

"Les bonnes idées n'ont pas d'âge, elles ont seulement de l'avenir" Madame de Staël

Regard

Prime de partage des profits : l'effectivité du « triple P » menacée ?

La prime de partage des profits (PPP) a été instituée par la loi n°2011-894 du 28 juillet 2011 de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2011. De façon assez inhabituelle, la Direction Générale du Travail a jugé utile de publier une circulaire interministérielle sous la forme désormais traditionnelle du « questions-réponses », preuve qu'à peine publié, le texte suscitait de nombreuses interrogations. La prime concerne les sociétés commerciales soumises au droit français qui emploient habituellement 50 salariés et plus et dont l'assemblée générale autorise, en application de l'article L.232.12 du code de commerce, l'attribution à ses associés ou actionnaires de dividendes par part sociale ou par action en augmentation par rapport à la moyenne des dividendes versée au titre des deux exercices précédents. Sont concernés dès cette année les dividendes votés par les assemblées générales au titre de l'exercice 2010, comparés à la moyenne des dividendes versés au titre des exercices 2009 et 2008.

En 2011, par dérogation au délai de trois mois institué par la loi, les entreprises soumises à l'obligation (et éligibles aux exonérations de charges sociales en découlant) doivent conclure un accord ou prendre une décision unilatérale sur le versement d'une prime au plus tard le 31 octobre. A la veille de cette échéance, les incertitudes juridiques et les difficultés d'application pratique de ce dispositif ne manquent pas d'essaimer. Elles renforcent l'incompréhension, voire l'hostilité des employeurs vis à vis de cette mesure souvent jugée inutile, compte tenu des outils déjà existant (primes d'intéressement et de participation en hausse en 2011 au titre de 2010).

Pour autant, les entreprises dont les dividendes versés en 2010 sont en hausse par rapport aux deux années précédentes, ne sont pas nécessairement dans l'obligation de négocier une prime de partage des profits.

La loi du 28 juillet 2011 ouvre des cas d'exclusion tenant à :

- son champ d'application (1/);
- des mécanismes de substitution (2/);

1/ Le champ d'application de la loi

Deux critères d'exonération sont explicitement visés par la loi et la circulaire (1.1). Un troisième critère, néanmoins implicite (1.2), résulte de la définition du groupe d'entreprise telle qu'entendue par la loi du 28 juillet 2011.

1.1 Le double critère tenant au seuil d'effectif et à la forme de la société

Une certitude : Les entreprises de moins de 50 salariés ne sont pas concernées par l'obligation de mettre en place la prime de partage des profits. Peu importe, à cet égard qu'elles appartiennent ou non à un groupe de sociétés. Le critère tenant au seuil d'effectif de 50 salariés est intangible, de sorte qu'une entreprise n'atteignant pas cet effectif ne sera pas éligible à la prime, quand bien même elle relèverait d'un groupe de sociétés et serait représentée au comité de groupe.

Par ailleurs, toutes les sociétés commerciales sont concernées par la loi, mais nombre d'entités juridiques ne sont pas assujetties au paiement de la prime de partage des profits (exemples : GIE, Mutuelles, SCOP, EIRL, SAM, ...).

Cette exclusion a créé une difficulté dans de nombreux groupes utilisant en particulier le GIE comme structure de coopération entre différentes entités, qui se sont vus privés ainsi de la possibilité d'appliquer un dispositif identique pour tous les salariés.

Dans ces groupes, la solution retenue en pratique a pu consister à panacher les dispositifs appliqués, entre l'attribution d'une prime de partage des profits ou d'un supplément d'intéressement exonérés de charges sociales, voire dans certains cas d'un élément de salaire soumis à charges sociales.

Sont également exclues les succursales françaises d'une société étrangère, quand bien même celle-ci verserait des dividendes en augmentation à ses actionnaires.

1.2 Le critère tenant à l'activité de la société dominante dans un groupe d'entreprise

La loi du 28 juillet 2011 dispose que : « lorsqu'une société appartient à un groupe tenu de constituer un comité de groupe en application du I de l'article L. 2331-1 du code du travail, elle verse une prime au bénéfice de l'ensemble de ses salariés dès lors que l'entreprise dominante du groupe attribue des dividendes dont le montant par part sociale ou par action est en augmentation par rapport à la moyenne des dividendes par part sociale ou par action versés au titre des deux exercices précédents » (article 1 II §2)

Selon l'article L. 2331-1, « un comité de groupe est constitué au sein du groupe formé par une entreprise appelée entreprise dominante (...) et les entreprises qu'elle contrôle (...) ». Traditionnellement, les liens capitalistiques entre les sociétés permettent d'identifier l'entreprise dominante.

Cependant, l'article L. 2331-4 du Code du travail précise que « ne sont pas considérées comme entreprises dominantes, les entreprises mentionnées aux points a et c du paragraphe 5 de l'article 3 du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 sur les concentrations ».

Or, ce règlement communautaire relatif au contrôle des concentrations entre entreprises dispose qu'une opération de concentration n'est pas caractérisée « lorsque les opérations (...) sont réalisées par des sociétés de participation financière » (article 3 §5).

Ces sociétés sont définies par la directive du 25 juillet 1978. Il s'agit « exclusivement des sociétés dont l'objet unique est la prise de participations dans d'autres entreprises ainsi que la gestion et la mise en valeur de ces participations sans que ces sociétés s'immiscent directement ou indirectement dans la gestion de ces entreprises (...) ».

La combinaison de ces textes conduit donc, pour caractériser l'existence d'une société dominante au sens du comité de groupe, à s'interroger sur l'activité de la société tête de groupe en France.



LES MONTANTS DE LA PRIME

La plus haute :	1.000 €	Montant moyen :	288,50 €
La plus basse :	50 €	Montant médian :	250 €

Enquête Capital Ingenium
réalisée auprès de 50 entreprises de divers secteurs.

• • • La cour d'appel de Paris a ainsi écarté du périmètre d'application d'un comité de groupe la société holding du groupe qu'elle a considéré comme étant une société de participation financière, après avoir constaté qu'elle ne s'était pas « *immiscée dans la gestion des filiales par une activité positive* » (CA de Paris 1^{er} avril 2010 n°08/18749).

Ainsi, lorsqu'un groupe de sociétés (*non doté d'un comité de groupe*) a pour société tête de groupe une société de participation financière, il serait possible de se rattacher à l'article L.2331-4 du code du travail et de se fonder sur la définition du groupe au sens du comité de groupe, pour écarter l'application de la prime de partage des profits.

En réalité, dans cette hypothèse, la société de participation est en quelque sorte neutralisée. Par voie de conséquence, le critère déclencheur du versement de la prime, à savoir l'augmentation des dividendes versés, devrait être recherché soit au sein d'une société dominante « intermédiaire » ou « opérationnelle » si elle existe, soit au niveau de chaque société commerciale du groupe en France employant au moins 50 salariés.

En définitive, un **nouveau critère d'exonération** du versement de la PPP apparaît : **l'activité de la société tête de groupe** telle qu'énoncée dans les statuts. Il convient ainsi d'opérer une distinction entre la forme juridique de la société [*seul critère d'exonération de versement de la prime de partage des profits (avec les effectifs) visés dans la loi*] et son activité, pour déterminer l'obligation de verser la prime de partage des profits.

2/ La négociation d'un avantage pécuniaire non obligatoire - un substitut au versement de la PPP

L'existence d'un accord collectif établissant un avantage pécuniaire facultatif au bénéfice des salariés au titre du partage de la valeur ajoutée constitue un cas d'exclusion du champ d'application de la prime (article 1er VI).

La circulaire du 29 juillet 2009 ne définit pas la notion d'avantage pécuniaire non obligatoire (Q/R n°46 à 53). Au contraire, elle entend largement cette notion, en considérant qu'une multitude d'options est envisageable. Elle cite quelques exemples : une prime de bilan, l'intéressement, un supplément d'intéressement ou de participation, la participation dérogatoire, les actions gratuites, la retraite par capitalisation, la prévoyance, l'abondement du PERCO ou du PEE...

Ainsi, les entreprises pourraient privilégier un mécanisme de substitution en engageant à cette fin des négociations.

Quel mécanisme de substitution choisir ? Voici quelques pistes de réflexions :

- [La mise en place d'un accord d'intéressement ou de participation dérogatoire ou l'amélioration d'un accord existant](#)

La mise en place d'un dispositif d'épargne salariale (*intéressement/participation*) comme alternative au versement de la PPP est prévue à double titre.

Le législateur a pris date au **31 décembre 2013, au plus tard**, pour constater l'existence d'éventuelles propositions, issues d'un accord national interprofessionnel relatif au partage de la valeur ajoutée, visant à des adaptations législatives dans le champ de la participation et de l'intéressement.

Le lien entre la PPP et ces dispositifs d'épargne salariale est ainsi établi par la loi, ces derniers ayant **vocation dans le futur à se substituer à la PPP** dès lors que des propositions en ce sens auront été présentées dans le cadre d'une négociation collective interprofessionnelle.

La circulaire du 29 juillet 2011 a confirmé que l'avantage pécuniaire, obligatoirement institué par voie d'accord collectif postérieurement au 25 mai 2011, peut notamment prendre la forme d'un **accord d'intéressement ou de participation dérogatoire**, mais aussi d'un **supplément d'intéressement ou de participation** s'ajoutant à des accords existants.

En matière d'intéressement/participation, différentes hypothèses peuvent être identifiées. L'entreprise peut être déjà couverte par un accord d'intéressement ou de participation et conclure un avenant à l'accord d'intéressement visant à augmenter la prime, ou à l'accord de participation visant à instaurer une formule de participation dérogatoire, ou encore visant à modifier la formule de calcul de la participation dérogatoire déjà existante pour augmenter le montant de la RSP et ce, dans la limite des plafonds légaux. L'avenant devra être motivé directement par l'accroissement des dividendes.

L'entreprise peut aussi mettre en place pour la première fois, à compter du 25 mai 2011, un accord d'intéressement ou de participation dérogatoire, en lien explicite avec l'accroissement des dividendes.

Toutefois, lier la PPP telle que rédigée par la loi aux dispositifs d'épargne salariale, révèle une **contradiction originelle**. En effet, la prime est considérée comme un **dividende du travail** et a vocation à corrélér d'une certaine façon les revenus du travail à ceux du capital. En ce sens, lorsque les conditions d'octroi sont réunies, le législateur impose le principe du versement d'une prime d'une **valeur non dérisoire**. L'une des conditions étant le constat, après la clôture de l'exercice, de dividendes versés en augmentation, l'appréciation se fait *a posteriori*.

Au contraire, la participation et l'intéressement étant des dispositifs de partage des résultats et de motivation des salariés avec l'objectif d'accroître la performance collective, les primes susceptibles d'être dégagées sont par nature aléatoires dans leur principe et dans leur quantum, et ne peuvent être prévisibles *a priori* et encore moins garanties.

Par voie de conséquence, l'entreprise doit instituer ou améliorer son dispositif d'épargne salariale pour l'avenir, en contrepartie de l'augmentation des dividendes liés à ses résultats passés.

Par ailleurs, ce faisant, l'entreprise sera soumise à un **risque double**.

Elle devra d'abord prendre la précaution de garantir l'aléa dans l'appréciation des critères d'intéressement, au risque de perdre le bénéfice des exonérations sociales et fiscales légales y afférentes. Mais si l'aléa est garanti par l'accord, la prime d'intéressement pourra donc ne pas être versée si les seuils de déclenchement ne sont pas atteints. Dans ce cas, il n'y aura donc pas versement d'un avantage pécuniaire non obligatoire permettant à l'entreprise d'être exonérée de la PPP. En effet, pour être exonéré de PPP, il ne suffit pas d'avoir conclu un accord, encore faut-il que les salariés aient effectivement perçu une prime. Or, les dividendes pouvant être prélevés sur les réserves et pas nécessairement sur des bénéfices réalisés au titre de l'exercice clos, il n'y a pas nécessairement de corrélation entre le versement de dividendes en hausse et le versement d'une prime d'intéressement. Une **double contrainte** peut donc peser sur l'entreprise, qui aura à la fois renforcé ses dispositifs d'épargne salariale et qui restera néanmoins éligible au versement de la prime en raison de l'augmentation de ses dividendes.

• • • De la même manière, lorsque l'avantage pécuniaire de substitution prend la forme d'un accord d'intéressement ou de participation dérogatoire, celui-ci doit impérativement être conclu avant la fin de la première moitié de la période de calcul (*avant la fin du premier semestre si la période de calcul de l'intéressement est l'exercice civil*) pour préserver son caractère aléatoire.

La loi impose à l'employeur de conclure les négociations relatives à la prime au plus tard dans un délai de trois mois suivant l'attribution des dividendes autorisés par l'assemblée générale statuant sur les comptes. Or, cette assemblée générale se tient dans les six mois de la clôture de l'exercice (*articles L.223-26 et L.225-100 du Code de commerce*). Une assemblée qui se tiendrait en juin, autorisant le versement de dividendes en augmentation, ne permettrait pas matériellement à l'entreprise de conclure un avenant ou un accord d'intéressement.

La circulaire du 29 juillet 2009 a **anticipé cet écueil** et prévoit la possibilité d'ouvrir les négociations sur l'avantage pécuniaire non obligatoire avant même la tenue de l'assemblée, dès que la probabilité de l'augmentation des dividendes est connue, notamment par la rédaction du projet de résolution.

On le voit, l'avantage pécuniaire non obligatoire institué par voie d'accord d'intéressement ou de participation dérogatoire, se substituant à la PPP, est en pratique mal aisé à mettre en place.

A cet égard, l'analyse de la loi du 28 juillet 2011 confirme cette difficulté. En effet, l'article VI exonère du versement de la prime les sociétés ayant attribué au titre de l'année en cours au bénéfice de l'ensemble de leurs salariés, par accord d'entreprise, un avantage pécuniaire qui n'est pas obligatoire, en contrepartie de l'augmentation des dividendes. La circulaire précise que l'avantage « (...) doit être versé au cours de l'exercice au cours duquel l'assemblée générale se prononce sur l'augmentation des dividendes. Ainsi, pour un dividende en augmentation, versé aux actionnaires au cours de l'exercice 2012, la société est exonérée du versement de la prime si elle verse un avantage pécuniaire à tous ses salariés en lien avec l'augmentation du dividende au cours du même exercice ».

Or, une prime d'intéressement ou de participation n'est jamais versée l'année au titre de laquelle les droits sont nés, mais toujours l'année suivante.

Un **supplément d'intéressement ou de participation** à un dispositif existant ne **rencontrerait pas cet écueil** et pourrait constituer un **avantage pécuniaire alternatif** à la PPP plus facilement réalisable en pratique. Toutefois, pour exonérer l'entreprise du versement de la PPP, ce supplément doit impérativement être établi par voie d'accord, ce qui là encore risque d'en limiter la portée.

L'entreprise est alors incitée à rechercher d'autres dispositions concrètes qui lui permettraient d'être exonérée de la prime, en contrepartie du versement d'un avantage pécuniaire non obligatoire à l'ensemble du personnel.

- **La protection sociale complémentaire apparaît également comme une solution alternative.**

L'actualité législative offre une illustration des possibilités ouvertes dans ce domaine. La **loi de finance rectificative n°2011-1117 du 19 septembre 2011** a relevé le taux de la taxe sur les contrats d'assurance s'appliquant aux régimes de frais de santé.

Dans la continuité des précédentes réformes (*article 57 de la loi n°2004-810 du 13.08.04 relative à l'assurance / article 21 de la loi de financement de sécurité sociale pour 2011 n°2010-1657*), l'article 9 de la deuxième loi de finances rectificatives pour 2011 (*codifié à l'article 1001 du code général des impôts*) a relevé de **3,5% à 7% le taux applicable aux contrats d'assurance maladie** « solidaires et responsables » relatifs à des opérations individuelles et collectives à adhésion facultative, et collectives à adhésion obligatoire.

Sauf à ce que les assureurs acceptent de diminuer les taux contractuels, le coût d'un régime d'entreprise de frais de santé (*peu important qu'il soit à adhésion obligatoire ou facultative*) va donc automatiquement augmenter.

Ce nouveau taux s'applique aux primes et cotisations échues à compter du **1^{er} octobre 2011** (*article 9 III de la loi n°2011-1117 du 19 septembre 2011*).

Dès lors, il peut apparaître opportun de profiter du calendrier législatif, et de faire converger utilement ces deux législations, en conciliant la **prise en charge par l'entreprise de l'augmentation de la taxe** sur les contrats d'assurance (*applicable au 1^{er} octobre 2011*) et la PPP (*applicable au 31 octobre 2011*).

Sous réserve des modalités prévues par le régime des frais de santé applicable dans l'entreprise, un employeur peut dans le cadre d'un accord collectif négocier la prise en charge intégrale de la taxe sur les contrats d'assurance frais de santé (*le salarié étant dispensé de financer partiellement ladite taxe*) au titre de la PPP, pour une durée déterminée ou indéterminée.

De manière plus générale, il nous semble qu'une **réflexion plus profonde sur les mécanismes d'épargne salariale, d'actionariat salarié et de rémunération** doit désormais être menée, supposant *a minima* de commencer par prendre en compte les plans existants et souvent très performants dans les entreprises et groupes, avant d'imposer de nouvelles sujétions, telle la PPP qui, au-delà d'un message incantatoire médiatique, revêtent dans la pratique une portée somme toute limitée. •

A propos

Imputation des déficits fiscaux reportables et participation des salariés « le double effet Kiss Cool »

La seconde **loi de Finances** rectificative pour 2011 du 19 septembre 2011 a **plafonné le report en avant** des déficits fiscaux et a **limité leur report en arrière**. En plus de son impact négatif sur l'imposition des entreprises, cette limitation est également susceptible d'avoir des **effets indirects** en matière de participation des salariés.

1. Limitation de l'imputation des déficits fiscaux reportables

Antérieurement à la loi, les déficits fiscaux reportables pouvaient être imputés sur les bénéfices futurs des sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés sans aucune limitation.

Désormais, le report en avant des déficits est limité pour les sociétés réalisant un bénéfice supérieur à 1 M€. Dans cette hypothèse les sociétés ne peuvent imputer leurs déficits reportables **qu'à hauteur de 60% des bénéfices futurs réalisés au-delà de 1 M€**. Les sociétés devront par conséquent, au-delà de cette limite et nonobstant l'existence de déficits suffisants, acquitter un IS minimum. La mesure n'a néanmoins que pour effet d'allonger la période d'utilisation des déficits fiscaux, puisque la fraction non imputée de ces déficits au titre d'un exercice, demeure reportable sans limitation de durée.

2. Impacts sur la participation des salariés

La participation des salariés se calcule, sauf accord dérogatoire plus favorable, selon la formule légale suivante : $RSP = 1/2$ (Bénéfice net fiscal – 5% des capitaux propres) × (salaires / valeur ajoutée).

La réforme de l'imputation des déficits, en modifiant le calcul du bénéfice fiscal, pourrait donc avoir un **impact sur le calcul de la participation** des sociétés réalisant des bénéfices supérieurs à 1 M€ après avoir été déficitaires. • • •

• • • Dans la plupart des cas, cette réforme devrait avoir pour effet de **majorer la réserve à constituer**, dès lors qu'elle conduira à décaler un bénéfice imposable qui, auparavant, en tout ou partie, aurait pu être neutralisé par des déficits fiscaux.

Dans des cas plus spécifiques, **l'effet pourrait être inverse** si les bénéfices ainsi taxés n'excèdent pas 5% du montant des capitaux propres de la société. Dans ce dernier cas en effet, l'étalement de l'utilisation des déficits sur une plus longue période pourrait conduire à réduire la participation des salariés dans le temps.

Néanmoins, une des principales inconnues de la réforme porte sur son **articulation avec l'article L 3324-1 du code du travail** qui prévoit que, par dérogation aux règles de droit commun, le bénéfice fiscal servant au calcul de la participation des salariés ne peut être diminué que des seuls déficits subis au titre des cinq derniers exercices.

La stricte application de ce texte reviendrait donc, dans la généralité des cas, à **majorer la participation des salariés** des sociétés concernées par la réforme de septembre 2011, dans la mesure où leurs déficits fiscaux subiraient un double plafonnement : celui prévu à l'article L 3324-1 du code du travail et celui instauré par la Loi de Finances Rectificative pour 2011.

Un tel effet était-il véritablement voulu par le législateur ? Si tel n'est pas le cas, une **adaptation de la législation en vigueur** serait la bienvenue, afin, par exemple, d'aménager la durée spécifique de 5 ans d'imputation des déficits fiscaux. •

Eclairage

La prime dite de « partage des profits » : un dispositif limité

La prime dite de « partage des profits », instituée par la loi n°2011-894 du 28 juillet 2011, concerne les sociétés commerciales relevant du droit français, dès lors que le montant, par part sociale ou par action, des dividendes versés à leurs associés ou actionnaires est en augmentation par rapport à la moyenne des deux années précédentes.

Cette loi intronisée sous la bannière du « partage de la valeur » est, selon le principe du verre à moitié plein et du verre à moitié vide, soit une amorce essentielle ouvrant la voie à d'autres réformes complémentaires, soit un texte d'une portée très limitée ne permettant pas de répondre adéquatement aux objectifs visés. Vous vous rappellerez sûrement que dans notre Ingeneews de juin 2011, nous avons d'ailleurs analysé le contenu et la portée du projet de loi. Si ce projet de loi ne s'emparait pas de la thématique du partage de la valeur de façon globale et ambitieuse, force est de constater que la loi définitive n'a pas été plus audacieuse.

Un député, Charles de Coursonⁱ, soulignait lors des débats que « lier cette prime à une distribution de dividendes est une erreur totale ».

A cet égard, la double portée limitée du dispositif, par le seuil d'effectif (50 salariés) et par le fait générateur du versement de la prime, est d'autant plus accrue lorsque l'on s'attarde quelque peu sur la **notion de « dividende »**.

Ainsi, selon le texte, les dividendes à prendre en compte sont ceux déterminés par l'assemblée générale des actionnaires « en application de l'article L.233-12 du Code de commerce ».

En d'autres termes, les **dividendes concernés sont ceux distribués par l'assemblée générale ordinaire d'approbation des comptes annuels** qui constate l'existence de sommes distribuables.

Les sommes distribuables par l'assemblée générale proviennent tant du **bénéfice distribuable** du dernier exercice clos que des **réserves** dont l'assemblée a la dispositionⁱⁱ.

Par ailleurs, pour calculer l'éventuelle augmentation des dividendes, il convient de prendre en compte les **acomptes sur dividendes** déjà distribuésⁱⁱⁱ.

Néanmoins, une lecture stricte de la loi conduit à **écarter les distributions dites « exceptionnelles »** décidées par une assemblée générale différente de l'assemblée approuvant les comptes annuels. Ainsi, en pratique, afin de ne pas tomber dans le champ d'application de cette nouvelle obligation de verser une prime à l'ensemble des salariés, l'assemblée générale des actionnaires pourrait être tentée de distribuer un dividende inférieur ou égal à la moyenne des deux années précédentes et de le compléter par la **distribution ultérieure d'un dividende exceptionnel**, à l'occasion d'une assemblée générale extraordinaire. En effet, cette dernière opération ne devrait pas en principe s'analyser comme une distribution de dividende au sens de l'article L.233-12 précité mais comme une répartition de l'actif, ladite répartition n'entrant alors pas dans le champ d'application de la loi du 28 juillet 2011.

D'autres dispositifs permettent par ailleurs de rétribuer les actionnaires sous une autre forme que la distribution de dividendes. Il en est par exemple ainsi lorsqu'une entreprise qui réalise des profits procède au **rachat de ses propres actions** auprès de l'ensemble de ses associés ou actionnaires.

Il n'en demeure par moins cependant que le choix des formes de rétribution des actionnaires ne doit pas résulter de l'intention délibérée d'écarter le versement de dividendes dans le seul but d'éviter le paiement de la prime car si tel était le cas, le **risque de requalification en fraude** ne pourrait être exclu.

A suivre donc, mais attention aux abus... •

ⁱ Commission des affaires sociales, mercredi 8 juin 2011, compte rendu n°48

ⁱⁱ Circulaire du 29 juillet 2011 – Question 31

ⁱⁱⁱ Circulaire du 29 juillet 2011 – Question 30