

statuant
au contentieux

N° 435452

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. T...

M. Matias de Sainte Lorette
Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux
(Section du contentieux, 3ème, 8ème, 9ème et 10ème chambres
réunies)

Mme Emilie Bokdam-Tognetti
Rapporteuse publique

Sur le rapport de la 9ème chambre
de la Section du contentieux

Séance du 25 juin 2021
Décision du 13 juillet 2021

Vu la procédure suivante :

M. B... T... a demandé au tribunal administratif de Versailles de prononcer la décharge des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu et de contributions sociales auxquelles il a été assujéti au titre de l'année 2007, ainsi que des majorations pour abus de droit. Par un jugement n° 1402944 du 2 mai 2017, le tribunal administratif de Versailles a prononcé la décharge de la somme correspondant à l'application de la majoration de 80 % prévue par les dispositions du b de l'article 1729 du code général des impôts aux droits rappelés en matière de traitements et salaires et à l'imposition dans les conditions de droit commun de la plus-value résultant de la cession des actions ordinaires de la SAS Financière Derby, et a rejeté le surplus de sa demande.

Par un arrêt n° 17VE01939 du 29 août 2019, la cour administrative d'appel de Versailles a rejeté l'appel formé par M. T... contre ce jugement.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et deux nouveaux mémoires, enregistrés les 21 octobre et 13 décembre 2019, le 26 février et le 22 octobre 2020 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, M. T... demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cet arrêt ;

2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à son appel ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....
Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code général des impôts ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Matias de Sainte Lorette, maître des requêtes,
- les conclusions de Mme Emilie Bokdam-Tognetti, rapporteure publique ;

La parole ayant été donnée, après les conclusions, à la SCP Piwnica, Molinie, avocat de M. T... ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que M. T... s'est associé le 13 juillet 2005 avec plusieurs fonds communs de placement à risques et sociétés financières, dans une société holding, la société KAPPA 42, en vue de l'acquisition, par celle-ci, de l'intégralité des actions composant le capital social de la société Chaussures Cendry, conformément aux termes et modalités du contrat d'acquisition conclu le même jour entre la société KAPPA 42 et les actionnaires de la société Chaussures Cendry. Dans cette perspective, l'assemblée générale de la société KAPPA 42 a notamment décidé, le 26 septembre 2005, une augmentation de capital de 38 192 euros à 7 288 244 euros par l'émission de 453 127 actions nouvelles, et la transformation de la société en société par actions simplifiée « SAS Financière Derby », dont M. T... a été nommé président. M. et Mme T... ont souscrit respectivement 42 500 et 18 750 actions ordinaires pour un prix unitaire de 16 euros et l'assemblée générale a décidé l'émission de 61 250 bons de souscription d'actions (BSA) au profit de M. T... pour un prix unitaire de 0,32 euros. Le 4 juin 2007, M. T... ainsi que l'ensemble des investisseurs financiers ont cédé l'intégralité de leurs titres de la SAS Financière Derby à la société Vivarte. A la suite d'un examen contradictoire de la situation fiscale personnelle de M. T..., l'administration fiscale a notamment estimé que le gain retiré de la cession des BSA constituait non pas une plus-value de cession de valeurs mobilières mais des salaires versés à raison de ses fonctions de directeur du développement de la société Chaussures Cendry, imposables à ce titre. M. T... se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 29 août 2019 par lequel la cour administrative d'appel de Versailles a rejeté son appel contre le jugement du 24 avril 2017 par lequel le tribunal administratif de Versailles n'a que partiellement fait droit à sa demande tendant à la décharge, en droits et pénalités, des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu et de contribution sociales auxquelles il a été assujéti au titre de l'année 2007.

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

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

4. Il en résulte que M. T... ne peut utilement soutenir que la cour aurait insuffisamment motivé son arrêt en jugeant que la valeur initiale des bons était particulièrement faible sans rechercher quelle était leur valeur vénale, dès lors que cette question était sans incidence sur l'issue du litige, qui portait sur l'imposition d'un gain de cession.

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

6. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, d'une part, M. T... était désigné par un rapport du comité d'investissement du 14 mars 2005 comme le futur « manager de reprise » du groupe Cendry, devant exercer les fonctions de Président Directeur Général de la structure et dont les modalités d'intéressement restaient encore « à affiner sur la base des formules habituelles », d'autre part, que le pacte d'actionnaires de la SAS Financière

Derby prévoyait que les investisseurs « ont pour intention d'accompagner la société pendant une durée comprise entre trois à sept ans, et ce afin de participer à l'accomplissement du projet de développement élaboré avec Monsieur B... W... », enfin, que ce pacte déterminait les modalités d'exercice de ses fonctions par l'intéressé et ses obligations envers la société, ainsi que les conditions d'incessibilité temporaire des titres qu'il détenait, lui imposait une obligation de « loyauté – exclusivité » envers les sociétés du groupe Cendry, lui fixait un engagement de non-concurrence en sa qualité d'actionnaire ou de vendeur de titres liés aux activités du groupe Cendry et comportait une promesse de vente et d'achat de ses titres en cas de décès, départ ou de violation de ses engagements pour un montant global de un euro, ainsi qu'une promesse unilatérale d'achat des investisseurs. Il ressort également des pièces du dossier soumis aux juges du fond, et notamment du contrat de souscription des BSA, que ces derniers avaient été attribués au seul M. T..., président de la SAS Financière Derby, recruté comme directeur du développement de la société Cendry par un contrat de travail daté du 26 septembre 2005, chargé de la définition et de la mise en œuvre de la politique de développement de l'entreprise. Il ressort, enfin, des mêmes pièces du dossier soumis aux juges du fond, d'une part, que le contrat de souscription des BSA faisait dépendre tant la faculté d'exercer les bons que le nombre de ces derniers, en premier lieu, de l'obtention d'un taux de rendement interne (TRI) minimum à l'issue de l'opération de rachat de la société Financière Derby par un repreneur, en second lieu, de la réalisation par les investisseurs d'un multiple supérieur à 2 lors de la revente de leurs titres et ce afin, selon les termes du contrat de souscription de ces bons, d'opérer une « rétrocession » au Manager d'une « super plus-value », d'autre part, que le « manager » s'engageait à ne pas céder les bons en dehors des cas limitativement prévus par le pacte d'actionnaires de la SAS Financière Derby.

7. C'est sans dénaturation des pièces du dossier ni erreur de droit que la cour a pu déduire de l'ensemble des circonstances rappelées au point précédent que l'attribution de BSA visait à associer M. T..., en raison de ses fonctions de dirigeant, au partage de la plus-value dégagée lors de la cession de la SAS Financière Derby - alors même que l'intéressé détenait, par ailleurs, des actions ordinaires de cette société – et que le gain qu'il a réalisé en cédant ses bons « avait essentiellement la nature ... d'un versement à caractère incitatif, par lequel les actionnaires ont décidé de rétribuer ensemble l'exercice effectif de ses fonctions de manager par M. T... et les résultats et performances ayant résulté de cet engagement professionnel ».

8. Il résulte de ce qui a été dit au point 5 ci-dessus qu'ayant ainsi caractérisé l'existence d'un revenu acquis en contrepartie des fonctions de cadre dirigeant de M. T..., la cour a pu, sans erreur de qualification juridique des faits, juger que l'administration établissait qu'il ne pouvait être regardé comme ayant réalisé un gain en capital taxable dans la catégorie des plus-values mais comme ayant perçu un complément de rémunération, imposable au barème de l'impôt sur le revenu dans la catégorie des traitements et salaires en application des articles 79 et 82 du code général des impôts. Il y a lieu par voie de conséquence d'écarter les moyens dirigés contre les motifs surabondants par lesquels l'arrêt se prononce sur l'existence d'un risque afférent à l'opération.

9. Il résulte de tout ce qui précède que M. T... n'est pas fondé à demander l'annulation de l'arrêt qu'il attaque. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de l'Etat lequel n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante.

DECIDE :

Article 1^{er} : Le pourvoi de M. T... est rejeté.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à M. B... T... et au ministre de l'économie, des finances et de la relance.

