

■ Les diverses techniques de l'actionnariat salarié, collectif ou sélectif, ont démontré leur bienfait dans l'entreprise. Ils sont pourtant aujourd'hui lourdement pénalisés par la remise en cause législative de leurs avantages fiscaux et sociaux.

L'actionnariat salarié a-t-il encore un avenir ?



PHILIPPE BESNARD/FIDAL

LES AUTEURS

Philippe D'hoir

avocat associé,
département droit
des sociétés et droit
boursier, cabinet Fidal

Gérard Kesztenbaum

avocat spécialisé en
droit social, cabinet Fidal



Notre système législatif offre aux entreprises la possibilité de développer l'actionnariat salarié sous de multiples formes, collectives ou sélectives. Les premières, instituées dans le cadre de l'épargne salariale, se caractérisaient jusqu'à présent par des règles relativement contraignantes, mais aussi par des avantages fiscaux et sociaux significatifs, qui viennent d'être révisés à la baisse. Les seconds, édictés par le code de commerce, présentent une plus grande souplesse d'utilisation, mais, au fil du temps, leur régime fiscal et social ne cesse d'être érodé. En outre, leur sélectivité au regard du droit des sociétés est susceptible d'être remise en cause par application du principe d'égalité de traitement issu de la jurisprudence rendue par la chambre sociale de la Cour de cassation.

Dès lors, on peut se demander si ces évolutions négatives ne sont pas de nature à remettre en cause l'actionnariat salarié, et cela alors même que toutes les études réalisées et publiées sur le sujet, en France comme à l'étranger, mettent en évidence ses effets positifs sur la motivation, la productivité et la fidélité des salariés.

Après un rappel synthétique des principales règles qui gouvernent ces deux grandes catégories de techniques d'organisation de l'actionnariat salarié, nous aborderons les obstacles majeurs qui se dressent devant

l'entreprise qui souhaite associer ses salariés à son développement.

L'actionnariat salarié à caractère collectif

Le PEE⁽¹⁾ est un système d'épargne collectif ouvrant aux salariés la faculté de participer, avec l'aide de leur entreprise, à la constitution d'un portefeuille de valeurs mobilières, soit diversifiées au moyen d'un OPCVM⁽²⁾, soit directement s'il s'agit de titres, actions ou obligations, émis par l'entreprise qui les emploie.

Le caractère collectif du PEE est affirmé, comme pour l'intéressement et la participation, par le premier alinéa de l'article L.3342-1 du code du travail: «*Tous les salariés d'une entreprise compris dans le champ des accords d'intéressement et de participation ou des plans d'épargne salariale bénéficient de leurs dispositions.*»

Les entreprises ne peuvent déroger à cette règle que pour exclure les seuls salariés qui comptent moins de trois mois d'ancienneté dans l'entreprise ou le groupe. Hormis cette dérogation, toute exclusion est réputée contraire au caractère collectif de l'institution, donc susceptible de se traduire par la perte des avantages fiscaux et sociaux attachés aux sommes versées dans le PEE par l'entreprise comme par les salariés.

Ce caractère collectif très marqué se retrouve aussi dans les dispositions

énoncées par l'article L.3332-12 du code du travail sur l'abondement, qui ne peut résulter que de règles à caractère général et sans rapport avec le niveau de salaire, même si l'objectif principal de ce texte est d'assurer l'égalité de traitement entre les bénéficiaires. En d'autres termes, l'actionnariat salarié institué dans le cadre du PEE ne tolère ni exclusion ni inégalité de traitement. Cette règle constitue un principe fondamental qui le distingue absolument des autres formes d'actionnariat salarié, stock-options et attributions d'actions gratuites.

D'autres règles importantes applicables au PEE relatives à sa mise en place ou à son fonctionnement doivent être respectées: conclusion d'un accord collectif ou mise en place unilatérale par l'employeur, offre de multiples possibilités de placement au travers de FCPE diversifiés (l'actionnariat salarié ne saurait constituer la seule possibilité d'investissement offerte aux salariés) et dépôt obligatoire auprès de la direction régionale des Entreprises, de la Concurrence, de la Consommation, du Travail et de l'Emploi (Directe) du siège de l'entreprise. En outre, les salariés doivent bloquer leurs avoirs pendant au moins cinq ans, sauf survenance d'un événement prédéfini par les textes qui les autorise à procéder à un déblocage anticipé.

Si ces règles sont respectées, les salariés comme les entreprises béné-

ficient de conditions particulièrement favorables pour la réalisation de ces opérations :

- l'intéressement et la participation placés par le salarié sur le PEE en vue de souscrire à une augmentation de capital réservée ou d'acquiescer des actions auprès des actionnaires ou sur le marché sont exonérés de cotisations sociales, patronales et salariales et d'impôt sur le revenu ;

- l'aide de l'entreprise, ou abondement, qui peut atteindre trois fois le versement du salarié dans la limite de 14,4% du plafond annuel de la Sécurité sociale (PASS, soit 5 237,60 € en 2012), est exonérée de cotisations sociales patronales et salariales. Elle est aussi déductible du résultat imposable de la société, mais cet abondement ne doit pas se substituer à un élément de rémunération préexistant ;

- une décote (sociétés cotées) ou un rabais (sociétés non cotées) sur la valeur des titres souscrits ou acquis, déterminée selon les règles fixées par le code du travail et égale à 20%, ou 30% de cette valeur si les actions sont détenues dans le PEE pendant cinq ou dix ans. Cette décote ou ce rabais sont exonérés de l'impôt sur le revenu et des cotisations sociales salariales et patronales. La décote peut être consentie sous la forme d'actions gratuites ;

- les revenus des titres sont également exonérés de l'impôt sur le revenu à condition que le salarié n'en demande pas la délivrance au cours de la période de blocage de cinq ou dix ans, c'est-à-dire qu'il les réemploie dans le cadre de l'un des FCPE qui compose le PEE ;

- le régime d'imposition des plus-values de cession des valeurs mobilières et de droits sociaux ne s'applique pas aux titres cédés dans le cadre de leur gestion par les FCP d'épargne salariale ou directement par les salariés (les salariés peuvent en effet détenir ces titres soit par l'intermédiaire d'un FCPE dédié, soit directement) à condition que les titres revêtent la forme nominative et comportent la mention d'origine.

Les avantages fiscaux et sociaux des formes collectives d'actionariat salarié viennent d'être révisés à la baisse, et la sélectivité des formes individuelles est susceptible d'être remise en cause par le principe d'égalité de traitement.

L'abondement de l'entreprise et les plus-values de cession sont seulement soumis à la CSG-CRDS sans abattement pour frais et l'entreprise doit acquiescer le forfait social sur l'abondement. Néanmoins, si l'actionariat salarié collectif conserve de nombreux attraits, on peut légitimement se demander si l'augmentation continue du taux de ce forfait social créé par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009 et accélérée par la deuxième loi de Finances rectificative pour 2012 ne va pas freiner, à l'avenir, le développement de l'actionariat salarié institué au moyen d'un PEE.

L'actionariat réservé à certains salariés

Les mécanismes spécifiques sont bien connus. Ils sont censés être fondés sur une démarche par objectif : attirer vers l'entreprise, motiver, fidéliser, voire protéger les bénéficiaires à l'occasion d'un changement de contrôle. Toutefois, l'actionariat des salariés, et principalement celui des managers, a évolué, pour être considéré le plus souvent comme un mode de rémunération. Jusqu'aux évolutions de 2012, les outils d'actionariat salarié permettaient une optimisation essentiellement sociale des rémunérations, les régimes fiscaux étant complexes et peu attractifs.

En toute hypothèse, l'actionariat salarié impose des contraintes. Le bénéficiaire doit pouvoir céder les titres et, dans les sociétés non cotées, un mécanisme de liquidité doit être

créé : engagement de rachat par un actionnaire de référence, programme de rachat d'actions, ou encore utilisation d'actions de préférence rachetables, par exemple. En outre, les actionnaires de référence doivent être disposés à ouvrir le capital, reconnaître le droit d'information, le droit de vote et le droit aux dividendes des « actionnaires salariés », sauf à vider la démarche d'une grande partie de sa substance.

Les outils spécifiques

Trois régimes juridiques d'actionariat salarié sélectif coexistent. La pratique en a développé un quatrième principalement dédié aux managers. **Les options de souscription ou d'achat (stock-options)** constituent la technique la plus ancienne et peut-être la plus décriée en raison des abus commis. Il s'agit d'options données à une personne lui permettant de souscrire ou d'acheter à terme une action de la société pour un prix déterminé au moment de l'attribution, qui ne peut pas être modifié. L'option est incessible. Le gain escompté est égal à l'augmentation de valeur de l'action entre la date d'attribution de l'option et celle de cession de l'action.

Les stock-options peuvent être attribuées par les sociétés anonymes (SA), les sociétés en commandite par actions (SCA), cotées ou non, et les sociétés par actions simplifiées (SAS). Elles peuvent être attribuées aux salariés de la société émettrice et de celles qu'elle détient à au moins 10%. Ils peuvent également bénéficier aux

À RETENIR

- La forme collective de l'actionariat salarié est strictement encadrée [réglementation de l'épargne salariale].
- La forme sélective de l'actionariat salarié est souple [code de commerce].

... mandataires de la société qui leur est attribuée. Sauf exception, ceux des « sociétés liées » en sont exclus. Les salariés et mandataires détenant plus de 10 % du capital ne peuvent pas bénéficier du dispositif des options de souscription. La loi impose aux mandataires de conserver, jusqu'au terme de leur mandat, une quotité d'actions issue de l'exercice des stock-options.

Le régime peut être mis en œuvre sous condition de présence de l'intéressé et/ou de performance de sa part et/ou de celle de l'émetteur et/ou de celle l'un des sous-ensembles de ce dernier.

Les bons de souscription de parts de créateurs d'entreprise (BSPCE) sont également des options incessibles, mais elles ne donnent droit qu'à la souscription d'actions (pas d'option d'achat). Leur prix ne peut pas être inférieur à celui qui a été retenu lors de la dernière augmentation de capital si elle date de moins de six mois. Ce mécanisme peut être mis en œuvre par le même type de sociétés et sous les mêmes conditions que les stock-options, mais l'émettrice doit avoir moins de quinze ans, être soumise à l'impôt sur les sociétés et ne pas avoir été créée à l'occasion d'une opération de restructuration. Par ailleurs, 25 % de son capital doit être détenu de manière continue par des personnes physiques, ou par des personnes morales elles-mêmes détenues à au moins 75 % par des personnes physiques.

Ces limites restreignent très fortement le champ d'application du dispositif. Des conditions particulières et restrictives sont requises pour les sociétés cotées. Les BSPCE ne peuvent être attribués qu'aux salariés et aux mandataires de l'émetteur, quelle que soit leur participation au capital (pas de limite de 10 %). Ils ne peuvent pas bénéficier aux salariés ou aux mandataires des sociétés liées. Aucun délai de conservation n'est requis en matière de BSPCE.

Les attributions gratuites d'actions constituent un mécanisme plus récent, et d'une nature différente. Le principe est la gratuité, ce qui induit que le gain est égal à la valeur de l'action au jour de sa cession.

Le mécanisme peut être mis en œuvre par les SA et les SCA cotées ou non, et les SCA. Le nombre total d'actions attribuées gratuitement ne peut pas excéder 10 % du capital social à la date d'attribution.

Les actions gratuites peuvent être attribuées aux salariés de la société émettrice, des entités détenues à au moins 10 % par l'émetteur et/ou des sociétés qui détiennent au moins 10 % du capital de l'émetteur. Le dispositif peut également bénéficier aux mandataires de la société qui les attribue. Sauf exception, ceux des « sociétés liées » en sont exclus. Les salariés et mandataires détenant plus de 10 % du capital ne peuvent pas bénéficier d'actions gratuites.

Le régime des attributions gratuites impose un délai d'acquisition d'une durée minimale de deux ans. Elles doivent être conservées au minimum deux ans à compter du terme du délai d'acquisition. Les mandataires doivent conserver, jusqu'au terme de leur mandat, une quotité d'actions attribuées gratuitement.

Le régime peut être mis en œuvre sous condition de présence de l'intéressé et/ou de performance de sa part et/ou de celle de l'émetteur et/ou de celle l'un des sous-ensembles de ce dernier.

Les trois régimes spécifiques se différencient sur le fondement de trois éléments économiques pour les bénéficiaires. Seules les actions gratuites assurent un gain certain pour les bénéficiaires, qui ne prennent aucun risque. Les stock-options et les BSPCE n'assurent qu'un gain aléatoire, car ils supposent une augmentation de la valeur de l'action. *A priori*, les stock-options et les BSPCE ne représentent un coût pour le bénéficiaire qu'en cas de levée d'option. Celle-là n'interviendra que si la

valeur de l'action est supérieure au prix d'exercice. Dans ce cas, le bénéficiaire doit assurer le financement des actions auxquelles donnent droit les options. Le plus souvent, cette difficulté est réglée par la revente immédiate de l'action. Le coût lié à la contribution sociale à la charge du bénéficiaire n'est dû qu'à l'occasion de la revente.

Les détenteurs d'actions sous-jacentes à des stock-options ou à des BSPCE prennent le risque d'une perte de valeur lorsqu'ils sont tenus d'en conserver tout ou partie (prix de revente inférieur au prix de souscription). Pour la société attributrice, en dehors du décaissement de trésorerie lié à l'achat d'actions en cas d'options d'achat ou d'attribution gratuite d'actions existantes, le seul coût est la contribution sociale, et même pas en matière de BSPCE.

Quant aux actionnaires de la société, ils sont dilués en cas d'attribution de stock-options, de BSPCE, d'attribution d'actions gratuites nouvelles. En cas d'attribution d'options d'achat ou d'actions gratuites existantes, l'actionnaire cédant les actions est seul dilué.

Les bons de souscription d'actions

Face aux contraintes juridiques liées aux régimes précités, la pratique a innové depuis plusieurs années en réservant, le plus souvent aux managers, des valeurs mobilières de droit commun, les bons de souscription d'actions (BSA).

Les SA, les SCA et les SAS peuvent attribuer des BSA. Ce sont des valeurs mobilières donnant accès au capital qui, comme les stock-options et les BSPCE, donnent droit à des actions pour un prix prédéterminé. Les bons sont librement cessibles.

Parce qu'il ne s'agit pas d'un mécanisme propre à l'actionnariat des salariés, les BSA peuvent être attribués à toute personne, quelle que soit sa qualité (salarié ou mandataire

À NOTER

■ Face aux contraintes juridiques des régimes spéciaux, la pratique propose aux dirigeants des valeurs mobilières de droit commun.

de toute société du groupe sans limite de détention du capital), sous réserve du droit préférentiel de souscription des actionnaires. Les managers et les mandataires sociaux porteurs de BSA n'ont pas d'obligation de conservation ni de délai minimal pour lever l'option.

L'attribution de BSA n'est pas gratuite, contrairement à celle de stock-options et de BSPCE. Les bons doivent être souscrits à leur juste valeur. Par nature, elle implique donc une prise de risque pour les bénéficiaires, ce dont l'Administration fait une condition pour ne pas procéder à une requalification en salaires, en bénéfices non commerciaux (impôt sur les revenus, cotisations sociales salariales et patronales), voire en revenus distribués (uniquement au plan fiscal) des gains dégagés à l'occasion de la cession des actions auxquelles donnent droit les bons.

À noter qu'en matière de sociétés cotées, l'Autorité des marchés financiers (AMF) ne s'oppose pas à l'émission de ces bons au profit des salariés et/ou des mandataires dès lors que l'émission n'emprunte aucun des avantages des mécanismes spécifiques aux salariés (attribution gratuite, contribution financière de l'entreprise, décote).

Les liens entre l'actionnariat collectif et l'actionnariat sélectif

Il s'agit tout d'abord du deuxième alinéa de l'article L. 3332-25 du code du travail qui permet à un salarié de liquider ses avoirs avant l'expiration du délai de cinq ans de détention des parts ou titres si ces avoirs servent à lever des options de souscription ou d'achat telles que décrites ci-dessus, mais à la condition que les actions ainsi souscrites ou achetées soient versées dans le PEE et y demeurent au moins cinq ans.

Un autre lien a été créé avec les actions gratuites attribuées aux salariés dans le cadre juridique fixé par les articles L.225-197-1 à L.225-197-3

Les mesures de la deuxième loi de Finances rectificative pour 2012 contribuent à rapprocher l'épargne salariale du salaire et risquent fort d'inciter les entreprises à réduire les avantages existants, au détriment des salariés eux-mêmes.

du code de commerce, mais sa mise en œuvre est soumise à une condition impérative: l'attribution à l'ensemble du personnel. En outre, la répartition des actions entre les salariés doit faire l'objet d'un accord collectif ou d'une décision unilatérale de l'employeur. Elle doit aussi être conforme aux principes habituels définis par le législateur dans ce domaine pour l'épargne salariale: répartition uniforme, proportionnelle aux salaires ou à la durée de présence. Ces liens ne sont donc pas très aisés d'utilisation, et leur nature montre bien l'importance pour le législateur du caractère collectif, mais aussi, de façon sous-jacente, du principe d'égalité de traitement dégagé par la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, lequel est susceptible d'avoir des conséquences aussi bien sur l'actionnariat à caractère sélectif que sur celui à caractère collectif.

L'égalité de traitement et l'actionnariat salarié

La question de l'égalité de traitement entre les salariés ou les catégories de salariés d'une entreprise a donné lieu, depuis le célèbre arrêt «Ponsolle» (Soc., 29 octobre 1996, n°92-43.680), à une jurisprudence aussi instable qu'abondante.

Les attributions d'options ou d'actions gratuites relevant dans leur principe du pouvoir de décision du conseil d'administration ou du directoire sur autorisation de

l'assemblée des actionnaires, on peut légitimement se demander pour quelle raison la question de l'égalité de traitement devrait s'appliquer à ces opérations. Or, on le sait sans doute moins, le droit du travail appréhende aussi les distributions d'actions. Ainsi, l'article L.1132-1 du code du travail relatif à la définition et au champ d'application du principe de non-discrimination englobe les «distributions d'actions».

De plus, dans une décision «Alitalia» du 17 juin 2003 (Soc., 17 juin 2003, n°01.41-522), la chambre sociale de la Cour de cassation s'est bien reconnue compétente pour apprécier si une attribution de stock-options effectuée au profit d'une partie seulement du personnel de la filiale française de cette société était conforme au principe d'égalité de traitement. En réalité, ces distributions constituant un supplément de rémunération, il n'est pas non plus illégitime que le droit du travail et les juridictions sociales s'y intéressent. Mais cela revient à limiter singulièrement les prérogatives de l'employeur en le contraignant à justifier de la pertinence et de l'objectivité de distributions d'action réservées à une ou plusieurs catégories de salariés et, au sein de ces catégories, à effectuer une répartition inégalitaire. Néanmoins, cette contrainte ne constitue sans doute pas encore un obstacle majeur, équivalent à la taxation accrue de l'actionnariat, de nature à entraver son développement. ●●●

À RETENIR

■ La distribution d'actions est soumise au principe de l'égalité de traitement.

••• Une taxation toujours plus décourageante

Jusqu'à ce jour, et au regard de leur coût fiscal et social, tant pour l'employeur que pour le salarié, l'intérêt de l'actionnariat collectif était à la fois fiscal et social, et s'agissant de l'actionnariat réservé à certains salariés, essentiellement social.

La deuxième loi de Finances rectificative pour 2012 a sérieusement réduit l'intérêt pour une entreprise de recourir à l'épargne salariale facultative et à l'actionnariat salarié collectif pour encourager la motivation de ses salariés. Le taux du forfait social a été multiplié par 2,5, passant de 8 à 20%, et le régime fiscal de faveur de la provision pour investissement applicable à la participation institué dans les entreprises de moins de 50 salariés, au supplément dégagé par la mise en œuvre d'un accord dérogatoire de participation et à l'abondement de l'employeur au Perco, a été supprimé. Ces mesures contribuent malheureusement à rapprocher l'épargne salariale du salaire et risquent fort d'inciter les entreprises à réduire les avantages existants, au détriment des salariés eux-mêmes.

La situation n'est guère plus encourageante du côté des régimes d'actionnariat réservés à certains salariés. Les gains dégagés échappent totalement

aux cotisations sociales salariales et patronales pour les BSPCE. Il en va de même, sous réserve du respect des conditions de durée d'attribution pour les actions attribuées gratuitement et de conservation pour les actions attribuées gratuitement et les stock-options. Les mécanismes en question avaient peu d'intérêt d'un point de vue fiscal, sauf pour les contribuables dont le taux marginal d'imposition était élevé, mais encore fallait-il déjà pondérer cela du coût des contributions sociales salariales et patronales qui affectent les seules stock-options et actions attribuées gratuitement (les BSCPE ne sont pas concernés).

Depuis la seconde loi de Finances rectificative pour 2012, la contribution patronale est maintenant de 30% de la valeur de l'option ou de l'action gratuite, et cela pour les attributions effectuées à compter du 11 juillet 2012. Aux yeux d'un grand nombre, cette contribution est rédhibitoire, d'autant qu'elle est due même si les attributions sont conditionnées.

Quant à la contribution salariale, elle s'élève à 10% de la plus-value d'acquisition pour les stock-options, et de la valeur de l'action au jour de son attribution définitive pour les attributions gratuites. Elle est due au titre de l'année de cession des actions.

Les premières communications du gouvernement relatives au projet de loi de Finances pour 2013 changeraient la donne en matière fiscale pour les gains réalisés à compter du 1^{er} janvier 2012. La réforme proposée vise à taxer au barème progressif de l'impôt sur le revenu les gains de levée d'option et d'attribution d'actions gratuites. En revanche, rien n'est dit, au jour où nous rédigeons cet article, en matière de BSCPE.

Pour ce qui est des gains réalisés lors de la cession d'actions détenues par exercice de BSA, ils suivent aujourd'hui le régime de droit commun des cessions des valeurs mobilières (sous les conditions exposées ci-dessus). Ils ne sont concernés ni par les contributions sociales ni par les charges sociales et bénéficient d'un taux d'imposition proportionnel. Toutefois, là encore, la loi de Finances pour 2013 modifierait la donne. Afin que les revenus du capital soient taxés comme ceux du travail, les plus-values mobilières seront désormais soumises au barème progressif de l'impôt sur le revenu, avec des mesures de tempérament pour les titres détenus de longue date. ■

1. Pour la déclinaison de ces acronymes, se reporter au premier article de ce « Cahier pratique ».

2. Pour celle des supports de placement, se reporter à l'article « Les complémentaires retraite, mise en œuvre et efficacité ».

À NOTER

■ Pour les attributions d'actions effectuées à compter du 11 juillet 2012, la contribution patronale est désormais de 30%.