



MARCHÉ & ANALYSE - EXPERTISE

# Les BSPCE, des instruments de participation au capital (pas) comme les autres

Créés en 1997 dans le but de promouvoir l'attractivité de la France et attirer les talents, les bons de souscription de parts de créateurs d'entreprise (BSPCE) permettent aux jeunes entreprises (moins de 15 ans) d'offrir à leurs salariés et dirigeants la possibilité de souscrire des actions à un prix fixé lors de leur attribution. Alors qu'elles ne peuvent souvent pas lutter sur le terrain de la rémunération lors de leurs premières années d'existence, ces entreprises disposent, par ce biais, d'un instrument efficace pour recruter des compétences en proposant une participation au capital et un accès à une part de la croissance future de l'entreprise.

Les BSPCE bénéficient également d'un régime fiscal favorable. L'entreprise qui les émet ne supporte aucune charge fiscale ou sociale et leur bénéficiaire est imposé selon le régime des plus-values mobilières (i.e., à un taux forfaitaire) au moment de la cession des actions qui en sont issues et non selon le régime des salaires. Il arrive toutefois que ce bénéficiaire soit amené à se dessaisir de ses actions dans d'autres circonstances qu'une cession, par exemple lorsqu'un investisseur financier entre au capital de la société et souhaite conserver à ses côtés les salariés et dirigeants, qui regroupent alors leur part dans le capital au sein d'une entité commune. Les titres issus de BSPCE sont dans ce cas apportés à cette entité commune, ce qui génère un éventuel gain lorsque la valeur des titres reçus à l'échange est supérieure au prix d'exercice des bons.

En principe, le régime fiscal des gains sur valeurs mobilières est prévu aux articles 150-0 A à 150-0 F du code général des impôts (CGI). Ces articles instaurent notamment des mécanismes de neutralité fiscale pour les gains issus d'opérations qui ne dégagent pas les liquidités permettant à leur bénéficiaire d'acquitter l'impôt. Toutefois, l'administration fiscale a récemment pris position pour indiquer que, selon elle, ces mécanismes de neutralité ne concernaient pas les opérations impliquant des actions issues de BSPCE, qui relèvent pour leur part d'un régime spécifique.

Cette position entame ainsi l'attractivité des BSPCE et entre en contradiction, non seulement avec l'intention de leurs créateurs, mais également avec celle du législateur actuel, qui promet un meilleur partage de la valeur au sein de l'entreprise.

## Une position défavorable de l'administration

Par un avis rendu public le 25 mai 2023 et faisant suite à une demande de rescrit<sup>1</sup>, l'administration fiscale a indiqué qu'en



Christopher Lalloz, associé, Mayer Brown



Jérôme Commerçon, associé, Scott Partners

disposant que les gains issus de la cession de titres acquis en exercice de BSPCE devaient être imposés « dans les conditions prévues à l'article 150-0 A [...] », l'article 163 bis G du CGI excluait ipso facto toute neutralité fiscale du gain réalisé lors de l'apport de ces mêmes titres. La référence au seul article 150-0 A du CGI aurait donc « pour objet de définir les modalités d'assiette applicables au gain résultant de la cession de titres souscrits en exercice de BSPCE » sans créer de « renvoi implicite à l'ensemble du régime des plus-values mobilières »<sup>2</sup>.

Cette spécificité du régime fiscal des gains issus de BSPCE trouverait sa cause dans le fait que ces instruments seraient « attribués à des salariés ou des dirigeants d'une société en considération de leurs fonctions salariées ou de leur qualité de mandataire social » et que « dans cette situation, le gain de cession de titres souscrits en exercice de BSPCE résulte[r]ait directement de l'activité que les intéressés ont personnellement déployée dans la société et qui a contribué à la valorisation des titres »<sup>3</sup>.

Cette position est discutable tant sur la forme que sur le fond, pour l'ensemble des raisons exposées ci-après. Nos deux cabinets ont introduit un recours devant le juge de l'excès de pouvoir afin qu'il se prononce sur sa conformité avec le droit applicable.

## Une position discutable sur la forme

Comme l'ont fait remarquer un certain nombre de commentateurs<sup>4</sup>, l'avis du 25 mai 2023 repose sur le postulat erroné que l'article 150-0 A du CGI définirait les « modalités d'assiette » applicables aux gains de cession de titres issus de BSPCE. Or,

cet article ne définit pas à lui seul l'assiette des gains réalisés sur des valeurs mobilières, qui relève également des articles 150-0 D et 150-0 D ter du CGI. Ces derniers prévoient en effet divers abattements du bénéfice desquels le législateur a d'ailleurs expressément exclu les gains visés à l'article 163 bis G du CGI. Autrement dit, si les «modalités d'assiette» de l'imposition des gains issus de BSPCE étaient déterminées, comme le prétend le fisc, par le seul article 150-0 A du CGI, le législateur n'aurait pas eu à faire cette précision.

Au surplus, il est utile de remarquer que la rédaction de l'article 163 bis G du CGI est quasi similaire à celle de l'ancien article 163 bis C du même code portant sur les gains d'acquisition de stock-options. Cet article disposait que ces gains étaient «imposés[s] [...] dans les conditions prévues à l'article 150-0 A» du CGI, sans autre précision. En dépit d'une rédaction analogue, l'administration commentait cet article en indiquant que «par suite, le sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du CGI, notamment en cas d'apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés, s'applique [...]»<sup>5</sup>. Ces doctrines administratives divergentes à propos de dispositions rédigées de manière similaire surprennent d'autant plus que l'on voit mal en quoi les actions issues de BSPCE devraient recevoir un traitement spécifique alors qu'elles sont de simples «titres représentant une quote-part du capital de la société émettrice»<sup>6</sup>, au même titre que n'importe quelle action ordinairement émise par une société de capitaux.

### Une position discutable sur le fond

Le refus d'ouvrir le sursis d'imposition en cas d'apport de titres issus de BSPCE semblerait, selon le fisc, être justifié par le fait que le gain y afférent «résulte directement de l'activité que les intéressés ont personnellement déployée dans la société et qui a contribué à la valorisation des titres». Cette affirmation est également inexacte.

L'administration omet de distinguer la partie du gain qui relève de l'exercice du bon (i.e., la différence entre la valeur de l'action au jour de l'exercice des bons et le prix d'exercice) et celle qui relève de la cession des actions (i.e., la différence entre le prix de cession et la valeur de l'action au jour de l'exercice). Une fois son bon exercé, l'attributaire devient en effet un simple actionnaire et la valeur de ses actions est décorrélée de son activité dans l'entreprise – qu'il peut d'ailleurs avoir quittée depuis –, ce d'autant plus que depuis la loi «Pacte»<sup>7</sup>, les BSPCE peuvent être attribuées aux membres du conseil d'administration et du conseil de surveillance, qui ne sont pas des salariés.

La prétendue patine «salariale» du gain issu de BSPCE ne ressort pas plus des travaux parlementaires de 1997 pour lesquels «le gain net réalisé lors de la cession des titres souscrits en exercice des [BSPCE] est imposé dans les conditions et au taux prévus aux articles 92 B [...], c'est-à-dire selon le régime des plus-values de cession de valeurs mobilières»<sup>8</sup> sans arguer d'une quelconque spécificité des BSPCE qui justifierait l'application d'une partie seulement dudit régime. On

notera d'ailleurs utilement que l'article 92 B du CGI précité prévoyait un mécanisme de neutralité fiscale, notamment lors d'opérations d'échanges<sup>9</sup>.

La position de l'administration est également contraire au droit européen. L'article 150-0 B du CGI assure en effet la transposition, en droit interne, de la directive dite «fusions»<sup>10</sup>, qui pose un principe de neutralité fiscale pour les opérations d'échange d'actions portant sur des titres représentatifs du capital social des sociétés concernées<sup>11</sup>. Cette directive précise d'ailleurs que l'attribution de titres à un associé lors d'une opération d'échange ne doit, par elle-même, entraîner aucune imposition du gain issu de cette opération en matière d'impôt sur les plus-values comme d'impôt sur le revenu. Or, rien ne devrait rationnellement justifier que les échanges de titres issus de BSPCE échappent au champ d'application de cette directive. En refusant la neutralité fiscale à ces opérations, l'administration prend donc une position qui entre en contradiction frontale avec le droit européen.

### Conclusion

A contresens de l'histoire qui prend le chemin d'un meilleur partage de la valeur au sein des entreprises, la position prise par l'administration en matière de BSPCE porte un coup à l'attractivité de ces instruments pourtant très utiles pour nos jeunes entreprises. Gageons que l'ensemble des raisons évoquées ci-avant convaincront le juge de lui porter un coup à son tour. ■

1. BOI-RES-RSA-000127, 25 mai 2023.

2. *Ibidem*.

3. *Ibidem*.

4. P. Gosset et A. Roux, *Apports d'actions issues de BSPCE : le régime du sursis d'imposition est-il applicable?* Option Finance no 1711, 10 juillet 2023; E. Chapellier et J.-F. Mandelbaum, *Régime fiscal des BSPCE : le renvoi au régime des plus-values mobilières n'est-il vraiment que partiel?* FR32/23, éd. Francis Lefebvre, 2023.

5. BOI-RSA-ES-20-10-20-20, no 170, 13 juin 2016.

6. BOI-RSA-ES-20-40-20, no 10.

7. Loi no 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

8. Rapport AN no 305 déposé au nom de la Commission des finances le 9 octobre 1997 par D. Migaud, cité par E. Chapellier et J.-F. Mandelbaum, *Régime fiscal des BSPCE : le renvoi au régime des plus-values mobilières n'est-il vraiment que partiel?* FR32/23, éd. Francis Lefebvre, 2023.

9. E. Chapellier et J.-F. Mandelbaum, *Régime fiscal des BSPCE : le renvoi au régime des plus-values mobilières n'est-il vraiment que partiel?* FR32/23, éd. Francis Lefebvre, 2023.

10. Directive du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés membres d'Etats différents (désormais remplacée par la directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009).

11. CJUE, 8e ch., 18 sept. 2019, aff. C-662/18, AQ et C-672/18, DN, pts 38-39.