

MANAGEMENT PACKAGE

2 Opération de LBO et plus-value : le risque de requalification en rémunération



CHRISTINE TURLIER

avocat au Barreau de Paris et Bruxelles,
associée fondatrice du cabinet d'avocats Christine Turlier & Partners,
notaire Diplômé (université Paris II-Panthéon Assas),
Master 2 Droit du patrimoine professionnel (université Paris IX Dauphine),
chargé d'enseignement dans les universités de Paris II (Panthéon-Assas) et Paris IX (Dauphine)

Apport. – Par une décision rendue le 17 novembre 2021 (CE, 17 nov. 2021, n° 439609), le Conseil d'État confirme la suprématie d'un principe directeur érigé par une trilogie d'arrêts du 13 juillet 2021, pour qualifier fiscalement de « gains et salaire » le produit de *management packages*. Il l'applique à des associés d'une société interposée dont ils n'étaient pas salariés, laquelle avait elle-même souscrit des instruments financiers émis par une société cible.

Portée pratique. – Le Conseil d'État consolide ainsi son analyse afférente à la qualification fiscale, et de surcroît sociale, des gains réalisés par des managers. Même s'il s'agit d'une application à chaque cas d'espèce, ce constat nous oblige inéluctablement, et autant que possible, à anticiper tout risque lors du dénouement, direct ou indirect, de *management packages*.

CE, 17 nov. 2021, n° 439609

Les trois arrêts du Conseil d'État du 13 juillet 2021 ont accentué l'insécurité fiscale des *management packages*. L'arrêt du 17 novembre 2021 est une application de cette nouvelle grille de lecture. Avant de revenir sur leur contenu (2), nous analyserons les différentes typologies de *management packages* (1).

1. Cause et typologie des mécanismes de *management packages*

La réussite d'une opération de LBO requiert un intéressement de l'équipe managériale associé à un partage de la plus-value réalisée par les investisseurs financiers et une gestion de leur participation directe ou indirecte dans la société cible.

Le dénouement de l'intéressement est généralement lié à l'effectivité de l'activité du manager. Aussi, son départ est traité par l'intermédiaire de promesses croisées et la stipulation statutaires ou extra-statutaires de clauses de « *good leaver* » ou « *bad leaver* ».

Le choix du support de *management package* dépend de l'investissement financier du dirigeant, du risque qu'il consent à assumer, du coût fiscal et social de l'opération escomptée.

Un arbitrage doit être effectué entre les outils d'intéressement réglementés, et ceux qui ne le sont pas. Les arrêts du Conseil d'État des 13 juillet et 17 novembre 2021 commentés concernaient ces *management packages* non réglementés.

L'objectif des paragraphes suivants n'est, évidemment, pas de procéder à un inventaire à la « *Prévert* » des différents outils mais de synthétiser leur régime afin d'en appréhender les limites.

A. – Management packages réglementés

Eu égard au régime fiscal dissuasif applicable aux stock-options, deux outils d'intéressement peuvent être utilisés. Cependant, leurs conditions en limitent, en pratique, l'application.

L'attribution d'actions gratuites n'oblige le bénéficiaire au versement d'aucun numéraire.

Il devra les conserver pendant une durée minimum de 2 ans (*C. com.*, art. L. 225-197-1).

Les limites à l'utilisation des actions gratuites concernent tant les bénéficiaires que la société émettrice (*C. com.*, art. L. 225-197-1, I, al. 3^e et II).

La fiscalité dépend des dates d'attribution. Ainsi, concernant les actions gratuites attribuées sur autorisation d'une assemblée générale extraordinaire tenue à compter du 1^{er} janvier 2018 :

- le gain d'acquisition qui n'excède pas la limite annuelle de 300 000 € est taxé au barème progressif de l'impôt sur le revenu après abattement de 50 % ou le cas échéant de l'abattement fixe de 500 000 € bénéficiant au dirigeant partant à la retraite (*CGI*, art. 150-0 D ter). Les prélèvements sociaux au taux de 17,2 % s'appliquent sur le gain avant abattement ;

- la fraction du gain d'acquisition excédant 300 000 € sera soumise au barème progressif de l'impôt sur le revenu sans application d'aucun abattement pour durée de détention. Sur cet excédent, les prélèvements sociaux au taux de 9,7 % seront prélevés, ainsi que la contribution salariale de 10 % ;

- la plus-value de cession des actions est imposée selon le régime des plus-values des particuliers, soit à la « flat tax » au taux global de 30 % (soit 12,8 % de PFU + 17,2% de prélèvements sociaux), sauf option au barème progressif de l'impôt sur le revenu majoré des prélèvements sociaux au taux de 17,2 %.

Enfin, des contributions sociales patronale et salariale sont, sous certaines conditions, exigibles.

Les BSPCE permettent à leurs bénéficiaires de souscrire au capital d'une société à un prix définitivement fixé au jour de leur attribution.

Leurs conditions d'émission au profit de salariés et de dirigeants sont arrêtées strictement par l'article 163 bis G du CGI.

Depuis la loi Macron du 6 août 2015 (*L. n° 2015-900, 6 août 2015*), ils sont davantage utilisés en matière de LBO.

La fiscalité des gains nets réalisés dépend de la durée d'exercice de l'activité professionnelle des bénéficiaires au jour de la cession :

- en cas d'exercice d'une activité depuis plus de 3 ans (et concernant les bons attribués à compter du 1^{er} janvier 2018), les gains de cession sont soumis à la « flat tax » au taux de 30 %, sauf option au barème progressif de l'impôt sur le revenu majoré des prélèvements sociaux au taux de 17,2 % ;

- en cas d'exercice d'une activité depuis moins de 3 ans (et concernant les bons attribués à compter du 1^{er} janvier 2018), les gains de cession sont soumis au taux de 47,2 %, prélèvements sociaux inclus.

B. – Mécanismes d'intéressement non réglementés

Les mécanismes légaux susvisés sont, la plupart du temps, insuffisants pour associer les managers au partage des plus-values réalisées par les investisseurs financiers.

La pratique a donc créé des outils indexés sur un critère de *superperformance* tel que le TRI ou un multiple de sortie, auquel sont associés les managers.

Avant la loi de finances pour 2013 ayant réformé le régime de taxation des plus-values sur valeurs mobilières des particuliers, les Bons de souscriptions d'actions (BSA) ou des promesses de vente d'actions étaient souvent préconisés.

Pour mémoire, on rappellera que les BSA, dont le régime est visé par les articles L. 225-177 et suivants du Code de commerce, constituent des valeurs mobilières qui donnent le droit d'accéder à des actions de sociétés émettrices à un prix d'exercice prédéterminé, et jusqu'à une certaine date. Il s'agit donc d'un titre optionnel, le bénéficiaire d'un BSA n'a pas d'obligation d'acquiescer ces actions et ne devient donc pas automatiquement associé.

Le recours à cette typologie d'instruments d'intéressement a toujours été empreint d'un risque tant fiscal que social de requalification en salaire (*V. infra 2*).

Par ailleurs, cette requalification paraissait moins risquée lorsque la souscription à ces outils d'intéressement était effectuée indirectement par une société interposée, de type « Man Co », sauf l'écueil de l'abus de droit (*en ce sens not., CAA Versailles, 6 mars 2018, n° 16VE02368*). Or, il s'avère qu'à la lecture de l'arrêt du Conseil d'État du 17 novembre 2021, une telle structuration ne permettrait pas de contourner l'effectivité de la requalification.

2. Qualification fiscale incertaine des mécanismes de management package

A. – Rappel du contenu des arrêts du Conseil d'État du 13 juillet 2021 (*CE, 13 juill. 2021, n° 428506, 435452 et 437498*)

Dans les cas d'espèces, les dispositifs mis en place en faveur de dirigeants étaient des conventions d'option d'achat d'actions et des BSA.

Antérieurement à cette trilogie d'arrêts, le positionnement de l'administration fiscale semblait clair (*CE, 26 sept. 2014, n° 365573*).

Pour que des gains issus de *management package* soient qualifiés de « gains et salaires », la réunion de ces trois conditions cumulatives était requise :

- la qualité de salarié du bénéficiaire ;
- la réalisation du gain dans des conditions préférentielles ;
- l'absence de risque de pertes.

La Cour de cassation considérait, elle, toutefois que le critère à prendre en considération était celui de l'existence d'un contrat de travail ou d'un mandat social (*Cass. 2^e civ., 4 avr. 2019, n° 17-24.470 : JurisData n° 2019-004915 ; JCP E 2019, 1270, note Q. Frisoni et M. Loisel*).

Désormais, le seul principe directeur consiste à analyser, au cas par cas, si l'avantage consenti au manager, « trouve essentiellement sa source dans l'exercice, par l'intéressé, de ses fonctions de dirigeant ou salarié ».

Si tel est le cas, l'avantage sera imposé dans la catégorie des traitements et salaires en application des dispositions des articles 79 et 82 du CGI.

Ainsi, le Conseil d'État juge que l'existence ou l'absence d'un aléa pour le dirigeant ou le salarié n'est pas un critère suffisant.

Suivant les conclusions de madame la rapporteure publique, Emilie Bokdam-Tognetti, le Conseil d'État identifie trois gains distincts susceptibles d'être imposés dans cette catégorie :

1 – Le gain d'acquisition initial

Le Conseil d'État pose ainsi deux conditions cumulatives pour qualifier de salaire ce gain d'acquisition : l'existence d'un avantage pécuniaire trouvant essentiellement sa source dans l'exercice des fonctions de salarié ou de dirigeant.

Le recours à un expert en vue de s'assurer des conditions de souscription du manager n'aurait donc dorénavant que pour objectif de supprimer le risque de qualification en salaire de la seule diffé-