

STOCK OPTIONS □
VUE D'ENSEMBLE ET PRINCIPALE
DIFFICULTE A EVITER

François Xavier Testu
Agrégé des Facultés de droit

&

Sidonie Hill
Testu et Associés
Avocats à la Cour

Avertissement □: Ce texte est paru à *La Semaine Juridique*, éd. Entreprises, dans la rubrique Conseil, en 2003.

1. Les *stock options* correspondent à un mode d'intéressement par lequel la société réserve à des salariés ou à certains dirigeants des actions de l'entreprise à un prix préférentiel fixé par avance. Le procédé est très prisé par les sociétés de haute technologie, qui peuvent connaître une forte croissance de leur valeur en fonction des résultats de leur R&D, et souhaiter y faire participer des salariés ou dirigeants qu'elles n'ont pas toujours la possibilité de rémunérer très largement dans la phase de démarrage.

La mise en place du mécanisme peut se faire par un système d'options de souscription ou d'achat d'actions. Dans le premier cas (souscription), l'option porte sur une action nouvelle qui sera effectivement émise lorsque l'option sera exercée – cela implique donc une augmentation de capital ; dans le second cas (options d'achat) l'option porte sur des actions précédemment rachetées par la société.

On évoquera surtout le régime des options de souscription, parce qu'il est un peu plus compliqué techniquement, et parce que les options de souscription sont plus répandues que les

options d'achat, notamment dans les sociétés non cotées, où il est plus simple d'émettre des actions nouvelles que de récupérer des actions existantes.

Aperçu du mécanisme

2. L'art. L 225-185 C.com offre la possibilité d'attribuer de telles options

- aux salariés de la société émettrice,
- aux salariés du groupe (par ex. les salariés d'une filiale de l'émettrice des actions sous options),
 - ou à certains dirigeants de la société émettrice (tous les mandataires sociaux, à l'exception des simples administrateurs ou des membres du conseil de surveillance), étant précisé que, depuis 2001, il n'est plus possible à une société non cotée d'offrir des options aux dirigeants d'une filiale.

Toutefois, les salariés ou mandataires sociaux qui détiennent plus de 10 % du capital ne peuvent bénéficier d'options (art. L.225-182).

3. Lorsque le bénéficiaire des options décidera d'exercer celles-ci (les « lever »,), il paiera les actions au prix déterminé par avance. Les bénéficiaires peuvent, une fois l'option levée, revendre leurs actions et encaisser la plus-value, sauf parfois à respecter un *délai de portage*, i.e. un délai impératif de conservation des titres qui peut être imposé, et qui ne peut excéder 3 ans à compter de la levée d'option (art. L.225-177 al.2 C.Com). La plus-value fait l'objet d'un régime spécial d'imposition, qui est commun aux options de souscription et aux options d'achat. Ce régime, avec ses variations, sera rappelé dans les lignes qui suivent ; au-delà de sa complexité, ce qui fait réellement difficulté, c'est le risque que présente, pour l'entreprise, le fait d'être hors du champ du régime dit de faveur : alors en effet le total des plus-values faites est qualifié de complément de salaire, ce qui rend la société débitrice des cotisations sociales correspondantes...

Ce risque explique l'opportunité qu'il y a d'opérer un décalage entre la date d'attribution des options et le droit de les exercer, outre le fait que l'utilisation de ce décalage permet de fixer des conditions en faisant un instrument de motivation des salariés, comme on l'expliquera. Dans un premier temps, les bénéficiaires vont donc être déclarés titulaires d'options de souscription d'actions, mais la faculté de lever les options se trouvera reportée à une période ultérieure. Ce n'est bien sûr qu'à compter de l'exercice de l'option que les bénéficiaires deviennent propriétaires des actions nouvelles sous-jacentes. La société émettra celles-ci au fur et à mesure des levées d'option et

du paiement du prix de souscription, sans avoir à respecter les formalités habituelles d'augmentation de capital.

4. Dans la pratique, les différentes conditions applicables aux options offertes sont définies par un document qu'on dénomme *plan d'options*. Il existe un autre document entre la société et chaque bénéficiaire, le *contrat*, qui précise le nombre d'options attribuées. Ce contrat reprend généralement les dispositions du plan, ce qui renforce leur effet obligatoire à l'égard de l'attributaire des options.

Les avantages susceptibles d'être taxés

5. Il y a essentiellement deux avantages au profit du bénéficiaire, qui sont susceptibles d'être taxés. Il y a d'abord la plus-value d'acquisition, qui est constituée par l'écart entre la valeur de l'action au jour de l'exercice de l'option et le prix de souscription qui a été fixé le jour de l'attribution de l'option. Il y a ensuite la plus-value que réalisera le bénéficiaire au jour où il cédera ses actions.

6. Avant d'exposer chacun de ces régimes de taxation, il faut mentionner le cas du "rabais excédentaire". Il s'agit du rabais qui se dégage si l'option permet au bénéficiaire de souscrire une action pour un prix sensiblement inférieur à sa valeur réelle à l'époque où l'option est consentie. Dans le droit antérieur à 2001, tout écart qui dépassait une tolérance de 5 %, était qualifié d'« excédentaire ». Il était analysé comme constitutif d'un avantage taxable pour le bénéficiaire, et se trouvait traité comme complément de salaire au regard des cotisations sociales. Aujourd'hui, le législateur précise que, pour les sociétés cotées, le prix de souscription ne peut pas être inférieur à 80 % de la moyenne des cours cotés aux vingt séances de bourse précédant le jour de l'attribution (art. L.225-177), ce qui paraît laisser une certaine marge de manœuvre. Pour les sociétés non cotées, la loi dit que le prix de souscription doit être déterminé conformément aux méthodes objectives retenues en matière d'évaluation d'actions, en tenant compte de la situation nette comptable, de la rentabilité et des perspectives de l'entreprise – et à défaut, en divisant l'actif net réévalué par le nombre de titres existants (art. L.225-177) ; on peut donc penser que si l'entreprise ne respecte pas cette règle, tout rabais, même moindre que l'ancienne tolérance de 5%, sera requalifié en complément de salaire, avec toutes les conséquences en résultant.

Traitement fiscal et social de la plus-value d'acquisition

7. La plus-value d'acquisition résulte de l'écart entre la valeur réelle de l'action au jour de l'exercice de l'option et le prix de souscription fixé par le plan. Cette plus-value pourra être imposée suivant deux systèmes différents, selon que l'on entre ou non dans le champ d'application d'un régime dit « de faveur » (entendons : *moins défavorable*) défini par la loi.

8. Hors régime de faveur, c'est-à-dire lorsque la cession des actions souscrites ou acquises n'intervient pas avant l'expiration d'une période de quatre ans à compter de l'attribution de l'option, les règles d'imposition sont les suivantes : la plus-value d'acquisition est taxée au titre des salaires pour le bénéficiaire (art. 80-bis-I et art. 163-bis-C-II CGI) ; l'avantage imposable doit être ajouté aux revenus de l'année au cours de laquelle le bénéficiaire a cédé les actions.

Cette solution a un lourd retentissement du côté de l'entreprise : les cotisations sociales seront dues pour la valeur correspondante, et la CSG-RDS due sur les salaires (8 %) viendra s'y ajouter. Cette charge prendra naissance l'année au cours de laquelle le bénéficiaire aura disposé des actions. Il suffit qu'un grand nombre d'options aient été attribuées, et qu'une importante hausse de la valeur de l'action déclenche des cessions en masse de la part des bénéficiaires, pour que l'entreprise se trouve confrontée à un très important surcroît de charges sociales. Un groupe pharmaceutique français a connu cette difficulté il y a quelques années, parce que certaines précautions n'avaient pas été prises dans la rédaction du plan. Il faut rappeler que l'avocat ou le conseil financier qui n'alerte pas spécialement l'entreprise sur le risque, et qui ne la met pas en mesure d'y obvier par une rédaction adaptée du plan (on va revenir sur ce point), engage sa responsabilité professionnelle.

9. Pour que le régime de faveur s'applique il faut que les actions soient nominatives (ce qui est toujours le cas dans les sociétés non cotées) et que, comme on l'a vu, la cession des actions souscrites ou acquises n'intervienne pas avant l'expiration d'une période de quatre ans à compter de l'attribution de l'option (art. 163-bis-C CGI, réd. L.2001) ; ce délai de quatre ans constitue ainsi une période d'indisponibilité fiscale - mais non juridique, puisqu'elle n'empêche pas la cession.

La date d'*attribution de l'option* qui constitue le point de départ du délai d'indisponibilité de quatre ans, s'entend de celle à laquelle, après délégation par l'assemblée, le conseil d'administration ou le directoire désigne les bénéficiaires des options et spécifie les avantages qui leur sont octroyés (V. *infra* n°14 s.).

Au titre du régime de faveur, un taux fixe d'imposition de la plus-value d'acquisition est prévu par la loi – c'est dire qu'on écarte le barème progressif de l'IR. Depuis la réforme de 2001, ce taux dépend de différents facteurs (art. 163 bis-C-I et 200-A du CGI). Si l'avantage tiré de la levée

de l'option n'excède pas 152.500 €, le taux d'imposition est de 30 % (porté en réalité à 40 %, puisqu'il faut ajouter 7,5% de CSG, 0,5% de CRDS, et 2% de prélèvement social). L'imposition de la plus-value d'acquisition passe à 40 % (50% avec les contributions sociales) si l'avantage retiré est supérieur à 152.500 €. On constate que les plus-values « rapides » sont davantage taxées car ces taux d'imposition de 30 % et 40 % sont respectivement ramenés à 16 % et 30 % si, outre le respect du délai d'indisponibilité fiscale de 4 ans à compter de l'attribution, le titulaire respecte un délai légal de portage de 2 ans - c'est-à-dire s'il ne cède pas ses actions dans un délai de six ans à compter de l'attribution des options. En incitant à la conservation des actions obtenues à la suite de la levée des options, le législateur a voulu diminuer le nombre des cessions immédiates, et récompenser la prise de risque.

Du côté de l'entreprise, lorsqu'on peut bénéficier du régime de faveur, il n'y a pas lieu à cotisations sociales, puisqu'on ne se trouve plus en présence d'un complément de salaire.

11. Bien que le régime de faveur soit fait pour alléger l'imposition que supporte le bénéficiaire, ce n'est pas nécessairement le cas si l'on prend en compte les taux de taxation mentionnés (en comprenant la CSG/CRDS), comparés au taux marginal d'IR du bénéficiaire. Pour éviter ce handicap, la loi l'autorise à réclamer l'intégration de la plus-value d'acquisition dans ses revenus salariés, de sorte qu'elle sera imposée comme salaire selon le régime et le taux de droit commun. L'exercice de cette option ne concerne toutefois que le salarié : cela n'a aucune incidence sur l'entreprise, qui reste déchargée des cotisations sociales. Le régime de faveur conserve pour elle tout son sens.

Imposition de la plus-value de cession

12. La plus-value de cession est la différence entre la *valeur* des actions à la date de la levée de l'option (ce qui ne doit pas être confondu avec le prix de souscription), et leur prix de cession. Ce gain en capital sera imposé au taux normal d'imposition des plus-values sur cession de valeurs mobilières, soit 16 % (cf. art. 92 B *bis* et 92 B CGI), si du moins le bénéficiaire a dépassé le seuil annuel au-delà duquel de telles plus-values deviennent taxables. Dans la mesure où elle est imposable, la plus-value de cession est en outre soumise, en tant que revenu du patrimoine, à l'imposition supplémentaire de 10% résultant du cumul CSG-CRDS-prélèvement social, soit un montant total de 26%.

13. Tout ce qui précède démontre que le véritable avantage constitué par les stocks options pour leur bénéficiaire, tient davantage à l'existence de la plus-value qu'au régime d'imposition, qui n'est pas si favorable que cela (le régime des BSA est moins désavantageux ce qui explique les risques de requalification exposés dans un précédent article).

La précaution essentielle

14. Du fait de ce qui a été dit, une précaution élémentaire destinée à éviter un coût social considérable pour l'entreprise, consiste à bloquer les attributaires d'option de telle sorte qu'ils soient *de facto* contraints de respecter la période d'indisponibilité fiscale qui constitue la condition déterminante du régime fiscal et social de faveur.

Le bénéfice de ce régime est, on l'a vu, subordonné au fait que la cession des actions n'intervienne pas avant l'expiration d'une période de quatre ans à compter de l'attribution de l'option. On doit donc veiller à mettre en place un délai de portage, et le définir de telle sorte qu'il garantisse le bénéfice du régime de faveur en bloquant la cession de leurs titres par les attributaires durant toute la période d'indisponibilité fiscale.

On a vu que le délai de portage ne saurait être supérieur à trois années à compter de la levée d'option. Par conséquent, sur les quatre ans d'indisponibilité à la fin desquels tous les risques sont écartés, seule une période de trois années peut être maîtrisée par la mise en place d'un délai de portage et il y a une période d'une année pendant laquelle le bénéficiaire peut *a priori* revendre ses titres en dehors du régime de faveur. Pour éviter le risque, il faut dissocier d'un an la date d'attribution des options, et la possibilité effective d'exercer les options ; cette dissociation, complétée par le portage, exclut le risque d'une cession des actions hors régime de faveur. Une telle dissociation est possible, puisque l'administration fiscale, au titre de son interprétation de l'art. 163 bis-C-I CGI, a précisé que le point de départ du délai d'indisponibilité fiscale (que la loi présente comme la date *d'attribution*, sans autre précision) correspond à la date à laquelle le conseil d'administration désigne les bénéficiaires des options, le nombre de titres qu'ils ont le droit de souscrire, et le prix auquel ils peuvent effectuer cette souscription. On mettra donc par exemple en place un mécanisme par lequel le conseil d'administration, qui aura reçu de l'assemblée déléguée de fixer le point de départ du délai d'option, précisera à une date N l'identité des bénéficiaires, le nombre d'options et le prix de souscription, tout en précisant que le délai d'option ne sera ouvert (par exemple pour une durée de trois années), qu'à compter de la date N + 1 an. Le délai de portage

de trois ans, par ailleurs mis en place par le conseil, aura ainsi pour effet d'expirer en même temps que le délai d'indisponibilité fiscale.

15. Dans une *start-up*, on peut imaginer un autre système qui consisterait à ouvrir le délai d'option dès la décision d'attribution du conseil d'administration, en posant une condition d'ancienneté dans l'entreprise, spécialement si les bénéficiaires sont des salariés : les salariés ne pourraient lever l'option que lorsqu'ils auraient déjà effectué un certain nombre d'années dans l'entreprise. En fonction de la date de création de l'entreprise et si celle-ci est récente, le résultat certain pourrait être que le point de départ du délai d'option se situerait un an après la décision d'attribution prise par le conseil. La stipulation d'un délai de portage de trois ans ferait le reste.

16. On peut enfin concevoir que l'ouverture de l'option soit subordonnée à la réalisation d'une condition propre à l'entreprise (par ex. une condition de résultat), dont il serait suffisamment certain qu'elle ne soit réalisée qu'un an après la décision d'attribution, mécanisme là encore assorti du délai de portage maximum.

On voit ainsi que la précaution qui consiste à "enfermer" les bénéficiaires dans le régime de faveur peut être combinée, selon les contraintes et les besoins de l'entreprise, avec la détermination au cas par cas des conditions auxquelles doivent être subordonnées l'attribution et l'exercice des options de souscription.