

« Nous sommes d'accord pour ne pas être d'accord » Perles des parlementaires



Humeur

Fiscalité de l'investisseur-salarié de l'entreprise : apprendre les gestes « Barrière » ?

Quel rapport entre la crise du Covid-19 et l'actionnariat salarié ? A priori aucun, sauf si on se souvient qu'il y a environ un an la Cour de cassation a fait beaucoup tousser les praticiens de l'actionnariat salarié en publiant son arrêt « Barrière »¹, au risque d'asphyxier certaines formes d'actionnariat salarié.

Quelle en était la cause ?

En quelques mots : l'inoculation du salariat dans les gains réalisés par les salariés ou dirigeants lorsqu'ils vendent des titres de l'entreprise dans laquelle ils exercent leur activité.

Certes, l'arrêt Barrière visait la situation très particulière des **package managers mis en place dans la plupart des opérations de leveraged buy-out (LBO)**, et qui permettent aux managers de l'entreprise sous LBO d'acquérir des titres de la structure d'acquisition.

Les titres en question se composent principalement d'actions ordinaires, mais auxquelles sont souvent associés des titres, réservés au management, donnant accès à une partie de la plus-value réalisée par les autres investisseurs, des fonds d'investissement la plupart du temps (titres dits *ratchet*).

Ces **titres ratchet**, généralement structurés **sous forme d'actions de préférence (ADP) ou de bons de souscription d'actions (BSA)**, permettent au moment du **déroulement de l'opération de LBO**, d'augmenter la part des managers dans la plus-value globale, lorsque certaines conditions de performance sont réalisées.

Les titres ratchet ne sont toutefois pas souscrits gratuitement par les managers, lesquels doivent **acquitter une prime** correspondant à l'avantage potentiel qui leur est attaché. La valeur de cette prime est le plus souvent déterminée sur la base d'une expertise financière indépendante, permettant d'en apprécier la « valeur de marché ». Les managers perdent cette prime dans l'hypothèse où, au moment du déroulement de l'opération, le **mécanisme de partage de plus-value** ne joue pas, faute d'en remplir les conditions.

Un virus en circulation depuis plusieurs années

Ce mécanisme de partage de plus-value a alimenté un **contentieux nourri avec l'administration fiscale** depuis plusieurs années, laquelle y voit assez souvent une forme détournée de versement d'un **complément de salaires** (avec les conséquences qui en résultent en matière d'impôt sur le revenu pour les salariés). On reviendra sur ce contentieux un peu plus loin, à la lumière des décisions Wendel du 12 février 2020 rendues par le Conseil d'Etat.

Plus récemment, certaines URSSAF ont emboîté le pas de l'administration fiscale, sur le même thème, avec pour conséquence des redressements de charges sociales chez l'employeur.

Autant dire que la position des plus hautes juridictions était très attendue sur ces redressements, même si la Cour de cassation a douché certaines espérances dans son arrêt Barrière précité.

Dans cet arrêt, la Cour de cassation a été saisie de la qualification du gain attaché à des BSA souscrits par six managers du groupe Barrière dans le cadre d'une opération de LBO initiée en 2004 et débloquée en 2009 (selon la mécanique usuelle décrite ci-dessus).

Toujours selon la pratique usuelle, les managers avaient déboursé pas moins de 900.000 € pour acquérir leurs bons, lesquels, 5 ans plus tard, leur ont permis de réaliser un gain de 2,7 M€.

¹ Arrêt Cour de cassation n°472 du 4 avril 2019 (17-24.470)

Quels symptômes ?

Dans ce contexte, validant en cela l'arrêt de la Cour d'appel de Paris qui était porté à sa censure², la Cour de cassation a estimé qu'aux termes de la convention conclue entre les parties en l'espèce « un lien est affirmé, aux termes de cette convention, entre d'une part l'attribution de BSA et le maintien de ceux-ci, et d'autre part, l'existence et le maintien d'un contrat de travail ou d'un mandat social » et « que la possibilité d'acquérir et d'exercer les bons de souscription d'actions litigieux constituait un avantage, qui devait entrer dans l'assiette des cotisations de la société ».

Si l'on suit la Cour, pour que le gain réalisé soit qualifié de salaire en matière de charges sociales, il suffirait donc, en principe, qu'une double condition soit remplie :

1. La possibilité de souscrire les titres est liée à l'existence et au maintien des fonctions exercées dans l'entreprise.

Ce lien avec les fonctions exercées peut être établi lorsque l'acquisition et/ou la détention des titres est **liée à la présence dans l'entreprise** et/ou qu'une obligation de céder les titres est prévue en cas de départ du salarié de l'entreprise. Ce lien est normalement renforcé lorsque les modalités de détermination du prix en cas de départ dépendent des motifs de ce dernier, c'est-à-dire suivant que le manager est **good leaver** (en cas de décès, d'invalidité, de départ en retraite...) ou **bad leaver** (en cas de démission, de licenciement pour faute...).

2. **La souscription est réalisée à des conditions avantageuses.** Les contours de cette condition ne sont pas totalement clairs dans la décision, mais il serait possible d'en déduire que le seul fait d'avoir eu la possibilité de souscrire des titres de l'entreprise, du fait de sa qualité de salarié ou de mandataire social, puisse en soi constituer un avantage.

Avec quels risques de contagion ?

La formulation très générale de ces critères peut **inquiéter au-delà du marché du LBO** (qui est d'ailleurs loin d'être marginal). Quelles sont en effet les limites de la position adoptée par la Cour ?

Dans une société non cotée, le caractère fermé de l'actionariat est la règle. L'intuitu personae également. Pour paraphraser une publicité célèbre, on ne vient pas là par hasard. L'accès au capital s'effectue généralement par cooptation et est souvent réservé aux personnes dont on peut attendre une implication dans la vie de la société, sur un plan financier bien sûr mais pas uniquement. Les compétences diverses sont aussi recherchées pour participer à la vie sociale, qu'elles soient internes ou externes à l'entreprise.

Par nature, l'entrepreneur véritable est à la fois animateur de son entreprise et actionnaire. Dans ces conditions, un salarié ou un dirigeant ayant la possibilité d'accéder au statut d'actionnaire ne devrait pas, de ce seul fait, se voir systématiquement opposer un avantage de nature salariale. Cela reviendrait à confondre deux statuts qui sont pourtant totalement distincts, même lorsqu'ils sont assumés par la même personne.

La distanciation aggrave-t-elle le risque de contagion ?

Dans le même ordre d'idée, il est tout-à-fait naturel qu'un salarié qui quitte l'entreprise puisse également être contraint de sortir du capital. La rupture du contrat de travail ou du mandat social crée nécessairement une distanciation vis-à-vis de l'entreprise, souvent incompatible avec le maintien au capital. C'est particulièrement vrai dans les sociétés non cotées où, comme nous l'avons rappelé, le capital est fermé et comprend généralement un nombre restreint d'actionnaires. L'adhésion au pacte social est impérative et un départ de l'entreprise la remet souvent en cause. Mais, bien entendu, les circonstances du départ ont leur importance : un départ subi (décès, invalidité), naturel (retraite), consensuel (départ négocié) ou potentiellement hostile (démission, faute...) n'ont pas la même portée. Cela ne signifie pas pour autant que la participation au capital ait une nature salariale, le manager étant dans la même situation que tout investisseur pouvant être exclu du capital lorsque les conditions de sa participation ne sont plus réunies (quelles qu'elles soient).

Une médication payante est-elle l'antidote ?

De ce point de vue, il est tout-à-fait étonnant que, parmi les critères pris en compte par la Cour, figure un grand absent : l'investissement et son corollaire, **la prise de risque financier**.

C'est pourtant un critère essentiel (pour ne pas dire « le » critère), qui permet de distinguer le simple salarié de l'entrepreneur. On n'imagine pas en effet qu'un salarié ou un dirigeant soit obligé de payer pour travailler, alors que l'investissement et la prise de risque sont intrinsèques à la qualité d'entrepreneur.

C'est également ce critère du risque d'investisseur qu'on retrouve en filigrane des dispositifs légaux d'actionariat salarié : tout avantage sans risque consenti au salarié est de nature salariale. A l'opposé, un gain réalisé en qualité d'investisseur relève du régime des plus-values, aussi bien au plan fiscal que social.

Prenons l'exemple des **actions gratuites** : le gain réalisé par le salarié lorsqu'il se voit attribuer gratuitement l'action, à l'issue de sa période d'acquisition, a une nature salariale. Jusqu'à cette date en effet, le salarié n'a pris aucun risque financier. Une fois l'action attribuée et pendant toute la période de détention, le salarié prend les mêmes risques qu'un investisseur (celui de perdre la valeur de ses titres). Le gain réalisé pendant cette période relève donc du régime des plus-values.

² CA Paris, 6 juillet 2017, S 14/02741

●●●

Prenons un autre exemple : celui des **stock-options**. L'attribution gratuite des options à la mise en place du plan conduit à constater un avantage de nature salariale. Cet avantage est analysé différemment en matière sociale (où l'on taxe en principe la valeur de l'option attribuée gratuitement) et en matière fiscale (où la taxation s'effectue en grande partie sur l'avantage constaté au moment de la levée de l'option). Mais dans les deux cas la philosophie est la même : ce qui est attribué gratuitement ou ce qui constitue un gain réalisé sans prise de risque, a une nature salariale. Or, tant que le bénéficiaire n'a pas exercé son option, il ne prend aucun risque (même pas celui de perdre la valeur de l'option puisqu'elle est lui est attribuée gratuitement).

Le mécanisme jugé dans l'arrêt Barrière est très similaire à celui des stock-options dans sa philosophie, mais à une nuance fondamentale près : les souscripteurs des BSA ont investi 900.000 € à six pour avoir la possibilité d'acquérir, à terme, des actions de l'entreprise. Si les conditions d'exercice des bons n'avaient pas été remplies, les six managers perdaient cette somme purement et simplement. Le porteur de stock-options ne prend quant à lui aucun risque tant que l'option n'est pas exercée.

Malgré cette différence de situation assez fondamentale, la jurisprudence Barrière conduit, finalement, à amalgamer les deux mécanismes.

L'achat du masque : facteur aggravant de diffusion du virus ?

Cette décision va même beaucoup plus loin puisqu'elle conduit à taxer aux charges sociales une assiette potentiellement beaucoup plus importante dans le cas des BSA payants, par rapport aux stock-options attribuées gratuitement.

Dans sa décision Barrière, la Cour de cassation considère en effet que l'imposition doit intervenir à un moment où l'avantage attaché au bon est effectivement disponible pour le bénéficiaire, soit en pratique lorsque le bon peut être exercé (ou cédé le cas échéant). En l'espèce, les BSA ne pouvaient être exercés qu'au moment du débouclage du LBO, et l'imposition a donc porté sur l'intégralité de la plus-value réalisée par les porteurs des bons.

Le traitement légal des stock-options en matière de cotisations sociales répond à une logique différente, puisqu'il consiste à taxer, chez l'employeur, la valeur de l'option au moment de son attribution (la gratuité de l'option constituant, en fait, le seul véritable avantage accordé au bénéficiaire).

En effet, la cotisation patronale de 30% spécifique aux stock-options est liquidée au moment de l'attribution des options, sur leur valeur à cette date (soit au maximum 25% de la valeur de l'action sous-jacente). En outre, la cotisation étant liquidée à la mise en place initiale du plan, elle est calculée, en principe, à un moment où la valeur de l'action est la plus faible (en supposant bien entendu que la valeur de cette dernière ait vocation à s'accroître par la suite).

Ce traitement est totalement indépendant des éventuelles restrictions de disponibilité dont peuvent être assorties les options attribuées. Il n'est en effet pas rare que les stock-options ne puissent pas être exercées avant un certain délai, ou que leur exercice soit conditionné à la présence du salarié. Cela n'a aucune incidence sur l'assiette taxable, sauf, le cas échéant, pour la réduire. En effet, la valeur des options au départ tient normalement compte des contraintes, des conditions et des fenêtres d'exercice dont elles sont assorties.

Dès lors, la décision Barrière ne se trompe-t-elle pas d'avantage ? Si, comme il ressort du régime légal des stock-options, l'avantage doit être apprécié au moment de l'obtention de l'option (ce à quoi l'analyse économique de l'instrument semble aussi conduire), il n'y aurait eu, en principe, aucun avantage dans le cas Barrière. A tout le moins, il aurait fallu démontrer que le prix payé par les managers pour acquérir les BSA ne correspondait pas à leur juste valeur.

Or, pas plus que l'investissement des managers, la justesse de la valeur payée pour acquérir les BSA n'a été prise en compte dans la décision.

Cette omission semble résulter du fait que la Cour a considéré, du fait de l'incessibilité des bons avant le débouclage du LBO, que ces instruments n'avaient aucune valeur avant cette date³.

Cette affirmation est pour le moins discutable puisque, même si **une clause d'incessibilité** est de nature à impacter la valeur du bon à son émission, elle ne lui en retire pas pour autant toute valeur. Sinon, pour quelle raison les souscripteurs verseraient-ils des primes pour les acquérir (900.000 € en l'espèce) ? Pour quelle raison également des évaluateurs indépendants leur attribueraient systématiquement une valeur à l'émission, sur la base de modèles financiers unanimement reconnus pour l'évaluation des options (Black & Scholes, binomiale, Monte-Carlo...)?

Enfin, il est à noter que **les clauses d'incessibilité temporaire** de titres sont largement **répandues dans les statuts ou les pactes d'actionnaires des sociétés non cotées**, et ne sont pas réservées aux actionnaires salariés. Elles ne sauraient donc pas justifier, à elles-seules, un traitement différencié concernant ces derniers.

Vers une pandémie ?

Ceci étant, à quoi bon rejouer le match vous direz vous, la position de la Cour de cassation étant ce qu'elle est, sans recours possible.

À cet égard, il est toujours possible d'espérer une évolution (ou au minimum une clarification) des contours de cette jurisprudence. Notamment, la position de la Cour doit-elle être circonscrite à certaines formes d'investissement (les titres *ratchet* au cas d'espèce), qui ont la particularité d'être réservés au management et d'avoir un effet « booster » sur les gains réalisés, en cas de performance.

³ C'est ce qui ressort en particulier de l'avis de l'avocat général rendu dans le cadre de la décision.

L'extension de cette jurisprudence à d'autres formes d'investissement, notamment aux titres souscrits par les managers dans les mêmes conditions de nature et de prix que celles des autres investisseurs (non-salariés), serait particulièrement dommageable si elle venait à être retenue.

La communauté scientifique divisée

Une évolution serait d'autant plus souhaitable que les analyses fiscales et sociales divergent.

La musique dissonante ne vient pas de Marseille cette fois, mais de la place du Palais-Royal à Paris.

Dans des **décisions Wendel toutes récentes du 12 février 2020⁴**, le Conseil d'Etat adopte en matière fiscale une approche très différente de celle de la Cour de cassation, dans une situation similaire de **management package**.

Très attendue, cette position du Conseil d'Etat semble définitivement fixer la frontière d'imposition des **management packages** selon le régime des salaires en matière fiscale.

Jusqu'à présent, deux critères se dessinaient de la pratique et de la jurisprudence en matière fiscale, pour requalifier une plus-value en salaire : le lien entre les fonctions exercées et la plus-value réalisée d'une part, et l'absence de risque supporté par le manager d'autre part.

Dans les décisions Wendel, le Conseil d'Etat marque une évolution et fait prévaloir la notion, plus large, d'**avantage financier**.

Ainsi, une plus-value ne peut être requalifiée en salaire que, bien entendu, si la plus-value réalisée a un lien avec le contrat de travail ou le mandat social. Mais ce n'est pas suffisant : il faut surtout que le manager ait également reçu, au préalable, un avantage financier.

Cet avantage peut être constaté si le salarié est garanti d'une **absence de risque de perte en contrepartie de la plus-value** réalisée (on rejoint là la nécessaire prise de risque qui caractérise la plus-value), ou, alternativement, si les titres acquis l'ont été à des **conditions préférentielles**.

Dans ce dernier cas, il est nécessaire qu'existe un lien direct entre la plus-value réalisée et l'avantage financier reçu, lequel est apprécié initialement.

Si la plus-value réalisée n'a que partiellement pour origine l'avantage reçu, seule la fraction de la plus-value ayant pour origine l'avantage est susceptible d'être requalifiée en salaires. Ainsi notamment, en cas de minoration du prix d'une option, la plus-value réalisée à la suite de l'exercice de l'option ne devrait être imposable dans la catégorie des salaires **qu'à proportion de la minoration du prix** de l'option par rapport à sa valeur vénale.

On ne peut que saluer ces décisions pragmatiques et nuancées du Conseil d'Etat, qui clarifient les principes fiscaux applicables après plusieurs années de contentieux. On peut également espérer, en cette période de déconfinement, qu'elle fera évoluer les « gestes Barrière » en matière de charges sociales. ●

⁴ CE 10e-9e ch. 12-2-2020 n° 421441 et n° 421444



Précisions sur les conséquences de la crise sanitaire liée à l'épidémie de Covid-19 et des mesures d'urgence adoptées par ordonnances concernant les dispositifs d'épargne salariale et de primes exceptionnelles.

1

Report des dates limites de versement de la participation et de l'intéressement

Ordonnance n° 2020-322 du 25 mars 2020 modifiant, à titre exceptionnel, les dates limites et les modalités de versement des sommes versées au titre de l'intéressement et de la participation

En principe, les sommes versées au titre de la réserve spéciale de participation ou bien d'un accord d'intéressement sont affectées sur un plan d'épargne salariale, un compte courant bloqué ou versées aux bénéficiaires avant le 1^{er} jour du 6^{ème} mois suivant la clôture de l'exercice de l'entreprise (*articles L. 3324-10 et L. 3314-9 du code du travail*).

L'article 2 de l'ordonnance **reporte la date limite de versement des sommes attribuées en 2020 au 31 décembre 2020**. Les dates limites de versement fixées conventionnellement sont également concernées par ce report.

Le rapport au Président de la République indique que ce report exceptionnel « *permet aux établissements teneurs de compte de l'épargne salariale, ainsi qu'aux entreprises dont ils sont les délégataires, de ne pas être pénalisés par les circonstances exceptionnelles liées à l'épidémie* ». ●

2

Modifications des modalités de mise en place de la prime exceptionnelle de pouvoir d'achat (dite « PEPA »)

Ordonnance n° 2020-385 du 1er avril 2020 modifiant la date limite et les conditions de versement de la prime exceptionnelle de pouvoir d'achat

Initialement, la loi n° 2019-1446 du 24 décembre 2019, qui renouvelait le dispositif mis en place au titre de 2019, avait prévu la nécessité pour l'entreprise souhaitant mettre en place la prime PEPA de justifier au jour du versement de la prime de **l'existence d'un accord d'intéressement**.

Cette condition a été supprimée par l'ordonnance. Au titre de 2020, la PEPA pourra donc être mise en place **même en l'absence d'accord d'intéressement**.

En revanche, elle reste applicable lorsque l'entreprise entend verser une somme supérieure à 1 000 €, l'ordonnance prévoyant dans cette hypothèse un versement **plafonné à 2 000 € par salarié**. ●●●

Initialement, la prime PEPA devait être versée avant le 30 juin 2020. L'ordonnance du 1^{er} avril 2020 a reporté la date limite de versement au **31 août 2020**.

L'entreprise peut moduler le montant de la PEPA en fonction de critères classiques tenant à la rémunération, au niveau de classification ou à la durée de présence des salariés au cours de l'exercice mais aussi « *des conditions de travail liées à l'épidémie* ».

Dans son *Questions-Réponses* diffusé le 17 avril 2020, le Ministère du travail a précisé à cet égard que « *une modulation tenant compte des différences dans les conditions de travail des salariés ayant continué leur activité est également possible. Il est par exemple possible de différencier le niveau de la prime des salariés ayant continué leur activité en télétravail de celui versé à ceux qui ne pouvaient pas recourir au télétravail et ont dû se rendre sur leur lieu de travail* ». •

3

**Possibilité de conclure
un accord d'intéressement
jusqu'au 31 août 2020**

Ordonnance n° 2020-385 du 1^{er} avril 2020 modifiant la date limite et les conditions de versement de la prime exceptionnelle de pouvoir d'achat

En principe, pour assurer le respect du caractère aléatoire de l'intéressement, les accords d'intéressement doivent être conclus avant le 1^{er} jour de la 2^e moitié de la période de calcul suivant la date de sa prise d'effet, pour ouvrir droit aux exonérations fiscales (*article L. 3314-4 du code du travail*).

En application de ces dispositions, dans les entreprises dont l'exercice coïncide avec l'année civile et qui désiraient mettre en place un régime d'intéressement prenant effet au 1^{er} janvier 2020, l'accord aurait dû – en temps normal – être conclu avant le 1^{er} juillet 2020.

Compte tenu du contexte actuel, l'article 1^{er} de l'ordonnance prévoit la **possibilité de conclure des accords d'intéressement jusqu'au 31 août 2020** sans que cela ne remette en cause les **exonérations sociales et fiscales** attachées à ce dispositif.

Dans son document *Questions-Réponses* diffusé le 17 avril 2020, le Ministère du travail a précisé que le report du délai pour conclure les accords d'intéressement ne remettait pas en cause le caractère aléatoire de l'intéressement et, partant, les exonérations qui y sont attachées.

L'URSSAF indique par ailleurs sur son site internet que ce report s'applique à toutes les entreprises qui souhaitent conclure un accord d'intéressement, même si elles n'entendent pas verser de prime PEPA.

Ces accords pourront être conclus pour une **durée comprise entre un et trois ans**. Ils devront être déposés auprès de l'autorité administrative dans un délai de 15 jours, soit avant le 15 septembre 2020.

Le Ministère du travail précise que ces dispositions exceptionnelles s'appliquent aussi bien aux entreprises qui, en raison d'un exercice décalé, devaient conclure un accord d'intéressement entre le 1^{er} janvier 2020 et le 2 avril 2020 (date d'entrée en vigueur de l'ordonnance) qu'aux entreprises dont l'exercice correspond à l'année civile qui devaient conclure au plus tard le 30 juin 2020. •



Question- Réponse Ministère du travail :

Primes exceptionnelles et épargne salariale [ici](#)


AyacheSalama

CAPITAL INGENIUM
47, avenue Hoche – 75008 Paris
+ 33 (0) 1 58 05 38 52
contact@capitalingenium.com

 Ius Laboris FRANCE
CAPSTAN AVOCATS

Directeurs de la publication : Olivier Tordjman et Jean-Michel Mir

Capital Ingenium est un GIE constitué par les cabinets d'avocats AyacheSalama et Capstan Avocats

www.capitalingenium.com