était un abus de droit dès lors qu'elle n'avait eu d'autre but que le bénéfice du sursis d'imposition par une application littérale de l'article 150-0 B contraire aux buts du législateur. Dans ses conclusions sur les affaires jugées le 12 avril 2018 par la Cour de Paris, le rapporteur public Olivier Lemaire a ainsi souligné que « [...] le service [peut] rectifier une qualification catégorielle après avoir écarté un acte sur le fondement de l'abus de l'article L. 64 du LPF. [...] ce n'est pas parce que le juge considère que l'opération de requalification d'un revenu n'est pas par elle-même constitutive de la mise en œuvre de la procédure de répression des abus de droit que le service ne peut pas recourir à cette procédure pour procéder à une telle requalification. Il peut parfaitement même y être contraint lorsque (...) c'est l'acte à écarter qui conduit à une erreur de qualification du revenu. En l'espèce, toutes apparences d'une plus-value de cession placée en sursis d'imposition ont été donnée à un gain qui, en réalité, correspond à un complément de salaire ». La Cour de Paris a suivi ces conclusions en jugeant qu'après avoir déterminé l'existence d'un gain imposable

entre les mains de l'associé personne physique, en écartant le bénéfice du sursis d'imposition de la plus-value d'apport à une société civile soumise à l'IS sur le fondement de l'abus de droit, l'administration était en droit de déterminer sa catégorie d'imposition, traitements et salaires plutôt que plus-value mobilière²².

La requalification en salaire a également été retenue pour des gains réalisés lors de la vente d'actions de préférence CDO souscrites au travers d'un PEA. La Cour de Paris a considéré que l'opération caractérisait un abus de droit dans la mesure où le contribuable a fait application des textes relatifs au fonctionnement du PEA à l'encontre des objectifs du législateur qui n'a pas entendu l'ouvrir aux « titres donnant lieu à la perception de compléments de salaire » pour exonérer des « gains de nature salariale »²³.

Conclusion

12. La décision *Hémery* vient compléter une jurisprudence du Conseil d'État relative aux management packages encore « parcellaire »²⁴, en renforçant la sécurité juridique des montages non frauduleux utilisant une société civile non soumise à l'IS.

R. POIRIER ■

22 CAA Paris, 12 avr. 2018, n° 16PA01813, préc., pt 38.

23 CAA Paris, 27 juin 2019, n° 16PA03027, Min. c/ Dupuis, préc.

24 E. Cortot-Boucher, concl. pt 6 ss CE, 15 févr. 2019, n° 408867, Lefèvre : IP 1-2019, n° 2, § 5.