



N° Z1724470

Décision attaquée : 06 juillet 2017 de la cour d'appel de Paris

la société Groupe H... I...

C/

**l'union de recouvrement des cotisations
de sécurité sociale et d'allocations
familiales (URSSAF) Ile-de-France**

Dominique Gaillardot, premier avocat général

**AVIS
de l'avocat général**

La société GROUPE H... I... s'est pourvue contre un arrêt de la cour d'appel de Paris ayant confirmé un jugement du tribunal des affaires de sécurité sociale de Paris l'ayant débouté de sa demande en vue d'annulation de la décision explicite de la commission de recours amiable afin de contester les chefs de redressement relatifs notamment à l'attribution de Bons de souscription d'actions (BSA).

Il est fait référence au rapport pour le rappel des termes du litige, de la procédure et l'analyse succincte des moyens.

Sur la notion de Bons de souscription d'action (BSA)

Les bons de souscription d'actions BSA sont des instruments financiers qui permettent de souscrire un nombre d'actions déterminées à un prix fixé à l'avance (prix d'exercice) et pendant une période définie.

Le bénéficiaire de ce BSA n'a aucune obligation de souscrire l'action à laquelle le bon donne droit. Les bons de souscription d'actions BSA peuvent être exercés ou non, ou cédés.

Comme toute valeur mobilière, dès leurs souscriptions avant même leur exercice, ces bons acquièrent une valeur, pouvant être cédés sur le marché. La valeur de ces bons doit être distinguée de celle de la plus value résultant éventuellement de leur exercice.

En l'espèce, comme le relève l'arrêt "*Le contrat prévoit que les BSA sont incessibles (art. 2.1.2), que chacun des dirigeants ne pourra les exercer qu'à compter de la survenance de la sortie de Colony, ou de la cotation de la société (art.2.2.1)*". Le même contrat prévoit que les dirigeants promettent de vendre l'intégralité (de ces bons) à une société en cas de sortie de Colony.

Ces bons, incessibles, sont ainsi susceptibles d'être exercés uniquement dans les conditions définies au contrat, et sont assortis d'une promesse de vente par les dirigeants.

A ce titre, de par ces caractéristiques spécifiques, le régime des bons émis par la société Groupe H... I... se différencie très sensiblement du régime de simple BSA.

sur la prescription

Le premier moyen reproche à l'arrêt d'avoir considéré, pour écarter la prescription, que le fait générateur des cotisations dues sur l'avantage retenu était constitué, non par l'acquisition des bons de souscription d'actions par les dirigeants de la société, mais par la cession en 2009 de ces bons à la société SDAGL.

D'une manière générale, dès leur attribution les BSA acquièrent une valeur, comme étant négociables sur les marchés financiers, et donc susceptibles, dans des conditions que l'on développera ci-dessous de représenter un avantage.

C'est donc bien leur attribution qui est susceptible d'être le fait générateur au sens de l'article L.241-1 du code de la sécurité sociale; C'est cette attribution elle-même qui est caractérisée, dès ce moment et avant même et en dehors de l'exercice éventuel de ces bons, un avantage. Et c'est donc à partir de cette attribution que le délai de prescription, au sens de l'article L. 244-3 du code de la sécurité sociale commence à courir.

En l'espèce cependant, compte tenu de la clause d'incessibilité contractuelle, ces bons n'ont une réalité et n'acquièrent une valeur sur les marchés qu'au moment où leur exercice est contractuellement autorisé, soit lors de la sortie de Colony ou de la cotation de la société. L'avantage potentiel ne peut exister qu'à ce moment, et la valeur de cet avantage appréciée qu'à cette date.

En effet, du fait de l'indisponibilité, ces bons, qui auraient été négociables à une valeur donnée sans cette clause d'indisponibilité, n'ont, au stade de la décision d'attribution, strictement aucune valeur. Ils ne peuvent à ce stade être considéré comme un avantage ; avant la réalisation de la clause , ses bons , sans valeur sur le marché puisque non négociables, ne donnent par ailleurs droit à rien. Ils n'ont à ce stade aucune conséquence sur l'accès au capital de la société.

L'existence de l'avantage est conditionnée par la réalisation de la clause .

En cela, l'attribution de BSA incessibles, ne peut être rapprochée de votre jurisprudence qui a intégré dans l'assiette de cotisation la possibilité offerte aux salariés de la société d'acquérir des actions de la société mère du groupe à un prix préférentiel¹. Dans ce dernier cas, l'avantage est directement lié a la nature préférentielle du prix, susceptible d'être apprécié dès la décision d'attribution. De par cette indisponibilité, la solution retenue par votre chambre en cas d'attribution d'action gratuite², et régulièrement affirmée, ne semble pas pouvoir être retenue en l'espèce.

Si les actions gratuites distribuées ont en effet une valeur dès leur attribution, tel n'est pas le cas pour ces bons incessibles.

L'attribution de BSA incessibles ne peut être assimilée ni à une attribution d' actions, ni à une attribution d'options sur action attribuées à des membres du personnel, évaluable à la date d'attribution selon la norme définie notamment à l'annexe B 16 du règlement européen règlement n° 2011/2005.

En cela, l'attribution de BSA incessibles, en ce que ceux-ci sont précisément incessibles et donc sans valeur en tant que telle jusqu'à leur exercice ou leur cession une fois autorisée, se rapproche très sensiblement de la distribution de stock-option. Il ne serait pas illogique que la solution adoptée se rapproche du régime en vigueur pour les stocks options défini par l'art 242-1³ du code de la sécurité sociale pour lequel l'avantage est pris en compte lors de la levée de l'option et non lors de leur attribution.

C'est donc à juste titre que l'arrêt a pu considérer que "*si incontestablement, l'attribution à un nombre réduit de personnes du droit de souscrire à une augmentation*

¹ **2e Civ., 18 février 2010, pourvoi n° 08-20.547**

² 2ème Civ, 2 avril 2015, pourvoi 14-16.453; 12 oct 2017, pourvoi 16-21.686

³

Il résulte de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale que, pour le calcul des cotisations des assurances sociales, des accidents du travail et des allocations familiales l'avantage défini à l'article 80 bis, II du code général des impôts est considéré comme une rémunération lors de la levée de l'option :

*de capital à réaliser constitue un avantage, ce dernier ne **se matérialise** et ne se quantifie qu'au moment de la cession” pour écarter la prescription.*

Le second moyen tend à contester l'existence et la valorisation de l'avantage attribué.

L'avantage résulte du seul fait que ces bons sont distribués aux seuls dirigeants et qu'ils acquièrent, une fois exercés la potentialité d'une plus-value sans que les juges aient à caractériser plus cet avantage. Cette distribution de BSA est nécessairement liée à l'appartenance de ces dirigeants à l'entreprise, ce qui suffit à caractériser l'avantage. En cela, l'existence d'un aléa potentiel quand à la réalisation d'une plus-value est sans conséquence sur la caractérisation d'un avantage résultant de la distribution de bons aux seuls dirigeants.

Enfin, pour les raisons développées ci-dessus relativement au premier moyen, cet avantage, du fait de l'incessibilité des bons, n'est caractérisé et ne se matérialise qu'à la date de leur exercice ou de leur cession, soit à compter de la survenance de la sortie de Colony, ou de la cotation de la société.

En cela l'attribution des bons incessibles se distingue de l'attribution gratuite d'actions, dont la valeur peut immédiatement être appréciée lors de l'attribution, même assortie de conditions, dans les conditions définies spécifiquement à l'article L.137-13 du code de la sécurité sociale.

Le mémoire en défense soulève le caractère nouveau et mélangé de droit et de fait de la cinquième branche du second moyen, qui reproche à l'arrêt de ne pas avoir retenu, pour mesurer l'avantage “Le montant de l'éventuelle plus-value réalisée au jour de l'acquisition des actions”.

De part le caractère incessible des bons attribués, c'est bien lors de leur exercice ou de leur cession que se réalise l'avantage. C'est en conséquence dès ce moment qu'il convient de se placer pour apprécier la valeur de l'avantage lié à l'attribution de bons, au regard de la valeur du sous-jacent à ce moment donné et non à la date des acquisitions éventuelles d'actions.

Sur le troisième moyen

Le moyen ne fait que contester l'appréciation souveraine des juges du fond sur la qualité de dirigeant.

avis de rejet.