



Sort de l'épargne salariale



Corinne METZGER
Avocat Associé
Cabinet MBDA Associés
cmetzger@mbda-associes.fr



Meriem KHELIF
Avocat associé
Cabinet MBDA Associés
mkhelif@mbda-associes.fr

Le transfert d'entreprise va impacter les régimes d'épargne salariale mis en place au sein de l'entreprise. Que vont devenir les droits des salariés transférés ?

Les restructurations sont des opérations périlleuses pour les droits des salariés, et notamment dans la matière sensible que constitue l'épargne salariale.

En effet, composants du statut collectif de l'entreprise, les différents dispositifs (participation, intéressement et plan d'épargne entreprise) mis en place au sein d'une entreprise peuvent être lourdement affectés par ces opérations.

Aussi la question du maintien des accords d'intéressement et de participation ou des plans d'épargne salariale représente-elle fréquemment un enjeu social important qui doit nécessairement être anticipé.

Or, si un cadre légal existe, il reste imprécis et source d'interprétation.

PARTICIPATION ET INTÉRESSEMENT

L'objet bien particulier des dispositifs d'épargne salariale a conduit à l'adoption de règles légales dérogoires au droit commun des accords collectifs,

et notamment à l'article L. 2261-14 du Code du travail et au régime juridique de la « mise en cause » des accords collectifs.

Plus particulièrement, selon les articles L. 3313-4 (intéressement) et L. 3323-8 du Code du travail (participation), en cas de modification survenue dans la situation juridique de l'entreprise, par fusion, cession ou scission et **lorsque cette modification rend impossible l'application** de l'accord d'intéressement ou de participation, ce dernier cesse de produire effet entre le nouvel employeur et les salariés de l'entreprise.

Dans le cas inverse, les règles de l'article L. 2261-14 du Code du travail doivent s'appliquer et l'accord d'origine poursuivre ses effets vis-à-vis des salariés transférés, sauf conclusion d'un nouvel accord.

Que doit-on entendre par « impossibilité » d'application ?

Cette notion constituant une véritable zone d'ombre, il convient de la clarifier, même si de nombreuses incertitudes demeurent.



Mesurer les effets de l'opération au plan individuel et collectif

Cela nous permettra, par la suite, d'éclaircir les conséquences du transfert selon que l'accord initial peut ou non continuer de recevoir application.

Notion d'« impossibilité » d'application

Mutisme des textes

Selon le *Guide de l'épargne salariale* et la circulaire interministérielle du 14 septembre 2005 sur l'épargne salariale, l'impossibilité d'appliquer les accords est indépendante de la volonté de l'employeur. Elle doit résulter de modifications dans la structure juridique, technique ou financière de l'entreprise, telles qu'elles rendraient inopérantes les dispositions de ces accords.

Il faut donc se livrer à une appréciation objective, *in concreto*, en tenant compte de la nature de l'opération en cause (fusion, cession ou scission) et de ses conséquences sur les structures économiques et financières des entreprises concernées.

Il s'agit de vérifier si les éléments de la formule retenue pour le calcul de la réserve de participation ou de l'intéressement (chiffre d'affaires, capitaux propres, valeur ajoutée, etc.) peuvent être identifiés au sein de l'entreprise d'accueil et appliqués sur le périmètre transféré.

En cas de litige, il convient de noter que l'impossibilité d'appliquer un accord relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Ainsi, la Haute juridiction a énoncé que lorsqu'une cour d'appel constate qu'un accord n'est plus applicable en l'état, un comité d'entreprise (ou un CSE) ne peut pas venir en réclamer le maintien jusqu'à son terme. L'appréciation des juges d'appel en la matière ne peut pas être remise en cause devant la Cour de cassation ⁽¹⁾.

En pratique, afin d'anticiper tout risque de contentieux, il est vivement recommandé de faire constater la possibilité ou l'impossibilité de poursuivre l'accord par les parties signataires et d'en informer la Direccte. L'Administration précise que le constat par les partenaires sociaux de l'impossibilité d'appliquer l'accord d'intéressement couvrant les salariés dans l'entreprise d'origine entraîne l'ouverture de la

négociation prévue par la loi en vue de la conclusion éventuelle d'un nouvel accord ⁽²⁾.

Au-delà de ce rappel général, il convient de rechercher pour chaque type d'accord les règles applicables.

Règles particulières applicables

Accords de participation

L'entreprise d'accueil est dotée d'un accord de participation. – Les paramètres entrant dans la formule de calcul (bénéfices, capitaux propres, valeur ajoutée) seront affectés par l'opération de fusion, car il sera délicat d'identifier la part de chaque société après leur fusion.

À cet égard, l'existence d'une formule légale de calcul de la réserve spéciale de participation (RSP), fondée à titre principal sur le bénéfice net fiscal et faisant également intervenir des paramètres comptables issus des comptes sociaux de l'entreprise (capitaux propres, valeur ajoutée, masse salariale) n'est pas neutre sur la poursuite éventuelle de l'accord.

Selon l'administration, dès lors qu'il existe un accord de participation dans l'entreprise d'accueil, l'accord de participation en vigueur dans l'entreprise cédante cesse de s'appliquer aux salariés transférés qui bénéficient de l'accord applicable dans leur nouvelle entreprise, dès qu'ils remplissent le cas échéant la condition d'ancienneté requise ⁽³⁾.

Remarque

Ecarter ainsi l'accord de participation de l'entreprise cédante peut être source de contentieux si cette dernière appliquait une formule dérogatoire, nécessairement plus favorable que la formule légale.

L'entreprise d'accueil n'a pas d'accord de participation. – Pour déterminer si l'accord de participation de l'entreprise cédante s'appliquera aux salariés transférés, il sera nécessaire de vérifier si les éléments de la formule de calcul de la RSP peuvent toujours être identifiés au sein de l'entreprise d'accueil.

(1) Cass. soc., 13 mai 2003, n° 01-14.565.

(2) Circ. intermin. 14 sept. 2005, dossier Intéressement, fiche n° 3 ; Guide de l'épargne salariale, p. 21.

(3) Circ. intermin., précitée, dossier Participation, fiche n° 2.



Tel ne pourra pas être le cas que si cette dernière est en mesure d'appliquer les éléments de calcul en les limitant au périmètre de l'activité transférée.

Cela implique qu'une négociation devra s'ouvrir en cas de fusion des activités au sein de l'entreprise d'accueil s'il est impossible de maintenir pour les salariés transférés l'accord de participation de l'entreprise cédante.

Accords d'intéressement

L'appréciation de « l'impossibilité » de maintenir le bénéfice de l'accord d'intéressement après le transfert dépend de la capacité à identifier les éléments de la formule de calcul retenus par l'accord d'origine au sein de l'entreprise d'accueil et de les appliquer sur le périmètre transféré.

Ainsi, si l'intéressement est fondé sur un critère de résultat, l'accord de l'entreprise cédée ne pourra pas se poursuivre.

Si les critères de performance sont appréciés au niveau de la globalité de l'activité de l'entreprise cédée et que l'opération consiste en un transfert partiel d'activité, il est peu probable que l'accord d'intéressement puisse être maintenu : en effet, la perte, en cours d'exercice, d'un secteur d'activité ne permettra plus d'apprécier :

- la performance globale de l'entreprise chez le cédant ;
- la performance sur la partie de l'activité reprise chez le cessionnaire.

La situation se complexifie encore lorsque les critères de calcul de l'intéressement sont identifiables chez le cessionnaire qui dispose lui-même d'un accord d'intéressement. Tel est le cas lorsque :

- l'opération de transfert concerne un établissement distinct qui conserve son autonomie au sein de la société d'accueil ;
- le périmètre de calcul de la formule n'est pas affecté par l'opération juridique et les critères retenus dans la formule de calcul gardent leur pertinence.

Si ces deux conditions sont réunies, l'accord de l'entreprise cédante pourra se poursuivre au bénéfice des salariés transférés : ces derniers pourraient alors revendiquer le bénéfice de l'accord d'intéressement existant au sein de l'entreprise cédante et celui existant au sein de l'entreprise cessionnaire.

Première hypothèse : maintien impossible de l'accord de l'entreprise cédante

Calcul des droits des salariés transférés

Lorsque l'accord ne peut pas se poursuivre dans l'entreprise d'accueil, les salariés transférés bénéficient néanmoins des droits à participation et à intéressement calculés sur la base des résultats et/ou des performances de leur entreprise d'origine au terme de l'exercice au cours duquel l'opération de transfert s'est déroulée.

Le calcul des droits individuels est le plus souvent fondé sur le critère de la durée de présence et/ou sur celui du salaire perçu. Les droits des salariés transférés sont donc calculés au *pro rata* de la durée de présence et/ou des salaires perçus jusqu'à la date du transfert.

C'est à la société absorbante, qui se substitue à l'ancien employeur, qu'il reviendra d'assurer le versement des sommes dues au titre de l'accord d'intéressement négocié au sein de l'entreprise absorbée.

En outre, s'il existe un accord dans l'entreprise d'accueil, les droits des salariés transférés y sont, de même, proratisés en fonction de leur durée de présence en son sein et/ou des salaires versés entre la date du transfert et le terme de la période de référence.

Obligation de négocier un nouvel accord

Dans l'hypothèse où il s'avère impossible de continuer à appliquer l'accord d'intéressement ou de participation après l'opération de restructuration, le Code du travail crée une obligation de négocier à la charge des signataires de l'accord.

Plus précisément, en l'absence d'accord d'intéressement ou de participation applicable à la nouvelle entreprise, celle-ci doit engager dans un **délai de six mois** une négociation, selon l'une des modalités prévues à l'article L. 3312-5 ou selon l'un des modes prévus à l'article L. 3322-6 du Code du travail, en vue de la conclusion éventuelle d'un nouvel accord.

Accord de participation conclu sans formule dérogatoire

Ce délai de six mois court à compter de la clôture de l'exercice au cours duquel est intervenue l'opéra-



tion : cette règle est parfaitement compatible, pour les accords de participation conclus *sans formule dérogatoire*, avec le principe selon lequel l'accord de participation doit être conclu avant l'expiration du délai d'un an suivant la clôture de l'exercice au titre duquel sont nés les droits des salariés.

Accord d'intéressement ou accord de participation comprenant une formule dérogatoire

En l'absence de toute précision légale, le délai de six mois court à compter du jour de l'opération de transfert.

Attention cependant, car si la règle de computation du délai de six mois paraît simple, elle doit être combinée avec celle afférente aux délais légaux de conclusion des accords d'intéressement (ou de participation comprenant une formule dérogatoire) nécessaires au respect du caractère aléatoire de l'accord d'intéressement et, dès lors, aux exonérations fiscales. En effet, l'intéressement n'aura un caractère aléatoire que s'il est conclu avant le premier jour de la deuxième moitié de la période de calcul suivant la date de sa prise d'effet, pour ouvrir droit aux exonérations sociales et fiscales. Ainsi, les entreprises, dont l'exercice coïncide avec l'année civile et qui désirent mettre en place un régime d'intéressement sur une période de calcul annuelle prenant effet au 1^{er} janvier de l'année n, devront avoir conclu un accord en ce sens avant le premier jour de la seconde moitié de l'année n-1, soit, dans notre exemple, avant le 1^{er} juillet. En cas de non-respect de cette condition, l'entreprise et les salariés ne pourront pas bénéficier des exonérations sociales et fiscales attachées aux primes d'intéressement (sauf à démontrer que l'échange des consentements des parties sur les conditions et modalités de calcul et de répartition des sommes à distribuer a été effectué à une date antérieure ⁽⁴⁾), et les sommes versées auront la nature de salaires.

Dès lors, si une fusion intervient moins de six mois avant la clôture de l'exercice comptable, le cessionnaire qui n'avait pas d'accord d'intéressement (ou de participation avec une formule de calcul dérogatoire) se trouvera contraint d'ouvrir immédiatement des négociations dans le but d'en conclure un.

(4) Cass. soc., 15 juill. 1999, n° 97-21.398 ; Cass. soc., 29 oct. 2003, n° 01-21.446.

Illustration

Une fusion est effective au 1^{er} juin au sein d'une entreprise ayant un exercice comptable correspondant à l'année civile, mais n'ayant pas jusqu'alors d'accord de participation.

Cette entreprise devra au plus tard le 1^{er} décembre ouvrir des négociations dans le but de conclure un accord d'intéressement (1^{er} juin + 6 mois).

Or, l'accord qui pourrait être conclu ne saurait bénéficier des exonérations fiscales et sociales inhérentes au versement d'une prime d'intéressement s'il n'a pas été négocié avant le 30 juin, ce qui dans notre exemple est très improbable !

Ce qui est improbable devient impossible pour une fusion intervenue le 30 juin : la mise en place immédiate d'un nouvel accord d'intéressement (ainsi que d'un accord de participation comprenant une formule de calcul dérogatoire) sera irréalisable au titre de l'année de la fusion, sauf à entraîner la perte des exonérations sociales (sur la partie correspondant à la fraction dérogatoire en ce qui concerne la participation).

Deuxième hypothèse : maintien possible de l'accord de l'entreprise cédante

Dans cette hypothèse, il convient de s'interroger sur les sommes qui seront versées aux salariés transférés et sur la durée de maintien de cet accord.

Montant à verser

Si l'application des accords reste possible dans la nouvelle configuration, ceux-ci continuent à s'appliquer au personnel transféré et uniquement à lui, dans la mesure où le champ d'application des accords ne peut être étendu *de facto* aux autres salariés de l'entreprise d'accueil.

En revanche, les accords de participation et d'intéressement de la société d'accueil, qui seront le plus souvent maintenus, bénéficient immédiatement aux salariés transférés, dans les mêmes conditions qu'ils s'appliquent aux salariés en place.

Il peut alors exister une situation de cumul du bénéfice de deux accords d'intéressement ayant un effet inflationniste évident, qui ne trouverait sa limite que dans l'application de l'article L. 3314-8 du Code du travail qui institue des plafonds individuels et col-



lectifs, toutes primes d'intéressement confondues, à hauteur de :

- 20 % annuel du total des salaires bruts ;
- 75 % du montant du plafond annuel moyen retenu pour le calcul des cotisations de sécurité sociale par bénéficiaire.

L'entreprise d'accueil n'aurait pour seul argument, pour s'opposer à un tel cumul, que celui d'invoquer le principe de non-cumul des avantages conventionnels ayant le même objet, et d'appliquer dès lors aux salariés transférés le seul accord d'intéressement aboutissant, après avoir comparé les primes issues du calcul des deux accords en vigueur, à l'application de la prime la plus favorable.

La situation n'étant pas tranchée quant à l'accord qui serait applicable aux salariés transférés, il paraît impératif, dans ce type de situation, d'anticiper les difficultés en ouvrant de nouvelles négociations pour :

- remettre en cause l'accord de l'entreprise cédante ;
- et lancer des négociations pour aboutir à un nouvel accord d'intéressement adapté à la situation nouvelle.

Durée de survie de l'accord

Pour déterminer la durée de maintien de l'application des accords de participation et d'intéressement de l'entreprise cédante aux salariés transférés, il convient de se référer au droit commun, et plus particulièrement à l'article L. 2261-14 du Code du travail.

Cependant, la nature de l'accord (durée déterminée ou non) devra être également prise en compte.

Accords à durée indéterminée

Ces accords demeurent applicables chez le cessionnaire pendant un délai maximum de douze mois, auquel s'ajoute la durée de préavis, qui est de trois mois, à défaut de stipulation conventionnelle en disposant autrement ⁽⁵⁾.

Au terme de ce délai de survie, l'accord cesse de produire effet.

Il convient alors de s'interroger sur l'obligation pour l'entreprise d'accueil de conclure un accord de participation.

(5) C. trav., art. L. 2261-14.

En effet, une entreprise est tenue de négocier et conclure un tel accord si elle a atteint le seuil de 50 salariés pendant 12 mois consécutifs.

Pour apprécier l'atteinte du seuil de 50 salariés, le décompte des effectifs s'effectue, depuis le 1^{er} janvier 2020, conformément aux dispositions du Code de la sécurité sociale ⁽⁶⁾.

L'obligation ne s'applique qu'à compter du premier exercice ouvert postérieurement à une période de cinq années civiles consécutives au cours desquelles ce seuil a été atteint ou dépassé ⁽⁷⁾.

Exemple

Pour une entreprise dont l'exercice fiscal correspond à l'année civile, à partir de l'exercice 2020 et pour les exercices suivants, lorsque son effectif atteint ou dépasse 50 salariés une année donnée n sur la base des données de l'année précédente ($n-1$) et les quatre années consécutives suivantes ($n+1$, $n+2$, $n+3$, $n+4$), le seuil n'est considéré comme franchi qu'à compter de la cinquième année ($n+4$). L'entreprise sera donc effectivement soumise à l'obligation d'être couverte par un accord de participation au titre de l'année $n+5$, et aura jusqu'à la fin de l'année $n+6$ pour le conclure ⁽⁸⁾.

Bien plus, l'obligation de mettre en place un accord de participation est encore différée dans le temps si l'entreprise a déjà conclu un accord d'intéressement.

En effet, l'entreprise ayant dépassé le seuil de 50 salariés dans les conditions sus indiquées n'a pas l'obligation de mettre en place immédiatement la participation aux résultats de l'entreprise lorsqu'elle est déjà dotée d'un accord d'intéressement. La participation ne devient obligatoire, dans une telle entreprise ⁽⁹⁾, qu'au troisième exercice clos après le franchissement du seuil d'assujettissement à la participation, si l'accord est appliqué sans discontinuité pendant cette période ⁽¹⁰⁾.

Ainsi, si au jour où une entreprise atteint pour la première fois, du fait du transfert de personnel, un

(6) CSS, art. L. 130-1 et R. 130-1.

(7) Depuis la loi « Pacte » (L. n° 2019-486, 22 mai 2019), relative à la croissance et la transformation des entreprises.

(8) Instr. intermin. DGT/RT3/DSS/DGT/2019/252, 19 déc. 2019, QR n° 3.

(9) C. trav., art. L. 3322-3.

(10) Instr. intermin. DGT/RT3/DSS/DGT/2019/252, préc., QR n° 6.



effectif de 50 salariés alors qu'elle est déjà couverte par un accord d'intéressement, elle disposera d'un délai de cinq années civiles auquel s'ajoutent trois exercices clos pour devoir mettre en place la participation en son sein.

Elle se trouvera alors dans la situation inédite et paradoxale de devoir :

- appliquer aux salariés transférés l'accord de participation de l'entreprise cédante ;
- et lancer une négociation sur la conclusion d'un nouvel accord de participation, alors qu'elle n'aurait pas été tenue de le faire en vertu des règles sus énoncées.

Reste que l'article L. 2261-14 du Code du travail ne fait obligation de lancer une négociation dans les trois mois suivant la dénonciation de l'accord que si une des parties signataires en fait la demande, ce qui implique :

- soit que l'entité transférée ait conservé au sein de l'entreprise d'accueil son autonomie de fait, et que le mandat des délégués syndicaux ait été maintenu ;
- soit que l'entreprise d'accueil ait la même représentativité syndicale.

Accords à durée déterminée

L'article L. 2261-14 n'exclut pas de son champ d'application les accords à durée déterminée.

Dès lors, deux situations doivent être distinguées :

- le terme de l'accord à durée déterminée survient pendant le délai de survie. L'accord a normalement pris fin et l'entreprise cédante :
 - ne sera pas tenue d'ouvrir de nouvelles négociation d'un accord d'intéressement,
 - devra ouvrir des négociations tenant à conclure un accord de participation dès lors qu'elle y est légalement tenue. À défaut, l'administration pourrait appliquer le régime d'autorité ;
- soit l'échéance de l'accord à durée déterminée se situe au-delà du délai de survie. Là encore, l'employeur se trouvera dans une situation incertaine qu'il conviendra de trancher :
 - soit appliquer l'accord à durée déterminée jusqu'à son terme. Il pourrait alors être opposé

que l'article L. 2261-14 limite expressément la durée de survie de l'accord automatiquement dénoncé du fait du transfert de personnel,

- soit donner son plein effet à l'article L. 2261-14 et revendiquer le bénéfice de la règle du maintien simplement temporaire de l'accord jusqu'au terme de la période de survie.

PLAN D'ÉPARGNE ENTREPRISE (PEE)

Comme en matière de participation et d'intéressement, des dispositions légales spécifiques supplantent l'article L. 2261-14 du Code du travail et ne permettent pas d'invoquer la « mise en cause » de l'accord collectif qui aurait mis en place le plan d'épargne.

Plus précisément, l'article L. 3335-1 du Code du travail dispose :

« En cas de modification survenue dans la situation juridique d'une entreprise ayant mis en place un plan d'épargne d'entreprise, notamment par fusion, cession, absorption ou scission, et lorsqu'elle rend 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, après information des représentants du personnel dans des conditions prévues par décret.

« Dans ce cas, le délai d'indisponibilité écoulé des sommes transférées s'impute sur la durée de blocage prévue par le nouveau plan. »

Autrement dit, si le transfert d'entreprise rend impossible la poursuite du plan d'épargne d'entreprise (PEE) en vigueur au sein de l'entreprise absorbée, les sommes qui y sont affectées peuvent être transférées dans celui de la nouvelle entreprise, après information des représentants du personnel.

Il conviendra en conséquence d'organiser le transfert des avoirs afin de préserver les droits de l'ensemble des collaborateurs.

Étant précisé que ceux qui ont mis en place le PEE (partenaires sociaux ou employeur) peuvent décider de transférer les avoirs des salariés dans le plan d'épargne de l'entreprise absorbante, si celui-ci comporte des organismes de placement collectif en valeurs mobilières dont les caractéristiques sont identiques à celles des organismes prévus dans leur plan.



Dans ce cas, si le plan d'épargne salariale n'a pas été institué en vertu d'un accord avec le personnel, le comité social économique, quand il existe, doit être consulté sur le projet de transfert au moins quinze jours avant sa réalisation effective.

Au reste, si l'entreprise absorbante n'a pas de PEE accessible, les sommes en cause devront être maintenues dans le plan d'origine jusqu'à l'expiration du délai d'indisponibilité.



Les conséquences d'un transfert de personnel sur les dispositifs d'épargne salariale sont complexes et sources d'incertitudes, particulièrement lorsque l'opération projetée est assortie d'un effet rétroactif en application de l'article L. 236-4 du Code de commerce qui précise qu'une opération de fusion ou de scission peut prendre effet :

– soit à la date de la dernière assemblée générale approuvant l'opération (ce qui constitue le principe) ;

– soit à une date convenue dans le traité de fusion, laquelle ne peut être pas antérieure à la clôture du dernier exercice clos des sociétés concernées.

Cette date conventionnellement fixée est simplement celle à partir de laquelle les opérations de la société absorbée sont, d'un point de vue comptable, considérées comme accomplies par la société absorbante.

Or, une telle rétroactivité comptable et fiscale n'a pas d'effet juridique et l'entreprise cessionnaire devra, pour en évaluer les impacts sur l'épargne salariale, raisonner à partir d'une seule jurisprudence ancienne : l'arrêt de la Cour de cassation du 23 février 1983 ⁽¹¹⁾ rendu en matière de participation, aux termes duquel la rétroactivité comptable et fiscale aurait un effet sur les salariés qui seraient fictivement considérés comme ayant changé d'employeur rétroactivement... ♦

(11) Cass. soc., 23 févr. 1983, n° 81-16.106.