

## ÉTUDE SOCIÉTÉS ET ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

## SOCIÉTÉ

La crise économique et financière actuelle, à durée indéterminable, perturbe les prévisions initiales des sociétés en matière de plans d'attribution gratuite d'actions et les invite à réfléchir à une évolution des conditions de performances arrêtées antérieurement à la crise. Cette question pratique d'évolution des conditions de performance conduit à s'interroger sur la nature juridique des attributions gratuites d'actions et sur la doctrine qui y perçoit une obligation de nature contractuelle dont la suppression ou modification ne pourrait intervenir qu'avec l'accord des bénéficiaires.

1256

# Modification des conditions d'un **plan d'attribution** gratuite d'actions lors de la période d'acquisition : quelle nature juridique ?



Étude rédigée par Yannick Pagnerre et Jean de Calbiac



Yannick Pagnerre est professeur à l'université Paris-Saclay, Univ Evry ; Jean de Calbiac est avocat associé du Cabinet Avanty, docteur en droit

**1 - Actualité.** - Les crises soulèvent toujours (malheureusement) de (belles) questions pratiques et théoriques. L'illustre celle de la nature juridique des attributions gratuites d'actions pendant la période d'acquisition qui, de prime abord, fait l'objet d'un consensus doctrinal : il s'agirait d'une obligation contractuelle parfois rapprochée de l'engagement unilatéral ou de la promesse ferme de contrat. Or, la crise économique et financière actuelle, à durée indéterminable, perturbe les prévisions initiales des sociétés en matière de plans d'attribution gratuite d'actions et les invite à réfléchir à une évolu-

tion des conditions de performances arrêtées antérieurement à la crise. Cette question pratique d'évolution des conditions de performance conduit à s'interroger sur la nature juridique des attributions gratuites d'actions et sur la doctrine qui y perçoit une obligation de nature contractuelle dont la suppression ou modification ne pourrait intervenir qu'avec l'accord des bénéficiaires<sup>1</sup>. En effet, cette dernière analyse ne repose sur aucun argument textuel. Cette doctrine fait, au demeurant, abstraction du caractère rémunérateur dans son esprit du dispositif, c'est-à-dire un mécanisme de rémunération complémentaire qui vise à motiver et fidéliser les dirigeants et les salariés<sup>2</sup>. L'autre écueil serait de rattacher le dispositif soit au droit commun des contrats, soit au droit du travail (à travers la théorie de l'engagement unilatéral), en faisant abstraction d'une approche tirée du droit des sociétés et du droit des contrats spéciaux.

**2 - Texte<sup>3</sup>.** - En application de l'article L. 225-197-1, I et II, du Code de commerce, les attributions gratuites d'actions naissent de deux manifestations de volonté indissociables :

- une délibération de l'assemblée générale extraordinaire autorisant le conseil d'administration ou le directoire à procéder, au profit des membres du personnel salarié de la société ou de certaines catégories d'entre eux, voire de certains dirigeants sociaux (président du conseil d'administration, directeur général, directeurs généraux délégués, membres du directoire ou gérant d'une société par actions), à une attribution gratuite d'actions existantes ou à émettre ;
- une décision du conseil d'administration ou du directoire qui « détermine l'identité des bénéficiaires des attributions d'actions » et « fixe les conditions et, le cas échéant, les critères d'attribution des actions ».

C'est la conjonction de ces deux manifestations de volontés qui donne naissance au plan d'attribution gratuite des actions. Il est encore prévu que « L'attribution des actions à leurs bénéficiaires est définitive au terme d'une période d'acquisition » (nous soulignons). La société fixe librement la durée de la période d'acquisition, tout en respectant une durée minimale d'un an (sauf en cas d'invalidité du salarié) en y adjoignant fréquemment des conditions de performance. Face au mutisme des textes sur la question de la nature juridique des attributions gratuites d'actions, il convient de revenir aux principes généraux du droit des

contrats (droit commun et droit spécial), du droit des sociétés et du droit du travail.

## 1. Approche civiliste de la nature des attributions gratuites d'actions

**3 - Analyse combattue : une obligation contractuelle ferme.** - À lire la doctrine autorisée, « lorsqu'elle est précise et complète en raison des conditions fixées par le conseil d'administration (ou le directoire), l'attribution revêt selon nous les caractéristiques d'une obligation juridique et constitue de ce fait un engagement unilatéral pour la société. La suppression des attributions, ou même la modification de leurs conditions essentielles (telles que le délai d'acquisition ou d'indisponibilité des actions), ne peut donc intervenir qu'avec l'accord des bénéficiaires »<sup>4</sup>. Il est encore ajouté que : « pendant la période d'acquisition des actions, fixée par le conseil d'administration (le directoire, ou les dirigeants) en respectant le minimum prévu par l'assemblée et jusqu'à leur attribution définitive à l'issue de cette période, les attributaires ne bénéficient à notre avis que d'un simple droit de créance personnel »<sup>5</sup>. Il semble que la doctrine citée s'appuie sur l'article 1100-1 du Code civil aux termes duquel les actes unilatéraux « obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats ». L'analyse est surprenante dès lors que la théorie de l'engagement unilatéral de volonté est subsidiaire en droit des contrats (qui n'est pas sans penser à la théorie des quasi-contrats)<sup>6</sup>, sous réserve qu'une autre qualification n'ait pas vocation à s'appliquer et qu'une disposition légale (spéciale) puisse le justifier. Parfois est cité en référence l'article 1116 du Code civil sur la sanction de la rétractation de l'offre avant le délai d'acceptation, alors même que la responsabilité est non pas contractuelle, mais extracontractuelle. De nouveau, l'argumentation n'apparaît pas solide. Enfin, on pourrait éventuellement soutenir plus directement que le plan s'analyse en une promesse d'attribution des actions soumises à la réalisation des conditions de présence voire de performance à terme, acceptée implicitement par chaque bénéficiaire. Ainsi, le plan ne peut être modifié que dans les termes et conditions prévus (comme, en pratique, certains plans le prévoient). En dehors d'une clause de prévision, à suivre cette position dans le contexte économique et financier actuel, il faudrait mobiliser la théorie de l'imprévision pour modifier ou résilier (judiciairement à défaut d'accord amiable) les plans d'attribution gratuite d'actions. Or, l'article 1195 du Code civil est, en

1 V. J. Prieur, *L'attribution d'actions gratuites : la nouvelle donne juridique et fiscale* : RD bancaire et fin. 2005, dossier 1, n° 21. - V. Allegaert, *Attribution gratuite d'actions* : Joly Sociétés Études, 2018, § 98.

2 J.-J. Uettwiller, A.-L. Legout, *Les différents éléments composant la rémunération des dirigeants* : Journ. sociétés, sept. 2012, n° 101, p. 11.

3 Sur la question, S. Plantin, *L'attribution d'actions gratuites, une alternative séduisante aux plans de stocks options* : JCP E 2005, 524. - S. Plantin, J.-F. Casta, J. Prieur, *Actions gratuites : mort annoncée des stock options ?* : RD bancaire et fin. 2005, dossier 5. - F. Basdevant, F. Martin Laprade, *L'attribution gratuite d'actions* : Actes prat. ing. sociétaire 2012, n° 121, dossier 1.

4 *Mémento Sociétés commerciales 2020* : éd. Francis Lefebvre, 2019, § 70220. - J. Prieur, *L'attribution d'actions gratuites : la nouvelle donne juridique et fiscale* : RD bancaire et fin. 2005, dossier 1, n° 21.

5 *Mémento Sociétés commerciales 2020*, préc., § 70300. - V. BOI-RSA-ES-20-20-10-20-20170724.

6 V. C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé. Recherche sur les sources de l'obligation*, préf. Y. Lequette, t. 23 : Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, 2007.

## La crise économique et financière actuelle, à durée indéterminable, perturbe les prévisions initiales des sociétés en matière de plans d'attribution gratuite d'actions

droit (*C. mon. fin.*, art. L. 211-40-1)<sup>7</sup> et en fait, inapplicable en matière d'attribution gratuite d'actions. Comment envisager, pour un dispositif collectif de rémunération complémentaire, une renégociation individuelle avec chacun des bénéficiaires des modalités d'exécution des obligations ? Cette analyse constitue une impasse.

**4 - Analyse défendue : une promesse de don révocable.** - Face à une situation juridique, il convient de réaliser une opération de qualification pour lui appliquer un régime juridique précis. Avant de se réfugier dans le droit commun des contrats et une éventuelle qualification en engagement unilatéral de volonté soumis à la force obligatoire des contrats, par le jeu d'une application combinée des articles 1100-1 et 1103 du Code civil, il est nécessaire de vérifier s'il n'y a pas une qualification contractuelle spéciale qui puisse être reconnue<sup>8</sup>.

En droit des sociétés, la Cour de cassation a déjà été confrontée à des opérations juridiques *a priori* atypiques qu'elle a pour autant rattachées à des figures contractuelles nommées. L'illustre la question des options de souscription d'actions. Alors que la doctrine oscillait entre un contrat définitif (au motif que l'offre de contrat dans l'intérêt du bénéficiaire est présumée acceptée) et un engagement unilatéral de la société à caractère collectif, la Cour de cassation a jugé avec fermeté et en totale orthodoxie que « *l'option d'achat d'actions, instituée par la loi n° 70-1322 du 31 décembre 1970, constitue une promesse unilatérale faite par une société par actions à certains de ses salariés ou mandataires sociaux de leur vendre [...] un nombre déterminé de ses actions dans un délai et moyennant un prix définitivement fixés* »<sup>9</sup>. L'acceptation serait matérialisée par la communica-

tion de la délibération sociale faite au profit des bénéficiaires<sup>10</sup>. L'analyse contractuelle est confirmée par la jurisprudence qui sanctionne, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, la perte de chance de lever les options en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse<sup>11</sup>. Enfin, cette nature

juridique justifierait l'intangibilité des conditions de l'option (*C. com.*, art. L. 225-181).

Il convient d'adopter une méthodologie identique en matière d'attribution gratuite d'actions, tout en ayant à l'esprit que les stock-options et les attributions gratuites d'actions n'ont pas la même économie. À la différence des stock-options, les actions gratuites sont attribuées sans contrepartie financière et constituent de ce fait un gain certain (ou une absence certaine de perte en l'absence de réalisation des conditions) pour leurs bénéficiaires. Grâce au mécanisme d'attribution gratuite d'actions, le bénéficiaire est toujours gagnant même en cas d'évolution à la baisse du cours de Bourse. Les deux opérations ne peuvent pas avoir la même nature juridique, ni le même régime juridique<sup>12</sup>. En principe, dans le cadre d'un contrat de société, l'octroi de parts ou d'actions suppose un apport. C'est une exigence essentielle posée à l'article 1832 du Code civil. En ce sens, le contrat d'apport est synallagmatique. Par exception, la loi permet de déroger à cette règle en prévoyant l'attribution gratuite d'actions. Il s'agit donc d'un contrat unilatéral (*C. civ.*, art. 1106, al. 2). Sans contrepartie, il s'agit donc d'un contrat à titre gratuit (*C. civ.*, art. 1107, al. 2). L'objet du contrat d'attribution gratuite d'actions porte sur le transfert irrévocable, à terme, d'un bien meuble incorporel ; il s'agit donc d'une donation au sens de l'article 894 du Code civil : « *La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte* » (nous soulignons)<sup>13</sup>. Portant sur meuble, la donation est un contrat réel qui suppose une « *traditio* », c'est-à-dire une dépossession<sup>14</sup> ou, en cas de bien meuble incorporel comme des

7 « *L'article 1195 du code civil n'est pas applicable aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers* ».

8 Aux termes de l'article 1105 du Code civil, « *Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux. Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* ». Les contrats nommés sont ceux définis ou spécialement encadrés par des dispositions légales au sein du Code civil ou d'un autre code. Les contrats innommés, ou *sui generis*, constituent une convention inconnue des classifications légales et ne sont ainsi pas organisés spécialement par la loi. Ils sont principalement gouvernés par le droit commun des contrats (*V. Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 13 févr. 1967 : *Bull. civ. I*, n° 59, visant « *les principes généraux du droit* ») ou les règles spéciales applicables à tous les contrats (*V. Cass. com.*, 17 mars 1992, n° 90-17.364 : *JurisData* n° 1992-000472 sur la continuation des contrats en cours).

9 *Cass. 2<sup>e</sup> civ.*, 20 sept. 2005, n° 03-30.709 : *JurisData* n° 2005-029769 ; *Bull. civ. II*, n° 223 ; *JCP E* 2006, 1047, note R. Vatinet ; *JCl. Sociétés Traité, Synthèse* 170.

10 *V. Cass. com.*, 9 juin 2009, n° 08-15.592 : *JurisData* n° 2009-048566. - B. Fages, *La nécessaire notification des événements faisant courir le délai d'option* : *RTD civ.* 2010, p. 101.

11 *Cass. soc.*, 1<sup>er</sup> déc. 2005, n° 04-41.277 : *JurisData* n° 2005-030990. - *Cass. soc.*, 2 févr. 2006, n° 03-47.180 : *JurisData* n° 2006-032089 ; *JCP E* 2006, 2200, note R. Vatinet.

12 Il n'est donc pas exact, à notre avis, d'affirmer que, « *à l'instar des stock-options, la nature contractuelle du dispositif nous paraît s'imposer* » (*J.-B. Cottin, Actionnariat des salariés : JCl. Commercial, fasc. 1201, § 72*).

13 Sur la nécessité d'un acte translatif définitif, *F. Hartman, La notion de libéralité, préf. A.-M. Leroyer, t. 115 : IRJS Éditions, 2020, p. 18 et s., n° 22 et s., p. 130 et s., n° 113 et s.*

14 *Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 11 juill. 1960 : *D. 1960, jurispr. p. 702, note P. Voirin.*

actions, une inscription en compte. Avant la dépossession, une promesse de don n'a aucune valeur juridique<sup>15</sup>.

Pour certains, « pour pouvoir qualifier l'attribution gratuite d'actions de libéralité, il faudrait caractériser l'intention libérale (*animus donandi*) de la société, ce qui semble exclu, d'autant que cela pourrait sembler contraire à l'intérêt social »<sup>16</sup>. Cependant, c'est faire une mauvaise interprétation de l'intention libérale. Imposer une condition suspensive à l'attribution d'une donation n'est pas contraire à l'exigence d'une intention libérale. Une telle intention ne contredit l'existence de l'intérêt social, à savoir l'objectif de fidélisation des bénéficiaires ; de même, la poursuite de l'intérêt social n'exclut pas l'intention libérale car la qualification de contrat à titre gratuit repose uniquement sur l'absence de contrepartie (sous peine d'ajouter une condition à la loi), comme l'a parfaitement démontré récemment un auteur dans sa thèse sur « La notion de libéralité »<sup>17</sup>. D'abord, de jurisprudence constante, « toute donation implique nécessairement que le disposant se dépouille de la chose sans rien recevoir en échange, ou, du moins, sans recevoir un équivalent qui fasse disparaître la gratuité essentielle du contrat »<sup>18</sup>. Il est parfois avancé, pour contrecarrer la notion de libéralité, que l'attribution gratuite d'actions est qualifiée de rémunération au sens de la sécurité sociale ou d'avantage pour l'application de l'égalité de traitement. C'est cependant se méprendre sur la portée de la qualification de rémunération en l'occurrence, car celle-ci est fonctionnelle. Cette qualification se déduit, non pas de la contrepartie du contrat de travail (ce qui renvoie au salaire) ou du mandat, mais de l'appartenance à l'entreprise. L'attribution gratuite d'actions n'est pas du salaire, mais c'est une rémunération. Il n'y a aucun équivalent en la matière qui doit être offert par les salariés ou les mandataires sociaux. Ensuite, s'agissant de « l'intention de gratifier »<sup>19</sup>, l'article 1107, alinéa 2, du Code civil définit le contrat à titre gratuit « lorsque l'une de parties procure à l'autre un avantage sans attendre [...] de contrepartie » ; le disposant a conscience qu'il n'a pas à recevoir un avantage quelconque en retour, même s'il l'espère. La conception retenue est objective et non subjective<sup>20</sup>. Il importe peu que le disposant ait un intérêt personnel (moral ou économique) à l'accomplissement de la libéralité<sup>21</sup> ; les mobiles du disposant sont indifférents. C'est la raison pour laquelle les juges n'écartent pas

la qualification de gratifications pour le versement de primes exceptionnelles dans des relations de travail<sup>22</sup>.

5 - Il s'ensuit à notre avis (notre proposition serait-elle jugée choquante ou, à tout le moins, iconoclaste), que pendant la période d'acquisition : (i) l'éventuel bénéficiaire ne possède aucun des droits qui sont attachés aux actions qui seront attribuées, qu'il s'agisse des droits dits « politiques », notamment des droits de vote, ou des droits financiers, notamment des droits à dividende, (ii) même sous la forme d'une perception différée au terme de la période d'acquisition.

Les droits ne sont qu'éventuels. En aucun cas, le plan d'attribution d'actions gratuites n'a de valeur contractuelle.

En conclusion, contrairement au consensus doctrinal apparent, le plan peut être librement supprimé ou modifié, de manière plus favorable ou non. Cette position peut, au demeurant, s'appuyer sur un argument téléologique tenant à la finalité des dispositifs d'attribution gratuite d'actions et l'esprit du droit des sociétés lorsque l'attribution bénéficie à des dirigeants sociaux.

## 2. Approche affairiste de la nature des attributions gratuites d'actions

6 - **Pour la théorie institutionnelle.** - Outre cet argument civiliste, un argument « affairiste » confirme ce pouvoir de suppression ou de modification unilatérale d'un plan d'attribution gratuite d'actions à l'endroit des bénéficiaires pendant la période d'acquisition. Les plans d'attribution gratuite d'actions font partie de la rémunération des dirigeants sociaux. Dans leur esprit, ces dispositifs peuvent être rattachés à la théorie institutionnelle du mandat des dirigeants sociaux gouverné par un corps de règles autonomes poursuivant une finalité propre : la satisfaction de l'intérêt social<sup>23</sup> (quand bien même l'attribution bénéficierait également à des salariés).

Concernant la faculté de réviser ou de supprimer la rémunération des dirigeants sociaux, la Cour de cassation a adopté deux principes. Les juges déduisent des articles L. 225-47 et L. 225-63 du Code de commerce que le conseil d'administration ou de surveillance peut librement, pour l'avenir, modifier ou supprimer une rémunération, même lorsqu'un engagement avait été pris à durée déterminée<sup>24</sup>. En revanche, pour le passé, la décision de l'organe social ne peut pas remettre en cause des rémunérations acquises ; il n'est pas permis de réduire ou de supprimer rétroactivement des rémunérations déjà votées pour des exercices réalisés : « le conseil de surveillance ne peut réduire rétroactivement la rémunération des membres du direc-

15 Cass. req., 23 juin 1947 : D. 1947, jurispr. p. 63.

16 F. Martin Laprade, C. Deniaud, Attribution gratuite d'actions : JCl. Banque - Crédit - Bourse, fasc. 1866, § 138.

17 F. Hartman, La notion de libéralité, préc., spéc. p. 163 et s., n° 144 et s.

18 Cass. req., 24 janv. 1928 : DP 1928, I, p. 157, rapp. Célice.

19 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 janv. 2012, n° 09-72.542 : JurisData n° 2012-000376 ; D. 2012, p. 2476, obs. D. Nicod ; JCl. Notarial Formulaire, Synthèse 510.

20 F. Hartman, La notion de libéralité, préc., spéc. n° 189 et s.

21 Ainsi la stipulation d'une clause d'inaliénabilité est parfaitement compatible avec la qualification de libéralité.

22 Pour une étude complète, F. Hartman, La notion de libéralité, préc., spéc. n° 208 et 215.

23 V. Cass. com., 18 sept. 2019, n° 16-26.962 : JurisData n° 2019-016032 ; JCP E 2019, 1552, note J. Gallois ; JCl. Pénal des Affaires, Synthèse 110.

24 Cass. com., 16 juill. 1985 : Bull. civ. IV, n° 217. - TGI Paris, 26 oct. 1999 : Dr. sociétés 2002, n° 31, note D. Vidal.



## En aucun cas, le plan d'attribution d'actions gratuites n'a de valeur contractuelle

toire sans l'accord de ceux-ci » ; « il importe peu à cet égard que les sommes dues au titre de cette rémunération n'aient pas encore été payées »<sup>25</sup>. Seul l'accord du dirigeant social permet de réduire ou de supprimer rétroactivement une rémunération acquise. L'illustre la solution retenue en matière de pension de retraite<sup>26</sup>.

L'essentiel du dispositif d'attribution gratuite d'actions demeure entre les mains des organes d'administration qui fixent aussi les conditions et les critères d'attribution. *Mutatis mutandis*, en application de la théorie institutionnelle (spécialement la nature juridique du mandat social<sup>27</sup>), pendant la période d'acquisition, la modification ou la suppression par le conseil d'administration ou le directoire est libre (sous la réserve naturelle de la théorie de l'abus de droit, le cas échéant, à l'aune de l'intérêt social). Après l'acquisition, cette faculté est écartée. Dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé (*C. com.*, art. L. 22-10-59, III), l'assemblée générale doit se prononcer, tous les ans, sur la politique de rémunération applicable au dirigeant mandataire social incluant les attributions gratuites d'actions (*C. com.*, art. L. 22-10-8, II), contenant notamment les périodes d'acquisition et de conservation des actions applicables après l'acquisition et la manière dont la rémunération en actions contribue aux objectifs de la politique de rémunération ainsi que les critères clairs, détaillés et variés, de nature financière et non financière, y compris, le cas échéant, relatifs à la responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise, qui conditionnent leur attribution et la manière dont ces critères contribuent aux objectifs de la politique de rémunération. De la même façon que le conseil d'administration ne peut aménager le plan d'actions que dans le respect des termes de l'autorisation de l'assemblée générale extraordinaire, la modification du plan, pour les seuls mandataires sociaux, devra s'effectuer conformément à la politique de rémunération approuvée par l'assemblée.

### 3. Approche travailliste de la nature des attributions gratuites d'actions

**7 - Autonomie du droit du travail ?** - S'agissant des plans d'attribution gratuite d'actions au profit des salariés, l'autonomie du droit du travail peut soulever certaines difficultés. Il est acquis que, « si les différends pouvant s'élever dans les relations entre la société et le salarié devenu actionnaire, indépendamment des conditions d'acquisition de ses actions, sont de la compétence

de la juridiction commerciale, l'octroi par l'employeur à un salarié d'une option donnant droit

à une souscription d'actions et à l'attribution gratuite d'actions constitue un accessoire du contrat de travail dont la connaissance relève du conseil de prud'hommes »<sup>28</sup>. Dans un arrêt du 7 février 2018, non publié au bulletin et peu clair, la Cour de cassation, au visa de l'article 1382 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, sur la responsabilité délictuelle, a jugé que « le salarié qui n'a pu, du fait de son licenciement sans cause réelle et sérieuse intervenu avant le terme de la période d'acquisition, se voir attribuer de manière définitive des actions gratuites, subit une perte de chance »<sup>29</sup>. Il est heureux que la Cour de cassation ait abandonné sa jurisprudence appliquant la responsabilité contractuelle par analogie (erratique) avec les stock-options<sup>30</sup>. Dans l'arrêt du 7 février 2018, elle censure une cour d'appel qui, pour condamner la société à payer aux salariés des dommages-intérêts pour privation indue du bénéfice des actions gratuites attribuées, a considéré « qu'en licenciant sans cause réelle et sérieuse les salariés avant [l'expiration de la période d'acquisition], l'employeur les avait privés du droit d'être propriétaires gratuitement des actions attribuées et les avait privés indûment de l'avantage financier contractuel que constituaient ces actions ; que cette privation avait causé aux salariés un préjudice, avéré et certain, qui devait être évalué, pour chacun d'eux, sur la base de la valeur de l'action » (nous soulignons). Or, la cour d'appel, qui s'est abstenue de mesurer la réparation allouée à la chance perdue, a violé les principes de la responsabilité délictuelle.

Il ressort de cette jurisprudence que le salarié pourrait se prévaloir d'un droit de créance résultant de la violation d'une obligation extracontractuelle... Cependant quelle pourrait être la source d'une telle obligation extracontractuelle ? Rien n'est précisé. On pourrait envisager la qualification d'engagement unilatéral de l'employeur, source faisant partie du statut collectif non négocié. L'association de la délibération de l'assemblée générale extraordinaire et de celle du conseil d'administration ou du directoire emporterait ainsi engagement unilatéral de l'employeur d'attribuer des actions gratuites. En cas de licenciement injustifié, l'attribution étant impossible du fait d'une condition de présence, il en résulterait une perte de chance. Cependant une telle analyse est contestable. Aux termes de l'article L. 225-197-1, I, dernier alinéa, du Code de commerce « Le conseil d'administration ou, le cas échéant, le directoire détermine l'identité des bénéficiaires des attributions d'actions mentionnées au premier alinéa ». La doctrine, spécialement l'Association nationale des sociétés par actions (ANSA), estime que, « compte tenu de la généralité des termes employés par l'article L. 225-197-1, I-

25 *Cass. com.*, 10 févr. 2009, n° 08-12.564 : *JurisData* n° 2009-046997 ; *Bull. civ. IV*, n° 20 ; *JCP E* 2009, 1319 ; *JCl. Commercial*, Synthèse 200.

26 *CA Paris*, 1<sup>er</sup> févr. 2002 : *Dr. sociétés* 2002, comm. 67, obs. D. Vidal. - *V. Cass. soc.*, 28 oct. 1992, n° 89-45.500 : *JurisData* n° 1992-002339 ; *Bull. civ. V*, n° 521.

27 *Cass. com.*, 18 sept. 2019, n° 16-26.962 : *JurisData* n° 2019-016032 ; *JCP E* 2019, 1552, note J. Gallois ; *JCl. Pénal des Affaires*, Synthèse 110.

28 *Cass. soc.*, 27 févr. 2013, n° 11-27.319.

29 *Cass. soc.*, 7 févr. 2018, n° 16-11.635 : *JurisData* n° 2018-001421.

30 *V. Cass. soc.*, 6 mars 2012, n° 10-21.002 visant les anciens articles 1142 et 1147 du Code civil.

*dernier al., les pouvoirs du conseil d'administration (ou du directoire) nous paraissent très larges : dans les limites fixées par la loi et celles éventuellement fixées par l'assemblée (certaines catégories de salariés ou dirigeants), il choisit librement les attributaires des actions ; en outre, rien ne lui interdit à notre avis de procéder à des attributions inégalitaires. En effet, contrairement à d'autres mécanismes, tels que le PEE, les textes n'imposent pas que le mécanisme d'attribution gratuite d'actions soit collectif »<sup>31</sup>. Il ne peut donc pas s'agir d'un engagement unilatéral de l'employeur au profit du personnel ou d'une catégorie de salariés. Il n'est question que d'une pluralité de décisions individuelles. Au demeurant, une telle qualification n'aurait pas de sens car l'engagement étant à durée déterminée, il ne pourrait pas faire l'objet d'une dénonciation ou d'une modification unilatérale défavorable de la part de l'employeur (seule une modification *in favorem* étant toujours possible). L'arrêt du 7 février 2018, rendu au fondement de la responsabilité délictuelle, pourrait alors s'expliquer comme un moyen de condamner un comportement contradictoire d'un employeur. Nous*

estimons néanmoins qu'une telle solution jurisprudentielle n'est pas juridiquement rigoureuse. La responsabilité délictuelle ne pourrait se concevoir qu'en cas d'abus de droit dans la faculté de remettre en cause un plan d'attribution gratuite d'actions.

8 - On conçoit, aisément, que cette position puisse interpellier, voire choquer, car elle revient à considérer que les bénéficiaires n'ont pas de « *droits acquis* » avant la fin de la période d'acquisition. Mais l'équité n'est pas une source du droit. Aucune disposition spéciale du Code de commerce ne vient remettre en cause l'analyse de l'opération en une promesse de donation (avant l'attribution définitive) et en une donation (après l'attribution définitive), comme précédemment exposée. Tout au plus pourrait-on souhaiter une réforme posant expressément la nature contractuelle (sous réserve de restaurer la condition d'imprévision). Le débat est lancé ; nul doute qu'il suscitera des émotions et des réactions enrichissantes. ■

31 *Mémento Sociétés commerciales 2020, préc., spéc. § 70230.*

### L'essentiel à retenir

L'objet du contrat d'attribution gratuite d'actions porte sur le transfert irrévocable, à terme, d'un bien meuble incorporel sans contrepartie ; il s'agit donc d'une donation. Avant le transfert, ce n'est qu'une promesse dépourvue de valeur et donc révoquée.

La théorie institutionnelle des mandats sociaux justifie que, pendant la période d'acquisition des actions, la modification ou la suppression soit possible. À l'endroit des salariés, la délibération sociale octroyant de telles actions ne nous paraît pas pouvoir être qualifiée d'engagement unilatéral de l'employeur.