

Comparatif

Attribution gratuite d'actions (« AGA »)

Bons de souscription de parts de créateur d'entreprise (« BSPCE »)

CARACTÉRISTIQUES GÉNÉRALES

AGA et **BSPCE** sont les deux principaux mécanismes d'intéressement capitalistiques à la performance des entreprises prévus par le législateur pour les dirigeants et salariés de sociétés françaises. Ces mécanismes ont un régime social et fiscal encadré dérogatoire du régime généralement applicable aux rémunérations salariées ou assimilées.

L'attribution d'AGA ou de BSPCE est motivée par des raisons variées selon la situation propre à chaque start up, au rang desquelles figurent souvent le souhait d'attirer des profils expérimentés à haut potentiel, de fidéliser les dirigeants et les salariés, ou d'améliorer leur implication et les associer à la réussite future de la société.

Au-delà de leurs régimes juridiques et fiscaux le choix entre ces deux instruments réside aussi beaucoup dans la maturité de la startup émettrice.

Une **AGA** consiste en l'attribution d'actions d'une société, existantes ou nouvelles, à titre gratuit aux salariés ou dirigeants d'une société ou de ses filiales, ou à certains d'entre eux seulement.

Un **BSPCE** offre à son bénéficiaire le droit de souscrire des actions d'une société à un prix fixé par avance lors de son attribution par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires (ou, sur délégation, par le Président). Ces bons sont en principe incessibles.

Chacun de ces deux mécanismes peut prévoir des conditions spécifiques pour permettre à leurs bénéficiaires de se voir définitivement attribuer (ou non), des actions de la société émettrice (par exemple, la possibilité pour le bénéficiaire des **AGA** ou des **BSPCE** de devenir actionnaire peut être conditionnée à sa présence dans les effectifs de la société ou d'une société groupe à une date donnée ou à l'atteinte de certains critères de performance).

AGA et **BSPCE** donnent souvent droit à des actions ordinaires mais peuvent aussi donner droit à des actions de préférence (« AP »), c'est-à-dire des actions qui comportent des droits particuliers par rapport à des actions ordinaires, comme, par exemple, des droits financiers spécifiques (ex: droit à un dividende prioritaire ou à un dividende majoré, droit à une somme plus importante que les actions ordinaires en cas de liquidation de la société...) ou des droits « politiques » spécifiques (droits de vote plus importants, droits de veto du titulaire de l'AP sur certaines décisions à prendre par les dirigeants, ...). La mise en place d'AGA et de BSPCE portant sur des AP soulèvent plusieurs problématiques juridiques et fiscales et notamment des risques de requalification des avantages reçus par le bénéficiaire en salaires pleinement soumis à cotisations sociales et au barème progressif de l'impôt sur le revenu. En conséquence, il est très vivement conseillé de faire appel à un conseil spécialisé avant la mise en place **d'AGA** ou de **BSPCE** donnant droit à des AP ou avant d'accepter de devenir titulaire de telles **AGA** ou de tels **BSPCE**.

A côté des **AGA** et des **BSPCE**, les « stocks options » constituent un autre mécanisme légal d'intéressement aujourd'hui beaucoup moins pratiqué en raison d'un régime fiscal et social moins favorable.

Il est par ailleurs précisé que l'intéressement de salariés ou de dirigeants peut passer par l'utilisation de mécanismes qui n'ont pas été créés à cet effet et dont le régime fiscal et social n'est donc pas organisé par les textes (ex: attribution de bons de souscription d'actions (« BSA »), rétrocession de plus-value). De tels mécanismes sont potentiellement sujets à risque dès lors qu'ils permettent à leurs bénéficiaires salariés ou dirigeants de réaliser un avantage non soumis au régime social et fiscal applicables aux salaires. Sous le contrôle du juge, l'administration fiscale et sociale peuvent, à certaines conditions, requalifier l'avantage en salaire et le soumettre à cotisations sociales et au barème progressif de l'impôt sur le revenu, sans préjudice des intérêts de retard et majoration liés à un éventuel redressement.

1/ Conditions de mise en place



SOCIÉTÉ ATTRIBUTRICE

La société attributrice des actions gratuites doit être une société par actions de droit français (SAS, SA, SCA).

Ne sont présentés ci-dessous que les principales caractéristiques des plans d'AGA mis en place après le 8 août 2015 (changement de réglementation) pour des sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché d'instruments financiers.

Les développements ci-dessous supposent, par ailleurs, que les bénéficiaires des plans d'AGA soient soumis au régime de sécurité sociale française applicable aux salariés, dit régime général et soient fiscalement domiciliés en France.

BÉNÉFICIAIRES

- Salariés de la société attributrice ;
- Dirigeant de la société attributrice soumis au régime fiscal des salariés (président de la SAS et directeurs généraux) ;
- Salariés des filiales dans lesquelles la société attributrice détient directement ou indirectement, 10% au moins du capital ou des droits de vote.
- Membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, ou de tout organe statutaire équivalent dans une SAS, sous réserve que :
 - ✓ les intéressés cumulent leurs fonctions avec un contrat de travail dans la société attributrice, ou
 - ✓ les intéressés occupent une fonction de dirigeant dans une société du groupe de la société attributrice et que les actions de cette dernière soient admises aux négociations sur un marché réglementé.

SOCIÉTÉ ÉMETTRICE

(Conditions à respecter à la date d'attribution des BSPCE)

- La société émettrice doit être une société par actions (SAS, SA, SCA).
- En principe, les titres de la société émettrice doivent ne pas être admis aux négociations sur un marché d'instruments financiers français ou étranger (exception, si la capitalisation boursière de la société émettrice est inférieure à 150 M€).
- La société émettrice doit avoir été immatriculée au RCS depuis moins de 15 ans à la date d'attribution des BSPCE (calcul de date à date).
- La société émettrice doit être passible en France de l'impôt sur les sociétés (IS) lorsqu'elle est en France.
- Le capital de la société doit être détenu directement et de manière continue pour 25% au moins par des personnes physiques ou par des personnes morales détenues pour 75% au moins de leur capital par des personnes physiques.
- Sauf exception, la société émettrice ne doit pas avoir été créée dans le cadre d'une concentration, restructuration, extension ou d'une reprise d'activité préexistante.

BÉNÉFICIAIRES

(Chez la société émettrice ou ses filiales)

- salariés et dirigeants soumis au régime fiscal des salariés (président, directeur général, directeurs généraux délégués et membres du directoire) ;
- **Depuis le 23 mai 2019** : les membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de SA, ou de tout organe statutaire équivalent dans une SAS.

Sous réserve au niveau des filiales que :

- 1/ La société émettrice détienne au moins 75% du capital ou des droits de vote de la filiale concernée, et
- 2/ La filiale concernée remplisse les conditions ci-avant pour émettre des BSPCE à l'exception de celle relative à la détention du capital.

2/ Décisions

**DÉCISION DES ACTIONNAIRES : MISE EN PLACE DU PLAN**

La décision d'attribuer gratuitement des actions doit être autorisée au préalable par l'assemblée des actionnaires de la société attributrice qui doit aussi arrêter les principales caractéristiques du plans d'AGA et déléguer aux dirigeants le soin de le mettre en œuvre. Cette décision est prise sur rapports des dirigeants et d'un commissaire aux comptes.

Les actions attribuées gratuitement peuvent être des actions que la société détient, des actions qu'elle rachète à ses actionnaires, ou des actions nouvelles qu'elle émet pour l'occasion. La société sera tenue de livrer les actions aux bénéficiaires si toutes les conditions mises à l'attribution de celles-ci sont satisfaites.

L'assemblée doit obligatoirement indiquer :

- La ou les catégories de bénéficiaires (Elle ne peut désigner nommément les bénéficiaires ni définir les conditions et critères d'attribution) ;
- La durée minimale de la période d'acquisition, qui est obligatoire, et à titre facultatif, la durée minimale de conservation (*cf. slide 5*) ;
- Le pourcentage maximal du capital social attribué en actions gratuites ;
- Le délai pendant lequel l'autorisation peut être utilisée par le Président ; cette durée ne peut être supérieur à 38 mois.

LIMITATIONS DU NOMBRE D' ACTIONS GRATUITES ATTRIBUÉES**Limite générale appréciée à la date de décision d'attribution**

- 10% du capital social de la société attributrice ;
- 15% pour les sociétés qui ne dépassent pas à la clôture d'un exercice social les seuils suivants (PME européennes) : < 250 salariés + total bilan < 43 M€ (ou CA annuel HT < 50 M€).

Limite individuelle

L'attribution ne peut pas avoir pour effet que son bénéficiaire détienne plus de 10% du capital de la société attributrice.

DÉCISION DE L'ASSEMBLÉE

L'assemblée des actionnaires autorise l'émission des BSPCE sur rapport de l'organe de direction et un rapport du commissaire aux comptes et :

- autorise l'émission des titres auxquels les bons permettront de souscrire ;
- supprime le droit préférentiel de souscription (si ce droit n'est pas supprimé par décision individuelle des actionnaires). La décision d'émettre des BSPCE emporte également renonciation des actionnaires à leur droit préférentiel de souscription aux actions auxquelles les BSPCE donnent droit ;
- fixe le prix de souscription des titres qui seront émis en exercice des bons (*cf. slide 4* ou décide déléguer cette fixation à l'organe dirigeant) et détermine le montant maximum de l'augmentation de capital résultant de la souscription de ces titres ;
- fixe le délai pendant lequel les bons peuvent être exercés. Dans ce délai, il est possible de limiter le droit à l'exercice des bons attribués par leur bénéficiaire, en subordonnant cet exercice à une ou plusieurs conditions de durée, de présence dans l'entreprise, de performance, obligation d'adhérer à un pacte d'actionnaire une fois les BSPCE exercés, etc. (comme pour les AGA) ;

L'émission réservée des BSPCE doit en principe être réalisée dans un délai de 18 mois à compter de l'AGE qui l'a décidée ou qui a voté la délégation.

Il n'existe aucune restriction légale quant au nombre de BSPCE pouvant être émis.

2/ Décisions



DÉCISION DE L'ORGANE DE DIRECTION : ATTRIBUTION DES ACTIONS GRATUITES

Une fois le principe d'attribution des actions gratuites décidée par l'assemblée, l'organe de direction de la société peut attribuer les actions en respectant les limites de l'autorisation donnée.

La décision de l'organe de direction (ex: président de la société) :

- détermine l'identité des bénéficiaires ;
- fixe la durée de la période d'acquisition et celle de la période de conservation, en respectant les durées minimales prévues par l'assemblée ;
- peut prévoir tout autre critère, tel que l'obligation pour les bénéficiaires d'être encore salariés ou dirigeants de la société ou d'une société du groupe au moment de l'attribution définitive des actions, les conditions de performance, le mode de détention des actions pendant la période de conservation, par exemple l'obligation d'adhérer à un pacte d'actionnaires, etc.

En pratique l'ensemble des conditions posées figure dans un « règlement du plan d'attribution » remis à chacun des bénéficiaires.

L'accord des bénéficiaires sur la plan est nécessaire :

- pour que le plan leur soit opposable : une fois leur consentement donné, la suppression des attributions, ou la modification de leurs conditions essentielles, ne pourra intervenir qu'avec leur accord ;
- les bénéficiaires peuvent renoncer à l'attribution ou ne pas l'accepter.

DÉLÉGATION POSSIBLE A L'ORGANE DIRIGEANT

L'assemblée des actionnaires décide également si elle entend déléguer une partie des modalités d'attribution des BSPCE à l'organe de direction :

- la liste des bénéficiaires des bons ;
- ou (généralement) des critères permettant de les déterminer, et dans ce cas délègue à l'organe de direction le soin de procéder à l'attribution effective des BSPCE, voire lui délègue la fixation du prix des titres souscrits en exercice des bons (cf. slide 12 sur le montant de ce prix) et la fixation de la liste des bénéficiaires (CGI, art. 163 bis G III).
- L'attribution des BSPCE est en principe gratuite pour leurs bénéficiaires ;
- Les BSPCE doivent être inscrits en compte chez la société émettrice s'il s'agit de titres au nominatif pur.
- L'attribution de BSPCE existants est impossible dès lors qu'ils sont incessibles. La loi déroge à l'incessibilité en cas de décès du bénéficiaire des BSPCE : ses héritiers ont six mois à compter du décès pour exercer les bons.

Lorsque dans les six mois précédant l'attribution de BSPCE la société attributrice a procédé à une augmentation de capital, le prix d'acquisition de l'action en exercice du BSPCE doit être au moins égal au prix d'émission des titres émis dans le cadre de l'augmentation de capital concernée.

Pour les BSPCE attribués à partir du 23 mai 2019, ce prix peut être diminué d'une décote, le cas échéant, correspondant à la valeur économique du titre depuis cette émission. Cette décote doit être justifiée.

3/ Régime
juridique –
autres aspects



DURÉE MINIMALE DU PLAN D'AGA

Le plan d'AGA s'étale obligatoirement sur 2 ans au moins avec :

- Une **PERIODE D'ACQUISITION** des actions gratuites de **1 an minimum** à compter de leur attribution (sauf en cas d'invalidité du bénéficiaire).

Pendant cette période les bénéficiaires :

- ne sont pas encore propriétaires des actions ;
- n'ont aucun droit d'associé (droit aux dividendes, droit de vote, droit aux informations communiquées aux associés en cette qualité, droit de participer aux assemblées) ;
- ne bénéficient pas de plein droit des mesures de protection prévues à l'article L.228-99 du Code de commerce.

Toutefois, la société émettrice peut souhaiter préserver leurs droits en cas d'évènement intercalaire ou d'augmentation de capital (modalités fixées dans règlement du plan).

A l'issue de la période d'acquisition, les bénéficiaires sont actionnaires et peuvent exercer les droits attachés aux actions qui leur sont attribuées (droit de communication, droit de participer aux assemblées et d'y voter, droit aux dividendes). Les nouveaux actionnaires peuvent être liés par un pacte d'actionnaires auquel ils s'engagent à adhérer au moment de l'attribution des actions.

- A l'issue, une seconde période dite **PERIODE DE CONSERVATION** pendant laquelle le titulaire des actions gratuites s'engage à les conserver. Cette seconde période n'est pas obligatoire.

La durée cumulée des périodes d'acquisition et de conservation des actions est de 2 ans minimum (donc, au minimum, 2+0 ou 1+1). Si une période de conservation des actions gratuites est imposée aux bénéficiaires, ces actions ne peuvent en principe pas faire l'objet d'une transmission à quelque titre que ce soit sous peine de remise en cause du régime social et fiscal spécifique qui leur est applicable (voir ci-dessous).

PRATIQUE ET ACCORD DES BÉNÉFICIAIRES

L'ensemble des modalités sont généralement rappelées dans un règlement du plan des BSPCE.

L'accord des bénéficiaires se matérialise par leur souscription aux BSPCE, mais la société attributrice a intérêt à adresser ou à remettre à chacun des bénéficiaires un document l'avisant de l'attribution à son profit, des conditions et critères de celle-ci et à faire contresigner le plan par l'intéressé.

EXERCICE DU BSPCE

Jusqu'à l'exercice des BSPCE, les porteurs :

- ne sont pas encore propriétaires des actions ;
- n'ont aucun droit d'associé à ces actions (pas de droit aux dividendes ni de droit aux informations communiquées aux associés en cette qualité).

Il est cependant possible de prévoir que les porteurs de BSPCE bénéficieront de la protection légale des porteurs de valeur mobilière donnant accès au capital.

L'exercice du BSPCE suppose que le bénéficiaire paie le prix fixé par l'assemblée (ou par l'organe dirigeant). Les actions auxquelles donnent droit des BSPCE sont émises par augmentation de capital au fur et à mesure de l'exercice des BSPCE.

Une fois les bons exercés et les actions acquises, les bénéficiaires ont la qualité d'actionnaires et peuvent exercer les droits attachés aux actions qui leur sont attribuées dans la limite des restrictions posées par l'assemblée.

AGA

CÔTÉ BÉNÉFICIAIRE

Gain d'acquisition = à la valeur réelle de l'action au moment de son acquisition définitive par le bénéficiaire (soit à l'issue de la période d'acquisition)

- Imposition au titre de l'année de cession des actions
- Régime fiscal et social différent selon la fraction du gain d'acquisition concernée :

Gain d'acquisition	Impôt sur le revenu	Prélèvements sociaux et Contribution salariale	Imposition max sur base 100 (CSG déductible)
Fraction comprise entre 0 et 300 K€	Assiette : 50% Taux : barème (45% max)	Assiette : 100% Taux : 17,2%	39,7% (-1,53%)
Fraction > 300 K€	Assiette: 100% Taux: barème (45% max)	Assiette : 100% Taux : 9,7% + 10%	64,7% (-3,06%)

Nota :

- Le gain d'acquisition est exclu de l'assiette des cotisations sociales si l'identité des bénéficiaires et le nombre et la valeur des actions attribuées sont notifiés à l'URSSAF (sur la DSN) ; à défaut les cotisations s'appliquent à la date d'attribution définitive des actions.
- Une partie des prélèvements sociaux (CSG) est déductible du revenu imposable du bénéficiaire au titre de l'année de son paiement (en pratique l'année suivant celle de la cession des actions) : 50% de 6,8% des 17,2% (gain jusqu'à 300 K€) et 6,8% des 9,7% (gain > 300 K€).
- A certaines conditions, le dirigeant de PME qui part à la retraite peut imputer sur la fraction du gain d'acquisition jusqu'à 300 K€, l'abattement fixe de 500 K€ dont il bénéficie sur la cession (et qu'il ne peut imputer sur le gain d'acquisition) ; le surplus bénéficiant de l'abattement de 50%.

Gain de cession = à la différence entre le prix de cession des actions et la valeur réelle de l'action au moment de son acquisition

imposable dans les conditions de droit commun (*flat tax* de 30% ou option pour le barème progressif)

BSPCE

CÔTÉ BÉNÉFICIAIRE

ANNÉE D'IMPOSITION

Année de la cession des actions acquises sur exercice des BSPCE.

ASSIETTE

Gain net, c'est-à-dire la différence entre le prix de cession des actions et le prix d'exercice du BSPCE.

TAUX

- **30%** si à la date de cession, le bénéficiaire exerce son activité depuis au moins 3 ans dans la société émettrice ou une de ses filiales. Le taux de 30% correspond à 12,8% d'impôt sur le revenu et 17,2% de prélèvements sociaux. S'il y a intérêt, le bénéficiaire peut opter pour l'imposition au barème progressif de l'impôt sur le revenu (option globale).
- **47,2%** si ce n'est pas le cas (30% d'impôt sur le revenu + 17,2% de prélèvements sociaux).

Nota :

- Le gain d'acquisition est exclu de l'assiette des cotisations sociales.
- A certaines conditions, le dirigeant de PME qui part à la retraite peut imputer sur la fraction du gain soumis au taux de 30% (et non de 47,2%) l'abattement fixe de 500 K€.

4/ Régime fiscal et social (depuis 2018)



4/ Régime
fiscal et social
(depuis 2018)



CÔTÉ SOCIÉTÉ

- **Une Contribution patronale** de 20% ayant pour assiette la valeur des actions à leur date d'acquisition définitive est exigible le mois suivant la date d'acquisition définitive (fin de la période d'acquisition). Les PME et les ETI sont exonérées de cette contribution si à la date de la décision d'attribution, elles n'ont jamais distribué de dividendes et les actions sont attribuées dans la limite, par bénéficiaire, du plafond annuel de la sécurité sociale (41.136 € en 2021), limite appréciée en faisant masse des actions gratuites acquises l'année en cours et les 3 années précédentes.
- Les charges exposées ainsi que les moins-values constatées lors de l'attribution d'actions existantes, sont en principe déductibles du résultat imposable de la société attributrice. La décision d'attribution d'actions existantes oblige l'entreprise attributrice à constater une provision comptable à la clôture de l'exercice. Lorsque les actions sont attribuées au personnel d'une société liée, cette dernière doit également constater une provision lorsqu'il existe une convention de refacturation liant la société attributrice et la société liée.
- Sous certaines conditions, notamment lorsque les attributions gratuites d'actions bénéficient à l'ensemble du personnel, la loi autorise la déduction d'une moins-value sur les actions émises en vue de leur attribution.
- Des obligations déclaratives pèsent sur la société attributrice (ou la filiale employeur) au titre de l'année d'attribution (DSN à déposer, état individuel à délivrer au bénéficiaire) voire au titre des années postérieures, sous peine de sanctions.

CÔTÉ SOCIÉTÉ

Des obligations déclaratives pèsent sur la société émettrice des BSPCE (ou la filiale concernée) et les bénéficiaires, au titre de l'année de l'exercice des BSPCE (délivrance d'un état individuel au bénéficiaire, mention de l'avantage dans la DSN) et de la cession (déclaration d'impôt sur le revenu), sous peine de sanctions.

Pour en discuter : Frédéric LAFOND | Christophe COURT, WOOG & Associés
flafond@woogassocies.com | ccourt@woogassocies.com

