

[Jurisprudence] Participation : exception d'illégalité et capitaux propres des succursales

Réf. : Cass. soc., 19 octobre 2022, n° 21-15.270, FS-B [N° Lexbase : A01978QD](#)

N3493BZE



par **Quentin Frisoni, Avocat associé, Mathilde Plagniol, Avocate et Inès Lognonne, Juriste consultante, cabinet Factorhy Avocats**

le 30 Novembre 2022

Mots clefs : participation • capitaux propres • succursale • exception d'illégalité

Le 19 octobre 2022, la Cour de cassation s'est prononcée sur une problématique relative à la détermination des capitaux propres à prendre en compte pour le calcul de la réserve spéciale de participation d'une succursale française d'une société étrangère ainsi que sur la possibilité pour le comité social et économique, signataire de l'accord, d'invoquer par voie d'exception, l'illégalité de l'une des clauses de l'accord de participation.

En l'espèce, un accord de participation a été conclu le 24 juin 2013 entre une société de droit indien et le comité d'entreprise de sa succursale française au profit des salariés de ladite succursale dont l'effectif était supérieur à 50 salariés. En raison d'une baisse du montant des droits à participation sur plusieurs années, le comité d'entreprise a sollicité un audit réalisé par un cabinet spécialisé aux termes duquel il est ressorti que :

- la définition des capitaux propres, telle que prévue dans l'accord de participation conclu par la société le 24 juin 2013, conduisait à un montant de réserve spéciale de participation inférieur à celui résultant de la formule légale ;
- il convient de retenir la définition des capitaux propres prévue par le Guide de l'épargne salariale diffusé en juillet 2014 pour les succursales françaises de sociétés étrangères.

Le comité d'entreprise a engagé un contentieux afin d'obtenir le versement d'un complément de réserve spéciale de participation au titre des exercices de 2014/2015, 2015/2016 et 2016/2017.

Le comité social et économique (CSE) qui est intervenu aux droits du comité d'entreprise a été débouté en appel (CA Versailles, 16 février 2021, n° 19/05282 [N° Lexbase : A13334HT](#)) et a formé un pourvoi en cassation.

Par un arrêt rendu le 19 octobre 2022, la Haute juridiction rejette le pourvoi au motif que le CSE n'est pas recevable à

invoquer par voie d'exception l'illégalité de la clause en cause (I.).

Même si on peut regretter que la Cour de cassation n'ait pas statué sur la problématique de fond à savoir, la définition des capitaux propres pouvant être retenue au sein des succursales, force est d'admettre que la motivation de l'arrêt d'appel sur ce point est particulièrement instructive (II.).

I. Sur l'exception d'illégalité et l'action en nullité au cas particulier des dispositifs d'épargne salariale

A. L'action en nullité...

L'article L. 2262-14 du Code du travail **N° Lexbase : L7773LGY** encadre les actions en nullité de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif. À ce titre, il fixe à deux mois le délai de recours à compter :

- de la notification de l'accord d'entreprise, pour les organisations disposant d'une section syndicale dans l'entreprise ;
- de la publication de l'accord dans les autres cas.

L'action en nullité, si celle-ci aboutit, entraîne l'annulation et la disparition de tout ou partie de l'accord.

Ce mécanisme, issu des « ordonnances Macron », avait fait l'objet d'une décision du Conseil constitutionnel [1] aux termes de laquelle il a été jugé qu'une telle action :

- **ne porte pas atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif** ;
- ne prive pas les salariés du droit de contester, **sans condition de délai et par la voie de l'exception**, l'**illégalité** d'une clause, une convention ou un accord collectif, à l'occasion d'un **litige individuel la mettant en œuvre**.

B. ... doit être distinguée de l'exception d'illégalité

Le Conseil constitutionnel a pris le soin de préciser que l'action en nullité mentionnée à l'article L. 2262-14 du Code du travail doit être distinguée de l'exception d'illégalité qui continue d'exister en parallèle.

L'exception d'illégalité est issue du droit administratif, et a été transposée en droit social concernant la contestation des conventions ou accords collectifs. Il s'agit d'un moyen soulevé par une partie au cours d'un litige permettant d'invoquer l'**illégalité** d'un acte juridique ou d'une partie de celui-ci et **de le faire déclarer inopposable à celui l'ayant invoqué**. Contrairement à l'action en nullité, l'exception de nullité n'a donc pas d'effet *erga omnes*.

La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que l'exception d'illégalité peut être invoquée par les institutions représentatives du personnel et les **syndicats non-signataires du texte en cause et ce, sans condition de délai sous réserve que l'accord les prive de leurs droits propres** [2].

Dans cet arrêt du 19 octobre 2022, la Cour de cassation continue sa construction jurisprudentielle et répond à la question suivante : l'exception d'illégalité est-elle ouverte aux parties signataires d'un accord ?

La Haute juridiction répond par la négative en précisant que le CSE :

- n'est pas recevable à invoquer par voie d'exception l'illégalité d'une clause de l'accord **qu'il a lui-même signé** ;
- ne peut pas remettre en cause les termes de l'accord sur le fondement de l'article L. 2262-14 du Code

du travail dès lors que le délai de deux mois était écoulé.

La qualité de signataire constitue donc un obstacle à une contestation de l'accord par voie de l'exception d'illégalité. La solution aurait vraisemblablement été différente si l'action avait été menée par des salariés voire des délégués syndicaux non-signataires dudit accord.

Le raisonnement de la Cour de cassation en matière d'accord relatif à l'épargne salariale est a priori transposable en droit commun de la négociation collective.

II. Capitaux propres servant au calcul de la participation au sein des succursales françaises d'une société étrangère

Même si la Cour de cassation n'a pas abordé la question de fond à savoir, la détermination des capitaux propres servant au calcul de la participation au sein des succursales, cet arrêt permet de mettre cette problématique sur le devant de la scène.

En effet, nombre d'entreprises étrangères ayant des succursales en France s'interrogent sur la détermination des capitaux propres desdites succursales pour le calcul de la réserve spéciale de participation.

A. Bref rappel des principes

La **participation est un dispositif légal** prévoyant la redistribution au profit des salariés d'une partie des bénéfices qu'ils ont contribué, par leur travail [3], à réaliser dans leur entreprise [4]. Ce dispositif :

- est obligatoire dans les entreprises dont l'effectif est d'au moins cinquante salariés [5] ;
- prend la forme d'une participation financière calculée en fonction du bénéfice net de l'entreprise, constituant la réserve spéciale de participation [6].

Par principe, l'employeur doit appliquer *a minima* la formule légale de calcul de la réserve spéciale de participation [7].

La formule légale, prévue à l'article L. 3324-1 du Code du travail **N° Lexbase : L5863MAE**, est fonction des éléments suivants : le bénéfice net, les capitaux propres, les salaires et la valeur ajoutée de l'entreprise. Chacun de ces agrégats est défini par voie légale ou réglementaire.

L'employeur a la faculté d'appliquer une formule de calcul de la réserve spéciale de participation dérogatoire.

Cette formule dérogatoire, prévoyant une base de calcul différente, devrait en toute hypothèse donner aux salariés des **avantages au moins équivalents** à ceux dont ils auraient bénéficié en cas d'application de la formule légale [8].

L'ensemble de ces mécanismes s'impose aux entreprises étrangères établies en France notamment s'agissant des succursales [9].

Concernant plus précisément les succursales, la question se pose des modalités de détermination des capitaux propres. Sur ce point la loi est silencieuse et dans ce silence, l'administration est venue préciser dans le Guide de l'épargne salariale, mis en ligne sur le site du ministère du Travail en juillet 2014, qu'il convenait de distinguer deux situations :

- « si l'établissement stable [10] tient une comptabilité propre et qu'il a renseigné la ligne « dotation en capital », il conviendra de retenir ce montant ;
- si l'établissement stable ne dispose pas d'une comptabilité propre ou n'a pas renseigné la ligne « dotation en capital », il convient alors de s'attacher à son mode de financement :
 - s'il a exclusivement recours à l'emprunt pour financer son activité, il y aura lieu de considérer que ses quasi-fonds propres sont nuls. Dans ce cas le capital sera à prendre en compte dans le calcul de la réserve spéciale de participation pour un montant égal à zéro ;
 - si, en revanche, l'établissement a recours, en tout ou partie, à des avances non rémunérées réalisées par son siège, les dotations en capital pourront être déterminées en retenant le montant de ses avances. Le montant à retenir sera alors le montant moyen des avances non rémunérées réalisées pendant l'exercice, à condition toutefois que l'établissement stable lui-même assimile ses avances à des dotations en capital et les déclare comme telles [...] ».

B. Situation au cas d'espèce

Dans les faits de l'espèce, l'accord de participation applicable au sein de la succursale s'écartait de la définition des capitaux propres issue du Guide de l'épargne salariale.

Le comité d'entreprise sollicitait l'application de la méthodologie de calcul des capitaux propres ressortant du Guide de l'épargne salariale qui a, selon lui, une valeur normative.

La cour d'appel a rejeté cet argumentaire au motif que :

- le Guide de l'épargne salariale n'a pas été intégré dans une circulaire, ce qui est nécessaire afin qu'une personne puisse se prévaloir de son contenu, conformément à l'article L. 312-3 du Code des relations entre le public et l'administration **N° Lexbase : L7217MAK** ;
- écarte le parallèle effectué par le comité d'entreprise entre le Guide de l'épargne salariale et le BOFIP dans la mesure où la définition des capitaux propres donnée dans le Guide s'écarte de celle donnée par le BOFIP du 29 mars 2013 qui concerne le plan comptable général.

Plusieurs enseignements peuvent être tirés de cette motivation.

1. Il s'agit de l'une des premières décisions écartant l'opposabilité du guide de l'épargne salariale. Une telle solution, même si elle a le mérite d'être parfaitement fondée juridiquement, crée une insécurité juridique importante en matière d'épargne salariale tant ce Guide est prolix.

Il n'est pas certain que le raisonnement eu été identique s'agissant de précisions mentionnées dans la circulaire du 14 septembre 2005, relative à l'épargne salariale. Notons toutefois que s'agissant de la problématique des capitaux propres, le point précité ne figurait pas dans cette circulaire.

2. Dans le silence de la loi, des règlements et donc de la doctrine administrative opposable, **les parties demeurent libres en matière de participation de prévoir des dispositions spécifiques**. Cela ouvre à un peu de souplesse dans le cadre contraint de la participation notamment concernant cette problématique spécifique de détermination des capitaux propres au sein des succursales françaises d'une société étrangère.

Même si cette motivation n'a pas été expressément analysée par la Cour de cassation qui s'est arrêtée à la recevabilité du recours, on peut comprendre que les Hauts magistrats valident implicitement ce raisonnement en précisant que le comité social et économique « n'est pas recevable à invoquer, par voie d'exception, l'illégalité de la clause de cet accord qui, **dans le silence de la loi, a déterminé le mode de calcul des capitaux propres d'une**

L'ensemble de cette analyse pourrait être balayée à l'occasion de la refonte du dispositif de participation voulue par le Gouvernement dans le cadre des négociations interprofessionnelles venant de s'ouvrir sur le partage de la valeur et les différents mécanismes d'épargne salariale.

[1] Cons. const., décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018 [N° Lexbase : A4835XHK](#).

[2] Cass. soc., 2 mars 2022, n° 20-16.002, FP-B+R [N° Lexbase : A10487PI](#).

[3] Guide de l'épargne salariale - dossier n° 2 - participation, p. 52 [[en ligne](#)].

[4] On rappellera à toutes fins utiles que la question de l'obligation ou non de mise en place d'un dispositif de participation au sein d'une succursale étrangère d'une société française soulève de nombreux débats et interrogation.

[5] C. trav., art. L. 3322-2 [N° Lexbase : L7711LQN](#).

[6] C. trav., art. L. 3322-1 [N° Lexbase : L7667LQZ](#).

[7] C. trav., art. L. 3324-1 [N° Lexbase : L5863MAE](#).

[8] C. trav., art. L. 3324-2 [N° Lexbase : L5939LQZ](#).

[9] Cass. soc., 8 février 2012, n° 10-28.526, FS-P+B [N° Lexbase : A3479ICT](#) ; Cass. soc., 27 février 2013, n° 10-28.527, F-D [N° Lexbase : A8813I8W](#).

[10] Il est rappelé qu'un établissement stable ne dispose ni de la personnalité morale, ni de capitaux propres. Cela étant, pour financer l'exercice de son activité, il dispose en principe de « quasi-fonds propres » - Guide de l'épargne salariale, préc., p. 120.

© *Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable*