

ACTUALITE FISCALE

INTERESSEMENT DES SALARIES

- **Le projet de loi Macron**

Le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « Loi Macron », a été présenté le 11 décembre 2014. Après de nombreuses discussions, il a été adopté par l'Assemblée Nationale en nouvelle lecture le 18 juin 2015 et est à nouveau en discussion devant le Sénat.

Une actualité spécifique vous sera adressée prochainement sur les mesures de ce projet de loi qui concernent le droit fiscal, le droit du travail et le droit économique notamment.

Parmi les mesures les moins controversées, nous évoquerons à ce stade celles qui ont pour objet de favoriser l'actionnariat salarié et le régime des impatriés.

- ✓ Attribution gratuite d'actions

L'imposition de l'avantage tiré de l'attribution gratuite d'actions est aujourd'hui lourde et complexe, tant pour le bénéficiaire des actions que pour la société distributrice.

En effet, actuellement, l'entreprise est soumise à la cotisation patronale fixée à 30% de la valeur des actions au jour de l'attribution. Ce coût est cependant compensé partiellement par la possibilité pour cette entreprise de déduire de son résultat fiscal certaines charges liées à l'attribution d'actions. Le gain retiré par l'attributaire¹ est, quant à lui, soumis, au moment de la cession des actions², à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des traitements et salaires ainsi qu'aux prélèvements sociaux. L'attributaire supporte en plus une sur-cotisation salariale égale à 10% de la valeur des titres au jour de leur attribution.

Le projet de Loi Macron envisage plusieurs modifications au régime en vigueur afin de rendre les actions gratuites plus attractives :

- Diminution de la cotisation patronale de 30% à 20% en se basant sur la valeur au moment de l'acquisition (et non plus sur la valeur au moment de l'attribution) et exigibilité une fois les titres acquis (et non plus dès l'attribution) ;
- Franchise de cette cotisation pour les PME qui n'ont procédé à aucune distribution de dividendes depuis 3 ans ;

¹ Attributions effectuées avant le 28/09/2012

² Il convient de noter que l'attributaire sera également soumis, au moment de la cession des actions, à l'impôt sur l'éventuelle plus-value de cession.

- Imposition entre les mains du bénéficiaire selon le régime des plus-values de valeurs mobilières, avec application notamment des abattements pour durée de détention³ ;
- Suppression pure et simple de la sur-cotisation salariale de 10% ;
- Modification de la durée minimale cumulée d'acquisition et de détention des titres de 4 ans à 2 ans pour les PME.

✓ Les Bons de Souscription d'actions Pour les Créateurs d'Entreprises (BSPCE)

Les BSPCE seraient désormais ouverts aux sociétés résultant d'opération de restructuration à l'occasion d'un transfert d'activité, ainsi qu'aux sociétés filiales d'un groupe sous réserve d'une détention par la société mère d'au moins 75% de leur capital ou de leurs droits de vote.

✓ Régime des impatriés

Les salariés ainsi que certains dirigeants de société venant de l'étranger pour exercer leur activité professionnelle en France bénéficient de mesures temporaires d'exonération d'impôt sur le revenu de l'ordre de 30% et d'impôt de solidarité sur la fortune sur les biens étrangers, pendant 5 ans.

Le projet de loi prévoit une amélioration de ce régime en ce que les impatriés conserveraient désormais le bénéfice du régime d'exonération en cas de changement de fonctions au sein de l'entreprise établie en France ou au sein d'une autre entreprise établie en France appartenant au même groupe, pendant la durée de 5 ans.

• **Management packages**

Les management packages sont des mécanismes d'intéressement des salariés, cadres et dirigeants des entreprises dont l'objet est de les intéresser financièrement aux performances de l'entreprise, de manière similaire aux actionnaires ou associés.

Divers outils financiers peuvent être utilisés dans le cadre des management packages : les actions gratuites, les Bons de Souscription d'Actions (BSA), les Actions à Bons de Souscription d'Actions (ABSA), les actions de préférence ou encore les Bons de Souscription de Parts de Créateurs d'Entreprise (BSPCE), les clauses de rétrocession de plus-value, ou les simples options d'achat d'actions consenties conventionnellement.

Le régime fiscal des management packages est aujourd'hui imprécis et les administrations fiscale et sociale tendent à requalifier ces avantages en complément de rémunération, au motif que les bénéficiaires ne prendraient pas de risques financiers comparables à ceux d'un actionnaire ou d'un associé. Les conséquences fiscales d'une telle requalification pouvant être lourdes pour les personnes physiques, les contribuables préfèrent généralement privilégier une issue transactionnelle à un contentieux. Cependant la jurisprudence commence à se prononcer sur le sujet.

Le Conseil d'Etat a rendu une décision le 26 septembre 2014 (n°365573) favorable à la position de l'administration. En l'espèce il a été jugé que l'option d'achat de titres attribuée dans le cadre d'un management package a été accordé au contribuable uniquement du fait de ses fonctions, et que la possibilité que ce dernier avait de ne pas lever l'option montrait l'absence de risque en capital dans l'opération (et ce alors même qu'il avait été prévu une indemnité d'immobilisation dont le montant avait été considéré par le juge comme modique). Ainsi le gain issu du management package a été requalifié par l'administration en traitements et salaires (et non en plus-value).

³ Comme auparavant, les prélèvements sociaux seront également dus aux taux en vigueur.

Cette question de l'absence de risque avait déjà été soulevée devant le Comité de l'abus de droit fiscal dans une affaire n°2013-36. Le comité avait précisé que l'existence d'un risque très limité ne suffisait pas à caractériser un risque d'actionnaire.

Le législateur est d'ailleurs intervenu récemment de manière indirecte : depuis le 1er janvier 2014, il n'est plus possible d'inscrire dans un PEA des BSA ou des actions de préférence. Ces deux instruments financiers étaient souvent utilisés dans le cadre de management packages.

Le sujet est aujourd'hui en pleine mutation et l'administration fiscale y porte une attention toute particulière. Plusieurs points d'attention doivent être relevés : les conditions d'octroi et de déclenchement des instruments optionnels, l'importance d'un prix de souscription significatif et équitable, la prise en compte de l'ensemble de la relation contractuelle, ainsi que les contrats annexes au management package.

LES SOCIETES HOLDINGS : UNE INSECURITE FISCALE PERMANENTE

• Les problématiques de la notion de société holding animatrice

La qualité de société holding animatrice ou passive permet de déterminer l'accès à de nombreux régimes fiscaux et notamment : l'exonération en matière d'ISF au titre des biens professionnels, l'exonération partielle de droits de mutation à titre gratuit au titre du pacte Dutreil, l'exonération des titres de PME à l'ISF, etc.

Concernant l'exonération d'ISF au titre des biens professionnels, l'article 885 O quater du CGI exclut du champ de l'exonération les titres des seules sociétés ayant « pour activité principale » la gestion de leur propre patrimoine. A contrario, on en déduit que les titres de sociétés dont l'activité civile n'est qu'accessoire sont inclus dans le champ de l'exonération.

Cependant, l'administration fiscale tend à exiger que la holding ait le contrôle exclusif sur les filiales. La doctrine administrative, quant à elle, se borne à requérir une participation effective à leur contrôle.

Le TGI de Paris dans une décision en date du 11 décembre 2014 (n°13/06937) a considéré, contrairement à la position de l'administration fiscale, qu'une société holding qui anime effectivement les filiales dont elle a le contrôle peut détenir une participation minoritaire dans une société non animée sans perdre sa qualification de holding animatrice.

Il est aujourd'hui difficile pour un entrepreneur d'être sécurisé, notamment sur le bénéfice de l'exonération d'ISF – en qualité de biens professionnels – des titres des entreprises détenues via une société holding.

Plusieurs questions restent aujourd'hui en suspens, notamment :

- ✓ La société holding doit-elle détenir une participation majoritaire dans ses filiales ? Il semble que la réponse soit négative selon le TGI de Paris.
- ✓ Quelles conditions doivent être remplies par la société holding pour qu'elle soit qualifiée de « holding animatrice » ? L'administration fiscale envisageait de publier une doctrine à ce sujet qui n'est pas aboutie à ce jour.

• Les prestations de direction au sein d'un groupe

Les redressements actuels relatifs aux refacturations des prestations de direction renforcent la difficulté et la complexité du sujet. En principe, une société holding animatrice regroupe les services communs et refacture une quote-part de ces services à ses filiales. Ces refacturations incluent généralement et de façon pragmatique les prestations rendues par le dirigeant qui est bien souvent dirigeant de la holding et des filiales.

Toutefois, s'appuyant sur des décisions de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 14 septembre 2010 (n°09-16084) et du 23 octobre 2012 (n°11-23376), l'administration fiscale tend à rejeter la déduction de la refacturation d'une quote-part de la rémunération du dirigeant, au motif que le contrat de prestations de services ferait « double emploi » avec la fonction de dirigeant, lorsque cette fonction n'est pas rémunérée directement par chacune des filiales.

Cette position est très contestable tant au regard des dispositions du code général des impôts qu'aux plans économique et pratique (d'autant que l'administration fiscale rejette la déductibilité de la charge, mais aussi la TVA et rehausse la CVAE à due concurrence). En effet, les dirigeants d'entreprises effectuent généralement tant des tâches de direction que des tâches opérationnelles (commerciales, stratégiques, de ressources humaines, etc.).

Ainsi, en attendant une décision de la jurisprudence, il est préférable que chacune des filiales rémunère un minimum en direct le dirigeant. A défaut, si la filiale prend la décision de gestion de ne pas rémunérer son dirigeant, il est alors préférable d'éviter toute référence à une rémunération au titre des fonctions de direction dans la convention, qui ne doit rémunérer que des fonctions techniques (commerciales, financières, juridiques, ...). Par précaution, il peut également être utile, lorsque c'est possible, de nommer la société mère comme personne morale dirigeante. Dans ce dernier cas toutefois, la question de l'exonération ISF se pose puisque la qualification de biens professionnels suppose que l'actionnaire soit dirigeant de la société concernée.

• Les autres problématiques liées aux sociétés holding

Les sociétés holdings connaissent également des problématiques en constante évolution en matière de TVA et de taxe sur les salaires qui peuvent s'avérer coûteuses. Il peut être opportun, dans certains cas, de s'interroger sur la transformation de la société holding –auparavant animatrice- en holding pure, ou sur la nécessité d'investir dans le cadre d'un holding.

En effet, pendant longtemps les sociétés holdings, animatrices ou non, ont été plébiscitées dans une optique de gestion patrimoniale, mais aussi pour leur fiscalité avantageuse (imposition des dividendes de l'ordre de 1,7%, imposition des plus-values de l'ordre de 4%). L'utilisation d'une holding permet aux associés souhaitant réinvestir les produits (dividendes, plus-values), de limiter les coûts fiscaux. Cela était particulièrement vrai avant les dispositions relatives à la fiscalité des plus-values des particuliers (mises en œuvres après le mouvement dit « des pigeons »).

Aujourd'hui, si l'associé détient directement les titres des sociétés (sans l'intermédiaire d'un holding) le taux d'imposition est avantageux du fait de l'application d'abattements pour durée de détention : en cas de détention des titres depuis plus de 8 ans, le taux d'imposition globale est de 31,25%⁴ ou 22,25%⁵ pour les PME.

⁴ Taux marginal de l'impôt sur le revenu de 45% avec un abattement pour durée de détention de 65% + prélèvements sociaux aux taux de 15,5%

⁵ Taux marginal de l'impôt sur le revenu de 45% avec un abattement pour durée de détention de 85% + prélèvements sociaux aux taux de 15,5%

Par ailleurs, l'imposition des dividendes reste élevée (de l'ordre de 42,5%⁶) pour l'actionnaire personne physique (qu'il investisse via une société holding ou « en direct »).

On notera que dans le cadre d'une société holding, il serait possible de procéder à une réduction de capital non motivée par des pertes qui permettra, sous certaines conditions, à l'associé d'appréhender une partie des liquidités présentes dans la société holding et d'être imposé sous le régime des plus-values des particuliers (et non sous le régime des revenus de capitaux mobiliers). Cette opportunité doit être analysée avec précaution.

FINANCEMENT PAR LES SOCIÉTÉS : CAPITAL VENTURE

La loi de finances rectificative pour 2013 (n°2013-1279 du 29 décembre 2013) a institué un amortissement exceptionnel sur 5 ans au profit des entreprises soumises à l'impôt sur les sociétés souscrivant au capital de PME, dans le but de favoriser le capital investissement. La seconde loi de finances rectificative pour 2014 (n°2014-1655 du 29 décembre 2014) est venue assouplir ce régime afin de prendre en compte les observations de la Commission européenne au regard du droit de l'Union en matière d'aides d'Etat.

Cet avantage devrait permettre d'accélérer le capital venture en permettant de compenser partiellement la prise de risque. Un décret doit cependant être publié afin de préciser les modalités d'application du texte, après nouvelle validation de la Commission européenne.

La PME devrait notamment :

- ✓ répondre à la définition de PME communautaire et,
- ✓ avoir réalisé, au cours de l'exercice précédent, certaines dépenses de recherche éligibles au crédit d'impôt recherche, représentant au moins 10% des charges fiscalement déductibles au titre de cet exercice (sur l'un au moins des trois derniers exercices).

Elle ne pourra pas percevoir plus de 15 M€ au titre des souscriptions ouvrant droit au présent dispositif.

L'investisseur ne pourra pas souscrire dans des PME dans lesquelles il détient déjà des titres, et ne devra pas, après la souscription, détenir directement ou indirectement, plus de 20% du capital ou des droits de vote de la PME.

L'idée de créer un prêt inter-entreprises proposée par le projet de Loi Macron va dans le même sens en favorisant les relations entre les start-up et les PME avec les grands groupes.

MONTAGES ABUSIFS LISTES PAR BERCY

Depuis le 1er avril est affiché sur le site de la Direction générale des finances publiques la « carte des pratiques et montages abusifs » (<http://www.economie.gouv.fr/dgfip/carte-des-pratiques-et-montages-abusifs>). Il s'agit de 17 montages qui sont, selon l'administration fiscale, contraires à la loi. Certains de ces montages ont fait l'objet de décisions ou d'avis du Comité de l'abus de droit fiscal qui les déclarent effectivement contraires à la loi, mais d'autres n'ont pas encore été portés devant le juge.

Il s'agit pour l'administration de faire de la prévention, ce qui s'inscrit dans un ensemble d'engagements destinés à améliorer les relations entre l'administration fiscale et les

⁶ Taux marginal de l'impôt sur le revenu de 45% avec un abattement de 40% + prélèvements sociaux aux taux de 15,5%

contribuables. En cas d'utilisation d'un ou plusieurs de ces types de montages, les contribuables sont invités à prendre contact avec l'administration afin d'analyser et de régulariser leur situation le cas échéant. L'administration appréciera alors, en fonction des circonstances, les conséquences à en tirer.

Cette liste pose tout de même la question de savoir si cette interprétation de la loi fiscale doit être considérée comme formelle et susceptible d'être contestée, ou s'il s'agit uniquement d'une simple information aux contribuables ?

PRIX DE TRANSFERT

• **Redevances de marque**

La Cour Administrative d'Appel de Versailles a rendu le 18 février 2014 (n°11VE03460) un arrêt intéressant en matière de redevance de marque. En l'espèce, la société Aquarelle Europe (devenue ensuite Nestlé Waters Europe) produisait et distribuait de l'eau minérale sous la marque Aquarelle, devenue Nestlé Aquarelle. La société française a versé des redevances de marque à trois sociétés suisses associées pour l'utilisation de la marque Nestlé lorsque la distribution sous la marque Nestlé a commencé.

L'administration fiscale a tenté de remettre en cause ces redevances au motif qu'elles entraînaient un transfert de bénéfices à l'étranger. Elle a considéré que la marque Nestlé n'avait pas de valeur d'usage dans le cadre de la vente d'eau minérale, cette marque étant réputée spécialisée dans les produits déshydratés et le chocolat. De plus, l'administration affirmait que le lancement de l'eau Nestlé Aquarelle était un échec (les dépenses publi-promotionnelles étaient supérieures à l'avantage retiré par Nestlé).

La Cour Administrative d'appel a donné raison à la société Nestlé et a affirmé que l'absence de bénéfices et la faiblesse des ventes ne suffisent pas à démontrer l'absence de valeur d'usage de la marque dès lors que la société était en phase de lancement du produit sur le marché.

• **Non immixtion dans la gestion des entreprises**

Le 23 janvier 2015, le Conseil d'Etat (n°369214) a réaffirmé qu'il n'appartient pas à l'administration de se prononcer sur l'opportunité des choix de gestion d'une entreprise et a jugé que l'ampleur des dépenses de promotion ne peut être remise en cause sur le terrain de l'acte anormal de gestion.

En l'espèce, un laboratoire pharmaceutique avait dépensé plus que la moyenne du secteur pour la promotion de produits (entre 40 et 45% du chiffre d'affaires alors que la moyenne est de 12%). L'administration affirmait que les dépenses supérieures à la moyenne étaient anormales et devaient être réintégrées aux résultats de l'entreprise.

L'administration invoquait également implicitement, sans succès, le risque manifestement excessif pour caractériser l'acte anormal dans la gestion interne de l'entreprise. Cette notion n'est utilisée que dans des cas exceptionnels.

Pour rappel, pour être déductible, une charge doit :

- ✓ être exposée dans l'intérêt direct de l'exploitation (CE 6 janvier 1986, n° 42795 ; CE 6 janvier 1986, n°42765) ou se rattacher à la gestion normale de l'entreprise ;
- ✓ correspondre à une charge effective et être appuyée de justifications suffisantes ;
- ✓ être comprise dans les charges de l'exercice au cours duquel elle a été engagée.

Il revient alors à l'administration de prouver que la charge est anormale.