

# Actions gratuites : les pièges à éviter

Si le principe des actions gratuites est d'une grande simplicité et constitue un outil de motivation et de fidélisation efficace et reconnu par l'administration fiscale, leur attribution présente un certain nombre de subtilités, notamment depuis la naissance des polémiques récentes sur les rémunérations des dirigeants.



Par Laurent Julienne  
avocat associé



et Cédric Vincent,  
avocat, Lerins Avocats

## 1. La complexité de l'attribution gratuite d'actions à des dirigeants

L'attribution gratuite d'actions à des dirigeants est plus complexe que pour les salariés non dirigeants. Lors de l'attribution d'actions gratuites à des dirigeants<sup>1</sup>, l'organe de direction doit (i) soit prévoir une période d'incessibilité des actions gratuites jusqu'à la cessation de ses fonctions, (ii) soit fixer la quantité des actions gratuites que le dirigeant doit conserver au nominatif jusqu'à la cessation de ses fonctions<sup>2</sup>. Cette obligation s'applique à toute société, qu'elle soit cotée ou non. Lorsque les dirigeants bénéficiaires exercent leurs fonctions dans une société cotée sur un marché réglementé, l'attribution d'actions gratuites à leur profit est subordonnée au respect de l'une des conditions suivantes<sup>3</sup> :

- l'attribution au cours du même exercice, d'options ou d'actions gratuites à l'ensemble des salariés de la société émettrice et au moins à 90 % des salariés de ses filiales françaises ;
- la mise en place, au cours du même exercice, d'un accord d'intéressement ou de participation au bénéfice des salariés de la société émettrice et au moins à 90 % des salariés de ses filiales françaises, étant précisé que si un tel accord existe déjà, celui-ci devra être amélioré.

Par ailleurs, les sociétés qui se refinancent auprès de la société de prises de participations de l'Etat, les entreprises de la filière automobile bénéficiant de prêts de l'Etat d'un montant supérieur à 25 millions d'euros et les entreprises bénéficiant d'un prêt des fonds de développement économique et social excédant ce même montant ont désormais interdiction d'attribuer des actions gratuites à leurs dirigeants<sup>4</sup> jusqu'au 31 décembre 2010.

Enfin, il convient de souligner que le Medef et l'Afep ont émis, le 6 octobre 2008, sous la pression du gouvernement, des recommandations non impératives sur les conditions de rémunération des dirigeants<sup>5</sup>. Ces recommandations visent notamment le nombre d'actions gratuites attribuées et les conditions de performance devant être stipulées.

Si ces recommandations visent prioritairement les sociétés cotées sur un marché réglementé, tel qu'Eurolist, elles ont également vocation à s'appliquer aux sociétés cotées sur un marché organisé, tel qu'Alternext, et même aux sociétés non cotées.

## 2. Les plafonds individuel et collectif de 10 % se calculent de manière restrictive

La loi<sup>6</sup> prévoit des plafonds à l'attribution d'actions gratuites :  
- un plafond par bénéficiaire égal à 10 % du capital social, étant rappelé qu'une attribution ne peut pas non plus avoir pour effet que le bénéficiaire détienne individuellement plus de 10 % du capital social (plafond individuel) ;  
- un plafond de l'ensemble des bénéficiaires égal à 10 % du capital social à la date de l'attribution (plafond collectif).

L'enveloppe d'actions gratuites pouvant être attribuées par la société (plafond collectif) est déterminée sur la base du capital social existant au jour de l'attribution des actions gratuites. Il n'est donc pas tenu compte des droits donnant accès au capital (bon de souscription d'actions, options de souscription, actions gratuites non encore acquises, etc.). Il convient toutefois de noter que les actions gratuites non effectivement acquises à l'issue de la période d'acquisition ne sont pas prises en compte pour l'appréciation du plafond collectif.

Par ailleurs, le plafond individuel doit être déterminé en tenant compte des actions que l'intéressé possède déjà et des actions qu'il est susceptible de détenir (par exemple, les actions gratuites qui lui ont, le cas échéant, été attribuées mais non définitivement acquises). Il est toutefois admis qu'il n'y a pas lieu de retenir les stock-options non encore levées pour déterminer ce plafond individuel<sup>7</sup>. Sauf cas de fraude, ne doit être prise en compte que la détention directe de l'intéressé.

Pour s'assurer du respect des plafonds individuel et collectif, la société doit donc veiller à contrôler son stock d'actions gratuites non définitivement acquises et « tracer » les actions dont l'origine est « gratuite ».

## 3. La contribution patronale de 10 %, un frein à la souplesse d'attribution des actions gratuites

La société émettrice est redevable d'une contribution patronale au taux de 10 %<sup>8</sup>, payable à l'Urssaf. Cette contribution n'est due que pour les bénéficiaires qui sont, à la date d'attribution des actions gratuites, ressortissants d'un régime obligatoire d'assurance maladie. Elle est exigible dans le mois suivant leur attribution. Cette contribution est assise, au choix de l'employeur, sur la « juste valeur des actions » (telle que rete-

1. Aux termes de la loi, les dirigeants sont le président du Conseil d'administration, le directeur général, les directeurs généraux délégués, les membres du directoire ou le gérant d'une société par actions.  
2. Art. L. 225-197-1 du Code de commerce modifié par la loi 2006-1770 du 30 décembre 2006.  
3. Art. L. 225-197-6 du Code de commerce créé par la loi 2008-1258 du 3 décembre 2008.  
4. Décret 2009-348 du 30 mars 2009 et décret 2009-445 du 20 avril 2009.  
5. Cf rapport AMF du 9 juillet 2009 sur l'application des recommandations Medef/Afep.  
6. Art. L. 225-197-1 du Code de commerce.  
7. Inst. 5 F-17-06 du 10 novembre 2006.  
8. Art. L. 137-13 du Code de la sécurité sociale.

nue pour l'établissement des comptes consolidés pour les sociétés appliquant les normes comptables internationales) ou sur la valeur des actions à la date d'attribution, le choix entre ces deux options valant pour l'ensemble des attributions d'actions gratuites effectuées pendant la durée de l'option.

*Afin que les conditions et critères d'acquisition des actions gratuites (rappelés en général dans un «plan d'attribution») soient opposables au bénéficiaire, la société doit veiller à informer le bénéficiaire en respectant un certain formalisme (une contre-signature du plan par le bénéficiaire, par exemple).*

Cette contribution patronale peut freiner une politique d'attribution variable d'actions gratuites en fonction des performances du bénéficiaire car, qu'elles soient effectivement attribuées ou non, les actions gratuites sont taxées. On peut donc regretter une mesure de taxation qui va finalement à l'encontre de l'un des principes forts de la bonne gouvernance : la rémunération au mérite.

#### **4. Veiller à rendre les critères d'acquisition définitive des actions gratuites opposables au bénéficiaire**

Afin que les conditions et critères d'acquisition des actions gratuites (rappelés en général dans un «plan d'attribution») soient opposables au bénéficiaire, la société doit veiller à informer le bénéficiaire en respectant un certain formalisme (une contre-signature du plan par le bénéficiaire, par exemple). Mais la seule connaissance du plan par le bénéficiaire ne suffit toutefois pas à rendre le plan opposable. Encore faut-il que le bénéficiaire dispose des moyens d'en comprendre les termes. En particulier, le salarié doit donc comprendre la langue dans laquelle est rédigé le plan<sup>9</sup>.

#### **5. Le rôle du comité d'entreprise**

La consultation du comité d'entreprise n'est obligatoire que lorsque le plan concerne un nombre significatif de salariés impliquant, par conséquent, une modification du mode de rémunération de la société<sup>10</sup> et/ou lorsque les actions attribuées portent sur une fraction importante du capital social ou entraînent une augmentation importante du capital de la société modifiant, de ce fait, l'organisation économique et juridique de la société<sup>11</sup>. Cette consultation doit alors, en principe, intervenir préalablement à la transmission du rapport de l'organe de gestion à l'assemblée générale l'autorisant à attribuer gratuitement des actions. Si les bénéficiaires des actions gratuites sont des salariés d'une filiale de la société émettrice, la consultation du comité d'entreprise de cette filiale n'est pas, en principe, requise compte tenu du fait que ce n'est pas elle qui a décidé de l'attribution.

#### **6. La compétence du conseil des prudhommes**

Le conseil des prud'hommes est, en principe, compétent en cas de litige avec un bénéficiaire salarié. La Cour de Cassation a récemment confirmé<sup>12</sup> sa position selon laquelle l'octroi d'options sur actions constitue un accessoire du contrat de travail et qu'à ce titre, le contentieux relatif aux conditions d'attribution, d'exécution du plan ou des conditions de levée des options relève de la compétence du conseil des prud'hommes. Cette solution est transposable aux actions gratuites. Toutefois, si le litige est né de la relation d'actionnaires, seul le tribunal de grande instance ou le tribunal de commerce seront compétents.

#### **7. Quid de l'impact comptable ?**

Ensuite, sur le plan comptable, l'impact des actions gratuites va différer selon qu'elles sont attribuées par création d'actions nouvelles (émission d'actions nouvelles par voie d'augmentation de capital) ou par attribution d'actions existantes rachetées préalablement par la société.

En cas d'attributions d'actions nouvelles par voie d'augmentation de capital, aucune provision n'est à constater au cours de la période d'acquisition. Au jour de l'acquisition définitive des actions gratuites, la création des actions sous-jacentes sera réalisée par une augmentation de capital de l'entreprise par incorporation de réserves. Cette capitalisation peut porter sur toutes les réserves (ordinaires, statutaires ou légales) et sur les primes (d'émission, d'apport, ou de fusion).

En cas d'attributions d'actions préalablement rachetées par la société, la société doit, dès l'attribution des actions par l'organe de direction, traduire dans ses comptes l'obligation de livrer les actions lors de l'acquisition définitive et doit, par conséquent, constituer une provision. A la clôture de la fin de chaque exercice suivant le rachat de ses propres actions, l'entreprise constate, le cas échéant, une dépréciation des titres (des règles spécifiques encadrent le calcul de cette dépréciation). Lors de l'attribution effective des actions gratuites, le prix de rachat des actions par l'entreprise constitue une charge à inscrire dans les comptes. Parallèlement, il convient de reprendre les provisions préalablement enregistrées.

#### **8. L'attribution d'actions gratuites peut impacter l'intégration fiscale de la société émettrice**

La société émettrice doit s'assurer que, le cas échéant, le plan d'attribution ne remet pas en cause le régime d'intégration fiscale. La question ne se pose que dans l'hypothèse d'une attribution gratuite à des dirigeants d'actions existantes rachetées préalablement par la société. Ces actions gratuites sont alors prises en compte dans le calcul du seuil de participation de 95 % exigé pour l'intégration fiscale. Dans tous les autres cas (attribution d'actions gratuites aux salariés par création d'actions nouvelles ou rachat d'actions ainsi que l'attribution d'actions gratuites aux dirigeants par création d'actions nouvelles), les actions gratuites n'entrent pas dans le calcul du seuil. ■

9. Cass. soc. 16-5-2007 n° 05-45.281 : (concernant un plan d'options mais transposable aux actions gratuites). La Cour a jugé qu'un plan rédigé en anglais était opposable au salarié compte tenu du fait qu'il maîtrisait parfaitement l'anglais tant à l'écrit qu'à l'oral.

10. Art. L. 2323-27 du Code du travail

11. Art. L. 2323-6 du Code du travail  
12. Cass. soc., 16 sept. 2008, n° 07-20.444, F P + B, Ravanel c/S<sup>e</sup> Euler Hermes SFAC.