

155 Requalification de gains de *management package* et abus de droit rampant

POINTS CLÉS ► Un gain réalisé à l'occasion de la cession de titres ne peut être requalifié en traitements et salaires sans recours à l'abus de droit lorsque ce gain de cession n'a pas été réalisé par le contribuable auquel sont attribués les traitements et salaires, mais par une société à laquelle ce contribuable a préalablement apporté lesdits titres. ► Cette solution est justifiée par la garantie des droits des contribuables, lesquels seraient autrement privés de la possibilité de recourir au Comité de l'abus de droit fiscal lorsque l'Administration écarte un acte ou une situation comme ne lui étant pas opposable, sans mettre en œuvre la procédure d'abus de droit. ► La question de la requalification du gain d'apport par le contribuable à sa holding se pose en des termes différents. Cette requalification se heurte, d'une part, au défaut de disponibilité du revenu à cette date et, d'autre part, au caractère intercalaire de l'opération d'apport soumise au régime du sursis d'impôt sur le fondement de l'ancien article 150-0 B du CGI. La transposition aux situations plus récentes d'apports-cessions réalisés par des dirigeants mettant en œuvre le report d'imposition de l'article 150-0 B ter du CGI n'est pas évidente.

Harold TUROT,
avocat, Gide Loyrette Nouel



CAA Paris, 7 févr. 2024, n° 22PA02007

Les imbrications entre la requalification de gains liés à des « *management packages* » et l'abus de droit n'ont pas fini d'occuper les prétoires. Mais dans l'affaire qui était soumise à la cour administrative d'appel de Paris, c'est par son ombre rampante que l'abus de droit a cette fois-ci brillé.

Comme dans toute affaire relative à l'abus de droit, les faits importent beaucoup. Le litige s'inscrit dans le cadre d'une opération de *leveraged buy-out* (LBO) réalisée par un fonds sur le groupe Prezioso-Technicolor. En 2009, le président de la société Prezioso-Technicolor avait, avec un autre dirigeant, constitué une société, dénommée Tournesol, qui acquérait grâce à un financement personnel de ces derniers, des titres de la holding dudit groupe. Ces titres étaient constitués d'actions ordinaires ainsi que d'actions de préférence permettant d'appréhender une quote-part du prix de cession des titres en cas de vente du groupe. Trois ans après l'acquisition, le président constitua avec son épouse une holding personnelle, la société Sunflower, optant pour son assujettissement à l'impôt sur les sociétés. Un mois après, il lui apporta ses titres Tournesol, un tel apport étant à l'époque soumis au régime du sursis d'imposition, conformément aux dispositions de l'article 150-0 B du CGI alors en vigueur. Deux jours après, la société Sunflower

cédait les titres Tournesol à l'acquéreur du groupe Prezioso-Technicolor, distribuant une partie du prix de cession et réinvestissant, la même année, près de deux tiers de ce prix dans un LBO secondaire sur le groupe.

Considérant que les actions de préférence avaient été acquises à un prix minoré, l'Administration a redressé le président du groupe en imposant dans la catégorie des traitements et salaires l'avantage dont il aurait bénéficié au titre de ses fonctions.

Devant le tribunal administratif, le requérant souleva, outre les arguments classiques relatifs à la valorisation des actions de préférence acquises, un autre moyen, à la fois de fond et de procédure, qui fit mouche. L'Administration avait en effet imposé en traitements et salaires un gain de cession réalisé par une société, la holding personnelle Sunflower, soumise à l'impôt sur les sociétés. Or, celle-ci ne pouvait évidemment être considérée comme un salarié du groupe Prezioso. D'un point de vue procédural, l'Administration s'était donc rendue coupable d'un abus de droit « *rampant* », selon la formule de Jérôme Turot. En appliquant implicitement, mais nécessairement, la théorie de l'abus de droit pour écarter l'apport à la holding du dirigeant, l'Administration avait privé le contribuable des garanties procédurales attachées à cette procédure. Au fond, à défaut d'invoquer l'abus de droit, l'Administration aurait alors

inévitamment commis une erreur de contribuable, en redressant l'actionnaire pour un gain réalisé par la société.

Le tribunal jugea par conséquent, qu'ayant omis d'écarter la holding personnelle que le dirigeant avait constituée avec son épouse en invoquant l'abus de droit, l'Administration ne pouvait requalifier le gain en traitements et salaires. La cour administrative d'appel, confirmant le jugement, considère que le dirigeant « ne peut pas être regardé comme ayant réalisé un quelconque gain de cession », alors que ce gain a été encaissé par la société holding Sunflower, « laquelle ne peut, par nature, être salariée » et que le dirigeant a été imposé au titre des dividendes reçus après la réalisation de la cession.

En appel, le ministre semblait demander que le gain requalifié en traitements et salaires ne soit pas le gain de cession des titres Tournesol par la holding Sunflower, mais le gain d'apport par le contribuable des titres Tournesol à sa holding. La cour d'appel rejeta également cet argument.

1. L'abus de droit rampant est toujours vivace

L'abus de droit rampant constitue le rappel le plus solennel par le juge d'un principe fondamental de l'État de droit, selon lequel les actes de droit privé sont opposables à l'Administration.

Mais pour déterminer le champ de cet abus de droit implicite, il convient de le distinguer du cas où l'Administration fait usage de son simple pouvoir de requalification. L'Administration n'est en effet pas tenue de recourir à l'abus de droit lorsqu'elle s'en tient à tirer les conséquences fiscales des faits et actes en cause, sans écarter l'acte ou la convention. Elle se contente alors de redonner à l'acte sa qualification exacte, en s'affranchissant éventuellement de l'étiquette erronée que lui avait apposée le contribuable.

Par opposition, il peut être reproché à l'administration fiscale d'avoir commis un abus de droit rampant lorsqu'elle s'est, pour reprendre les termes consacrés par le Conseil d'État dans ses décisions de principe Bendjador et Lalande (CE, plén., 21 juill. 1989, n° 59970, min. c/ M. Bendjador : *JurisData* n° 1989-600001 ; Lebon T., p. 573 ; Dr. fisc. 1990, n° 1-2, comm. 28, concl. M. Liébert-Champagne ; RJF 8-9/89, n° 998, chron. J. Tuot, p. 458 ; BGFE 1989, p. 1 et 2. – CE, plén., 21 juill. 1989, n° 58871, M. Lalande : *JurisData* n° 1989-600250 ; Dr. fisc. 1990, n° 1, comm. 28, concl. M^{me} M. Liébert-Champagne ; RJF 1989, n° 999), « implicitement mais nécessairement » placée sur le terrain de l'abus de droit, en écartant un acte de droit privé comme ne lui étant pas opposable, sans mettre en œuvre la procédure spéciale de l'abus de droit prévue à l'article L. 64 du LPF. La distinction réside donc dans la délimitation du pouvoir de requalification de l'Administration : si elle se borne à corriger une erreur de requalification, nul besoin de recourir à l'abus de droit puisque l'acte en cause demeure. Si elle l'écarte, la mise en œuvre de la procédure d'abus de droit s'impose.

La distinction est toutefois malaisée en pratique. Si l'abus de droit contient bien une phase de requalification, celle-ci ne requiert pas ce pouvoir exorbitant que confère la procédure d'abus de droit. Ce qui en fait la spécificité, c'est la phase première, celle de déqualification de l'acte de droit privé opposé par le contribuable qui n'est pas réinterprété mais définitivement écarté.

L'abus de droit implicite n'est pas une notion purement fiscale ; elle a été reprise par la Cour de cassation en matière de contrôle URSSAF, la Haute Juridiction sanctionnant régulièrement de la nullité les procédures de contrôle où un agent de contrôle écarte un acte au motif qu'il est fictif ou qu'il a été pris dans le seul but d'éluider le paiement de cotisations (Cass. 2^e civ., 16 févr. 2023, n° 21-11.600 : *JurisData* n° 2023-001852 ; JCP S 2023, 1117, note A. Bugada. – Cass. 2^e civ., 11 mai 2023, n° 21-17.226).

Le champ de l'abus de droit implicite semblait toutefois s'être réduit comme peau de chagrin, pour reprendre l'expression du professeur Christophe de la Mardière (*JCl. Procédures fiscales, fasc. 375, Abus de droit*). Après avoir jugé que l'abus de droit rampant ne pouvait être invoqué lorsque l'Administration peut valablement fonder son redressement sur une autre base légale, telle que l'acte anormal de gestion (CE, 9^e et 8^e s-sect., 29 déc. 1999, n° 196532, Sté Gagnepain : *JurisData* n° 1999-051701 ; Dr. fisc. 2000, n° 24, comm. 498, concl. J. Courtial ; RJF 2000, n° 160), la nullité du contrat de société (CE, 9^e et 10^e ss-sect., 23 nov. 2001, n° 205132, SA Cogedac : *JurisData* n° 2001-0800666 ; Lebon, p. 568 ; Dr. fisc. 2002, n° 13, comm. 281, concl. J. Courtial ; RJF 2002, n° 196) ou la présomption de distribution irrégulière de bénéfices (CE, 8^e et 3^e ch., 11 févr. 2022, n° 455794, Smet : Dr. fisc. 2022, n° 22, comm. 239, concl. K. Ciavaldini, note F. Deboissy ; Dr. fisc. 2022, n° 21, étude 231, C. Acard, spéc. n° 8 ; RJF 5/22, n° 480), le Conseil d'État a admis l'usage de pouvoir de requalification dans des hypothèses relevant manifestement d'une simulation qui aurait pu être écartée sur le fondement de l'abus de droit. Il en a notamment jugé ainsi dans des affaires de requalification de contrats de sous-traitance en louage de services (CE, 8^e et 3^e ss-sect., 30 juill. 2003, n° 232004, Sté Azur industrie : *JurisData* n° 2003-080419 ; Dr. fisc. 2004, n° 11, comm. 338, concl. P. Collin ; RJF 11/03, n° 1273) ou d'un contrat de concession de nom commercial en un contrat de cession de fonds de commerce (CE, 3^e et 8^e ss-sect., 17 déc. 2010, n° 318048, SARL Concept Sport : *JurisData* n° 2010-026555 ; Lebon p. 513 ; Dr. fisc. 2011, n° 10, comm. 249, concl. E. Cortot-Boucher, note F. Deboissy ; RJF 3/11, n° 355).

L'abus de droit rampant invoqué au cas présent était d'une nature particulière. Il est en effet certaines hypothèses où la défense du contribuable fondée sur l'abus de droit rampant consiste à se reconnaître coupable d'un méfait plus abominable que celui reproché par l'Administration, engendrant des critiques tirées du principe *nemo auditur*. On se rappelle la formulation du professeur Schmitt, dans son article « Le juge et l'abus de droit rampant » (*Mél. Cozian : Litec*, 2009, p. 187 à 205) : « Dit plus abruptement, l'abus de droit rampant, c'est le pornographe qui se pique de vertu, l'hôpital qui se moque de la charité ! ». Or, en l'espèce, l'abus de droit implicite invoqué ne préjugait en rien du bien-fondé du redressement : ce n'est pas parce que la holding interposée aurait été écartée que les gains réalisés auraient nécessairement été requalifiés en salaires. Mais, pour qu'ils le fussent, encore eût-il fallu qu'elle le soit.

Autrement dit, sanctionner l'abus de droit rampant ne revient pas à donner quitus à un contribuable coupable de fraude fiscale par abus de droit, au motif que l'Administration aurait commis un simple faux pas procédural. C'est seulement interdire à l'Administration d'écarter des actes ou des situations juridiques sans permettre au contribuable de répondre et se défendre sur cette inopposabilité invoquée. En relevant l'abus de droit rampant, le juge ne se prononce donc pas sur la caractérisation d'un abus de droit, il sanctionne seulement l'absence de débat sur ce point.

Une autre clé de répartition, entre l'abus de droit et le pouvoir de requalification, a été proposée par une partie de la doctrine, selon laquelle l'abus de droit et le simple exercice du pouvoir de requalification seraient interchangeables, l'Administration disposant du choix des armes, selon qu'elle souhaite ou non infliger des pénalités au contribuable en démontrant en sus son intention frauduleuse (position du professeur Florence Deboissy, notamment dans son commentaire sur CE, 17 déc. 2010, *Sarl Concept Sport* : Dr. fisc. 2011, n° 10, comm. 249, selon laquelle « les garanties inhérentes à la mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit ne se justifient qu'en contemplant de la sanction sur laquelle elle débouche. Dès lors que l'Administration requalifie l'acte sans infliger de pénalité fiscale au contribuable, ce dernier ne saurait se plaindre d'avoir été privé d'une quelconque garantie »). Cette idée, outre qu'elle se heurte à des griefs

relatifs au principe d'égalité devant la loi, a été remise en cause par l'introduction à l'article L. 64 A du LPF de ce qu'il est convenu d'appeler le « *mini abus de droit* ». Il en découle en effet que l'Administration peut désormais mettre en œuvre l'abus de droit sans infliger de pénalités (comme c'était originairement le cas lorsque l'abus de droit a été légalisé en 1941 et étendu à l'impôt sur les sociétés en 1948), ce qui aurait dû réduire à néant la théorie de l'abus de droit implicite. Si le législateur a jugé nécessaire d'introduire ce nouveau dispositif, conférant à l'Administration le droit de recourir à l'abus de droit et au contribuable celui de saisir le Comité de l'abus de droit sans qu'aucune pénalité ne soit appliquée, c'est bien parce que la mise en œuvre de l'abus de droit est intrinsèquement différente du pouvoir de requalification et mérite un contrôle spécifique même en l'absence de sanction. L'abus de droit se caractérise par un effet juridique qui lui est propre et décorrélée de la question des pénalités, celui de doter l'Administration d'un pouvoir exorbitant de droit commun d'écarter un acte de droit privé, en principe opposable aux tiers.

Enfin, cet arrêt est conforme à la jurisprudence rendue en matière de *management packages*. Si le recours par les dirigeants à une holding dans le cadre d'un apport-cession pour structurer leur investissement dans le groupe où ils exercent leurs fonctions est fréquent, les juges écartent sans sourciller une telle holding lorsque son interposition est artificielle, pour ensuite requalifier en salaires les gains de cette holding. Ainsi, dans l'affaire ayant donné lieu à la fameuse décision Jarcsek (CE, 10^e et 9^e ch., 28 janv. 2022, n° 433965 : Dr. fisc. 2022, n° 5, act. 47 ; JCP E 2022, 1212, note A. de Louvigny et A. Fraval ; RJF 4/22, n° 353, concl. L. Domingo, p. 105), une holding au Luxembourg, constituée par un cadre dirigeant français avec sa femme et ses enfants et à laquelle il avait apporté ses titres, avait été considérée comme artificielle et écartée sur le fondement de l'abus de droit avant que les gains ne soient requalifiés en traitements et salaires. Dans son article précité, Thierry Schmitt remarquait d'ailleurs que si l'abus de droit rampant était un moyen rarement accueilli, on notait parmi les cas d'admission l'hypothèse où « *les faits étaient tellement proches de circonstances où l'Administration avait déjà officiellement réprimé un abus de droit que le juge ne pouvait plus guère faire autrement qu'entrer en sanction* ».

Symétriquement, le Conseil d'État confirme la présence d'un abus de droit rampant lorsque l'Administration n'a pas préalablement écarté la société interposée, même dans l'hypothèse où celle-ci serait translucide (CE, 10^e et 9^e ch., 27 juin 2019, n° 420262 et 420382 : Dr. fisc. 2019, n° 47, comm. 450, concl. A. Iljic ; RJF 2019, n° 901, concl. préc. – CE, 10^e ch., 24 juill. 2019, n° 429618 et 429619 : Dr. fisc. 2019, n° 41, comm. 398, concl. A. Iljic, note J.-L. Pierre ; Dr. sociétés 2019, comm. 196 ; RJF 2019, n° 1044) :

« *en relevant que, dès lors que l'administration fiscale n'avait pas entendu écarter, sur le fondement de l'abus de droit, la société civile Marin des Tilleuls comme étant fictive ou comme ayant été créée dans le seul but d'éluider l'impôt, le ministre de l'action et des comptes publics ne pouvait soutenir qu'une fraction de la plus-value réalisée par cette société devait s'analyser comme la rémunération de l'activité salariée de M. A... au sein du groupe Wendel, la Cour n'a pas commis d'erreur de droit* ».

Comme le précise le rapporteur public, Anne Iljic, dans ses conclusions sur cette décision, dans des termes aisément transposables à l'affaire jugée par la cour administrative d'appel de Paris : « *ce qui recouvre l'interprétation de contrats qui ne sont pas regardés comme fictifs par l'Administration ne relève pas de la procédure d'abus de droit. Mais ici la difficulté tient au fait qu'il était impossible de requalifier les sommes litigieuses en traitements et salaires sans écarter l'interposition des sociétés civiles, qui ne pouvaient par hypothèse percevoir des revenus relevant de cette catégorie* ».

Au cas présent, l'interposition de la société semblait faire d'autant plus obstacle à la requalification que cette société, du fait de son assujettissement à l'impôt sur les sociétés, avait un caractère opaque, comme le relève « *en outre* » la cour administrative d'appel, et avait d'ailleurs redistribué une partie du gain de cession réalisé sous forme de dividendes imposés.

2. La requalification d'un gain d'apport soumis au régime de l'article 150-0 B du CGI

Pour remédier à ce grief d'abus de droit rampant, l'Administration soutenait en appel, par la voie de ce que la Cour semble avoir considéré comme une substitution de motif, qu'elle avait en réalité entendu requalifier en traitements et salaires le gain d'apport réalisé par le dirigeant à sa holding, et non le gain de cession subséquent.

Cet argument est rejeté par la Cour pour deux motifs, l'un relatif à la condition de disponibilité du revenu, l'autre au caractère intercalaire de l'opération d'apport.

D'une part, elle considère que « *la plus-value résultant d'un tel échange de titres ne peut être qualifiée de traitements et salaires dès lors que l'Administration n'a pas entendu remettre en cause, sur le fondement de l'abus de droit, l'interposition de la [holding personnelle], ce qui fait obstacle à ce qu'un tel apport puisse, comme le soutient le ministre, être regardé comme un acte de disposition par lequel [le dirigeant] aurait renoncé à exercer son droit de vente et l'aurait cédé à [sa holding personnelle]* ». En effet, contrairement aux plus-values qui, par exception au principe de l'imposition du revenu disponible, sont imposables dès lors qu'elles sont acquises, les traitements et salaires ne sont imposables qu'une fois mis à disposition du contribuable. Ainsi, si l'apport à sa holding par le dirigeant de ses titres constitue un fait générateur d'imposition au regard des règles de plus-values, il ne génère aucun revenu disponible dont le droit à perception aurait été « *cédé* » à la société bénéficiaire de l'apport. C'est seulement au moment de la distribution de dividendes que le dirigeant a perçu une partie de ce gain sous la forme d'un revenu disponible, imposé selon le régime des distributions. Ainsi, à défaut d'écarter l'acte d'apport, ainsi éventuellement que celui de distribution, on voit mal quel revenu était disponible à cette date et susceptible de faire l'objet d'une requalification en complément de salaire.

L'idée selon laquelle la disponibilité du revenu serait tirée du droit de vente dont disposait le requérant au moment où il a réalisé l'apport, lequel devrait être regardé comme un acte de disposition, ne nous semble pas convaincante car le droit de vente caractérise tout au plus un revenu acquis, non un revenu disponible. Comme le juge la Cour, et comme l'a précisé Anne Iljic dans ses conclusions sur la décision précitée du Conseil d'État, Marin des Tilleuls (CE, 10^e et 9^e ch., 27 juin 2019, n° 420262 et 420382 : Dr. fisc. 2019, n° 47, comm. 450, concl. A. Iljic ; RJF 2019, n° 901, concl. préc. – CE, 10^e ch., 24 juill. 2019, n° 429618 et 429619 : Dr. fisc. 2019, n° 41, comm. 398, concl. A. Iljic, note J.-L. Pierre ; Dr. sociétés 2019, comm. 196 ; RJF 2019, n° 1044), c'est lorsque le revenu est en mesure d'être encaissé qu'il peut être considéré comme disponible. Ce n'est donc qu'au moment de la cession par la holding que ce revenu devient disponible entre les mains de cette société, ce qui, selon les termes de l'arrêt, renvoie à la nécessité du recours à l'abus de droit pour écarter la société interposée.

Le second motif est tiré de l'absence de cristallisation d'un gain lors de l'opération d'apport. La Cour s'exprime en ces termes : « *alors surtout qu'à la date de l'apport des titres de la société Tournesol Capital, ces derniers n'ont produit aucun gain et que le gain issu de leur cession le 17 juin 2012 a été encaissé par la société Sunflower [...]. Dans ces conditions, la plus-value d'échange née de l'apport des titres*

de la société Tournesol Capital à la société Sunflower ne peut être imposée dans le chef de M. B... ».

En effet, à la date des faits, l'apport à des sociétés même contrôlées était soumis au régime du sursis de l'article 150-0 B du CGI. Par conséquent, le caractère intercalaire conféré par le régime de sursis auquel les apports relevant de l'article 150-0 B du CGI sont automatiquement soumis interdirait la caractérisation du moindre gain, susceptible de requalification.

Par contraste, en présence d'un tel gain cristallisé par le biais d'un apport relevant du régime de l'article 150-0 B ter du CGI, l'administration fiscale pourrait-elle retrouver l'usage de son pouvoir de requalification ? On peut en douter. En effet, il est possible de considérer que c'est parce que le gain, qui aurait dû être déclenché par l'opération d'apport, n'est pas soumis au régime des plus-values, qu'il n'est éligible ni au report, ni au sursis, les articles 150-0 B et 150-0 B ter faisant tous deux référence aux dispositions de l'article 150-0 A du CGI. Une distinction entre les deux mécanismes semble donc peu convaincante.

Les conséquences pratiques de la décision sont difficiles à appréhender, tant elles laissent le contribuable et l'Administration face à

une alternative radicale. En effet, dans l'hypothèse où un dirigeant impliqué dans un *management package* déciderait d'apporter son outil d'investissement à une société holding, de deux choses l'une : soit sa holding, de par sa substance ou sa fonction, résiste au test de l'abus de droit et alors l'Administration ne pourrait requalifier le *management package* en salaires ; soit elle peut être écartée sur le fondement de l'abus et, dans ce cas, le contribuable risquerait l'application automatique d'une majoration de 80 %. La solution vient probablement du mini-abus de droit prévu à l'article L. 64 A du LPF : en montrant que l'opération d'apport a eu un objectif principalement fiscal, celui d'entrer artificiellement dans le régime du report d'imposition de l'article 150-0 B ter du CGI, l'Administration devrait être en mesure d'écarter, sur le fondement de l'abus de droit, les opérations d'apport-cession avant de pouvoir requalifier les gains en traitements et salaires. L'institution du mini-abus de droit de l'article L. 64 A du LPF devrait inciter l'Administration à ne plus prendre le risque de se voir reprocher un abus de droit rampant.