

Document 10 de 13

La Semaine Juridique Social n° 25, 19 Juin 2007, 1466

## Le sort des régimes d'épargne salariale lors de transferts d'entreprise

Sommaire

**Les récentes réformes n'ont pas su combler les lacunes du dispositif légal encadrant les systèmes d'épargne salariale. Le devenir des régimes d'épargne salariale à l'occasion d'opérations de transferts d'entreprise demeure difficile à appréhender. Manifestement, le dispositif légal doit encore être amélioré. Si bien qu'en pratique, seul un dispositif conventionnel permet de créer un consensus autour de solutions adaptées à la situation née de la restructuration.**

1. - Loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié<sup>Note 1</sup>. Loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie<sup>Note 2</sup>. Les réformes se succèdent, le régime juridique des systèmes d'épargne salariale ne cesse de connaître des modifications, et pourtant nombre de dispositions demeurent insatisfaisantes. La loi ne parvient pas à s'adapter aux réalités des entreprises dont la vie est en permanence rythmée par de profondes mutations. Les incidences des transferts d'entreprise sur les systèmes d'épargne salariale soulèvent en effet bien des questions. Quel est le sort des régimes d'épargne salariale à l'occasion d'opérations de transfert ? Le droit de créance des salariés s'étend-il à la nouvelle entreprise en cas de transfert d'entreprise ? Les opérations de transfert d'entreprise emportent des conséquences sur l'existence ou le contenu des régimes d'épargne salariale (1). Des quelques dispositions légales régissant le sort de la créance des salariés, se dégage une ligne directrice : favoriser le maintien conventionnel de la créance des salariés (2).

### 1. Devenir des régimes d'épargne salariale lors de transferts d'entreprise

2. - Depuis la loi du 26 juillet 2005, les systèmes de participation, d'intéressement et plans d'épargne suivent le même sort en cas de « modification survenue dans la situation juridique de l'entreprise, par fusion, cession ou scission » (A). Il peut se révéler nécessaire d'apporter certaines adaptations aux régimes en vigueur lors de transferts d'entreprise et ce, par référence aux solutions de droit commun (B).

#### A. - L'impossibilité de continuer à appliquer en l'état l'accord de participation, d'intéressement ou le plan d'épargne

3. - Antérieurement à la loi du 26 juillet 2005, le sort des plans d'épargne d'entreprise en cas de modification de la situation juridique de l'entreprise n'avait pas fait l'objet de précisions légales. Les plans d'épargne d'entreprise pouvant être mis en place par accord collectif, atypique ou référendaire ou de manière unilatérale, il y avait lieu de transposer les solutions de droit du travail qui gouvernent d'ordinaire ces mécanismes. C'est ce qui explique que le transfert des engagements conventionnels d'une entreprise à une autre suivait le régime des conventions et accords de droit commun. Un plan d'épargne d'entreprise mis en place par décision unilatérale pouvait être transféré au nouvel employeur conformément aux règles applicables en matière d'engagements unilatéraux. Toutefois, l'application du droit commun aux plans d'épargne d'entreprise était source de difficultés particulières. Dans l'hypothèse d'un transfert du plan d'épargne entreprise institué de manière unilatérale, les salariés transférés bénéficiaient au sein de la nouvelle entreprise de leur plan d'épargne d'origine. Or, ce dernier pouvait être plus favorable que celui en vigueur (lorsqu'il existait) dans la nouvelle entreprise. Se posait alors la question de la coexistence de deux plans d'épargne. S'ils coexistaient, une telle situation contrevenait au caractère collectif du plan d'épargne ouvrant le bénéfice des exonérations fiscales et sociales. En somme, les règles de droit commun étant difficilement compatibles avec le fonctionnement des plans d'épargne d'entreprise, notamment lorsque les fonds étaient investis en titres de l'entreprise ou du groupe, certains auteurs préconisaient que les dispositions dérogatoires des articles L. 441-7 et L. 442-17 du Code du travail en matière d'intéressement et de participation soient étendues aux plans d'épargne. Cette recommandation semble avoir été entendue du législateur puis-

que l'article L. 444-9<sup>Note 3</sup> du même code, issu de la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005, prévoit qu'« *en cas de modification survenue dans la situation juridique d'une entreprise ayant mis en place un plan d'épargne mentionné à l'article L. 443-1, notamment par fusion, cession, absorption ou scission, rendant impossible la poursuite de l'ancien plan d'épargne, les sommes qui y étaient affectées peuvent être transférées dans le plan d'épargne de la nouvelle entreprise, [...] dans des conditions prévues par décret* ». Ce décret n'étant toujours pas paru, il est néanmoins concevable de transposer les règles relatives au critère d'« impossibilité d'appliquer l'accord » de participation ou d'intéressement (C. trav., art. L. 441-7 et art. L. 442-17). Mais que recouvre cette notion ?

**4.** - Notion quelque peu floue, l'« impossibilité d'appliquer l'accord » de participation, d'intéressement ou le plan d'épargne emporte disparition du régime en cas de modification de la situation juridique de l'entreprise. Initialement réservée aux accords de participation et d'intéressement, cette condition est posée, dans des termes quasi identiques, par les articles L. 441-7 et L. 442-17 du Code du travail. Il est ainsi prévu que « *dans le cas où une modification survenue dans la situation juridique de l'entreprise, par fusion, cession ou scission, rend impossible l'application d'un accord [de participation ou d'intéressement] ledit accord cesse de produire effet entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise* ». Cette disposition lapidaire ne permet pas de cerner le concept juridique d'impossibilité d'application de l'accord<sup>Note 4</sup>. Il apparaît néanmoins que l'impossibilité - telle qu'évoquée par le législateur - est liée à la nature de la modification dans la situation juridique de l'entreprise. Une certitude, la restructuration en est à l'origine. La circulaire du 14 septembre 2005<sup>Note 5</sup> a précisé ce concept en soulignant que l'impossibilité d'appliquer l'accord s'apprécie au regard des modifications dans la structure juridique, technique ou financière de l'entreprise « *telles qu'elles rendraient inopérantes les dispositions de ces accords* ». De cette circulaire, il ressort également que l'impossibilité d'appliquer l'accord doit résulter d'éléments objectifs. L'appréciation se fait *in concreto* selon les éléments d'espèce<sup>Note 6</sup>. À titre d'exemple, l'existence d'une prime de participation<sup>Note 7</sup> ou d'intéressement déterminée en fonction des résultats propres à chaque établissement pourra continuer de trouver application par delà la cession partielle d'un établissement. À l'inverse, il sera « impossible » de poursuivre l'application de l'accord de participation ou d'intéressement si le mode de calcul retenu est fonction des résultats globaux de l'entreprise. Les éléments de la formule de calcul de participation ou d'intéressement sont donc déterminants pour la poursuite de l'accord et nécessitent, en particulier, de pouvoir être identifiés dans la nouvelle entreprise. L'entreprise d'accueil doit continuer à appliquer l'accord en vigueur chez l'ancien employeur chaque fois que cela est matériellement possible. Selon la jurisprudence, l'impossibilité d'appliquer un accord ne commande pas de procéder à sa dénonciation : les salariés perdent *de jure* le bénéfice de l'accord existant chez leur ancien employeur et devront être assujettis à l'accord existant dans l'entreprise d'accueil<sup>Note 8</sup>. Il n'y a donc pas de transfert automatique de l'accord de participation, d'intéressement ou du plan d'épargne de l'entreprise d'origine. En pratique, les entreprises accèdent par accord avec les partenaires sociaux l'impossibilité d'appliquer le régime concerné. En l'absence d'accord dans la nouvelle structure<sup>Note 9</sup>, devront être engagées des négociations - dans les six mois de la clôture de l'exercice au cours duquel a eu lieu le transfert - en vue de la signature d'un nouvel accord (C. trav., art. L. 441-7, al. 2 ; art. L. 442-17, al. 2). Le législateur ne précise pas le point de départ de ce délai. Il ne précise pas non plus le délai ouvert aux partenaires sociaux pour procéder au constat de l'impossibilité de continuer à appliquer en l'état l'accord. Il serait utile que le législateur harmonise les dispositions en vigueur en précisant pour l'ensemble des régimes d'épargne salariale le point de départ du délai de six mois : la date de l'opération de restructuration devrait être retenue pour point de départ. Il reste cependant qu'aucune obligation de conclure ne découle de cette obligation de négociation. L'accord peut donc prendre fin à la suite de l'opération de transfert<sup>Note 10</sup>. Mais l'objectif affiché par le législateur semble celui de la négociation et éventuellement de la poursuite conventionnelle de l'accord lorsque cela est possible.

## **B. - La possible poursuite du régime de participation, d'intéressement ou du plan d'épargne par voie d'ajustements**

**5.** - Lors d'un transfert d'entreprise, certaines adaptations au régime d'épargne salariale peuvent s'avérer nécessaires. La renégociation d'un régime d'épargne salariale n'est pas fréquente en pratique. Lorsqu'elle est utilisée, cette faculté est surtout destinée à modifier le mode de gestion ou l'affectation de l'épargne des salariés. Le régime applicable à la modification d'un système d'épargne salariale appelle le recours aux supports juridiques qui l'ont fait naître. La modification opérée doit respecter la hiérarchie des normes en droit du travail. Ainsi, un régime d'épargne salariale ne pourra être modifié que par la norme juridique qui l'a institué ou une norme juridique de rang supérieur. Par exemple, la transformation par voie d'accord d'un plan d'épargne institué par décision unilatérale est considérée comme la poursuite du même plan : cette opération n'emporte pas « transfert » des sommes vers un nouveau plan d'épargne d'entreprise.

**6.** - Les dispositions de droit commun relatives à la modification des conventions et accords collectifs de travail sont transposables aux régimes d'épargne salariale. Afin de modifier le régime d'épargne salariale existant dans l'entreprise restructurée, les partenaires sociaux auront recours à un avenant modificatif en application de l'article L. 132-7 du Code du travail<sup>Note 11</sup>. Cet avenant se substituera de plein droit aux stipulations conventionnelles de l'accord modifié et sera opposable à l'ensemble des signataires de l'accord initial. Les conditions et règles de conclusion des accords collectifs instituant des régimes d'épargne salariale sont pleinement transposables à la modification des accords. Néanmoins, les solutions diffèrent selon le régime concerné. S'agissant de l'intéressement, le législateur impose un parallélisme des formes entre l'avenant modificatif et l'accord initial<sup>Note 12</sup>. Le renouvellement pour trois ans d'un accord d'intéressement doit prendre la forme d'un nouvel accord négocié dans les conditions de droit commun<sup>Note 13</sup>. En aucun cas un tel accord ne peut être renouvelé par tacite reconduction. Si la durée d'un accord d'intéressement (légalement limitée à trois ans) ne favorise pas de profondes modifications de l'accord au fur et à mesure de son application dans l'entreprise, rien ne s'oppose à la conclusion d'avenants annuels modifiant les objectifs à atteindre en fonction de l'évolution de l'entreprise, permettant ainsi de prendre en compte les modifications résultant d'une éventuelle restructuration. Ce parallélisme des formes est limité aux accords d'intéressement, le législateur ne l'étendant ni aux accords de participation, ni aux plans d'épargne. Toutefois, la circulaire interministérielle du 14 septembre 2005 préconise de modifier les accords de participation selon l'une des formes utilisées pour leur signature<sup>Note 14</sup>. Cette recommandation est, à notre sens, transposable aux accords instituant un plan d'épargne. Généralement, l'accord prévoit les modalités et conditions de sa modification (demande de révision, délai d'ouverture des négociations...). Mais *quid* lorsque l'accord initial ne prévoit pas les modalités de sa renégociation ? Selon la Cour de cassation, « si les articles L. 132-6 et L. 132-7 du Code du travail imposent aux parties signataires d'accords ou conventions collectifs à durée déterminée ou indéterminée de prévoir à quelle époque et dans quelles formes ils pourront être renouvelés ou révisés, les parties conservent la faculté de les modifier avec le consentement de l'ensemble de [leurs] signataires, pendant la durée de l'accord ; l'absence de prévision dans l'accord initial d'une procédure de révision avant terme ne saurait, à elle seule, les priver de cette faculté »<sup>Note 15</sup>. Le recours à une révision conventionnelle demeure acquis. Peu importe que l'accord ne la prévoie pas expressément. Qu'il soit à durée déterminée ou indéterminée, l'accord peut être révisé dans les conditions prévues par lui ou, le cas échéant, avec le consentement de l'ensemble des signataires. L'unanimité alors voulue par la Cour de cassation ne concerne que l'invitation aux négociations de révision. L'avenant de révision pourra d'ailleurs n'être signé que par une partie des signataires de l'accord initial. Sous réserve d'une exigence majoritaire posée par la branche, une signature suffit à valider l'avenant. Ce dernier est soumis aux mêmes conditions de conclusion et de dépôt que l'accord initial<sup>Note 16</sup>.

**7.** - Quelle que soit la modification opérée, le respect de certaines particularités propres aux systèmes d'épargne salariale s'impose. Une modification de l'accord collectif ne peut avoir lieu que si elle intervient avant que les résultats de l'exercice ne soient connus ou prévisibles. La circulaire du 14 septembre 2005 considère comme prévisibles les résultats de l'exercice dont la première moitié s'est écoulée<sup>Note 17</sup>. L'accord de participation ou d'intéressement<sup>Note 18</sup> ne peut donc être modifié avant qu'il n'ait été appliqué durant au moins un exercice et ce, pour respecter le caractère aléatoire des résultats. À défaut, toute modification pourrait être considérée comme un détournement de l'accord lui-même. La Cour de cassation a ainsi estimé qu'en pareille circonstance, seules les sommes calculées selon les modalités de l'accord initial pouvaient être exonérées<sup>Note 19</sup>.

## **2. Devenir de la créance des salariés lors de transferts d'entreprise**

**8.** - Les sommes issues de la participation, du plan d'épargne d'entreprise ou encore issues de l'intéressement et versées dans un plan d'épargne d'entreprise, constituent une créance des salariés pouvant survivre par delà le transfert d'entreprise (A). Les lois du 26 juillet 2005 et du 30 décembre 2006 ont organisé un dispositif de transfert de la créance des salariés (B).

### **A. - La survie de la créance des salariés par-delà l'opération de transfert d'entreprise**

**9.** - Indisponibilité des droits (1°) et passerelle plan d'épargne d'entreprise/*stock-options* (2°) permettent de maintenir la créance des salariés acquise au titre du plan d'épargne d'entreprise ou de la participation. La rétroactivité fiscale de certaines opérations juridiques peut être source de difficultés particulières (3°).

#### **1° L'indisponibilité des droits nés de la participation ou d'un plan d'épargne d'entreprise**

**10.** - La modification de la situation juridique de l'entreprise ou le transfert des salariés emportent-ils disparition des créances affectées dans un fonds collectif<sup>Note 20</sup> ? Une réponse négative s'impose. Les salariés qui quittent l'entreprise sans demander le déblocage anticipé ou avant la période de déblocage initialement fixée, conservent les sommes prévues dans le régime<sup>Note 21</sup>. Les droits des salariés issus de la participation et du plan d'épargne d'entreprise demeurent en principe indisponibles durant une période légale<sup>Note 22</sup> ou conventionnelle fixée par l'accord<sup>Note 23</sup>. Cette indisponibilité permet de faire fructifier les avoirs des salariés en les plaçant sur les marchés financiers. Il s'agit de faire bénéficier les salariés de placements performants en vue de la constitution d'un capital. N'est admise aucune dérogation par convention au principe de blocage, fusse en payant l'impôt au titre de ces sommes. La modification de la situation juridique de l'entreprise n'emporte pas remise en cause des règles légales d'indisponibilité. Les cas de déblocage anticipé sont communs aux deux systèmes d'épargne salariale, participation et plan d'épargne d'entreprise<sup>Note 24</sup>. Le transfert des salariés au titre de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail n'est pas un cas de « *cessation du contrat de travail* ». Ainsi, le transfert des salariés ne peut permettre le déblocage anticipé des fonds bloqués dans la réserve spéciale de participation. Le principe est que les droits des salariés au titre de la participation ou du plan d'épargne d'entreprise ne peuvent être négociables<sup>Note 25</sup> ou exigibles<sup>Note 26</sup> qu'à l'issue du délai légal de cinq ans à compter du jour de l'ouverture des droits (C. trav., art. L. 442-7 et art. L. 443-6). Une fois devenus négociables ou exigibles, ces droits pourront être liquidés ou transférés. L'opération de restructuration n'affectera pas l'existence de la créance mais en modifiera éventuellement l'affectation. Deux issues sont envisageables : soit les droits des salariés sont liquidés et dans ce cas l'employeur leur adresse les sommes acquises une fois celles-ci débloquées, soit les droits des salariés sont transférés vers un système d'épargne salariale existant ou nouvellement créé à la suite de l'opération de restructuration. Toutefois, même s'ils quittent l'entreprise, les salariés peuvent demander le maintien de leurs droits par delà la durée d'indisponibilité. Ils ne sont pas tenus de récupérer leurs droits une fois ceux-ci devenus disponibles.

Il serait souhaitable que le législateur prenne en compte la situation des entreprises et ouvre le déblocage anticipé des avoirs aux cas de transferts d'entreprise.

## 2° La passerelle plan d'épargne d'entreprise/stock-options

**11.** - La loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques (dite loi « NRE »)<sup>Note 27</sup> envisage un cas de déblocage anticipé, particulièrement adapté aux cas de restructurations : la levée des options créées ou achetées par l'entreprise elle-même<sup>Note 28</sup>. Cette opportunité est offerte par le second alinéa de l'article L. 443-6 du Code du travail : « *Ce délai [le délai minimum de cinq ans] ne s'applique pas si la liquidation des avoirs acquis dans le cadre du plan d'épargne d'entreprise sert à lever des options consenties dans les conditions prévues à l'article L. 225-177 ou à l'article L. 225-179 du Code de commerce. Les actions ainsi souscrites ou achetées doivent être versées dans le plan d'épargne et ne sont disponibles qu'à l'expiration d'un délai minimum de cinq ans à compter de ce versement* ».

Dérogeant au délai légal minimum de cinq ans, l'utilisation de cette « passerelle » PEE/stock-options est subordonnée à deux conditions : la liquidation anticipée doit servir à financer la levée d'option ; les actions souscrites ou achetées doivent être immédiatement versées dans le plan d'épargne d'entreprise. Le respect de ces conditions emporte liquidation anticipée des avoirs indisponibles. Dès lors, les actions nouvellement souscrites ou achetées ne seront disponibles qu'à l'expiration d'un délai minimum de cinq ans à compter de ce versement. La circulaire interministérielle du 14 septembre 2005 le confirme : les actions souscrites ou achetées par le biais de la passerelle PEE/stock-options « *sont indisponibles pendant un délai minimum de cinq ans et il n'est pas possible de demander le déblocage anticipé de ces actions* »<sup>Note 29</sup>. L'intérêt fiscal du versement des actions dans le plan d'épargne d'entreprise n'est pas négligeable puisqu'il s'agit de les faire bénéficier du régime fiscal de faveur des plans d'épargne d'entreprise. Les revenus des actions s'accumulent dans le plan d'épargne en franchise d'impôt sur le revenu. Qui plus est, la plus-value de cession - réalisée lors de la cession des actions devenues disponibles - et l'avantage tiré de la levée de l'option sont également exonérés d'impôt sur le revenu. Les salariés bénéficient donc d'une exonération tant sur la plus-value acquise par les actions pendant leur période de maintien sur le plan que sur le profit réalisé lors de la levée de l'option. Néanmoins, les prélèvements sociaux s'appliquent dans les conditions de droit commun. Le coût fiscal et le coût du financement de la levée des options seront réduits. Reste le risque de perte en capital inhérent à tout placement en actions.

**12.** - À l'expiration de la période d'indisponibilité, les participants au régime d'épargne salariale se voient reconnaître plusieurs possibilités. Ils peuvent soit maintenir leurs avoirs dans le plan d'épargne salariale, conservant ainsi le bénéfice des exonérations fiscales et sociales, soit demander la liquidation de leurs droits, ou encore obtenir le transfert de leurs droits vers un autre plan d'épargne salariale. Les modalités de mise en oeuvre de ce choix relèvent du jeu conventionnel.

### 3° L'incidence de la rétroactivité de l'opération de restructuration sur la réserve spéciale de participation

**13.** - Le caractère rétroactif de certaines opérations de restructuration soulève des difficultés<sup>Note 30</sup>. Il est courant que les opérations de fusion bénéficient en pratique d'un effet rétroactif conventionnellement fixé au 1er janvier de l'année de l'opération. Cette rétroactivité comptable au 1er janvier de l'année en cours intervient quelle que soit la date de signature ou d'approbation du traité de fusion<sup>Note 31</sup>. Sur quel résultat le montant de la réserve spéciale de participation sera-t-il calculé ? À l'occasion d'une telle opération, les salariés transférés ont vocation à bénéficier - chez le nouvel employeur - de la participation calculée en fonction des bénéfices réalisés depuis le début de l'exercice et ce, quelle que soit la date du transfert. Ils ne pourront en revanche pas revendiquer de droit à une participation sur la totalité de l'exercice au sein de la société d'origine. En effet, en présence d'un accord de participation au sein de la nouvelle entreprise, l'accord en vigueur chez l'ancien employeur n'a pas vocation à être transféré dans la mesure où deux réserves spéciales de participation ne peuvent coexister. Toutefois, le maintien de la créance des salariés se traduit par le versement d'une participation *prorata temporis*. Les salariés bénéficieront de la participation acquise chez leur ancien employeur jusqu'au jour de la rupture de leur contrat de travail c'est-à-dire la date du transfert ; à compter de cette date, ils bénéficieront de la participation en vigueur chez leur nouvel employeur. Ainsi les salariés transférés bénéficient de la participation existante chez le nouvel employeur tout en conservant une participation calculée au prorata de leur temps passé au sein de leur ancienne entreprise ou au prorata de leurs salaires. La Cour de cassation a estimé que dès lors que la fusion avait un effet comptable rétroactif au 1er janvier de l'année en cours, le salarié avait droit à une participation au titre de celle existant dans la société absorbée<sup>Note 32</sup>. Lorsque la société absorbante doit intégrer à son bilan les bénéfices réalisés par la société absorbée, c'est sur le montant global des bénéfices que doit être calculée la réserve spéciale de participation due aux salariés (proportionnellement - comme dans l'affaire *Carboxyque*<sup>Note 33</sup> - aux salaires perçus l'année de la fusion)<sup>Note 34</sup>.

En pratique, les entreprises parties à l'opération de fusion ont souvent recours à des accords destinés à mettre tous les salariés de la nouvelle entreprise sur un pied d'égalité en leur attribuant collectivement une participation.

**14.** - Des difficultés particulières peuvent apparaître lors d'une opération d'apport partiel d'actif. La principale difficulté réside dans le transfert des résultats en cours d'exercice. Dans la mesure où les salariés bénéficient d'un droit à participation sur les résultats dans la première entreprise avant l'opération de restructuration, il est en pratique admis que ce droit est maintenu jusqu'au jour effectif de l'opération. Puis les salariés se voient reconnaître un droit à participation calculé sur le résultat fiscal de la nouvelle entreprise. Les salariés transférés ayant participé à la réalisation des résultats dans l'ancienne et la nouvelle entreprise, il paraît difficile de leur retirer le droit à participation obtenu au titre de l'une ou l'autre des activités. En revanche, les salariés non transférés continuent de percevoir un droit à participation calculé sur le résultat de leur entreprise ou branche d'activité sans pouvoir prétendre au bénéfice de la fraction du résultat généré par l'activité des salariés transférés.

## B. - Le transfert de la créance des salariés vers la nouvelle entreprise

**15.** - Du transfert d'entreprise peut résulter le transfert conventionnel de la participation (1°), de l'intéressement (2°) ou du plan d'épargne d'entreprise (3°) de la structure d'origine vers la nouvelle entité.

### 1° Le transfert conventionnel de la participation vers le plan d'épargne du nouvel employeur

**16.** - Ouverte au plan d'épargne d'entreprise et au plan d'épargne interentreprises<sup>Note 35</sup>, l'affectation conventionnelle des droits détenus au titre de la réserve spéciale de participation vers le plan d'épargne existant au sein de la nouvelle entreprise est une solution particulièrement opportune à l'occasion d'opérations de transfert d'entreprise (C. trav., art. L. 444-9). Elle ne permet pas d'abondement de l'entreprise. Ne sont pas prises en compte au titre des versements volontaires des salariés les sommes transférées ; elles n'entrent donc pas dans le calcul du plafond (C. trav., art. L. 443-2) limitant le montant annuel de ces versements. Les sommes sont affectées à un fonds d'investissement de l'entreprise. De cette affectation résulte un droit de créance des salariés dont le montant est équivalent aux sommes versées dans le fonds. La loi du 30 décembre 2006 envisage la possibilité que les sommes constituant la réserve spéciale de participation soient affectées soit à des comptes courants ouverts au nom de chaque salarié de l'entreprise en application d'un plan d'épargne d'entreprise soit à un compte que l'entreprise doit consacrer à des investissements<sup>Note 36</sup>. Les investissements peuvent être effectués directement par l'entreprise ou par un organisme extérieur. En raison des coûts de gestion interne, les entreprises préfèrent opter pour la tenue et la gestion des comptes par des organismes extérieurs. Les revenus (intérêts) des droits de créance peuvent, en l'absence de stipulation contraire, être versés annuellement aux salariés ou, lorsque celui-ci en fait la demande, être réinvestis. L'accord doit prévoir l'option applicable à défaut de choix des salariés. Les salariés

peuvent à titre individuel opter pour le versement de tout ou partie de la participation ou de l'intéressement vers le plan. Toutefois, le plan d'épargne doit prévoir cette possibilité. Cette affectation emporte blocage des sommes pendant une durée de cinq ans au cours de laquelle l'employeur pourra effectuer des abondements (C. trav., art. L. 443-6). À l'issue de cette période, les sommes seront exonérées fiscalement à condition que l'affectation ait été opérée dans le délai de quinze jours à compter de la date à laquelle les sommes ont été perçues.

**17. -** De nature à simplifier la coexistence de systèmes d'épargne salariale au sein de la nouvelle structure, un plan d'épargne d'entreprise peut jouer le rôle d'accord de participation pour les entreprises non assujetties obligatoirement à la participation, à condition toutefois qu'elles entrent dans son champ d'application. Les entreprises concernées n'auront alors pas besoin de conclure un accord de participation distinct, le règlement du plan d'épargne étant suffisant (C. trav., art. L. 443-1-1, al. 10). Doivent y figurer certaines clauses obligatoires tenant notamment aux modalités de calcul et de répartition de la réserve spéciale de participation. L'objectif recherché par le législateur est de faciliter la mise en place d'accords de participation dans les entreprises de moins de cinquante salariés. Groupe d'entreprises ou unité économique et sociale peuvent, à l'occasion de restructurations, s'inspirer de cette solution.

## **2° L'affectation conventionnelle de l'intéressement vers le plan d'épargne d'entreprise du nouvel employeur**

**18. -** Au nouvel employeur peut se poser la question du sort de l'intéressement à l'occasion du transfert des salariés (C. trav., art. R. 443-8). L'interprétation des textes en vigueur apporte quelques éléments de réponse. De l'article L. 122-12-1 du Code du travail, les salariés peuvent tirer le fondement de leur droit à réclamer à leur nouvel employeur la créance résultant de l'intéressement pendant la période effectuée auprès de leur ancien employeur. Le transfert de l'entreprise peut être à l'origine de la décision d'affectation conventionnelle de la créance des salariés. Cette créance pourra faire l'objet d'un versement dans le plan d'épargne d'entreprise existant chez le nouvel employeur. Limités aux droits liquidés à l'expiration de la durée de l'accord d'intéressement, les versements affectés à un plan d'épargne sont considérés comme des versements volontaires des salariés et entrent par conséquent dans le calcul du plafond des versements<sup>Note 37</sup>. Cette affectation emporte application du régime du plan d'épargne d'entreprise aux sommes issues de l'intéressement. La créance des salariés survivra par delà l'opération de transfert d'entreprise.

**19. -** Au maintien conventionnel dans le plan d'épargne d'entreprise des sommes issues de la participation ou de l'intéressement s'ajoute le transfert de l'épargne salariale issue d'autres régimes.

## **3° Le transfert conventionnel des avoirs du plan d'épargne d'entreprise vers le plan d'épargne du nouvel employeur**

**20. -** Du transfert d'entreprise peut résulter l'extinction du plan d'épargne d'entreprise existant dans l'entreprise d'origine. Est-ce à dire que la créance des salariés disparaît ? La suppression du plan d'épargne de l'entreprise d'origine n'emporte pas *ipso facto* disparition des avoirs des salariés transférés. Des aménagements conventionnels peuvent maintenir la créance des salariés par delà leur transfert. Les salariés peuvent demander le transfert des sommes détenues par l'ancien employeur vers le plan d'épargne du nouvel employeur. Une condition préalable est requise : ce transfert est soumis à la liquidation des avoirs. Le transfert ne peut en effet porter que sur des sommes liquides, non des titres. Matériellement, il s'agit d'une opération consistant à transférer les avoirs des salariés d'un plan vers un autre sans qu'il y ait délivrance de ces avoirs. Les stipulations conventionnelles des notices des organismes de placement collectif de valeurs mobilières ou du règlement du plan encadrent cette liquidation<sup>Note 38</sup>. S'effectuera ensuite le transfert vers un plan nouveau choisi par les salariés<sup>Note 39</sup>. Les sommes transférées d'un plan d'épargne vers un autre ne sont pas prises en compte dans le calcul du plafond des versements des salariés (limité au quart de leur rémunération annuelle) (C. trav., art. L. 444-9, al. 4). Les montants transférés emportent clôture du plan initial.

**21. -** Les salariés peuvent-ils, lorsque cela est matériellement possible, conserver leurs avoirs dans le plan d'origine ? La circulaire du 14 septembre 2005 édicte un principe d'affectation des fonds existants dans le plan d'épargne d'entreprise de l'ancien employeur au plan d'épargne d'entreprise existant dans l'entreprise d'accueil ou mis en place à la suite du transfert<sup>Note 40</sup>. Mais ce principe n'a que valeur de recommandation et n'est aucunement constitutif d'une obligation à la charge des entreprises. Des stipulations conventionnelles peuvent prévoir des modalités autres. Ce n'est qu'« *en l'absence d'un nouveau plan* » qu'est préconisé le maintien des « *sommes en cause [...] dans leur affectation d'origine jusqu'à l'expiration du délai d'indisponibilité* »<sup>Note 41</sup>. De cette disposition se déduit la possibilité pour les salariés transférés de conserver leurs fonds dans le plan de leur ancien employeur, y compris les fonds devenus disponibles lorsque cela est

possible. Certaines contraintes sont liées à une telle solution. Les salariés transférés ne pourront revendiquer le bénéfice d'abondements de l'employeur et ne pourront plus effectuer de versement dans le plan. Une difficulté peut naître de l'existence dans les fonds collectifs de titres de l'entreprise d'origine. En pareille circonstance est envisagée la possibilité, lors du transfert des salariés, d'affecter l'épargne des salariés vers un fonds diversifié comportant des actions autres que celles de l'entreprise<sup>Note 42</sup>. L'objectif est d'éviter que la disparition de l'entreprise ne s'accompagne d'une perte de tout ou partie des avoirs des salariés lorsque ceux-ci détiennent des actions de l'entreprise.

Le transfert conventionnel admis, se pose la question de la durée d'indisponibilité des sommes transférées. Le législateur retient une solution de bon sens : les périodes de blocage déjà accomplies dans le plan précédent s'imputent sur la durée de blocage de cinq ans - à l'exception des sommes utilisées pour souscrire à une augmentation de capital (telle que prévue par l'article L. 443-5 du Code du travail)<sup>Note 43</sup>. Dans le même esprit, le transfert de sommes disponibles maintient la disponibilité des sommes après le transfert. Il n'en demeure pas moins que la survie du plan auprès du nouvel employeur est subordonnée au caractère collectif du plan : il doit bénéficier à l'ensemble des salariés. À défaut, le nouvel employeur devra mettre fin au plan d'épargne ou éventuellement le remplacer par un nouveau plan d'épargne. Le risque - en cas d'application du plan d'épargne à une partie du personnel - est la perte du bénéfice des exonérations fiscales et sociales pour l'ensemble des versements à venir.

Malgré les contraintes qui entourent les transferts d'un plan d'épargne vers un autre, la volonté du législateur est cependant d'offrir aux salariés un large choix de placements en vue de maintenir, autant que faire se peut, leur épargne salariale à la suite d'une opération de transfert d'entreprise.

**22. -** Quels qu'ils soient, les transferts des avoirs des salariés appellent le plus souvent une mise en oeuvre conventionnelle, seule issue susceptible de créer un consensus autour d'une solution adaptée à la situation née de la restructuration. Le législateur a étendu les cas de transferts d'épargne salariale, ce qui favorise le maintien de la créance des salariés par-delà l'opération de transfert d'entreprise. À l'heure où l'épargne salariale, et notamment le pouvoir d'achat des salariés, sont au coeur de l'actualité, il serait opportun que le législateur ouvre les cas de déblocage anticipé aux cas de transferts d'entreprise. Manifestement, le dispositif légal doit encore être amélioré.

**Textes :** L. n° 2006-1770, 30 déc. 2006. - Circ. intermin., 14 sept. 2005. - C. trav., art. L. 122-12 ; art. L. 441-1 à L. 444-12 ; art. R. 441-1 à R. 444-2-6

**Encyclopédies :** Travail Traité, Fasc. 27-10, 27-15, 27-20 et 27-22, par Guillaume Bordier ; Fasc. 19-54, par Patrick Morvan

Note 1 L. n° 2006-1770, 30 déc. 2006 : Journal Officiel 31 Décembre 2006 ; JCP S 2007, 1014, 1031, 1048 et 1095. - V. aussi, JCP S 2007, 1001 et 1032, études par R. Vatinet.

Note 2 L. n° 2005-842, 26 juill. 2005 : Journal Officiel 27 Juillet 2005 ; JCP S 2005, 1123. - V. aussi, JCP S 2005, 1220, étude par S. Darmais.

Note 3 G. Bordier, Plans d'épargne salariale : J.-Cl. Travail Traité, Fasc. 27-22, spéc. n° 63. - H. Ouaiissi, Les incidences des restructurations d'entreprise sur la situation collective des salariés : LGDJ 2006, p. 434.

Note 4 Néanmoins, « l'impossibilité d'appliquer l'accord [...] paraît être une notion plus étroite que la mise en cause de l'application visée par l'article L. 132-8 [du Code du travail] », J. Savatier, Intéressement et participation des travailleurs à l'entreprise : Rép. trav. Dalloz, 1995, p. 10, n° 69.

Note 5 Circ. intermin., 14 sept. 2005, dossier participation, fiche 1 ; dossier intéressement, fiche 3 : Journal Officiel 1er Novembre 2005 ; JCP S 2005, 1341, 1361 et 1384.

Note 6 Cass. soc., 13 mai 2003, n° 01-14.565 : Juris-Data n° 2003-019059 ; BS Lefebvre 2003, p. 730 ; RJS 2003, n° 922.

Note 7 L'article L. 444-12 du Code du travail, issu de loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006, envisage le versement d'un supplément de participation.

Note 8 CA Versailles, 1re ch., 7 févr. 2002 : RJS 2002, n° 862.

Note 9 L'obligation de négociation ne joue que dans l'hypothèse où, faute de pouvoir être appliqué au sein de l'entreprise d'accueil, l'accord de l'entreprise d'origine est écarté et qu'il n'existe pas d'accord dans l'entreprise d'accueil.

Note 10 Les salariés transférés perdent alors le bénéfice de leur ancien régime à compter de la date d'effet de leur transfert. La disparition du régime d'intéressement d'origine emportera pour les salariés le bénéfice - au prorata de leur temps de présence et selon la formule de calcul de l'intéressement - du régime en vigueur dans l'entreprise d'accueil.

Note 11 Tout avenant ou renouvellement d'un accord doit être déposé à la direction départementale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle.

Note 12 L'article R. 441-1 du Code du travail prévoit que « *l'accord d'intéressement ne peut être [...] modifié que par l'ensemble des signataires et dans la même forme que sa conclusion* ».

Note 13 Cass. soc., 17 sept. 2003, n° 01-10.706 : Juris-Data n° 2003-020367 ; TPS 2003, comm. 402, obs. J.-M. Olivier ; RJS 2003, n° 1297 ; Dr. ouvrier 2003, p. 529, obs. J. Savatier. Si seuls les signataires de l'accord initial peuvent signer l'accord de révision, il n'en demeure pas moins que toutes les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise doivent être invitées à la négociation de révision. Lorsque l'accord a été signé par un salarié mandaté, la loi du 4 mai 2004 commande aux entreprises de faire appel aux organisations syndicales représentatives au plan national afin qu'elles mandatent à nouveau un salarié pour la révision de l'accord.

Note 14 *Circ. intermin., 14 sept. 2005, préc., dossier participation, fiche 2.*

Note 15 Cass. soc., 11 mai 2004, n° 02-14.844 : Juris-Data n° 2004-023644 ; TPS 2004, comm. 230, obs. J.-M. Olivier ; RJS 2004, n° 834.

Note 16 Cass. soc., 5 nov. 1999 : Juris-Data n° 1999-003756 ; Bull. civ. 1999, V, n° 432 ; RJS 1999, n° 1490.

Note 17 *Circ. intermin., 14 sept. 2005, préc., dossier participation, fiche 2 ; dossier intéressement, fiche 3.*

Note 18 La formule de calcul en particulier.

Note 19 Cass. soc., 19 nov. 1998, n° 96-22.869 : Juris-Data n° 1998-004386 ; Bull. civ. 1998, V, n° 510 ; RJS 1999, n° 82.

Note 20 Sont ici visées les créances nées de la participation ou d'un plan d'épargne d'entreprise.

Note 21 Théoriquement, les salariés peuvent maintenir leurs droits dans le fonds jusqu'à l'expiration de la prescription trentenaire, Cass. com., 29 oct. 2003, n° 00-21.947 : Juris-Data n° 2003-020661 ; Bull. civ. 2003, IV, n° 155.

Note 22 Du régime d'épargne salariale concerné dépend le délai d'indisponibilité. La participation appelle le blocage des sommes pendant un délai de cinq ans sauf lorsqu'il s'agit du régime de participation d'autorité, les sommes étant indisponibles pendant huit ans (C. trav., art. L. 442-12). S'agissant des plans d'épargne d'entreprise, ce délai est, en application de l'article L. 443-6 du Code du travail, de cinq ans courant à compter de l'acquisition des titres (actions de Sicav, parts de fonds communs de placement ou valeurs mobilières émises par l'entreprise). Par souci de simplification, il peut être prévu un point de départ commun à toutes les acquisitions effectuées au cours d'une période. À titre d'illustration, il peut être envisagé que les actions ou parts acquises au cours d'une année civile deviendront disponibles le 30 juin de la cinquième année à compter de cette acquisition. La circulaire du 14 septembre 2005 (*Dossier plan d'épargne d'entreprise, fiche 5*) ouvre la possibilité de débloquer les sommes du plan d'épargne à compter du premier jour du quatrième mois du cinquième exercice annuel suivant l'acquisition des titres lorsque ceux-ci proviennent au moins en partie des sommes de la réserve spéciale de participation.

Note 23 Les parties peuvent convenir d'un délai conventionnel supérieur. Mais en pratique, les rédacteurs du plan se limitent à fixer dans les accords le délai légal tout en ouvrant la possibilité aux adhérents au plan de conserver les avoirs dans ce dernier par delà la période de blocage des sommes.

Note 24 À la différence de la participation ou du plan d'épargne d'entreprise, les cas de déblocage du plan d'épargne pour la retraite collectif (ci-après dénommé « Perco ») sont très limités. Ainsi, la possibilité de déblocage des avoirs en cas de « cessation du contrat de travail » ne figure pas parmi les cas prévus par le législateur. Cette absence s'explique certainement par le fait que le Perco est un produit d'épargne à long terme. Quelques rares cas de déblocage sont prévus, mais le législateur ne précise pas le délai dans lequel la demande de liquidation des avoirs du participant parti en retraite doit être effectuée. Là encore, il revient à l'accord collectif d'en prévoir les modalités (C. trav., art. L. 443-1-2).

Note 25 Par « droits négociables », il faut entendre les droits placés en parts de fonds communs de placement, en actions de Sicav ou en titres de l'entreprise.

Note 26 L'expression « droits exigibles » désigne les droits placés en comptes courants dans les entreprises.

Note 27 L. n° 2001-420, 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, art. 132 : Journal Officiel 16 Mai 2001.

Note 28 Dans les conditions prévues aux articles L. 225-177 ou L. 225-179 du Code de commerce.

Note 29 Circ. intermin., 14 sept. 2005, préc., dossier plan d'épargne d'entreprise, fiche 5 : JCP S 2005, 1409.

Note 30 H. Ouassi, *Les incidences des restructurations d'entreprise sur la situation collective des salariés* : LGDJ 2006, p. 412.

Note 31 En revanche, les TUPE ne peuvent avoir d'effet rétroactif comptable et juridique. Elles ne peuvent avoir qu'un effet rétroactif fiscal (Instr. fisc., 30 déc. 2005 : BOI 4 L-1-05).

Note 32 Cass. soc. 23 févr. 1983, n° 81-16.106, Carboxyque Française c/ Heurteaux : Juris-Data n° 1983-700414 ; Dr. soc. 1983, p. 634, note J. Savatier. - V. égal., CA Versailles, 1re ch., 7 févr. 2002, préc.

Note 33 Cass. soc., 23 févr. 1983, préc.

Note 34 Sur la modification de la formule de calcul de la réserve spéciale de la participation, C. trav., art. L. 442-1 et art. L. 442-6 issus de L. n° 2006-1770, 30 déc. 2006.

Note 35 Qu'il soit nouvellement créé ou non, le plan d'épargne interentreprises ne peut prévoir l'acquisition de parts de fonds communs de placement « dédiés » (tels que prévus par les articles L. 214-39 et L. 214-40 du Code monétaire et financier) : il s'agit de fonds composés de plus d'un tiers de titres émis par une entreprise adhérant au plan d'épargne interentreprises. À l'inverse, le plan d'épargne interentreprises peut, à certaines conditions, contenir des parts de fonds dits « diversifiés » (C. trav., art. L. 443-1-1, al. 11). Par ces dispositions protectrices pour les salariés, le législateur tente d'éviter qu'à la perte de leur emploi en cas de difficulté de l'entreprise s'ajoute la perte pour les salariés de leur épargne qui serait investie dans le capital de l'entreprise.

Note 36 C. trav., art. L. 442-5, al. 4. - R. Vatinet, Développement de la participation des salariés : JCP S 2007, 1001.

Note 37 La loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 étend l'exonération des sommes issues de l'intéressement affectées à un plan d'épargne d'entreprise en les excluant des bénéfices non commerciaux et de l'assiette des bénéfices industriels et commerciaux dans la limite d'un montant égal à la moitié du plafond annuel de la sécurité sociale. - C. trav., art. L. 441-6, al. 2.

Note 38 Circ. intermin., 14 sept. 2005, préc., dossier plan d'épargne d'entreprise, fiche 3 ; dossier transferts-information des salariés sur leurs avoirs, fiche 1.

Note 39 L'article R. 444-1-4 du Code du travail met à la charge des salariés une obligation d'information au profit de l'ancien et du nouvel employeur de l'affectation des liquidités du plan.

Note 40 Circ. intermin., 14 sept. 2005, préc., dossier plan d'épargne d'entreprise, fiche 2 ; dossier transferts, fiche 1. - Le transfert des contrats des salariés emporte maintien de l'ancienneté acquise chez leur ancien employeur, ce qui permet d'apprécier la durée requise (trois mois) pour effectuer le transfert des fonds.

Note 41 Circ. intermin., 14 sept. 2005, préc.

Note 42 Circ. intermin., 14 sept. 2005, préc., dossier transferts-information des salariés sur leurs avoirs, fiche 1.

Note 43 Circ. intermin., 14 sept. 2005, préc., dossier plan d'épargne d'entreprise, fiche 4.