



## **Webinaire FONDACT du 15 octobre 2019 sur l'épargne salariale**

### **Réponses complémentaires à certaines questions posées**

#### **1) Taux du forfait social sur l'abondement unilatéral destiné à l'acquisition d'actions de l'entreprise ou de parts de FCPE d'actionnariat salarié.**

Nous avons abordé cette question qui fait débat en raison de la rédaction du troisième alinéa de l'art. L.137-16 du Code de la sécurité sociale relatif au taux réduit de 20 à 10% institué par la LFSS pour 2019 sur les opérations d'actionnariat salarié.

Si l'on se réfère à l'esprit des textes, le taux réduit devrait s'appliquer. Mais si on s'en tient à la lettre des textes applicables, il résulte malheureusement de la combinaison des articles L.3332-11, 1° du Code du travail et de l'article L.137-16, al.3 du Code de la sécurité sociale que le versement unilatéral effectué en actions de l'entreprise demeure soumis au forfait social au taux de 20%, ce, compte-tenu notamment de la lettre de l'article L.137-16, al.3 du Code de la sécurité sociale. Or, on ne peut guère espérer des URSSAF une interprétation autre que littérale de ces textes, avec le risque élevé d'une approbation par la Cour de cassation.

Nous vous informons cependant que notre association a déposé un amendement au projet de LFSS pour 2020 de façon à permettre l'application du taux réduit à ces opérations.

Cependant, les entreprises employant moins de 50 salariés sont totalement exonérées du forfait social sur un tel versement car l'exonération porte sur tous les versements de ces entreprises effectués dans un plan d'épargne salariale (CSS, art.L.137-15, al.11).

#### **2) Les SAS et l'actionnariat salarié.**

Après l'annonce de l'application aux salariés et dirigeants des SAS des dispositions du Code du travail sur l'actionnariat salarié dans le cadre du PEE, il nous a été objecté qu'il n'y avait là rien de bien nouveau.

Je ne partage pas cet avis. Il convient en effet de noter que de nombreux auteurs étaient jusqu'à présent opposés à l'actionnariat salarié collectif dans le cadre des SAS comme par exemple les rédacteurs du Mémento Sociétés Commerciales publié par Francis Lefebvre. D'autres sont au moins très réservés comme le professeur Laurent Godon (Université de Rennes) dans son étude sur les SAS publiée par le Dictionnaire Joly des Sociétés (cf. le n°264 de son étude).

Ces réserves me paraissent tout à fait justifiées à la fois par les caractéristiques très libérales de ce type de société commerciale et par l'intention du législateur telle qu'elle ressort notamment de l'exclusion explicite du champ de la SAS de l'article L.225-102 du Code de commerce sur le rapport de gestion du conseil d'administration et l'actionnariat salarié.

L'avenir nous dira si cette ouverture faite par la loi PACTE est opportune ou non.

### **3) Les nouvelles règles de désignation des représentants des porteurs de parts dans les FCPE d'actionnariat salarié et l'exercice du droit de vote à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2021.**

Il paraît utile de revenir sur cette question car la rédaction de l'article L.214-165 modifié du Code monétaire et financier n'est ni très heureuse, ni très claire (pour l'instant, elle n'apparaît pas sur le site de Légifrance dédié aux Codes en vigueur car elle ne sera pas applicable avant 2021).

Dans sa rédaction actuelle, le premier alinéa du paragraphe II de l'article L.214-165 du Code Monétaire et financier offre deux modalités de désignation des membres du Conseil de surveillance du fonds et en application de son paragraphe II, c'est le règlement du fonds qui précise à la fois la composition du Conseil et laquelle de ces deux modalités de désignation est retenue :

- 1) Première modalité : les membres du conseil de surveillance sont élus par les porteurs de parts et sont alors exclusivement des représentants des porteurs de parts : dans ce cas, ils sont élus sur la base du nombre de parts détenues et eux-mêmes salariés de l'entreprise et porteurs de parts du fonds d'actionnariat salarié et le conseil exerce les droits de vote attachés aux parts ou titres émis par l'entreprise ou par toute autre société liée à celle-ci (art.L.214-165, II al.2).
- 2) Deuxième modalité : le règlement du fonds applique les modalités de composition et de désignation des membres du conseil qui régissent les fonds diversifiés de l'article L.214-164 du Code monétaire et financier. Il s'agit du deuxième alinéa de l'article L.214-164 qui dispose que le conseil de surveillance est composé pour moitié au moins de salariés représentant les porteurs de parts. Les mots « pour moitié au moins » s'appliquent depuis le 23 mai 2019 au nombre de représentants salariés et ont remplacé les mots « pour moitié au plus » qui s'appliquaient au nombre de représentants de l'entreprise dans le 2<sup>ème</sup> alinéa de l'art.L.214-164 du Code monétaire et financier, (article 166 de la loi PACTE). L'alinéa suivant (le troisième du I donc) renvoie aussi au règlement pour la détermination du mode de désignation des représentants des porteurs de parts, mais en précisant qu'il doit choisir entre trois modes : élection, choix opéré par le comité d'entreprise (CSE désormais) ou par les organisations syndicales représentatives.

L'article 165 de la loi dite « PACTE » a modifié le deuxième mécanisme ci-dessus, **mais avec effet du 1<sup>er</sup> janvier 2021.**

Du fait de cette modification introduite par la loi PACTE, le texte du premier alinéa du II de l'article L.214-165 sera ainsi rédigé au 1<sup>er</sup> janvier 2021 :

« II. – *Le règlement du fonds précise la composition et les modalités de désignation de son conseil de surveillance, qui peut être effectuée soit par élection sur la base du nombre de parts détenues par chaque porteur de parts, soit dans les conditions prévues au deuxième alinéa du I de l'article L. 214-164. Dans ce dernier cas, les salariés représentant les porteurs de parts sont élus parmi l'ensemble des salariés porteurs de parts sur la base du nombre de parts détenues par chaque porteur et, pour l'exercice des droits de vote attachés aux titres émis par l'entreprise, après discussion en présence des représentants de l'entreprise, les opérations de vote ont lieu hors la présence de ces derniers* ».

La rédaction de l'article 165 de la loi « PACTE » introduit à mon avis une certaine confusion entre la composition du conseil de surveillance et les modalités de désignation de ses membres. Or, il s'agit de deux questions distinctes qui font l'objet dans l'article L.214-164 de deux alinéas différents.

A partir du 1<sup>er</sup> janvier 2021, le renvoi au deuxième alinéa du I de l'article L.214-164 n'aura d'effet, selon nous, que sur la composition du conseil et non sur son mode de désignation, les représentants des porteurs étant exclusivement désignés par voie d'élection parmi l'ensemble des salariés porteurs de parts sur la base du nombre de parts détenues par chaque porteur. Cette modification semble plutôt logique et saine et assurément bien davantage que la désignation par le CSE ou par les organisations syndicales, même si ce sont elles qui ont conclu l'accord instituant le PEE avec l'employeur.

Une autre modification essentielle a été apportée au texte de l'article L.214-165 par l'art.165 de la loi PACTE et avec effet du 1<sup>er</sup> janvier 2021 : les représentants de l'entreprise devront à l'avenir se retirer du conseil lorsque les représentants des porteurs de parts exercent leurs droits de vote attachés aux titres émis par l'entreprise. En un mot, ils peuvent participer aux discussions, mais pas aux opérations de vote.

Certes, ce n'est pas complètement illogique, mais n'est-ce pas un peu excessif ? N'était-il pas suffisant de prévoir qu'ils ne devaient pas participer aux opérations de vote ? Le législateur en a décidé autrement et l'avenir dira si ce choix était efficient et fondé. L'amendement à l'origine de cette modification visait essentiellement à éviter les conflits d'intérêts. Comme le soulignent certains auteurs, cette mesure devrait satisfaire ceux qui reprochent aux entreprises d'utiliser l'actionnariat salarié comme un instrument d'autocontrôle déguisé, ce qui est aussi quelque peu excessif.

#### **4) Actionnariat salarié et exercice du droit de vote :**

**Première question : Le dépôt d'une résolution à l'AG doit-il être soumis au vote de l'ensemble du conseil de surveillance ou être réservé au vote du seul collège salariés ?**

A l'heure actuelle et jusqu'au 31 décembre 2020, la résolution doit être soumise au vote du conseil dans son ensemble. A partir du 1<sup>er</sup> janvier 2021, les représentants de l'entreprise ne pourront plus participer à cette opération de vote et devront même quitter la réunion (cf. réponse à la question 3).

## **Deuxième question : le vote sur les titres de l'entreprise détenus dans un FCPE diversifié et acquis à l'initiative du gérant est-il obligatoire ?**

La réponse à cette question se trouve dans le sixième alinéa du I de l'article L.214-164 du Code monétaire et financier :

*« Le conseil de surveillance exerce les droits de vote attachés aux valeurs comprises dans le fonds et décide de l'apport des parts ou titres. Toutefois, le règlement peut prévoir que les droits de vote relatifs à ces parts ou titres soient exercés par la société de gestion, et que celle-ci puisse décider de l'apport des parts ou titres, à l'exception des parts ou titres de l'entreprise ou de toute entreprise qui lui est liée dans les conditions prévues aux articles [L. 3344-1](#) et [L. 3344-2](#) du code du travail. »*

Il appartient donc au règlement de préciser s'il appartient à la société de gestion d'exercer les droits de vote attachés aux titres détenus dans le fonds, y compris s'il s'agit – pour partie – de titres émis par l'entreprise. En cas de silence du règlement du fonds ou si les titres font l'objet d'un apport (fusion, OPA ou autre), les droits de vote sont obligatoirement exercés par le conseil de surveillance.

### **5) La désignation d'un administrateur représentant les actionnaires salariés.**

La question à laquelle nous n'avons peut-être pas répondu car elle me paraissait viser avant tout la modification de l'article L.214-165 analysée ci-dessus sous le § 3 et issue de l'article 165 de la loi, était exactement la suivante :

*« Comment le (ou les) représentants des salariés actionnaires devront-ils être désignés ? si le président du conseil du FCPE est déjà élu par les porteurs de parts, peut-il être proposé à la désignation par l'AG ou est-il nécessaire de procéder à une nouvelle consultation des porteurs de parts pour la désignation du représentant des actionnaires salariés au conseil de la société ? Et à quelle date cette disposition s'applique-t-elle ? Merci »*

Il semblerait donc qu'elle visait aussi ou essentiellement (?) la désignation d'un administrateur représentant les actionnaires salariés, sujet qui fait l'objet des articles 184 et 186 de la loi dite « PACTE ».

L'article 184 de la loi PACTE a effectivement élargi - et en fait restauré, car cette règle a déjà existé par le passé - la désignation d'un administrateur représentant les actionnaires salariés, aux sociétés « non-cotées » d'une certaine importance (1000 salariés employés à la clôture de deux exercices consécutifs dans la société et ses filiales dont le siège social est établi en France ou 5000 si leur siège social est établi en France et à l'étranger).

Cette disposition est intégrée dans l'article L.225-23 du Code de commerce (al.2).

En application du premier alinéa de l'article L.225-23 précité du Code de commerce (et auquel renvoie le nouvel alinéa 2 relatif aux sociétés non-cotées) :

*« Dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, lorsque le rapport présenté par le conseil d'administration lors de l'assemblée générale en application de [l'article L. 225-102](#) établit que les actions détenues par le personnel de la société ainsi que par le personnel de sociétés qui lui sont liées au sens de [l'article L. 225-180](#) représentent plus de 3 % du capital social de la société, un ou plusieurs administrateurs sont élus par l'assemblée générale des actionnaires sur proposition des actionnaires visés à l'article L. 225-102. Ceux-ci se prononcent par un vote dans des conditions fixées par les statuts. Ces administrateurs sont élus parmi les salariés actionnaires ou, le cas échéant, parmi les salariés membres du conseil de surveillance d'un fonds commun de placement d'entreprise détenant des actions de la société » ....*

A notre avis, le fait qu'un salarié porteur de parts d'un FCPE d'actionnariat salarié ait été élu président du conseil de surveillance ne fait pas automatiquement de lui un administrateur représentant les actionnaires salariés. Cela dit, rien n'empêche non plus de le proposer à l'élection par l'AG, mais un nouveau vote des salariés porteurs de parts du FCPE me paraît, au préalable, nécessaire, car d'une part, il s'agit d'une disposition nouvelle, et d'autre part, l'article L.225-23 reproduit ci-dessus précise bien que ce candidat administrateur doit être désigné par les actionnaires salariés (i.e. les porteurs de parts du FCPE et/ou les actionnaires salariés « directs ») « *par un vote dans des conditions fixés par les statuts* » (de la société).

Quant à la date d'application de cette disposition, elle est fixée par le paragraphe B du I de l'article 184 de la loi PACTE que je reproduis donc ci-après :

*« B.-Pour l'application du A, l'entrée en fonction des administrateurs et des membres du conseil de surveillance représentant les salariés ou les salariés actionnaires intervient au plus tard six mois après l'assemblée générale portant les modifications statutaires nécessaires à leur élection ou à leur désignation. Ces modifications statutaires sont proposées lors de l'assemblée générale ordinaire organisée en 2020 ».*

J'espère avoir ainsi répondu complètement à cette question relativement complexe.

## **6) Conséquences de la suppression du dernier alinéa de l'article L.3325-2 du Code du travail (transfert de droits à participation des CCB au PEE) :**

Je reviens très brièvement sur cette question et par précaution. Certes, cet alinéa de l'article L.3325-2 du Code du travail a disparu, mais l'article D.3324-28 du même

code exige bien que « *Lorsque l'accord de participation offre plusieurs instruments de placement, il précise les modalités selon lesquelles le salarié peut modifier l'affectation de son épargne.* ».

En cours ou à l'issue de la période d'indisponibilité, ou même encore à la suite, il est toujours possible de procéder à de tels transferts et sans imposition à condition que l'accord le prévoit et aussi que le salarié n'en ait à aucun moment la disposition sinon le transfert fera l'objet d'une imposition.

Gérard Kesztenbaum  
Avocat honoraire, membre du Bureau de FONDACT