Focus

Application de la théorie de l'acte anormal de gestion aux mécanismes d'intéressement des dirigeants



Le 11 mars 2022, le Conseil d'État est venu poser des limites à l'utilisation par l'administration fiscale de la théorie de l'acte anormal de gestion dans le cadre des mécanismes d'intéressement des dirigeants. Ainsi, le Conseil d'État a jugé que l'attribution à un cadre dirigeant par une société holding d'une promesse unilatérale de vente d'actions de sa filiale à un prix s'étant avéré préférentiel à la date d'exercice de la promesse de vente, ne constituait pas un acte anormal de gestion.

CE, 11 mars 2022, n° 453016

Contexte juridique

En vertu de l'article 39 du code général des impôts (CGI), les entreprises disposent d'une liberté de gestion, qui peut s'exercer au travers de leurs choix à la fois juridiques et fiscaux. Cette liberté implique que l'administration ne puisse juger de l'opportunité des décisions de gestion prises par les contribuables. Toutefois, ce principe connaît une limite: les opérations étrangères à une gestion normale en raison de leur objet ou de leurs modalités ne peuvent être prises en compte dans le calcul de leur bénéfice imposable. Ces opérations constituent un acte anormal de gestion.

Par sa décision *Croë Suisse* du 21 décembre 2018, le Conseil d'État est venu définir cette notion comme l'acte par lequel une entreprise décide de s'appauvrir à des fins étrangères à son intérêt, abandonnant ainsi

son critère de risque manifestement excessif établi par sa jurisprudence *Loiseau*.

La preuve de l'acte anormal de gestion revient à l'administration et a été considérablement facilitée par la jurisprudence Croë Suisse. En effet, le Conseil d'État est venu préciser, dans le cadre de la cession d'un élément d'actif immobilisé, que lorsque l'administration soutient que la cession a été réalisée à un prix significativement inférieur à la valeur vénale qu'elle a retenue et que le contribuable n'apporte aucun élément de nature à remettre en cause cette évaluation, elle doit être regardée comme apportant la preuve du caractère anormal de l'acte de cession. Toutefois, tel n'est pas le cas si le contribuable a justifié que l'appauvrissement qui en est résulté a été décidé dans l'intérêt de l'entreprise, soit que celle-ci se soit trouvée dans la nécessité de procéder à la cession à un tel prix, soit qu'elle en ait tiré une contrepartie.

Focus

Contexte de l'affaire

Le 14 mars 2009, une société holding a consenti au directeur commercial de l'une de ses filiales une promesse unilatérale de vente d'un maximum de 233 964 actions de cette filiale, au prix définitif de 1 euro par action. Le 24 février 2011, en exécution de cette promesse, l'intéressé a acquis 100 270 actions de la filiale, au prix ainsi fixé de 100 270 euros. Ces actions ont été revendues par celui-ci le même jour au prix unitaire de 3,838 euros à une autre filiale contrôlée majoritairement par la société holding, soit un prix total de 384 838 euros.

L'administration fiscale a estimé que la cession consentie par la holding au directeur commercial était constitutive, compte tenu d'un prix anormalement bas, d'une libéralité. Elle a donc réintégré dans les résultats de la holding imposable à l'impôt sur les sociétés au titre de l'exercice 2011 la différence entre la valeur vénale des titres (384838 euros) et leur prix de vente (100270 euros).

La cour administrative d'appel de Nantes (CAA) a confirmé la position de l'administration en estimant que cette cession à prix minoré procédait d'un acte anormal de gestion dès lors que la promesse ne mentionnait aucun engagement du salarié en contrepartie de la promesse de vente consentie par la société. Dès lors, faute de contrepartie, cette cession ne pouvait être considérée comme ayant été réalisée dans l'intérêt de l'entreprise.

Toutefois, le Conseil d'État va censurer la position de la CAA en aménageant la dialectique de la preuve telle que posée par la jurisprudence *Croë Suisse*, ainsi qu'en reconnaissant à la société holding un intérêt propre à la promesse de vente à prix minoré.

La décision du Conseil d'État

L'aménagement de la dialectique de la preuve posée par la jurisprudence Croë Suisse

Selon les conclusions du rapporteur public Romain Victor, la jurisprudence *Croë Suisse* vient s'appliquer à tous les éléments de l'actif immobilisé, incluant les titres de participation détenus par une société holding.

Toutefois, la particularité des faits de l'espèce a mené le Conseil d'État à aménager sa jurisprudence qui, appliquée telle quelle, risquait d'aboutir à l'application d'un régime déséquilibré de dévolution de la charge de la preuve. En effet, le dirigeant salarié ne procède à la levée de l'option que s'il a intérêt à le faire, c'est-à-dire si, à la date de levée de l'option, le prix d'achat est inférieur à la valeur vénale des titres. Dès lors, l'administration n'aurait à connaître que de cas dans lesquels l'entreprise se serait appauvrie en apparence. Comme le souligne Romain Victor, l'administration n'aurait donc qu'à constater que la cession est économiquement intéressante pour le salarié pour ainsi réputer

l'acte de cession anormal. La preuve de l'anormalité serait donc considérablement facilitée pour l'administration.

Ainsi, le Conseil d'État précise qu'il convient de se placer à la date de conclusion de la promesse et non à la date de l'exercice de la promesse afin d'apprécier le caractère normal ou non de l'acte.

La reconnaissance d'un intérêt à la promesse de cession à prix minoré

Après avoir clarifié la date d'appréciation de l'anormalité de l'acte, le Conseil d'État annule la décision de la CAA qui n'a pas recherché si, en consentant la promesse au salarié, la société avait agi conformément à son intérêt propre au regard des avantages résultant de l'implication complémentaire qu'elle pouvait attendre du dirigeant.

Ainsi, selon le Conseil d'État, les compétences et l'expérience commerciale du salarié dans le segment d'activité sur lequel la filiale, dont il a obtenu les titres, avait axé son développement lui permettait, par son implication particulière, d'obtenir un accroissement important du chiffre d'affaires de cette société et, par suite, de la valeur de ses titres.

En outre, le fait que le directeur commercial soit salarié de la filiale et non de la société holding ne faisait pas obstacle, selon le Conseil d'État, à l'existence d'un intérêt pour la société holding à consentir cette promesse. En effet, in fine, sa participation détenue dans la filiale serait valorisée grâce aux efforts fournis par le directeur commercial à la suite de l'avantage qui lui a été accordé.

Par ailleurs, la Haute juridiction a ajouté que le prix d'1 euro fixé par la promesse pouvait être regardé comme proche de la valeur des titres à la date à laquelle elle avait été consentie.

Enfin, elle a souligné que les perspectives de croissance de l'activité de la société ne présentaient aucun caractère certain, de sorte que cette promesse était de nature à avoir, à l'égard du salarié, un réel effet incitatif.

Le Conseil d'État a donc conclu à l'existence d'un intérêt pour la société holding à accorder la promesse, permettant dès lors d'écarter l'anormalité de l'acte. Ce sont par ailleurs les arguments suscités qui avaient fondé l'avis favorable d'abandon des rappels de la commission départementale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires dans le cadre de l'espèce.

Cette décision, qui ne peut être que saluée, apporte un peu de sécurité dans le contexte actuel de remise en cause par l'administration fiscale des schémas de management package consentis aux dirigeants. Cette décision ne saurait toutefois pas être interprétée comme sécurisant la qualification du gain obtenu par le dirigeant titulaire de la promesse (imposition en tant que plus-value ou en tant que salaire) dans la mesure où le litige ne portait pas sur ce sujet mais exclusivement sur l'acte anormal de gestion potentiellement commis par la société.