

# DIRIGEANTS ET SALARIÉS

## Chronique d'actualité



**Dimitar HADJIVELTCHEV,**  
Avocat associé, CMS Francis Lefebvre Avocats



**Jean-Louis MÉDUS**  
Avocat à la Cour,  
Professeur agrégé des Universités,  
Membre de l'IACF



**AVEC LA COLLABORATION DE :**  
**Rosemary BILLARD-MOALIC,**  
Avocat, CMS Francis Lefebvre Avocats

### Questions générales

> Un rapport d'information de l'Assemblée nationale offre l'occasion de faire le point sur la situation des résidents fiscaux français par ailleurs citoyens américains et d'envisager plusieurs pistes destinées à atténuer les effets imprévus du dispositif FATCA (V. § 1).

### Revenus d'activité

> Le Conseil d'État juge, pour l'application de l'exonération des salaires perçus par des salariés détachés à l'étranger dans certaines branches d'activité pendant une durée d'au moins 120 ou 183 jours, selon l'activité (CGI, art. 81 A), que la durée totale d'activité à l'étranger comprend notamment les congés payés et les congés de récupération auxquels donne droit la réalisation de la mission confiée au salarié par son employeur, quel que soit le lieu dans lequel ces congés sont effectivement pris. Le Conseil précise qu'au regard de l'objectif poursuivi, la circonstance que de tels congés soient placés sur un compte d'épargne temps ne fait pas obstacle à ce qu'ils soient pris en compte pour le calcul de la durée de séjour à l'étranger (V. § 10).

### Mécanismes d'intéressement

> Le Conseil d'État, au sujet de la taxation des gains de levée d'option réalisés par une personne qui a transféré son domicile fiscal en Suisse, juge que :

- sauf stipulation contraire, pour l'application des conventions fiscales, la résidence fiscale du contribuable prise en compte pour répartir entre les États contractants le droit d'imposer ses revenus s'apprécie à la date de réalisation de ceux-ci, quelles que soient leurs modalités de taxation en droit interne et, notamment, sans qu'ait d'incidence la circonstance que leur imposition soit reportée par la loi fiscale à une date ultérieure ; les gains de levée d'option sont réalisés à la date de la levée d'option et non à la date de leur taxation (qui intervient au moment de la cession des titres acquis par la levée d'option) ;
- pour l'application de la convention franco-suisse, qui stipule que pour son application, le sens attribué à un terme ou expression par le droit fiscal de l'État contractant prévaut sur le sens attribué à ce terme ou expression par les autres branches du droit de cet État, les rémunérations perçues par le PDG d'une SA au titre de son mandat social se rattachent à l'article 17 (rémunérations perçues au titre d'un emploi salarié) dès lors que de telles sommes ont une nature salariale sur le plan fiscal en droit français (V. § 15).

## Questions générales

**1. Américains « accidentels » - Effets perniciox de la loi FATCA : bilan et pistes de réflexion** - Un rapport d'information de l'Assemblée nationale offre l'occasion de faire le point sur la situation des résidents fiscaux français par ailleurs citoyens américains et d'envisager plusieurs pistes destinées à atténuer les effets imprévus du dispositif FATCA.

**AN, rapport d'information n° 1945 en conclusion des travaux d'une mission d'information relative à l'assujettissement à la fiscalité américaine des Français nés aux États-Unis, 15 mai 2019**

2. Depuis que la France a accepté, fin 2014, de mettre en œuvre les mesures prévues par la loi FATCA (*Foreign account tax compliance act*) de 2010<sup>1</sup>, des milliers de résidents fiscaux français, par ailleurs citoyens américains (parfois sans le savoir), s'exposent non seulement à la réticence des banques françaises à leur égard mais également aux foudres de l'administration fiscale américaine.

Un récent rapport d'information de l'Assemblée nationale offre l'occasion de faire le point sur la situation de ces binationaux résidents fiscaux de France, qu'il est convenu d'appeler les « Américains accidentels », et d'envisager plusieurs pistes destinées à atténuer les effets imprévus d'un dispositif destiné, à l'origine, à lutter contre la fraude et l'évasion fiscales.

### ♦ Particularités juridiques à l'origine des difficultés

3. L'assujettissement à la fiscalité américaine des Américains accidentels trouve son fondement dans la **combinaison de deux principes du droit américain** :

> tout d'abord, la **citoyenneté américaine peut s'acquérir par simple naissance sur le territoire des États-Unis ou par filiation**, sans qu'il y ait besoin d'entretenir des liens avec le pays par la suite. Ainsi, être né aux États-Unis au gré des mutations professionnelles des parents, ou être né d'une mère ou d'un père américain, suffit à la qualification de citoyen américain, d'où le terme d'« accidentel » ;

> ensuite, contrairement à la très grande majorité des États qui appliquent un principe d'imposition personnelle fondé sur un critère de résidence, les États-Unis appliquent un **principe d'imposition mondiale fondé sur la citoyenneté** (*Citizenship-based taxation*).

L'assujettissement à l'impôt américain des Américains accidentels restait néanmoins largement théorique. En effet, les individus concernés ignoraient souvent tout de leur situation à l'égard de l'administration fiscale américaine et cette

dernière était dans l'impossibilité, à la fois légale et technique, de connaître ces individus.

La **loi FATCA a toutefois changé cet état de fait**. Pour mémoire, dans le cadre de l'objectif de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, cette loi organise un système de collecte des données relatives aux comptes et autres produits financiers détenus par des citoyens américains en dehors du territoire des États-Unis.

En substance, les établissements bancaires étrangers hébergeant des comptes de ces citoyens sont tenus d'appliquer une retenue à la source de 30% sur les fonds détenus, au bénéfice de l'IRS (*Internal Revenue Service*, agence américaine en charge de la collecte des impôts). Ils ne peuvent s'exempter de cette retenue que si l'État dans lequel ils sont établis a signé un accord avec les États-Unis prévoyant la communication, spontanée ou sur demande, de l'identité des clients concernés et des montants détenus.

À la suite de la ratification par la France d'un tel accord<sup>2</sup> avec les États-Unis sur le fondement de l'article 27 (Échange de renseignements) de la convention fiscale entre la France et les États-Unis du 31 août 1994<sup>3</sup>, les banques françaises se sont engagées, par l'intermédiaire de la DGFIP, dans la transmission à l'IRS des informations sur des milliers de clients présumés citoyens américains<sup>4</sup>.

La **loi FATCA a ainsi permis à l'IRS de connaître l'existence de ces Américains accidentels qui ne satisfaisaient pas à leurs obligations fiscales locales**, ouvrant la voie à autant de possibilités de redressement.

### ♦ Revue des difficultés rencontrées

4. **Difficultés d'ordre bancaire** - Le rapport décrit longuement les obstacles rencontrés par les Américains accidentels dans leur relation avec les banques françaises : refus d'ouverture ou fermeture forcée de compte, refus d'accès à certains services ou à certains produits financiers, lenteur de gestion des services bancaires, etc. Cet état de fait a fait l'objet d'une plainte par les intéressés contre certaines banques pour « discrimination sur le fondement de la nationalité ». La procédure est en cours. La situation pourrait même s'aggraver alors que les États-Unis n'ont pas reconduit, à ce jour, la tolérance qui permettait aux établissements financiers étrangers de communiquer simplement la date de naissance de ces citoyens, lorsqu'elles ne connaissent pas leur numéro d'identification fiscale américain (NIF), ce qui est très fréquent.

5. **Des difficultés fiscales qui ne sont pas nouvelles, mais qui sont amplifiées par la loi FATCA** - D'une part, le principe d'imposition mondiale fondé sur la citoyenneté implique

1 L. n° 2014-1098, 29 sept. 2014 autorisant l'approbation de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales à l'échelle internationale et de mettre en œuvre la loi relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers (dite « loi FATCA »).

2 V. note 1.

3 Convention fiscale entre la France et les États-Unis du 31 août 1994 modifiée par les avenants du 8 décembre 2004 et 13 janvier 2009.

4 Cette présomption de citoyenneté américaine peut néanmoins être renversée par la production d'un justificatif d'identité attestant d'une citoyenneté autre ou d'un formulaire d'auto-certification selon laquelle l'intéressé n'est pas citoyen américain (formulaire W-8 de l'IRS indiquant par ailleurs que toute fausse déclaration fera l'objet de poursuites pénales aux États-Unis).

une procédure de régularisation complexe en présence de contribuables qui ne résident pas aux États-Unis et n'ont souvent aucun lien avec ce pays et d'autre part, l'application de la convention fiscale avec les États-Unis ne permet pas de résoudre tout à fait les situations de double imposition.

**6. Régularisation fiscale aux États-Unis** - Une fois connus de l'IRS, les Américains accidentels doivent régulariser leur situation. Pour ce faire, ils doivent produire leur numéro d'identification fiscale (NIF) et leur numéro de sécurité sociale américains. Toutefois, dans la mesure où ils vivent en dehors des États-Unis, n'y ont jamais travaillé et n'entretiennent aucun rapport avec l'administration américaine (ils ignorent même parfois qu'ils sont américains...), ils ne possèdent pas ces données. Leur situation se teinte alors de nuances kafkaïennes.

Ensuite, la régularisation requiert la production d'un grand nombre de documents - formulaires déclaratifs W-8 et W-9 de l'IRS, documents bancaires nécessaires à l'établissement de l'assiette des revenus susceptibles de donner lieu à redressement - et nécessite donc souvent l'intervention de conseils américains et parfois français, l'IRS étant peu enclin à l'assistance.

**7. Imposition des revenus français régularisés** - L'imposition des revenus régularisés est également problématique. Aux termes de la convention fiscale précitée, les États-Unis limitent le risque de double imposition des citoyens américains par l'octroi d'un crédit d'impôt égal au montant de l'impôt effectivement acquitté en France. Cependant, il existe des divergences dans l'interprétation de la convention fiscale quant aux prélèvements entrant dans son champ d'application.

Le rapport relève notamment le **cas de la CSG-CRDS** que les États-Unis ne considéraient pas comme couvertes par la convention fiscale. À cet égard, une décision *Eshel vs Commissionner* rendue le 13 juin 2019<sup>5</sup>, non mentionnée au rapport car postérieure, a apporté une solution bienvenue. La question posée à la Cour d'appel du District de Columbia était de savoir si la CSG et la CRDS devaient être considérées comme des cotisations de sécurité sociale entrant dans le champ de l'Accord de sécurité sociale entre la France et les États-Unis du 2 mars 1987. La Cour a répondu par la négative et partant, la CSG et la CRDS doivent être qualifiées d'impôt étranger sur le revenu ouvrant droit à crédit d'impôt aux États-Unis en application de la convention fiscale franco-américaine. Cette décision ouvre une possibilité de réclamation aux citoyens américains résidents fiscaux français pour les années 2008 à 2018 en application du délai de prescription applicable aux États-Unis en la matière.

Par ailleurs, le **traitement des revenus exonérés en France** s'avère également problématique. Par exemple, la plus-value de cession de la résidence principale n'ayant donné lieu à aucun impôt en France imputable sur l'impôt américain, cette plus-value est prise en compte pour son montant intégral lors de l'établissement de l'impôt aux États-Unis.

Autant de complexités fiscales imposées à des individus qui n'entretiennent pas ou peu de relations avec les États-Unis.

#### ♦ Solutions envisagées par le rapport

8. Les 12 solutions proposées par le rapport témoignent d'une certaine **bonne volonté de la part des rédacteurs**. Elles pourraient toutefois se révéler d'une **portée pratique limitée** :

> **certaines des propositions sont en fait destinées aux autorités américaines et supposent donc d'être acceptées et mises en œuvre par ces autorités** :

- il en est ainsi de la possibilité de renoncer plus facilement à la citoyenneté américaine.

- il en est de même de la proposition visant à établir un seuil de revenus et de patrimoine conditionnant la transmission des données exigées par l'accord. Pour les rapporteurs, ce seuil permettrait de mieux proportionner les obligations déclaratives à l'objectif de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales. Notons à cet égard que le droit américain prévoit que les citoyens américains non résidents des États-Unis bénéficient d'une exonération d'impôt sur le revenu à hauteur de 105 900 dollars en 2019 sur leurs revenus d'activité. Ainsi, *in fine*, un certain nombre d'Américains accidentels, qui ne disposent que de revenus d'activité et d'une épargne en cohérence avec ces revenus, sont non imposables aux États-Unis ;

- le rapport préconise également d'accorder aux Américains accidentels l'accès aux procédures de régularisation amiable des manquements à leurs obligations fiscales, ce qui pourrait permettre de faciliter leur relation avec l'IRS ;

> **deux propositions envisagent une action concertée des États membres de l'Union européenne** sur le sujet. Certes, une telle action permettrait de faciliter la relation entre les banques européennes et les Américains accidentels, mais elle resterait sans pertinence à l'égard des problématiques fiscales régies par le droit américain et les conventions fiscales bilatérales ;

> **deux autres propositions visent à « rappeler à l'ordre » les banques françaises** quant à leur pratique vis-à-vis de leurs clients présentant des indices d'américanité. Toutefois, ces propositions n'offrent pas de solution face à des banques qui ne souhaitent pas et/ou ne peuvent pas prendre le risque de se mettre en porte-à-faux vis-à-vis des États-Unis ;

> la **proposition visant à dénoncer unilatéralement FATCA pour défaut de réciprocité pourrait porter préjudice aux intérêts de la France et ne semble pas raisonnable**. À cet égard, le Conseil d'État vient de rejeter le recours de l'Association des Américains Accidentels tendant à obtenir l'abrogation des actes réglementaires transposant en droit interne français l'accord FATCA alors même qu'ils alléguent ce défaut de réciprocité<sup>6</sup> ;

> enfin, **une dernière proposition suggère d'actualiser la convention fiscale bilatérale franco-américaine**, et notamment ses stipulations relatives à son champ d'application. Conformément à la décision *Eshel* précitée, il s'agirait d'inclure expressément dans la convention la CSG-CRDS (voire

5 *Eshel vs Commissionner*, 831 F.3d 512 (D.C. Cir. 2016) : v. dans le présent numéro FI 3-2019, n° 11, § XX.

6 CE, ass., 19 juill. 2019, n° 414780, 424216 et 424817, Association des Américains accidentels.

l'ensemble des prélèvements sociaux), ce qui permettrait de sécuriser la situation des contribuables à l'égard de l'élimination de la double imposition.

9. En conclusion, une résolution rapide des problèmes impliquerait une réforme ne dépendant pas de la volonté des pouvoirs publics français mais de la compétence exclusive des États-Unis. À cet égard, quelques voix s'élèvent Outre-Atlantique en faveur d'un réexamen du principe au cœur du débat intéressant les Américains accidentels, à savoir leur imposition aux États-Unis fondée sur leur seule citoyenneté américaine : seront-elles entendues par le Congrès ?

#### D. HADJIVELTCHEV ET R. BILLARD-MOALIC ■

## Revenus d'activité

**10. Salariés détachés à l'étranger - Exonération d'impôt sur le revenu (CGI, art. 81 A)** - Le Conseil d'État juge, pour l'application de l'exonération des salaires perçus par des salariés détachés à l'étranger dans certaines branches d'activité pendant une durée d'au moins 120 ou 183 jours, selon l'activité (CGI, art. 81 A), que la durée totale d'activité à l'étranger comprend notamment les congés payés et les congés de récupération auxquels donne droit la réalisation de la mission confiée au salarié par son employeur, quel que soit le lieu dans lequel ces congés sont effectivement pris. Le Conseil précise qu'au regard de l'objectif poursuivi, la circonstance que de tels congés soient placés sur un compte d'épargne temps ne fait pas obstacle à ce qu'ils soient pris en compte pour le calcul de la durée de séjour à l'étranger.

**CE, 3e et 8e ch., 24 juin 2019, n° 419679, Bouchard, concl. E. Cortot-Boucher (V. annexe 1)**

11. Voici une nouvelle décision du Conseil d'État qui vient conforter l'attractivité du régime fiscal applicable aux salariés envoyés en mission à l'étranger.

Aux termes de l'article 81 A, I du CGI, les salariés fiscalement résidents de France qui effectuent des missions à l'étranger à la demande de leur employeur bénéficient d'une exonération totale d'impôt au titre des rémunérations reçues en contrepartie de ces missions.

Le régime est assorti de plusieurs conditions d'application.

Notamment, il vise uniquement certains types d'activité et prévoit un seuil minimum de jours hors de France. Pour les activités de prospection commerciale, ce seuil est fixé à 120 jours au cours de 12 mois consécutifs.

Le décompte des jours d'activité hors de France a été précisé par l'administration fiscale<sup>7</sup> et par la jurisprudence<sup>8</sup> : le décompte des jours passés hors de France tient compte de la période écoulée entre le départ et le retour définitif en y ajoutant les jours de repos hebdomadaires, les jours de congés payés et les jours d'arrêt maladie afférents à l'activité exercée à l'étranger, quel que soit le lieu dans lequel ces jours sont effectivement pris.

Dans l'affaire qui a donné lieu à la décision du Conseil d'État, M. Bouchard revendiquait le bénéfice du régime de l'article 81 A, I au titre des missions de prospection commerciale qu'il avait effectué en 2013 et 2014, notamment en Chine, en Russie et en Norvège, en sa qualité de directeur commercial salarié.

L'administration fiscale lui avait refusé l'application du régime de faveur au motif que, pour les années en cause, il avait passé moins de 120 jours à l'étranger.

M. Bouchard a contesté la position de l'administration fiscale devant le tribunal administratif de Bordeaux, puis devant la cour administrative d'appel de Bordeaux, sans succès.

Le contentieux portait sur le décompte de ces jours, qui avait été déterminé comme suit par la cour : le contrat de travail de M. Bouchard prévoit 46 jours de congés pour un forfait annuel de 215 jours travaillés. Les jours de prospection commerciale à l'étranger sont : 63 jours ouvrés en 2013 et 62 jours ouvrés en 2014, et, pour les week-end et jours fériés, 23 jours en 2013 et 26 jours en 2014. Pour calculer le droit à congés à ajouter, la cour a appliqué le ratio de 46/215 au nombre de jours ouvrés travaillés, et donc obtenu le total de 101 jours en 2013 et 102 jours en 2014.

M. Bouchard soutenait quant à lui que l'ensemble des jours passés à l'étranger devaient être retenus pour le calcul du droit à congé dans la mesure où les week-end et jours fériés avaient été des jours travaillés, portant le total à 106 jours en 2013 et 107 jours en 2014. La cour a écarté cet argument au motif que le contrat de travail de M. Bouchard n'indiquait pas que ce dernier n'était tenu de ne respecter qu'un repos hebdomadaire de 24 heures de telle sorte qu'il avait pu être amené à travailler 6 jours sur 7, amputant ainsi les week-ends et les jours fériés.

Par ailleurs, M. Bouchard soutenait que les jours placés au crédit de son compte épargne temps devaient être pris en compte, portant ainsi le nombre total de jours d'activité de prospection commerciale à l'étranger au-delà des 120 jours requis pour le bénéfice de l'article 81 A, I. La cour a cependant jugé, de manière lapidaire, que ces jours ne devaient pas être pris en compte.

Le Conseil d'État censure l'arrêt d'appel dans son intégralité.

7 DB 5 F 1312, § 7. - BOI 5-B-15-06, § 35 et 36 repris au BOI-RSA-GEO-10-20, § 210 et 220.

8 CE, 17 déc. 2003, n° 248854.

◇ **Les jours non ouvrés doivent être pris en compte pour la détermination du droit à congés s'ils ont été travaillés**

12. Le Conseil d'État censure la lecture du contrat de travail faite par la cour. Cette dernière a en effet jugé que le contrat de travail stipulait que M. Bouchard s'engageait à respecter en toutes circonstances « *le repos minimal quotidien de 11 heures consécutives, le repos hebdomadaire, ainsi que les durées maximales journalières et hebdomadaires de travail, à savoir respectivement 12 heures et 48 heures* » pour en déduire que M. Bouchard ne justifiait pas être astreint à un repos hebdomadaire d'une durée inférieure à un week-end de deux jours, et partant qu'il aurait travaillé d'autres jours que les jours ouvrés.

Or, le Conseil d'État relève qu'une telle analyse dénaturait les stipulations du contrat de travail dans la mesure où il n'y est par ailleurs nullement indiqué que le repos hebdomadaire serait d'une durée supérieure au minimum légal prévu par le code du travail, soit 24 heures (article L. 3132-1 : « *Il est interdit de faire travailler un même salarié plus de 6 jours par semaine* »).

◇ **Les jours de congés afférents à l'activité exercée à l'étranger et placés au crédit d'un compte-épargne temps doivent être pris en compte**

13. Après avoir rappelé que la durée totale d'activité à l'étranger ouvrant droit à l'exonération comprend notamment les congés de récupération auxquels donne droit la réalisation de la mission confiée au salarié, le Conseil d'État précise que la circonstance que de tels congés soient placés au crédit d'un compte épargne temps ne fait pas obstacle à ce qu'ils soient pris en compte pour le calcul de la durée de séjour à l'étranger.

Nul doute que sur renvoi à la cour administrative d'appel de Bordeaux, M. Bouchard obtiendra gain de cause.

#### L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Cette décision est favorable aux contribuables concernés car elle établit des modalités de calcul extensives du nombre de jours de congés retenu pour la détermination de la durée d'activité à l'étranger : l'ensemble des jours travaillés, qu'ils soient ouvrés ou non, doivent être retenus pour le calcul du droit à congés et tous les jours de congés, qu'ils aient été effectivement pris ou placés en compte épargne-temps, doivent être pris en compte.

D. HADJIVELTCHEV ET R. BILLARD-MOALIC ■

#### 14. À NOTER

> **Impôts sur les salaires - Rapport de l'OCDE** - L'OCDE a publié son rapport annuel intitulé « Les impôts sur les salaires 2019 » (en français).

**OCDE, communiqué, 11 avr. 2019**

**OCDE, Les impôts sur les salaires 2019, Rapport 11 avr. 2019**

Les **principales conclusions** sont les suivantes :

**Coins fiscaux des célibataires et des ménages avec enfants** - En 2018, c'est en Belgique (52.7 %), en Allemagne (49.5 %), en Italie (47.9 %), en Autriche et en **France** (47.6 %) qu'on a recensé les coins fiscaux moyens les plus élevés pour les travailleurs célibataires sans enfant rémunérés au salaire moyen dans leur pays. Les coins fiscaux les plus faibles ont été mesurés au Chili (7 %), en Nouvelle-Zélande (18.4 %) et au Mexique (19.7 %).

En 2018, le coin fiscal le plus élevé pour les ménages avec deux enfants et un seul apporteur de revenu rémunéré au salaire moyen était observé en France (39.4 %). L'Autriche, la Belgique, la Finlande, la Grèce, l'Italie, la Suède et la Turquie enregistraient également des coins fiscaux supérieurs à 37 %. Pour cette catégorie de foyer, c'est la Nouvelle-Zélande qui affichait le coin fiscal le plus faible (1.9 %), suivie du Chili (7.0 %) et de la Suisse (9.8 %).

Le coin fiscal moyen dans la zone OCDE pour les couples monoactifs est resté stable au cours des deux dernières années, à 26.6 %. Les hausses les plus marquées en 2018 pour ce type de foyer ont été constatées en Pologne (10.3 points de pourcentage). Les augmentations n'ont dépassé un point de pourcentage dans aucun autre pays. Les baisses les plus sensibles se sont produites en Nouvelle-Zélande (-4.5 points de pourcentage), en Lituanie (-2.5 points), en Estonie et aux États-Unis (-2.4 points dans les deux cas).

Dans tous les pays de l'OCDE, le coin fiscal est plus faible pour les ménages avec enfants à revenu unique que pour les célibataires sans enfant, hormis au Chili et au Mexique, où les taux sont identiques pour ces deux types de foyer. Les écarts représentent plus de 15 % des coûts de main-d'œuvre en Allemagne, en Belgique, au Canada, en Irlande, au Luxembourg, en Nouvelle-Zélande, en République tchèque et en Slovaquie.

**Taux net moyen d'imposition des personnes physiques (TNMoIPP) des célibataires et des ménages avec enfants** - En 2018, les TNMoIPP les plus élevés pour les célibataires sans enfant rémunérés au salaire moyen étaient observés en Belgique (39.8 %), en Allemagne (39.7 %) et au Danemark (35.7 %). Les taux les plus faibles étaient recensés au Chili (7 %), au Mexique (10.2 %) et en Corée (14.9 %). Le taux moyen dans la zone OCDE a reculé de 0.16 point de pourcentage à 25.5 %.

En 2018, le TNMoIPP moyen pour les ménages à revenu unique avec enfants était de 14.2 %. Les TNMoIPP les plus élevés pour les ménages avec deux enfants et un seul apporteur de revenu rémunéré au salaire moyen étaient observés en Turquie (26.2 %) et au Danemark (25.2 %). Les TNMoIPP les plus faibles étaient constatés en République tchèque (0.2 %), au Canada et en Estonie (1.8 % dans les deux cas).

**Outil de comparaison** - L'OCDE met à disposition un outil de comparaison entre pays du coin fiscal (le coin fiscal correspond à la somme de l'impôt sur le revenu des personnes physiques, les cotisations de sécurité sociale à la charge des salariés et des employeurs diminuée des prestations en espèces, en proportion des coûts de main-d'œuvre pour l'employeur), à l'adresse : [www.compareyourcountry.org/taxing-wages/fr](http://www.compareyourcountry.org/taxing-wages/fr).

## Mécanismes d'intéressement

**15. Stocks-options - Dirigeant migrant - Transfert du domicile fiscal en Suisse** - Le Conseil d'État, au sujet de la taxation des gains de levée d'option réalisés par une personne qui a transféré son domicile fiscal en Suisse, juge que :

- sauf stipulation contraire, pour l'application des conventions fiscales, la résidence fiscale du contribuable prise en compte pour répartir entre les États contractants le droit d'imposer ses revenus s'apprécie à la date de réalisation de ceux-ci, quelles que soient leurs modalités de taxation en droit interne et, notamment, sans qu'ait d'incidence la circonstance que leur imposition soit reportée par la loi fiscale à une date ultérieure ; les gains de levée d'option sont réalisés à la date de la levée d'option et non à la date de leur taxation (qui intervient au moment de la cession des titres acquis par la levée d'option) ;

- pour l'application de la convention franco-suisse, qui stipule que pour son application, le sens attribué à un terme ou expression par le droit fiscal de l'État contractant prévaut sur le sens attribué à ce terme ou expression par les autres branches du droit de cet État, les rémunérations perçues par le PDG d'une SA au titre de son mandat social se rattachent à l'article 17 (rémunérations perçues au titre d'un emploi salarié) dès lors que de telles sommes ont une nature salariale sur le plan fiscal en droit français.

**CE, 8e et 3e ch., 4 juin 2019, n° 415959, Min. c/ Zacharias, concl. R. Victor (V. annexe 2)**

**16.** À l'instar de parlementaires ou ministres qui attachent leur nom à une législation, certaines célébrités du monde des affaires en font de même avec les décisions de jurisprudence, d'aucuns réussissant le tour de force d'attacher leur patronyme à des jugements et arrêts dans des matières et sujets variés, parcourant les champs du droit pénal, commercial, social et fiscal.

Tel est le cas avec la présente décision rendue par le Conseil d'État le 4 juin 2019 à propos de l'ancien président et dirigeant de l'entreprise de construction Vinci qui se prononce (à nouveau) sur le délicat sujet des gains de levée d'option (ou avantage) issus des options de souscription d'actions réalisés par des dirigeants migrants... bien qu'en l'espèce il s'agissait en quelque sorte de la migration ultime, puisque le dirigeant en question avait quitté le statut de résident fiscal français pour s'installer en Suisse après avoir fait valoir ses droits à la retraite.

## ◆ LES FAITS DE L'ESPÈCE

**17.** M. Zacharias, alors président du conseil d'administration et directeur général de l'entreprise Vinci, s'était vu attribuer des options de souscription d'actions au titre de plans des années 2000 à 2003, options qu'il exercera entre novembre 2004 et juillet 2006 (avec un dernier exercice le 4 juillet 2006) avant de céder en 2007 les actions Vinci issues de ces exercices d'options.

Le 9 janvier 2006, ce dirigeant met fin à son mandat de directeur général, puis quitte ses fonctions de président du conseil d'administration en juin 2006. Le 25 juin 2006 exactement, M. Zacharias devient résident fiscal suisse, avant de céder en 2007 les actions issues de l'exercice de ses stocks-options, dégageant alors certes un gain (ou plus-value) de cession, mais rendant encore imposable un gain d'acquisition (ou de levée d'option) qu'il omet de déclarer à l'administration fiscale française.

Il en résultera une réintégration de ces gains dans les revenus imposables en France de M. Zacharias par l'administration fiscale française, position que le contribuable contestera avec succès devant le TA de Montreuil<sup>9</sup> puis devant la cour d'appel administrative de Versailles<sup>10</sup> en obtenant la décharge des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu.

Sur pourvoi du Ministre de l'Action et des Comptes publics, le Conseil d'État annule cet arrêt d'appel par une décision sobrement rédigée mais exactement motivée.

## ◆ L'ANALYSE EN DROIT

**18.** Deux questions étaient posées à la Haute juridiction.

La première (déjà abordée dans ces colonnes à l'occasion du commentaire de deux arrêts de la Cour administrative d'appel de Versailles<sup>11</sup>) avait trait à la cession d'actions postérieurement au changement de résidence fiscale, lesdites actions étant toutefois issues d'options exercées avant le changement de résidence fiscale du dirigeant.

La seconde portait sur la méthode d'analyse en droit fiscal international et particulièrement sur la qualification de certains revenus, non définis par la convention bilatérale, perçus par un dirigeant de société anonyme au regard de la loi interne française et de la convention fiscale franco-suisse du 9 septembre 1966.

### ◆ L'imposition du gain d'acquisition né antérieurement au changement de résidence fiscale

**19.** Codifié aux articles L. 225-177 à L.225-186-1 (pour les SA) et L. 226-1 (pour les SCA) et L. 227-1, alinéa 3 (pour les SAS) du code de commerce, réservé aux seules sociétés par actions, le mécanisme d'option de souscription (ou d'achat) consiste à attribuer à son titulaire, personne physique uniquement, salarié ou mandataire social, une faculté de souscrire (ou

9 TA Montreuil, 4 mai 2015, n° 1309259.

10 CAA Versailles, 26 sept. 2017, n° 15VE02635.

11 CAA Versailles, 6 nov. 2018, n° 17VE01170 et 17VE02696, Glen : FI 2-2019, n° 6.3.

d'acquérir) une action moyennant le paiement d'un prix de l'option (ou prix d'exercice).

Un bref retour sur la terminologie appliquée permettra de tracer les contours du débat économique.

L'option, qui ne constitue pas une valeur mobilière, est susceptible de générer trois sortes de gain pour son titulaire :

- en premier lieu, une « décote » ou « rabais excédentaire » consenti à l'attribution, correspondant à la différence entre le prix d'exercice et la valeur de l'action à la date d'attribution de l'option ;

- en second lieu, un « avantage » (encore désigné des termes « plus-value d'acquisition » ou « gain de levée d'option ») correspondant à la différence entre la valeur de l'action au jour de l'exercice de l'option et le prix d'exercice de l'option, montant dont l'on déduit le cas échéant le rabais précédemment imposé ; cet avantage - du moins sous l'empire de la législation fiscale française - est imposable au jour de la cession des actions ; *de facto*, ce procédé évoque une création hybride, à mi-chemin du report d'imposition et du report de paiement, car si l'assiette de ce gain de levée d'option est bel et bien déterminée au jour où l'option est exercée, le fait générateur de son imposition est en revanche reporté à la vente des actions, et ce pour une raison évidente tenant à l'absence de trésorerie de l'attributaire lorsqu'il n'a qu'exercé l'option, sans céder l'action résultant dudit exercice ;

- en troisième et dernier lieu, une « plus-value » ou « gain » de cession correspondant à la différence entre le prix de vente de l'action et sa valeur au jour de l'exercice de l'option.

**20.** Au motif qu'il n'était plus résident fiscal français au moment de la vente de ses actions issues de l'exercice d'options survenu avant le 25 juin 2006, M. Zacharias prétendit échapper à l'imposition en France des gains de levée d'option (survenues en novembre 2004, décembre 2004 et mai 2005) afférents auxdites actions. Le TA de Montreuil puis la CAA de Versailles vont accueillir favorablement cette prétention, mais celle-ci ne pouvait prospérer car elle heurte les principes d'imposition édictés en pareille matière.

**21.** En effet, l'article 80 bis, I du CGI (dans sa rédaction applicable au litige et aux faits de l'époque) qualifie le gain d'acquisition ou avantage de « *complément de salaire imposable dans les conditions prévues au II de l'article 163 bis C* » du CGI. À son tour, cet article 163 bis C du CGI dispose que « *l'avantage défini à l'article 80 bis est [sous certaines conditions] imposable lors de la cession des titres [...]* ».

Le législateur a ainsi institué une sorte de report de paiement.

La complexité de la matière résulte des changements de résidence fiscale de l'attributaire des options entre les dates d'attribution et d'exercice des options, voire celle de la vente des actions issues de ces options.

**Le principe est que sont imposables en France les revenus tirés d'activités professionnelles (salariées ou non) dès lors qu'elles sont exercées en France, quel que soit le domicile fiscal du contribuable concerné.** Cela résulte de la lecture combinée des articles 4 A et 164, B, I du CGI : c'est ainsi le lieu d'exercice de l'activité qui détermine la source du

revenu, de telle sorte que l'exercice d'une activité salariée en France rend imposable en France les revenus correspondants, quand bien même le salarié ne serait pas ou plus résident français.

Ce principe pose des **difficultés d'application pratique**, notamment lorsque l'attributaire d'options va exercer son activité successivement dans plusieurs pays, et des éventuelles doubles impositions notamment à raison de qualifications distinctes et de faits générateurs de l'imposition différents selon les législations internes concernées pour le même avantage pécuniaire.

**22.** Le Comité des affaires fiscales de l'OCDE<sup>12</sup> a rendu un **rapport dégageant quelques principes directeurs**<sup>13</sup>.

D'une part, les revenus afférents à l'option doivent être considérés comme des revenus d'emploi ou d'activité jusqu'à la date d'exercice de l'option, au sens de l'article 15 du modèle de convention OCDE, et ce quand bien même le gain de levée d'option ne serait imposable (comme tel est le cas en France) qu'au moment de la cession des actions issues des options : le gain de cession, à l'inverse, sera assimilé à un gain en capital régi par l'article 13 de la convention modèle OCDE.

D'autre part, et en présence de salariés ou dirigeants migrants, la répartition de l'imposition de ce revenu d'emploi entre divers États va dépendre du point de savoir si les options sont attribuées en contrepartie de performances passées, ou si une période d'emploi futur est exigée, conditionnant l'exercice des options : tel est le cas lorsque la levée des options est conditionnée par la présence active du salarié dans l'entreprise, à un *vesting* progressif (crystallisation des droits du salarié sur les options au *pro rata temporis* de sa présence). Sur le fondement de ces principes, le gain de levée d'options attribuées en contrepartie de l'exercice d'une activité salariée constitue un revenu d'emploi (et non un gain en capital) relevant de l'article 15 du modèle de convention OCDE dont l'imposition est répartie entre les différents États au prorata des périodes d'activité salariée exercées dans chacun d'entre eux.

C'est aussi le sens de la jurisprudence *de Roux*<sup>14</sup>.

**23.** En l'espèce, dès lors que certaines options avaient été exercées alors que M. Zacharias était encore résident fiscal de France (en novembre 2004, décembre 2004 et mai 2005, soit avant le 25 juin 2006), un gain de levée d'option imposable avait été constaté à cette occasion, quand bien même son imposition effective était reportée à la date de cession des actions, en vertu du mécanisme de report d'imposition précité. Pour reprendre la terminologie de l'OCDE et de la doctrine administrative, il n'y avait eu aucune mobilité de l'attributaire des options pendant la « période de référence », de sorte que

12 OCDE, plans d'options d'achat d'actions pour les salariés : problèmes transfrontaliers concernant l'impôt sur le revenu, Rapport final du 23 août 2004 adopté définitivement le 16 juin 2004.

13 Pour une synthèse de ces principes directeurs, v. J.-L. Médus, Options de souscription d'actions et mobilité internationale : FI 2-2019, n° 6.3. - B. Gouthière, Les Impôts dans les affaires internationales : Éd. Francis Lefebvre, 12<sup>e</sup> éd., spéc. n° 42900 et s.

14 CE, 17 mars 2010, n° 315831, Min. c./ de Roux : RJF 6/10 n° 588, concl. N. Escaut.

l'avantage devait être imposable en totalité en France<sup>15</sup>.

Le contribuable ne pouvait se prévaloir de ce report d'imposition pour invoquer la convention fiscale franco-suisse au motif qu'il aurait entre-temps changé de résidence fiscale, puisque cet avantage, réalisé alors qu'il était encore résident français, était bien imposable en France en application de notre droit interne. **Il serait au demeurant quelque peu choquant qu'un contribuable puisse se prévaloir d'une mesure de faveur consistant en l'octroi d'une forme de report d'imposition, pour échapper ensuite à toute imposition en organisant sa mobilité** vers des cieux fiscaux plus « cléments » (comme tel est le cas en l'espèce s'agissant d'un changement de résidence fiscale postérieurement à une admission en retraite).

Le Conseil d'État va logiquement censurer la Cour administrative d'appel de Versailles d'avoir méconnu le champ d'application de la loi fiscale, en ces termes : « *sauf stipulation contraire, pour l'application des conventions fiscales bilatérales conclues en vue de prévenir les doubles impositions, la résidence fiscale du contribuable prise en compte pour répartir entre les états contractants le droit d'imposer ses revenus s'apprécie à la date de réalisation de ceux-ci, quelles que soient leurs modalités de taxation en droit interne et, notamment, sans qu'ait d'incidence la circonstance que leur imposition soit reportée par la loi fiscale à une date ultérieure [...]* alors qu'il était résident fiscal français aux dates auxquelles ces levées d'options avaient été effectuées (et réalisés les gains en résultant), il ne pouvait se prévaloir, dans cette mesure, des stipulations de la convention fiscale franco-suisse pour faire obstacle à l'imposition des revenus correspondants en application du droit interne ».

On retrouve au demeurant une stricte application de la règle de droit, analogue à celle opérée par la même cour de Versailles dans l'espèce *Glen* précitée (à propos de l'imposition en France de l'avantage issu d'options exercées par un contribuable au titre de son activité française, alors même que le contribuable serait devenu ultérieurement résident britannique au moment de la cession de ses actions qui déclenchait le paiement de l'impôt au titre du gain d'option).

Dans un sens comparable, le juge de l'impôt<sup>16</sup> avait considéré que la convention bilatérale franco-belge ne faisait pas obstacle à l'imposition en France d'une plus-value d'échange de titres placée en report d'imposition alors que le contribuable était résident fiscal de France, les titres (reçus en échange de l'apport) étant cédés ultérieurement (et l'impôt

15 La « période de référence » (aussi dénommée « vesting » ou « période d'acquisition des droits » dans les commentaires de l'OCDE) court de la date d'attribution de l'option jusqu'au jour où le salarié acquiert définitivement le droit d'exercer l'option (laquelle date ne correspond pas nécessairement à celle de l'exercice effectif de l'option, et ce afin d'éviter les effets de manipulation par le contribuable). Lorsque les options rémunèrent des services passés, la période de référence correspond exactement au jour d'attribution de l'option, quand bien même son bénéficiaire ne peut l'exercer qu'à l'expiration d'une période de blocage puisqu'il est bien propriétaire de l'option (qu'il a cristallisé ses droits dessus) au jour de son attribution. À l'inverse, lorsque le salarié doit satisfaire certaines conditions pour acquérir ses options, la période de référence court de la date d'attribution jusqu'au jour où les conditions imposées par le règlement des options seront satisfaites (BOI-RSA-ES-20-10-20-60, § 70 à 100).

16 CE, 27 juin 2018, n° 393881, Jacob : RJF 2018 n° 1056, concl. E. Cortot-Boucher.

sur la plus-value en report devenant exigible à cette occasion) alors que le contribuable était devenu entre-temps résident fiscal de Belgique.

#### ♦ L'imposition du gain d'acquisition né postérieurement au changement de résidence fiscale : de l'interprétation des conventions

24. Une seconde question se posait, particulièrement pour les options exercées le 4 juillet 2006 (soit postérieurement au 25 juin 2006 date du changement de résidence fiscale), consistant à rechercher si les revenus litigieux (gains d'acquisition) devaient être rattachés à la catégorie des « traitements et salaires » de l'article 17 de la convention fiscale franco-suisse, ou à celle des tantièmes et jetons de présence de l'article 18, ou enfin aux revenus de la « clause-balai » de l'article 23 de la convention bilatérale.

25. L'article 17-1 de la convention franco-suisse stipule que « [...] les salaires, traitements et autres rémunérations similaires qu'un résident d'un État contractant reçoit au titre d'un emploi salarié ne sont imposables que dans cet État, à moins que l'emploi ne soit exercé dans l'autre État contractant. Si l'emploi y est exercé, les rémunérations reçues à ce titre sont imposables dans cet autre État. [...] », tandis que la clause-balai de l'article 23 de cette même convention stipule que « les éléments du revenu d'un résident d'un État contractant, d'où qu'ils proviennent, dont ce résident est le bénéficiaire effectif et qui ne sont pas traités dans les articles précédents de la présente convention ne sont imposables que dans cet État. [...] ».

Le titulaire des options soutenait qu'ayant exercé ces options postérieurement à son changement de résidence fiscale, et le gain de levée d'option n'étant pas au nombre des revenus listés à l'article 17 de la convention, il relevait de la clause-balai et n'était imposable qu'en Suisse.

La Cour de Versailles va accueillir favorablement l'argumentation du contribuable en jugeant que, si le gain de levée d'option (avantage) constituait certes au regard de la loi française un complément de rémunération imposable dans la catégorie des traitements et salaires, ce gain ne pouvait toutefois être regardé comme une rémunération perçue au titre d'un emploi salarié au sens de l'article 17 (ni un revenu de l'article 18) de la convention bilatérale ; dans ces conditions, ce revenu relevait de l'article 23 de la convention et n'était imposable que dans l'État de résidence du contribuable.

#### 26. La question renvoie à celle de la portée des conventions fiscales bilatérales.

Certes, et s'agissant de la hiérarchie des normes, la nature de traités internationaux de ces conventions bilatérales leur confère une valeur juridique en principe supérieure à celle des lois fiscales internes : tel est du moins le sens de l'article 55 de notre Constitution<sup>17</sup>. Alors que le juge de l'ordre judiciaire a toujours admis cette supériorité de la norme conventionnelle

17 Qui énonce que « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. »

sur les dispositions législatives mêmes postérieures<sup>18</sup>, le juge administratif a marqué un temps d'hésitation<sup>19</sup> avant de consacrer ce principe par l'arrêt *Nicolo*<sup>20</sup>.

D'aucuns ont pensé qu'au nom d'un principe de non-aggravation ou d'allègement des obligations fiscales du contribuable, une convention fiscale bilatérale ne pourrait déroger aux prescriptions (plus favorables) de la loi fiscale interne<sup>21</sup>, mais le juge fiscal français n'a jamais consacré une telle règle<sup>22</sup>.

Disposant de cette valeur juridique prééminente, les conventions fiscales n'ont toutefois pas pour objet de se substituer aux lois internes, ni d'instituer un système fiscal supranational. C'est le principe de subsidiarité de la convention fiscale internationale par rapport au droit interne, au nom duquel le juge fiscal doit préalablement vérifier si la demande du contribuable ne trouve pas une réponse dans le droit interne, et dans la négative, doit prendre en considération les mesures conventionnelles qui primeront alors la loi interne en cas de conflit entre ces deux textes<sup>23</sup>.

Affinant ce principe de subsidiarité des conventions fiscales internationales<sup>24</sup> le Conseil d'État a défini un ordre de raisonnement qui s'impose au juge, et que la Cour de Versailles a méconnu dans son arrêt.

En effet, si une convention bilatérale conclue en vue d'éviter les doubles impositions peut, en vertu de l'article 55 de notre Constitution, conduire à écarter, sur tel ou tel point, la loi fiscale nationale, elle ne peut pas, par elle-même, servir directement de base à une décision relative à l'imposition. Le juge de l'impôt doit donc d'abord se placer sur le terrain du droit interne pour rechercher si, à ce titre, l'imposition contestée a été valablement établie et, dans l'affirmative, déterminer le fondement de la qualification. Ce n'est que dans un second temps qu'il appartient au juge, en rapprochant la qualification issue du droit interne de la convention fiscale bilatérale, de déterminer si ce traité fait ou non obstacle à sa loi fiscale.

En application de ce raisonnement, le travail de qualification du juge doit d'abord être mené au regard des catégories de droit interne, dès lors que le rapprochement avec les définitions conventionnelles ne révèle pas de conflit et ne remet pas en cause la qualification issue du droit interne, afin de servir de base à l'application des règles conventionnelles relatives au pouvoir d'imposer, le cas échéant en faisant obstacle à l'application de l'impôt prévu par la loi interne.

C'est ce que rappelle implicitement le Conseil d'État dans notre espèce.

### 27. Les gains de levée d'option n'étant effectivement pas au nombre des revenus recensés aux articles 17 ou 18 de

18 Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, Sté Jacques Vabre : D. 1975, p. 497, concl. Touffait. - Cass. ass. plén., 14 oct. 1977 : D. 1978, p. 417, note Lagarde.

19 V. par ex. CE, ass., 22 oct 1979 : AJD 1980, p. 43, note BG.

20 CE, ass., 20 oct. 1989, n° 108243 : RJF 11/89 n° 1266.

21 CE, 17 déc. 1984, n° 47293 : Dr. fisc. 1985, n° 11, comm. 553, concl. O. Fouquet.

22 CE, 12 mars 2014, n° 362528, Sté Céline : RJF 6/14 n° 602. - CE, 12 juin 2013, n° 351702, BNP Paribas : RJF 10/13 n° 911, concl. E. Cortot-Boucher.

23 CE, ass., 19 dec. 1975, n° 84774 et 91895 : RJF 2/76 n° 77, concl. Fabre.

24 CE, ass., 28 juin 2002, n° 232276, Min. c./ Sté Schneider Electric : RJF 10/02 n° 1080, chron. L. Olléon p. 755 ; BDCF 10/02 n° 120, concl. S. Austray.

la convention fiscale franco-suisse, la cour administrative d'appel en déduit que ceux-ci relevaient de l'article 23, § 1 et qu'ils étaient, de ce seul fait, imposables exclusivement dans l'État de résidence (Suisse) du contribuable.

Le raisonnement passait cependant outre le texte même de la convention fiscale en cause qui, en son article 3, § 2, au titre des définitions générales, stipule que « pour l'application de la convention par un État contractant, tout terme ou expression qui n'y est pas défini a le sens que lui attribue le droit de cet État concernant les impôts auxquels s'applique la convention, à moins que le contexte n'exige une interprétation différente. Le sens attribué à un terme ou expression par le droit fiscal de cet État prévaut sur le sens attribué à ce terme ou expression par les autres branches du droit de cet État ».

Combiné au principe de subsidiarité des conventions fiscales internationales, cette question de l'interprétation des dispositions conventionnelles invite le juge de l'impôt à interroger le droit interne pour rechercher la qualification attribuée au gain d'option afin de la rapprocher des stipulations conventionnelles et vérifier si l'imposition avait été valablement établie sur le terrain du droit interne, et au sein du droit interne le juge fiscal doit encore attribuer une primauté à la définition fiscale d'un terme (le gain de levée d'option en l'occurrence) sur les définitions du terme obscur issues des autres branches du droit.

Cet article 3, § 2 de la convention modèle OCDE établit une hiérarchie entre les principes pouvant y présider et le renvoi au droit interne apparaît de prime abord comme secondaire par rapport aux définitions conventionnelles, pour autant toutefois que ces dernières soient suffisamment précises : or tel n'est pas le cas s'agissant du « gain d'option » qui n'est visé par aucune définition de la convention franco-suisse, signe de la confrontation entre deux systèmes juridiques différents, raison pour laquelle le modèle OCDE prévoit alors que le sens attribué à un terme (non défini par la convention) par le droit fiscal interne de l'État concerné prévaut sur les définitions fournies par d'autres branches du droit de cet État.

Ainsi doit se comprendre le principe de subsidiarité.

28. En l'occurrence, le droit fiscal interne de l'État concerné (France) fournit à l'article 80 bis du CGI une définition fiscale du gain de levée d'option (ou avantage) comme étant « [...] un complément de salaire imposable dans les conditions de l'article 163 bis C du CGI », et cette qualification est constante quand bien même l'attributaire des options serait un mandataire social et non un salarié traditionnel titulaire d'un contrat de travail ; et peu importe encore que ce revenu soit (sous certaines conditions) imposé à titre dérogatoire comme en matière de plus-values de cession de valeurs mobilières, cela ne suffit pas, ainsi que l'a affirmé le Conseil d'État<sup>25</sup>, à lui ôter sa qualification de complément de salaire.

Le Conseil d'État en a ainsi jugé dans une espèce *Clive-Worms*, relative à des options attribuées au titre d'un mandat social, en affirmant que « l'exercice du droit d'option entraîne, quelle que soit la catégorie dont relève les revenus de

25 CE, 1<sup>er</sup> oct. 2013, n° 361440, Bouyssonnet : RJF 2013 n° 1137. - CE, 18 oct. 2017, n° 408763 : RJF 2018 n° 85, concl. B. Bohnert.

son bénéficiaire, une imposition dans la catégorie des traitements et salaires par application de l'article 80 bis du CGI », de telle sorte que le **gain de levée d'options, même attribuées à un mandataire social, reste rattachable à la catégorie des traitements et salaires**<sup>26</sup>.

29. La qualification ainsi établie, le gain de levée d'option, même perçu par un dirigeant de société non salarié, étant fiscalement assimilé à un complément de salaire, il restait à **vérifier si ce revenu entrait dans le champ de l'article 17 de la convention bilatérale** comme le soutenait le pourvoi ou si, au contraire et comme le prétendait M. Zacharias, il ressortait de l'article 23 et constituait un revenu imposable uniquement dans l'État de résidence.

L'espèce précitée *Clive-Worms* aurait pu conduire le Conseil d'État à retenir l'argumentation développée par le contribuable, comme le fit apparemment la cour administrative d'appel : mais dans l'arrêt *Clive-Worms*, d'une part la convention fiscale applicable était celle unissant la France au Royaume Uni (avec une rédaction alors différente des définitions générales et de la méthode d'interprétation conventionnelle), et d'autre part le gain d'option s'était mué en indemnité compensatrice.

Dans cette affaire, M. Clive-Worms avait reçu des options de souscription d'actions en sa qualité de mandataire social, et non de salarié, options qu'il avait finalement renoncé à exercer, en contrepartie de quoi une indemnité compensatrice lui avait été versée. Si la qualification retenue en droit interne pour le gain de levée d'option attribuée à un mandataire était bien celle de « traitements et salaires », en revanche l'indemnité

compensatrice perçue en contrepartie de cette renonciation à l'exercice n'était traitée dans aucun article de la convention fiscale franco-britannique (ni au titre de l'article 15 comme « rémunération d'un emploi salarié », ni au titre de l'article 16 comme « tantième, jetons de présence ou autres rémunération perçues au titre de membre d'un conseil de surveillance ou d'administration »), de sorte qu'elle fut imposable dans l'État de résidence du bénéficiaire en vertu de l'article 22 (clause balai) de ladite convention, M. Clive-Worms étant devenu résident fiscal britannique au moment de la perception de ladite indemnité.

La simple **transposition de cette décision *Clive-Worms* au cas d'espèce était cependant délicate**, et c'était notamment sans compter que la convention franco-suisse (à la différence de l'ancien article 2, § 2 de la convention franco-britannique dans sa rédaction applicable à l'affaire *Clive-Worms*, rédaction désormais abandonnée dans la nouvelle convention franco-britannique du 19 juin 2008) accorde explicitement, au terme de son article 3, § 2, une véritable primauté aux définitions fiscales du droit interne.

Le **gain de levée d'option étant défini comme un complément de salaire dans le droit interne de l'État concerné (France)**, et le texte de la convention franco-suisse donnant la primauté à la définition fiscale du droit interne dudit État en présence d'une notion non définie, il devait rentrer dans le champ de l'article 17, § 1 de la convention franco-suisse, et la Cour de Versailles, en écartant cette analyse, a méconnu les règles d'interprétation de la convention franco-suisse et le renvoi explicite à la définition du droit fiscal interne.

J.-L. MÉDUS ■

26 CE, 4 oct. 2013, n° 351065, *Clive-Worms* : RJF 2014 n° 29 ; BDCF 6/2014, concl. E. Cortot-Boucher.

## Annexes (disponibles sur le site internet de la Revue)

**Annexe 1 :** CE, 3e et 8e ch., 24 juin 2019, n° 419679, Bouchard, concl. E. Cortot-Boucher

**Annexe 2 :** CE, 8e et 3e ch., 4 juin 2019, n° 415959, Min. c/ Zacharias, concl. R. Victor