

N° 315831

Ministre du Budget, des Comptes Publics

Et de la Fonction Publique c/ M. ██████████

Rapp. : E. Cortot-Boucher

8^{ème} et 3^{ème} sous-sections réunies

Séance du 8 février 2010

Lecture du 17 mars 2010

CONCLUSIONS

Mme Nathalie ESCAUT, Rapporteur Public

La loi du 31 décembre 1970 a institué en droit français un mécanisme d'options de souscription ou d'achat d'actions, dit aussi « stock-options », qui permet à une société d'accorder à ses salariés et, ou, à ses dirigeants, pendant une certaine durée, le droit de souscrire à une augmentation de capital ou d'acheter des actions à un prix déterminé. Le pourvoi dont vous saisissez le ministre du Budget pose **une question inédite sur le traitement fiscal du gain réalisé par le salarié ou le dirigeant qui cède, avant l'expiration de la période d'indisponibilité, les titres obtenus dans le cadre d'un plan d'options de souscription ou d'achat de son entreprise lorsque, à cette date, il exerce son activité professionnelle dans un autre pays que la France où il travaillait à la date d'attribution de l'option.**

M. ██████████, salarié de la Société Total Fina SA France, avait bénéficié, le 5 septembre 1995, d'une offre de souscription de 2 500 options d'achats d'actions de la société dont il était employé. Les 11 mai et 16 septembre 1999 et les 3 février et 29 mai 2000, il a levé une partie de ses options qu'il a immédiatement cédées. Ces opérations se sont traduites par un gain de 206 711 francs pour l'année 1999 et de 524 109 francs pour l'année 2000. Mais à la suite d'un contrôle sur pièces, l'administration fiscale a constaté que M. ██████████ n'avait pas déclaré l'avantage tiré de ces cessions d'actions. Elle l'a alors réintégré dans ses bases imposables à l'impôt sur le revenu, dans la catégorie des traitements et salaires en application de l'article 80 bis du code général des impôts, les cessions de titres ayant eu lieu avant la fin de la période d'indisponibilité prévue par l'article 163 bis C du même code. M. ██████████ n'a pas contesté le principe de l'imposition de son gain mais a demandé, sur le fondement de l'article 11 de la convention fiscale franco-belge, qu'il soit imposé au prorata de son temps de présence en France au cours des deux années en cause au motif que, tout en ayant conservé son domicile fiscal en France, il avait été détaché dans la filiale belge de son entreprise, en qualité de directeur des ressources humaines, du 1^{er} août 1999 au 31 août 2000. Sa réclamation ayant été rejetée, il a saisi le tribunal administratif de Versailles qui, par un jugement en date du 29 mars 2005, a partiellement fait droit à sa requête, estimant que si l'avantage obtenu en 1999 était intégralement imposable en France, le gain réalisé en 2000 ne l'était que partiellement en application de la convention fiscale franco-belge. Mais pour appliquer cette convention, le tribunal a considéré que M. ██████████ devait être regardé comme ayant bénéficié des options d'achat d'actions au titre de son activité exercée depuis la date de leur attribution jusqu'aux

différentes dates de leur levée. Il a, en conséquence, opéré la ventilation des gains sur cette même période et non sur la seule année de réalisation de la plus-value comme le lui demandait le contribuable. Sur appel de M. de █████, la cour administrative d'appel de Versailles, par un arrêt en date du 21 février 2008, a confirmé son imposition des gains réalisés en 1999 mais a fait droit à sa requête s'agissant de ceux de l'année 2000 en ventilant la partie imposable en Belgique et celle imposable en France au regard du lieu d'exercice de son activité professionnelle au cours de la seule année 2000. Le ministre du Budget, des comptes publics et de la fonction publique se pourvoit régulièrement en cassation contre cet arrêt en tant qu'il a statué sur l'imposition due par M. de █████ au titre de l'année 2000.

Rappelons que lorsqu'un salarié ou un mandataire social bénéficie d'un plan d'options d'achats de titres de la société dans laquelle il travaille, dans les conditions prévues par les dispositions des articles L. 225-177 à L. 225-186 du code de commerce, il est susceptible de réaliser trois gains financiers qui sont imposés à deux moments différents :

- il y a d'abord le rabais éventuellement consenti par l'employeur sur le prix d'achat des actions qui correspond à la différence entre la valeur réelle du titre au moment de l'attribution de l'option et le prix fixé pour son exercice. Ce gain, si le rabais est supérieur à 5 %, est imposé comme complément de salaire au moment de l'exercice de l'option en application du II de l'article 80 bis du code général des impôts ;

- le salarié peut en outre réaliser deux gains : d'une part, une plus-value d'acquisition obtenue lors de la levée de l'option et qui correspond à la différence entre la valeur réelle de l'action lors de sa levée et le prix fixé pour l'exercice de l'option, et d'autre part, une plus-value de cession réalisée lors de la vente des titres. Ces deux avantages sont souvent obtenus en même temps, le salarié, afin de n'avoir aucun fonds à déboursier, pouvant vendre ses titres au moment de la levée d'option. Ces deux gains sont imposés à la date de la vente des titres, en principe comme complément de salaire en application du I de l'article 80 bis, sauf s'ils entrent dans le champ du régime d'imposition des gains en capital prévu par l'article 163 bis C dès lors que la cession des titres est postérieure à une période d'indisponibilité qui était initialement fixée à 5 ans et qui, pour les options attribuées depuis le 27 avril 2000, est désormais de quatre ans : vous pouvez voir pour ce régime votre décision du 25 novembre 2009, M. et Mme Lachmann, n° 323334, à mentionner aux Tables.

En l'espèce, M. de █████ n'a pas bénéficié de rabais et il a cédé ses titres le jour même de la levée de son option. Il n'a donc réalisé qu'une plus-value d'acquisition. Celle-ci était imposable comme complément de salaire en application de l'article 80 bis du code général des impôts dès lors que la levée des options avait eu lieu avant l'expiration du délai de cinq ans, alors applicable, pour entrer dans le champ du régime d'imposition du I de l'article 163 bis C. Au regard du droit interne, l'administration fiscale pouvait donc l'imposer dans la catégorie des traitements et salaires.

Mais M. de █████, bien qu'ayant conservé son domicile fiscal en France au cours des années 1999 et 2000 alors qu'il travaillait en Belgique, soutenait que les revenus en litige devaient être imposés selon les règles de l'article 11 de la convention fiscale franco-belge du 10 mars 1964 qui stipule, dans son 1^{er} paragraphe, que « ... les traitements, salaires et autres rémunérations analogues ne peuvent être imposés que dans l'Etat contractant sur le territoire duquel s'exerce l'activité personnelle source de ces revenus ». Son paragraphe 2 déroge à cette règle d'imposition lorsque la personne séjourne temporairement dans l'autre Etat, c'est à dire pour des périodes n'excédant pas 183 jours au cours de l'année civile, qu'elle est rémunérée

par son employeur français et qu'elle n'est pas à la charge d'un établissement stable ou d'une installation fixe de son employeur en Belgique. Tel était bien le cas de M. de ██████ en 1999, c'est pourquoi, au titre de cette année, qui n'est plus en litige devant vous, la convention fiscale franco-belge ne lui permettait pas d'échapper à l'imposition intégrale de son gain en France. En revanche, pour l'année 2000, au cours de laquelle il a exercé son activité professionnelle en Belgique plus de 6 mois, il était susceptible d'entrer dans le champ d'application du premier paragraphe de l'article 11 de la convention fiscale franco-belge.

Conformément aux principes dégagés par votre décision d'Assemblée du 28 juin 2002 *Ministre c/Société Schneider Electric*, publiée à la RJF 10/02 n° 1080, il faut alors déterminer si ces stipulations s'opposent à l'imposition en France des gains du contribuable. La convention franco-belge ne comporte aucune stipulation relative aux avantages résultant de la levée d'options d'achat d'actions. On pourrait dès lors se demander s'ils n'entrent pas dans le champ de l'article 18 de la convention, dit « article balai », qui prévoit l'imposition des revenus d'un résident d'un Etat contractant dans cet Etat lorsque les autres articles de la convention n'en disposent pas autrement. Cette solution a été retenue par un arrêt de la cour administrative d'appel de Versailles en date du 3 mai 2007, *Bannerman*, n° 05-00524. Toutefois, nous ne vous proposerons pas de l'adopter. En effet, l'article 22 de la convention pose le principe que « tout terme non spécialement défini dans la présente convention aura, à moins que le contexte n'exige une autre interprétation, la signification que lui attribue la législation régissant, dans chaque Etat contractant les impôts faisant l'objet de la convention ». En application d'une telle règle d'interprétation des conventions fiscales, que vous avez déjà eu l'occasion de mettre en œuvre, par exemple dans votre décision du 22 mai 1992, *SPA Raffaella*, publiée à la RJF 7/92 n° 960, ou votre décision du 13 octobre 1999, *Ministre c/Banque française de l'Orient*, publiée à la RJF 12/99 n° 1587, nous n'avons guère de doute sur le fait que vous pourrez juger que l'avantage retiré de la levée d'options d'achat entre dans la notion des « rémunérations analogues » aux traitements et salaires. En effet, sauf lorsqu'il résulte de la levée d'options après l'expiration de la période d'indisponibilité, hypothèse que vous n'avez pas à trancher dans le présent litige, ce gain est qualifié en droit interne de complément de salaire en application de l'article 80 bis du code général des impôts.

Si vous nous suivez pour admettre que les avantages résultant de la levée d'options d'achat d'actions entrent dans le champ de l'article 11-1 de la convention fiscale franco-belge, **se pose alors une question plus délicate sur les modalités de leur imposition au regard de ces stipulations qui prévoient l'imposition des salaires dans l'Etat sur le territoire duquel s'exerce « l'activité personnelle source de ces revenus »**. La notion d'« activité personnelle source des revenus » n'est pas définie par la convention. En application de son article 22 précité, c'est donc à nouveau au regard du droit national qu'il faut l'interpréter. Dans l'arrêt attaqué, la cour a jugé, en se fondant sur les dispositions de l'article 163 bis C du code général des impôts qui prévoient que « l'avantage en nature résultant de la levée d'option est ajouté au revenu imposable de l'année au cours de laquelle le salarié en aura disposé », que seule l'année du fait générateur de l'impôt pouvait être prise en compte pour répartir le droit d'imposer entre la France et la Belgique. Elle en a déduit que M. de ██████ ayant exercé son activité professionnelle en France du 1^{er} août au 31 décembre 2000, le gain réalisé au cours de cette année était imposable en France à concurrence des 4/12èmes.

Pour critiquer ce raisonnement, le ministre reproche principalement à la cour d'avoir commis une erreur de droit en appréciant la quote-part de l'avantage obtenu par M. de ██████ imposable en France au regard de la seule année au cours de laquelle il a été réalisé sans se référer à la période séparant l'octroi des options de leur levée. Il explique que le complément

de salaire ainsi obtenu résulte de l'activité exercée par le salarié entre la date d'attribution des options et celle de leur levée et non de la seule activité exercée au moment de la levée des options.

Contrairement à ce que soutient M. de [REDACTED] dans ses écritures en défense devant vous, nous croyons que ni les dispositions du II de l'article 163 bis C du code général des impôts, ni le principe de l'annualité de l'impôt n'imposent la solution retenue par la cour. En effet, ici n'est pas en cause le principe de l'annualité de l'impôt mais la répartition du droit d'imposer entre deux Etats. Par ailleurs, si l'article 163 bis C détermine le fait générateur de l'imposition du gain résultant de la levée de l'option d'achat d'actions, ce dernier n'est pas nécessairement assimilable à la notion d'« activité personnelle source de revenus ». En effet un salaire versé au cours d'une année donnée peut rémunérer une activité exercée au cours d'une autre année, notamment par exemple, pour la rémunération de droits d'auteur. Il faut donc distinguer le fait générateur de l'impôt qui est, en l'espèce, la date de cession des actions, de l'activité rémunérée par l'attribution des options d'achat d'actions.

Pour déterminer le traitement fiscal des gains de la levée d'options d'achat d'actions au regard de la notion d'activité personnelle source des revenus, il faut rechercher ce que rémunère l'attribution de ces options d'achat afin d'identifier l'activité qui est à l'origine des gains qui en résulte. Cette réponse ne peut être unique car si le régime des stocks options est fixé par les articles L. 225-177 et suivants du code de commerce, ces dispositions se bornent à déterminer les principes encadrant ce régime et renvoient à l'assemblée générale extraordinaire de la société ou à son conseil d'administration le soin de fixer les conditions dans lesquelles sont consenties les options. Il nous semble dès lors que la question de savoir ce que rémunère l'attribution d'options d'achat d'actions aux salariés ou dirigeants d'une société est une question de fait. Pour se prononcer sur cette question, le juge de l'impôt pourra se fonder sur le règlement du plan d'options qui, comme l'indique le Mémento pratique « Sociétés commerciales » des éditions Francis Lefebvre (n° 18780 et 18781), contient l'ensemble des conditions d'exercice des options et est remis à chaque salarié concerné. Les parties pourront aussi lui apporter tous les autres éléments utiles pour définir l'objet de l'attribution des options de l'entreprise, notamment au regard de la lettre d'attribution des options envoyée à son bénéficiaire. Cette même démarche est d'ailleurs recommandée pour déterminer les services auxquels l'option d'achat d'actions se rattache par un rapport de l'OCDE, en date du 23 août 2004 et intitulé « plans d'options d'achat pour les salariés : problèmes transfrontaliers concernant l'impôt sur le revenu » (paragraphes 27 et 28).

Au vu de ces éléments, le juge de l'impôt pourra déterminer lequel des deux objets, énumérés par ce même rapport de l'OCDE, l'attribution d'options d'achat d'actions rémunère : des services passés du salarié ou des services futurs :

- dans la première hypothèse, l'attribution d'options d'achat d'actions correspond à une sorte de prime récompensant l'activité passée du salarié ou du dirigeant. Tel est le cas lorsqu'elle est décidée sans exiger de condition de présence dans l'entreprise de l'intéressé lorsqu'il lèvera l'option, ou sans prévoir de délai pour cette levée. Dans ce cas, l'activité source du gain résultant de la levée de l'option est l'activité réalisée au moment de son attribution. Si le contribuable était alors en France, le gain y sera imposable quel que soit l'endroit où il travaille lorsqu'il pourra exercer son droit de lever l'option ;

- dans la seconde hypothèse, l'attribution d'options d'achat permet de fidéliser et de motiver les employés et dirigeants de l'entreprise. Elle est alors subordonnée à une condition

de délai ou de performance qui constitue ainsi une clause suspensive du bénéfice de l'option. L'attribution d'actions gratuites, introduite par la loi de finances pour 2005, et régie par les articles L 225-197-1 et suivants du code de commerce, est ainsi toujours soumise à une durée minimale de conservation des titres. Dans ces cas de figure, le gain résultant de la levée de l'option rémunère toute l'activité du salarié entre la date à laquelle il a bénéficié du plan et la date à laquelle il a exercé ou a pu lever son option. Pour pouvoir l'imposer, lorsque le salarié est parti à l'étranger au cours de cette période, il faut donc faire un prorata en fonction de la durée de l'activité exercée respectivement en France et à l'étranger.

Se pose alors une dernière question : **la période à prendre en compte pour déterminer la durée de ce prorata** est-elle celle qui va de l'attribution de l'option d'achat d'actions jusqu'à la date à laquelle le salarié a eu la possibilité juridique de lever l'option, ou, celle qui va de l'attribution jusqu'à la levée effective de l'option par le salarié ? Les conséquences de ce choix sont importantes pour le salarié qui part à l'étranger : par exemple si les options dont il a bénéficié peuvent être levées à compter du 1^{er} février d'une année et qu'il exerce cette option le 1^{er} septembre alors qu'il travaillait à l'étranger depuis le 1^{er} juillet, son gain sera imposable en France si on retient la première règle mais devra fait l'objet d'une imposition au prorata si on applique au contraire la seconde règle. Si nous n'avons guère d'hésitation à vous proposer de retenir la date de la possibilité juridique de lever l'option pour le contribuable, c'est parce qu'en retenant la date de la levée effective de l'option, on laisse au contribuable la liberté de modifier les règles de répartition de l'imposition entre deux Etats. Ajoutons que l'OCDE, dans son rapport précité de 2004 (paragraphe 5), définit la notion dite d'acquisition de l'option comme la date à laquelle le salarié acquiert le droit de lever l'option.

Si vous nous suivez, vous jugerez donc que **la cour a commis une erreur de droit** en jugeant que seule l'année du fait générateur de l'impôt pouvait être prise en compte pour répartir, entre la France et la Belgique, le droit d'imposer le gain obtenu par M. de [REDACTED] lors des levées de ses options d'achat d'actions au cours de l'année 2000, sans rechercher quelle était l'activité rémunérée par l'attribution d'options d'achat d'actions dont le contribuable avait bénéficié.

**** Si vous ne nous suivez pas, les autres moyens du ministre ne devraient pas vous retenir :**

* il reproche à la cour de ne pas avoir suffisamment motivé son arrêt en ne répondant pas à ses moyens tirés d'une part, de l'existence de l'objectif de fidélisation des salariés poursuivi lors de la mise en place du plan de « stock options », et d'autre part, de l'application de l'article 81 A-II du code général des impôts. Mais d'une part, la cour a écarté le moyen du ministre tiré de l'objectif de fidélisation des salariés en le regardant comme sans incidence, et d'autre part, elle n'avait pas à répondre au moyen tiré de l'article 81 A II dès lors que ces dispositions concernaient les salariés détachés à l'étranger pour certaines activités dans le champ desquelles n'entrait pas celle exercée en Belgique par M. de [REDACTED];

* si le ministre soutient aussi que la cour a commis une erreur de qualification juridique des faits et entaché son arrêt d'une contradiction de motifs en ne déduisant pas des circonstances de l'espèce que le complément de salaire en litige était nécessairement lié aux fonctions exercées au cours de la période écoulée entre l'attribution des options et leur exercice, ces moyens ne se distinguent pas du précédent moyen d'erreur de droit soulevé par le ministre.

Nous vous proposons donc d'annuler les articles 1 à 3 de l'arrêt attaqué et de renvoyer l'affaire devant la cour dès lors que le règlement du plan d'options n'est pas au dossier et afin de permettre aux parties de discuter de l'objet des options ainsi accordées. Vous rejetterez en conséquence les conclusions présentées par M. de [REDACTED] au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Par ces motifs, nous concluons :

1° à l'annulation des articles 1, 2 et 3 de l'arrêt attaqué de la cour administrative d'appel de Versailles ;

2° au renvoi, dans cette mesure, de l'affaire pour être jugée par cette cour ;

3° et au rejet des conclusions présentées par M. de [REDACTED] au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.