

**N° 421441 M. Mangeot de Thiballier**  
**N° 421444 M. et Mme Gautier**

**10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> chambres réunies**

**Séance du 29 janvier 2020**  
**Lecture du 12 février 2020**

## **CONCLUSIONS**

### **Mme Anne ILJIC, rapporteure publique**

Les présents pourvois vont enfin vous conduire à prendre position sur les questions de fond que posent les rectifications notifiées par l'administration fiscale à une petite quinzaine de cadres dirigeants du groupe Wendel, mettant en cause des opérations menées entre 2004 et 2007, à l'occasion de la transformation de cette entreprise familiale à vocation industrielle en société d'investissement, à l'issue desquelles ils se sont trouvés détenir 4,66 % du capital de la société Wendel Investissement (WI).

En juin dernier, vous avez déjà prononcé la cassation des arrêts rendus au sujet de deux de ces dirigeants, pour des motifs relatifs au maniement de la garantie prévue à l'article L. 76 B du livre des procédures fiscales (27 juin 2019, *M. et Mme Lafonta*, n° 421373, à mentionner aux T., RJF 10/19 n° 942 ; 27 juin 2019, *M. et Mme Seillère de Laborde*, n° 421380, RJF 10/19 n° 975). Puis, en décembre, vous avez annulé les arrêts rendus dans neuf autres cas en raison d'une irrégularité de la procédure suivie devant la cour (voyez vos décisions du 20 décembre 2019, n°s 421437, 421438, 421440, 421447, 421452, 421457, 421471, 423020, 423146). Ne restent à examiner que les pourvois introduits par les époux Gautier (n° 421444) et par M. Mangeot de Thiballier (n° 421441).

Au-delà de leur intérêt propre, les décisions que vous rendrez dans ces deux cas seront utiles à la CAA de Paris statuant après cassation dans les affaires que vous lui avez déjà renvoyées. Les questions que vous aborderez ne sont par ailleurs pas sans lien avec celles que vous retrouverez dans d'autres dossiers, relatifs cette fois à l'imposition du gain retiré par les mêmes cadres dirigeants de la cession par Wendel en 2008 du groupe Editis au groupe espagnol Planeta, qui font l'objet de pourvois pendants devant votre Section du contentieux.

\*

Tout commence en 2004, date à laquelle le groupe Wendel est en pleine transformation. La société Wendel Investissement (WI) est une société cotée à l'époque détenue à hauteur de 34,5 % par la société Wendel Participations (WP), elle-même détenue à hauteur 86,5% par la famille Wendel, à travers la société anonyme Société Lorraine de Participations sidérurgiques (SLPS) et à hauteur de 13,5 % par une autre société anonyme, dénommée Solfur. Cette société, dont les titres WP constituent le seul actif, se trouve être une filiale à 100% de WI, de sorte que, par son intermédiaire, WI contrôle indirectement une partie de ses propres parts.

La suppression de cette boucle d'autocontrôle pour aboutir à une structure simplifiée, plus lisible pour le marché, va s'accompagner de la cession aux managers une petite fraction

du capital de la société WI, permettant de les intéresser aux résultats de cette société, sans dilution de l'actionnariat familial.

Le 22 octobre 2004, trois dirigeants du groupe créent la société Compagnie de Solfur, rebaptisée à compter du 28 juillet 2006 Compagnie de l'Audon (CDA), qui servira de véhicule d'investissement aux cadres concernés par ce dispositif. D'autres dirigeants seront ensuite autorisés à entrer au capital de cette société, dans une proportion reflétant leur niveau de responsabilité au sein du groupe.

Le 25 octobre 2004, CDA acquiert auprès de la société Solfur une option d'achat de ses titres WP, pour un prix de 4 M €. L'option, dont l'exercice intégral représente 102 M €, doit être levée entre le 25 octobre 2004 et le 25 octobre 2010. Elle doit permettre d'intéresser les dirigeants au résultat de la société WI via leur participation au capital de la société WP, pour un prix correspondant à la valeur de la société en 2004, diminué des dividendes versés entre la date d'acquisition de l'option et sa date d'exercice.

Mais elle ne sera finalement jamais exercée, puisque le 3 avril 2007, la société WI cède la société Solfur à la société CDA au prix de 78,7 M € et que cette dernière l'absorbe, le même jour, par transmission universelle de patrimoine, entraînant l'extinction de l'option.

Les faits se déroulent alors dans un laps de temps très court.

Le 3 mai 2007, la CDA autorise le transfert de ses parts par ses associés, à l'exception de M. Lafonta dont la situation n'est pas en litige ici, à des sociétés civiles détenues par eux. L'opération prend la forme d'apports consentis par les intéressés, directement ou via une société de personnes interposée, à des sociétés civiles soumises à l'impôt sur les sociétés constituées peu de temps auparavant et qu'ils détiennent seuls ou avec leurs conjoints. Les plus-values d'apport dégagées par ces opérations, correspondant à la différence entre le prix de revient des titres CDA et leur valeur réelle à la date des apports, sont automatiquement placées en sursis d'imposition en application de l'article 150-0-B du code général des impôts alors en vigueur.

Le 29 mai 2007, la société WP rachète ses propres titres auprès de la société CDA en vue d'une réduction de capital non motivée par des pertes. Le prix, fixé à 324,4 M €, est payé par remise de titres WI. Le même jour, la société CDA rachète ses propres titres auprès des sociétés civiles soumises à l'impôt sur les sociétés constituées par ses anciens associés et leur remet en contrepartie des titres de la société WI et/ ou des parts de SICAV monétaires. Ce rachat est effectué à la valeur d'apport des titres.

Enfin, le 3 juin 2007, les sociétés SLPS et WP fusionnent.

A l'issue des opérations, la physionomie du groupe est profondément modifiée : la société WI, est détenue à hauteur de 30,8 % par la société SLPS SA, issue de la fusion entre les sociétés SPSL et WP et intégralement détenue par la famille Wendel, et à hauteur de 4,66 % par les dirigeants du groupe.

C'est aux opérations, nichées au sein de cette réorganisation globale, qui ont permis à ces cadres d'accéder au capital de WI dans des conditions favorables que l'administration s'est intéressée.

Elle a estimé que la création par les contribuables de sociétés civiles soumises à l'impôt sur les sociétés et l'apport à ces dernières des titres de la société CDA avait eu pour seul but, en faisant jouer l'article 150-0-B du code général des impôts contrairement aux objectifs poursuivis par ses auteurs, de les faire échapper à l'imposition qu'ils auraient supportée si CDA leur avait directement racheté ses titres. Elle a écarté ces actes comme entachés de fraude à la loi sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, et imposé les sommes initialement placées en sursis d'imposition à hauteur de 65% en tant que traitements et salaires et de 35% dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers.

Saisi en première instance, le tribunal administratif de Paris a à la fois admis l'existence d'un abus de droit et la clef de répartition retenue par l'administration, mais il a estimé que les sommes imposées dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers devaient suivre le régime des plus-values sur cession sur valeurs mobilières de l'article 150-0-A du code général des impôts, ce qui a donné lieu à des dégrèvements partiels (jugements du 5 janvier 2016, ccl. A. Segretain, commentaire J. Turot « Peut-il être abusif de ne pas dissoudre une société ? », Dr. Fisc 17/16 n° 303). Ce faisant, les premiers juges ont pris acte de la décision n° 2014-404 QPC du 20 juin 2014 par laquelle le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution le 6° de l'article 112 du code général des impôts, dans sa version alors en vigueur, et jugé que les sommes ou valeurs reçues avant le 1er janvier 2014 par les actionnaires ou associés personnes physiques au titre du rachat de leurs actions ou parts sociales par la société émettrice, lorsque ce rachat avait été effectué selon une procédure autorisée par la loi, n'étaient pas considérées comme des revenus distribués et devaient être imposées selon le régime applicable plus-values de cession.

En appel, la cour administrative d'appel de Paris, par ses arrêts du 12 avril 2018 (Dr. Fisc. 23/18 et RJF 10/18 n° 958 avec les conclusions d'O. Lemaire), a quant à elle également retenu l'existence d'un abus de droit. Mais contrairement au service et aux premiers juges, elle a estimé que les sommes litigieuses devaient être intégralement imposées en traitements et salaires dans les cas, qui concernent MM. Gautier et Mangeot Thiballier, dans lesquels les associés avaient directement fait apport de leurs titres de la société CDA aux sociétés civiles soumises à l'impôt sur les sociétés qu'ils avaient constituées. Elle a fait droit à la demande de substitution de base légale présentée par l'administration à la suite d'un moyen d'ordre public communiqué sur ce point aux parties le 8 janvier 2018.

Dans la presque totalité des autres cas, les titres apportés avaient pour partie transité par une autre société interposée, dont l'existence n'avait à aucun moment, contrairement à celle de la société civile bénéficiaire de l'apport, été remise en cause par l'administration. La cour a donc estimé que seule la fraction du gain correspondant à l'apport direct de titres par les associés à la société civile soumise à l'impôt sur les sociétés devait taxée en traitements et salaires, et que le reste des sommes devait suivre le régime des plus-values de cession de l'article 150-0-A. Les conditions dans lesquelles la cour a, dans ces affaires, fait droit à la deuxième demande de substitution de base légale formulée par l'administration sont à l'origine des cassations que vous avez prononcées en décembre dernier.

\*

Par commodité, c'est le pourvoi de M. et Mme Gautier, qui contient le plus grand nombre de moyens, qui servira de trame à nos conclusions, étant entendu que nous vous ferons

part au fil de l'eau des remarques spécifiques que pourrait appeler le cas de M. Mangeot de Thiballier.

Compte tenu de la cassation que nous allons vous inviter à prononcer, nous n'entrerons peut-être pas dans le détail de tous les arguments des parties, mais nous répondrons à l'ensemble des questions que posent les affaires, de manière à éclairer le plus complètement possible le débat.

1. Le tout premier moyen des époux Gautier ne mérite pas que l'on s'y attarde : la lecture de l'arrêt attaqué (points 11 et 12) suffit à se convaincre que la motivation retenue par la cour pour écarter leur moyen tiré de ce que l'administration aurait mis en œuvre un examen contradictoire de leur situation fiscale personnelle et non un simple contrôle sur pièce est suffisante, et les juges d'appel ont manié le bon critère de distinction entre les deux procédures en relevant que n'avait pas été effectué en l'espèce de contrôle de la cohérence globale des revenus déclarés par les contribuables et de leur situation patrimoniale, de leur situation de trésorerie ou de leur train de vie (par exemple 24 octobre 2018, *M. et Mme Jeanneney*, n° 416676 ; RJF 1/19 n° 8 ccl. R. Victor C8).

2. Tout un pan de l'argumentation concerne ensuite le moyen d'ordre public tiré de ce que la totalité du gain aurait dû être imposé en traitements et salaires, communiqué aux parties le 8 janvier 2018 ainsi que la substitution de base légale demandée à titre subsidiaire par l'administration à la suite de la communication de ce moyen, à laquelle la cour a fait droit et dont elle a estimé qu'elle permettait de purger le vice tiré du défaut de communication, sur le fondement de l'article L.76 B du livre des procédures fiscales, du rapport de la banque ABN Amro utilisé initialement par le fisc pour distinguer la quote-part du gain devant être taxé dans la catégorie des traitements et salaires de celle relevant à ses yeux d'une autre catégorie.

2.1. Les requérants contestent d'abord, et une partie de la doctrine avec eux (voyez en particulier J. Turot, « Redressements en quête de motifs. A propos des arrêts de la CAA de Paris dans l'affaire Wendel », *Dr. Fisc* n° 23/18 comm. 295), le caractère d'ordre public du moyen qui leur a été communiqué par la cour, et dénoncent la possibilité de faire droit à une substitution de base légale ou de motifs demandée par l'administration à la suite d'un moyen d'ordre public.

Il est pourtant jugé de longue date qu'une erreur de rattachement catégoriel, qui implique que le fisc ait procédé à l'imposition sur le fondement d'un texte inapplicable, revêt bien le caractère d'un moyen d'ordre public au titre du champ d'application de la loi lorsque le juge ne peut statuer sur les moyens dont il est saisi sans méconnaître lui-même ce champ d'application, pour autant que l'erreur commise ressorte des pièces du dossier (voyez, sur le cadre général, les conclusions d'A. Bernard sur Section 21 mars 1958, *Sieur Delteil*, p. 189 ; et pour des exemples de moyens d'ordre public tirés d'erreurs de rattachement catégoriel : Plénière, 4 novembre 1974, *Sieur X*, n° 91936, ccl. Mme Latournerie : RJF 1/75 n° 20 ; 14 avril 1976, *Ministre c/ Sieur X*, n° 97368, ccl. Fabre : RJF 6/76 n° 276 ; 26 mars 1980, *M. X* ; n° 11223 : RJF 6/80 n° 463 ; 25 juin 1986, *Daninos*, n° 45574, ccl. Ph. Martin, RJF 8-9/86 n° 772 ; 3 mars 1989, *Nicol*, n° 69897 : RJF 5/89 n° 596 ; 22 mars 1991, *Rancilio*, n° 69590 : RJF 5/91 n° 560, ccl. J. Arrighi de Casanova ; 19 décembre 2007, *Coyola*, n° 270934, ccl. C. Landais, RJF 3/08 n° 303). L'irruption du juge dans le débat contentieux se justifie par l'interdiction de méconnaître lui-même le champ d'application des dispositions dont il a pour mission d'assurer le respect.

Evidemment, l'identification et la communication d'un moyen d'ordre public supposent que le juge ait préalablement détecté une erreur d'une gravité telle qu'il ne peut s'abstenir de la relever. Mais ce n'est pas la nature de cette erreur - qu'il s'agisse d'une erreur de droit ou d'une erreur de qualification juridique des faits - qui commande le caractère d'ordre public du moyen. Ce sont les conséquences qu'emporterait son absence de sanction par le juge. Les requérants se méprennent en estimant que le moyen qui leur a été communiqué par la cour n'avait pas le caractère de moyen d'ordre public au motif qu'il procédait d'une erreur de qualification juridique. La supposée insuffisance de motivation de ce moyen d'ordre public ne vous retiendra pas plus, la cour ayant bien précisé que l'erreur de rattachement catégoriel commise par l'administration consistait à n'avoir pas taxé l'intégralité des sommes en litige dans la catégorie des traitements et salaires.

**2.2.** Mais la cour pouvait-elle faire droit à la demande tendant à l'imposition de l'intégralité du gain dans cette catégorie dont le fisc avait assorti à titre subsidiaire sa réponse à ce moyen ?

A vrai dire, le débat sur le point de savoir si était en cause une demande de substitution de motifs ou de substitution de base légale ne nous paraît pas revêtir une portée déterminante à cet égard.

Alors que la première désigne schématiquement la substitution d'un motif à un autre à l'intérieur d'une même base légale, la seconde consiste à rattacher la décision attaquée au texte qui la justifie légalement (voyez Section 27 janvier 1961, *Daunizeau*, AJDA 1961 p. 75 ; Assemblée 8 avril 1987, *Procopio*, AJDA 1987 p. 972 ; R. Odent, *Cours de contentieux administratif : Les cours de droit*, 1970, p. 1925). Mais la frontière entre l'une et l'autre n'est pas si nette qu'il peut y paraître au premier abord : il est en particulier fréquent que lorsque le juge substitue une nouvelle base légale à celle retenue par l'autorité administrative, il procède en réalité aussi à une substitution de motifs, les raisons justifiant l'application d'un texte étant rarement les mêmes que celles qui justifient l'application d'un autre texte.

Les deux techniques servent assurément les intérêts de l'administration puisqu'elles permettent de sauver, dans le prétoire du juge, des décisions pourtant illégales à s'en tenir aux justifications ou à l'assise textuelle qu'elle avait initialement entendu leur donner. On comprend le sentiment de frustration qu'elles peuvent nourrir chez les requérants lorsqu'elles précèdent immédiatement le dénouement d'un litige ayant donné lieu à des échanges fournis entre les parties, mais sur le terrain initialement retenu par l'administration. Elles témoignent profondément de ce que le rôle du juge administratif n'est pas seulement de sanctionner mais aussi, plus largement, de remédier aux illégalités entachant l'ordonnancement juridique.

Leur transposition au plein contentieux fiscal devant le juge administratif peut se réclamer des principes de légalité de l'impôt et d'égalité devant l'impôt, mais également de l'idée selon laquelle l'administration ne peut renoncer au bénéfice de la loi fiscale (27 juillet 1936, *Min. c/ X* : Lebon, p. 871 ; Section, 30 juin 1972, n° 81054 : Dr. fisc. 1972, n° 38, comm. 1365). Elle présente certaines spécificités, le juge de l'impôt ne pouvant procéder d'office ni à l'une ni à l'autre, à la différence du contentieux général dans lequel, s'il ne peut être procédé à une substitution de motifs que sur demande de l'administration (Section, 6 février 2004, *Mme Hallal*, n° 240560, p. 48, ccl. I. de Silva, s'agissant du contentieux de l'excès de pouvoir), le juge est en revanche autorisé à procéder de lui-même à une substitution de base légale (Section, 21 novembre 2003, *Préfet de la Seine-Maritime c/ M. El Bahi*, n° 240267, p. 479, ccl. J.-H Stahl). Les motifs de cette interdiction posée de longue date par

vosre jurisprudence (Section, 21 mars 1975, *Ministre c/ Sieur X*, n° 85496, ccl. Fabre, Dr. Fisc. 1975 n°23, comm. 775 ; RJF 1975 n° 226 ; réaffirmée par Section, 27 septembre 2006, *Janfin*, n° 260050, RJF 12/06 n° 1583, ccl. L. Olléon BDCF 12/06 n° 156, chronique Y. Bénard p. 1083) tiennent principalement à la volonté de ne pas faire peser sur le juge de l'impôt de trop lourdes sujétions en lui demandant d'effectuer un travail d'assiette que l'administration est bien mieux armée que lui pour effectuer (voyez sur cette explication la chronique consacrée par B. Martin-Laprade à la décision de section du 21 mars 1975 à la RJF 5/75 p. 166).

Les conditions de mise en œuvre des deux techniques sont donc largement alignées en contentieux fiscal, puisqu'elles sont toutes deux subordonnées à l'existence d'une demande de l'administration ainsi qu'à la condition, à laquelle nous viendrons dans un instant, de ne priver le contribuable d'aucune garantie procédurale liée au motif ou à la base légale substitués (voyez 1<sup>er</sup> décembre 2004, *Société Vecteur*, n° 259104, n° 259104, RJF 2/05 n° 380, ccl. P. Collin BDCF 2/05 n° 51 ; 20 juin 2007, *Ministre c/ SA Ferrette*, n° 290554, RJF 10/07 n° 1131, T. pp. 788-1040 ; ccl. S. Verclytte BDCF 10/07 n° 113)<sup>1</sup>.

Rien ne nous semble par ailleurs faire obstacle à ce que le juge fasse droit à une substitution de motifs ou de base légale présentée par l'administration à la suite de la communication d'un moyen d'ordre public. Il est vrai qu'une telle séquence apparaît de prime abord comme un contournement de l'interdiction faite au juge d'y procéder d'office en suscitant une demande de la part de l'administration. Mais comme nous l'avons dit cette dernière tient essentiellement à la préoccupation de ne pas faire reposer sur le juge de l'impôt, bien que juge de plein contentieux, la charge de rechercher lui-même le motif ou la base légale de nature à justifier l'imposition. Or cette préoccupation, pas plus que le principe d'impartialité, ne s'opposent à ce que l'administration anticipe le possible constat d'une illégalité, révélé par la communication du moyen d'ordre public, en faisant valoir qu'un autre motif ou une autre base légale pouvaient fonder l'imposition.

Ici, la cour a, dans les deux affaires communiqué aux parties le 8 janvier 2018, sur le fondement de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, le moyen tiré de ce que la totalité des gains en litige aurait dû être imposée dans la catégorie des traitements et salaires, et les contribuables comme l'administration y ont répondu avant l'audience qui s'est tenue le 1<sup>er</sup> février suivant (mémoires des contribuables des 16 et 26 janvier et mémoire de l'administration du 19 janvier dans l'affaire Gautier, mémoires des contribuables des 18 et 25 janvier et mémoire de l'administration du 19 janvier dans l'affaire Mangeot de Thiballier). La formulation de ce moyen faisait certes mention du parti d'imposition qu'aurait dû prendre l'administration au lieu de se borner à relever l'erreur de rattachement catégoriel commise au titre d'une fraction du gain litige. Toujours est-il que pour les raisons que nous venons d'exposer, était bien en cause un moyen d'ordre public, sur lequel les parties ont été mises à même de présenter utilement leurs observations, et à la suite duquel il était loisible à l'administration de demander, à titre subsidiaire, la taxation de la totalité des gains en litige dans la catégorie des traitements et salaires, demande qui bien qu'à la frontière de la

---

<sup>1</sup> C'est d'autant plus vrai que la technique de la substitution de motifs peut désormais être mise en œuvre y compris dans des cas dans lesquels l'administration n'est pas en situation de compétence liée (pour l'affirmation de cette solution en excès de pouvoir voyez votre décision *Hallal*, précitée, abandonnant une décision de Section du 22 juillet 1976, *Ministre du travail c/ Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales du Jura*, n° 96526, p. 362 et s'inscrivant dans la ligne de votre décision de Section du 23 novembre 2001, *Compagnie nationale Air France*, n° 195550, p. X, ccl. I. de Silva ; pour la transposition de cette solution en plein contentieux fiscal voyez votre décision *Ministre c/ SA Ferrette* du 20 juin 2007, précitée).

substitution de motifs, avait bien le caractère d'une substitution de base légale puisqu'elle mettait en jeu une base textuelle différente de celle initialement retenue. Cette dernière répondait à l'exigence de précision posée par votre jurisprudence (8 juin 2011, *Morel*, n° 311580 : RJF 8-9/11 n° 974 ccl. N. Escaut BDCF 8-9/11 n° 102), l'administration ayant indiqué, dans ses mémoires du 19 janvier 2018, le nouveau fondement légal qu'elle entendait retenir à titre subsidiaire et mentionné qu'il était justifié par l'absence ou le caractère mineur de la prise de risque des contribuables (voyez la page 2 de ces mémoires).

**2.3.** Avant de clore l'examen de ce premier volet du pourvoi, vous devrez encore vous assurer que la procédure d'imposition suivie à l'égard des contribuables était régulière et ne les a privés d'aucune garantie car c'est à cette condition seulement que les juges d'appel pouvaient faire droit à la demande de substitution de base légale portant sur la règle fiscale de fond (Section, 21 mars 1975, n° 87573, RJF 5/75 n° 258).

En l'espèce, après avoir relevé que l'administration avait méconnu l'article L. 76 B du livre des procédures fiscales en omettant de communiquer aux requérants, qui le lui avaient pourtant demandé, le rapport de la banque ABN AMRO qu'elle avait utilisé pour déterminer la clef de répartition des sommes imposables en traitements et salaires et dans la catégorie des revenus de capitaux, la cour, loin d'estimer que cette irrégularité de procédure faisait obstacle à la substitution de base légale demandée par l'administration, a au contraire jugé qu'elle avait eu pour effet d'en neutraliser les conséquences dès lors qu'elle était propre à la base légale initiale (voyez le point 53 de l'arrêt rendu dans l'affaire Gautier).

Comme le rappelait le président Collin dans ses conclusions sur l'affaire *Krafts Food France* (23 avril 2008, n° 271853, RJF 7/08 n° 863 avec ccl. BDCF 7/08 n° 97), il est logique que le changement de règle de fond ne puisse valider une erreur commise dans la procédure de redressement qui sert de cadre commun aux deux bases légales successives. C'est le cas de figure qu'illustre votre décision *Goléa* (27 octobre 2009, n° 307418, RJF 1/10 n° 52, ccl. L. Olléon) refusant de faire droit à une demande de substitution de base légale dans une hypothèse dans laquelle la procédure suivie était irrégulière. Il en va cependant différemment dans le cas où l'irrégularité est propre à l'ancienne base légale : peu importe par exemple que les documents utilisés pour fonder le recours à la procédure de l'abus de droit aient été obtenus par un usage irrégulier du droit de communication dans un cas où autre fondement légal a été substitué à l'article L. 64 du LPF. Nous ne voyons pas de raison de vous écarter de cette ligne lorsque la substitution de base légale a strictement trait à la règle de fond, sans avoir d'incidence sur le cadre procédural. De manière générale, vous appréciez toujours le respect de l'article L. 76 B au regard de la nouvelle base légale, admettant notamment que l'administration puisse en cas de substitution de base légale assurer en cours d'instance le respect des exigences découlant de cet article (décision *Krafts Food France* précitée). Votre décision *Marteling d'Eternes* du 28 septembre 2018 (n° 407352, RJF 12/18 n° 1257, ccl. E. Bokdam-Tognetti C 1257), qui juge que le droit de demander communication de l'origine et de la teneur des documents utilisés pour fonder les redressements sur le fondement de l'article L. 76 B du LPF doit être mis en œuvre avant la mise en recouvrement des impositions ne concerne que la demande de communication et ne vise pas les cas de substitution de base légale.

En l'espèce, la cour a estimé que le rapport de la banque ABN AMRO relatif à la valorisation de l'option d'achat des titres WP détenues par Solfur n'avait été utilisés par le fisc que pour distinguer les sommes imposables en traitements et salaires et celles imposables en revenus de capitaux mobiliers. La substitution de base légale à laquelle elle a fait droit

reposait sur une ligne de partage différente, la conduisant dans les cas de MM. Gautier et Mangeot de Thiballier à imposer l'intégralité du gain en traitements et salaires, elle a pu sans erreur de droit estimer que la portée de l'irrégularité tenant à l'absence de communication de ce rapport était cantonnée à l'ancienne base légale.

Les motifs des arrêts attaqués ne sont certes pas exempts de maladresse en ce qu'ils citent quelques paragraphes plus loin ce document au nombre de ceux attestant de la volonté du groupe Wendel de mettre en place un mécanisme d'intéressement au profit de ses cadres dirigeants, pour en déduire que la totalité des sommes en litige relevait d'une imposition en traitements et salaires. Nous n'y décelons pas pour autant de contradiction de motifs ni le signe qu'il devait être communiqué y compris sous l'empire de la nouvelle base légale : il n'est en effet cité par la cour que comme l'un des documents parmi de nombreux autres (rapport annuel de la société WI de l'année 2004, communiqué de cette dernière daté de décembre 2004, compte-rendu du 24 avril 2007 de la réunion du conseil d'administration de la société SPLS, réunion du comité de gouvernance et du conseil de surveillance de la société WI du 17 avril 2007) faisant état de la volonté de la société WI d'intéresser ses cadres dirigeants aux résultats de la société en raison de leur contribution à la réussite du groupe.

La question de savoir si cette substitution de base légale était fondée renvoie quant à elle à la nature des sommes en cause, largement discutée. Nous y viendrons un peu plus tard.

**3. Les moyens suivants portent sur la régularité de l'avis du comité de l'abus de droit fiscal.**

Dans l'arrêt *Gautier* la cour a distingué les contestations relatives à la régularité de la procédure d'imposition de celles qui avaient trait à la charge de la preuve, qui est une question de fond.

Comme elle, nous sommes en l'occurrence d'avis que l'avis du comité de l'abus de droit n'était pas entaché des irrégularités alléguées par les requérants.

Ainsi qu'elle l'a jugé, il ressort en effet des pièces du dossier que le contradictoire a bien été respecté, les requérants ayant été invités à présenter leurs observations conformément à la lettre de l'article 1653 E du code général des impôts.

La mention dans l'avis rendu le 3 mai 2012 concernant la situation des requérants, de la dissimulation de la dissolution et de la liquidation anticipée de la société CDA, qui concernait le seul cas de M. Lafonta, relève du rappel du contexte des opérations litigieuses. Le comité a en effet examiné le même jour les rectifications envisagées au sujet de l'ensemble des dirigeants concernés, qui s'inscrivaient dans un ensemble. Rien ne permet pour autant de penser qu'il se serait fondé sur la situation il est vraie particulière de M. Lafonta pour estimer que les actes passés par les autres actionnaires de la société CDA étaient constitutifs d'un abus de droit.

Nous sommes aussi d'avis que le comité de l'abus de droit n'était tenu de se prononcer que sur l'existence d'un abus de droit et non sur la catégorie d'imposition des sommes litigieuses. Le point, très discuté devant vous, n'est certes pas jugé, mais il nous semble découler de la lettre de l'article L.64 du LPF, qui dispose que le comité est saisi « *en cas de désaccord sur les rectifications notifiées sur le fondement du présent article* ». Ce n'est que dans les hypothèses dans lesquelles l'abus de droit retenu par l'administration repose sur la

dissimulation de la nature des sommes imposables que le comité nous paraît devoir prendre position sur ce point.

Enfin, comme les juges d'appel, nous pensons que l'article L. 103 du livre des procédures fiscales relatif au secret professionnel ne fait pas obstacle à ce que les membres du comité de l'abus de droit accèdent aux pièces de la procédure fiscale. Elles s'opposent en revanche à ce qu'ils les divulguent à des tiers.

Mais bien que la régularité de l'avis du comité de l'abus de droit fiscal ne nous paraisse pas faire de doute, la cour a estimé devoir préciser que les vices de forme ou de procédure dont seraient entachés les avis du comité de l'abus de droit n'affectaient en tout état de cause pas la procédure d'imposition et ne pouvaient avoir pour effet que de modifier, le cas échéant, la dévolution de la charge de la preuve.

Cette affirmation nous paraît plus hasardeuse.

Le comité de l'abus de droit fiscal, qui a pris la suite du comité consultatif pour la répression des abus de droit à compter du 1<sup>er</sup> juin 2004 (ordonnance n° 2004-281 du 25 mars 2004), peut être saisi pour avis à la demande du contribuable comme de l'administration « *en cas de désaccord sur les rectifications notifiées* » sur le fondement de l'article L. 64 du LPF (voir le deuxième alinéa de cet article).

Comme vous le savez, cet avis ne lie pas l'administration, mais il était, jusqu'à l'entrée en vigueur de l'article 202 de la loi n° 2018-1317 de finances pour 2019 (voir sur ce sujet FR 1/19 inf. 122 p. 128) lourd de conséquences en termes de charge de la preuve. Vous avez en effet tiré de la lettre de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales qui disposait que « *si l'administration ne s'est pas conformée à l'avis du comité, elle doit apporter la preuve du bien-fondé du redressement* » que, dans le cas contraire, la charge de la preuve reposait sur le contribuable (voyez 12 mai 2003, *Arnaudo*, n° 234811, RJF 8/9-03 n° 969, concl. S. Austry ; 25 juillet 2007, *Arnaudo*, n° 278774 : RJF 12/07 n° 1426, concl. L. Vallée), sauf il est vrai en matière de pénalités, régies par des textes spécifiques (29 septembre 2010, *Société SNERR Théâtre de Paris*, n° 341065 : RJF 12/10 n° 1219, concl. P. Collin BDCF 12/10 n° 135). Cette solution, qui n'allait pas de soi au regard de la lettre du texte, faisait de la saisine du comité de l'abus de droit fiscal une option à double tranchant pour le contribuable, qui en cas de confirmation de l'existence d'un abus de droit pouvait finalement se trouver placé dans la situation encore plus défavorable de devoir supporter la charge de la preuve. Le législateur a mis un terme à cet inconvénient pour l'avenir, en prévoyant que « *Lorsque l'une des commissions ou le comité prévu à l'article l. 59 ou le comité prévu à l'article L. 64 est saisi d'un litige ou d'une rectification, l'administration supporte la charge de la preuve en cas de réclamation, quel que soit l'avis rendu par la commission ou le comité* » (article L.192 du LPF dans sa rédaction issue de la loi n° 2018-1317 du 28 décembre 2018).

La position de la cour fait écho à une décision de 1981 (4 décembre 1981, n° 29742 : RJF 1/82 n° 73, ccl. O. Shrameck) au sujet de l'ancêtre de l'actuel comité. Vous vous étiez alors alignés sur les conséquences que vous attachiez déjà à l'irrégularité des avis de la commission départementale des impôts (15 octobre 1980, n° 12519 : RJF 12/80 p. 535 ; 24 juillet 1981, n° 19454 : RJF 10/81 p. 501), le commissaire du gouvernement O. Schrameck faisant valoir que « *dès lors que la consultation du comité [consultatif de répression des abus de droit] se trouve viciée par les conditions dans lesquelles elle a été opérée (irrecevabilité partielle ou totale de la demande, vice de forme ou de procédure), l'administration nous*

*semble devoir perdre le bénéfice de cette consultation, mais non d'ailleurs la faculté de démontrer elle-même le caractère fictif ou abusif d'un acte, ce qu'elle peut en tout état de cause faire sans en appeler au comité (...) ».*

Mais cette solution, rendue sous l'empire de dispositions qui n'offraient la faculté de saisir le comité consultatif de répression des abus de droit qu'à l'administration<sup>2</sup>, apparaît datée depuis votre jurisprudence *Meyer* qui n'admet qu'une irrégularité de procédure demeure sans incidence sur le bien-fondé de l'imposition que s'il est établi que, n'ayant privé le contribuable d'aucune garantie, elle n'a pu avoir d'influence sur la décision de redressement (voyez Section, 16 avril 2012, *Meyer*, n° 320912, RJF 7/12 n° 679, ccl. D. Hédary BDCF 7/12 n° 81, chronique C. Raquin RJF 6/12 n° 679, et pour l'application de cette jurisprudence à la saisine de la commission départementale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires : 11 avril 2014, *Hoareau*, n° 349719 RJF 7/14 n° 707).

La saisine du comité constituant bien une garantie, c'est dans ce cadre qu'il faut selon nous raisonner, en recherchant si, au-delà de leurs conséquences en termes de charge de la preuve, les éventuelles irrégularités entachant l'avis ont ou non privé les contribuables de son bénéfice et, partant, si elles ont pu avoir une influence sur la décision de redressement. Si l'on y réfléchit, la solution retenue par la cour reviendrait à n'attacher aucune conséquence aux irrégularités entachant les avis du CADF sous l'empire des dispositions actuelles, qui prévoient que l'administration supporte dans tous les cas la charge de la preuve quel que soit le sens de ce dernier.

Mais si vous nous suivez pour estimer infondés les moyens dirigés contre les motifs par lesquels la cour a en l'espèce écarté toute irrégularité, ce dont elle a à bon droit déduit que la charge de la preuve reposait sur les contribuables, vous n'aurez pas à prendre position sur ce point.

Précisons pour clore notre propos sur le sujet que M. Mangeot de Thiballier soulève un moyen d'erreur de droit à avoir jugé que la charge de la preuve lui incombait au motif que l'administration s'était conformée à l'avis du CADF mais le moyen n'est à l'évidence pas fondé en l'état des textes applicables au litige.

**4.** Vous pourrez en venir à la caractérisation d'une situation d'abus de droit par fraude à la loi, notion sur laquelle vous exercez un contrôle de qualification juridique (CE, 29 décembre 1995, *Jomini*, RJF 2/96 n° 231, ccl. G. Bachelier p. 94).

Dans ces affaires, et particulièrement dans l'affaire Gautier, la mise en œuvre de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales n'est pas évidente. Si nous sommes en définitive d'avis que l'administration était fondée à écarter comme ne lui étant pas opposables la création des sociétés civiles soumises à l'IS et l'apport à ces dernières des titres de la société CDA, c'est par un raisonnement qui diffère de celui suivi par les juges du fond.

---

<sup>2</sup> Voyez l'ancien article 1649 quinquies B du CGI, disposant que : « (...) Les actes dissimulant la portée véritable d'un contrat ou d'une convention sous l'apparence de stipulations... déguisant soit une réalisation, soit un transfert de bénéfices ou de revenus... ne sont pas opposable à l'Administration, laquelle supporte la charge de la preuve du caractère réel de ces actes devant le juge de l'impôt lorsque, pour restituer son véritable caractère à l'opération litigieuse, elle s'est abstenue de prendre l'avis du Comité consultatif dont la composition est indiquée à l'article 1653 C ou lorsqu'elle a établi une taxation non conforme à l'avis de ce Comité ».

Replaçons les choses dans leur contexte. En 2007, date du débouclage des opérations, l'horizon apparaissait plutôt dégagé pour les contribuables, le comité consultatif de répression des abus de droit ayant estimé, sous l'empire des anciennes dispositions de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, que le caractère automatique du sursis d'imposition d'une plus-value d'échange de titres faisait obstacle à l'application de la procédure de l'abus de droit fiscal (voyez notamment ses avis n° 2004-63 et 2004-64).

Mais à la suite de vos décisions *Bazire*, *Bauchart* et *Four* du 8 octobre 2010 (n°s 301934, 313139 et 321161, RJF 12/10 n°s 1204, 1205 et 1206, ccl. L. Olléon BFCF 12/10 n° 132 avec chronique V. Daumas « Abus de droit : derniers développements jurisprudentiels » RJF 1/11 p. 5 ; note O. Fouquet FR 44/10 n° 18), jugeant l'administration fondée à se prévaloir de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales pour remettre en cause les conséquences fiscales d'une opération s'étant traduite par le bénéfice de l'ancien report d'imposition sur option au motif que les actes passés par les contribuables ne lui étaient pas opposables, le comité est revenu sur cette position (avis n° 2011-16 et 2011-17, FR 26/12 n°4). Le caractère automatique du sursis pouvait faire hésiter à transposer la solution retenue pour le report, mais vous avez rapidement confirmé cette position (27 juillet 2012, *Berjot*, n° 327295 : RJF 11/12 n° 1042, ccl. E. Crépey BDCF 11/12 n° 129). Il est vrai que dans un cas comme dans l'autre sont en cause des opérations ayant pour intérêt fiscal de différer l'imposition, et donc de minorer l'assiette de l'année au titre de laquelle l'impôt est normalement dû. Or comme l'expliquait L. Olléon dans ses conclusions en 2010 « *le fait d'être taxé demain plutôt qu'aujourd'hui constitue par principe, pour les agents économiques, un avantage* ». Même si le caractère automatique du sursis était à première vue difficilement conciliable avec l'idée de montage, vous avez ainsi entendu saisir des situations dans lesquelles le choix opéré par le contribuable intervenait en amont, au stade de la conception même de l'opération d'apport cession.

Une telle solution, rendue au sujets de redressements notifiés avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-1443 du 30 décembre 2008 qui a élargi la définition de l'abus de droit, faisait encore moins de doute après cette modification.

L'obstacle de principe levé, restait à identifier les conditions de reconnaissance de l'abus de droit.

Jusqu'à présent, vous n'avez regardé le bénéfice du report, puis du sursis d'imposition d'une plus-value par un contribuable lors de l'apport de titres à une société qu'il contrôle, suivi de leur cession par cette société, comme constitutif d'un abus de droit que lorsqu'il s'agissait d'un montage ayant pour seule finalité de lui permettre, en interposant une société, de disposer effectivement des liquidités obtenues lors de la cession de ces titres tout en restant détenteur des titres de la société reçus en échange lors de l'apport, sauf à ce qu'il ressorte de l'ensemble de l'opération que cette société avait, conformément à son objet, effectivement réinvesti le produit de ces cessions dans une activité économique, un tel réinvestissement devant alors représenter une part significative du produit de la cession (voyez 3 février 2011, *Ministre c/ Conseil*, n° 329839 : RJF 4/11 n° 471, ccl. L. Olléon BDCF 4/11 n° 50).

Par la suite, l'article 150-0 B ter, issu de la loi n° 212-1510 du 29 décembre 2012, qui a institué un mécanisme de report automatique spécifique aux apports à des sociétés contrôlées, a repris le critère de réinvestissement posé par votre jurisprudence, en conditionnant le bénéfice de ce nouveau dispositif au réinvestissement du produit de la cession « dans activité

commerciale, industrielle, artisanale, libérale, agricole ou financière, à l'exception de la gestion d'un patrimoine mobilier ou immobilier ».

L'importance de ce critère s'explique, comme vos rapporteurs publics l'ont souvent rappelé (outre les conclusions de L. Olléon sur les affaires *Bazire*, *Bauchart* et *Four* et celles d'E. Crépey sur *Berjot*, voyez par exemple celles de J. Boucher au BDCF 11/11 n° 129 sur 24 août 2011, *Moreau et Girault*, n° 314579, et *Ciavatta*, n° 316928, RJF 11/11 n° 1186) et comme vous l'avez vous-mêmes jugé à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité présentée justement par les époux Gautier (22 septembre 2017, n° 412408, RJF 12/17 n° 1226 ccl. A. Bretonneau), par le fait qu'en instituant les mécanismes de report (anciens articles 160, I ter et 92 B, II du code général des impôts) puis de sursis d'imposition (article 150-0 B de ce code), le législateur a voulu éviter de décourager les restructurations d'entreprises en permettant de différer l'imposition des plus-values réalisées dans le cadre d'opérations ne dégageant par construction pas de liquidités. Cette dérogation à la règle selon laquelle les plus-values de cession de titres sont soumises à l'impôt au titre de l'année de leur réalisation ne saurait en revanche avoir pour objet de « permettre la création d'une sorte de tirelire qui thésauriserait les fonds recueillis » (P. Fernoux, *Gestion fiscale du patrimoine*, Groupe revue fiduciaire, 16<sup>e</sup> éd., 2011, p. 354).

Comme l'avait fait le tribunal administratif avant elle, la cour a mobilisé les critères d'appréhension des liquidités et d'absence de réinvestissement à caractère économique posés par votre décision *Berjot* et réaffirmés à plusieurs reprises depuis (voyez 10 juillet 2019, *Martin*, n° 411474, RJF 10/19 n° 948, ccl. E. Bokdam-Tognetti C 948, note O. Fouquet Dr. Fisc 2019 n° 37 comm. 362). Elle s'est en outre attachée à caractériser la poursuite par les contribuables d'un but exclusivement fiscal, le respect de ces deux critères ne faisant pas obstacle à ce que le contribuable démontre qu'une opération d'apport-cession répondant aux caractéristiques visées par votre jurisprudence *Berjot* présente un intérêt autre que fiscal, de sorte qu'il ne peut lui être reproché d'avoir fait application d'une présomption irréfragable d'abus de droit (voyez, sur la notion de but exclusivement fiscal CC, n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013 : RJF 3/14 n° 1067 ; et sur l'absence de présomption irréfragable en cas de respect des critères posés par la jurisprudence *Berjot*, 22 septembre 2017, n° 412408, RJF 12/17 n° 1226 ccl. A. Bretonneau, précitée).

L'application aux litiges de ce cadre de raisonnement ne nous paraît pas cependant pas tout à fait adaptée. Elle suppose de consentir des efforts importants, en tout cas en ce qui concerne l'affaire Gautier, dans laquelle le rachat par CDA de ses propres titres auprès de la société civile soumise à l'impôt sur les sociétés contrôlée par les contribuables a été presque intégralement effectué au moyen de la remise de titres WI.

Comme les requérants, nous sommes en effet d'avis que les opérations litigieuses diffèrent des schémas d'apport-cession sanctionnés jusqu'à présent par votre jurisprudence en ce qu'elles ont seulement consisté à réorganiser la structure de détention des titres WI figurant jusque-là à l'actif de la société CDA. L'investissement, lui, est resté le même, passant d'une détention collective via CDA et WP à une détention individuelle, selon le cas directe (cas de M. Mangeot de Thiballier) ou indirecte (cas de M. Gautier). Ainsi, si l'on regarde les opérations dans leur globalité, la cession des titres apportés ne s'est pas traduite par un quelconque désengagement de la part des contribuables de leurs participations dans WI, puisqu'elle a eu pour contrepartie l'octroi à la société civile des titres WI qui figuraient jusqu'alors à l'actif de la société CDA, ou de parts de SICAV monétaires utilisées en nantissement de contrats de découvert bancaire pour acquérir des titres WI.

Rappelons que dans l'affaire Gautier, les contribuables ont créé en septembre 2006 une société civile, dénommée BJPG Participations, qui s'est donné pour objet social la détention et la gestion de participations et a opté pour son assujettissement à l'impôt sur les sociétés. Le 3 mai 2007, M. Gautier, alors directeur des investissements et membre du directoire de la société WI et qui appartenait également au comité opérationnel du groupe, a fait apport des 1 890 476 titres qu'il détenait dans la société CDA, représentant 11,03 % de son capital social, à cette société civile, dont il a, en contrepartie, reçu des titres. Il a à cette occasion dégagé une plus-value d'apport de 36 058 637 euros, qui a automatiquement été placée en sursis d'imposition. Le 29 mai 2007, la société CDA a procédé au rachat de ses propres titres à un prix égal à leur valeur d'apport. BJPG Participations, qui n'a enregistré aucune plus-value, a reçu en paiement des titres WI (pour 97% du prix), accompagnés pour le surplus de parts de SICAV monétaire.

Les faits sont similaires dans l'affaire Mangeot de Thiballier, si ce n'est que la société civile soumise à l'impôt sur les sociétés dénommée Vacquerie ayant pour objet la constitution et la gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières, a été constituée plus tardivement, en avril 2007, par l'intéressé, secrétaire général et membre du comité opérationnel de WI, que l'apport a porté sur 6 782 titres de CDA et que les sommes placées en sursis s'élèvent seulement, si l'on peut dire, à 1 293 664 euros. En dehors de la chronologie il existe par rapport à l'affaire Gautier une différence notable, qui tient à ce que la société civile n'a reçu en contrepartie du rachat de ses titres par CDA que des parts de la SICAV monétaire, et que M. Mangeot de Thiballier a souscrit auprès de JP Morgan un contrat de découvert bancaire de 1,5 M d'euros, garanti par le nantissement de ces parts de SICAV, lui permettant d'acquérir 8000 titres WI.

Sans doute l'appréhension des liquidités et l'absence de réinvestissement à caractère économique peuvent-elles sans trop d'effort être regardées comme caractérisées dans cette dernière affaire compte tenu de l'utilisation qui a été faite des parts de SICAV : en utilisant ces actifs en nantissement d'un prêt contracté à titre personnel en vue d'acquérir des titres WI, le contribuable, bien qu'il soutienne avoir procédé à un double investissement à caractère économique, doit bien à nos yeux être regardé comme ayant appréhendé le produit de la cession dans une logique purement patrimoniale.

Dans ce dossier, le requérant vous rappelle pourtant la cession à une mystérieuse société luxembourgeoise dénommée Phylahé, un instant de raison après le rachat par CDA de ses propres titres, d'une des parts sociales de la société Vacquerie, lui conférant le pouvoir de bloquer la cession de ses actifs par la société civile, fût-elle détentrice de l'intégralité du reste des parts sociales. Si la cour n'en a dit mot, se contentant de relever, ce qui est parfaitement exact, qu'à la date du rachat de ses titres par CDA, M. Mangeot de Thiballier était le seul associé et dirigeant de sa société civile, c'est que l'utilisation faite par le contribuable des parts de SICAV monétaire reçues par la société Vacquerie suffisait à regarder remplis les critères posés par votre jurisprudence *Berjot*.

L'effort à consentir dans le cas des époux Gautier est plus important. Même s'il ressort du dossier qu'une petite fraction des titres WI reçus par BJPG Participations en contrepartie du rachat de ses titres par CDA a été cédée en janvier 2008, la majeure partie de ces participations a en effet été conservée par la société, qui avait été créée dès le mois de septembre 2006.

Ce n'est pas la notion d'appréhension potentielle des liquidités, à laquelle ont eu recours les juges d'appel, qui nous pose problème, en tout cas pas en tant que telle. Outre qu'elle est issue de votre propre jurisprudence (voyez votre décision *Moreau / Girault* du 24 août 2011, RJF 11/11 n° 1186, ccl. J. Boucher BDCF 11/11n° 129), la critique tirée de ce qu'elle procèderait d'une confusion entre la personnalité juridique et fiscale de la société et celle de ses actionnaires, contredisant frontalement les principes rappelés par votre récente décision de plénière *Société Cérès* (9 mai 2018, n° 387071, RJF 7/18 n° 736, ccl. Y. Bénard ccl. C 726, avec notre chronique p. 915), ne nous convainc pas (voyez R. Mortier, « *L'apport-cession à la loupe* », Dr fisc. 2011 étude 564) : il ne faut pas perdre de vue qu'en matière d'abus de droit, la question est précisément de savoir si le contribuable n'a pas créé de toutes pièces un montage qu'il conviendrait d'écarter pour rétablir leur véritable portée aux actes qu'il a passés. Cette perspective particulière explique que le contrôle du contribuable sur la société interposée, et partant l'appréhension même potentielle des liquidités détenues par celle-ci, puisse constituer en matière d'apport-cession, un indice pouvant être mobilisé pour mettre en œuvre les dispositions de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

Ne nous paraît pas non plus déterminant le risque de délit d'initié auquel était exposé M. Gautier, qui lui interdisait d'opérer temporairement sur le titre WI, la fenêtre négative qui en résultait étant, comme l'a rappelé la cour, limitée.

Ce qui nous gêne c'est, plus en amont, l'assimilation même des titres WI détenue par la société civile bénéficiaire de l'apport à des liquidités. La notion de liquidités employée par votre jurisprudence nous semble en effet devoir être entendue strictement au regard de la finalité poursuivie par l'article 150-0 B du code général des impôts, qui consiste, nous l'avons dit, à ne pas décourager la réalisation d'opérations ne dégageant pas les sommes nécessaires au paiement de l'impôt au titre de l'année de leur réalisation. Assimiler par principe tout actif liquide, notamment des titres d'une société cotée, à des liquidités au sens de votre jurisprudence *Berjot*, irait à l'encontre de la logique de ce dispositif.

Surtout, c'est l'absence de réinvestissement à caractère économique, pour reprendre la formulation assouplie qui est désormais la vôtre de ce critère<sup>3</sup> (10 juillet 2019, *Martin*, n° 411474, RJF 10/19 n° 948, ccl. E. Bokdam-Tognetti C 948), qui nous fait hésiter.

L'acquisition de participations dans une société ayant, comme la société WI, une activité économique constitue bien à nos yeux un réinvestissement à caractère économique de la part de la société qui en est l'auteur. Dans votre récente décision *Martin*, vous n'avez refusé de reconnaître l'existence d'un tel réinvestissement que parce que le produit de la cession des titres reçus en apport avait dans cette affaire été utilisé pour acquérir les parts détenues par les contribuables dans d'autres sociétés, ce qui leur avait permis d'appréhender la trésorerie de la société bénéficiaire de l'apport.

En l'absence d'une telle particularité, nous serions à encliner à considérer que l'obtention de titres WI en contrepartie du rachat par CDA de ses propres titres suffisait à reconnaître l'existence d'un tel réinvestissement de la part de la société civile soumise à l'IS, alors même que, comme l'a relevé la cour, cette dernière se limitait à une gestion purement patrimoniale des titres WI, dont elle ne détenait que 1% du capital, sans lui rendre aucun service ni intervenir dans sa gestion.

---

<sup>3</sup> Qui n'a, contrairement à ce que soutiennent les requérants, pas été abandonné par votre décision Gautier du 22 septembre 2017, n° 412408, RJF 12/17 n° 1226 ccl. A. Bretonneau.

En effet, ces éléments ne nous paraissent pas suffire à remettre en cause la nature économique de l'investissement de la société civile, même s'il est vrai que votre jurisprudence entretient un certain flou sur la prise en compte des intérêts propres de la société auteur du réinvestissement dans l'appréciation que vous portez sur ce point. Plus exactement, s'il nous semble de bon sens de reconnaître le caractère économique de l'investissement lorsque la prise de participations contribue à l'exercice par la société de sa propre activité économique, ou lorsqu'elle lui confère une influence ou le contrôle de la société dont elle détient les titres (voyez les conclusions d'E. Bokdam-Tognetti sur la décision *Martin*, précitée, commentée par O. Fouquet dans la note précitée à Dr. Fisc. 2019 n°37), l'hypothèse inverse ne nous paraît pas permettre de faire totalement abstraction de la dimension économique des actifs acquis.

C'est en substance ce que défendent les requérants et qui nous paraît convaincant.

Dans l'affaire Gautier, les requérants s'attachent également à vous démontrer que les titres reçus par la société civile présentaient pour elle une dimension d'utilité, en s'appuyant sur le caractère de titres de participation des titres WI reçus par BJPG Participations lors de la cession des titres CDA, mais ce point-là de leur démonstration nous paraît moins concluante.

Vous savez que le droit fiscal renvoie pour l'essentiel à la définition comptable des titres de participation, qui sont ceux dont la possession durable est estimée utile à l'activité de l'entreprise, notamment parce qu'elle permet d'exercer une influence sur la société émettrice des titres ou d'en assurer le contrôle, (20 octobre 2010, *Société Alphaprim* et *Société Hyper Primeurs*, n°s 314247 et 314248, RJF 1/11 n° 16 ccl. E. Geffray BDCF 1/11 n°5). Une telle utilité peut aussi être caractérisée si les conditions d'achat des titres en cause révèlent l'intention de l'acquéreur d'exercer une influence sur la société émettrice ou de favoriser son activité par ce moyen (20 mai 2016, *SELARL Lemaire*, n° 397257 : RJF 8-9/16 n° 685, ccl. E. Cortot-Boucher C 685). Sans doute y aurait-il donc bien une contradiction à admettre la qualification de titres de participation tout en refusant de reconnaître l'existence d'un réinvestissement à caractère économique.

Mais la cour n'a pas pris position en ce sens. Il nous semble de toute façon que les motifs qui l'ont conduite à caractériser un abus de droit, qui reposent en bonne part sur l'analyse des intentions poursuivies par les auteurs des actes, excluaient de retenir la qualification de titres de participation – précisons qu'en l'espèce les participations détenues par BJPG Participations dans WI n'atteignaient pas le seuil comptable de 10% et le seuil fiscal de 5% (titres ouvrant droit au régime des sociétés mères) permettant de présumer qu'elles avaient le caractère de titres de participation.

Pour dire le vrai, le raisonnement suivi par la cour ne nous paraît pas radicalement impossible à suivre. Mais il suppose des efforts que nous sommes d'autant moins encline à consentir qu'une autre façon de voir les choses est envisageable.

Les difficultés dont nous vous avons fait part témoignent en réalité de ce que la focale *Berjot* est trop étroite pour appréhender dans leur globalité la portée des actes passés par les contribuables. Or si les critères posés par cette décision permettent de cerner des situations dans lesquelles le bénéfice du sursis d'imposition relève en principe de l'abus de droit, sauf à ce que le contribuable établisse que les actes qu'il a passés poursuivaient un objectif autre que fiscal, votre jurisprudence n'implique pas qu'aucun autre schéma mettant en jeu ce mécanisme ne puisse être regardé comme constitutif d'un abus de droit.

Il faut s'en tenir ici à la matrice de l'article L. 64.

Sous cet angle, prises dans leur ensemble, les opérations passées par les contribuables nous paraissent relever d'un montage artificiel, autrement dit d'« *une série d'actes cohérents et convergents, passés en vue de créer (...) une situation juridique ou économique artificielle à seule fin d'entrer dans les prévisions d'une disposition fiscale favorable* », selon la définition, souvent reprise, donnée par le président Collin dans ses conclusions sur l'affaire *Min. c/ Sté Sagal* (18 mai 2005, n° 267087, RJF 8-09/05 n° 910, ccl. BDCF 8-9/05 n°11).

Comme vous le savez, la caractérisation d'un montage purement artificiel, qui constitue un indice de la poursuite d'un but exclusivement fiscal, permet de réputer par construction remplie la condition dite objective de l'abus de droit consacrée par vos jurisprudences *Janfin* (Section, 27, septembre 2006, n° 260050, RJF 12/06 n° 1583 chron. Y. Bénard p. 1083, ccl. L. Olléon BDCF 12/06 n° 156) et *Min. c/ Persicot* (28 février 2007, n° 284565 : RJF 5/07 n° 595 ccl. L. Vallée BDCF 5/07 n° 61, obs. Fouquet Dr. Fisc. 14/07c. 386), tenant à l'application littérale d'un texte à l'encontre des objectifs poursuivis par ses auteurs : le législateur ne peut jamais avoir entendu favoriser la création artificielle, par un contribuable, de l'apparence qu'il remplit les conditions pour bénéficier d'un régime fiscal de faveur. C'est une chose acquise en droit interne (18 février 2004, *Min c/ Sté Pléiade*, n° 247729 ; 18 mai 2005, *Min c. / Sté Sagal*, n° 267087, précitée ; 29 décembre 2006, *Ministre c/ Société Bank of Scotland*, n° 283314, RJF 3/07 n° 322, ccl. Sénars ; 11 mars 2015, *Sté Natixis*, n° 365564 RJF 8-9/15 n° 718 ; 19 juillet 2017, *Sté Ingram Micro*, n° 408227 RJF 11/17 n° 1079 ccl. E. Cortot-Boucher) et que vous avez récemment transposée, de manière il est vrai plus constructive, aux conventions fiscales internationales (plénière, 25 octobre 2017, *Verdannet*, n° 396954, RJF 1/18 n° 70 ccl. Crépey C 70 avec notre chronique à la RJF 12/17 p. 1553).

Parfois dénoncée comme procédant d'une dissolution de la condition dite objective dans la condition subjective de l'abus de droit, tenant au but poursuivi par le contribuable, la facilité qui en résulte, consistant à regarder implicitement remplie le critère de la contrariété aux objectifs poursuivis par les auteurs de la norme sans même prendre la peine de caractériser leur intention est toutefois strictement cantonnée à cette forme particulière d'abus de droit que constitue le montage (voyez, refusant de regarder implicitement remplie la condition tenant à la contrariété à l'intention des auteurs de la norme en l'absence de caractérisation d'un montage 8 février 2019, *M. et Mme Ruggieri*, n° 407641, RJF 5/19 n° 465 ccl. M.-G. Merloz C 465).

Or qu'il y ait eu dans les présentes affaires un montage, c'est ce qui nous semble à la réflexion ressortir des éléments relevés par la cour dans les arrêts attaqués.

Non que les juges d'appel aient, comme dans les affaires *Min c/ Sagal* ou *Min c/ Sté Pléiade*, estimé dépourvues de toute substance les sociétés civiles dont l'administration a écarté l'interposition comme entachée de fraude à la loi. Les arrêts relèvent simplement qu'elles n'avaient qu'une activité de gestion purement patrimoniale au titre de laquelle elles ne disposaient en 2007 d'aucun local d'activité ni d'aucun salarié et n'enregistraient que des produits financiers.

En l'espèce, comme l'avait d'ailleurs également relevé le comité de l'abus de droit fiscal dans ses avis, la chronologie des opérations était édifiante, la société CDA ayant le 3

mai 2007, un mois après l'acquisition et l'absorption de Solfur pour 78,7 M € - auxquels s'ajoutent les 4 M € correspondant au paiement du prix de l'option d'achat -, intervenue le 3 avril 2007, autorisé ses associés à transférer leurs parts à des sociétés civiles, ayant opté pour l'impôt sur les sociétés, créées selon le cas quelques semaines ou quelques mois auparavant (11 avril 2007 dans le cas de M. Mangeot de Thiballier, 1<sup>er</sup> septembre 2006 dans le cas des époux Gautier) et décidé du principe d'une réduction de capital non motivée par des pertes ; avant, le 29 mai 2007, d'acquérir 324,4 M € de titres WI en contrepartie du rachat par WP de ses titres, et le même jour, de procéder à la réduction de son capital par rachat aux sociétés civiles de ses propres titres en contrepartie de la remise de ces titres WI ou de parts de SICAV.

Outre leur concomitance, on ne peut s'empêcher de relever le caractère simultané des opérations menées par l'ensemble des contribuables, la succession des opérations décrites ci-dessous ayant été reproduite dans l'ensemble des cas, à l'exception de celui de M. Lafonta.

Il est vrai qu'entre avril et mai 2007, les contribuables sont passés d'une structure de détention collective des titres WI à une structure de détention individuelle de ces mêmes titres, ce qui présentait bien, pour eux, un intérêt.

Mais ils se sont retrouvés à l'issue des opérations dans la même situation que celle qui aurait résulté du rachat par CDA de ses propres titres directement auprès d'eux, avec un résultat fiscal allégé du fait de l'interposition des sociétés civiles. Or une telle interposition ne servait en rien l'objectif de restructuration globale du groupe Wendel, et alors que la charge de la preuve leur incombait, les requérants, ainsi que le relève la cour, ne démontraient pas qu'elle répondait à une justification propre, et notamment en quoi elle aurait permis l'augmentation de leur capacité d'emprunt ou la prise de garanties juridiques et financières qui leur auraient fait défaut dans l'hypothèse où les titres WI leur auraient été remis directement. La volonté de loger l'ensemble de leurs actifs professionnels dans une société dédiée ne constitue pas par elle-même une explication convaincante faite pour les contribuables d'en préciser les justifications profondes.

Pris de manière globale, les actes que nous avons décrits à l'instant ont permis aux contribuables d'appréhender en franchise d'impôt leur part de l'actif de CDA en se plaçant artificiellement, grâce à l'interposition de leurs sociétés civiles, dans le champ du sursis d'imposition de l'article 150-0-B, dont ils n'auraient pu bénéficier si CDA avait procédé au rachat de ses propres parts directement auprès d'eux (voyez, admettant la différence de traitement fiscal existant entre les opérations d'apport que le législateur a entendu favoriser par l'édiction de l'article 150-0 B et les opérations de rachat par une société de ses propres titres en vue d'une réduction de capital non motivée par des pertes, y compris lorsque ce rachat n'est rémunéré en numéraire mais par la remise de titres d'une société tierce qui figuraient jusque-là à son actif, 12 octobre 2016, *Gautier et Seillère de Laborde*, n<sup>os</sup> 401659, 401663, RJF 1/17 n<sup>o</sup> 60 ccl. E. Crépey C 60), ce qui ne nous paraît pas correspondre à l'intention poursuivie par le législateur en édictant ces dispositions. En l'absence de justification autre que fiscale établie par les contribuables, l'interposition des sociétés civiles nous paraît constitutive d'un abus de droit.

Reste encore à vous assurer que la cour a correctement jugé en estimant qu'aucune voie alternative à charge fiscale équivalente ou proche n'était ouverte aux contribuables, ce qui aurait été de nature à faire échec à l'abus de droit (5 mars 2007 n<sup>o</sup> 284457, *Selarl Pharmacie des Chalonges* : RJF 5/07 n<sup>o</sup> 600 avec conclusions Collin p. 426 ; 10 juillet 2007, *Tomasina*, RJF 11/07 n<sup>o</sup> 1297 ccl. Collin BDCF 11/07 n<sup>o</sup> 131). Sur ce point la cour a jugé que

l'hypothèse alternative avancée devant elle d'une absorption par WI de la société CDA n'était pas crédible, car elle supposait que soient passés des actes sur lesquels les contribuables n'avaient pas la main. Il nous semble en effet que la logique de votre jurisprudence consiste à comparer la charge fiscale effectivement supportée par le contribuable avec celle qu'il aurait supportée en l'absence des actes litigieux ou dans un scénario alternatif crédible. Nous partageons l'idée selon laquelle un scénario subordonné à un vote favorable en AG de la part de la majorité des actionnaires de WI ne pouvait être regardé comme une alternative crédible, puisqu'elle supposait que soient prises des décisions qui échappaient aux contribuables. Nous ajouterons que la charge fiscale n'était de toute façon pas équivalente car dans cette hypothèse, les contribuables auraient été imposés sur une assiette plus large lors de la cession, mettant fin au sursis, des titres WI reçus dans le cadre de la fusion que ne pouvait l'être la société civile lors de la cession de ces mêmes titres, l'interposition de cette dernière ayant permis de purger la partie de la plus-value réalisée lors de l'apport.

En définitive, tout en partageant la conclusion à laquelle est arrivée la cour, nous vous invitons à vous distancier du raisonnement qu'elle a tenu à et adopter une approche plus large du litige.

5. C'est sur un autre point que nous allons vous proposer d'annuler les arrêts attaqués. Nous pensons en effet que la cour a commis une erreur de droit en ce qui concerne la catégorie d'imposition des sommes litigieuses. La question a déjà donné lieu à quelques rebondissements.

Sur ce point, la position que vous allez prendre est non seulement attendue en raison de l'importance des affaires, mais aussi parce que sont en cause des gains de « *management package* », terme qui désigne l'ensemble des instruments, qu'ils s'inscrivent ou non dans le cadre d'un dispositif légal, qui ont pour objet d'associer les cadres dirigeants à la valorisation de l'entreprise en les intéressant au capital de cette dernière. Or peu de vos décisions traitent à ce jour de ce sujet lorsque sont en cause, comme ici, des sommes versées en dehors du cadre des dispositifs légaux d'intéressement, pour lesquels le législateur a lui-même déterminé la catégorie d'imposition applicable (options de souscription ou d'achats d'actions dans les conditions prévues aux articles L. 225-177 à L. 225-186-1 du code de commerce, émission et achat en bourse d'actions réservées aux salariés prévues à l'article L. 225-186-2 du même code, attributions d'actions gratuites prévues aux articles L. 225-97-1 à L. 226-97-6 du code du travail, bons de souscription de parts de créateur d'entreprises...). Pourtant, à en croire le nombre d'articles de doctrine qui sont consacrés à la question, le recours à ces instruments se développe.

Dans les affaires qui nous occupent, l'administration fiscale avait à l'origine suivi une logique dont la cour s'est écartée, et qui repose sur une clef de répartition qui ne nous paraît, en effet, pas très convaincante. Elle est partie de l'idée que le point d'entrée dans le dispositif résidait dans la minoration de 65% la valeur de l'option d'achat consentie par Solfur à CDA, qui avait servi à ses yeux de « *levier initial de l'intéressement futur en accroissant ainsi la possibilité d'appréhender in fine le sous-jacent liquide, les titres WI* » (voir les propositions de rectification du 10 décembre 2012, p. 19). Puis elle a estimé que le gain constituait un complément de salaire à proportion de l'avantage à l'entrée dans le mécanisme qui avait été consenti à CDA, et derrière elle à ses associés, soit 65%, et considéré que les 35% restants devaient être taxés dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers. Nous avons vu que le tribunal administratif, sans remettre en cause cette répartition, a estimé que cette dernière fraction des sommes devait plutôt être taxée dans la catégorie des plus-values de cession de

valeurs mobilières conformément à la jurisprudence du CC – nous y viendrons dans un instant.

Les juges d'appel ont fait table rase de cette approche. Ils ont regardé la totalité du gain comme un complément de salaire, sans prendre en compte la minoration éventuelle de l'option d'achat. De fait, cette option n'a jamais été exercée, de sorte que si l'on peut voir dans la minoration de son prix, à la supposer établie, une libéralité consentie à la société CDA, le lien qu'elle entretient avec le gain réalisé par MM. Gautier et Mangeot de Thiballier en 2007, qui sont seules en litige, nous paraît trop indirect pour que vous en tiriez des conséquences sur l'imposition de ces dernières.

L'enjeu de la question n'est pas mince, car jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2013, les plus-values sur cession de valeurs mobilières était soumises à une imposition forfaitaire à un taux plus favorable que celui qui résultait de l'application du barème de l'impôt sur le revenu.

Contrairement à la cour, la démarche de l'administration fiscale consistant à identifier la fraction du gain résultant de l'existence d'un avantage à caractère financier consenti aux contribuables en rémunération de leur travail ou de leurs performances nous paraît pertinente.

La somme dont vous devez déterminer le traitement fiscal est celle correspondant à la différence entre la valeur d'acquisition des titres CDA par les contribuables et la valeur de rachat de ces titres par CDA en vue d'une réduction de capital non motivée par des pertes (procédure autorisée s'agissant des SA par l'article L. 225-207 du code de commerce), valeur de rachat qui est ici identique à la valeur d'apport de ces titres aux sociétés civiles. Si vous nous avez suivie pour admettre l'existence d'un abus de droit, l'opération que vous avez sous les yeux, abstraction faite de l'interposition des sociétés civiles soumises à l'impôt sur les sociétés, qui doit être écartée, correspond au rachat direct par CDA de ses propres titres auprès de ses actionnaires personnes physiques.

Le traitement fiscal du gain correspondant à une telle opération a donné lieu à quelques controverses doctrinales (voyez en particulier J. Turot, « *Rachat par une société de capitaux de ses propres titres. Un régime assis entre deux chaises.* », RJF 8-9/92 p. 659), que vous avez finalement tranchées en jugeant qu'elle s'analysait comme une distribution de bénéfices, taxable dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers sur le fondement des articles 109 et 161 du code général des impôts à hauteur de la différence entre le prix de rachat des titres et leur valeur d'acquisition ou, si elle est supérieure, la valeur nominale de l'apport (29 décembre 2000, *Roesch*, n° 179647, Rec. p. 663, ccl. J. Courtial ; 31 juillet 2009, *Société Fiteco*, n° 296052, RJF 11/09 n° 939, ccl. E. Glaser BDCF 2009 n° 128 ; voyez également les conclusions de L. Vallée sous 28 février 2007, *Ministre c/ Persicot*, n° 284565, BDCF 2007 n° 61).

Par exception le législateur a toutefois prévu la taxation dans la catégorie des plus-values sur cession de valeurs mobilières des sommes correspondant au rachat par une société de ses propres actions en vue de leur attribution aux salariés (anciennes dispositions du 6° de l'article 112 du code général des impôts). Par l'article 29 de la loi du 30 décembre 2005 de finances rectificative pour 2005, il a traité de la même le produit du rachat par une société de ses propres titres pour la fraction constituée par la différence entre la valeur d'apport et la valeur d'acquisition des titres, si elle était inférieure, qui échappait jusque-là à l'impôt.

Il résultait de cette situation une complexité certaine – les sommes correspondant au rachat par une société de ses titres en vue d'une réduction de capital non motivée par des pertes étant taxée, chez l'associé personne physique, en RCM pour la fraction correspondant à la différence entre le remboursement des droits sociaux et le montant des apports compris dans les titres rachetés, ou le prix d'acquisition s'il était supérieur, et le cas échéant en plus-values sur cession de valeurs mobilières pour la fraction correspondant à la différence entre la valeur des apports et la valeur d'acquisition des titres, s'il était inférieur.

Surtout, le législateur avait institué une différence de traitement injustifiée, en tout cas du point de vue de l'actionnaire cédant, selon le devenir des titres objet du rachat par la société émettrice. C'est cette différence de traitement que le Conseil constitutionnel a censurée, sur renvoi de votre part (11 avril 2014, *M. et Mme Machillot*, n° 371921, RJF 7/14 n° 715 ccl. M.-A. de Barmon BDCF 7/14 n° 72), par sa décision n° 2014-404 QPC du 20 juin 2014, RJF 10/14 n° 927). Afin de laisser le temps au législateur de choisir le régime qui lui paraissait le plus approprié, il a cependant fait le choix de différer les effets de l'abrogation prononcée tout en précisant qu'« *afin de préserver l'effet utile de la présente décision, notamment à la solution des instances en cours, les sommes ou valeurs reçues avant le 1<sup>er</sup> janvier 2014 par les actionnaires ou associés personne physique au titre du rachat de leurs actions ou parts sociales par la société émettrice, lorsque ce rachat a été effectué selon une procédure autorisée par la loi, ne sont pas considérées comme des revenus distribués et sont imposées selon le régime des plus-values, prévu, selon les cas, aux articles 39 duodecies, 150-0-A ou 150 UB du code général des impôts* ». Depuis, le code général des impôts prévoit l'imposition selon le régime des plus-values de « *l'ensemble des sommes ou valeurs attribuées aux associés ou actionnaires au titre du rachat de leurs parts ou actions* », s'écartant ainsi du traitement fiscal qu'elles auraient reçu en l'absence de texte (voyez le 6° de l'article 112 du code général des impôts dans sa version issue de la loi n° 2014-1655 du 29 décembre 2014 de finances rectificative pour 2014, et pour une réflexion sur les enjeux et conséquences de cette modification Florent Ruault, « *Rachats de titres : la généralisation du régime des plus-values mérite une mise au point* », FR Francis Lefebvre n°17/15).

La plus-value issue de la cession de titres à un tiers revêt pour sa part par nature le caractère d'un gain en capital taxable dans la catégorie des plus-values de cession de valeurs mobilières.

C'est en vertu du dispositif transitoire énoncé par le Conseil constitutionnel en 2014 que le tribunal administratif a jugé que devait être imposée en tant que plus-value de cessions de valeurs mobilières la fraction des sommes reçues en contrepartie du rachat de leurs actions par la société CDA en 2007 que l'administration avait initialement taxées dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers. Étaient en effet bien en cause des sommes ou valeurs reçues avant le 1<sup>er</sup> janvier 2014 par les contribuables. Comme le tribunal nous croyons par ailleurs que la circonstance que l'interposition des sociétés civiles ait été écartée comme entachée de fraude à la loi ne faisait pas obstacle à ce que le rachat de ses titres par la société CDA soit regardée comme ayant été effectué selon une procédure autorisée par la loi pour l'application du dispositif transitoire prévu par le Conseil constitutionnel : l'abus de droit n'a pas affecté la procédure de rachat mise en œuvre, il a simplement fait apparaître que ce rachat avait été effectué directement auprès des requérants plutôt qu'auprès des sociétés civiles soumises à l'impôt sur les sociétés constituées par eux.

La cour, nous l'avons dit, a quant à elle estimé que la totalité des sommes devait être imposée en traitements et salaires. Ce qui conduit à s'interroger sur les conditions dans

lesquelles les sommes obtenues à l'occasion de la cession ou du rachat de titres peuvent être requalifiées comme relevant d'une autre catégorie.

Nous laisserons ici de côté l'hypothèse très exceptionnelle d'une requalification en tant que bénéfices non commerciaux sur le fondement de la cédule balai du 1° de l'article 92 du code général des impôts<sup>4</sup>, qui correspond au cas où le gain résulterait de diligences particulières, accomplies à titre personnel par le dirigeant, excédant celles lui incombant à raison de l'exercice de ses fonctions, telles par exemple qu'une activité d'entremise (voyez en particulier 6 février 1984 n° 20325 : RJF 4/84 n° 444, ccl. O. Fouquet Dr. Fisc. 26/84 c. 1252 ; 18 janvier 2006, *Serfaty*, n°s 265790, 265791 : RJF 4/06 n° 378, ccl. C. Vérot BDCF 4/06 n°48 ; 27 juillet 2009, *Billon*, n° 300456, RJF 12/09 n° 1085, ccl. E. Glaser BDCF 12/09 n° 137).

Pour le reste, votre jurisprudence offre quelques rares illustrations de requalifications en traitements et salaires, dont aucune ne nous paraît correspondre aux cas des époux Gautier et de M. Mangeot de Thiballier.

Dans l'affaire *Gaillochet* (26 septembre 2014, n° 365573, RJF 12/14 n° 1099, chronique N. Labrune p. 1043 « *Les gains de management package, des objets fiscaux non identifiés* », ccl. E. Cortot-Boucher BDCF 2/14 n° 120), vous avez ainsi estimé que devaient être regardés comme des compléments de salaire taxable au barème progressif de l'impôt sur le revenu des gains tirés de la levée d'options d'achats d'actions consenties à un dirigeant par les actionnaires de son entreprise en dehors de tout dispositif légal d'intéressement, les conclusions faisant nettement apparaître que la solution reposait sur la distinction fondamentale de nature existant entre plus-value d'acquisition - correspondant à la différence entre la valeur réelle de l'action à la date de la levée de l'option et le prix de souscription ou d'achat de cette action - et plus-value de cession - correspondant pour sa part à la différence entre la valeur de cession de l'action et sa valeur réelle au moment de la levée de l'option.

La particularité de l'affaire tenait à ce qu'était seule en cause la taxation d'une plus-value d'acquisition, la cession des actions ayant eu lieu immédiatement après la levée de l'option. Après avoir relevé que cette dernière avait été consentie au contribuable à raison de sa qualité de dirigeant du groupe, que sa levée était subordonnée à l'exercice de fonctions au sein de ce dernier pendant au moins cinq ans, que le nombre d'actions pouvant être achetées dépendait du taux de rendement interne de l'investissement réalisé par plusieurs sociétés auxquelles il s'était associé pour prendre le contrôle de ce groupe, et que l'indemnité d'immobilisation consentie par le contribuable avait un caractère modique - moins de 1% du gain retiré - vous avez jugé que ses caractéristiques impliquaient que le gain issu de sa levée soit considéré comme un complément de salaire imposable au barème progressif de l'impôt sur le revenu.

En d'autres termes, ce n'est que parce que les sommes en cause trouvaient leur source dans l'avantage concédé au contribuable consistant en la faculté d'acquérir des titres à des conditions préférentielles que vous leur avez reconnu le caractère de traitements et salaires. Si en revanche elles avaient constitué la rémunération d'un apport en capital, elles auraient dû, comme l'expliquait votre rapporteure publique E. Cortot-Boucher, être regardées comme un revenu d'actions suivant le régime des revenus de capitaux mobiliers, la taxation en tant que

---

<sup>4</sup> « sont considérés comme provenant de l'exercice d'une profession commerciale ou comme revenus assimilés aux bénéfices non commerciaux, les bénéfices (...) de toute occupations, exploitations lucratives et sources de profits ne se rattachant pas à une autre catégorie de bénéfices ou de revenus »

plus-value de cession étant par construction exclue s'agissant d'un gain de levée d'option d'achat de titres.

Des motifs similaires semblent avoir justifié la non-admission d'une affaire dans laquelle l'administration avait taxé en traitements et salaires le gain réalisé par un dirigeant à l'occasion de la cession d'actions acquises par levée d'une option d'achat à un prix inférieur à leur valeur réelle et assortie d'une garantie de revente à cette valeur quelques jours plus tard (9<sup>e</sup> ch (na), 21 février 2018, n° 405679, RJF 5/18, n° 486, ccl. Y. Bénard).

Votre jurisprudence relative à l'imposition des gains de *management package* se résume pour le reste à une décision *Lefèvre* du 15 février 2019 (n° 408867, RJF 5/19 n° 440, ccl. E. Cortot-Boucher C. 440), relative à la taxation d'une somme résultant non pas directement de la cession d'actions par le contribuable mais de la rétrocession à ce dernier d'une fraction de la plus-value de cession d'actions par des tiers en rétribution de ses résultats et de sa performance dans l'exercice de ses fonctions de manager.

Quoique la jurisprudence judiciaire ne soit pas non plus fournie, mérite tout de même également d'être mentionnée une décision du 4 avril 2019 (Cass. Civ., 2<sup>ème</sup>, n° 17-24470), par laquelle la 2<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation a jugé que l'avantage consistant à offrir à des salariés, à l'occasion du contrat du travail, la possibilité de souscrire des bons de souscription d'actions à des conditions préférentielles devait être compris dans l'assiette des cotisations sociales (voyez Camille Ventejou, « *Management package : entrée sur scène de la 2<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation* », JCP S, 21 mai 2019, n° 20, pp. 34-39).

Sans avoir pour ambition de trancher à l'occasion des présentes affaires l'ensemble des questions que pose l'imposition des gains de *management package*, il nous semble possible de retenir sur le sujet quelques idées simples.

Pour déterminer si le gain tiré de la cession d'actions revêt ou non le caractère de traitements et salaires, il nous semble d'abord qu'il faut vous demander si elles rémunèrent une activité professionnelle ou si elles constituent la contrepartie du comportement d'investisseur du contribuable. Dans cette perspective, le critère du rattachement à l'activité professionnelle, est déterminant, bien qu'il ne soit pas à lui seul suffisant : la notion de salaire renvoyant avant tout à la rétribution d'un travail, il est exclu que vous regardiez comme un complément de salaire un avantage qui serait dépourvu de lien avec la relation de travail.

Seule la fraction du gain résultant d'un tel avantage peut à nos yeux être taxée dans la catégorie des traitements et salaires ce qui exclut par construction celle qui trouverait sa source dans la variation du cours d'un titre sur le marché. Une telle somme, qui correspond à un gain en capital, a en effet par nature le caractère d'une plus-value de cession sur valeurs mobilières. En revanche, rien ne fait par principe obstacle à ce que le produit du rachat par une société de ses propres titres, qui, bien que suivant le régime des plus-values de cession, s'apparente à une distribution de bénéfices, puisse donner lieu à requalification en traitements et salaires dans l'hypothèse où il traduirait l'octroi par l'employeur d'un avantage de nature financière en rémunération du travail accompli.

L'absence ou le caractère modéré du risque pesant sur la réalisation du gain, mobilisée à plusieurs reprises par le comité de l'abus de droit fiscal pour déterminer la nature salariale de revenus (voyez ses avis n° 2012-38 du 5 octobre 2012 ; n°s 2013-10 et 2013-11 du 23 mai 2013 ; n°s 2013-14 et 2013-15 du 13 juin 2013, s'agissant de cas dans lesquels

l'administration fiscale avait mis en œuvre la procédure d'abus de droit en estimant que le contribuable avait déguisé des gains de nature salariale en plus-values de cession) nous paraît devoir être rattachée à cette notion d'avantage. En couvrant partiellement ou totalement son salarié contre le risque auquel il serait exposé s'il se comportait en investisseur, l'employeur lui consent bien un avantage de nature financière se traduisant par un gain assimilable à un salaire (sur la notion de risque ou d'aléa, voyez la chronique de N. Labrune sur la décision *Gaillochet* à la RJF 12/14 p. 1043 ainsi que l'article de D. Gutmann, *Brèves remarques sur l'ambiguïté fiscale du salariat*, Dr. Fisc. 9/16 comm. 187).

En l'espèce, la cour s'est attachée à caractériser la volonté de WI de faire bénéficier ses cadres dirigeants d'un dispositif d'intéressement. Elle a relevé que cette volonté ressortait de plusieurs des pièces versées au dossier, et notamment du rapport annuel 2004 de WI, d'un communiqué de cette société du 3 décembre 2004, du compte-rendu de la réunion du comité de gouvernance du conseil de surveillance de cette même société du 17 avril 2007 et du compte-rendu de la réunion du conseil d'administration de la société SLPS du 24 avril 2007<sup>5</sup>, que l'entreprise avait pour volonté d'intéresser ses cadres dirigeants aux résultats de la société WI et que le bénéfice du dispositif était subordonné à l'exercice d'une activité au sein de cette dernière (point 49 de l'arrêt Gautier et point 19 de l'arrêt Mangeot de Thiballier). Ce point ne nous paraît pas contestable à la lecture du dossier, qui fait également état de ce que l'entrée au capital de CDA était conditionnée à la signature d'une promesse unilatérale de vente des actions à leur prix de souscription en cas de licenciement (voyez la proposition de rectification, p.14) et de ce que la fraction du capital détenue par chacun des actionnaires était fonction de son niveau de responsabilités au sein du groupe.

Puis, sans nier l'importance des sommes investies par les contribuables, la cour a estimé qu'aucun des investissements qu'ils avaient consentis dans la société CDA n'était risqué, en particulier parce que les opérations qui se sont déroulées par la suite étaient connues à l'avance, ce dont elle a déduit que les gains devaient être intégralement imposées en traitements et salaires. C'est sur ce point surtout que les motifs de l'arrêt sont vigoureusement contestés.

Pour aboutir à cette conclusion, la cour s'est appuyée sur trois éléments (voyez le point 50 de l'arrêt rendu dans l'affaire Gautier et le point 20 de l'arrêt rendu dans l'affaire Mangeot de Thiballier) : premièrement, l'acquisition par les intéressés de titres de CDA à leur valeur nominale, sans prime d'émission, alors que l'acquisition de l'option d'achat auprès de Solfur - puis de la société Solfur elle-même - avait fortement valorisé la société ; deuxièmement, le fait que les apports en compte courant d'associé qu'ils ont consentis pour financer leur quote-part du prix de l'option d'achat auprès de Solfur, d'un montant de 4 M €, leur ont été intégralement remboursés par cette société en juillet 2006, bien avant le débouclage en mai 2007, et que cette option, indépendamment de son prix, avait elle-même été consentie à des conditions avantageuses puisqu'elle était payable en trois fois et qu'elle pouvait être levée sur une période de six années permettant de déboucler l'opération au moment le plus favorable ; enfin, que les apports à CDA de leurs droits dans un tierce société, dénommée Compagnie de l'Aurette, étaient intervenus en février 2007, date à laquelle le débouclage était imminent, en vue de lui permettre d'acquérir les 125 000 actions Solfur SA détenues par WI, correspondant à 12 M € de trésorerie et, par transparence, au contrôle de

---

<sup>5</sup> La cour a également fait mention à cette étape de son raisonnement du rapport de la banque ABN AMRO mais pour les raisons que nous avons exposées précédemment, ce rapport n'était pas déterminant pour établir le lien entre le gain réalisé et la relation de travail des intéressés avec la société Wendel.

4,66% du capital social de cette société, les actions WI correspondantes ayant ensuite été acquises directement par CDA en contrepartie du rachat par WP de ses propres titres.

Nous avons un temps été tentée de suivre l'analyse de la cour consistant à faire découler la qualification de salaire de la démonstration, selon laquelle les contribuables bénéficiaient à chaque étape de la garantie d'un retour sur investissement – point d'ailleurs fort contesté en cassation et qui pose à quelques questions délicates.

Mais à trop regarder les choses sous cet angle, il nous semble que les juges d'appel ont perdu de vue un chaînon essentiel du raisonnement, tenant à l'origine des gains qu'ils avaient sous les yeux.

Nous l'avons dit, seuls peuvent le cas échéant relever d'une imposition en traitements et salaires les gains qui trouvent leur source dans l'avantage consenti à un contribuable à raison de ses fonctions dans l'entreprise. Or, ici, la cour a, d'un côté, caractérisé la volonté de WI d'intéresser à son capital un certain nombre de ses cadres, et s'est attachée de l'autre, à démontrer la certitude d'un retour sur investissement, allant même, - ce qui est à nos yeux discutable -, jusqu'à faire état de l'absence totale de risque encouru par les contribuables. Mais à aucun moment, elle n'a précisément identifié l'avantage qui leur aurait été consenti par leur employeur dans le cadre du dispositif d'intéressement mis en place, ni retracé le lien entre cet avantage et le gain réalisé. Si elle a relevé que les contribuables étaient entrés en 2004 au capital de CDA à la valeur nominale des titres, sans prime d'émission, alors que l'acquisition d'une option d'achat des titres WP auprès de Solfur avait à cette date fortement valorisé la société, c'est en effet seulement pour en déduire que l'investissement consenti à cette occasion n'était pas risqué, et non pour en tirer les conséquences sur la nature du gain.

Comme l'indiquait le rapporteur public O. Lemaire dans ses conclusions devant la cour, il n'est pas impossible que les gains réalisés par les contribuables le 3 mai 2007, qui correspondent à un gain de rachat de titres, trouvent leur source dans un avantage de nature financière consenti par la société WI en rémunération de leur performance plutôt que dans le rachat par CDA de ses titres à leur valeur réelle. Ce point devra faire l'objet d'une discussion entre les parties, étant entendu que l'éventuelle caractérisation d'un avantage consenti par WI à CDA nous paraîtrait devoir donner lieu à imposition à son niveau de la libéralité qui lui aurait ainsi été consentie.

Quoi qu'il en soit, l'absence ou le caractère modéré du risque encouru par les contribuables ne nous paraît pas suffire à commander la requalification en traitements et salaires dès lors qu'il ne résulte pas d'un avantage qui leur aurait été consenti à raison de leurs fonctions. Un tel avantage ne peut selon nous qu'être de nature financière, la circonstance que l'entrée au capital de CDA n'ait été ouverte qu'aux cadres de WI étant sans doute de nature à caractériser l'existence d'un lien avec l'employeur, mais non à influencer sur la nature des sommes en cause.

Quant à l'idée selon laquelle ils auraient investi au bon moment, parce qu'ils avaient connaissance voire qu'ils maîtrisaient la teneur et la chronologie des opérations qui allaient se dérouler ensuite, elle ne nous semble pas de nature à justifier une requalification en salaires, sauf à dire que l'ensemble des gains de management package devraient être imposés comme tels, car le fait d'inciter les dirigeants à participer, par leur action, à la valorisation de la société qui les emploie est le propre de ces dispositifs. Le gain qui trouve sa source dans cette

action, qui bénéficie aussi à l'ensemble des autres actionnaires de l'entreprise, d'est d'ailleurs ni supérieur ou différent de celui que pourraient réaliser ces autres actionnaires.

Pour les motifs que nous avons exposés, nous vous proposons de censurer l'erreur de droit commise par la cour en faisant droit à la demande de substitution de base légale présentée par l'administration sans caractériser l'existence d'un avantage qui aurait été consenti aux contribuables par la société WI en rémunération de leur activité, et de lui renvoyer les affaires.

**6.** Nous ne vous dirons qu'un mot très bref, pour finir, s'agissant pénalités pour abus de droit (80% dans le cas de M. et Mme Gautier, 40% dans le cas de M. Mangeot de Thiballier).

Les requérants estiment en substance que l'administration pouvait requalifier en salaire la plus-value d'apport réalisée en 2007 sans recourir à la procédure d'abus de droit. Invoquant votre décision *Kalpokdjian* du 6 octobre 2010 (n° 299986, RJF 2011 n° 77) qui juge fermée la voie de l'abus de droit, alors même que les conditions seraient remplies, lorsqu'une autre voie, en l'occurrence le recours à l'acte anormal de gestion, permettait de fonder les redressements. Le requérant estime qu'ici, l'administration ne pouvait lui infliger les pénalités prévues à l'article 1729 du code général des impôts au motif qu'une simple requalification du gain en traitements et salaires aurait suffi à fonder les redressements. Mais ce raisonnement ne nous paraît pas tenir : l'administration ne pouvait requalifier les sommes litigieuses en salaires sans écarter préalablement l'interposition de la société civile soumise à l'IS comme entachée d'abus de droit.

PCMNC dans le sens des observations qui précèdent ainsi qu'au renvoi des affaires à la cour administrative d'appel de Paris et à ce qu'une somme de 3000 euros soit mise à la charge de l'Etat sous chacun des pourvois.

