

Affaire Wendel : Une extension virale de l'abus de droit, une requalification du gain en salaire sous surveillance.

Dans deux arrêts n° 421441 et n°421444 du 12 février 2020, le Conseil d'Etat revient sur le traitement fiscal du gain réalisé par un dirigeant à l'occasion de la vente des actions CDA qu'il avait acquises dans le cadre d'un management package.

Remise en cause du sursis d'imposition si l'interposition d'une société est exclusivement fiscale indépendamment du réinvestissement économique :

L'une des deux questions de fond posée par l'affaire avait trait au **sursis d'imposition** applicable à la plus-value réalisée par un dirigeant lors de l'apport de ses actions CDA à une société civile. Ce sursis était d'application automatique dès lors que la société civile avait opté pour être assujettie à l'IS. La société civile avait revendu les titres aussitôt après l'apport à la société émettrice. C'est à ce moment que les faits deviennent différents : dans l'affaire 421441, la société civile avait reçu un paiement sous forme de parts de SICAV monétaire ; dans l'affaire 42144, la société civile avait essentiellement reçu des actions Wendel. L'administration a remis en cause le sursis sur le terrain de l'abus de droit dans les deux affaires en considérant que si les conditions littérales de l'article 150-0B étaient remplies (apport à une société soumise à l'IS), l'objectif économique de faciliter les restructurations d'entreprises qu'avait poursuivi le législateur en instaurant le sursis n'était pas satisfait. Le Conseil d'Etat a considéré que le montage étant artificiel l'opération poursuivait un but exclusivement fiscal. Ce qui peut, à la rigueur, se comprendre dans l'affaire 421441 puisque la société civile avait revendu les titres CDA pour un prix payé sous forme de quasi-liquidités sans les réinvestir dans une activité économique et que l'associé pouvait facilement les appréhender, est incompréhensible dans l'affaire 42144 où la société civile a reçu un paiement sous forme de titres d'une société exerçant une réelle activité financière qui constitue un réinvestissement à caractère économique comme l'a reconnu le rapporteur public. La chronologie serrée et parfaitement orchestrée des opérations conduisant à l'apport des titres CDA suivi de leur rachat, et l'absence d'activité de la société civile autre que la détention de l'actif cédé puis de celui reçu en paiement, semblent avoir été fortement influencé la conviction des juges que les contribuables étaient mus par une intention frauduleuse. Sans que les juges aient suffisamment expliqué leur raisonnement - comme l'a regretté le Président O.Fouquet dans son dernier commentaire – il semble que le montage leur a paru **artificiel** parce qu'il ne modifiait pas substantiellement la situation des dirigeants par rapport à celle où ils auraient directement cédé leurs titres CDA. Dans ces conditions le réinvestissement économique effectué dans l'affaire 42144, comme le fait que les sociétés civiles avaient fonctionné conformément à leur objet fut-ce avec des moyens limités mais adaptés à leurs besoins, n'a pas suffi à écarter le reproche d'abus de droit. La décision du Conseil d'Etat dont l'importance est soulignée par sa publication au recueil Lebon semble induire qu'un apport en sursis 150-0B suivi d'une cession peut être artificiel quand bien même le produit de la vente a été réinvesti dans une activité économique (et donc que la société interposée est dotée d'une véritable substance) si le but exclusif poursuivi par le contribuable est la recherche de l'avantage fiscal et non ce réinvestissement. Autrement dit, un apport pourrait être réputé artificiel s'il apparaissait que la cession et le réinvestissement économique aurait pu être effectué sans qu'il soit utile d'interposer une société ou que celle-ci modifie les termes et conditions de la cession-réinvestissement. Pour combattre cette présomption, le contribuable doit démontrer que l'interposition de la société lui a permis de réinvestir dans des conditions qui auraient été différentes sans elle. C'est, nous semble-t-il, faire bon marché de la finalité du sursis d'imposition qui est d'accorder l'avantage fiscal aux opérations qui se traduisent par une continuité d'investissement économique, des titres initialement détenus jusqu'au réinvestissement, sans dégager de liquidités. Peu importe que l'objectif du contribuable en interposant une société ait été de préserver ses ressources afin d'augmenter sa capacité financière de réinvestissement ; au contraire l'objectif de pouvoir réinjecter la plus grande partie du produit de vente dans l'économie ne peut que renforcer l'efficacité des restructurations d'entreprises. A cet égard, il

nous semble indifférent que le réinvestissement se traduise par l'acquisition de titres de sociétés du même groupe, comme dans l'affaire 421444, ou par l'emploi du produit de la vente dans d'autres activités. Enfin, on peine à comprendre la cohérence de la décision avec le dispositif de l'article 150-0B ter du CGI qui préserve le report d'imposition obtenu en cas d'apport à une société contrôlée si le produit de la revente des titres apportés est réinjecté dans certains réinvestissements à caractère économique. On reste donc perplexe devant la décision du Conseil d'Etat quand il juge l'interposition de la société civile « *nécessairement contraire* » à l'objectif légal de faciliter les restructurations d'entreprises de l'article 150-0B quand bien même la société interposée a procédé à un réinvestissement économique.

La requalification du gain en salaire suppose qu'un avantage financier ait été accordé en lien avec le travail:

L'autre question de fond traitée par le Conseil d'Etat a trait à la requalification de la plus-value en salaire. Il a déjà été jugé que cette requalification n'est pas possible lorsque le gain a été réalisé sous forme de plus-value d'apport de titres à une société sauf à ce que l'interposition de cette société ait été remise en cause sur le terrain de l'abus de droit (CE 27.6.2020 n°420262 et n°420382). Le montage ayant été regardé comme abusif et le gain réputé avoir été appréhendé directement par le dirigeant au cas particulier, les juges du fond ont pu se pencher sur sa requalification en salaire. Le rapporteur public Anne Iljic a bien distingué entre, d'une part, le constat que les dirigeants avaient pu réaliser le gain grâce au plan d'intéressement mis en place par l'employeur qui est insuffisant à qualifier le gain de salaire, et d'autre part l'exigence d'un avantage financier pour requalifier le gain en salaire, une simple augmentation de la valeur de l'action liée à la performance de l'entreprise ne pouvant constituer un tel avantage. Les juges du fond se sont attachés à décortiquer l'enchaînement complexe des opérations dont il ressort que la société CDA s'est fortement valorisée du fait qu'elle a pu exercer son option d'achat de titres Wendel au moment le plus favorable au cours de la période d'exercice de l'option (voir les explications données dans l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 12 avril 2018, 5^e ch., n°16PA00930). A cet égard le rapporteur public, après avoir rappelé les conclusions fouillées du rapporteur public O. Lemaire devant la cour administrative d'appel, a relevé qu'une incertitude existait sur le point de savoir si les circonstances dans lesquelles CDA avait pu s'enrichir traduisaient à la volonté du groupe Wendel de leur faire bénéficier les dirigeants d'une plus-value tout en minimisant leur risque, ou exprimaient plutôt la performance économique du titre Wendel. La réponse à cette incertitude est la clé du traitement fiscal du gain en salaire ou en plus-value mobilière. Faute d'avoir éclairé cette question et démontré l'existence de cet avantage, l'arrêt d'appel a été cassé par le Conseil d'Etat et l'affaire renvoyée au fond. En effet le gain réalisé par un salarié en sa qualité d'investisseur capitalistique qui **tient à la performance de l'entreprise** ne constitue pas selon nous un avantage à rattacher à la catégorie des traitements et salaires en l'absence de faveur financière accordée au dirigeant ou salarié par l'employeur ou les actionnaires, tel un partage de plus-value ou un prix d'achat anormalement faible (par exemple, dans l'affaire Guillochet - CE 26.9.2014 n°365573, 3^e et 8^e s-s – l'avantage financier résidait dans le fait que les options d'achat d'actions avaient été données au dirigeant moyennant une indemnité d'immobilisation modique, qui, dans ces conditions, s'était borné à encaisser la plus-value sans avoir couru un risque en capital).

La démonstration de l'existence d'un avantage financier exigée par le Conseil d'Etat contraste avec l'arrêt rendu par la deuxième chambre civile de la cour de cassation le 4 avril 2019 (n°17-24.470) qui a jugé, après plusieurs décisions de cours d'appel, que les bons de souscription d'action acquis par des salariés à des conditions préférentielles constituaient un avantage entrant dans l'assiette des cotisations sociales. La jurisprudence sociale semble ainsi orientée dans le sens que toute plus-value d'acquisition obtenue par différence entre le prix d'exercice et la valeur réelle du titre au moment où le salarié est en droit d'exercer l'option est un salaire même si le bon a été acquis à prix de marché et que le salarié court un risque d'investisseur, dès lors que l'option a été obtenue dans le cadre du travail. L'approche du Conseil d'Etat qui recherche si les conditions financières dans lesquelles le salarié ou dirigeant a pu acquérir ou utiliser l'instrument à l'origine de la plus-value traduisent un avantage ou si le gain trouve seulement son origine dans l'augmentation de la valeur du titre, de nature capitalistique, nous semble plus convaincante. De nouvelles décisions devront clarifier cette distinction.

