



"Comprendre, c'est créer" (Albert Camus)

Humeur

L'ÉPARGNE SALARIALE SERA-T-ELLE LA GRANDE ABSENTE DE LA REFORME DES RETRAITES ?

Alors que l'environnement économique et l'évolution des marchés financiers ne sont pas particulièrement propices, alors que le législateur favorise de plus en plus le pouvoir d'achat immédiat, en autorisant la perception immédiate de la participation aux résultats, alors que les pouvoirs publics ont de nouveau augmenté la « taxation » de l'épargne salariale en 2010, **l'engouement des français pour l'épargne salariale et l'actionariat salarié ne se dément pas, bien au contraire.**

L'AFG (Association française de la gestion financière) a en effet publié le 23 avril dernier son **bilan annuel de l'épargne salariale**, dont les partisans que nous sommes ne pouvons que se réjouir.

Contrastant avec la morosité ambiante sur fond d'instabilité chronique des marchés financiers, et avec les prédictions alarmistes du Conseil d'Orientation des Retraite (COR) faisant état de déficits abyssaux pour les régimes de retraite par répartition, ce bilan confirme que l'essor de l'épargne salariale correspond à **une vraie tendance de fond.**

Près de 12 millions de salariés français détiennent aujourd'hui un compte d'épargne salariale et si les encours n'ont pas encore retrouvé leur niveau de 2007, les entreprises sont de plus en plus nombreuses à s'équiper et les flux entrants restent très soutenus.

La même tendance se dessine **en Europe** où, selon la dernière étude de la Fédération Européenne de l'Actionariat Salarié, 91% des grandes entreprises européennes se sont dotées d'un plan d'actionariat salarié et où la part détenue par les salariés dans le capital de leur entreprise ne cesse de croître, à près de 3%.

Devant un tel succès, il est dommage de constater que l'épargne salariale reste le **grand absent du débat sur l'avenir des retraites**, toujours focalisé à ce jour sur la seule question de l'âge du départ à la retraite ou la durée des carrières. Il est vrai que la dégradation plus rapide que prévu des comptes des régimes de retraite rend incontournable un débat de fond sur ces questions ; pourtant ces questions risquent à l'évidence d'occulter les autres réflexions importantes pour l'avenir de nos retraites, tels que la constitution de compléments de retraite volontaires au travers d'autres mécanismes que les seuls régimes de retraite par répartition (épargne temps, épargne retraite), afin de compenser la chute des taux de remplacement, singulièrement pour la population des cadres.

Avec près de 50% de croissance en 2009, **l'augmentation spectaculaire des encours des PERCO** (Plan d'Épargne pour la Retraite Collectif) démontre à l'évidence que cet outil d'épargne retraite, principalement alimenté par la participation et l'abondement des entreprises, s'impose progressivement au sein du paysage de l'épargne salariale.

Et si le document d'orientation remis par le Ministre du travail le 16 mai 2010 évoque la perspective de « *mesures permettant à davantage de Français de compléter leurs pensions de retraite en recourant à des dispositifs d'épargne-retraite* », l'ouverture reste timide tant la sauvegarde des régimes par répartition par l'allongement des carrières semble être l'unique priorité. Pourtant, devant le faible taux d'emploi des seniors en France, il faudra bien un jour ou l'autre se pencher sur la question de la manière de **compenser la baisse des pensions de retraite qui semble difficile à éviter...**

A tout le moins, peut-on espérer que le débat autour de l'épargne salariale ne se limitera pas à stigmatiser une « *niche fiscale et sociale* » qu'il faudrait impérativement faire disparaître dans le cadre d'une politique de rigueur budgétaire et fiscale !

Regard

STOCK OPTIONS : QUI PERD GAGNE

Souvent réservées à un petit nombre de cadres ou de dirigeants, **les stock options sont longtemps restées à la marge du droit du travail.** Cet instrument, en tant qu'élément de la rémunération globale, ne pouvait cependant demeurer totalement hermétique aux principes juridiques qui régissent les rapports entre l'employeur et ses salariés.

La décision rendue par la chambre sociale de la cour de cassation le 21 octobre 2009 illustre parfaitement que les **stock options sont au croisement du droit des sociétés, du droit fiscal et du droit social.** Était en cause une disposition d'un règlement de stock options prévoyant la caducité des options en cas de licenciement pour faute grave du bénéficiaire.

Licenciée pour faute grave, une salariée avait perdu le bénéfice des options en application de cette clause et entendait en obtenir réparation dans le cadre de l'instance engagée en contestation du motif de son licenciement. **Ce type d'action est désormais classique**, puisque la Cour de cassation accepte depuis plusieurs années d'indemniser le préjudice subi par un salarié injustement licencié, au titre de la « *perte d'une chance* » de réaliser un gain grâce à ses stock-options. Mais en l'espèce, la Cour d'appel de Lyon avait considérée que la salariée, ayant à juste titre été licenciée pour faute grave, ne pouvait pas prétendre dès lors à une quelconque indemnisation pour la perte de ses options, faisant ainsi prévaloir le mécanisme contractuel.

La salariée avait donc été déboutée de sa demande d'indemnisation, alors que le conseil de prud'hommes lui avait précédemment accordé des dommages-intérêts motivés par « la perte du droit d'exercice des options » (46.200 euros). La cour de cassation, tout en confirmant l'appréciation des juges d'appel sur la question du bien-fondé du licenciement pour faute grave, s'est saisie d'office d'un moyen tiré de la violation du principe de la prohibition des « sanctions pécuniaires » et a considéré que la clause de caducité des options n'était pas licite et ne pouvait donc pas être opposée valablement à la salariée. **Voilà donc le mécanisme contractuel écarté sur le fondement d'un principe basique de droit du travail.**

Qu'est ce qu'une sanction pécuniaire ?

Le code du travail stipule que « les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites » (art.L.1331-2). Cette règle avait déjà été étendue par la jurisprudence à des avantages annexes au contrat de travail tels que la suppression d'un véhicule de fonction. Pourtant, dans un précédent arrêt du 20 octobre 2004, la cour de cassation avait refusé d'aller sur le terrain de l'interdiction des sanctions pécuniaires, alors qu'elle était précisément saisie de ce moyen, en considérant « qu'aucune plus-value n'étant réalisée au jour de la rupture du contrat, la perte du droit de lever l'option ne peut s'analyser, à cette date, en une mesure affectant la rémunération du salarié ».

Un tel revirement est-il justifié ?

Lorsque le règlement du plan prévoit que le salarié acquiert « un droit » et que la perte des options est la conséquence directe d'un licenciement pour faute, la clause de caducité se traduit, pour le salarié, par la **perte d'un droit dont l'exercice lui aurait potentiellement permis de réaliser une plus-value**. Le lien effectué entre le motif de la rupture et la perte de l'avantage peut donc justifier la qualification de sanction pécuniaire.

Dès lors, cette règle ne pourrait-elle pas être étendue, par exemple aux **clauses de « golden parachute »** excluant le versement de l'indemnité contractuelle en cas de licenciement pour faute grave ou lourde ?

Probablement non, car la faute grave ou lourde interdit déjà la perception d'une indemnité de licenciement légale ou conventionnelle et la privation d'une indemnité contractuelle de licenciement ne prive pas le salarié d'un droit qu'il aurait déjà acquis.

Contre la solution de l'inopposabilité de la clause de caducité, on peut invoquer le fait qu'une option ne constitue pas une rémunération, mais confère uniquement le droit à son bénéficiaire d'exercer l'option qui lui est consentie pour acheter une action.

Dans ces conditions, peut-on réellement parler de « sanction » pécuniaire ? Le salarié ne bénéficie que d'un **droit potentiel sous condition suspensive**. Dans ce cas, si du fait d'un licenciement le salarié ne peut pas acquérir ce droit, la seule possibilité pour lui consiste à en demander la réparation sur le terrain de la « perte d'une chance » de réaliser un gain, en cas de licenciement abusif. La notion de sanction pécuniaire pourrait dès lors être contestée, **l'option n'ayant en outre pas véritablement de valeur monétaire**, contrairement à l'action acquise après exercice de l'option.

Cependant, en utilisant d'une part la technique de la caducité des options et en la réservant d'autre part à un licenciement disciplinaire, le risque est clairement renforcé puisque l'employeur établit lui-même un lien entre le comportement fautif du salarié et la perte des options.

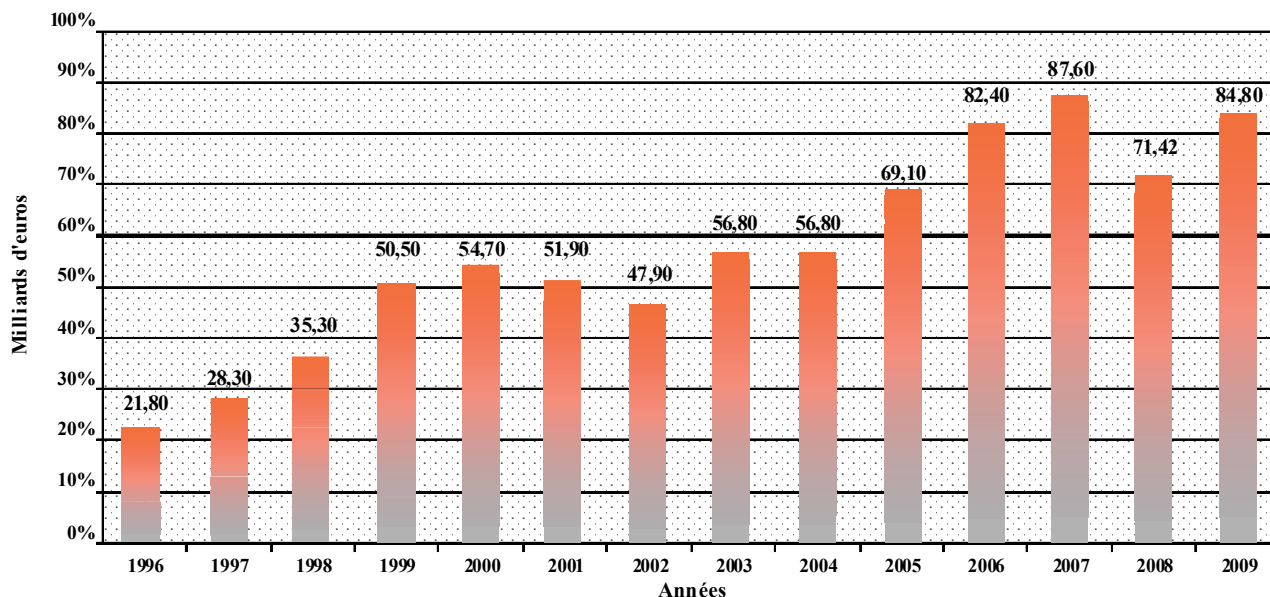
En tout état de cause, la **notion de sanction pécuniaire paraît contestable lorsque les options sont attribuées par la société mère et non par l'entité employeur**. Peut-on réellement considérer dans ce cas que la perte des options est une sanction pécuniaire, alors que la définition même de la sanction renvoie à une décision prise par l'employeur ?

Cette décision condamne-t-elle les clauses de présence ?

Non, à condition que la rédaction du règlement soit appropriée. La validité des clauses de présence a été reconnue à plusieurs reprises par la Cour de cassation, dès lors que tous les cas de rupture du contrat de travail entraînent l'impossibilité d'exercer les options. A ce titre, il faut distinguer la caducité des options, qui constitue la perte d'un droit, de l'hypothèse du non-respect d'une condition de présence.

L'évolution des actifs en épargne salariale

Source : AFG



Dans cette optique, il est indispensable que les «sous-plans» français de plans internationaux soient adaptés et prévoient une réelle **condition de présence pour exercer les options** et non pas la perte des droits, dont l'étendue serait en outre fonction des conditions dans lesquelles le salarié quitte l'entreprise (démission, licenciement, invalidité, décès...).

Quel effet en cas de remise en cause d'une clause de caducité des options ?

Contrairement à l'hypothèse d'une clause de présence licite, qui ne peut qu'entraîner, en cas de licenciement reconnu abusif, l'octroi de dommages-intérêts au salarié sur le terrain de la «perte d'une chance», **la qualification de «sanction pécuniaire» emporte des conséquences différentes, mais potentiellement plus problématiques.**

En effet, l'article L.1331-2 al. 2 dispose que «*toute disposition ou stipulation contraire est réputée non écrite*».

Par conséquent, la caducité des options étant écartée, le salarié les conserverait et pourrait les exercer et devenir ainsi actionnaire de son ancienne entreprise. La cour de cassation, dans l'arrêt du 21 octobre 2009, ne s'est pas prononcée sur ce point précis, mais il appartiendra à la cour d'appel de renvoi d'en décider, sachant qu'en première instance, le salarié sollicitait simplement l'octroi de dommages-intérêts.

En tout état de cause, la nullité de la clause de caducité est indépendante de la question de la validité du licenciement. A l'inverse, dans l'hypothèse d'une clause de présence licite, l'indemnisation du salarié suppose au préalable la remise en cause du bien fondé du licenciement par le juge. En revanche, elle ne peut se traduire que par l'octroi de dommages-intérêts et non pas par la conservation des options et ne permet donc pas à l'ancien salarié de devenir actionnaire après son départ de l'entreprise.

Quel effet sur les promesses good et bad leaver utilisées en Private Equity ?

Il est possible de s'interroger sur la portée de cette jurisprudence dans les montages de type LBO. Dans le cadre de ces opérations, les investissements des managers (qu'ils soient salariés et/ou dirigeants)

font l'objet de promesses d'achat et de vente dont la cessation du contrat de travail ou du mandat social de l'intéressé constitue l'élément déclencheur.

Ces promesses, dites de *good* ou *bad leaver*, sont la plupart du temps conclues entre le manager et l'actionnaire principal du LBO. Le prix de rachat des actions en cas d'exercice de la promesse exercée à la suite d'un événement ne pouvant être "reproché" au manager (cas des départs *good leaver*, tels que la mise à la retraite ou l'invalidité) est supérieur au prix prévu de la promesse exercée en cas de départ pouvant être reproché au manager (cas des départs *bad leaver*, tels que la démission ou le licenciement pour faute lourde).

En cas de licenciement pour faute d'un manager ayant investi dans un LBO, celui-ci pourrait-il sur la base de cette jurisprudence, contester le prix d'exercice de la promesse portant sur son investissement afin de réclamer le prix d'exercice prévu pour un *good leaver*?

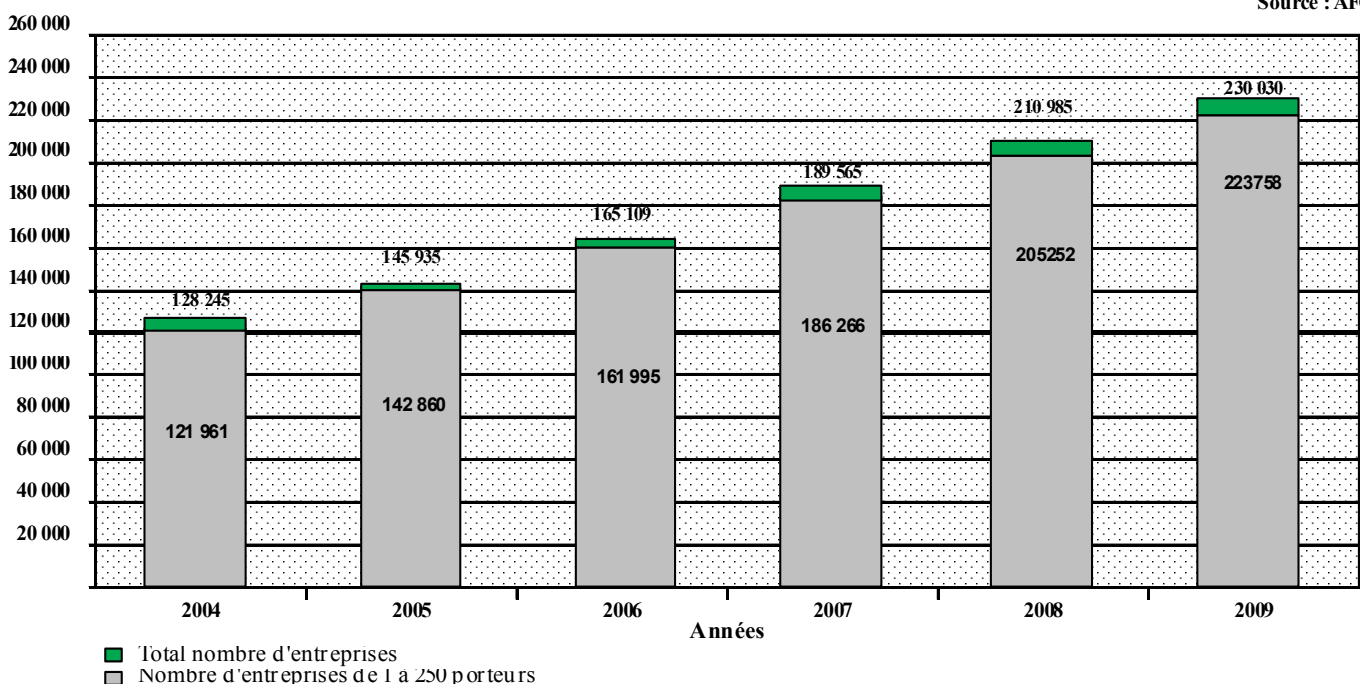
Le cas du manager dirigeant peut être écarté facilement, puisqu'il n'est pas, par définition, lié par un contrat de travail.

L'hypothèse du manager salarié est quelque peu différente du fait de l'existence d'un contrat de travail. Néanmoins, il existe selon nous un certain nombre d'arguments forts qui s'opposent à la transposition de cette jurisprudence à une telle situation: en effet, la société n'étant pas partie à la promesse, il ne devrait pas pouvoir être soutenu que l'exercice de la promesse puisse être assimilé à une sanction imposée par l'employeur à la suite du licenciement du salarié. **Ces promesses répondent principalement à une dynamique d'actionnaire et à un souci de liquidité de l'investissement du manager.** Le contrat de travail ou le mandat social ne sont que des curseurs par rapport à la primauté de la qualité d'investisseur du manager. Le prix d'exercice de ces promesses ne constitue dès lors qu'un aménagement convenu entre actionnaires des modalités de rémunération du risque d'actionnaire.

A l'opposé, les stock options ne sont attribuées qu'au regard de la qualité de salarié ou de mandataire social. Le risque d'actionnaire est quasi-inexistant puisqu'en pratique, le bénéficiaire n'exerce ses options que pour revendre les actions immédiatement.

Nombre d'entreprises équipées d'un dispositif d'épargne salariale

Source : AFG





In a situation of merger and acquisition, and more generally in a context of business transfer, the strict application of the regulations governing the transfer of employment contracts and the employees' rights and benefits may lead to specific issues and to a risk of litigations with the employees concerning the potential obligation to compensate the benefits that may become impossible to maintain because of the transfer.

Christophe Crisolti (photo) from **KLIEMT & VOLLSTADT** law firm points out how such issues can notably arise under German law concerning share plans or other similar benefits. It should be noted that under German law, an employee concerned by a business transfer is not forced to accept the transfer of his employment contract to the transferee. The employee can refuse such transfer, for example if he does not agree with the new conditions of compensation and benefits, and then continue to work for his former employer. In such situation, the employee would then take upon himself the risk to be made redundant.

If an undertaking or part of it is transferred under statutory German business transfer regulations, the transferee as the new employer is obliged to honour **all** claims resulting from the employment relationship.

Despite of these clear statutory principles, difficulties arise if the transferee is unable to fulfil certain obligations related to the specific character of the transferor's company/group which - due to factual changes - no longer exist under the transferee. Common examples are employee discounts on products or services, e.g. discounted cars for DaimlerChrysler employees or flight tickets for Airline staff. Other examples are customized benefit arrangements which are often fitted to the specific economic circumstances of the company, e.g. profit share or (phantom) stock option schemes. In this context, two questions arise:

- Is there a statutory transfer of these obligations to the purchaser?
- How to proceed if the performance is impossible?

1. Profit shares and (phantom) stock options

The transfer of profit shares and stock options schemes is highly controversial. The continuance of **profit share schemes** can be complicated since the basis of assessment will regularly differ under the transferee. The transfer of **stock option obligations** may fail due to the legal form, or, being a stock company, the transferee would be obligated to issue further shares by raising company capital.

The status of the varying opinions is as follows:

a. Firstly, it could be doubted whether such obligations are **subject to a statutory transfer at all**. According to German jurisprudence, this requires i. the transferor to be bound to the commitment and ii. this to happen within the employment relationship. This is not the case when the agreement was exclusively concluded with the holding company even and even if the allocation of shares is displayed on the affiliate's salary slip and qualified as taxable wage. According to some tribunals, a transfer additionally requires option schemes to have their contractual basis directly in the employment contract, not in an independent agreement.

b. While the German Federal Labour Court has not issued a ruling yet, some opinions opt for an implicit reservation that the employment remains within the initial employer and hold that the obligations expire without compensation as the purpose of the commitment expires.

c. While an obligation to purchase stocks of the transferor's company is generally rejected, adverse opinions vote for an adoption of the commitment obliging the transferee to **adjust its conditions** to the new circumstances. That may be done by way of financial compensation (especially if the commitment again constitutes a material part of the salary) or, the transferee being a stock company, by granting equivalent options for stocks of his own company. However, with respect to the fundamental right of property, the latter remains a voluntary option. Profit sharing or phantom stock commitments may be modified by resizing the parameters of assessment according to the results of the transferee.

2. Employee discounts on goods and services

German jurisdiction states that employee discounts on goods and services sold by their employer are deemed a part of the agreed remuneration. Thus, in principle, the respective obligation is transferred.

However, even if it is theoretically possible for the transferee to provide **substitutions** - e.g. a component supplier acquiring the production division of a car manufacturer is able to procure cars or a service provider acquiring an Airline's ground staff division from an airline can provide flight tickets to the transferred employees on equal terms -, the German Federal Labour Court rules that such commitments are regularly under an implicit condition that these goods and/or services are still produced or rendered within the transferor's business/business's group. This conclusion derives from the special character of the commitment with respect to its spirit and purpose. In a business transfer situation, the original purpose of the commitment - motivation and identification with the company, sales promotion etc. - will not be pursued anymore.

This raises the question whether the transferee - instead of providing replacements - has to **compensate** the respective loss by a monetary equivalent. German labour tribunals have **rejected a financial compensation** on grounds of frustration of contract, taking into account that the original commitment would lose its character by being converted into a financial claim and that employee discounts constitute a mere remuneration in a broader sense in contrast to real payments in kinds like private use of a company car. It is undecided whether this applies irrespective of the value of the discount, especially if constituting a material part of remuneration, assumed at the relevant threshold of 25%.

3. Conclusion

Against this background, it is advisable to identify these company specific benefits in **Due Diligence procedures** and arrange for their transfer, expiry or substitution with the transferring employee or employee representatives e.g. in a social compensation plan.