

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE LYON**

N° 1704589

M. A

Mme Marine Flechet
Rapporteur

Mme Christine Djebiri
Rapporteur public

Audience du 9 octobre 2018
Lecture du 23 octobre 2018

19-04-01-02-03-01
C+

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le tribunal administratif de Lyon

(4^{ème} chambre)

Vu la procédure suivante :

Par une requête et deux mémoires complémentaires, enregistrés les 19 et 23 juin 2017 et 18 avril 2018, M. A, représenté par Me Siboni, demande au tribunal :

1°) de prononcer la décharge des cotisations supplémentaires à l'impôt sur le revenu et des contributions sociales auxquelles il a été assujéti au titre de l'année 2007 et des pénalités et intérêts de retard y afférents ;

2°) de prononcer le sursis de paiement pour les rectifications notifiées ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 500 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

M. A soutient que :

En ce qui concerne le bienfondé de l'imposition :

- les impositions mises à sa charge étaient prescrites ;
- l'administration a commis une erreur dans la qualification juridique des faits dès lors que les gains en cause ne constituent pas une rémunération complémentaire ;
- elle a commis une erreur de droit dans l'application de l'article 111c du code général des impôts dès lors que la qualification d'avantages et rémunérations occultes implique l'absence de contrepartie ;
- l'administration n'est pas fondée à demander une substitution de base légale dès lors que les gains en cause ne peuvent être qualifiés de traitements et salaires ;

En ce qui concerne les pénalités :

- l'administration, qui ne démontre pas le caractère intentionnel du manquement, a commis une erreur dans la qualification juridique des faits.

Par deux mémoires en défense, enregistrés les 20 septembre 2017 et 2 mai 2018, l'administratrice générale des finances publiques de la direction spécialisée du contrôle fiscal Rhône-Alpes-Bourgogne conclut au rejet de la requête.

Elle soutient que :

- aucun des moyens du requérant n'est fondé ;
- à titre subsidiaire, dans l'hypothèse où le tribunal jugerait que les gains ne pouvaient être imposés sur le fondement des dispositions du c) de l'article 111, l'administration demande à ce que les impositions soient rétablies sur le fondement des articles 79 et 82 du même code, la substitution de base légale proposée n'ayant pour effet de priver M. A d'aucune des garanties de procédure attachées au nouveau fondement.

Par ordonnance du 10 septembre 2018, la clôture d'instruction a été fixée au 27 septembre 2018.

Vu les autres pièces des dossiers.

Vu :

- le code général des impôts ;
- le livre des procédures fiscales ;
- le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme Flechet ;
- les conclusions de Mme Djebiri, rapporteur public ;
- et les observations de Me Siboni, représentant M. A.

Après avoir pris connaissance de la note en délibéré, enregistrée le 11 octobre 2018, présentée pour M. A.

Considérant ce qui suit :

1. Dans le cadre d'une opération de rachat avec effet de levier (*leveraged buyout* - LBO), le fonds d'investissement Lion Capital a acquis les entreprises opérationnelles du groupe Materne dont l'activité tend à la fabrication et la commercialisation de compotes de fruits, confitures et biscuits. La SAS Holding Materne, dont la totalité du capital est détenu par la société Materne Luxembourg Holdco, détient 100% du capital de SAS Financière Materne. Cette dernière a acquis conjointement avec la société Materne Luxembourg intermédiaire Lux la totalité du capital et des droits de vote de la société Materne Hollande BV qui détient le contrôle direct et indirect de la Holding Materne Boin, la SAS Materne Boin SAS et la SAS Materne, filiales du groupe. Dans le cadre de l'opération de LBO, la société Materne Luxembourg Holdco a proposé à des cadres supérieurs du groupe, salariés de la société opérationnelle SAS Materne, notamment M. A, d'investir dans le capital de la SAS Holding Materne par l'intermédiaire de la SAS Materne et Cie, société créée à cet effet pour regrouper les dirigeants du groupe décidant de participer au capital. La SAS Materne et Cie a souscrit à 2 030 050 bons de souscription d'action

(BSA) émis le 3 octobre 2006 par la SAS Holding Materne pour un prix de 0,10 euro par BSA. La SAS Materne et Cie a procédé les 3 et 6 octobre 2006 à deux augmentations de capital auxquelles ont participé les cadres du groupe qui sont entrés en possession des titres de la SAS Materne et Cie pour une valeur de 1 euro par titre. M. A, directeur commercial au sein de la SAS Materne, a ainsi acquis 20 300 titres. Le 19 janvier 2007, la société Materne Luxembourg Holdco a acheté, aux cadres dirigeants, l'intégralité des titres de la SAS Materne et Cie au prix unitaire de 9,667 euros. L'administration a regardé les gains résultant de cette cession de titres, non comme un gain en capital, mais, sur le fondement du c) de l'article 111 du code général des impôts, comme une rémunération supplémentaire occulte imposable entre les mains du requérant au titre des revenus en capitaux mobiliers. Le requérant demande la décharge des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu et des contributions sociales en résultant au titre de l'année 2007.

Sur le bien fondé de l'imposition :

S'agissant de l'application de la loi fiscale :

2. Aux termes de l'article 111 du code général des impôts : « *Sont notamment considérés comme revenus distribués : (...) c. Les rémunérations et avantages occultes ; / (...)* ». En cas d'acquisition par une société à un prix que les parties ont délibérément majoré par rapport à la valeur vénale de l'objet de la transaction, ou, s'il s'agit d'une vente, délibérément minoré, sans que cet écart de prix comporte de contrepartie, l'avantage ainsi octroyé doit être requalifié comme une libéralité représentant un avantage occulte constitutif d'une distribution de bénéfices au sens des dispositions précitées du c de l'article 111 du code général des impôts. La preuve d'une telle distribution occulte doit être regardée comme apportée par l'administration lorsqu'elle établit l'existence, d'une part, d'un écart significatif entre le prix convenu et la valeur vénale du bien cédé et, d'autre part, d'une intention, pour la société, d'octroyer, et, pour le cocontractant, de recevoir, une libéralité du fait des conditions de la cession, sans que cet avantage ne soit assorti d'une contrepartie.

3. En l'absence de toute allégation selon laquelle la valeur réelle des titres aurait évolué entre le mois d'octobre 2006, date de leur acquisition par les dirigeants, et le 19 janvier 2007, date de leur cession, l'écart entre le prix d'achat et le prix de cession des titres correspondait, dans sa totalité, à un revenu qui trouvait sa source dans les conditions dans lesquelles l'achat des titres avait été consenti et représente ainsi une plus-value d'acquisition. M. A ne conteste aucunement que les titres de la société Materne et Cie acquis au prix de un euro l'ont été à un prix unitaire inférieur à leur valeur vénale. Le court délai entre l'acquisition des titres par les dirigeants au cours du mois d'octobre 2006 et leur revente à la société Materne Luxembourg Holdco au cours du mois de janvier 2007, révèle également le caractère très favorable des conditions de participation des salariés au capital de la société SAS Materne et Cie et l'absence de tout risque capitalistique. Par suite, le gain résultant de la vente à 9,67 euros des titres antérieurement acquis au prix de un euro constitue un avantage.

4. Le requérant soutient que l'avantage visé au point précédent n'est pas lié à ses fonctions professionnelles exercées au sein groupe Materne. Toutefois, l'article 12 du pacte des actionnaires impose aux cadres associés un engagement de loyauté aux termes duquel « Les Dirigeants s'engagent, tant qu'ils détiendront des Titres, ou des Actions de la Société des Dirigeants, directement ou indirectement, et tant qu'ils auront des fonctions opérationnelles au sein du Groupe, à consacrer leur activité professionnelle ainsi que le temps de travail nécessaire à la Société et aux Filiales, et à développer uniquement au sein du Groupe toutes activités connexes ou complémentaires aux activités de la Société et des Filiales, sauf accord exprès de

LuxCo. ». M. A est également soumis à l'engagement de non concurrence de l'article 12.4 du pacte selon lequel « Sous réserve de ce qui est indiqué à l'Article 12.2, en contrepartie de la possibilité qui a été offerte aux Dirigeants de devenir Associés de la Société, chaque Dirigeant, en sa qualité d'Associé de la Société, s'engagent à ne pas, en France, directement ou indirectement, comme exploitant individuel, associé, actionnaire, investisseur, cadre, mandataire social ou comme employé, agent ou consultant de toute personne physique ou morale ou de toute entité non dotée de la personnalité morale, de quelque nationalité qu'elle soit, tant qu'il sera Associé de la Société, directement ou indirectement, et pour une durée d'un (1) an à compter du jour où il cessera de détenir des Titres : (a) s'intéresser ou s'engager, directement ou indirectement, sous quelque forme que ce soit et, notamment, mais non exclusivement, par voie d'investissement, dans des activités exercées par les sociétés du Groupe au jour où il perd sa qualité d'Associé; (...) ». Par ailleurs, les stipulations de l'article 13.2 de ce pacte prévoient que le prix de cession des titres en cas de départ pour faute de l'un des dirigeants, la notion de faute visant notamment la démission ou le licenciement pour cause réelle et sérieuse ou pour faute grave ou lourde, est inférieur à celui prévu dans le cas d'un départ sans faute tel que, par exemple, le départ volontaire à la retraite après soixante ans, tout départ étant constitué dès qu'est constatée, notamment, l'absence de liaison par un contrat de travail à la SAS Holding Materne, la SAS Financière Materne ou une des filiales.

5. Enfin, le requérant soutient qu'étant salarié de la société SAS Materne en France, il ne peut être assujéti à un lien de subordination envers la société luxembourgeoise Materne Luxembourg Holdco qui a racheté les titres. Toutefois, le groupe opérationnel Materne étant composé, selon les termes du paragraphe A du préambule du pacte, de la holding tête de groupe, la SAS Holding Materne, de Materne Luxembourg Intermediare SARL et des filiales dont fait partie la SAS Materne, les conditions de participation très favorables de M. A au capital étaient accordées en contrepartie de la continuité de l'investissement professionnel de l'intéressé comme dirigeant au sein du groupe Materne. L'administration établit ainsi, comme il lui incombe de le faire, que l'opération financière avait pour but de procurer à M. A une rémunération supplémentaire pour ses fonctions de dirigeant au sein du groupe Materne. C'est donc à bon droit que l'administration a regardé la plus-value résultant de la cession des titres, non comme un revenu en capital mais comme une rémunération supplémentaire.

6. En revanche, il résulte de ce qui a été exposé au point 2 qu'en qualifiant les gains en cause de rémunération occulte et en les imposant sur le fondement du c) de l'article 111 du code général des impôts tout en estimant que cet avantage a été attribué en contrepartie des fonctions salariales occupées par M. A, l'administration a commis une erreur de droit. Elle ne pouvait dès lors imposer la somme litigieuse sur le fondement du c) de l'article 111 du code général des impôts.

7. Toutefois, l'administration est en droit, à tout moment de la procédure contentieuse, de justifier une imposition par un nouveau fondement juridique, à la condition qu'une telle substitution de base légale ne prive le contribuable d'aucune des garanties de procédure prévues par la loi. Elle demande en l'espèce le maintien des impositions en litige sur le fondement des dispositions des articles 79 et 82 du code général des impôts. Ce changement de base légale, invoqué par l'administration, ne prive M. A d'aucune des garanties de procédure auxquelles il a droit.

8. En vertu de l'article 79 du code général des impôts : « *Les traitements, indemnités, émoluments, salaires, pensions et rentes viagères concourent à la formation du revenu global servant de base à l'impôt sur le revenu./ (...)* ». L'article 82 du même code prévoit : « *Pour la détermination des bases d'imposition, il est tenu compte du montant net des traitements,*

indemnités et émoluments, salaires, pensions et rentes viagères, ainsi que de tous les avantages en argent ou en nature accordés aux intéressés en sus des traitements, indemnités, émoluments, salaires, pensions et rentes viagères proprement dits.(...)».

9. En l'absence de risque et alors que la plus-value d'acquisition en litige se rattache, tel qu'il a été dit aux points 4 et 5, exclusivement aux fonctions exercées par M. A au sein du groupe Materne, l'administration établit que les gains de 175 940 euros résultant de la cession des 20 300 titres à la société Materne Luxembourg Holdco, qui ne pouvaient être qualifiés de rémunération occulte au sens de l'article 111 du code général des impôts, doivent être regardés comme une rémunération imposable dans la catégorie des traitements et salaires sur le fondement des articles 79 et 82 précités.

10. Aux termes de l'article L. 169 du livre des procédures fiscales : *« Pour l'impôt sur le revenu et l'impôt sur les sociétés, le droit de reprise de l'administration des impôts s'exerce jusqu'à la fin de la troisième année qui suit celle au titre de laquelle l'imposition est due (...) ».*

11. En vertu de l'article 156 du code général des impôts, un revenu est imposable à l'impôt sur le revenu au titre de l'année au cours de laquelle le foyer fiscal en a la disposition. Ainsi, l'avantage litigieux, correspondant à l'écart entre la valeur vénale des titres et leur prix d'acquisition, doit être rattaché à l'année au cours de laquelle le contribuable en a eu la disposition. Or, une plus-value d'acquisition relevant de la catégorie des traitements et salaires ne constitue un revenu disponible qu'à partir du moment où les titres ont été cédés, le revenu gardant un caractère latent avant cette date. Par suite, la plus-value d'acquisition en litige était imposable au titre de l'année 2007, année de cession des titres à la société Materne Luxembourg Holdco. L'imposition n'était, dès lors, pas prescrite au 17 décembre 2010, date de notification de la proposition de rectification au requérant.

Sur les pénalités :

12. Aux termes de l'article 1729 du code général des impôts : *« Les inexactitudes ou les omissions relevées dans une déclaration ou un acte comportant l'indication d'éléments à retenir pour l'assiette ou la liquidation de l'impôt ainsi que la restitution d'une créance de nature fiscale dont le versement a été indûment obtenu de l'Etat entraînent l'application d'une majoration de : / a. 40 % en cas de manquement délibéré (...) ».* En vertu de l'article L. 195 A du livre des procédures fiscales : *« En cas de contestation des pénalités fiscales appliquées à un contribuable au titre des impôts directs, de la taxe sur la valeur ajoutée et des autres taxes sur le chiffre d'affaires, des droits d'enregistrement, de la taxe de publicité foncière et du droit de timbre, la preuve de la mauvaise foi et des manœuvres frauduleuses incombe à l'administration. ».*

13. Si M. A n'a pas déclaré la plus-value d'acquisition réalisée au cours de l'année 2007 à l'occasion de la vente des titres acquis dans la société Materne et Cie, dans la catégorie des traitements et salaires mais en tant que plus-value de cession de valeurs mobilières, il n'a, ce faisant, pas cherché à éluder toute imposition, les redressements reposant pour l'essentiel sur une erreur d'interprétation des textes applicables. En se bornant à indiquer que M. A ne pouvait ignorer en sa qualité de cadre dirigeant du groupe Materne et d'associé de la société Materne et Cie l'ensemble des modalités d'émission et de cession des titres, ainsi que la garantie du gain sur les titres cédés à la société Materne Luxembourg Holdco, l'administration, qui ne détaille pas précisément le rôle éventuellement tenu par M. A lors de ce montage, n'apporte pas la preuve, qui lui incombe, du manquement délibéré de M. A à ses obligations fiscales justifiant l'application de la majoration de 40 % prévue par l'article 1729 du code général des impôts.

14. Il résulte de ce qui précède que M. A est seulement fondé à demander la décharge de la majoration 40% pour manquement délibéré dont ont été assorties les cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu auxquelles il a été assujéti au titre de l'année 2007.

Sur le sursis de paiement :

15. Dès lors qu'il est statué au fond par le présent jugement, les conclusions présentées par le requérant aux fins de sursis de paiement des cotisations supplémentaires à l'impôt sur le revenu auxquelles il a été assujéti au titre de l'année 2007 sont devenues sans objet.

Sur les conclusions à fin d'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

16. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions du requérant présentées sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

D E C I D E :

Article 1^{er} : Il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions à fin de sursis de paiement présentées par M. A.

Article 2 : M. A est déchargé de la majoration pour manquement délibéré dont ont été assorties les cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu auxquelles il a été assujéti au titre de l'année 2007.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.

Article 4 : Le présent jugement sera notifié à la M. A et à l'administratrice générale des finances publiques de la direction spécialisée du contrôle fiscal Centre-Est.

Délibéré après l'audience du 9 octobre 2018, à laquelle siégeaient :

M. Clément, président,
M. Moya, premier conseiller,
Mme Flechet, conseiller.

Lu en audience publique le 23 octobre 2018.

Le rapporteur,

Le président,

M. Flechet

M. Clément

Le greffier,

S. Dumont

La République mande et ordonne au ministre de l'action et des comptes publics, en ce qui le concerne et à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun, contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition,
Un greffier,