

N° 433965
M. et Mme J

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies

Séance du 12 janvier 2022
Décision du 28 janvier 2022

CONCLUSIONS

M. Laurent DOMINGO, Rapporteur public

Le pourvoi de M. et Mme J trouve son origine dans une des nombreuses facettes des opérations financières qui ont conduit la société Wendel Investissement à faire, d'abord, l'acquisition, le 30 septembre 2004, auprès de la société Lagardère, du groupe Editis, numéro deux français de l'édition, composé de 60 % des actifs de Vivendi Universal Publishing (anciennement Havas), pour un montant de 660 millions d'euros et, ensuite, à le revendre, le 30 mai 2008, pour 1, 026 milliard d'euros à la société espagnole Planeta (qui le cédera en 2018 à Vivendi).

Certains cadres dirigeants des groupes Wendel et Editis ont été intéressés à l'affaire.

Les premiers en faisant l'acquisition d'actions de la société Compagnie de l'Odyssée.

Vous avez déjà eu à connaître de redressements fiscaux nés de cette partie de l'opération (v. notamm. 27 juin 2019, Ministre de l'action et des comptes publics c/ M. et Mme H , n° 420262 ; Ministre de l'action et des comptes publics c/ M. et Mme D , n° 420382).

Les seconds en faisant l'acquisition d'actions de la société Odyssée Management, qui, comme pour la société Compagnie de l'Odyssée, ont été valorisées par des mécanismes de prises de participation dans la société Odyssée 3, indirectement détenue par la société Wendel Investissement et qui a été amenée à détenir elle-même le groupe Editis.

Au terme des différentes phases du débouclage de l'opération, ce sont les actions Odyssée 3 (renommée Editis Holding pour l'occasion) qui ont été cédées au groupe Planeta.

C'est dans ce cadre que M. J , directeur général adjoint de la société Interforum, filiale du groupe Editis, a acheté, le 20 octobre 2004, 37 500 actions de la société Odyssée Management au prix unitaire de deux euros, soit un total de 75 000 euros.

Le 19 décembre 2005, M. J a cédé ces actions, pour le même prix, à la société privée à responsabilité limitée Vifama Patrimoine, qu'il venait de créer en Belgique avec son épouse et ses trois enfants.

C'est donc cette société belge, et non M. J, qui, le 20 mai 2018, a finalement cédé les actions Odyssée Management à Olifux Finance, détenue par la société Wendel et détenant la société Odyssée 3, pour la somme de 1 212 746 euros, soit un gain, en moins de 4 ans, de 1 137 746 euros. Gain réalisé en franchise d'impôt, l'article 192 du code belge de l'impôt sur les revenus exonérant les plus-values de cession de participations détenues par des sociétés holdings belges.

Après avoir procédé à une visite du domicile de M. et Mme J, exercé son droit de communication auprès d'administrations et de sociétés et sollicité les autorités belges dans le cadre d'une procédure d'assistance administrative, la direction nationale des vérifications de situations fiscales a notifié aux intéressés, au terme d'un contrôle sur pièces, un redressement de leur impôt sur le revenu et de leur contributions sociales de l'année 2008 (proposition de rectification du 5 décembre 2011).

L'administration fiscale a estimé que l'interposition de la SPRL Vifama Patrimoine constituait un abus de droit au sens de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, qui ne lui était donc pas opposable, si bien que le gain réalisé devait être imposé entre les mains de M. et Mme J .

Elle a considéré que ce gain devait être imposé dans la catégorie des traitements et salaires à hauteur de 60 % de son montant et selon le régime des plus-values de cession de valeurs mobilières pour 40 %.

Le tribunal administratif de Paris, par un jugement du 12 juillet 2016, a confirmé l'abus de droit, mais a estimé que le gain en litige devait être imposé pour sa totalité en plus-value. Il a, en conséquence, et en l'absence de demande de substitution de base légale, déchargé M. et Mme J de la fraction d'imposition supplémentaire en litige correspondant à la taxation du gain en traitements et salaires. En appel, la cour administrative d'appel, par un arrêt du 27 juin 2019 (RJF 11/2019 n° 1141 ; Droit fiscal 2019 n° 39, comm. 379 concl. O. Lemaire), a, elle aussi, confirmé l'abus de droit, mais elle, au contraire du tribunal, considéré que la totalité du gain était imposable en traitements et salaires. Elle a en conséquence, après demande de substitution de base légale, rétabli l'imposition en litige mais déchargé les contributions sociales qui n'étaient plus applicables. M. et Mme J se pourvoient en cassation contre cet arrêt.

Ils le critiquent principalement en ce qui concerne l'application de l'abus de droit et le régime d'imposition du gain réalisé, mais aussi, au préalable, sur le terrain de la procédure suivie par la cour.

I. La cour était saisie de deux appels.

Celui de M. et Mme J dirigé contre le jugement en tant que le tribunal ne les avait pas déchargés en totalité de l'imposition, ie en ce qui concerne les 40 % du gain regardés comme une PV.

Celui du ministre dirigé contre la partie du jugement prononçant une décharge partielle, ie en ce qui concerne les 60 % du gain taxé en traitements et salaires.

C'est dans le cadre de l'appel de M. et Mme J que la cour a soulevé, après clôture de l'instruction, un MOP « tiré de l'erreur commise dans la catégorie d'imposition par l'administration fiscale, qui aurait dû taxer l'ensemble du gain en litige dans la catégorie des traitements et salaires » et c'est à la suite de ce MOP que l'administration fiscale a sollicité, à titre subsidiaire, une SBL tendant à l'imposition des 40 % du gain en litige en traitements et salaires.

M. et Mme J voient dans cette séquence contentieuse, qui a suscité un vif débat de la part des contribuables devant la cour (v. concl. O. Lemaire préc.), un manquement au devoir d'impartialité du juge, une rupture de l'égalité des armes entre les parties et une méconnaissance du principe du contradictoire.

Notons tout d'abord que c'est sans commettre d'erreur que la cour n'a soulevé ce MOP que dans un seul des deux appels, celui des contribuables, car ce n'est que dans cette instance, concernant les 40 % du gain taxé en PV par l'administration, que se posait, pour la cour, la question de la catégorie d'imposition, car dans l'autre instance, relative au 60 % du gain, l'imposition avait été établie en TS et si le TA avait prononcé une décharge en estimant qu'elle devait l'être sous le régime des PV, l'administration soutenait devant la cour qu'il relevait bien des TS. La circonstance que la cour ait, tout à fait opportunément en l'espèce, joint les deux appels pour y répondre par un arrêt unique, comme elle en a la faculté (Section, 23 octobre 2015, Ministre délégué auprès du Ministre de l'économie et des finances, chargé du budget c/ M. Chehboun, n°s 370251 373530, p. 359), nous apparaît en conséquence sans incidence sur la régularité de la procédure et notamment la neutralité de la jonction pour les parties.

La formulation du MOP est ensuite critiquée par M. et Mme J , qui le lisent comme une invitation à peine dissimulée adressée par la cour à l'administration de présenter une SBL. Mais deux principes sont ici en jeu, qui ne s'annihilent aucunement.

D'une part, il appartient au juge, communiquant un MOP aux parties, de le formuler de manière suffisamment précise pour les mettre à même de présenter utilement des observations (25 septembre 1995, Association des licenciés sans procédure de la régie départementale des passages d'eau de la Gironde, n° 153191, B sur ce point), même s'il n'est pas tenu d'explicitier les motifs du raisonnement le conduisant à soulever ce moyen (21 décembre 1994, SARL La flotte française, n° 137488, B). N'est ainsi pas suffisamment précis un moyen d'ordre public « tiré du champ d'application de la loi » (25 octobre 1996, Préfet du Morbihan, n° 143362, Lebon p.413 sur un autre point). Dans ces conditions, s'agissant d'une erreur dans la catégorie d'imposition, qui se soulève d'office, le juge ne peut être considéré comme ayant commis une irrégularité en indiquant aux parties que, selon lui, la matière imposable n'a pas été taxée dans la bonne catégorie, alors qu'elle devait l'être, toujours selon lui, dans une autre catégorie. Au surplus, en l'espèce, l'indication de la part de la cour de la catégorie des TS ne pouvait, compte-tenu des termes du débat, être une surprise. La cour aurait très bien pu s'en tenir à indiquer que les gains ne relevaient pas, selon elle, des PV et les parties auraient, d'elles-mêmes, logiquement compris qu'il s'agissait, pour la cour, de TS.

D'autre part, l'administration est toujours en droit, à tout moment de la procédure, de solliciter une SBL, y compris pour la première fois en appel (8 juin 2011, Morel, n° 311580, RJF 8-9/11 n° 974, concl. N. Escaut BDCF 8-9/11 n° 102).

Il se trouve qu'en matière fiscale, à la différence du contentieux général, votre jurisprudence, qu'il n'y a pas lieu de discuter ici, considère que le juge ne peut procéder d'office à des SBL et c'est l'administration seule qui peut donc la demander (Sect., 21 mars 1975, Ministre des finances c/ Sieur X, n° 85496, Rec. p. 217, RJF 5/75 n° 226, chron. B. Martin Laprade p. 166, Dr. Fisc. 1975 n°23, comm. 775 concl. D. Fabre ; avis 10 mai 2012 Cantoni, n° 355897, RJF 2012 n° 790, concl. P. Collin). Raison pour laquelle en l'espèce, la cour s'est bornée à communiquer un MOP et n'a pas annoncé aux parties son intention de procéder à une SBL. Et en l'absence de SBL demandée par l'administration, la cour aurait prononcé, comme l'a fait le TA pour l'autre partie du gain, la décharge de l'imposition des 40 % du gain taxé en PV. Mais on ne peut en déduire réciproquement que l'administration ne pourrait donc pas présenter de SBL après un MOP de la juridiction, au motif qu'ainsi, la juridiction, avec ce MOP, aurait avantagé une partie au détriment de l'autre, sachant au demeurant que l'administration n'est pas tenue de présenter une SBL et que la juridiction n'est pas tenue d'y faire droit et qu'elle ne peut y faire droit que si les conditions en sont remplies.

Me Turot, commentant les arrêts de la CAA de Paris dans l'affaire Wendel-Solfur, voyait dans cette configuration une « asymétrie des moyens » et envisageait que vous puissiez dégager une condition tenant à ce que « la demande de substitution de base légale ne fasse pas suite à un MOP communiqué par la juridiction » (« Redressements en quête de motif. À propos des arrêts de la cour administrative d'appel de Paris dans l'affaire Wendel », Droit fiscal 2018 n° 23, p. 69).

Nous n'y voyons que la conséquence de l'asymétrie des pouvoirs entre le juge fiscal et le juge du contentieux général et nous vous invitons au contraire à juger que l'administration fiscale peut solliciter une SBL en réponse à un MOP communiqué par la juridiction, même après clôture de l'instruction.

Vous avez d'ailleurs déjà fait application d'une solution tout à fait semblable en censurant d'office, au stade de la cassation, un arrêt d'une cour qui n'a pas elle-même relevé d'office qu'un revenu ne pouvait être imposé sur le fondement de l'article 29 du code général des impôts et vous avez en suite, dans le cadre du

règlement au fond du litige, fait droit à la demande de substitution de base légale présentée devant vous conduisant à fonder l'imposition en cause sur l'article 30 du code (19 décembre 2007, Coyola, n° 270934, T., p. 1038, RJF 3/08 n° 303, Dr. fisc. 2008, n° 11, comm. 206, concl. C. Landais, note J.-P. Maublanc).

Pour en finir avec ces premières questions de procédure contentieuse, vous pourrez écarter le moyen d'ED qu'aurait commise la cour en faisant droit à une SBL insuffisamment motivée selon les requérants. En effet, si, manifestement, le ministre faisait preuve de peu d'enthousiasme à l'idée de taxer l'intégralité du gain en traitements et salaires et qu'il n'a d'ailleurs, comme il le pouvait, présenter la SBL qu'à titre subsidiaire (3 octobre 1994, Sandrini, n° 115459, RJF 11/1994, n° 1247), il ne l'a pas moins motivée en indiquant ce fondement légal d'imposition (est en revanche insuffisamment précise la demande tendant à ce que soit substituée au fondement légal initialement retenu par l'administration la base légale appropriée, v. 30 novembre 2001, Attia, n° 208446, RJF 2/2002, n° 135).

En outre, si la communication, postérieurement à la clôture de l'instruction, du MOP et des observations présentées en réponse à ce MOP n'ont pas par elles-mêmes pour effet de rouvrir l'instruction, y compris si une partie reprend à son compte le moyen soulevé d'office (Section, 25 janvier 2021, Leuret et autres, n° 425539, au Rec), il en va en revanche différemment quand la juridiction soumet au contradictoire, après la clôture de l'instruction, une production comportant des éléments nouveaux, notamment comme en l'espèce la demande de SBL, alors qu'il s'agit aussi de la réponse au MOP, sachant que, comme vous l'avez déjà jugé, si la cour n'était pas tenue de communiquer aux parties les observations produites à la suite de la communication du moyen qu'elle avait relevé d'office, il en allait différemment si elle entendait faire droit à la demande de substitution de base légale sollicitée par le ministre à cette occasion (v. vos décisions du 20 décembre 2019, notamment n° 421437, Dr. fisc. 2020, n° 11, comm. 190, concl. A. Iljic). La cour, qui a communiqué aux contribuables la réponse du ministre comportant la SBL en les invitant à y répliquer, s'ils le souhaitaient, dans les meilleurs délais, a donc pu valablement faire droit à la SBL dès lors qu'en communiquant à cet effet le mémoire comportant cette SBL, elle avait rouvert l'instruction.

II. Venons-en à l'imposition elle-même, et d'abord l'abus de droit.

La cour a jugé, au point 25 de son arrêt, que la SPRL Vifama Patrimoine n'avait pas de substance économique et que sa création ne répondait pas à un motif économique, financier ou patrimonial, puis, au point 26, que la création de cette société avait eu pour seul objectif de permettre à M. J de ne pas supporter d'imposition. Elle en a déduit, au point 27, que l'administration apportait la preuve, dont elle avait la charge dès lors que le comité de l'abus de droit fiscal avait rendu un avis défavorable (14 mai 2013), que la création et l'interposition de la société belge Vifama Patrimoine présentaient un caractère artificiel et que ce montage a été réalisé dans le but exclusif de permettre à M. J d'éviter le paiement de l'impôt dont il aurait été personnellement redevable s'il avait cédé directement les titres de la société Odyssee Management à la société Ofilux Finances.

M. et Mme J critiquent l'arrêt par, essentiellement, une série de moyens d'erreur de droit, mais aussi sous l'angle de la qualification juridique des faits, lesquels sont souverainement appréciés par les juges du fond sous réserve de dénégation.

Ils soutiennent en premier lieu que la cour a commis une erreur de droit en fondant l'absence de substance économique de la société Vifama Patrimoine sur des critères inopérants car la

cour aurait estimé que la société Vifama Patrimoine n'avait pas de substance économique parce qu'elle ne disposait pas de moyens matériels et humains, qu'elle avait un objet civil et qu'elle était implantée en Belgique pour échapper à l'impôt.

C'est toutefois assez largement inexact : en ce qui concerne l'absence de substance économique, la cour a mobilisé un ensemble d'indices concordants, parmi lesquels ne figurent pas l'activité civile de gestion de titres de la société et moins encore sa localisation en Belgique. La cour s'est en effet fondée sur les circonstances de l'espèce desquelles il ressort que la SPRL Vifama Patrimoine n'avait pour seul patrimoine que les 37 500 titres de la société Odyssée Management qu'elle avait rachetés à M. J, qu'elle n'a, à la suite de l'acquisition de ces titres, pas réalisé de prise de participation et, qu'après leur cession à la société Ofilux Finances, son actif n'a plus compris aucune immobilisation. Et elle a jouté, non pas seulement, comme le soutient le pourvoi, qu'elle ne pouvait céder les actions Odyssée Management sans l'accord du groupe Wendel, ce qui est vrai mais sans portée en soi, mais aussi et plus fondamentalement qu'elle ne disposait donc d'aucune autonomie dans la gestion de son propre patrimoine qui se résumait à ces seules actions. Autrement dit, et c'est exact en droit et en fait, la société Vifama Patrimoine n'a été créée que pour la seule gestion des titres de la société Odyssée Management.

En outre, la cour ne s'est aucunement référée, à ce stade, à la localisation de cette société en Belgique, mais a seulement relevé que son siège se situait dans une entreprise de domiciliation et de prestations de service et qu'elle ne disposait pas de locaux, de moyens et de personnels. Les requérants ont raison de souligner que, dans le cas des sociétés holdings, l'absence de moyens matériels et humains n'est pas décisive, mais la cour n'en a justement pas fait un critère décisif, mais un indice parmi d'autres.

M. et Mme J soutiennent en deuxième lieu, en ce qui concerne le but exclusivement fiscal de la création et de l'interposition de la société Vifama Patrimoine, que la cour a commis des erreurs de droit pour avoir refusé de prendre en compte le but patrimonial et familial de la création de cette société et pour au contraire avoir pris en compte sa localisation en Belgique.

Là aussi, c'est, sur le premier point du moins, inexact. La cour n'a pas nié que la création d'une société entre les membres de la famille J, avec démembrement des titres, permettrait d'anticiper la transmission d'un patrimoine aux enfants, sachant qu'en l'espèce le pacte d'actionnaires de la société Odyssée Management ne permettait pas d'y associer directement les membres des familles des cadres dirigeants mais seulement par l'intermédiaire d'une société exclusivement détenue par ces membres de familles et après agrément par le groupe Wendel. La cour se réfère d'ailleurs bien à « l'objectif patrimonial invoqué par M. et Mme J », sans le remettre en cause par lui-même. En revanche, la cour juge, en effet, c'est le second point, que cet objectif ne justifie pas l'implantation de cette société en Belgique.

Ce raisonnement est exempt d'erreur de droit. Les requérants soutiennent en effet qu'en vertu du principe de libre établissement, ils peuvent, sans encourir le risque de l'abus de droit, créer une société dans un autre Etat membre de l'Union pour y bénéficier d'une fiscalité plus avantageuse.

Plus précisément, ils soutiennent que le seul fait pour un particulier de créer une société dans un autre Etat de l'Union européenne et de lui céder des actifs ou des titres d'une société française n'est pas en soi constitutif d'un abus de droit, même si la fiscalité de cet Etat relative à l'impôt sur les sociétés est plus avantageuse. Ils en tirent comme conséquence que

l'implantation en Belgique de la société Vifama Patrimoine était donc sans incidence sur l'appréciation de l'objectif patrimonial et familial de cette société et ne pouvait constituer un obstacle à sa prise en compte, si bien qu'en jugeant que la réalisation de cet objectif ne nécessitait pas l'implantation de cette holding en Belgique, la cour aurait commis une erreur de droit et a méconnu le principe de liberté d'établissement défini par l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Seule la prémisse est juste : créer une société en Belgique n'est pas en soi abusif. « En soi » seulement, et c'est bien d'ailleurs le sens des conclusions de l'avocate générale Juliane Kokott sur l'affaire C-115/16, N Luxembourg 1 contre Skatteministeriet, sur lesquels se fondent les requérants (soulignées par nous) : « En vertu de la jurisprudence de la Cour, n'est pas constitutif **en soi** d'abus le fait d'établir le siège, statutaire ou réel, d'une société en conformité avec la législation d'un État membre dans le but de bénéficier d'une législation plus avantageuse. Le **seul fait** que des sociétés luxembourgeoises aient également été interposées dans la transaction d'entreprise avec des investisseurs étrangers, en cause ici, ne permet dès lors pas de conclure à l'existence d'un abus » (§ 70), « le fait qu'un citoyen de l'Union, personne physique ou morale, a entendu profiter de la fiscalité avantageuse en vigueur dans un État membre autre que celui dans lequel il réside ne permet pas, **à lui seul**, de le priver de la possibilité d'invoquer les dispositions du traité. Ainsi la mise en place d'une structure de transaction – telle que celle en cause – à laquelle est associé un État membre qui renonce à une retenue à la source, ne peut-elle être jugée abusive **pour cette seule raison** » (§ 72). Juliane Kokott indique alors que « la genèse du montage jugé abusif revêt toujours, à mon avis, une importance déterminante dans le cadre d'une appréciation d'ensemble » (§ 76).

Autrement dit, comme vous l'avez déjà jugé, la liberté d'établissement, qui « recouvre aussi celle de choisir l'État membre offrant à l'entreprise concernée la réglementation-cadre fiscale qui lui semble la meilleure » (conclusions Kokott précitée, § 73), ne fait pas obstacle à ce que les autorités nationales et le juge, lorsque les conditions en sont remplies, constatent un abus de droit.

Par votre décision Sagal (18 mai 2005, min. c/ Sté Sagal, n° 267087, Lebon, p. 203, RJF 12/2005, chron.Y. Bénard Dr. fisc. 2005, n° 44-45, comm. 726, concl. P. Collin), vous avez ainsi jugé que, dès lors que l'application des dispositions de l'article L. 64 du LPF est strictement limitée aux cas où l'administration apporte la preuve que l'acte par lequel un contribuable s'établit à l'étranger revêt un caractère fictif ou simulé, ou bien, à défaut, n'a pu être inspiré par aucun motif autre que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé cet acte, aurait normalement supportées eu égard à sa situation et à ses activités réelles, ce qui consiste spécifiquement à exclure du bénéfice de dispositions fiscales favorables les montages purement artificiels dont le seul objet est de contourner la législation fiscale française, ces dispositions de l'article L. 64 du LPF, compte tenu en outre de leurs conditions de mise en œuvre, ne peuvent être regardées comme apportant une restriction à la liberté d'établissement incompatible avec les Traités.

L'arrêt rendu par la Grande chambre de la Cour de justice, le 26 février 2019, dans l'affaire précitée N Luxembourg 1 contre Skatteministeriet, qui concernait la directive 2003/49/CE du 3 juin 2003 concernant un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'États membres différents, ne dit pas autre chose, en se référant au principe général du droit de l'Union selon lequel les justiciables ne sauraient frauduleusement ou abusivement se prévaloir des normes du droit de l'Union et en indiquant que dans une situation dans laquelle le régime, prévu par la directive 2003/49,

d'exonération de la retenue à la source sur les intérêts versés par une société résidente d'un État membre à une société résidente d'un autre État membre n'est pas applicable en raison de la constatation de l'existence d'une fraude ou d'un abus, au sens de l'article 5 de cette directive, l'application des libertés consacrées par le traité FUE ne saurait être invoquée pour mettre en cause la réglementation du premier État membre régissant l'imposition de ces intérêts.

En l'espèce, la cour pouvait donc, comme elle l'a fait, sans commettre d'erreur de droit ni méconnaître la liberté d'établissement, s'interroger sur le but exclusivement fiscal de la création de la société Vifama Patrimoine en Belgique alors que, justement, la finalité familiale et patrimoniale de cette société n'impliquait pas, s'agissant de résidents fiscaux français domiciliés en France, qu'ils la créent en Belgique, si ce n'est pour bénéficier des dispositions de l'article 192 du code belge de l'impôt sur les revenus cédé lors de la cession des actions Odysée Management à Olifux Finance.

M. et Mme J soutiennent ensuite que la cour a commis une autre erreur de droit en jugeant que la création de leur société en Belgique avait un but exclusivement fiscal alors qu'en réalité, elle est sans incidence sur leur charge fiscale, car s'ils avaient créé en France une société soumise à l'IS, la cession des titres Odysée Management n'aurait pas, non plus, généré pour eux une imposition.

Mais le point de comparaison, pour apprécier le but exclusivement fiscal, n'est pas avec une société créée en France (au sujet de laquelle la cour a d'ailleurs indiqué qu'elle n'aurait en revanche pas permis, à son niveau, une exonération d'impôt par application du régime des plus-values de cession à long terme prévu par les dispositions de l'article 219 du code général des impôts alors applicables). Ni avec tout autre solution juridique que M. Jarsec aurait pu faire. En effet, il y a abus de droit par fraude à la loi si notamment les actes en cause n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, auraient normalement supportées, eu égard à sa situation ou à ses activités réelles (par ex. 28 février 2007, Min. c/ Persicot, n° 284565, Rec. p. 107, RJF 5/07 n° 599, concl. L. Vallée BDCF 5/07 n° 61 ; 5 mars 2007, Selarl Pharmacie des Chalonges, n° 284457, RJF 5/07 n° 600, conclusions Collin p. 426). Autrement, et c'est ce qu'a jugé la cour, sans donc commettre d'erreur de droit, le but fiscal, et en l'espèce exclusivement fiscal, de la création et de l'interposition de la société belge Vifama Patrimoine résulte de ce qu'elle a permis à M. Jarsec d'éluder le paiement de l'impôt dont il aurait été personnellement redevable s'il avait cédé directement les titres de la société Odysée Management à la société Ofilux Finances.

Indiquons ici incidemment que, pour les mêmes motifs, c'est donc sans commettre, non plus, d'erreur de droit, que la cour a jugé que l'administration, ayant remis en cause la création et l'interposition de la société Vifama Patrimoine pour abus de droit, pouvait donc regarder M. J comme n'ayant jamais cédé les actions de la société Odysée Management et, par suite, comme ayant perçu lui-même le gain résultant de la cession de ces titres à la société Ofilux Finances, si bien que la procédure de contrôle et de redressement a été régulièrement menée avec les époux J, redevables légaux des impositions procédant de la taxation de ce gain, et non, également, avec leurs enfants majeurs.

L'arrêt de la cour, en ce qui concerne l'abus de droit, nous apparaît ainsi dépourvu des multiples erreurs de droit qui lui sont reprochés et, également dépourvu de toute dénaturation des pièces du dossier, il n'est pas entaché d'erreur de qualification juridique des faits. En

effet, la société Vifama Patrimoine ayant été créée pour faire l'acquisition des actions Odyssée management, à leur valeur d'origine, par inscription du prix de cession au crédit du compte courant d'associé ouvert au nom de M. J, n'ayant pas la libre disposition de ce seul patrimoine, qui devait être cédé dans le cadre du débouclage de l'opération d'achat-revente du groupe Editis, sa localisation en Belgique n'a eu d'autre finalité que de permettre de placer le gain de cession des actions sous un régime d'exonération dont M. J n'aurait pas bénéficié en cédant lui-même ses actions en France : la création et l'interposition de cette société de droit belge est ainsi constitutive d'un abus de droit, qui a été exactement qualifié par la cour.

III. M. et Mme J soulève ensuite des moyens, là aussi, pour l'essentiel, d'erreur de droit, mais aussi d'insuffisance de motivation, d'erreur de qualification juridique des faits et de dénaturation, en ce qui concerne la catégorie d'imposition du gain réalisé. Comme nous vous l'avons dit, l'administration avait initialement taxé ce gain en TS à hauteur de 60 % et en PV pour 40 %. Le tribunal administratif a considéré que ce gain était entièrement constitutif d'une PV et la cour y a vu au contraire des TS en totalité.

L'un et l'autre ont statué avant que la Plénière fiscale ne rende ses décisions du 13 juillet 2021 (n° 428506, n° 435452, n° 437498, conclusions d'E. Bokdam-Tognetti) par lesquelles vous avez donné de nombreuses et précieuses, même si peu appréciées en général par les experts financiers et conseillers fiscaux, précisions sur les conditions d'imposition des gains résultant de « management package », du moins dans les trois configurations qui étaient jugées. Le jugement et l'arrêt qu'ils ont rendus, richement motivés et argumentés, reposent sur un raisonnement d'ensemble que vous n'avez pas validé, même si le tribunal et la cour ont cependant eu tous les deux raisons sur un point : l'imposition du gain ne pouvait être proratisée.

La cour a jugé, sur la fraction de 60%, que les garanties élaborées et mises en œuvre par le groupe Wendel pour sécuriser le mécanisme d'investissement proposé aux cadres dirigeants du groupe Editis ont permis à ces derniers de réaliser, sur une courte période, des gains substantiels avec des apports limités, sans supporter aucun risque d'investisseur, leur investissement initial étant en effet sécurisé en toutes hypothèses. Ainsi, en l'absence de risque et alors que le gain en litige se rattache exclusivement aux fonctions exercées par M. J au sein du groupe Editis, c'est à bon droit que le service a imposé 60 % de ce gain dans la catégorie des traitements et salaires. Et sur la fraction de 40 %, elle a jugé que, M. J n'ayant été exposé à aucun risque d'investisseur, la totalité du gain en litige, qui a pour origine l'exercice de ses fonctions au sein du groupe Editis, doit être regardée comme un complément de salaire, imposable dans la catégorie des traitements et salaires. Par suite, c'est à tort que l'administration n'a taxé ce gain qu'à concurrence de 60 % de son montant dans cette catégorie d'imposition. Et s'en est suivie la substitution de base légale. La cour a statué en deux temps sur l'imposition du gain tout simplement parce qu'elle était saisie de deux appels mettant en cause chacune des parties de l'imposition initiale, mais, par le renvoi du point 28 à ce qui est en réalité le point 15 de son arrêt, la cour a tenu, dans les deux cas, exactement le même raisonnement.

Commençons par relever que le montage aujourd'hui en cause, d'une « rare sophistication » (concl. O. Lemaire préc.), et notamment le « management package » des cadres du groupe Editis, n'est pas en tous points comparable à ceux qui ont été examinés en juillet dernier, notamment parce qu'il y était alors question, outre du prix préférentiel d'acquisition ou de souscription, de gains réalisés lors de la levée d'une option d'achats d'actions ou de l'exercice

d'un bon de souscription d'action ou de gains réalisés lors de la cession d'un bon de souscription d'action, alors qu'en l'espèce, M. J a fait l'acquisition d'actions et qu'il doit être regardé, après mise en œuvre de la procédure d'abus de droit, comme ayant cédé des actions, dont la valeur avait substantiellement augmenté. Mais comme le relevait Guillaume de la Taille dans sa chronique (« Lutte de classes d'imposition autour des gains de management package », RJF 10/21) si « aucune des décisions commentées ne se prononce formellement sur l'imposition de gains qui auraient résulté de la cession d'actions (...) il est raisonnable de penser que ce qui est jugé (...) pour des cessions de BSA est transposable aux cessions des actions elles-mêmes »

. Et nous ne voyons en effet aucune raison de ne pas appliquer le mode d'emploi résultant de vos décisions 435452 et 437498 au cas de M. et Mme J (déjà en ce sens, 8JS, 17 novembre 2021, Icart, n° 439609). Tout dépend en réalité des circonstances de chaque « management package ».

Dans ces précédents de Plénière, vous avez rappelé qu'en principe, les gains en capital retirés par une personne physique de la cession à titre onéreux de bons de souscription d'actions, et il en est de même pour des 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.

Mais vous avez ajouté qu'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 ; et précisé que la qualification de gain en capital imposable selon le régime des plus-values de cession de valeurs mobilières doit, en particulier, être écartée lorsque l'intéressé a bénéficié d'un mécanisme lui garantissant, dès l'origine ou ultérieurement, le prix de cession de ces bons dans des conditions constituant une contrepartie de l'exercice de ses fonctions de dirigeant ou de salarié.

Dès lors, on le voit, la cour a mobilisé une série de critères au soutien de sa solution qui sont erronés, notamment en ce qui concerne le prix d'entrée, l'absence de risque ou encore le caractère substantiel du profit.

Il n'en demeure pas moins :

- En premier lieu, que la plupart des moyens de cassation soulevés par M. et Mme J portent sur la question du risque et de l'incertitude entourant l'investissement réalisé par M. J, et consistent essentiellement à soutenir qu'au contraire de ce qu'a jugé la cour, cet investissement présentait bien un risque et une incertitude, même si le mémoire en réplique des intéressés finit par admettre que la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit en justifiant la requalification en salaires des gains litigieux sur l'absence de risque de l'opération alors que cette condition est inopérante.

- En second lieu, que la cour, outre ces motifs, s'est également fondée sur ce que le gain réalisé se rattache exclusivement aux fonctions exercées par M. J au sein du groupe Editis, ce qui n'est pas fondamentalement critiqué, si ce n'est d'une phrase, d'une affirmation, selon laquelle ce gain ne résulte pas d'un avantage qui aurait été initialement consenti à M. J en raison des fonctions qu'il occupe dans l'entreprise et en est la contrepartie. Mais, M. et Mme Jarcesk refont alors le litige de fond, en soutenant qu'à supposer que les règles définies par les trois arrêts rendus le 13 juillet 2021 puissent être transposées au présent litige, les conditions définies par ces arrêts et qui permettent de qualifier un gain de cession

d'actions de « traitements et salaires », ne sont pas ici réunies ; pour ce faire, ils persistent sur le terrain du risque et de l'aléa ; pour conclure que, la cour a commis une erreur de qualification juridique dès lors que l'investissement réalisé par M. J puis la société Vifama Patrimoine était aléatoire et risqué comme démontré dans leurs écritures d'appel et devant le premier juge.

Dans ces conditions, si vous pourriez être tentés de casser l'arrêt à raison des différents éléments effectivement inopérants retenus et de renvoyer les parties devant la cour pour qu'elles discutent à nouveau de l'imposition en litige, mais à la lumière des critères dégagés par vos décisions du 13 juillet 2021, nous ne vous le proposons cependant pas, car, d'une part, les moyens soulevés ne font pas tomber la totalité de l'arrêt et, d'autre part, la solution à laquelle la cour est parvenue d'une taxation du gain en TS nous paraît valable eu égard aux conditions de réalisation de ce gain, lequel, ainsi que l'a dit la cour sans dénaturation, a été acquis, non à raison de la qualité d'investisseur du cédant, mais en contrepartie de ses fonctions de dirigeant, et dans la mesure où, ainsi que la cour l'a également souligné sans dénaturation, le groupe Wendel a en effet souhaité gratifier certains cadres dirigeants du groupe Editis pour leur contribution et leurs efforts à la réussite de l'opération d'achat et de revente de ce groupe, en élaborant un mécanisme d'intéressement particulier devant permettre à quelques cadres spécialement sélectionnés, occupant des postes stratégiques pour le développement économique et financier du groupe d'édition, de percevoir une partie du prix de cession de ce groupe.

Dans ce mécanisme, nous y voyons bien une acquisition de gain non pas en qualité d'investisseur, mais seulement en contrepartie des fonctions exercées dans le groupe. En effet, et ainsi qu'il ressort du pacte d'actionnaires conclu le 29 septembre 2004, les dirigeants Editis sélectionnés ont été regroupés dans la société Odyssee Management, à laquelle la société Olifux finance (détenue par la société Wendel) a cédé 43 750 actions Odyssee 3, actions auxquelles étaient attachés 87 500 BSA Ratchet (la société Odyssee 3 détenant par ailleurs Odyssee holding, holding du groupe Editis et disposant de BSA Topco sur cette société). Le nombre de BSA Ratchet exerçable était déterminé en fonction du taux de rendement interne du groupe Wendel, la totalité des BSA étant exerçable à partir d'un TRI de 15 %. Le pacte d'actionnaire a aussi prévu que le prix de cession des actions Odyssee management, que leurs détenteurs ne pouvaient pas conserver s'ils quittaient le groupe et qu'ils pouvaient le cas échéant placer dans une société familiale après agrément du groupe Wendel, était déterminé en transparence avec le prix de cession du groupe Editis et en tenant compte de la part de capital d'Odyssee 3 détenue par Odyssee management, exercice des BSA inclus.

Lors du débouclage, entre le 20 mai et le 30 mai 2008 pour cette partie de l'opération, Olifux Finance a racheté aux managers Editis leurs actions sur la base du prix dont la détermination avait été convenue, a ensuite prêté à Odyssee management la somme de 1,4 millions d'euros pour l'exercice des BSA Ratchet, puis Odyssee 3 a absorbé Odyssee management, comme elle absorbait les sociétés du groupe Editis et était vendue à Planeta (une de ses filiales plus précisément).

Au regard de ces conditions de réalisation du gain, nous considérons que M. J, en faisant l'acquisition de ses actions Odyssee management, a participé, pour employer les termes des conclusions d'E. Bokdam-Tognetti, à « un pur système de bonus, dans lequel jusqu'au bout, cession incluse, l'employeur (entendu au sens large, incluant les principaux actionnaires détenant l'employeur) est aux manettes : l'intéressé n'est depuis l'entrée jusqu'à la sortie considéré qu'en tant que dirigeant, sans jamais agir comme un capitaliste gérant son

patrimoine, et le gain de cession lui-même n'apparaît, compte tenu des conditions de sa réalisation organisée par l'employeur et à l'initiative de celui-ci, que comme procédant de la volonté de l'employeur d'attribuer une rémunération complémentaire au dirigeant en rétribution de son travail ».

Si la cour a eu le tort de trop regarder le dispositif en litige sous l'angle du risque, les tenants et les aboutissants du processus ne nous semblent pas lui avoir échappé, notamment lorsqu'elle met en évidence dans son arrêt que les cadres dirigeants du groupe Editis bénéficiaient, en cas de cession de contrôle du groupe Editis, d'une garantie de rachat par le tiers cessionnaire ou par le groupe Wendel de leurs titres de la société Odyssee Management à un prix qui, conformément au pacte, devait être déterminé par transparence avec le prix de cession des actions de la société Odyssee 3, en tenant compte du pourcentage du capital de Odyssee 3 détenu par Odyssee Management et du pourcentage du capital de Odyssee 3 que Odyssee Management serait en droit de souscrire de manière certaine au jour de la cession de contrôle par l'exercice des BSA Ratchet et qu'ainsi, en cas de débouclage de l'opération d'achat et de revente du groupe Editis par cession de contrôle de ce groupe, les cadres intéressés étaient assurés de voir ces mêmes titres rachetés au prix unitaire de cession de l'action de la société Odyssee 3, même si, peu importait que l'investissement de départ s'était limité à l'acquisition d'actions de la société Odyssee Management au prix unitaire de deux euros.

Au final donc, vous pourrez juger, compte-tenu des moyens de cassation et des motifs de l'arrêt, que la cour, en jugeant que le gain en litige devait être imposé dans la catégorie des TS, n'a commis ni ED ni EQJ.

PCMNC Rejet du pourvoi.