

2.1

# Management packages et cotisations sociales : la Cour de cassation lève un coin du voile

Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 4 avr. 2019, n° 17-24.470

La Cour de cassation se prononce sur le principe et sur l'assiette d'assujettissement aux cotisations sociales de bons de souscription d'actions (BSA) alloués par une société à ses dirigeants. Ces bons

constituent un avantage soumis à cotisations, en raison du lien existant entre leur attribution et l'existence et le maintien d'un contrat de travail ou d'un mandat social.

## Décision

**Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 4 avr. 2019, n° 17-24.470**

**Pdt :** Mme Flise - **Rapp. :** Mme Vieillard – **Av. gal :**

M. Gaillardot - **Av. :** SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, SCP Gatineau et Fattaccini

**Fichage :** Publié au bulletin

Attendu, selon l'arrêt attaqué et les productions, qu'une convention dénommée contrat d'investissement a été conclue, le 17 décembre 2004, entre la société Groupe D... (la SGLB), ses dirigeants et la Société de Détention d'actions du groupe D... (la SDAGLB), aux termes de laquelle, la SGLB ayant souhaité mettre en place, au profit des dirigeants, des mécanismes d'intéressement, ceux-ci ont souscrit des bons de souscription d'actions émis par la SGLB ; qu'il était notamment stipulé que les bons ne pourraient être exercés qu'à compter de la cotation de la SGLB ou de « la sortie de Colony », c'est à dire du transfert de la propriété de la totalité de la participation des sociétés ColAce et ColPlay à une autre entité, et étaient incessibles, les dirigeants s'engageant toutefois irrévocablement, notamment en cas de sortie de Colony, à vendre leurs bons à la SDAGLB moyennant un prix dont les modalités de calcul étaient précisées ; que, cette condition s'étant réalisée le 15 avril 2009, les dirigeants ont cédé leurs bons à la SDAGLB en réalisant une plus-value globale de 2 693 820 euros ; qu'à la suite d'un contrôle de la SGLB portant sur les années 2008 et 2009, l'URSSAF de Paris et région parisienne, aux droits de laquelle vient l'URSSAF d'Ile-de-France, a réintégré dans l'assiette des cotisations le montant de cette plus-value et a notifié, le 2 décembre 2011, une mise en demeure à la SGLB qui a saisi d'un recours une juridiction de sécurité sociale ;

**Sur le deuxième moyen, pris en ses trois premières branches, qui est préalable :**

Attendu que la SGLB fait grief à l'arrêt de rejeter son recours alors, selon le moyen :

*1°/ que les bons de souscription d'actions sont des instruments financiers, valeurs mobilières, permettant de souscrire à une ou plusieurs actions dites sous-jacentes pendant une période donnée, dans une proportion et à un prix fixé à l'avance ; qu'ils sont acquis moyennant un investissement financier de la part de leur détenteur et leur valorisation varie en fonction de la valeur des actions auxquelles ils se rattachent ; qu'ils sont susceptibles de générer des profits comme des pertes en fonction de l'évolution à la hausse ou à la baisse des actions auxquelles ils se rattachent ; que l'achat de bons de souscription d'actions effectué par des dirigeants d'entreprise en leur qualité d'associé et d'actionnaire - peu important qu'il leur soit réservé et/ou qu'il soit soumis à conditions - doit en conséquence être qualifié d'investissement financier et non d'élément de rémunération assujéti à cotisations de sécurité sociale ; qu'en retenant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale ;*

*2°/ qu'en retenant l'existence d'un avantage résultant de l'achat de bons de souscription d'actions par les dirigeants de la société Groupe D..., sans constater que ces bons avaient été octroyés à des conditions préférentielles aux personnes concernées, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale ;*

*3°/ qu'en se fondant sur le motif impropre selon lequel « le fait de pouvoir vendre les bons avant leur période d'exercice*

établit que les dirigeants bénéficiaient en réalité d'un avantage pécuniaire certain », cependant que n'importe quel détenteur de bons de souscription d'actions peut, sans bénéficier d'un quelconque avantage, les céder avant leur période d'exercice à l'expiration de laquelle ils deviennent caduques, la cour d'appel a violé l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale ;

Mais attendu qu'il résulte de l'article L. 242-1, alinéa 1, du code de la sécurité sociale que, dès lors qu'ils sont proposés aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion du travail et acquis par ceux-ci à des conditions préférentielles, les bons de souscription d'actions constituent un avantage qui entre dans l'assiette des cotisations sociales ;

Et attendu qu'après avoir analysé le contrat d'investissement conclu le 17 décembre 2004 entre la SGLB, les dirigeants et la SDAGLB, l'arrêt retient essentiellement qu'un lien est affirmé, aux termes de cette convention, entre d'une part l'attribution de BSA et le maintien de ceux-ci, et d'autre part, l'existence et le maintien d'un contrat de travail ou d'un mandat social ;

Que de ces constatations, la cour d'appel a exactement déduit, abstraction faite des motifs surabondants critiqués par la troisième branche, que la possibilité d'acquiescer et d'exercer les bons de souscription d'actions litigieux constituait un avantage, qui devait entrer dans l'assiette des cotisations de la société ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

#### **Et sur le premier moyen :**

Attendu que la SGLB fait le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen, *que les cotisations de sécurité sociale se prescrivent par trois ans à compter de la fin de l'année civile au titre de laquelle elles sont dues ; que les bons de souscription d'actions sont des instruments financiers, valeurs mobilières, permettant de souscrire à une ou plusieurs actions dites sous-jacentes pendant une période donnée, dans une proportion et à un prix fixé à l'avance ; qu'en admettant que les bons de souscription d'actions constituent un avantage susceptible d'être assujéti à cotisations de sécurité sociale, le fait générateur des cotisations dues sur cet avantage est constitué par l'acquisition des bons par leur détenteur ; qu'en l'espèce la Société Groupe D... a soutenu à ce titre dans ses conclusions d'appel que les bons de souscription d'actions ayant été acquis, sur leurs deniers propres, par plusieurs de ses dirigeants au cours du mois de décembre 2004, c'est à cette date que devait être retenu le fait générateur des cotisations dues au titre d'un éventuel avantage ; qu'elle a fait valoir en conséquence qu'au jour du redressement survenu en 2011 l'action en recouvrement des cotisations de sécurité sociale dues au titre d'un tel avantage était prescrite comme ayant dépassé le délai de prescription triennale ; qu'en retenant au contraire, pour écarter la prescription, que le fait générateur des cotisations dues sur l'avantage retenu était constitué, non par l'acquisition des bons de souscription d'actions par les dirigeants de la société, mais par la cession en 2009 de ces bons à la société SDAGLB, la cour d'appel a violé les articles L. 242-1, R. 243-6 et L. 244-3 du code de la sécurité sociale ;*

Mais attendu qu'il résulte des dispositions combinées des articles L. 242-1, alinéa 1, et R. 243-6 du code de la sécurité sociale, ce dernier dans sa rédaction applicable à la date d'exigibilité

des cotisations litigieuses, que le fait générateur des cotisations sociales afférentes à un avantage, qui constitue le point de départ de la prescription, est la mise à disposition effective de l'avantage au salarié bénéficiaire de celui-ci ; qu'aux termes de l'article L. 244-3 du même code, la mise en demeure ne peut concerner que les cotisations exigibles au cours des trois années civiles qui précèdent l'année de son envoi, ainsi que les cotisations exigibles au cours de l'année de son envoi ;

Et attendu que l'arrêt constate que selon le contrat d'investissement conclu le 17 décembre 2004 entre la SGLB, la SDAGLB et les dirigeants, les bons de souscription d'actions étaient incessibles et que chacun des dirigeants ne pouvait les exercer qu'à compter de la survenance de la sortie de Colony, ou de la cotation de la société ; qu'il précise que la cession de Colony à Accor a été réalisée le 15 avril 2009 ;

Qu'il en résulte que ce n'est qu'à compter de cette dernière date que les bénéficiaires ont eu la libre disposition des bons de souscription d'actions, de sorte que l'action en recouvrement des cotisations afférentes à cet avantage n'était pas prescrite à la date de délivrance de la mise en demeure ;

Que, par ces motifs de pur droit substitués à ceux critiqués par le moyen, après avis donné aux parties en application de l'article 1015 du code de procédure civile, l'arrêt se trouve légalement justifié ;

#### **Mais sur le deuxième moyen, pris en ses quatrième et cinquième branches, qui est recevable :**

Vu l'article L. 242-1, alinéa 1, du code de la sécurité sociale ;

Attendu que pour débouter la SGLB de l'ensemble de ses demandes, l'arrêt énonce que l'avantage soumis à cotisations doit être évalué en fonction de la plus-value réalisée sur la cession des bons de souscription ;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'avantage devait être évalué selon la valeur des bons à la date à laquelle les bénéficiaires en ont obtenu la libre disposition, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

#### **Et sur le troisième moyen :**

Vu les articles L. 242-1, alinéa 1, et L. 311-3, 23° du code de la sécurité sociale, ce dernier dans sa rédaction applicable au litige ;

Attendu, selon le second de ces textes, que sont affiliés obligatoirement aux assurances sociales du régime général les présidents et dirigeants des sociétés par actions simplifiées et des sociétés d'exercice libéral par actions simplifiées ;

Attendu que pour débouter la SGLB de l'ensemble de ses demandes, l'arrêt retient que le contrat d'investissement conclu le 17 décembre 2004 entre cette société, les dirigeants et la SDAGLB, indique que les associés ont souhaité, conformément au Protocole, mettre en place au profit des dirigeants des mécanismes d'intéressement ; que les bénéficiaires sont précisés en page 8 sous le titre intitulé "Investissement des dirigeants", à savoir MM. X..., Y..., Z..., A..., B... et C... ; que les fonctions de dirigeant au sein de la SAS de M. Y... sont remises en cause par la société pour l'année 2009, seules les fonctions de président

du conseil de surveillance lui étant reconnues ; qu'or, il résulte clairement de la lecture du contrat que l'offre de souscription de BSA ne valait qu'au profit des dirigeants sociaux et qu'en conséquence, au moment de la signature du contrat, M. Y... avait nécessairement cette qualité ; qu'il est dès lors inopérant de produire des extraits Kbis de la société datés de 2009 ne faisant apparaître que X... en qualité de président de la SAS ; que de plus, si dans les années qui ont suivi, il avait perdu cette qualité, il aurait dû, comme il a été vu précédemment, faire procéder au rachat de ces bons, ce qui n'a pas été le cas ; que par ailleurs, les autres bénéficiaires à savoir MM. X..., Z..., A..., B... et C... ne sont pas plus mentionnés sur cet extrait Kbis alors même qu'ils profitent également de l'offre de souscription, ce qui sous-tend soit leur qualité de dirigeants sociaux, soit celle de salariés membres de la direction ; que dans la lettre d'observations, l'inspecteur relevait à cet égard qu'ils étaient tous

titulaires d'un mandat social ou d'un contrat de travail au sein de la SAS Groupe D... et que cette dernière ne démontre pas le contraire aujourd'hui ;

Qu'en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à caractériser la situation de M. Y... au regard de la règle d'assujettissement au régime général énoncée au second des textes susvisés, à la date du fait générateur de l'avantage, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

#### PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 6 juillet 2017, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

## Commentaire



**Roland POIRIER,**  
Avocat à la Cour,  
Lussan société d'avocats

1. Plusieurs dirigeants du groupe Lucien Barrière avaient souscrit des bons de souscription d'actions (BSA) dans le cadre d'un contrat d'investissement passé avec le groupe et s'étaient irrévocablement engagés à vendre leurs bons lors de la vente par Colony de sa participation. La Cour d'appel a approuvé l'organisme de recouvrement d'avoir soumis à cotisations sociales l'intégralité du gain de cession des BSA<sup>1</sup>. Cette décision a semé la consternation dans le monde discret du *private equity* en raison du peu de cas fait par les juges de l'analyse économique, usuelle en matière fiscale, consistant à rechercher l'existence éventuelle d'un avantage dans les conditions financières d'acquisition et de cession des bons ou actions.

### I. La portée de l'arrêt en matière de cotisations sociales

2. L'affaire est venue devant la Cour de cassation avec trois questions principales : les BSA constituent-ils un avantage au sens du code de la sécurité sociale entrant dans l'assiette des cotisations sociales ? Quel est le fait générateur des cotisations sociales afférentes à cet avantage ? Comment apprécier la valeur de cet avantage ?

<sup>1</sup> CA Paris, 12e ch., 6 juill. 2017 n°14/02741.

### A. À quelles conditions le lien avec le travail fait-il du BSA un avantage soumis à cotisations ?

3. L'article L. 242-1, 1 du CSS dans sa rédaction à l'époque des faits prévoyait que « Pour le calcul des cotisations des assurances sociales, des accidents du travail et des allocations familiales, sont considérés comme rémunérations toutes les sommes **versées** aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion du travail, notamment les salaires ou gains (...) les avantages en nature (...) ».

Après avoir « *incontestablement* » déduit l'existence d'un avantage du contrat d'investissement passé entre les dirigeants et le groupe, dont la cour relève qu'il réserve l'attribution des bons « à un nombre réduit de personnes » (six) sans qu'il apparaisse clairement que son analyse aurait été différente si le contrat avait été ouvert à tous les salariés, la cour d'appel a recherché si cet avantage avait la nature d'une rémunération obtenue en contrepartie d'un travail. Ce faisant, elle a expressément refusé d'accorder une quelconque importance au fait que les BSA représentaient un investissement pour les dirigeants soumis aux aléas de l'activité sociale, et a écarté toute analogie avec le raisonnement suivi en matière fiscale (« *en matière d'assiette de cotisations sociales, la position de l'administration fiscale et la jurisprudence administrative n'ont aucune incidence* »).

La cour d'appel s'est ensuite attachée à préciser la nature juridique de cet avantage, celle d'une rémunération assujettie aux cotisations. Ce faisant, elle ne s'est pas bornée à observer que les dirigeants étaient des salariés ou des mandataires sociaux de la société. Elle a recherché dans le contrat d'investissement les indices d'un lien entre l'octroi des BSA et le travail ; elle en a conclu que ce lien découlait « *très clairement* » de la volonté exprimée par l'actionnaire de mettre en place un « *mécanisme d'intéressement des dirigeants aux performances de la société* » et de la promesse irrévocable consentie par eux de céder leurs bons en cas de départ de l'entreprise.

4. La Cour de cassation confirme la qualification de rémunération au visa de l'article L. 242-1, 1. Elle rappelle d'abord que **les BSA n'entrent dans le champ de cet article que pour autant (i) qu'ils sont proposés aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion de leur travail, et (ii) qu'ils sont acquis à des conditions préférentielles**. Sur le premier point, elle conforte l'appréciation faite par la cour d'appel d'un lien suffisant du lien entre l'attribution des BSA et le travail. Mais, de manière décevante, la Cour s'abstient de commenter les conditions d'appréciation de l'existence d'un avantage. Celui-ci découle-t-il du nombre réduit de bénéficiaires ? Ou, c'est notre compréhension, elle considère implicitement qu'un avantage existe du seul fait que les BSA offrent la possibilité, fut-elle incertaine, d'acquérir des actions à un prix d'exercice inférieur à la valeur réelle ; puisque les BSA ont été valorisés en fonction de perspectives d'activité intégrant le facteur de risque, c'est que la chance de gain ne serait plus virtuelle mais aurait en quelque sorte acquis une consistance matérielle... On aurait aimé que la décision de la Cour soit plus claire sur ce point.

5. Cette décision fait écho à l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Douai dans une affaire semblable où était en question l'assujettissement aux cotisations sociales des gains de levée d'option de BSA<sup>2</sup>. Dans un premier temps, la cour a considéré que la différence entre le prix d'exercice et la valeur de l'action émise lors de l'exercice du BSA (appelée plus-value d'acquisition) constituait un avantage, sans discuter les conditions financières auxquelles le bon était subordonné. Puis, la cour d'appel a recherché la nature juridique de cet avantage, salaire ou autre, dans les statuts de la société des cadres, dont l'objet était « *de permettre aux salariés ou toute autre personne apportant une contribution professionnelle à l'activité de l'enseigne G (...) et ainsi de bénéficier de son développement capitalistique et de partager les fruits de la croissance* », et dans le contrat d'émission des BSA, qui indiquait que « *les actionnaires ont estimé utile et juste de proposer à certains cadres dirigeants et conseillers ou administrateurs de bénéficier d'une participation aux plus-values à moyen-terme de l'entreprise, résultats de leur implication dans la préparation de l'avenir* ». Elle en a déduit que l'attribution des BSA était bien liée à l'existence d'un contrat de travail, puisque, en outre, ils étaient rachetés en cas de perte de la qualité de salarié. Elle en a déduit que la plus-value d'acquisition devait être assujettie aux cotisations et pas seulement, comme plaidait la société, le montant du rabais consenti sur la valeur des BSA à l'émission.

6. Il apparaît donc **en matière de cotisations sociale que la jurisprudence :**

> par une application stricte de l'article L. 242-1, 1, **tient pour acquis que les BSA, même payés à prix de marché, constituent un avantage** par la faculté qu'ils offrent d'acquérir des titres à un prix considéré « préférentiel » car potentiellement inférieur à la valeur réelle lors de la levée de l'option, indépendamment du prix payé pour l'acquérir et de l'estimation des chances de gain. Le fait que le nombre de bénéficiaires soit limité à une catégorie du personnel renforce l'analyse

du BSA comme un avantage mais n'en fait pas (dans notre compréhension) une condition ;

> puis **recherche les indices de la qualification de l'avantage en tant que rémunération dans les conditions d'attribution des BSA** dans chaque cas d'espèce. Il ne suffit pas d'être salarié ou mandataire social pour que cet avantage soit assujetti à cotisations. Il faut encore trouver dans la documentation juridique un lien probant entre leur attribution et l'existence du contrat de travail et du mandat : convention spécifique entre la société et les managers, contrat d'émission des bons, procès-verbaux de décisions sociales, statuts, etc.

7. On trouve un raisonnement similaire dans la décision *Quick* rendue par la cour administrative d'appel de Versailles en matière de taxes assises sur les salaires<sup>3</sup>. La société mère belge du groupe Quick Restaurant avait émis des obligations assorties de bons de souscription d'actions au bénéfice de l'ensemble des salariés du groupe bénéficiant d'un contrat de travail à durée indéterminée et certains dirigeants. La société qui avait accepté le redressement des URSSAF n'avait porté le litige devant les tribunaux qu'en matière de taxes assises sur les salaires. Sans discuter si les BSA offraient véritablement des « *conditions avantageuses* » d'acquisition des actions Quick Restaurant, car la chose ne semble pas avoir fait débat, la cour a déduit du fait que le contrat d'émission réservait les warrants aux salariés ou à certains d'entre eux était « *nécessairement lié* » à leur appartenance à l'entreprise. La particularité de cette affaire tient aussi au fait que l'offre de souscription avait été faite au personnel de la filiale. Bien que l'avantage n'ait pas été accordé par l'employeur, l'administration a considéré qu'il avait été obtenu en contrepartie du travail au sens de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale<sup>4</sup>.

En matière de taxes et de cotisations **lorsque l'analyse porte sur le lien entre l'avantage et le travail, la jurisprudence des tribunaux administratif et celle des tribunaux judiciaires semblent donc converger.**

## B. Quel est le fait générateur des cotisations sociales afférentes à cet avantage ?

8. Le conseil du groupe Barrière avait défendu que l'existence d'un avantage éventuellement soumis à cotisations doit s'apprécier à la date d'attribution des BSA et non à la date de la cession. En matière fiscale, ce sont les caractéristiques du bon à l'émission qui déterminent s'il y a un avantage (rabais, absence d'aléa ou autre). Il faisait aussi observer que retenir la date de la cession était anachronique puisqu'elle aboutissait à assujettir l'avantage à cotisations plus de cinq ans après l'année au cours de laquelle les bons avaient été attribués.

La cour d'appel a considéré au contraire que l'avantage ne pouvait s'apprécier qu'à la date de la cession, dès lors que le

3 CAA Versailles, 28 janv. 2014, n° 12VE02246, France Quick.

4 Dans le dispositif de stock-option légal, la contribution sociale patronale s'applique en lieu et place des cotisations lorsque l'option est consentie par une société dont le siège est à l'étranger et qui est mère ou filiale de l'entreprise dans laquelle le bénéficiaire exerce son activité (CSS, art. L. 137-13, III).

2 CA Douai, ch. soc. b, 31 mai 2017, n° 14/03902, Kiabi.

premier alinéa de l'article L. 242-1 vise les rémunérations « *versées* » et que cet événement constitue donc le fait générateur des cotisations. On notera que le **nouvel article L. 242-1, 1 du CSS**, issu de l'article 2 de l'ordonnance n° 2018-474 du 1<sup>er</sup> juin 2018, abandonne le verbe « *verser* » pour rendre les cotisations « *dues pour les périodes au titre desquelles ces revenus sont attribués* ». On méditera sur la tournure qu'aurait pu prendre la décision de la cour d'appel avec cette nouvelle rédaction, qui, distinguant entre attribution et versement, renvoie à une date antérieure au versement, celle à laquelle le bénéficiaire a définitivement acquis son avantage.

9. Après avoir écarté la date de cession des bons comme fait générateur des cotisations, la **Cour de cassation lui substitue la date à laquelle ils sont « *devenus librement disponibles* »**. En effet, le contrat d'investissement prévoyait que les bons étaient incessibles et ne pouvaient être exercés ou devaient obligatoirement être cédés qu'à certaines conditions. Ces dispositions ont obligé les managers à céder leurs bons lors de la sortie de Colony, comme ils auraient dû céder les actions à peine souscrites s'ils avaient exercé les bons. C'est en effet à cette date que les BSA sont devenus librement disponibles. La date de libre disposition coïncidant avec celle de la cession au cas particulier, on peut craindre que la substitution de motifs n'ait pas pour effet de modifier le fait générateur des cotisations. Mais il pourrait en aller autrement dans d'autres situations où les bons deviennent exerçables ou cessibles avant leur date de cession effective comme il est discuté ci-après.

### C. Comment apprécier la valeur de l'avantage ?

10. Pour la cour d'appel, l'avantage n'était quantifiable qu'à la date de la cession. Il en résultait que c'est l'intégralité du gain constaté à cette date qui devait être assujéti à cotisations. La Haute Cour casse l'arrêt sur ce point et renvoie l'affaire à la cour d'appel de Paris au motif que **l'avantage soumis à cotisations doit être évalué selon la valeur des bons à la date à laquelle les bénéficiaires en ont obtenu la libre disposition**, et non en fonction de la plus-value réalisée lors de leur cession. On a bien lu : il s'agit d'obtenir la libre disposition des bons, et non d'en avoir librement disposé.

Cette formule est claire dans le cas où la date de libre disposition coïncide avec l'acte de disposition effective, c'est-à-dire la situation où le manager exerce ou vend son BSA dès qu'il est devenu disponible : l'avantage devrait alors être limité à la différence entre le prix d'exercice et la valeur de l'action au moment où le bon a été exercé ou cédé. C'est d'ailleurs l'analyse des juges de Douai dans l'affaire *Kiabi* évoquée précédemment. Toute plus-value acquise par le titre postérieurement à l'exercice du bon par le bénéficiaire reste donc hors du champ des cotisations.

Plus incertaine est la situation dans laquelle le bon devenu disponible n'a été immédiatement ni exercé ni cédé. En effet, la valeur du bon peut évoluer entre la date de libre disponibilité et la date de disposition. La valeur du bon qui est soumise à cotisations pourrait alors être égale à la différence entre le

prix d'exercice et la valeur du titre à la date à laquelle il est devenu disponible ; elle correspondrait au prix auquel le bon pourrait être vendu. L'accroissement de valeur acquis postérieurement par le bon, entre la date de disponibilité et la date de disposition effective (exercice ou cession) conserverait la nature d'une plus-value non assujétiée à cotisations. Cette solution aurait le mérite de reconnaître qu'à partir de la date de libre disposition, le bénéficiaire, s'il choisit de ne pas exercer ou céder le bon, court un aléa nouveau, différent de celui précédemment lié à l'impossibilité contractuelle d'exercer le bon. Par ses conséquences importantes sur l'assiette des cotisations, la distinction introduite par la Cour entre date de libre disponibilité et date de disposition pourrait susciter des stratégies nouvelles consistant à avancer la date de libre disposition du bon par rapport à la date d'exercice ou de cession du bon.

### Conclusion de la première partie

11. Au final, la décision rendue dans l'affaire *Barrière* traduit une **volonté d'alignement du traitement des BSA sur celui des gains de levée d'options de souscription d'actions dans le cadre du dispositif légal**, qui sont (sauf exceptions) traités comme des salaires soumis à la CSG-CRDS des revenus d'activité, à cette différence près que le législateur a entendu favoriser l'actionnariat salarial réglementé en remplaçant les cotisations par une contribution salariale de 10 % due au jour de la cession des titres acquis grâce à l'option.

Le **fondement de la décision Lucien Barrière, qui repose sur une lecture stricte de l'article L. 242-1, est contestable au plan économique** car il nous semble méconnaître la différence entre salaire et gain, le versement du premier dépendant de la fourniture d'un travail dans une relation de subordination et le salarié bénéficiant de la sécurité d'un salaire fixe pendant la durée de son emploi, tandis que le deuxième dépend du contexte économique au sens large. En outre, le contrat d'investissement offre au salarié des droits (exercice, cession conjointe etc.) de nature civile ou commerciale qui sont distincts de ceux nés du contrat de travail.

La motivation du salarié devrait également être prise en compte : s'il a conscience de bénéficier d'une opportunité qui lui est offerte par son travail, le salarié considère avant tout que les sommes investies sont puisées dans son épargne, souvent tirée de son salaire après impôts, et n'ont rien de comparable avec celles qu'il reçoit automatiquement dans le cadre d'un PEE et qu'il peut investir, le cas échéant, dans le cadre d'une augmentation de capital réservée qui sont exonérées de cotisations sociales. Le salaire, la participation, l'intéressement et l'abondement sont payés par l'employeur, les BSA par le salarié ; ce sont deux optiques très différentes. De plus, pour toucher son prix, le salarié-investisseur s'en remet aux décisions de « sortie » prises par les actionnaires, fonds d'investissement ou autres, en dehors de la sphère sociale (conseil d'administration ou assemblée générale), pour des raisons d'opportunité qui leur sont propres (atteinte d'un TRI, recentrage stratégique, etc.), et qui sont en tout état de cause étrangères à la marche de l'entreprise. La Cour de

cassation a ainsi jugé qu'est licite la clause d'un pacte d'actionnaires prévoyant que le salarié devra céder ses actions en cas de licenciement et que ne s'appliquent pas les règles du droit du travail<sup>5</sup>.

On regrettera donc que la décision de la Cour de cassation, si elle n'est pas vraiment une surprise, entretienne la confusion entre deux formes de rémunération différentes, celle née du travail, et celle née du capital, en rejetant la dualité du salarié-associé<sup>6</sup>.

**12.** Comme seule limite au traitement du gain de levée d'option en salaire en présence d'un contrat de travail, reste **la condition qu'un lien soit démontré entre l'octroi des bons et ce contrat**. Les gains de levée d'option devraient donc continuer à échapper aux cotisations sociales lorsqu'aucun document ne conditionne leur souscription ou leur exercice à la présence dans l'entreprise. En pratique, les cas devraient être rares où l'employeur prendra le risque de déconnecter les bons de la présence du bénéficiaire dans l'entreprise. Cette jurisprudence ne devrait pas non plus modifier la situation dans laquelle le manager investit directement en actions aux côtés du fonds, aux mêmes conditions que lui. Il devrait en aller de même en présence d'instruments de « *sweet equity* » où l'investisseur limite sa participation au capital social pour laisser une place plus importante aux managers dans le tour de table, compte tenu des moyens financiers limités dont ils disposent, et place le solde de son investissement sous la forme d'obligations convertibles ou d'actions de préférence. Dans ce cas, la plus-value de cession des managers devrait continuer à échapper aux cotisations sociales même si les managers sont tenus à une condition de présence dans l'entreprise.

## II. La comparaison avec la situation fiscale des BSA

**13.** De nombreuses décisions illustrent les situations dans lesquelles l'existence d'un avantage est reconnue en matière fiscale. La jurisprudence des tribunaux judiciaires est beaucoup moins fournie malgré quelques décisions rendues en matière d'assujettissement à cotisations d'avantages accordés sous forme de rabais excédentaires dans le cas de plans d'actionnariat salarié<sup>7</sup>. Il en ressort avec constance que tout

avantage obtenu en contrepartie ou à l'occasion du travail constitue une rémunération assujettie à cotisations sociales.

La **comparaison des jurisprudences judiciaires et administratives montre que leur conception de l'avantage n'est pas la même**. Comme le montrent les décisions *Barrière* et *Quick*, la simple chance de gain dont la réalisation est éventuelle suffit à matérialiser l'existence d'un avantage en matière de cotisations sociales. Le juge administratif, pour qui l'analyse économique est prépondérante, recherche si les conditions financières accordées au bénéficiaire diffèrent de celle qui s'appliquent à un investisseur ordinaire<sup>8</sup> (A), avant de qualifier la nature juridique de l'avantage (B).

### A. L'aléa économique comme instrument d'appréciation d'un avantage

**14.** L'avantage peut avoir une consistance matérielle (ex : prix de cession majoré écartant la requalification de plus-value, alors même que le vendeur favorisé avait agi en véritable actionnaire<sup>9</sup>) ou présenter une forme incorporelle (absence d'aléa démontrée par la faiblesse de l'indemnité d'immobilisation payée par un dirigeant en contrepartie d'une promesse de vente d'actions compte tenu du bref délai séparant la levée de la promesse de la revente des titres alors même que ni le calcul du montant de l'indemnité ni le prix d'exercice de la promesse n'étaient critiqués<sup>10</sup>, imminence du débouclage de l'opération au moment de l'investissement<sup>11</sup>, absence totale de risque liée à une promesse de cession à un prix supérieur au prix d'achat<sup>12</sup>). La qualification de plus-value est refusée à la rétrocession de plus-value que reçoit un actionnaire d'un autre actionnaire en sus de sa quote-part du prix des actions, car il court seulement une chance de gain qui se matérialise si les objectifs financiers sont atteints, sans risque de perte (rétrocession nulle en ce cas)<sup>13</sup>.

**15.** *A contrario*, la requalification de la plus-value est écartée lorsque l'administration, à qui incombe la charge de la preuve, ne démontre pas l'absence d'aléa même si le bénéficiaire de l'option ou du bon est dirigeant de la société et qu'il les a obtenus dans le cadre de ses fonctions<sup>14</sup>.

5 Sous réserve du cas où la clause s'apparente à une sanction pécuniaire prohibée par l'article L1331-2 du code du travail. Voir Cass.com. 7 juin 2016 n°14-17978 ; Cass.civ. 1ere, 6 décembre 2017 n°16-17588 F.D. ; Licenciement d'un salarié et engagement de cession de ses titres. Yann Pagnerre. La Semaine Juridique Social n°15-16, 17 avril 2018, 1134

6 Voir l'étude de Daniel Gutman, Brèves remarques sur l'ambiguïté fiscale du salariat, Droit Fiscal n°9, 3 mars 2016, 187.

7 Cass. civ. 2e, 28 mai 2009, n° 08-15.876, Publicis c/Urssaf de Paris. - Cass. civ. 2e, 20 sept. 2005, n° 03-30.709, TTS c/Urssaf de Paris. - Cass. soc., 24 oct. 2002, n° 01-20.699, Urssaf de Paris c/Sté Adecco. - Cass. civ. 2e, 27 nov. 2014, n° 13-25.715, Urssaf des pays de la Loire c/Sté Osiatis France.

8 Il faut réserver le cas des plans d'option dans le cadre des régimes légaux d'actionnariat salarié (C. com., art. L. 225-177 à L. 225-186). L'article 80 bis du CGI qualifie d'avantage la différence entre la valeur réelle de l'action à la date de la levée de l'option et le prix de souscription ou d'achat de l'action, qu'il taxe dans la catégorie des traitements et salaires, tout comme le rabais excédentaire accordé aux salariés en cas de rachat d'actions existantes (C. com., art. L. 225-179), au titre de l'année de cession (CGI, art. 80 bis, II). Seul l'excédent du prix de cession sur le montant de l'avantage est imposé en tant que plus-value sur valeurs mobilières (CGI, art. 80 bis, IV).

9 Par ex : CE, 26 mars 2008, n° 284374, Muller.

10 CE, 26 sept. 2014, n° 365573, Gaillochet.

11 CAA Paris, 12 avr. 2018, n° 16PA1813 et n° 16PA01157, Wendel.

12 CE (na), 21 févr. 2018 n° 405679.

13 CE, 15 févr. 2019, n° 408867, Lefèvre : IP 1-2019, n° 2, § 5

14 TA Paris, 8 mars 2017, n° 1513163, G 7. - CE, 10 déc. 2014, n° 367040 et CAA Paris, 17 févr. 2016, n° 14PA05187, William Saurin. - TA Paris, 18 janv. 2017, n° 1505676/1, Deutsch. - CAA Versailles, 6 mars 2018, n° 16VE02414 et TA Montreuil, 31 mars 2016, Editis.

L'arrêt *Serfaty*<sup>15</sup>, dans lequel a été jugé que le seul fait, pour le directeur salarié d'une société civile porteur de parts de cette société, de consacrer son travail à la création de valeur qui se traduit par la réalisation d'une plus-value lors de la vente des parts ne suffit pas à dénaturer le gain en bénéfice non commercial, nous paraît conserver toute sa portée. Le fait que l'investissement soit réalisé à l'occasion du travail ne suffit pas à requalifier le gain en salaire au plan fiscal<sup>16</sup>. Dans l'affaire *CBRE* jugée par le tribunal de Melun<sup>17</sup>, le juge a écarté la requalification d'une plus-value de cession de BSA d'un dirigeant en salaire parce que l'administration s'était bornée à examiner si les BSA étaient liés à l'exercice des fonctions de direction (le contrat d'émission des BSA était silencieux sur ce point), sans rechercher si le prix payé pour les acquérir ou le risque pris étaient normaux.

## B. L'imposition de l'avantage dans une catégorie d'imposition en fonction des circonstances propres à chaque affaire

**16.** Comme le juge judiciaire, ce n'est qu'après avoir relevé l'existence d'un avantage que le juge administratif analyse les circonstances dans lesquelles cet avantage a été accordé pour déterminer sa nature juridique, qui dicte sa catégorie d'imposition : plus-value de cession de valeurs mobilières, salaire, BNC<sup>18</sup>, ou libéralité<sup>19</sup>. Dans la décision *Lefèvre* précitée, les juges du Palais-Royal soulignent que « *lorsque les sommes en cause trouvent leur origine dans l'exercice par l'intéressé de fonctions de dirigeant ou de salarié, elles constituent un avantage en argent* » au sens de l'article 82 du CGI. Il approuve la cour d'appel d'avoir relevé que « *la fraction de leurs plus-values de cession que les principaux associés (...) étaient convenus d'attribuer à M. Lefèvre avaient essentiellement la nature, non de la compensation d'un risque que celui-ci aurait couru en qualité d'investisseur, mais celle d'un versement à caractère incitatif destiné à rétribuer l'exercice de ses fonctions de manager ainsi que les résultats et performances ayant résulté de cet engagement professionnel (...) cette fraction de la plus-value constituait un avantage en argent devant être imposé dans la catégorie des traitements et salaires* ». Le juge n'hésite d'ailleurs pas à taxer l'ensemble de l'avantage dans la catégorie des traitements et salaires en soulevant d'office l'erreur de l'administration qui ne l'a fait qu'en partie<sup>20</sup>. En revanche, la requalification en salaire est écartée si l'avantage est obtenu, non par le salarié ou dirigeant, mais par une société, même s'il en est le principal associé ou actionnaire<sup>21</sup> en l'absence de remise en cause du

montage sur le terrain de l'abus de droit<sup>22</sup>. Dans l'affaire la plus récente, qui présentait une problématique classique de requalification en salaire du gain retiré par un dirigeant de la vente de ses actions obtenues grâce à l'exercice d'une option d'achat, la cour administrative d'appel de Versailles a jugé qu'un aléa suffisant avait été encouru à raison de l'indemnité d'immobilisation des titres payée en contrepartie de l'option, et de la condition d'atteinte d'un TRI élevé pour l'exercer. Ces conditions empêchaient de considérer l'écart de prix comme un avantage en argent imposable dans la catégorie des traitements et salaires *quand bien même*, insiste le juge, *l'option consentie n'était pas sans lien avec le contrat de travail*<sup>23</sup>.

**17.** Le **Comité de l'abus de droit fiscal** retient une grille d'analyse semblable à celle des tribunaux administratifs à l'occasion de nombreux avis portant sur l'inscription dans le PEA d'instruments dont l'administration soutient qu'ils ont généré une rémunération et non des plus-values. C'est le cas lorsqu'un risque a été pris sur le montant des BSA, avéré par l'importance de l'investissement par rapport au salaire (deux mois), le secteur très concurrentiel dans lequel évolue la société, et l'absence de cession envisagée à court terme<sup>24</sup>. Ce risque existe lorsque le manager a immobilisé une somme conséquente pour acquérir des BSA qu'il risquait de perdre en fonction de l'évolution de la valeur du groupe<sup>25</sup>. Même l'éventuelle décote (alléguée par l'administration) ne revêt pas la nature d'un complément de salaire exclusif du risque d'investisseur de nature à disqualifier l'inscription des BSA dans un PEA<sup>26</sup>. Au contraire, des conditions préférentielles d'investissement (prix d'achat d'instruments financiers inférieur à la valeur réelle), qui disqualifient des BSA en complément de salaire lié aux fonctions salariales, conduisent à regarder l'inscription de ces instruments dans un PEA comme un abus de droit<sup>27</sup>.

## Conclusion

**18.** L'arrêt de la Cour de cassation ici commenté donne une portée forte à l'article L. 242-1, 1 du CSS, tout en ouvrant de nouveaux sujets d'interrogation. Il est regrettable qu'il accentue la divergence avec la jurisprudence des juridictions administratives en privant les acteurs économiques d'un corps de règles homogène, ce qui les conduira peut-être à revoir la rédaction des contrats d'investissement.

**R. POIRIER** ■

15 CE, 18 janv. 2006, n° 265790 et 265791, *Serfaty*.

16 CE, 7 nov. 2008, n° 301642, *Fontana et de Framond*. - TA Paris, 8 janv. 2017, n°1505676/1-1, *Deutsch*. - T. Audouard et N. Dragutini, *L'actualité jurisprudentielle des managements packages* : Dr. fisc. 2018, n° 12.

17 TA Melun, 15 oct. 2015, n° 14/02815.

18 TA Paris, 25 févr. 2002, n° 96-8807, *Cattez*.

19 CE, 26 mars 2008, n° 284374, *Muller*.

20 CAA Paris, 12 avr. 2018, n° 16PA1813 et O1157, *Wendel*.

21 En ce sens, CAA Versailles, 6 mars 2018, n°16VE02368.

22 Par ex., dans l'affaire *Wendel*, CAA Paris, 14 févr. 2019, n° 16PA02994 : IP 1-2019, n° 2, § 9. - CAA Paris, 12 avr. 2018, n°16PA1813.

23 CAA Versailles, 22 janv. 2019, n° 17VE00212 : IP 1-2019, n° 2, § 12.

24 CADF, avis n° 2016-58, 11 mai 2017.

25 CADF, avis n° 2014-16, 7 nov. 2014.

26 CADF, avis 28 sept. 2018, n° 2018-16, avis non suivi par l'administration.

27 CADF, avis n° 2015-15, 6 nov. 2015.