

L'ATTRIBUTION GRATUITE D' ACTIONS : UN EXCELLENT MOYEN DE FIDÉLISER SES SALARIÉS SOUS RÉSERVE DE MAÎTRISER CERTAINS MÉCANISMES



Delphine POIDATZ-KERJEAN,
Avocat au barreau de Paris, membre de la commission « Financement et
développement des entreprises », cabinet Lebray & Associés

La décision d'ouverture du capital social d'une société à ses salariés intervient généralement à un stade où la société est suffisamment mature.

Le droit français offre alors aux sociétés différents instruments juridiques, chacun ayant ses avantages et ses inconvénients: les stocks options, les BSPCE, les augmentations de capital réservées aux salariés, les émissions gratuites d'actions...

Nous avons fait le choix d'étudier l'attribution gratuite d'actions, ce mode de fidélisation des salariés semblant être actuellement plébiscité, y compris au sein des petites entreprises.

Ayant été confrontés à des situations juridiques non anticipées, il nous est apparu intéressant de faire part de notre retour d'expérience, pour faire de cette opération un outil supplémentaire au service de la performance et de la compétitivité de l'entreprise.

L'attribution gratuite d'actions : de nombreux avantages

Sont concernées par les attributions gratuites d'actions, toutes les sociétés par actions. L'attribution gratuite d'actions est régie par les dispositions des articles L. 225-197-1 à L. 225-197-6 du Code de commerce¹.

L'attribution gratuite d'actions consiste à attribuer gratuitement des actions d'une société, dans des proportions limitées par la loi à 10 %, 15 %, voire 30 % du capital social, au profit de ses salariés ou de ses dirigeants. Pour ces derniers, la loi est néanmoins plus restrictive et impose certaines limites visées aux dispositions de l'article L. 225-197-1 II du Code de commerce, auxquelles nous renvoyons les lecteurs désireux de précisions sur ce cas particulier.

L'attribution gratuite d'actions présente de sérieux avantages :

- pour les bénéficiaires : l'attribution gratuite d'actions ne nécessite aucun investissement de départ ; il s'agit également d'une forme de reconnaissance du travail et de l'investissement fournis durant plusieurs mois ou années ;

Les bénéficiaires sont généralement heureux de se sentir reconnus par le dirigeant et s'investissent plus encore dans l'entreprise ;

- pour la société : l'attribution gratuite d'actions est un instrument de fidélisation des meilleurs éléments de l'entreprise, elle constitue également une forme de rémunération même si son montant reste inconnu tant que les actions n'ont pas été vendues ;

L'attribution gratuite d'actions est aussi plébiscitée pour attirer un salarié compétent et spécialisé tout en limitant le recours au volet salarial ;

- pour les dirigeants actionnaires : l'attribution gratuite d'actions permet de constituer un noyau dur d'actionnaires stables, voire à terme d'envisager la transmission de l'entreprise ;
- pour les prêteurs : la présence d'un noyau dur d'actionnaires et de salariés impliqués peut permettre d'envisager sereinement la pérennité de l'entreprise ; les intérêts des bénéficiaires étant alors alignés sur ceux de l'entreprise.

L'attribution gratuite d'actions est d'autant plus appréciée que les idées de partage du pouvoir et d'amélioration de l'ambiance au travail se sont développées depuis plusieurs années et deviennent un critère de choix du futur employeur pour la nouvelle génération de salariés. Par conséquent, on ne saurait qu'encourager le dirigeant à ouvrir le capital social de son entreprise à ses salariés, car améliorer la cohésion et le climat social peut également lui permettre d'améliorer la compétitivité de son entreprise.

Des actions existantes ou à émettre

L'article L. 225-197-1 du Code de commerce dispose que « l'assemblée générale extraordinaire, sur le rapport du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas, et sur rapport spécial des commissaires aux comptes, peut autoriser le conseil d'administration ou le directoire à procéder au profit des membres du personnel salarié ou de certaines catégories d'entre eux, à une attribution gratuite d'actions existantes ou à émettre ».

¹ La réglementation sur l'attribution gratuite d'actions figure sous les articles applicables aux sociétés anonymes, elle est néanmoins applicable aux sociétés par actions simplifiée ainsi qu'aux sociétés en commandite par d'actions.

La société dispose ainsi de plusieurs manières de procéder :

- soit au travers d'une émission d'actions nouvelles nécessitant une augmentation de capital,
- soit au travers d'une attribution d'actions existantes nécessitant un rachat par la société de ses propres actions aux actionnaires existants.

La société peut aussi décider de choisir d'attribuer pour partie des actions nouvelles et pour l'autre des actions existantes.

Le respect des délais d'attribution et de conservation

Sur ce point, les dispositions ont évolué. L'article L. 225-197-1 du Code de commerce prévoit toujours deux périodes à respecter.

Une première période dite d'attribution au terme de laquelle l'attribution des actions aux bénéficiaires est définitive et une période dite de conservation débutant au terme de la période d'attribution durant laquelle les bénéficiaires ont l'obligation de conserver les actions. Pour les opérations décidées postérieurement à la réforme du 8 août 2015, la période d'attribution est désormais librement fixée par les actionnaires sans pouvoir être inférieure à un an. Les actionnaires peuvent également fixer une période de conservation sans que cela soit une obligation. Toutefois, la durée cumulée des périodes d'attribution et de conservation ne peut être inférieure à deux ans. Au plus tôt, les actions ne seront donc pas disponibles avant un délai de deux ans contre quatre ans avant la réforme. Il est à noter des exceptions à ce délai, notamment dans l'hypothèse de l'invalidité du bénéficiaire.

Ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus, l'assemblée générale extraordinaire autorise le conseil d'administration à procéder à des attributions gratuites d'actions.

Autrement dit, l'assemblée générale extraordinaire est incompétente pour attribuer elle-même les actions. Il n'en demeure pas moins, qu'elle fixe le pourcentage d'actions attribuées gratuitement par rapport au capital social. Il est fortement conseillé de permettre à l'assemblée générale extraordinaire de fixer les critères de l'attribution ou d'en donner les orientations. L'autorisation donnée à l'organe de direction pour mettre en œuvre l'opération ne peut excéder un délai de trente-huit mois. Les durées visant la période d'attribution, la période de conservation ainsi que la période de délégation de pouvoirs sont généralement bien maîtrisées par les dirigeants.

Les précautions à prendre

Comme toute opération d'ouverture du capital social, l'attribution gratuite d'actions reste néanmoins une opération complexe. Ainsi, les bénéficiaires ne sont pas propriétaires des actions durant la période d'attribution, mais la société n'en est pas moins engagée : dès la décision d'attribution, les bénéficiaires disposent d'un droit de créance dans les conditions fixées dans la décision d'attribution. Le droit de créance dont bénéficient les bénéficiaires reste toutefois incessible.

L'attribution gratuite d'actions n'est donc pas neutre pour la société émettrice dans la mesure où cette dernière prend un engagement juridique vis-à-vis des bénéficiaires. De manière peut être un peu surprenante, les textes n'exigent pas que les actions qui seront attribuées existent ou soient la propriété de la société au jour de l'attribution. La société doit seulement être certaine de disposer des actions à la fin de la période d'attribution.

HYPOTHÈSE DE L'ÉMISSION D' ACTIONS NOUVELLES

L'attribution de l'action au bénéficiaire rend l'augmentation de capital définitivement réalisée. La société doit être certaine de disposer des actions à la fin du délai d'attribution, ce qui implique pour elle de pouvoir être capable d'augmenter son capital social et de disposer de réserves suffisantes sans impacter le montant des réserves indisponibles. Durant la période intermédiaire, la société doit s'assurer que le montant des pertes ne devienne pas supérieur aux réserves, sans tenir compte des réserves indisponibles. L'engagement peut être lourd de conséquences avec obligation pour la société d'apurer les pertes ou de reconstituer les capitaux propres si, durant la période intermédiaire, la situation de la société s'est détériorée.

Pour se prémunir du risque de pertes, certaines sociétés n'hésitent pas à conditionner l'attribution des actions à l'existence de réserves suffisantes. Nous ne saurions que trop recommander aux rédacteurs des clauses une attention particulière au libellé de ces dernières pour ne pas leur donner un caractère potestatif avec à la clef le risque de nullité.

HYPOTHÈSE DE L'ATTRIBUTION D' ACTIONS EXISTANTES

Il ressort de la pratique que les petites entreprises préfèrent généralement utiliser la voie de l'attribution d'actions existantes. Ce procédé permet principalement à l'entrepreneur, généralement actionnaire majoritaire,



de favoriser la sortie des actionnaires qui l'ont aidé à démarrer l'entreprise lorsque la trésorerie n'était pas forcément disponible auprès des établissements financiers. Là encore, la société concernée doit disposer d'un nombre d'actions existantes suffisant, ce qui implique d'une part de disposer préalablement de promesses de cession d'actions de la part des actionnaires actuels, d'autre part de fixer le prix de rachat et enfin de disposer de la trésorerie permettant de financer le rachat.

La société devra constituer un sous-compte d'actions autodétenues indisponibles dans l'hypothèse où elle aurait d'ores et déjà fait l'acquisition des actions ou une provision en vue de l'achat des actions. Là encore, l'engagement est lourd de conséquences, mais il peut être maîtrisé. Par contre, la gestion des dispositions de l'article L. 225-208 du Code de commerce généralement méconnues est plus complexe. Cet article autorise les sociétés à faire l'acquisition des actions pour les attribuer ensuite gratuitement à leurs salariés et dirigeants : *« les sociétés qui font participer leurs salariés à leurs résultats par attribution de leurs actions, celles qui attribuent leurs actions dans les conditions prévues aux articles L. 225-197-1 à L. 225-197-3 et celles qui consentent des options d'achat de leurs actions dans les conditions prévues aux articles L. 227-177 et suivants peuvent à cette fin, racheter leurs propres actions. Les actions doivent être attribuées ou les options doivent être consenties dans le délai d'un an à compter de l'acquisition ».*

Au passage, nous rappellerons également les dispositions de l'article L. 242-24 du code de commerce, lequel punit de 150.000 euros d'amende le fait, pour le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme, d'utiliser des actions achetées par la société en application de l'article L. 225-208 du code de commerce afin de faire participer les salariés aux résultats, d'attribuer des actions gratuites ou de consentir des options donnant droit à l'achat d'actions, à des fins autres que celles prévues au même article L. 225-208.

Deux conséquences :

- dès que la décision de rachat est entamée sur le fondement de l'article L. 225-208, il doit intervenir pour la finalité choisie par l'assemblée des actionnaires sous peine de sanctions pénales pour le dirigeant ; ce dernier ne peut donc envisager de céder les actions rachetées à un tiers ou à un actionnaire (hormis si celui-ci serait salarié ou dirigeant dans les conditions des articles L. 225-197-1 et suivants) ;
- le délai de détention par la société des actions rachetées ne saurait être supérieur à un an.

C'est ce délai de détention d'un an qui est souvent méconnu des dirigeants, or la sanction encourue est forte.

En effet, l'article L. 225-209-2 du Code de commerce prévoit que *« à défaut d'avoir été utilisées pour l'une des finalités et dans les délais mentionnés aux deuxième à quatrième alinéas du présent article, les actions rachetées sont annulées de plein droit ».*

Compte tenu de l'article L. 242-24 du Code de commerce susvisé sanctionnant pénalement le dirigeant qui utiliserait les actions rachetées pour une autre finalité que celle visée à l'article L. 225-208, nous déconseillons d'utiliser la dérogation de l'article L. 225-209-2 alinéa 16 du Code de commerce ². Le dirigeant qui n'aurait pas attribué les actions rachetées à l'issue du délai d'un an, n'a pas d'autre choix que de prendre acte de la nullité de plein droit de ces dernières et de procéder à une réduction du capital non motivée par des pertes, laquelle prévoit un délai d'opposition des créanciers de vingt jours minimum.

Cette situation n'est pas en soi bloquante, elle peut toutefois avoir pour effet de retarder une cession de l'entreprise, car on imagine mal un cessionnaire supporter les frais d'une réduction du capital avec à la clef le risque de devoir gérer l'opposition d'un créancier.

La réduction du capital non motivée par des pertes n'est néanmoins pas si problématique par comparaison avec l'hypothèse d'un dirigeant négligent qui attribuerait ces actions couvertes par la nullité à l'un des salariés. Dans ce cas, non seulement le bénéficiaire n'est pas associé de la société, mais surtout les votes émis et la validité des décisions prises sur le fondement de ses actions sont susceptibles d'être remis en cause.

À titre d'illustration, nous préciserons que cette hypothèse n'est pas restée au simple rang de la théorie.

D'un point de vue purement juridique, il n'existe pas de solution miraculeuse dans un tel cas si ce n'est d'annuler les actions par la voie de la réduction du capital non motivée par des pertes et de procéder de nouveau à une attribution gratuite d'actions. Cette solution n'est toutefois pas satisfaisante car elle fait de nouveau courir une indisponibilité d'au moins deux ans des actions attribuées en raison du délai d'attribution et de conservation. Bien sûr, on pourrait envisager de faire ratifier à l'unanimité des autres associés, les actions attribuées au bénéficiaire ainsi que les votes découlant de ses actions. Malheureusement, cette solution n'apporte pas la sécurité juridique demandée par le futur investisseur ou acquéreur en cas de cession de la société.

En l'espèce, n'oublions pas que les actions gratuites représenteront, une fois la période de conservation arrivée à son terme, une partie du capital susceptible d'être cédée, dont la propriété et l'existence doivent pouvoir être garanties.

L'article L. 225-197-4 du Code de commerce impose la rédaction d'un rapport spécial à l'attention de l'assemblée générale ordinaire annuelle, lequel doit indiquer notamment le nombre et la valeur des actions qui, durant l'année, ont été attribuées gratuitement par la société. Il n'est pas prévu de sanction en cas de défaut d'établissement de ce rapport spécial ou de rapport incomplet, ce qui est bien dommage car il permettrait justement de tenir un calendrier précis. En pratique, il est fréquemment oublié.

Alors pour éviter que l'attribution gratuite d'actions ne devienne une *« fausse bonne idée »*, nous recommanderons aux dirigeants d'être attentifs à la computation des délais rappelés ci-dessus ou de se faire accompagner par un conseil qui prendra soin de les mettre en garde.

² L'alinéa 16 de l'article L. 225-209-2 prévoit une dérogation à la nullité des actions : *« les actions rachetées mais non utilisées peuvent, sur décision de l'assemblée générale ordinaire, être utilisées pour une autre des finalités prévues au présent article ».* En l'espèce, les autres finalités ne visent aucunement les salariés.