

CHRONIQUE

DROIT FISCAL

■ MODALITÉS D'IMPOSITION ET DE RATTACHEMENT DU GAIN TIRÉ DE LA LEVÉE DE STOCK-OPTIONS DANS LES SITUATIONS DE MOBILITÉ INTERNATIONALE

CE, 17 mars 2010, Min c/ M. De Roux



CLAIRE ACARD
Associé
Ernst & Young
Société
d'avocats

Inspiré du régime américain des *stock-options*, le dispositif relatif aux options de souscription ou d'achat d'actions a été instauré en France par la loi du 31 décembre 1970 (L. n° 70-1322) et codifié aux articles L. 225-177 à L. 225-186 du Code de commerce. Le régime a, par la suite, été modifié à de nombreuses reprises et notamment, de façon récente, par la loi TEPA du 21 août 2007 (L. n° 2007-1223). Les réaménagements successifs ont permis une meilleure appréhension fiscale de ces éléments de rémunération conduisant par là même à une relative stabilisation du régime fiscal applicable.

Néanmoins, la mobilité internationale des salariés, toujours plus fréquente dans un contexte économique de forte globalisation, a substantiellement contribué à complexifier l'imposition des *stock-options*.

Pour mémoire, les plans d'options permettent à un salarié d'acquiescer ou de souscrire, à un prix avantageux, des actions de la société qui l'emploie, à une échéance donnée et à un prix déterminé. En matière d'impôt sur le revenu, l'avantage issu de ces options se décompose de la façon suivante :

- le rabais, correspondant à la différence entre prix de souscription ou d'achat des actions et la valeur réelle des titres au jour de l'attribution des options ;
- la plus-value d'acquisition égale à la différence entre le prix de souscription ou d'achat des actions et la valeur réelle des titres au jour de la levée des actions ;
- la plus-value de cession égale à la différence entre cette valeur réelle et le prix de cession.

Dès lors qu'un salarié, qui se voit octroyer des options d'achat ou de souscription d'actions pendant qu'il est résident d'un Etat, lève ses options de souscription ou d'achat d'actions alors qu'il est détaché dans un autre Etat, se pose la question du traitement fiscal du gain d'acquisition réalisé par celui-ci, à savoir quel Etat est en droit d'imposer ce gain, sur quel fondement et selon quelles modalités. Plus précisément, ce gain doit-il être qualifié de gain en capital ou de salaires pour l'application des conventions fiscales, le gain est-il imposable uniquement dans l'Etat de résidence, ou bien, l'Etat de la source est-il aussi en droit de l'imposer ? La réponse à cette question dépend-elle de l'existence de conditions posées à la levée d'options par le salarié ?

L'épineuse question de l'imposition des gains d'acquisition de *stock-options* dans des situations de mobilité internationale vient d'être pour la première fois abordée par la Haute Assemblée qui a, en effet, récemment été saisie du traitement fiscal du gain résultant de levée d'options lorsque le bénéficiaire est un salarié qui est détaché à l'étranger au cours de la vie des *stock-options*.

Après un nécessaire retour sur les faits, nous nous intéresserons à la portée de cette décision.

RAPPEL DES FAITS

Le 5 septembre 1995, un résident fiscal français s'était vu attribuer 2 500 options d'achat d'actions par la société qui l'employait. Alors qu'il était détaché en Belgique, pour la période du 1^{er} août 1999 au 31 août 2000, auprès d'une filiale de son employeur, le salarié avait levé une partie des options, qu'il avait concomitamment cédées, les 3 février et 29 mai 2000.

Le contribuable n'ayant pas déclaré l'avantage tiré de ces cessions d'actions, l'administration fiscale française a réintégré le gain dans ses bases imposables à l'impôt sur le revenu, et ce, dans la catégorie des traitements et salaires car les cessions avaient eu lieu avant la fin de la période d'indisponibilité.

Si le contribuable a admis le bien-fondé du redressement, il en a néanmoins contesté le montant. Selon lui, la plus-value n'était en effet imposable qu'au prorata de son temps d'activité en France au cours de l'année du fait générateur de l'imposition (i.e. dans le cas d'espèce, à hauteur des quatre douzièmes de son montant).

Par un jugement en date du 29 mars 2005, le tribunal administratif de Versailles, saisi d'une demande en décharge d'imposition, a considéré, sur le fondement des dispositions de la convention franco-belge, que le gain réalisé en 2000 n'était que partiellement imposable en France. Selon le tribunal, aux fins d'application de la convention, les attributions d'options d'achat devaient être considérées comme rémunérant l'activité exercée par le salarié depuis la date d'attribution des options jusqu'à leur levée : la ventilation du gain devait, en conséquence, s'effectuer sur cette même période.

La cour administrative d'appel de Versailles, par un arrêt en date du 21 février 2008, a fait droit à la requête en appel du contribuable : les juges du fond ont exclusivement retenu l'année 2000, année du fait générateur de l'imposition, pour opérer la ventilation entre la partie imposable en Belgique et celle imposable en France au regard du lieu d'exercice de l'activité professionnelle du salarié. Le ministre s'est alors pourvu en cassation au motif que la cour n'avait pas suffisamment motivé son arrêt.

Sur le fond, la Haute Assemblée devait, donc, en premier lieu, qualifier le gain d'acquisition (salaire, gain en capital, autre revenu) afin de déterminer les dispositions applicables de la convention franco-belge. En second lieu, se posait la question plus délicate des modalités d'imposition du gain au regard des stipulations conventionnelles.

LA SOLUTION DÉGAGÉE PAR LE CONSEIL D'ÉTAT

Examinant tout d'abord le bien-fondé de l'imposition au regard du droit français, la Haute Assemblée établit que la plus-value d'acquisition constitue, en application des articles 80 bis et 163 bis C du CGI, un complément de salaire pour le salarié, imposable au titre de l'année au cours de laquelle les actions ont été cédées dès lors que cette cession est intervenue avant l'expiration d'un délai de cinq ans courant à compter de la date d'attribution de l'option.

Constatant que la convention franco-belge ne contient aucune disposition relative aux *stock-options*, le Conseil d'Etat, suivant les conclusions du rapporteur public, Nathalie Escaut, poursuit son raisonnement en considérant que le gain d'acquisition relève de l'article 11 de la convention, relatif aux salaires. Selon la Haute Assemblée, dès lors que l'article 22 précise qu'en l'absence de définition conventionnelle il convient de revenir à la définition fiscale donnée par l'Etat contractant, il résulte nécessairement de l'application combinée des articles 11 et 22 de la convention, que le gain d'acquisition entraine dans le champ d'application de l'article 11 qui attribue le droit d'imposer les salaires à l'Etat sur le territoire duquel s'exerce l'activité personnelle source de ces revenus.

Il paraît d'ailleurs intéressant de souligner la rédaction générique choisie par le Conseil d'Etat qui vise non pas directement la convention précitée, mais les « stipulations d'une convention fiscale bilatérale, telles que celles précitées de la convention fiscale franco-belge ». Cette rédaction laisse ainsi entendre que la solution serait très vraisemblablement identique dans le cadre de toute convention fiscale aux dispositions similaires sur ce point.

Dans un second temps, la Haute Assemblée déduit de la combinaison des règles nationales françaises et conventionnelles que la plus-value d'acquisition n'est imposable en tant que « salaires » en France que pour autant que l'activité, que rémunère l'attribution d'options de souscription ou d'achat d'actions, a été exercée sur le territoire français.

Dès lors, se pose la question de savoir quelle activité est rémunérée par l'attribution d'options d'achat, et ce,

afin de déterminer les modalités d'imposition du gain d'acquisition au regard de la notion d'activité personnelle source de revenus.

À cet effet, le juge administratif propose de distinguer les situations selon les caractéristiques et conditions afférentes au plan d'options, le principal critère d'analyse retenu par le Conseil d'Etat étant la date à laquelle le salarié est en droit de lever les options :

■ Lorsque le règlement du plan ou la lettre d'attribution des options adressée au bénéficiaire soumet l'exercice des options à une ou plusieurs conditions, l'activité rémunérée par l'attribution de ces options est celle qui a été exercée entre la date d'attribution et la date à compter de laquelle ce bénéficiaire est en droit de lever ces options. Dès lors, chaque Etat partie à la convention est en droit d'imposer la plus-value au prorata du nombre de jours travaillés par le salarié sur son propre territoire pendant la période comprise entre la date d'attribution des options et la date à laquelle le bénéficiaire acquiert le droit de lever les options.

L'on notera qu'en retenant la date à compter de laquelle le bénéficiaire est en droit de lever l'option (par opposition à la date de levée effective de l'option par le salarié), le juge administratif, à l'instar des recommandations du rapporteur public, a veillé à ne pas laisser la faculté au contribuable de modifier à sa guise ou à son seul bénéfice les règles de répartition de l'imposition entre les deux États.

■ Lorsque le règlement du plan ou la lettre d'attribution ne prévoient aucun délai pendant lequel le bénéficiaire ne pourra exercer les options, le bénéficiaire est en droit de procéder immédiatement à la levée d'option de sorte que le gain d'acquisition est immédiatement imposable par l'Etat sur le territoire duquel le contribuable exerçait son activité professionnelle à la date d'attribution des options.

Cassant l'arrêt objet du pourvoi pour erreur de droit, le Conseil d'Etat renvoie l'affaire à la cour administrative d'appel de Versailles afin que celle-ci procède à l'examen des circonstances de fait au vu des règles énoncées.

PORTÉE DE L'ARRÊT

Force est de constater, que le Conseil d'Etat rejoint, à la lecture des conclusions du rapporteur public, les commentaires de la convention modèle OCDE relatifs aux *stock-options* (commentaires issus d'un rapport du 16 juin 2004 intitulé « Plan d'options d'achat d'actions pour les salariés : problèmes transfrontaliers concernant l'impôt sur le revenu »). En ce sens, cet arrêt novateur constitue une réelle avancée en termes de clarification du traitement fiscal des gains d'acquisition dans les situations de mobilité internationale.

Ainsi, deux éléments particulièrement intéressants doivent être mis en exergue dans la solution dégagée par le Conseil d'Etat :

– la qualification du gain d'acquisition en tant que « salaires » ;

– la détermination de l'activité que rémunèrent les options d'achat ou de souscription d'actions.

Dans le rapport précité, datant du 16 juin 2004, le Comité des affaires fiscales de l'OCDE a estimé que le gain tiré de la levée d'options constituait un élément de rémunération se rattachant à l'activité professionnelle de l'intéressé. Ces conclusions sont reprises par les commentaires du modèle OCDE qui qualifient désormais le gain d'acquisition de revenu d'emploi, ainsi, aux termes du § 2.1 des commentaires de l'article 15, « les pays membres ont généralement compris l'expression "salaires, traitements et autres rémunérations similaires" comme incluant les avantages en natures reçus au titre d'un emploi (par exemple des options d'achat d'actions) ».

La qualification du gain d'acquisition en tant que « salaires », qui semble aller de soi, tant pour le Conseil d'Etat que pour le rapporteur public, a, par ailleurs, été reprise par l'administration dans un projet d'instruction alignant la doctrine française sur les commentaires de l'OCDE. Cette qualification a, en un temps, été contestée par l'Afep et le Medef qui ont tous deux considéré que ni les règles françaises d'interprétation des conventions internationales ni les dispositions d'ordre interne ne permettaient à l'administration de qualifier la plus-value d'acquisition de « revenu d'emploi » relevant de l'article 15 de la convention modèle.

En effet, est-il réellement toujours possible de qualifier le gain résultant de la levée des options de « salaires » au regard du droit conventionnel en l'absence de stipulations spécifiques et de définition conventionnelle ?

Tout d'abord, le principe d'interprétation stricte des conventions fiscales n'autorise pas à se référer aux commentaires formulés par le comité fiscal de l'OCDE pour interpréter les dispositions d'une convention fiscale internationale dès lors que ces commentaires sont postérieurs à l'adoption des dispositions en cause. Le risque étant de dénaturer, *a posteriori*, les stipulations d'une convention ratifiée par l'élaboration de commentaires ultérieurs sur le modèle de convention dont se sont inspirées les stipulations.

Par ailleurs, l'on remarquera que (contrairement à certaines rédactions de l'article 10 sur les dividendes) l'article 15 de la convention modèle OCDE ne fait pas référence à la qualification fiscale donnée par l'Etat de la source. En conséquence, compte tenu de l'impossibilité de se référer à une définition fiscale et l'article 15 de la convention modèle ne mentionnant pas la définition fiscale du salaire, ne faudrait-il pas en revenir à une définition plus juridique du salaire ? Or, il est douteux que le gain d'acquisition rentre dans la définition de salaire donnée par le droit du travail. Ce raisonnement doit toutefois être tempéré par l'existence de l'article 3 de la convention modèle OCDE, aux termes duquel : « Pour l'application de la Convention à un moment donné par un Etat contractant, tout terme ou expression qui n'y est pas défini a, sauf si le contexte exige une interprétation différente, le sens que lui attribue, à ce moment, le droit de cet Etat concernant les impôts auxquels s'applique la Convention, le sens attribué à ce terme ou expression par le droit fiscal de cet Etat prévalant sur le sens que lui attribuent les autres branches du droit de cet Etat ». De fait, cet article autorise l'Etat contractant

qui applique le traité à se référer à sa propre définition fiscale du revenu lorsque le terme n'est pas précisément défini dans la convention.

Dans l'arrêt du 17 mars 2010, la Haute Assemblée n'a toutefois pas eu besoin de traiter de ces questions car, d'une part, le contribuable ne contestait pas la qualification du gain d'acquisition en tant que « salaires », d'autre part, la convention franco-belge contient, en son article 22, des dispositions similaires à celles prévues à l'article 3 de la convention modèle. Plus précisément, le Conseil d'Etat a mené un raisonnement en deux temps pour conclure que le gain tiré de la levée d'options constituait, en réalité un salaire tant au regard du droit interne qu'au regard de la convention franco-belge.

■ Dans un premier temps, le juge administratif fait application du principe de subsidiarité, récemment réaffirmé par l'arrêt Société Overseas TRSF du 31 juillet 2009 et aux termes duquel dans le cadre de contestations relatives à l'application des conventions, le juge de l'impôt doit, avant toute chose, examiner la qualification du revenu ainsi que le bien-fondé de l'imposition au regard du droit interne. En rapprochant, si nécessaire, cette qualification des dispositions conventionnelles, le juge doit ensuite déterminer si la qualification en cause s'oppose à l'application du droit national.

Or, au regard du droit interne français, il résulte de la combinaison des articles 80 bis et 163 bis C du CGI que la plus-value d'acquisition constitue pour le bénéficiaire des options un complément de salaire imposable au titre de l'année au cours de laquelle les actions ont été cédées dès lors que la cession est intervenue avant la fin du délai d'indisponibilité.

■ Dans un second temps, le juge administratif s'attache aux dispositions de la convention fiscale franco-belge (qui, on le rappelle, ne comporte aucune disposition spécifique s'agissant de l'imposition de l'avantage tiré de la levée d'option) afin d'établir la nature du gain eu égard à ces dispositions.

Suivant les conclusions du rapporteur public, et se référant à l'article 22 de la convention aux termes duquel « tout terme non spécialement défini dans la présente convention aura, à moins que le contexte n'exige une autre interprétation, la signification que lui attribue la législation régissant, dans chaque Etat contractant, les impôts faisant l'objet de la convention », le Conseil d'Etat a pu considérer qu'en l'absence d'une définition conventionnelle spécifique, les avantages résultant de la levée d'options d'achat d'actions entraient bien dans le champ de l'article 11 de la convention franco-belge relatif aux traitements, salaires et autres rémunérations analogues.

Au total, faisant une application assez classique du principe de subsidiarité, le Conseil d'Etat établit que la plus-value d'acquisition constitue un « salaire » au regard du droit interne et entre dans le champ des « traitements, salaires et autres rémunérations analogues » au regard du droit conventionnel, sans pour autant se référer aux commentaires OCDE, qui, s'ils qualifient expressément le gain de revenu d'emploi, sont néanmoins postérieurs à l'adoption de la convention applicable en l'espèce. Autre-

ment dit, contrairement à ce que l'on aurait pu imaginer, le Conseil d'Etat ne revient pas, en l'espèce, sur la jurisprudence issue de l'arrêt *Andritz* selon laquelle il n'est pas possible d'interpréter une convention à la lumière de commentaires postérieurs à l'adoption de cette même convention.

Après avoir déterminé les stipulations conventionnelles applicables aux faits de l'espèce, le Conseil d'Etat a, ensuite, cherché à caractériser l'activité source du gain d'acquisition. Le juge administratif semble s'être, ici, largement inspiré des commentaires de l'OCDE.

De fait, le Conseil d'Etat s'attache aux conditions d'exercice des options et rejoint par là même les commentaires de l'OCDE qui préconisent, afin de déterminer si, et dans quelle mesure, une option d'achat destinée à un salarié provient de l'emploi exercé dans un Etat, de « prendre en compte l'ensemble des faits et circonstances pertinents, notamment les conditions contractuelles qui se rapportent à cette option ».

Selon le juge administratif, si le plan d'attribution des options impose un délai pour exercer l'option, l'activité à considérer est celle réalisée entre l'attribution des options et la fin du délai, une condition de présence dans l'entreprise étant, par ailleurs, sans incidence sur la règle sus-énoncée. En revanche, en l'absence de délai, l'avantage est alors entièrement imposable par l'Etat sur le territoire duquel le contribuable exerçait son activité professionnelle à la date d'attribution des options. Le rapporteur public, qui n'a pas été suivi par le Conseil d'Etat sur la question de l'influence de la condition de présence, interprète de manière légèrement différente les commentaires OCDE, même s'il distingue lui aussi deux cas, selon que l'attribution d'options d'achat d'actions rémunère des services passés du salarié ou des services futurs :

■ Dans la première hypothèse, l'attribution d'options d'achat d'actions constitue une sorte de prime, octroyée par l'employeur de façon à récompenser l'activité passée du salarié ou du dirigeant. Il en est ainsi lorsqu'une condition de présence du salarié dans l'entreprise à la date de levée des options n'est pas exigée ou bien lorsqu'aucun délai, pendant lequel il ne serait pas possible de lever les options, n'est prévu lors de l'attribution. Le gain d'acquisition rémunère alors l'activité réalisée au moment de l'attribution des options.

■ Dans la seconde hypothèse, l'attribution d'options d'achat d'actions permet de fidéliser et de motiver les salariés et dirigeants de l'entreprise. Dans ce cas, elle est subordonnée à une condition de délai ou de performance qui équivaldrait à une clause suspensive du bénéfice de l'option. L'activité source du gain est alors l'activité réalisée par le salarié entre la date d'attribution des options et la date à compter de laquelle il est en droit de lever lesdites options.

Il existe donc une divergence entre la solution retenue par le Conseil d'Etat et les commentaires de l'OCDE dans le cas spécifique d'une attribution d'options assortie d'un délai pendant lequel le salarié n'est pas en droit de lever les options sans que la présence de ce dernier dans l'entreprise ne soit exigée. Ainsi, selon les commentaires

de l'article 15 de la convention modèle « une option qui est attribuée à un salarié à la condition qu'il reste au service du même employeur (ou d'une entreprise associée) pendant [une certaine période] peut être considérée comme se rapportant aux services accomplis durant [cette même période. Néanmoins,] une option qui est attribuée, sans aucune condition d'emploi ultérieur, à un salarié à une certaine date, mais qui, en vertu des conditions dont elle est assortie, ne peut être exercée qu'après un [certain] délai [...], ne doit pas être considérée comme se rapportant à l'emploi exercé durant ces années, puisque l'avantage lié à cette option serait obtenu par son bénéficiaire même s'il quittait son emploi immédiatement après l'attribution de l'option et attendait [la fin du délai] avant de l'exercer. »

Or, à la lecture de l'arrêt du Conseil d'Etat, l'activité à prendre en compte serait celle réalisée pendant le délai correspondant à la période comprise entre la date d'attribution et la date à compter de laquelle le salarié est en droit de lever les options, alors que les commentaires de l'OCDE énoncent clairement que l'activité rémunérée par les options d'achat ne correspond pas, dans l'hypothèse où le plan d'attribution ne prévoit aucune condition de présence dans l'entreprise mais impose un délai pour pouvoir exercer les options, aux services fournis pendant ce délai, le salarié n'ayant aucunement l'obligation de rester au sein de l'entreprise. Ce cas devrait pourtant rester assez rare en pratique, dès lors que l'on voit mal une entreprise renoncer à imposer une condition de présence au salarié tout en lui fixant un délai pour pouvoir exercer les options.

DES INTERROGATIONS DEMEURENT

L'arrêt du Conseil d'Etat apporte d'importantes précisions sur les modalités d'imposition du gain tiré de la levée des options de souscription ou d'achat d'actions dans les situations de mobilité internationale.

Néanmoins, certaines questions nécessitent d'être clarifiées. La solution eût-elle été identique si le salarié avait respecté le délai d'indisponibilité? Dans une telle hypothèse, la plus-value d'acquisition n'est plus imposée comme un salaire, sauf option du salarié, mais selon un régime de faveur prévu au I de l'article 163 bis C du CGI. Ce régime de faveur fait-il alors obstacle à la qualification du gain en tant que revenu d'activité? De même, doit-on appliquer les principes dégagés par le Conseil d'Etat quelle que soit la date d'attribution des options? En effet, pour les options attribuées à compter du 20 juin 2007, le gain d'acquisition est imposable, lorsque le délai d'indisponibilité est respecté, selon un régime particulier codifié à l'article 200 A, 6 du CGI, alors que pour les options attribuées avant cette date, l'imposition de la plus-value d'acquisition relève du régime des plus-values sur cessations de valeurs mobilières, prévu aux articles 150-0 A et suivants du CGI.

Gageons que le Conseil d'Etat sera certainement amené dans les années qui viennent à se prononcer sur ces différentes questions afin de mettre un terme aux incertitudes qui règnent encore en la matière. ■