



« Les questions montrent l'étendue de l'esprit et les réponses sa finesse » (Joseph Joubert)

Regard

La prime de la discorde

Tous contre l'instauration d'une « prime de partage des profits » ! Pour des raisons différentes et contradictoires, une très grande majorité des organisations professionnelles d'employeurs, (MEDEF, CGPME et UPA) et des organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel, ont exprimé leur opposition totale à ce projet de prime. Un certain nombre d'autres organisations syndicales non représentatives au niveau national ont également exprimé leur opposition à ce texte.

Ce front du refus de principe n'a été brisé que par la seule CFTC, qui y voit une opportunité pour évoquer le « partage des richesses » et souhaite étendre le dispositif aux PME / TPE tout en permettant « aux salariés de regagner un peu de pouvoir d'achat ».

Les partis politiques ont été plus prudents dans l'expression médiatique, mais dans les débats à l'Assemblée Nationale, plusieurs d'entre eux ont critiqué le texte proposé et refusé de le voter. Là encore, le projet présenté s'est attiré des critiques très contradictoires, ce qui a d'ailleurs fait dire au Ministre du Travail que ces contradictions montraient que le texte proposé ne devait « pas être loin du point d'équilibre ».

En dehors de ces débats « entre représentants des élites républicaines », qu'en pensent les principaux intéressés et potentiels bénéficiaires ? D'après un sondage récent¹, 62 % des salariés seraient favorables à l'instauration de cette prime. Est-ce parce qu'une majorité de salariés français voit dans ce texte la traduction des promesses faites en 2009 sur le partage de la valeur ? Ou est-ce seulement parce que les 4 millions de salariés qui devraient être concernés, selon l'étude d'impact de la mesure élaborée par l'ACOS pour le Gouvernement, ne veulent pas être privés de cette prime dont le montant moyen anticipé (selon la même étude) est d'environ 700 euros par salarié ?

Du côté des commentateurs, là encore peu de voix se sont élevées pour soutenir ce projet et proposer des améliorations. Beaucoup d'écrits ont fustigé le caractère artificiel de cette mesure, son côté électoraliste, les « lacunes techniques » du texte présenté etc...

Au point où nous en sommes du processus législatif, il apparaît à peu près certain que le texte présenté sera adopté, dans le cadre de la loi de financement rectificative de la Sécurité Sociale pour 2011, avant la mi-juillet 2011¹.

Il est donc plus que temps de dépasser le stade des polémiques et autres débats de principe pour analyser le contenu et la portée réelle de ce projet.

Ce texte est-il la réforme annoncée sur la thématique du partage de la valeur ?

La réponse est à ce stade négative. Ce projet ne constitue pas et n'est pas présenté par le Gouvernement, comme la réforme

globale du système de répartition de la richesse produite par les entreprises entre le travail et le capital. Il ne s'agit d'ailleurs pas d'une réforme à proprement parler, puisque le projet présenté ne modifie aucun dispositif existant. Il vient seulement s'ajouter au seul mécanisme obligatoire existant, celui de la participation des salariés aux résultats de l'entreprise (obligatoire dans les entreprises employant habituellement au moins 50 salariés) dont il emprunte d'ailleurs la philosophie.

L'exposé des motifs et surtout le rapport BUR (rapporteur de la commission des affaires sociales de l'Assemblée Nationale) présenté le 10 juin dernier, montrent que les concepteurs du projet ont hésité sur l'objectif poursuivi, en oscillant entre :

- favoriser le pouvoir d'achat, et
- équilibrer la répartition de la richesse produite entre le capital et le travail.

Au terme de cette première étape des débats, l'objectif pouvoir d'achat semble être passé au second plan. Devant l'Assemblée Nationale, a surtout été mise en avant la volonté de créer « un lien structurel entre dividendes du travail et du capital » avec « un objectif structurel d'équité » dans le « partage de la valeur ajoutée ».

Quoi qu'il en soit, il est clair que ce texte ne traite pas la thématique du partage de la valeur de façon globale et ambitieuse. Il s'agit davantage d'une mesure technique d'une portée limitée en particulier par un seuil d'effectif (50 salariés) et par le fait générateur du versement de cette prime, puisque celle-ci ne sera attribuée que dans les sociétés commerciales dont le dividende versé à leurs actionnaires augmenterait sur une année par rapport à la moyenne des deux précédentes.

On peut cependant également le concevoir comme un premier pas dans la direction d'une refonte des dispositifs sur le partage de la valeur. Le bilan de l'application de cette prime de partage des profits qui sera présenté par le Gouvernement avant le 15 septembre 2012 (point XII de l'article 1^{er} de ce projet de loi) sera peut-être alors l'occasion d'une nouvelle discussion en vue d'une réforme d'ensemble.

Les partenaires sociaux sont-ils définitivement mis hors-jeu par le Gouvernement ?

C'est en tout cas une des raisons affichées de l'hostilité générale des partenaires sociaux à ce projet, qui est commune à toutes les organisations d'employeurs comme de salariés.

Celles-ci reprochent au Gouvernement d'être brusquement intervenu sur une thématique dont elles s'étaient saisies dans le cadre d'une délibération sociale engagée en juin 2009. Il est également reproché l'absence de concertation préalable avec elles, alors même que les discussions paritaires avaient évolué favorablement sur le thème du partage de la valeur depuis le début de l'année 2011.

Ainsi pour le MEDEF, le dialogue social n'est pas respecté, alors même que la délibération sociale s'était transformée en négociation sur le partage de la valeur dans l'entreprise. ●●●

¹ Cet article est fondé sur le texte du projet de loi voté par l'Assemblée Nationale le 21 juin 2011.

L'organisation d'employeurs ajoute que ce projet méconnaît la réalité économique des entreprises et leur fait courir ainsi qu'aux salariés au moins trois types de risques :

- Une **mise en œuvre lourde et complexe** extrêmement difficile à gérer en 2011 notamment pour les PME et les entreprises de taille intermédiaire,
- Un **coût supplémentaire potentiellement important** notamment pour les entreprises de main d'œuvre, et qui pourrait mettre en péril celles qui sont déficitaires et qui sont néanmoins soumises à l'obligation,
- Un **dispositif inégalitaire** entre les salariés, qui crée des salariés à deux vitesses.

Les organisations syndicales insistent de leur côté sur le caractère inéquitable de cette prime, et le **risque de voir ce type de mesure se substituer à des augmentations de salaire**.

Pour le Gouvernement et le rapporteur du projet, les partenaires sociaux n'ont pas été écartés, mais ils n'ont pas vraiment avancé sur la problématique du partage de la valeur. Le rapporteur souligne ainsi que les partenaires sociaux ont simplement avancé sur le développement des attributions des représentants du personnel en termes d'informations sur la création de la valeur et l'attribution de résultats dans l'entreprise. Il a alors beau jeu de souligner que le dispositif présenté va bien au-delà de la simple problématique d'information et de consultation des représentants du personnel sur cette thématique. Il souligne d'ailleurs que finalement les organisations syndicales et patronales ont limité leurs discussions sur cette simple question de l'information-consultation.

Pour autant les appels du MEDEF et de certaines organisations syndicales au respect du dialogue social ont bien été entendus par les députés et le Gouvernement. En effet le projet de loi comporte dans sa dernière version, une **clause de revoyure** donnant priorité à la négociation collective sur le partage de la valeur. Il y est clairement indiqué que le dispositif de la prime de partage des profits s'appliquera jusqu'à l'intervention d'une nouvelle loi suivant les résultats d'une négociation nationale interprofessionnelle sur le partage de la valeur « *qui pourrait notamment proposer des adaptations législatives dans le champ de la participation et de l'intéressement* ».

Les partenaires sociaux ont donc entre les mains le moyen de **poursuivre leurs discussions dans le cadre d'une approche plus générale de réforme du partage de la valeur**, qui pourrait ensuite être reprise par le législateur en fonction de son aboutissement.

La mesure sera-t-elle rétroactive et tiendra-t-elle compte des dispositifs existants dans les sociétés concernées ?

La réponse devrait être doublement négative. Sur un strict plan de technique juridique, un certain nombre d'arguments nous amènent à penser que cette mesure ne serait pas à proprement parler rétroactive.

Le fait que le fait générateur de l'obligation soit déterminé par une décision d'attribution éventuellement déjà prise par une Assemblée Générale d'une société et que cette décision d'attribution se rapporte aux résultats d'un exercice clos, ne devrait pas a priori constituer une application rétroactive de la loi. Cependant cette question pourrait être posée au Conseil constitutionnel.

Mais si la mesure n'est pas critiquable sur la question purement juridique de la **non-rétroactivité**, elle l'est cependant sur les conditions de son **application par les sociétés concernées au moins en 2011**.

En effet, cette mesure est apparue plus que brusquement dans le paysage sans aucune préparation ni concertation avec les

représentants des organisations professionnelles, et à un moment où les résultats des entreprises étaient déjà connus en bonne part et les décisions d'affectation en préparation. Il était donc très difficile d'anticiper cette décision et de limiter son impact. De même, les négociations annuelles sur les salaires étaient déjà closes ou bien avancées dans bon nombre d'entreprises, et il en était de même pour les négociations d'accord d'intéressement ou de participation dérogatoire qui doivent être impérativement achevées avant la moitié de l'exercice.

En clair, l'annonce de cette mesure et sa présentation le 25 mai dernier ont piégé nombre d'entreprises sans leur donner la possibilité d'anticiper, ni de capitaliser sur les efforts déjà faits en matière d'épargne salariale.

Ainsi les « bons élèves » ayant déjà prévu de distribuer un supplément de participation ou d'intéressement ou pratiquant déjà un niveau de distribution très important de participation dérogatoire, se retrouveront tenus par la même obligation que les entreprises se contentant d'une application minimale des textes.

Ce refus (car le sujet a été évoqué à plusieurs reprises) d'accepter de tenir compte de la pratique existante dans les entreprises ou de mettre en place une période transitoire avant son application, est très critiquable pour les raisons déjà évoquées ci-dessus et qui se retrouvent partiellement dans les critiques et craintes des organisations d'employeurs.

De légères atténuations ont depuis été apportées au projet en donnant aux entreprises qui sont en capacité de le faire, la possibilité de verser aux salariés avant même l'entrée en vigueur de la loi ou la décision d'attribution des dividendes, un avantage pécuniaire tenant compte totalement ou partiellement de l'augmentation des dividendes. Mais la critique reste valable. En effet cette possibilité d'anticipation sera très limitée en 2011, année où se poseront les difficultés d'application et surtout l'impact social et financier du nouveau texte créant cette **obligation en cours d'année**.

Quels sont les dates d'application et les marges de manœuvre des sociétés concernées ?

Le **dispositif sera applicable à compter de l'année 2011**, pour les attributions de dividendes autorisées à compter du 1^{er} janvier 2011 au titre du dernier exercice clos.

La prime devra être **mise en place dans les trois mois suivant l'assemblée générale** qui a décidé d'attribuer des dividendes, et en 2011 pour les attributions de dividendes intervenues à la date de la promulgation de la loi, le délai de trois mois courra à compter de cette dernière date.

RAPPORT 2010 DE L'ÉPARGNE SALARIALE ET DE L'ACTIONNARIAT SALARIE

Souhaitant créer un outil de référence innovant et utile, avec un fort parti pris d'objectivité, **CAPITAL INGENIUM présente son Rapport 2010 de l'Épargne Salariale et de l'Actionnariat Salarie** dont la vocation est de recenser aussi exhaustivement que possible l'ensemble des débats d'idées, rapports, baromètres, réglementations, jurisprudence et tendances des opérations de marché, années après années.

A découvrir sur **www.capitalingenium.com** dans la rubrique Publications.

Ainsi, pour la première année d'application, les sociétés concernées devront négocier dans l'urgence et en grande partie pendant l'été, ce qui ne manquera pas de créer des perturbations sur une période en général calme où les négociations sont en règle générale suspendues.

Quel fait générateur ? Lorsqu'elle attribue à ses associés des dividendes et lorsque le **montant du dividende par action est en hausse** par rapport à la moyenne des dividendes par part sociale ou par action versés des **deux exercices précédents**, la société doit verser une prime au bénéfice de l'ensemble de ses salariés.

Quelles sociétés ? Entrent dans le champ d'application du nouveau dispositif :

- les **sociétés commerciales**,
- ainsi que, les sociétés commerciales dont plus de la moitié du capital est détenue directement par l'État ou, ensemble ou séparément, indirectement par l'État et directement ou indirectement par ses établissements publics, si elles ne bénéficient pas de subventions d'exploitation, ne sont pas en situation de monopole et ne sont pas soumises à des prix réglementés ;

Lorsqu'elles emploient habituellement **au moins 50 salariés** au sens des dispositions relatives à la participation.

Lorsqu'une société appartient à un groupe (au sens de la législation sur le comité de groupe, c'est-à-dire formé par une entreprise dominante, dont le siège est sur le territoire français et les entreprises qu'elle contrôle : C. trav., art. L. 2331-1, I), ce sont les dividendes versés par l'entreprise dominante qui sont pris en considération et qui entraînent, en cas de hausse, l'obligation de verser la prime pour tous les salariés du groupe.

Selon le rapporteur de ce projet de loi (Y. Bur, discuss. amendement n°109, AN, première séance 15 juin 2011), c'est « *le fait que l'entreprise de tête d'un groupe augmente ou non ses dividendes qui déterminera l'obligation de primes dans tout ce groupe. Mais, naturellement, si la prime n'est pas décidée au niveau central, par accord de groupe, comme l'un de nos amendements l'autorise, rien n'interdira que son montant soit ajusté dans chaque entreprise pour tenir compte de la situation financière des différentes entreprises composant le groupe.* »

Quelles sont les modalités de mise en œuvre de cette obligation ?

Par souci de simplification, le projet a retenu des modalités possibles qui sont **identiques à celles prévues pour la participation** (C. trav., art. L. 3322-6) : convention ou accord collectif de travail, accord entre l'employeur et les représentants des organisations syndicales, accord conclu au sein du comité d'entreprise ou ratification d'un projet de contrat par référendum à la majorité des deux tiers du personnel.

L'accord de groupe est possible. L'accord doit faire l'objet d'un dépôt auprès de l'administration pour bénéficier du régime social de faveur (cf ci-dessous).

En cas d'échec des négociations, l'entreprise doit fixer la prime unilatéralement.

Un procès-verbal de désaccord est établi dans lequel sont consignées en leur dernier état, les propositions initiales de l'employeur, les propositions respectives des parties et la prime que l'employeur s'engage à appliquer unilatéralement, après avis du comité d'entreprise ou des délégués du personnel, s'il en existe.

Une prime de quel montant ?

Il n'existe **aucun minimum obligatoire**. Le montant de la prime est librement fixé par la négociation ou par décision unilatérale de l'employeur en cas d'échec des discussions.

Les possibilités de répartition de la prime rejoignent les règles prévues en matière de participation. La prime peut être uniforme ou proportionnelle à la rémunération, à la durée de présence dans l'entreprise ou retenir conjointement plusieurs de ces critères.

La prime ne peut se substituer à des hausses de rémunérations prévues conventionnellement ou contractuellement ou à un élément de rémunération (au sens de l'assiette des cotisations de sécurité sociale) versés par l'employeur ou devenus obligatoires en application de dispositions législatives ou de clauses conventionnelles ou contractuelles.

Substitution de l'obligation par un autre « avantage pécuniaire ». - Les entreprises ayant attribué au titre de l'année en cours au bénéfice de l'ensemble de leurs salariés, par accord d'entreprise selon l'une des formes visées ci-dessus, un avantage pécuniaire non obligatoire (légalement ou conventionnellement) dont une part est allouée en contrepartie des dividendes ne sont pas soumises à cette obligation.

Remarque : selon l'exposé des motifs de l'avant-projet de loi, sont ainsi visés : supplément d'intéressement ou de participation, attribution d'actions gratuites ou autre avantage pécuniaire dès lors que celui-ci bénéficie à l'ensemble des salariés.

Mise en œuvre volontaire. - Les sociétés commerciales de moins de 50 salariés ont la faculté de verser également une prime pour l'ensemble de ses salariés, à leur initiative ou selon l'une des modalités d'accord d'entreprise prévues ci-dessus, si les dividendes par action qu'elles versent à leurs actionnaires sont en augmentation.

Régime social de faveur. - La prime est **exonérée de cotisations patronales et salariales** de sécurité sociale mais **assujettie à la CSG et à la CRDS** (8%) ainsi qu'au **forfait social** de 6%.

Le montant des exonérations est **plafonné** à un montant individuel de **prime de 1200 euros**. Au-delà, la prime est traitée comme un salaire.

Sanction. - En cas d'absence d'engagement des négociations, l'employeur qui y est tenu est passible d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3750 € (C. trav., art. L. 2342-2).

Alors, beaucoup de bruit pour rien ?

Tout dépendra de la manière dont le texte sera appliqué et surtout des étapes suivantes. A ce stade, il a au moins le mérite de concrétiser le débat sur le partage de la valeur et d'inciter à aller au-delà, dans la perspective d'une réforme d'ensemble.

Rendez-vous peut être pris sans doute en 2012 pour poursuivre cette réflexion.

¹ Les Echos 25 mai 2011 – Baromètre Viavoice BPCE pour les Echos et France Info

The UK government has recently published so-called "disguised remuneration" legislation, which imposes tax on various steps which may be taken by the trustee of an employee benefit trust (EBT) (or by any other third party) in connection with arrangements intended to provide benefits to employees, former employees or anyone linked to them (relevant persons). In addition to certain arrangements which HMRC is known to consider unacceptable, the legislation appears potentially to catch a number of common situations which are not aimed at avoiding tax.

Under the new legislation, which came into force on 6 April 2011 (or in the case of certain anti-forestalling provisions 9 December 2010):

- Any payment of money made from an EBT to a relevant person, including a loan, could now trigger an income tax charge (and a liability to pay National Insurance contributions). This effectively prevents EBTs from providing loans by taxing all such loans as if they were bonuses. Existing loans will not be taxed, although care will be needed if they are to be extended, varied or refinanced. Relief is provided to the extent the payment by the EBT is in consideration for the purchase of shares or other assets. So it should still be possible to use EBTs to warehouse leaver shares and operate internal markets and joint share ownership plans. Care will however be needed.
- Any notional allocation or "earmarking" of assets within an EBT for a relevant person will give rise to an immediate "dry" income tax charge, even though the assets at that stage remain within the EBT. This is primarily intended to prevent trust assets being earmarked or allocated to a sub-trust for a particular employee or his family with a view typically to providing benefits out of the resulting trust fund after the employment ends in a manner which is not subject to tax. However, given the wide drafting of the legislation this could cover, for example, an EBT which holds assets to fund share options or similar awards.

Advice should be taken before making further awards which are to be satisfied out of an EBT. Care will also be needed in relation to unallocated equity which is set aside for new members of a management team.

- Most transfers of assets out of an EBT will be subject to tax. A sale at market value will not trigger a tax charge provided the consideration is paid upfront. But incentive arrangements involving deferred consideration will have to be reviewed. Taking a step by virtue of which a relevant person acquires an interest in shares or other securities may also trigger a charge.
- The grant of a lease in excess of 21 years to a relevant person may trigger a charge based on the value of the property.
- Making an asset available to a relevant person to benefit in a way which is substantially similar to the way in which they would benefit from it if the asset were transferred to them (for example exclusive use of a property) may trigger an immediate tax charge based on the value of the property. If assets continue to be available after cessation of employment a charge could arise even where the use of the asset is not exclusive.

Note that the legislation applies to steps taken by any third parties, not just the trustees of EBTs.



ROBERT COLLARD
Partner

MACFARLANES

There is an exemption for steps taken by group companies. Steps taken a group company (or the employer itself) will only be caught where they are acting as a trustee.

There are a number of exemptions, for example for steps taken under approved share plans and the grant of fully taxable options. There is also an exemption for broadly based employee benefits packages. There are also provisions aimed at avoiding double taxation and reducing the amount subject to UK tax where the step relates to a tax year in which the employee was non-UK resident and is not in respect of UK duties.

Existing arrangements should be reviewed for compliance with the new legislation and may need to be amended or wound down.

AYACHE, SALAMA
&
ASSOCIÉS

CAPITAL INGENIUM
47, avenue Hoche – 75008 Paris
+ 33 (0) 1 58 05 38 52
contact@capitalingenium.com

capstan
Avocats

Directeurs de la publication : Olivier Tordjman et Jean-Michel Mir

Capital Ingenium est un GIE constitué par les cabinets d'avocats Ayache, Salama & Associés et Capstan