



Par Bernard Tézé,
avocat associé,
D5 Avocats

Actions gratuites (AGA) «Macron» et BSPCE au banc d'essai : le match est serré !

La loi Macron du 6 août 2015 a marqué un retour spectaculaire des attributions d'actions gratuites (AGA) sur le devant de la scène, à telle enseigne que la pratique actuelle des start-ups est de prévoir presque systématiquement des AGA en plus des BSPCE.

De nombreux articles ont été écrits sur les avantages des AGA après la loi Macron par rapport au régime précédent, mais peu d'études ont été publiées comparant les avantages respectifs de ces deux mécanismes d'intéressement au capital qui reposent sur des ressorts différents mais ont pour point commun d'être bien cadrés au plan fiscal.

D'autres mécanismes, tels que les BSA de droit commun ou les actions de préférence relatives¹, peuvent présenter des avantages, par exemple pour les dirigeants fondateurs dont la participation est supérieure à 10% du capital ou pour des tiers non salariés, comme par exemple des professeurs de médecine dans les biotechs ou des «senior advisors», mais sont moins «sûrs» au plan fiscal.

Sur le critère du nombre de sociétés éligibles, l'avantage revient clairement aux AGA Macron sur les BSPCE.

En effet, les BSPCE imposent notamment que la société par

actions soit immatriculée depuis moins de 15 ans (sans résulter d'une restructuration, d'un spin-off ou d'une reprise d'activité, sauf exception), que son capital soit détenu, directement et de manière continue depuis la création, pour 25% au moins par des personnes physiques ou par des personnes morales elles-mêmes détenues à 75% par des personnes physiques. Ces conditions ne s'appliquent pas aux AGA Macron qui requièrent néanmoins certaines obligations.

Lorsque la société a procédé à une augmentation de capital dans les six mois précédant l'attribution des BSPCE, le prix de souscription des actions résultant de l'exercice des BSPCE doit être au moins égal au prix d'émission des actions émises dans les six mois précédents.

Sur le critère de la mise de fonds, l'avantage est également aux AGA Macron, au moins du point de vue des salariés. En effet, les AGA sont par définition... gratuites, sans mise de fonds par le bénéficiaire.

Les BSPCE sont certes attribués gratuitement, mais les bénéficiaires doivent souscrire les actions au prix qui a été déterminé à l'avance. Il y a donc un investissement à faire...

De plus, le prix de souscription, bien qu'avantageux, ne peut pas être dérisoire. En effet, l'article 163 bis G du CGI prévoit que lorsque la société a procédé à une augmentation de capital dans les six mois précédant l'attribution des BSPCE, le prix de souscription des actions résultant de l'exercice des BSPCE doit être au moins égal au prix d'émission des actions émises dans les six mois précédents.

Un petit bémol cependant pour les AGA, contrepartie de leur gratuité: la société doit avoir des réserves suffisantes pour pouvoir imputer la valeur nominale des actions gratuites émises, ou alors détenir en propre les actions gratuites à attribuer.

Sur le critère de l'avantage fiscal, le choix entre les BSPCE et

souple puisque la période d'acquisition (à l'issue de laquelle le bénéficiaire devient propriétaire des actions) est réduite à un an contre deux ans auparavant et la durée cumulée de la période d'acquisition et de la période de conservation (pendant laquelle les actions ne peuvent être vendues) est réduite à deux ans contre quatre ans précédemment. Il est d'ailleurs possible de se dispenser d'une période de conservation, et de vendre les titres immédiatement si la période d'acquisition est de deux ans au moins. Il n'y a pas d'obligation de conservation pour les BSPCE.

Ces règles souples peuvent être modulées dans le plan d'attribution des AGA ou de BSPCE de manière à fidéliser plus longtemps les employés, fréquemment sur trois ans ou plus. Sur le critère de la flexibilité des conditions d'attribution, l'avantage revient donc aux BSPCE.

Comme les AGA, les BSPCE ne peuvent être attribués qu'à des salariés ou mandataires sociaux assimilés salariés uniquement mais i) les BSPCE peuvent être attribués aux salariés et di-

Il peut y avoir un avantage à souscrire des actions en exerçant des BSPCE si celles-ci sont placées sur un PEA.

les AGA n'est pas évident et nécessite une étude au cas par cas. En faveur des BSPCE, on note un taux fixe à 19% (+15,5% de CSG/CRDS) sur la plus-value résultant de la cession du titre acquis en exercice du bon si le manager exerce son activité dans la société depuis plus de trois ans à la date de cession. Le taux de 19% est porté à 30% si le manager est depuis moins de trois ans dans la société.

Pour les AGA, il faut distinguer i) l'avantage résultant de l'acquisition des actions gratuites qui est soumis à une imposition similaire à celle de la plus-value de cession des actions tout en conservant sa nature de salaire et donc au taux marginal d'imposition, auquel s'ajoute une contribution patronale de 20% en lieu et place des charges sociales, sauf si la société est une PME au sens européen n'ayant pas distribué de dividendes dans la limite du plafond de la SS soit environ 38000 euros (il n'y a pas de charges sociales sur les BSPCE) et ii) le régime des plus-values de cession des actions gratuites une fois qu'elles ont été acquises.

Les plus-values de cession sont taxées au taux marginal de l'IR (45% pour la tranche maximale + CSG/CRDS; le taux dépend de la situation de chaque foyer) mais bénéficient de l'abattement de 50% au bout de deux ans de détention et de 65% pour une durée de détention de huit ans, sauf application du régime de l'abattement renforcé pour départ à la retraite auquel cas l'abattement est de 50% entre un et quatre ans, 65% à partir de la quatrième année et de 85% à partir de la huitième.

Il peut cependant y avoir un avantage à souscrire des actions en exerçant des BSPCE si celles-ci sont placées sur un PEA. En effet, il semble difficilement concevable, surtout en cette période de frilosité des banques gestionnaires, de faire inscrire des actions gratuites ne donnant pas lieu à souscription en numéraire sur un PEA. L'avantage, lorsque les conditions d'éligibilité au PEA sont remplies, est d'échapper à toute imposition sur les plus-values de cession autre que la CSG-CRDS.

Les AGA bénéficient, depuis la loi Macron, d'un cadre plus

dirigeants d'une filiale à 75% remplissant certaines conditions et surtout ii) les règles de plafonnement stipulées pour les AGA ne s'appliquent pas.

En effet, les actions gratuites ne peuvent être attribuées aux salariés et mandataires sociaux qui détiennent déjà plus de 10% du capital social. De surcroît, les AGA ne peuvent, en application de l'article L. 225-197-1 du Code de commerce, excéder 10% du capital social (en tenant compte des droits donnant accès à terme au capital) à la date de décision de leur attribution, sauf lorsque cela est prévu dans les statuts pour les statuts répondant à la définition des PME communautaires et dont la capitalisation boursière n'excède pas 150 millions d'euros, dans la limite de 15%, cette limite étant portée à 30% lorsque les AGA bénéficient à l'ensemble des salariés de la société, l'écart entre le nombre d'actions distribuées à chaque salarié ne pouvant toutefois être supérieur à un rapport de 1 à 5.

En conclusion, il n'y a pas de vainqueur clair du match entre les BSPCE et les AGA Macron. Chaque mécanisme a son utilité pour récompenser les talents: les BSPCE, en ce qu'ils supposent un investissement, pourraient être mieux adaptés aux salariés dirigeants, alors que les AGA présentent certains avantages lorsqu'elles sont attribuées à l'ensemble du personnel, notamment aux salariés dont le taux marginal est faible ou qui bénéficient de l'exemption de cotisation patronale.

Pour les fondateurs ou actionnaires détenant plus de 25% et ne pouvant pas bénéficier des charmes du PEA, des actions de préférence relatives peuvent être intéressantes en ce qu'elles permettent de bénéficier de l'abattement pour durée de détention. La requalification des BSA par la jurisprudence du 26 septembre 2014 en traitements et salaires rend cette formule plus risquée et moins usitée. ■

1. Voir *Option Finance* 08/06/2015, «Les management packages et la loi Macron».