



RAPPORT DE Mme OTT , CONSEILLÈRE

Arrêt n° 1117 du 19 octobre 2022 – Chambre sociale

Pourvoi n° 21-14.535

Décision attaquée : Cour d'appel de Versailles du 14 janvier 2021

le comité social et économique
C/
la société Wipro Limited

Rapport commun aux pourvois G2114535 et H2115270, connexes

1 - Rappel des faits et de la procédure

La société Wipro Limited (la société) est une société de droit indien, exerçant une activité de conseil et de fourniture de prestations en systèmes informatiques. Sa succursale en France est située à Puteaux (92) et emploie plus de 150 salariés.

En exécution de l'obligation légale faite à certaines entreprises depuis le 1^{er} mai 2008 de mettre en place la participation des salariés aux résultats de l'entreprise, la société a conclu, le 24 juin 2013, avec le comité d'entreprise de sa succursale française un accord de participation.

Cet accord, régulièrement déposé auprès de la Direccte, a notamment prévu les modalités de calcul de la réserve de participation (RSP) au titre à la fois des exercices passés (de 2008 à 2012) et des exercices 2012-2013 et suivants, en adoptant à l'article 4.1 la formule de calcul suivante :

« $RSP = 1/2 (B - 5\% C) \times (S / VA)$ », « B » correspondant au bénéfice net réalisé en France et « C » aux capitaux propres.

Constatant une forte baisse du montant global de la réserve spéciale de participation au fil des ans, le comité d'entreprise (le CE) a fait procéder à un audit des comptes arrêtés au 31 mars 2015 par le cabinet Syndex, lequel dans son rapport remis le 19 mai 2016 a conclu que la participation calculée selon l'accord de 2013 aboutissait à un montant inférieur à celui qui devrait résulter de la formule légale, étant précisé que le cabinet d'expertise s'est référé pour la détermination des capitaux propres au « Guide de l'épargne salariale » publié en 2014.

La société et le comité d'entreprise s'opposant quant à la détermination des capitaux propres à prendre en considération s'agissant d'une succursale française d'une société étrangère, et la société annonçant que le montant de la réserve spéciale de participation serait nulle pour l'exercice 2016-2017, le CE a voté le 11 juillet 2017 la dénonciation de l'accord de participation de 2013.

En l'absence de nouvel accord, le CE a fait assigner le 28 mai 2018 la société devant le tribunal de grande instance, statuant au fond, afin d'obtenir le versement d'un complément de la réserve spéciale de participation pour les exercices 2014/2015 à 2016/2017.

Par jugement réputé contradictoire du 20 juin 2019, le tribunal de grande instance de Nanterre a condamné la société à verser sur les comptes bancaires le surplus de la réserve spéciale de participation, avec intérêts au taux légal à compter de la mise en demeure du 23 mars 2017, pour les exercices :

2014/2015 soit 488 565 €

2015/2016, soit 484 991 €

2016/2017, soit 386 234 €,

et ce sous astreinte après un certain délai.

Alors que l'appel interjeté par la société de ce jugement était pendant devant la cour d'appel, le CE et le syndicat CFDT Betor Pub (le syndicat) ont, le 24 juillet 2019, fait assigner la société devant le juge des référés aux fins d'ordonner l'application de la formule légale de la participation pour l'exercice 2017-2018 et les exercices ultérieurs et pour réclamer le paiement d'une certaine somme au titre de l'exercice 2017-2018, outre une provision à valoir sur le préjudice subi.

Par ordonnance du 2 octobre 2019, le juge des référés du tribunal de grande instance de Nanterre a déclaré l'action recevable, a ordonné à la société d'appliquer la formule légale de participation pour l'exercice 2017/2018 et les

exercices à venir et notamment de verser les sommes correspondantes sur les comptes bancaires, a condamné la société à verser sur les comptes bancaires le surplus de la réserve spéciale de participation pour 2017/2018, soit la somme de 332 657 € avec intérêts au taux légal à compter de l'assignation, sous astreinte, et a condamné la société à payer au CE une somme à titre de provision à valoir sur le préjudice.

Le comité social et économique de la société Wipro Limited (le CSE) est intervenu aux droits du comité d'entreprise.

Par arrêt du 14 janvier 2021, la cour d'appel de Versailles, statuant en référé, a infirmé l'ordonnance entreprise, sauf en ses dispositions déclarant recevable l'action du CE et celle du syndicat, et a dit n'y avoir lieu à référé sur les demandes du comité social et économique et du syndicat, condamnant ces derniers aux dépens.

Cet arrêt fait l'objet du pourvoi n° G2114535, pourvoi formé le 1^{er} avril 2021 par le comité social et économique et le syndicat.

DA : 1^{er} avril 2021

MA: déposé et notifié le 2 août 2021. Dde Art. 700 CPC: 5 000 €

MD: déposé et notifié le 4 octobre 2021. Dde Art. 700 CPC: 3 000 €

Mémoire complémentaire en défense : déposé et notifié le 12 novembre 2021

La procédure paraît régulière.

Par arrêt du 15 avril 2021, la cour d'appel (statuant au fond), a dit les demandes du comité social et économique recevables, a infirmé en toutes ses dispositions le jugement rendu au fond le 20 juin 2019 et a débouté le comité social et économique de l'ensemble de ses demandes.

Cet arrêt fait l'objet du pourvoi n° H2115270, formé le 15 avril 2021 par le comité social et économique.

DA : 15 avril 2021

MA: déposé et notifié le 2 août 2021. Dde Art. 700 CPC: 5 000 €

MD : déposé et notifié le 4 octobre 2021. Dde Art. 700 CPC: 3 000 €

Mémoire complémentaire en défense : déposé et notifié le 12 novembre 2021

La procédure paraît régulière.

2 - Analyse succincte des moyens

Le pourvoi G2114535 présente un moyen unique, en deux branches relatives respectivement au trouble manifestement illicite et à l'office du juge des référés.

Le comité social et économique et le syndicat font grief à l'arrêt de dire n'y avoir lieu à référé sur leurs demandes, alors :

*« 1°/ que le juge des référés peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ; que **constitue un trouble manifestement illicite l'absence de mise en oeuvre, au sein d'une entreprise, des dispositions d'ordre public de l'article L. 3324-2 du code du***

travail qui prévoient que si les accords de participation peuvent retenir une formule de calcul de la réserve spéciale de participation différente de la formule légale, les salariés doivent nécessairement bénéficier d'avantages au moins équivalents à ceux résultant de la mise en oeuvre des dispositions légales ; qu'en relevant qu'eu égard au silence de la loi sur la détermination des capitaux propres des succursales en France des sociétés étrangères, il n'était pas permis d'établir que le calcul de la réserve spéciale de participation effectué au sein de la société Wipro Limited sur la base de l'accord de participation du 24 juin 2013 aboutissait à un résultat moins favorable que les dispositions légales, ce dont il résultait avec évidence que le respect de la règle de l'équivalence des avantages n'était pas garanti par l'employeur, et en retenant néanmoins que l'existence d'un trouble manifestement illicite n'était pas caractérisée, la cour d'appel a violé les articles 835, aliéna 1er, du code de procédure civile et L. 3324-2 du code du travail ;

2° que la seule nécessité de procéder à l'interprétation d'une disposition légale ou réglementaire ne peut empêcher le juge des référés de statuer ; qu'en retenant que le silence de la loi sur la détermination des capitaux propres des succursales en France des sociétés étrangères faisait obstacle à la caractérisation d'un trouble manifestement illicite, la cour d'appel a violé, derechef, l'article 835, aliéna 1er, du code de procédure civile. »

Le pourvoi H2115270 présente un moyen unique pour critiquer en 6 branches l'arrêt rendu au fond.

Le comité social et économique fait grief à l'arrêt de le débouter de ses demandes de condamnation de la société à verser sur les comptes bancaires le surplus de la réserve spéciale de participation pour les exercices 2014/2015, 2015/2016 et 2016/2017 et de le débouter en conséquence de toutes ses autres demandes, alors :
« 1° que le juge a le devoir d'interpréter les textes invoqués lorsqu'ils sont nécessaires à la solution du litige ; que pour débouter le comité social et économique de sa demande tendant à ce que la réserve spéciale de participation soit calculée, pour les trois exercices considérés, suivant la formule de calcul légale dès lors que celle-ci était plus favorable que celle résultant de l'accord de participation, la cour d'appel a retenu qu'il existait un vide juridique quant à la notion de capitaux propres à prendre en compte pour le calcul de la réserve spéciale de participation des succursales françaises de sociétés étrangères de sorte que le CSE ne démontrait pas que le calcul de la réserve spéciale de participation tel que résultant de l'accord de participation n'était pas conforme à la formule légale ; qu'en refusant ainsi d'interpréter les dispositions des articles L. 3324-1 et D. 3324-4 du code du travail pour déterminer les capitaux propres à prendre en compte pour le calcul de la réserve spéciale de participation des succursales françaises de sociétés étrangères, la cour d'appel a commis un excès de pouvoir et violé l'article 4 du code civil ;

2° que si l'accord de participation peut établir un régime de participation comportant une base de calcul et des modalités différentes de celles définies à l'article L. 3324-1 du code du travail, cet accord ne dispense de l'application des règles définies à cet article que s'il comporte pour les salariés des avantages au moins équivalents ; qu'en retenant, pour débouter le comité social et économique de sa demande tendant à ce que la réserve spéciale de participation soit calculée, pour les trois exercices considérés, suivant la formule de calcul légale dès lors que celle-ci était plus favorable que celle résultant de l'accord de participation, que la formule de calcul prévue par l'accord de participation avait été utilisée dans un accord de participation d'une entreprise tierce homologué par le CERC en 1986, la cour d'appel, qui a statué par un motif inopérant, a violé l'article L. 3324-2 du code du travail ;

3°/ que **si l'accord de participation peut établir un régime de participation comportant une base de calcul et des modalités différentes de celles définies à l'article L. 3324-1, cet accord ne dispense de l'application des règles définies à cet article que s'il comporte pour les salariés des avantages au moins équivalents** ; qu'en retenant, pour débouter le comité social et économique de sa demande tendant à ce que la réserve spéciale de participation soit calculée suivant la formule de calcul légale, que celui-ci ne démontrait pas que le chiffre d'affaires retenu par la société Wipro Limited pour appliquer la formule de calcul prévue par l'accord de participation était faux, la cour d'appel, qui a statué par un motif inopérant, a violé derechef l'article L. 3324-2 du code du travail ;

4°/ que **lorsque le calcul de la rémunération dépend d'éléments détenus par l'employeur, celui-ci est tenu de les produire en vue d'une discussion contradictoire** ; que **lorsque la formule de calcul de la réserve spéciale de participation figurant dans un accord de participation se réfère au montant du chiffre d'affaires de la société, il appartient à l'employeur de communiquer les éléments pertinents de nature à en justifier** ; que le CSE avait notamment fait valoir que la somme retenue par la société à titre de « chiffre d'affaires » pour le calcul de la réserve spéciale de participation était fautive dès lors qu'elle correspondait au montant total de ses produits (« total revenue ») incluant ainsi à tort, selon les normes comptables françaises, non pas seulement la production vendue, mais aussi d'autres revenus qui ne devaient pas y figurer dont l'ensemble des produits d'exploitation (« Revenue from Opération (gross) ») lesquels devaient être détaillés afin d'isoler la seule part relative au chiffre d'affaires, ainsi que des produits d'autre nature (produits financiers ou produits exceptionnels par exemple) regroupés sous l'intitulé « other income », lesquels devaient être exclus du chiffre d'affaire (conclusions d'appel p 35 et suivantes) ; qu'après avoir relevé qu'il est constant qu'en norme comptable française le chiffre d'affaires correspond à la production vendue (biens et services) la cour d'appel qui retient que le CSE ne démontrait pas que la somme figurant sous le libellé « total revenue » ne correspondait pas au chiffre d'affaires de la société Wipro Limited et notamment, à ce titre, ne justifiait pas par le moindre commencement de preuve « que la ligne « other income » telle qu'elle figure aux documents comptables de la société inclurait des produits financiers ou encore des produits exceptionnels » a inversé la charge de la preuve et violé l'article 1315 devenu 1353 du code civil ;

5°/ que **le droit à la preuve qui découle du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales implique que chaque partie ait la possibilité de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions** ; que **ce droit implique celui de ne pas être débouté de ses demandes faute de produire une preuve ou une pièce exclusivement détenue par la partie adverse et qui est indispensable pour établir le bien-fondé de ses prétentions** ; que le CSE avait notamment fait valoir que la somme retenue par la société à titre de « chiffre d'affaires » pour le calcul de la réserve spéciale de participation était fautive dès lors qu'elle correspondait au montant total de ses produits (« total revenue ») incluant ainsi à tort, selon les normes comptables françaises, non pas seulement la production vendue, mais aussi d'autres revenus qui ne devaient pas y figurer, dont l'ensemble des produits d'exploitation (« Revenue from Opération (gross) ») lesquels devaient être détaillés afin d'isoler la seule part relative au chiffre d'affaires, ainsi que des produits d'autre nature (produits financiers ou produits exceptionnels par exemple) regroupés sous l'intitulé « other income », lesquels devaient être exclus du chiffre d'affaire (conclusions d'appel p 35 et suivantes) ; que l'exposant faisait valoir que l'employeur avait refusé de communiquer les éléments et informations que lui seul détenait permettant ainsi de déterminer le chiffre d'affaires utile, selon les normes comptables françaises, pour calculer la réserve spéciale de participation (conclusions d'appel p 37) ; qu'après avoir pourtant relevé qu'il est constant qu'en norme comptable française le chiffre d'affaires correspond à la production vendue (biens et services), la cour d'appel qui retient que le CSE

ne démontrait pas que la somme figurant sous le libellé « total revenue » ne correspondait pas au chiffre d'affaires de la société Wipro Limited et notamment, à ce titre, ne justifiait pas, par le moindre commencement de preuve, « que la ligne « other income » telle qu'elle figure aux documents comptables de la société inclurait des produits financiers ou encore des produits exceptionnels » et encore que « si le cabinet [P] fait valoir que M. [Z], expert mandaté lui-même par la société, n'a pas vérifié les données sources, il n'appartient pas à la société Wipro Limited France de justifier les chiffres qui résultent de sa propre comptabilité mais au comité d'entreprise d'apporter un début de preuve de ce qu'ils sont faux, ce qu'il ne fait pas en l'espèce », a méconnu le droit à la preuve de l'exposante et violé l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ensemble l'article 1315 devenu 1353 du code civil ;

6°/ que les articles L. 3324-1 et D. 3324-4 du code du travail déterminent, pour la formule légale de calcul de la réserve spéciale de participation des salariés, les éléments à prendre en compte au titre des capitaux propres ; qu'en déboutant le CSE de ses demandes au motif inopérant que celui-ci ne démontrait pas « sur le plan économique » la réalité du montant des capitaux propres invoqués, la cour d'appel a violé les articles L. 3324-1 et D. 3324-4 du code du travail. »

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Calcul de la réserve spéciale de participation, plus précisément des « capitaux propres » venant en déduction selon l'article L3324-1, 2°, du code du travail et définis par les articles D.3324-1 et D.3324-4 du code du travail ; accord dérogatoire, prévoyant une réserve spéciale de participation plus favorable que celle résultant de la formule légale (dans les 2 pourvois)

Définition du trouble manifestement illicite et office du juge des référés (pourvoi G2114535)

« Avantages au moins équivalents », au sens de l'article L.3324-2 du code du travail permettant par accord de déroger à la formule légale de détermination de la réserve spéciale de participation ; charge de la preuve, lorsque le calcul dépend d'éléments détenus par l'employeur (pourvoi H2115270)

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

La participation peut être définie comme un dispositif légal prévoyant la redistribution, au profit des salariés, d'une partie des bénéfices qu'ils ont contribué, par leur travail, à réaliser dans leur entreprise.

4-1 les textes en matière de réserve spéciale de participation

Selon l'article L.3322-1 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n°2008-1258 du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail, en vigueur jusqu'au 1^{er}

janvier 2019 et applicable en l'espèce, « la participation a pour objet de garantir collectivement aux salariés le droit de participer aux résultats de l'entreprise. Elle prend la forme d'une participation financière à effet différé, calculée en fonction du bénéfice net de l'entreprise, constituant la réserve spéciale de participation. Elle est obligatoire dans les entreprises mentionnées au présent chapitre. Elle concourt à la mise en œuvre de la gestion participative dans l'entreprise. »

Sont soumises aux dispositions relatives à la participation les entreprises employant au moins 50 salariés (article L.3322-2, alinéa 1, du code du travail), ce qui peut concerner un établissement français d'une société étrangère.

Notre chambre a en effet jugé que «*Une entreprise étrangère disposant d'un établissement distinct en France est tenue de constituer une réserve spéciale de participation dès lors qu'elle est assujettie à l'impôt dans les conditions déterminées par l'article L. 3324-1 du code du travail* » : Soc., 8 février 2012, pourvoi n° 10-28.526, 10-28.528, Bull. 2012, V, n° 69.

Selon l'article L.3322-2, alinéa 2, du code du travail, « La base, les modalités de calcul, ainsi que les modalités d'affectation et de gestion de la participation sont fixées par accord dans les conditions prévues par le présent titre. »

L'article L.3322-6 prévoit la forme que peut revêtir l'accord de participation. Dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017, l'article L.3322-6 du code du travail précise que :

Les accords de participation sont conclus selon l'une des modalités suivantes :

1° Par convention ou accord collectif de travail ;

2° Par accord entre l'employeur et les représentants d'organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ;

3° Par accord conclu au sein du comité d'entreprise ;

4° A la suite de la ratification, à la majorité des deux tiers du personnel, d'un projet de contrat proposé par l'employeur. S'il existe dans l'entreprise une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ou un comité d'entreprise, la ratification est demandée conjointement par l'employeur et une ou plusieurs de ces organisations ou ce comité.

Au cas présent, l'accord de participation du 24 juin 2013 a été conclu entre la succursale française de la société Wipro Limited et son comité d'entreprise (cf. prod. n°6 du mémoire ampliatif).

Le contenu de l'accord de participation est déterminé par les articles L.3323-1 : conditions dans lesquelles les salariés sont informés de l'application des dispositions relatives à la participation, ainsi que nature et modalités de gestion des droits qui leur sont reconnus sur les sommes constituant la réserve spéciale de participation, et L.3323-2 : affectation des sommes constituant la réserve spéciale de participation.

Le calcul de la réserve spéciale de participation fait l'objet des articles L.3324-1 à L.3324-4 du code du travail.

Article L.3324-1 du code du travail, dans sa version en vigueur du 30 décembre 2011 au 01 janvier 2018, issue de la loi n°2011-1977 du 28 décembre 2011 :

La réserve spéciale de participation des salariés est constituée comme suit :

1° Les sommes affectées à cette réserve spéciale sont, après clôture des comptes de l'exercice, calculées sur le bénéfice réalisé en France métropolitaine et dans les départements d'outre-mer, à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin, tel qu'il est retenu pour être imposé à l'impôt sur le revenu ou aux taux de l'impôt sur les sociétés prévus au deuxième alinéa et au b du I de l'article 219 du code général des impôts et majoré des bénéfices exonérés en application des dispositions des articles 44 sexies, 44 sexies A, 44 septies, 44 octies, 44 octies A, 44 undecies et 208 C du code général des impôts. Ce bénéfice est diminué de l'impôt correspondant qui, pour les entreprises soumises à l'impôt sur le revenu, est déterminé dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat (1) ;

2° Une déduction représentant la rémunération au taux de 5 % des capitaux propres de l'entreprise est opérée sur le bénéfice net ainsi défini ;

3° Le bénéfice net est augmenté du montant de la provision pour investissement prévue à l'article L. 3325-3. Si cette provision est rapportée au bénéfice imposable d'un exercice déterminé, son montant est exclu, pour le calcul de la réserve de participation, du bénéfice net à retenir au titre de l'exercice au cours duquel ce rapport a été opéré ;

4° La réserve spéciale de participation des salariés est égale à la moitié du chiffre obtenu en appliquant au résultat des opérations effectuées conformément aux dispositions des 1° et 2° le rapport des salaires à la valeur ajoutée de l'entreprise.

Il est ainsi fixé une formule légale permettant de calculer la réserve spéciale de participation, mais de façon supplétive à défaut d'accord de participation (art. L3324-2) à la condition toutefois que l'accord soit plus favorable, apportant aux salariés « des avantages au moins équivalents ».

Article L3324-2 du code du travail, dans sa version en vigueur du 05 décembre 2008 au 24 mai 2019 issue de la loi n°2008-1258 du 3 décembre 2008 :

L'accord de participation peut établir un régime de participation comportant une base de calcul et des modalités différentes de celles définies à l'article L. 3324-1. **Cet accord ne dispense de l'application des règles définies à cet article que si, respectant les principes posés par le présent titre, il comporte pour les salariés des avantages au moins équivalents.** La base de calcul retenue peut ainsi être le tiers du bénéfice net fiscal. La réserve spéciale de participation peut être calculée en prenant en compte l'évolution de la valeur des actions ou parts sociales de l'entreprise ou du groupe au cours du dernier exercice clos.

Lorsqu'un accord est conclu au sein d'un groupe de sociétés, l'équivalence des avantages consentis aux salariés s'apprécie globalement au niveau du groupe et non entreprise par entreprise.

Dans les entreprises dont l'effectif habituel est compris entre un et deux cent cinquante salariés, la part de la réserve spéciale de participation excédant le montant qui aurait résulté d'un calcul effectué en application de l'article L. 3324-1 peut être répartie entre les salariés et les chefs de ces entreprises, les présidents, directeurs généraux, gérants ou membres du directoire s'il s'agit de personnes

morales, le conjoint du chef d'entreprise s'il a le statut de conjoint collaborateur ou de conjoint associé mentionné à l'article L. 121-4 du code de commerce.

L'accord n'ouvre droit au régime social et fiscal prévu au chapitre V que si la réserve spéciale de participation n'excède pas la moitié du bénéfice net comptable, ou, au choix des parties, l'un des trois plafonds suivants :

- 1° Le bénéfice net comptable diminué de 5 % des capitaux propres ;
- 2° Le bénéfice net fiscal diminué de 5 % des capitaux propres ;
- 3° La moitié du bénéfice net fiscal.

L'accord précise le plafond retenu.

Article L3324-3 du code du travail :

Dans les entreprises relevant de l'impôt sur le revenu, le bénéfice à retenir, avant déduction de l'impôt correspondant, est égal au bénéfice imposable de cet exercice, diminué :

- 1° De la rémunération normale du travail du chef d'entreprise lorsque cette rémunération n'est pas admise dans les frais généraux pour l'assiette de l'impôt de droit commun ;
- 2° Des résultats déficitaires enregistrés au cours des cinq années antérieures qui ont été imputés sur des revenus d'une autre nature mais n'ont pas déjà été pris en compte pour le calcul de la participation afférente aux exercices précédents.

Article L3324-4 du code du travail :

Un décret en Conseil d'Etat détermine le mode de calcul, éventuellement forfaitaire, de la réduction opérée au titre de l'impôt sur le revenu prévue à l'article L. 3324-3.

Ces dispositions sont d'ordre public absolu (Soc., 23 mai 2007, pourvoi n° 05-10.244, 04-20.340, 04-20.157, Bull. 2007, V, n° 83 ; Soc., 16 décembre 2020, pourvoi n° 19-10.634).

Les articles D.3324-1 à D.3324-9 du code du travail apportent des précisions sur les différents facteurs entrant dans la formule de calcul de la réserve de participation¹<https://bofip.impots.gouv.fr/bofip/528-PGP.html/identifiant%3DBOI-BIC-PTP-10-10-20-20-20140219> (article D.3324-1 : les salaires ; D3324-2 et D.3324-3 : valeur ajoutée de l'entreprise et en particulier pour les entreprises de banque et d'assurances ; bénéfice net : R.3324-7, D.3324-8 et D.3324-9)

Plus particulièrement, des dispositions sont prévues quant aux « capitaux propres » mentionnés à l'article L.3324-1 du code du travail.

Article D3324-4, créé par le décret n°2008-244 du 7 mars 2008 :

¹BIC - Intéressement et participation - Participation des salariés aux résultats de l'entreprise - Définition des éléments concourant au calcul de la réserve spéciale - Capitaux propres (Date de début de publication du BOI 19/02/2014) au bulletin officiel des finances publiques-impôts)

Les capitaux propres mentionnés au 2° de l'article L. 3324-1 comprennent le capital, les primes liées au capital social, les réserves, le report à nouveau, les provisions qui ont supporté l'impôt ainsi que les provisions réglementées constituées en franchise d'impôts par application d'une disposition particulière du code général des impôts. Leur montant est retenu d'après les valeurs figurant au bilan de clôture de l'exercice au titre duquel la réserve spéciale de participation est calculée. Toutefois, en cas de variation du capital au cours de l'exercice, le montant du capital et des primes liées au capital social est pris en compte à due proportion du temps.

La réserve spéciale de participation des salariés ne figure pas parmi les capitaux propres.

Pour les sociétés de personnes et les entreprises individuelles, la somme définie ci-dessus est augmentée des avances en compte courant faites par les associés ou l'exploitant. La quotité des avances à retenir au titre de chaque exercice est égale à la moyenne algébrique des soldes des comptes courants en cause tels que ces soldes existent à la fin de chaque trimestre civil inclus dans l'exercice considéré.

Le montant des capitaux propres auxquels s'applique le taux de 5 % prévu au 2° de l'article susmentionné est obtenu en retranchant des capitaux propres définis aux alinéas précédents ceux qui sont investis à l'étranger calculés à due proportion du temps en cas d'investissement en cours d'année.

Le montant de ces capitaux est égal au total des postes nets de l'actif correspondant aux établissements situés à l'étranger après application à ce total du rapport des capitaux propres aux capitaux permanents.

Le montant des capitaux permanents est obtenu en ajoutant au montant des capitaux propres, les dettes à plus d'un an autres que celles incluses dans les capitaux propres.

4-2 le cas de la succursale française d'une entreprise étrangère

Une entreprise étrangère disposant d'un établissement distinct en France est tenue de constituer une réserve spéciale de participation dès lors qu'elle est assujettie à l'impôt dans les conditions déterminées par l'article L. 3324-1 du code du travail : Soc., 8 février 2012, pourvoi n° 10-28.526, 10-28.528, Bull. 2012, V, n° 69 ; Soc., 27 février 2013, pourvoi n° 10-28.527.

En cas de litige, c'est à l'employeur, qui seul détient les informations relatives à son assujettissement à l'impôt sur les sociétés, de justifier que le bénéfice généré par les opérations effectuées sur le territoire national a été exonéré de toute imposition fiscale (mêmes arrêts).

Au cas présent, la soumission de la succursale établie en France par la société Wipro Limited, société étrangère, aux dispositions relatives à la participation au bénéfice des salariés employés au sein de ladite succursale n'est pas contestée.

Le litige porte sur ce qu'il faut entendre par « capitaux propres » dans la formule de calcul, tant fixée par l'article L.3324-1 du code du travail que celle prévue par l'accord conclu le 24 juin 2013.

L'accord de participation, conclu le 24 juin 2013 entre la succursale française de la société indienne et son comité d'entreprise, figure en production n°6 annexée au mémoire ampliatif.

L'article 4 de cet accord, intitulé « Mode de calcul de la réserve spéciale de participation », est reproduit ci-dessous :

« *4.1 Calcul de la RSP*

La somme attribuée à l'ensemble des salariés bénéficiaires au titre de chaque exercice est appelée la réserve spéciale de participation (RSP).

Pour l'application du présent accord, la réserve spéciale de participation est exprimée selon la formule légale :

$$RSP = 1/2 (B - 5\%C) \times (S/VA)$$

dans laquelle :

B représente le bénéfice de WIPRO Limited. réalisé en France métropolitaine et dans les départements d'outre-mer, à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin, tel qu'il est retenu pour être imposé à l'impôt sur le revenu ou aux taux de l'impôt sur les Sociétés prévus au deuxième alinéa et au b du I de l'article 219 du Code général des impôts et majoré des bénéfices exonérés en application des dispositions des articles 44 sexies, 44 sexies A, 44 septies, 44 octies, 44 octies A, 44 undecies et 208 C du Code général des impôts.

Ce bénéfice est diminué de l'impôt correspondant qui, pour les entreprises soumises à l'impôt sur le revenu, est déterminé dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat. Le montant du bénéfice net est attesté par le commissaire aux comptes ou l'Inspection des Impôts.

C représente les capitaux propres de WIPRO LIMITED comprenant le capital, les primes liées au capital social, les réserves, le report à nouveau, les provisions qui ont supporté l'impôt et les provisions réglementées constituées en franchise d'impôts par application d'une disposition particulière du code général des impôts, **auquel est appliqué un coefficient multiplicateur résultant de la division du chiffre d'affaires de la succursale au cours des trois derniers exercices par le chiffre d'affaires de WIPRO LIMITED pris dans sa globalité au cours des mêmes trois exercices.**

Leur montant est retenu d'après les valeurs figurant au bilan de clôture de l'exercice au titre duquel la réserve spéciale de participation est calculée. Toutefois, en cas de variation du capital au cours de l'exercice, le montant du capital et des primes liées au capital social est pris en compte prorata temporis.

Le montant des capitaux propres est attesté par le commissaire aux comptes ou l'Inspection des Impôts.

S représente les salaires versés au cours de l'exercice par WIPRO LIMITED aux salariés de sa succursale. Ils sont déterminés selon les règles prévues pour le calcul des rémunérations au sens de l'article L 242-1 du code de la sécurité sociale.

VA représente la valeur ajoutée par WIPRO LIMITED, soit le total des postes suivants du compte de résultats, pour autant qu'ils concourent à la formation d'un bénéfice réalisé en France métropolitaine et dans les départements d'outre-mer :

- charges de personnel,
- impôts, taxes et versements assimilés, à l'exclusion des taxes sur le chiffre d'affaires,
- charges financières,
- dotations de l'exercice aux amortissements,
- dotations de l'exercice aux provisions, à l'exclusion des dotations figurant dans les charges exceptionnelles,
- résultat courant avant impôts.

4.2 Montant de la réserve spéciale de participation pendant le régime d'autorité.

Montants de la réserve de participation par exercice tels que portés sur les liasses fiscales :

- Exercice 2008-2009 : 74 019 €
- Exercice 2009-2010 : 105 025 €
- Exercice 2010-2011 : 196 953 €
- Exercice 2011-2012 : 208 240 €

Les montants ci-dessus de la participation seront rémunérés selon les conditions suivantes :

Aux termes des articles D.3324-25, D.3324-21-2 du Code du travail, les entreprises réalisent les versements correspondants, avant le premier jour du 5^{ème} mois suivant la clôture de l'exercice au titre duquel la participation est attribuée, passé ce délai, les entreprises complètent les versements prévus par un intérêt de retard égal à 1,33 fois le taux moyen de rendement des obligations des sociétés privées publié par le ministre chargé de l'économie. »

Il convient de souligner qu'il n'est pas contesté que la transcription, dans l'accord de 2013, de la formule « $RSP = 1/2 (B - 5\%C) \times (S/VA)$ » correspond à la formule légale donnée par l'article L3324-1 du code du travail, quant à la définition des valeurs B, S et VA. Les parties s'opposent sur la détermination du facteur « C » soit les capitaux propres, dont il est admis par elles que le code du travail n'en donne pas de définition dans le cas spécifique de la succursale française d'une société étrangère.

La difficulté tenant à déterminer les capitaux propres dans ce cas très particulier est présentée de la façon suivante par la société :

« Si l'entreprise, qui ne déploie pas son activité sur le seul territoire français, dispose bien de capitaux propres, ces capitaux propres qui correspondent à l'intégralité de son activité – et non à celle de la succursale – ne peuvent être intégralement pris en compte pour déterminer la part des capitaux propres devant être déduit du bénéfice réalisé par la succursale française. D'un autre côté, l'activité de la succursale française est financée par une part des capitaux propres de la société internationale, de sorte que l'on ne peut pas considérer qu'aucun montant ne peut être déduit du bénéfice au titre des capitaux propres. »

La détermination des capitaux propres est donc appréhendée différemment par les parties, qui se réfèrent à des documents différents, les thèses en présence pouvant être globalement présentées de la façon suivante :

Pour le CSE, venant aux droits du comité d'entreprise , (et le syndicat dans le dossier de fond) :

Pour déterminer les « capitaux propres » à prendre en compte, il faut se reporter au « Guide de l'épargne salariale », établi par la Direction générale du travail, la Direction de la sécurité sociale, la Direction générale du Trésor et la Direction de la législation fiscale, et diffusé le 10 juillet 2014 sur le site du Ministère du travail, qui précise le mode de détermination des capitaux propres de ces établissements. (https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/guide_es-juin2014_maj-10-juillet2014.pdf)

Le Guide de l'épargne salariale est présenté sur ce site comme étant rédigé par les différentes administrations concernées par ce sujet et intégrant l'ensemble des modifications législatives et réglementaires intervenues depuis 2005, conçu pour être utilisé comme un outil opérationnel à la disposition des employeurs, des salariés et de leurs représentants désirant négocier ou s'informer sur ce thème, des services de l'État, et des professionnels de l'épargne salariale.

Il y précisé :

« (p.4) *Le présent guide a pour objet de rappeler les principes fondamentaux régissant l'intéressement, la participation et les plans d'épargne salariale et d'intégrer les changements législatifs intervenus depuis la publication de la circulaire du 14 septembre 2005, ainsi que l'évolution de la jurisprudence et les diverses pratiques nées de l'appropriation par les acteurs des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'épargne salariale.* »

Le dossier n°2 est consacré à la participation (pages 52 et suivantes).

La FICHE 3 est consacrée à la « Formule de calcul » (p.73)

« I- La formule légale

Le droit reconnu aux salariés prend la forme, dans le régime de droit commun, d'une participation calculée à partir du bénéfice net de l'entreprise. Ce droit s'exprime selon la formule suivante, qui résulte des dispositions de l'article L.3324-1 du code du travail (CT) :

$$RSP = \frac{1}{2} [B - 5\% C] \times [S/VA]$$

dans laquelle :

B : représente le bénéfice net de l'entreprise ;

C : les capitaux propres de l'entreprise ;

S : les salaires de l'entreprise ;

VA : la valeur ajoutée de l'entreprise. », le guide présentant ensuite la signification des différentes variables de cette formule de calcul, notamment s'agissant des capitaux propres (p.76 et suivantes) en distinguant les entreprises relevant de l'impôt sur les sociétés de celles relevant de l'impôt sur le revenu (p.77), avec des précisions quant à l'exclusion des capitaux propres investis dans des établissements étrangers (p.78).

Des cas particuliers font l'objet d'annexes à la fiche 3 relative au calcul de la participation (pages 110 et suivantes). L'annexe II est spécifique à la question des

capitaux propres (pages 119 et suivantes) et une partie de cette annexe II est consacrée à la situation d'une succursale française d'une société étrangère. Il y est énoncé (p. 120) que :

« c) Succursale française d'une société étrangère

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 ». Plusieurs situations doivent être distinguées :

1) Si l'établissement stable tient une comptabilité propre et qu'il a renseigné la ligne « dotation en capital », il conviendra de retenir ce montant.

2) 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 sur l'imprimé 2051 déposé. »

Pour la société, il convient de se reporter à la seule méthode de calcul, préconisée par l'autorité administrative à la date de conclusion de l'accord de participation en juin 2013, soit un avis du Centre d'études des revenus et des coûts (CERC) du 1^{er} février 1986.

Selon le rapport au Président de la République précédant, au journal officiel, le décret n°66-227 du 18 avril 1966 portant création du Centre d'études des revenus et des coûts, « le centre sera composé de personnalités indépendantes, choisies en raison de leur haute compétence et de leur expérience dans des secteurs touchant, à des titres divers, à la vie économique et sociale. **Le gouvernement désire en effet que les études et avis du C.E.R.C. fassent autorité auprès de tous grâce à leur valeur technique, à leur impartialité et à la qualité de leurs auteurs** ». (cf prod. n°2 du mémoire en défense)

L'employeur rappelle que le CERC était notamment en charge de délivrer, antérieurement à l'ordonnance du 21 octobre 1986, des avis à l'autorité administrative sur les formules de calcul retenues dans le cadre de l'ancienne procédure d'homologation des accords.

L'employeur produit au soutien de sa thèse un extrait du Lamy (prod. n°1) indiquant notamment « *En revanche, s'agissant d'un simple établissement en France d'une société établie à l'étranger, l'administration avait considéré comme entrant dans le champ d'application du régime non seulement un établissement ou une représentation étrangère en France non pourvue de la personnalité juridique mais également, même en l'absence de tout établissement, les opérations réalisées en France constituant un cycle commercial complet (Circ intermin. no 13, 30 mai 1968, doc. adm. 4 N 1121, n° 6, 30 juin 1991) Dans de telles hypothèses, se pose alors le problème de la détermination des éléments entrant dans le calcul de la réserve, notamment des capitaux propres. A*

ce titre, a fait l'objet d'une homologation, celle-ci étant obligatoire avant l'ordonnance du 21 octobre 1986, l'accord prévoyant pour la détermination des capitaux propres des établissements autonomes implantés en France d'une société étrangère que soit appliqué au montant des capitaux propres de la société le rapport suivant : chiffres d'affaires des établissements français au cours des trois derniers exercices / chiffre d'affaires de la société mère au cours des trois derniers exercices (Avis Cerc H 86028, société S, 1^{er} févr. 1986). »

Notre chambre n'a pas encore statué sur la question posée par les pourvois s'agissant des capitaux propres à prendre en considération pour la succursale française d'une société étrangère. Elle pourra toutefois se reporter à un arrêt Soc., 30 janvier 2019, pourvoi n° 17-22.712, dans lequel était en cause la détermination des capitaux propres dans le cas de fusion-absorption de sociétés au sein d'une UES.

4-3 la procédure de référé ; pourvoi n°G2114535

4-3-1 le trouble manifestement illicite

L'article 809, alinéa 1, du code de procédure civile, dans sa rédaction antérieure au décret n°2019-1333 du 11 décembre 2019, dispose :

« Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. »

Ces dispositions sont désormais reprises, s'agissant du président du tribunal judiciaire, à l'article 835 du code de procédure civile dans sa rédaction issue du décret n°2020-1452 du 27 novembre 2020, en vigueur depuis le 1er janvier 2021.

Le trouble manifestement illicite peut se définir comme "résultant d'un fait matériel ou juridique qui, directement ou indirectement, constitue une violation évidente de la règle de droit" (H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, Sirey, tome III, 1961, t. III, 1991, no 1289).

L'appréciation du caractère illicite du trouble implique de la part du juge des référés "un certain préjugé sur le fond" (H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, no 1289), l'illicéité ainsi identifiée devant néanmoins être suffisamment évidente. (2e Civ., 18 janvier 2018, pourvoi n° 17-10.636, Bull. 2018, II, n° 7)², le trouble manifestement illicite résultant de la violation évidente d'une règle de droit (1re Civ., 8 février 2017, pourvoi n° 15-26.760).

²« Mais attendu qu'ayant constaté que la société Sarmate avait été placée en liquidation judiciaire, ce dont il résultait que le droit des salariés licenciés à bénéficier de la portabilité des garanties frais de santé et prévoyance n'apparaissait pas avec l'évidence requise devant le juge des référés, la cour d'appel a pu en déduire que le trouble manifestement illicite invoqué n'était pas caractérisé ; »

Le juge des référés doit constater l'existence d'un trouble manifestement illicite, l'insuffisance des constatations du juge à cet égard pouvant justifier une cassation de sa décision pour défaut de base légale (Soc., 5 janvier 1979, pourvoi n° 77-13.577, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre sociale N 013 p011; 1re Civ., 5 juillet 2018, pourvoi n° 18-12.809 ; Soc., 9 juin 2021, pourvoi n° 19-22.392 ; Soc., 19 janvier 2022, pourvoi n° 20-18.806).

La Cour exerce son contrôle sur la notion de trouble manifestement illicite et, par conséquent, sur l'application de la règle de fond méconnue (Ass. plén., 28 juin 1996, pourvoi n° 94-15.935, Bulletin 1996 A P N° 6 ; Soc., 21 septembre 2017, pourvoi n° 15-25.531, Bull. 2017, V, n° 157).

S'agissant d'un accord collectif, Soc., 1 juillet 2020, pourvoi n° 19-15.223 :

Vu les articles L. 1132-1 et R. 1455-6 du code du travail :

5. Si un accord collectif peut tenir compte des absences pour le paiement d'une prime ou l'octroi d'un avantage en nature, c'est à la condition que toutes les absences, hormis celles qui sont légalement assimilées à un temps de travail effectif, entraînent les mêmes conséquences sur son attribution.

6. Pour rejeter les demandes de paiement d'un rappel de prime de pneumatiques et de droits à congés payés afférents ainsi que de provisions sur dommages-intérêts, l'ordonnance retient que ces demandes reposent sur une lecture et une interprétation différentes des accords d'entreprise, qu'un trouble manifestement illicite ne saurait prospérer et que, au vu de ces éléments, il y a une contestation sérieuse.

7. En statuant ainsi, alors que l'accord d'établissement soumettait l'octroi de l'avantage en nature ou le paiement de la prime à une condition d'assiduité et qu'étaient prises en considération les absences en raison de la maladie et non celles du fait de l'exercice du droit de grève, lesquelles ne sont pas légalement assimilées à un temps de travail effectif, en sorte qu'était caractérisée une discrimination en raison de l'état de santé et qu'il en résultait l'existence d'un trouble manifestement illicite, le conseil de prud'hommes a violé les textes susvisés.

Soc., 27 janvier 2021, pourvoi n° 18-10.672, publié au rapport :

4. Un accord collectif peut instituer des mesures de nature à favoriser l'activité syndicale dans l'entreprise, et dans ce cadre, en vue d'encourager l'adhésion des salariés de l'entreprise aux organisations syndicales, prévoir la prise en charge par l'employeur d'une partie du montant des cotisations syndicales annuelles, dès lors que le dispositif conventionnel ne porte aucune atteinte à la liberté du salarié d'adhérer ou de ne pas adhérer au syndicat de son choix, ne permet pas à l'employeur de connaître l'identité des salariés adhérant aux organisations syndicales et bénéficie tant aux syndicats représentatifs qu'aux syndicats non représentatifs dans l'entreprise.

5. Toutefois, le montant de la participation de l'employeur ne doit pas représenter la totalité du montant de la cotisation due par le salarié, le cas échéant après déductions fiscales, au regard du critère d'indépendance visé à l'article L. 2121-1 du code du travail.

6. En l'espèce, la cour d'appel a relevé que l'article 18.1 de l'accord du 31 mai 2016 relatif à la rénovation du dialogue social au sein des sociétés composant l'UES Solvay France, prévoyait, au profit des seules organisations syndicales représentatives, le

financement par l'employeur de la partie des cotisations individuelles annuelles restant à charge des salariés une fois soustraite la partie fiscalement déductible de l'impôt sur le revenu.

7. Il en résulte que cette disposition constitue un trouble manifestement illicite au regard du texte et des principes sus évoqués.

8. Par ces motifs de pur droit, substitués à ceux critiqués, dans les conditions prévues aux articles 620, alinéa 1er, et 1015 du code de procédure civile, l'arrêt se trouve légalement justifié.

4-3-2 les motifs de l'arrêt du 14 janvier 2021 rendu en référé

Il convient de rappeler que la demande, présentée en référé, porte sur le montant dû au titre de la participation pour l'exercice 2017/2018 suite à la décision adoptée par le CE le 11 juillet 2017 de dénoncer l'accord de participation conclu le 24 juin 2013.

La cour d'appel rappelle les différents textes applicables.

Pour dire n'y avoir lieu à référé, l'arrêt commence par énoncer, quant à la dénonciation de l'accord (p.13) :

« s'agissant de la dénonciation de l'accord de participation, l'article D. 3323-8 du code du travail précise que la partie qui dénonce un tel accord notifie aussitôt cette décision à la DIRECCTE et que la dénonciation d'un accord conclu au sein d'un CE ou CSE doit être constatée au procès-verbal de la séance au cours de laquelle cette dénonciation a eu lieu.

Il est en l'espèce constant que l'accord du 24 juin 2013 a été dénoncé unilatéralement par le CE en sa délibération du 11 juillet 2017 mais que cela n'a pas fait l'objet d'une notification à la DIRECCTE comme prévu par les dispositions susvisées. Il sera également observé que ni l'accord, ni la délibération portant dénonciation ne précisent, s'agissant d'un accord à durée indéterminée, la date à laquelle celle-ci doit prendre effet et la durée du préavis.

*Aussi, à supposer comme le prétendent les intimés que l'absence de notification de cette dénonciation à la DIRECCTE n'entache pas sa régularité, il n'en demeure pas moins que **n'est pas établie avec l'évidence requise en référé la date à laquelle cette dénonciation a pris effet et par voie de conséquence son incidence sur le calcul de la RSP pour la période litigieuse, cette question relevant de l'appréciation du juge du fond.** »*

L'arrêt ajoute, après avoir cité l'article L.3322-6 du code du travail relatif aux différentes modalités de conclusion d'un accord de participation : *« si l'employeur est tenu de mettre en place un régime de participation, il n'a pas l'obligation d'engager une négociation à cet effet avec le seul CSE, de sorte qu'en l'espèce, celui-ci ne justifie pas avec évidence d'un droit propre à revendiquer la mise en place de négociations en vue d'un nouvel accord de participation à la suite de la dénonciation du précédent.*

Au vu de l'ensemble de ces éléments, les intimés échouent à caractériser l'existence d'un trouble manifestement illicite qui résulterait de l'abstention de la société Wipro Limited à entreprendre de nouvelles négociations avec le CSE en vue d'un nouvel accord. »

Force est de relever que le moyen, présenté par le CSE et le syndicat, ne critique pas cette partie de la motivation de la décision de la cour d'appel.

L'arrêt poursuit par l'examen de la formule de calcul de la réserve spéciale de participation (p.13 à15) :

« il est constant que la formule de calcul de la RSP définie à l'article 4-1 de l'accord du 24 juin 2013, $RSP = 1/2 (B - 5\% C) \times (S / VA)$, et appliquée par la société Wipro Limited, est strictement identique à celle qui résulte de l'article L. 3324-1 précité, ainsi que l'ont constaté à la fois le cabinet [Z] (pièce 46 de l'appelante page 8) et le cabinet [P] (pièce 52 des intimés page 10 et 11).

Le litige porte en fait uniquement sur la détermination de la valeur 'C' qui correspond aux capitaux propres.

Les parties et les experts qu'elles ont chacune sollicités s'accordent en effet pour dire que la définition qui en est donnée par l'article D. 3324-4 précité n'est pas transposable aux succursales situées en France de sociétés étrangères comme la société Wipro Limited.

L'appelante invoque un vide textuel et juridique que l'accord du 24 juin 2013 aurait régulièrement pallié en sa clause 4-1 C tandis que les intimés, renvoyant à l'analyse du cabinet d'expertise Syndex, reconnaissent pour leur part en page 49 de leurs dernières conclusions que 'la question de la détermination des capitaux propres dans le cas d'une succursale n'est pas précisée par un texte de loi, ni par un décret' mais considèrent que la société Wipro Limited se devait dès lors d'appliquer la définition donnée par le document référentiel que constitue en la matière le Guide de l'épargne salariale paru en juillet 2014.

*Comme rappelé plus haut, **cette cour, statuant en tant que juridiction d'appel du juge des référés, n'a le pouvoir de constater l'existence d'un trouble manifestement illicite que si la violation d'une règle de droit est évidente.***

Il incombe dès lors aux intimés de démontrer de façon indiscutable que les dispositions du Guide de l'épargne salariale relatives aux capitaux propres ont une valeur normative et contraignante qui s'imposait à la société Wipro Limited, étant rappelé que le CE a en son temps validé la notion de capitaux propres retenue par celle-ci en signant l'accord de juin 2013.

Si le Guide invoqué par les intimés n'a pas été versé aux débats en son intégralité, il résulte des extraits produits et de la documentation fournie à son sujet par les parties que :

- il a été rédigé par la direction générale du travail, la direction de la sécurité sociale, la direction générale du trésor et la direction de la législation fiscale,*
- il précise en son introduction que son objet est 'de rappeler les principes fondamentaux régissant l'intéressement, la participation et les plans d'épargne salariale et d'intégrer les changements législatifs intervenus depuis la publication de la circulaire du 14 septembre 2005, ainsi que l'évolution de la jurisprudence et les diverses pratiques nées de l'appropriation par les acteurs des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'épargne salariale'.*
- il se définit comme 'un guide juridique' intégrant 'l'ensemble de ces modifications législatives et réglementaires, afin d'établir un état de la réglementation qui puisse ainsi être utilisé comme un outil opérationnel à la disposition des services des directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de*

l'emploi (DIRECCTE), des employeurs, des salariés et de leurs représentants désirant négocier ou s'informer sur ce thème, mais aussi des professionnels de l'épargne salariale'.

Ce n'est donc ni un texte législatif ou réglementaire, ni même une circulaire. Il n'est en outre pas contesté par les intimés que ce Guide n'a pas été publié dans un bulletin officiel, ni sur le site internet 'circulaires.legifrance.gouv.fr' qui reprend l'ensemble des circulaires et des instructions en vigueur, sa mise à disposition sur le site du ministère du travail, simple publication, ne lui conférant pas de valeur normative.

Contrairement à ce que soutiennent les intimés, son caractère normatif ne peut non plus résulter de manière évidente du fait que le Guide ne ferait que reprendre une définition de la notion de capitaux propres déjà publiée au BOFIP le 29 mars 2013 dans un document concernant 'les situations de sous-capitalisation' et 'le ratio d'endettement des établissements stables'.

En effet, ce document définit la notion de capitaux propres uniquement dans le but de calculer le ratio d'endettement 'des établissements stables' et comme l'indiquent eux-mêmes les intimés, il diverge du Guide sur la prise en compte ou pas dans ces 'quasi-fonds propres' du résultat de l'établissement pour l'exercice concerné.

Enfin, si comme l'a relevé le cabinet Syndex dans son expertise et M. [A], chargé d'étude à la participation financière au ministère du travail dans un courriel du 9 avril 2020, ce Guide 'a une valeur juridique certaine' et 'peut être considéré comme représentatif de la doctrine fiscale française' concernant l'interprétation et l'adaptation de la notion de capitaux propres à intégrer au calcul de la RSP pour les succursales de sociétés étrangères, cet avis ne suffit pas à établir avec évidence sa valeur normative effective et contraignante à l'égard des employeurs tels que la société Wipro Limited.

La position du cabinet Syndex est d'ailleurs contredite par le cabinet [Z] dont l'analyse est d'une force probante équivalente, étant observé que le cabinet [P] s'est quant à lui abstenu de prendre partie sur cette question, se bornant uniquement à rappeler les thèses en présence.

Il sera au surplus observé que contrairement à ce qui est allégué par les intimés, les décisions émanant d'autres juridictions judiciaires versées aux débats n'ont nullement reconnu que ce guide référentiel aurait 'force de loi' à l'égard des employeurs.

Pour l'ensemble de ces raisons, eu égard au silence de la loi sur la définition de la notion de capitaux propres transposables aux succursales en France de sociétés étrangères, la preuve n'étant par ailleurs pas rapportée que le Guide de l'épargne salariale constituerait la disposition normative qui s'imposerait à tous et plus particulièrement à la société Wipro Limited, il n'est pas démontré par les intimés que celle-ci n'aurait pas respecté la règle de l'équivalence des avantages de nature en continuant à appliquer la formule de calcul définie dans l'accord du 24 juin 2013 et validée en son temps par le CE. »

La cour d'appel en conclut que le trouble manifestement illicite allégué n'est « pas caractérisé avec l'évidence requise en référé ».

4-3-3 le moyen et les mémoires

La 1^{ère} branche invoque une violation des articles 835, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile et L.3324-2 du code du travail.

Elle repose sur la prémisse selon laquelle constitue un trouble manifestement illicite l'absence de mise en oeuvre, au sein d'une entreprise, des dispositions d'ordre public de l'article L.3324-2 du code du travail dont il résulte que les salariés doivent nécessairement bénéficier (par un accord de participation) d'avantages au moins équivalents à ceux résultant de la mise en oeuvre des dispositions légales.

Cette branche critique spécialement les motifs de l'arrêt lorsque la cour d'appel relève qu'eu égard au silence de la loi sur la détermination des capitaux propres des succursales en France des sociétés étrangères, il n'était pas permis d'établir que le calcul de la réserve spéciale de participation selon la formule donnée par l'accord de 2013 aboutissait à un résultat moins favorable que les dispositions légales : elle soutient en effet qu'il résultait à l'évidence que le respect de la règle de l'équivalence des avantages n'était pas garanti par l'employeur.

La seconde branche invoque une violation de l'article 835, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile. Elle soutient que la seule nécessité de procéder à l'interprétation d'une disposition, légale ou réglementaire, ne peut empêcher le juge des référés de statuer. Elle reproche ainsi à la cour d'appel d'avoir retenu que le silence de la loi sur la détermination des capitaux propres des succursales en France des sociétés étrangères faisait obstacle à la caractérisation d'un trouble manifestement illicite.

Le mémoire ampliatif rappelle que « *La formule légale (de calcul de la réserve spéciale de participation) constitue ainsi un minimum : les salariés doivent bénéficier au minimum des avantages prévus par les dispositions légales et réglementaires relatives à la participation, qui sont d'ordre public* » en se référant à l'arrêt déjà cité, Soc., 23 mai 2007, pourvoi n° 05-10.244, 04-20.340, 04-20.157, Bull. 2007, V, n° 83. Il précise que « *Il est acquis à cet égard que le calcul légal de la réserve spéciale de participation suppose la prise en compte des « capitaux propres » de l'entité considérée et que les articles L. 3324-1 et D. 3324-4 du code du travail, qui définissent cette notion, n'envisagent pas le cas des succursales françaises de sociétés étrangères.* » mais considère que la cour d'appel a méconnu les conséquences de ses propres constatations.

Selon les demandeurs au pourvoi, « *en observant que la loi ne déterminait pas la notion de capitaux propres pour le calcul de la réserve spéciale de participation dans les succursales françaises de sociétés étrangères, et qu'il ne pouvait dès lors être établi que le calcul effectué par la société Wipro Limited sur la base de l'accord de participation du 24 juin 2013 conduisait à un résultat moins favorable que les dispositions légales, la cour d'appel a fait ressortir que le respect de la règle de l'équivalence des avantages n'était pas garanti au sein de la société. La violation évidente de la règle de droit invoquée ... était ainsi pleinement caractérisée. Cette voie de fait étant constatée, il importait peu qu'existe entre les parties une contestation sur le fond du droit : le désaccord sur les modalités de calcul des capitaux propres de la succursale n'était en effet pas de nature à remettre en cause le trouble manifestement illicite résultant de l'absence de mise en oeuvre de la comparaison exigée par la loi.* »

Au soutien de la seconde branche, le mémoire ampliatif rappelle que la chambre sociale juge de façon constante que « la formation de référé de la juridiction prud'homale peut interpréter une convention ou un accord collectif », en se référant aux arrêts Soc., 21 septembre 2017, pourvoi n° 16-15.713 ; Soc., 15 juin 2016, pourvoi n° 14-19.257 ; Soc., 27 juin 2007, pourvoi n° 06-41.904. Il fait valoir que « *L'imprécision des dispositions légales déterminant les capitaux propres à prendre en compte pour le calcul de la*

formule légale de la réserve spéciale de participation ne remettait nullement en cause cette constatation. La nécessaire interprétation des dispositions légales et réglementaires applicables ne pouvait dès lors constituer un obstacle à l'intervention du juge des référés. »

Le mémoire en défense réplique que « *La détermination du montant des capitaux propres, pour l'application des articles L. 3324-1 et D. 3324-4 du code du travail suppose donc que l'entreprise au sein de laquelle l'accord de participation s'applique dispose de tels capitaux. Or, tel n'est pas le cas lorsque l'accord de participation s'applique à une succursale française d'une entreprise étrangère n'ayant pas de personnalité morale, pas de capital social et n'ayant pas dès lors de capitaux propres.*

Si l'entreprise – qui ne déploie pas son activité sur le seul territoire français – dispose bien de capitaux propres, ces capitaux propres qui correspondent à l'intégralité de son activité – et non à celle de la succursale – ne peuvent être intégralement pris en compte pour déterminer la part des capitaux propres devant être déduit du bénéfice réalisé par la succursale française. D'un autre côté, l'activité de la succursale française est financée par une part des capitaux propres de la société internationale, de sorte que l'on ne peut pas considérer qu'aucun montant ne peut être déduit du bénéfice au titre des capitaux propres.

La question se pose alors de la manière dont le montant des capitaux propres servant à appliquer la formule légale de calcul de la réserve spécial de participation est déterminée (le paramètre « C » de la formule légale issue de l'article L. 3324-1 du code du travail) lorsque cette réserve doit être appliquée au sein d'une succursale française, ne disposant pas de capitaux propres, d'une société internationale.

Aucun texte légal et réglementaire ne permet de répondre à cette question et de déterminer les modalités de calcul des capitaux propres permettant d'appliquer la formule légale dans une telle hypothèse. Dans ces conditions, dès lors que cette méthode ne contrevient à aucun texte et qu'elle repose sur des critères objectifs et vérifiables, l'accord de participation peut prévoir que ce montant correspond à une part des capitaux propres de la société étrangère équivalente à la part d'activité de la succursale dans l'activité de cette société. »

La société souligne que la seule méthode préconisée par l'autorité administrative à la date de conclusion de l'accord de participation du 24 juin 2013 était donnée par l'avis du Centre d'études des revenus et des coûts du 1^{er} février 1986. Elle conteste le recours pratiqué par les demandeurs au Guide de l'épargne salariale, dépourvu de toute valeur normative et contraignante, « *ne procède ... pas d'une interprétation des textes applicables, mais crée ex nihilo un régime de détermination des capitaux propres au sein d'une succursale d'une société étrangère* » et rappelle que le juge ne peut fonder sa décision sur un acte dépourvu de portée normative, en citant les arrêts 2e Civ., 25 octobre 2006, pourvoi n° 05-11.555 (s'agissant d'une instruction) et 2e Civ., 30 mars 2017, pourvoi n° 15-25.453, Bull. 2017, II, n° 67 (s'agissant d'une circulaire).

La société oppose que la 1^{ère} branche du moyen manque par le fait qui lui sert de base, dès lors que « *la cour d'appel a constaté que l'accord de participation reposait bien sur la formule légale et que les textes légaux et réglementaires applicables ne définissaient aucune méthode de calcul des capitaux propres, permettant l'application de cette formule, dans la situation d'une succursale française d'une société étrangère.* » Elle ajoute que la seconde branche manque en droit comme en fait, puisque « *la cour d'appel a, d'une part, constaté qu'en l'absence de texte permettant de déterminer les capitaux propres d'une succursale d'une société étrangère, la méthode définie par l'accord de participation n'était pas contraire aux lois et règlements en vigueur et, d'autre part, que le guide sur lequel le comité social et économique et le syndicat CFDT Betor Pub était dépourvu de toute valeur normative et contraignante et que*

ces dispositions ne pouvaient donc permettre de caractériser un quelconque trouble manifestement illicite. »

Il reviendra à notre chambre, au vu de l'ensemble de ces éléments, d'apprécier si l'arrêt rendu par la Cour d'appel, statuant en référé, encourt la censure ou peut être approuvé.

4-4 la procédure au fond : le pourvoi H2115270

4-4-1 les motifs de l'arrêt attaqué

L'arrêt rappelle d'abord les textes applicables (p.9 et 10) et indique que la formule légale de calcul de la réserve spéciale de participation se traduit mathématiquement de la façon suivante : « $RSP = 1/2 (B - 5 \%C) \times (S/VA)$. »

Pour débouter le comité de ses demandes, l'arrêt commence par énoncer (p.10, dernier paragraphe) : « *il n'est pas contesté que l'accord de participation des salariés aux résultats de l'entreprise signé le 24 juin 2013 est conforme à l'article L 3324-1 du code du travail quant à la définition des valeurs B, S et VA, la divergence entre les parties provenant de la valeur C, capitaux propres.* » et cite (1^{er} §, p.11) la définition donnée par l'accord de participation du 24 juin 2013 des capitaux propres comprenant « *« le capital, les primes liées au capital social, les réserves, le report à nouveau, les provisions qui ont supporté l'impôt et les provisions réglementées constituées en franchise d'impôt par application d'une disposition particulière du code général des impôts, auquel est appliqué un coefficient multiplicateur résultant de la division du chiffre d'affaires de la succursale au cours des trois derniers exercices par le chiffre d'affaires de Wipro Limited pris dans sa globalité au cours des mêmes exercices. Leur montant est retenu d'après les valeurs figurant au bilan de clôture de l'exercice au titre duquel la réserve spéciale de participation est calculée. Toutefois, en cas de variation du capital au cours de l'exercice, le montant du capital et des primes liées au capital social est pris en compte prorata temporis. Le montant des capitaux propres est attesté par le commissaire aux comptes ou l'inspecteur des impôts.* »

La cour d'appel observe (arrêt, p.11, § 2 et 3) que « *la partie (B - 5% C) consiste à reverser le bénéfice de l'entreprise sauf une fraction de 5 % des capitaux propres, cette déduction s'analysant comme une sorte de mise en réserve d'une partie du bénéfice pour que la société puisse s'autofinancer. Ainsi, plus les capitaux propres sont élevés, plus cette mise en réserve sera importante, ce qui diminuera d'autant le montant de la participation due aux salariés de sorte que la diminution du montant de celle-ci depuis le premier exercice ne saurait suffire à inférer que la formule adoptée par l'accord de participation du 24 juin 2013 est moins favorable que la formule légale comme le soutient le comité d'entreprise.* » et ajoute que « *Dans la valeur C, seul fait débat entre les parties l'application du coefficient multiplicateur résultant de la division du chiffre d'affaires de la succursale au cours des trois derniers exercices par le chiffre d'affaires*

de Wipro Limited pris dans sa globalité au cours des mêmes exercices. Il n'est pas contesté que la notion de capitaux propres d'une succursale située en France d'une société étrangère ne fait l'objet d'aucune définition légale ou réglementaire, comme l'admet lui-même le cabinet Syndex dans ses différents rapports.»

La cour d'appel analyse ensuite la méthode de calcul prônée par le comité, assise sur le « Guide de l'épargne salariale » et le rapport du cabinet Syndex mandaté par le comité pour qui il convient de prendre en compte, dans le calcul, les avances en compte courant. L'arrêt retient (p.12) que « Il résulte des extraits du guide de l'épargne salariale de juillet 2014 communiqués par le comité d'entreprise que ce document constitue un guide juridique de l'épargne salariale, rédigé par l'ensemble des administrations concernées par cette thématique et qui intègre l'ensemble des modifications législatives et réglementaires, afin d'établir un état de la réglementation qui puisse ainsi être utilisé comme un outil opérationnel à la disposition des services des directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi, les employeurs, des salariés et de leurs représentants désirant négocier ou s'informer sur ce thème, mais aussi des professionnels de l'épargne salariale. Ce guide ajoute à l'ordonnancement juridique dès lors qu'il donne une définition de la notion de capitaux propres à retenir dans le cadre d'une succursale française d'une société étrangère. Pour autant, s'il résulte de la jurisprudence du conseil d'État, désormais codifiée à l'article L 312-2 du code des relations entre le public et l'administration que toute personne peut se prévaloir d'une circulaire à caractère réglementaire, encore convient-il que celle-ci soit régulièrement publiée alors que tel n'est pas le cas du guide de l'épargne salariale de juillet 2014 qui n'est intégré dans aucune circulaire, ce qui n'est pas contesté. »

Examinant ensuite la circulaire publiée au bulletin officiel des finances publiques-impôts, sur laquelle s'appuierait le Guide de l'épargne salariale selon le comité, l'arrêt retient que « Cette circulaire définit la notion de capitaux propres qu'il convient de retenir pour calculer le ratio d'endettement des sociétés. Elle précise que conformément à l'article 434-1 du plan comptable général, les capitaux propres correspondent à la somme algébrique des apports (capital, primes liées au capital), des écarts de réévaluation, des écarts d'équivalence, des bénéfiques autres que ceux pour lesquels une décision de distribution est intervenue (réserve, report à nouveau débiteur, pertes de l'exercice, des subventions d'investissement et des provisions réglementées). La définition des capitaux propres par le guide de l'épargne salariale s'écarte donc de celles du plan comptable général rappelée par la circulaire publiée le 29 mars 2013 en ce que la première ne tient pas compte du résultat de l'exercice comme en convient lui-même le comité d'entreprise. S'il fait valoir que, précisément des dispositions légales relatives à la réserve spéciale de participation impliquent de sortir le résultat des capitaux propres, force est donc de constater que le guide de l'épargne salariale qui n'a été repris dans aucune circulaire réglementaire régulièrement publiée ne peut donc tirer sa valeur normative de la circulaire publiée le 29 mars 2013 dès lors que la notion de capitaux propres y est différente. »

La cour d'appel en déduit que « Il existe donc un vide juridique quant à la notion de capitaux propres à prendre en compte pour le calcul de la réserve spéciale de participation des succursales françaises de sociétés étrangères de sorte que le comité

d'entreprise ne démontre pas que le calcul de la réserve spéciale de participation tel qu'il résulte de l'accord du 24 juin 2013 n'est pas conforme à la formule légale tandis que de son côté la société Wipro limited France démontre que la formule adoptée par l'accord de participation du 24 juin 2013 a été utilisée dans un accord de participation de l'entreprise Solvay homologué par le CERC en 1986. »

La cour d'appel analyse ensuite les contestations émises par le comité s'agissant des montants retenus dans la formule de calcul, notamment les montants du chiffre d'affaires réalisé par la société, montants considérés comme faux par le comité car ne correspondant pas au total des produits (« total revenue ») alors que selon ce dernier, le montant retenu par la société dans son calcul inclurait « *l'ensemble des produits d'exploitation (« Revenue from Operation (gross) ») mais également des produits d'autres natures (produits financiers ou produits exceptionnels par exemple), regroupés sous le libellé « other income » (autres revenus) »* tandis que « *en norme comptable française, le chiffre d'affaires n'est qu'une des composantes des produits d'exploitation* ».

L'arrêt retient (§2, p.13) que « s'il est constant qu'en norme comptable française, le chiffre d'affaires correspond à la production vendue (biens et services), c'est par une pétition de principe, et donc sans le justifier par le moindre commencement de preuve, que le comité d'entreprise affirme que la ligne «other income » telle qu'elle figure aux documents comptables de la société inclurait des produits financiers ou encore des produits exceptionnels. Il n'est donc pas justifié que le calcul est préjudiciable à la succursale française et encore moins qu'il est faux. D'ailleurs, si le cabinet [P] fait valoir que M. [Z], expert mandaté lui-même par la société, n'a pas vérifié les données sources, il n'appartient pas à la société Wipro limited France de justifier les chiffres qui résultent de sa propre comptabilité mais au comité d'entreprise d'apporter un début de preuve de ce qu'ils sont faux, ce qu'il ne fait pas en l'espèce. »

L'arrêt ajoute que « *le comité d'entreprise ne démontre pas que l'accord du 24 juin 2013 contrevient de l'équivalence des avantages faute de toute valeur juridique du guide de l'épargne salariale dès lors qu'il n'a été repris dans aucune circulaire réglementaire régulièrement publiée, sa seule diffusion sur le site Internet du ministère du travail n'étant pas de nature à lui conférer valeur normative. Contrairement à ce que prétend le comité d'entreprise, les jurisprudences qu'il cite ne reconnaissent pas à ce guide une telle valeur.* »

En dernier lieu, la cour d'appel examine l'argumentation du cabinet Syndex, mandaté par le comité, qui « *pour justifier ses propres calculs, prétend démontrer que sur le plan économique, les capitaux propres de la succursale française seraient nuls* » en rappelant que selon le comité, son expert a « *déduit qu'en application du guide de l'épargne salariale " le montant des capitaux propres à prendre en compte pour le calcul de la Participation des Salariés est nul" . (...) que SYNDEX a analysé la situation comme une " créance de la Succursale sur le Groupe" et assimile cette situation au recours par la succursale à l'emprunt pour financer son activité, dès lors que l'on n'est pas dans l'autre situation possible du "compte-courant du Groupe".* »

L'arrêt retient (p.13) que « *la fraction de 5 % des capitaux propres qu'il convient de déduire de la réserve de participation s'analyse comme une sorte de mise en réserve d'une partie du bénéfice pour que la société puisse s'autofinancer. Les capitaux propres sont en effet les ressources financières que possède l'entreprise. En l'absence totale d'une telle ligne au passif du bilan, il est totalement artificiel tant sur le plan comptable qu'économique de considérer que si la succursale détient une créance sur le groupe, elle se trouve dans la même situation que si elle recourait à l'emprunt pour financer son activité alors qu'en fait, plaçant son excédent de trésorerie ainsi qu'il en résulte du rapport de Syndex en avances au profit de la société mère, elle se prive elle-même de ressources. Il n'est donc pas démontré au surplus que sur le plan économique les capitaux propres de la succursale seraient nuls.* »

De l'ensemble de ces motifs, la cour d'appel a déduit que les demandes du comité n'étaient pas fondées.

4-4-2 le moyen et les mémoires

4-4-2-1 La 1^{ère} branche : devoir d'interprétation et déni de justice

Rappelons que selon l'article 4 du code civil, le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice et que selon l'article L.141-3, alinéa 2, du code de l'organisation judiciaire, il y a déni de justice lorsque les juges refusent de répondre aux requêtes ou négligent de juger les affaires en état et en tour d'être jugées.

Il est jugé que « *le juge ne peut refuser de statuer, en se fondant sur l'insuffisance des preuves qui lui sont fournies par les parties* » (2e Civ., 21 janvier 1993, pourvoi n° 92-60.610, Bulletin 1993 II N° 28 ; 2e Civ., 5 avril 2007, pourvoi n° 05-14.964, Bull. 2007, II, n° 76 ; Soc., 19 décembre 2018, pourvoi n° 16-20.522

Notre chambre a censuré la décision d'une cour d'appel qui avait statué sans se prononcer sur l'interprétation à donner de l'accord invoqué par les salariés : Soc., 19 février 1991, pourvoi n° 87-45.208, 87-45.209, 87-45.210, 87-45.211, 87-45.212, 87-45.213, 87-45.214, 87-45.215

Vu l'article 4 du Code civil ;

Attendu, selon les jugements attaqués, que lorsque MM. (...) travaillaient sur un site de la Société nationale des chemins de fer français (SNCF) à Charenton, au service de la société Entreprise ferroviaire, chargée du nettoyage du matériel roulant, leur rémunération, comme celle des autres salariés de l'entreprise, comportait, selon accord du 15 février 1985, une prime forfaitaire ; que, le 1er juin 1985, la société Union services publics (USP) a repris l'exploitation du chantier de Charenton en maintenant, en application de l'article L. 122-12 du Code du travail, les contrats de travail en cours, mais a supprimé le versement de cette prime ; que les salariés ont saisi la juridiction prud'homale ; que, pour les débouter de leur demande en rappel de salaire à compter du 1er juin 1985, le conseil de prud'hommes s'est borné à retenir que la prime forfaitaire avait été instituée par un accord négocié lors d'une réunion avec les délégués du personnel, dont la lecture ne permettait pas de déterminer si elle avait été

accordée en compensation d'un jour de repos, n'ayant plus de raison d'être comme le prétendait l'employeur, ou à titre de prime de rendement comme le soutenaient les salariés ;

Qu'en statuant ainsi, **sans se prononcer sur l'interprétation qu'il convenait de donner à l'accord invoqué par les salariés**, le conseil de prud'hommes, **en méconnaissant ses pouvoirs**, a violé le texte susvisé ;

Au cas présent, la 1^{ère} branche repose sur la prémisse selon laquelle le juge a le devoir d'interpréter les textes invoqués lorsqu'ils sont nécessaires à la solution du litige. Il est reproché à la cour d'appel d'avoir commis un excès de pouvoir et une violation de l'article 4 du code de procédure civile, en refusant d'interpréter les dispositions des articles L.3324-1 et D.3324-4 du code du travail pour déterminer les capitaux propres à prendre en compte pour le calcul de la réserve spéciale de participation de la succursale française d'une société étrangère.

Le mémoire ampliatif fait valoir que la formule légale de calcul de la réserve spéciale de participation constitue un minimum, les salariés devant bénéficier au minimum des avantages prévus par les dispositions légales et réglementaires relatives à la participation qui sont d'ordre public ; que la cour d'appel, pour opérer cette vérification nécessaire devait déterminer, pour le calcul de la formule légale, les capitaux propres de la succursale française d'une entreprise étrangère et, puisque les articles L.3324-1 et D.3324-4 du code du travail n'envisagent pas ce cas spécifique, il lui appartenait d'interpréter ces dispositions, ce que pourtant la cour d'appel a refusé de faire.

Le comité souligne que « *Les dispositions du guide de l'épargne salariale précisent ainsi comment déterminer les capitaux propres d'une succursale française de société étrangère pour le calcul de la formule légale de la réserve de participation. Si ce guide ne peut se prévaloir de la force normative des sources constitutionnellement établies du droit, il revêt une valeur juridique certaine. (...) (il) a v[P]tion à produire des effets sur des acteurs juridiques et économiques en rappelant non seulement les termes des dispositions légales et réglementaires applicables, mais aussi la manière de les appliquer telle qu'elle résulte tant de la jurisprudence que des circulaires prises par l'administration à leur égard.* », en ajoutant que plusieurs juridictions du fond se sont référées à ces dispositions pour trancher les litiges qui leur étaient soumis.

A cet égard, le demandeur au pourvoi cite les décisions suivantes : CA Aix-en-Provence, 9 octobre 2020, n° 19/08161³, Numéro JurisData : 2020-016143 ; CA Angers, 12 décembre 2019, n° 17/01122 ; CA Limoges, 29 mai 2017, n° 16/00804⁴.

Il faut signaler que dans ces 3 arrêts d'appel, les juges du fond étaient appelés à statuer sur un redressement de l'URSSAF contesté par l'employeur et l'arrêt de la cour

³ Le pourvoi formé par l'URSSAF contre l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence a fait l'objet d'une ordonnance du 11 mars 2021 constatant le désistement (T2022590)

⁴ Le pourvoi formé par l'employeur contre l'arrêt de la cour d'appel de Limoges a fait l'objet d'un arrêt de rejet non spécialement motivé du 20 septembre 2018, 2e Civ., 20 septembre 2018, pourvoi n° 17-22.065.

d'appel d'Angers porte sur un redressement opéré notamment du chef de la prime d'intéressement.

Si les deux autres arrêts concernent une question relative à la participation (affectation par les bénéficiaires de leurs droits pour la cour d'appel d'Aix-en-Provence, condition d'ancienneté pour la cour d'appel de Limoges), ils comportent certes une référence au Guide de l'épargne salariale, mais concernent une toute autre problématique que celle soumise ici à la cour d'appel de Versailles.

Le mémoire en défense réplique que « *la cour d'appel n'a pas commis de déni de justice en refusant de se fonder sur les dispositions du Guide de l'épargne salariale pour remettre en cause les montants affectés à la réserve spéciale de participation, qu'elle a tout au contraire tranché le litige au regard des règles qui lui étaient applicables en jugeant que, dans le silence des textes, la méthode de calcul des capitaux propres définie par accord collectif était conforme aux lois et règlements en vigueur, dès lors qu'elle était fondée sur des éléments objectifs et qu'elle était conforme à la finalité des textes.* », rappelant que lorsque les textes sont silencieux, il y a lieu à une interprétation téléologique.

4-4-2-2 Les 2^e et 3^e branches : l'équivalence des avantages

Ces deux branches invoquent une violation de l'article L.3324-2 du code du travail et reposent toutes deux sur la prémisse selon laquelle si l'accord de participation peut établir un régime de participation comportant une base de calcul et des modalités différentes de celles définies à l'article L.3324-1 du code du travail, cet accord ne dispense de l'application des règles définies à cet article que si l'accord comporte pour les salariés des avantages au moins équivalents.

Il est reproché à la cour d'appel d'avoir statué par des motifs inopérants,

- d'une part, en retenant que la formule de l'accord prévue par l'accord de participation en cause avait été utilisée dans un accord de participation d'une entreprise tierce homologué par le CERC en 1986 (2^e branche),
- d'autre part, en retenant que le comité ne démontrait pas que le chiffre d'affaires retenu par la société dans la formule de calcul prévue par l'accord était faux (3^e branche).

Le mémoire ampliatif fait valoir que seule une comparaison avec le résultat obtenu par la mise en oeuvre de la formule légale est de nature à justifier le respect du principe d'équivalence des conditions, que le motif tiré de la reprise de la formule de calcul prévue par un autre accord de participation ayant reçu l'approbation du CERC est inopérant, d'autant plus que la cour d'appel s'est par là-même référé à un régime d'homologation des accords dérogatoires abrogé. Il ajoute « *qu'au regard des montants figurant sous le libellé « other income » pour les exercices considérés, à supposer, pour les besoins de la démonstration, que ces sommes devaient être incluses dans le chiffre d'affaires de la société, le résultat du calcul réalisé par l'exposant conformément aux préconisations du Guide de l'épargne salariale demeurerait plus favorable aux salariés (cf. conclusions de l'exposant, p. 36).* »

Le mémoire en défense réplique que « *il résulte des constatations de l'arrêt que la formule de calcul appliquée était la formule légale et que la méthode de détermination des capitaux propres retenue pour l'application de cette formule était conforme aux articles L. 3324-1 et D.*

3324-4 du code du travail. Les critiques des deuxième et troisième branches, qui postulent que la participation aurait reposé sur des bases de calcul dérogatoires, manquent par le fait même qui leur sert de base. »

4-4-2-3 La 6^e branche : « le plan économique »

Cette broche invoque une violation des articles L.3324-1 et D.3324-4 du code du travail.

Il est reproché à la cour d'appel d'avoir statué par un motif inopérant lorsqu'elle énonce que le comité ne démontre pas « sur le plan économique » la réalité du montant des capitaux propres invoqué.

Le mémoire ampliatif fait valoir que la détermination des capitaux propres s'opère selon les dispositions de ces articles et ne nécessite pas de démonstration supplémentaire, de sorte que la cour d'appel ne pouvait justifier sa décision, alors qu'elle s'abstenait toujours de procéder à l'interprétation nécessaire des dispositions légales et réglementaires, en retenant que les montants invoqués au titre des capitaux propres ne lui semblaient pas réalistes sur les plans comptable et économique.

Le mémoire en défense réplique que « *la cour d'appel a parfaitement fait ressortir que la méthode de calcul définie par l'accord du 24 juin 2013 n'était pas contraire aux dispositions des articles L. 3324-1 et D. 3324-4 du code du travail. La sixième branche du moyen, qui postule le contraire, n'est pas fondée en droit.* »

4-4-2-4 Les 4^e et 5^e branches : la charge de la preuve, lorsque la preuve dépend d'éléments détenus par l'autre partie

La chambre sociale juge de façon constante, en matière de rémunération, que lorsque le calcul de la rémunération dépend d'éléments détenus par l'employeur, celui-ci est tenu de les produire en vue d'une discussion contradictoire (Soc., 18 décembre 2001, pourvoi n° 99-43.538, Bull. 2001, V, n° 389 ; Soc., 24 septembre 2008, pourvoi n° 07-41.383, Bull. 2008, V, n° 173 ; récemment, Soc., 6 janvier 2021, pourvoi n° 19-15.049 ; Soc., 2 juin 2021, pourvoi n° 19-22.601 ; Soc., 16 février 2022, pourvoi n° 20-17.863

La 4^e branche est directement fondée sur cette jurisprudence de notre chambre. Il est soutenu que lorsque la formule de calcul de la réserve spéciale de participation se réfère au chiffre d'affaires de la société, il appartient à l'employeur de communiquer les éléments de nature à justifier de ce chiffre d'affaires.

Le comité renvoie à la critique de l'indication du chiffre d'affaires, faite dans ses conclusions d'appel (prod. n°3, p.35 et suivantes), et considère que la cour d'appel a inversé la charge de la preuve en retenant qu'il est constant qu'en norme comptable française le chiffre d'affaires correspond à la production vendue (biens et services), mais que le CSE ne démontre pas que la somme figurant sous le libellé « total revenue » ne correspond pas au chiffre d'affaires de la société et notamment, à ce titre, ne justifie pas par le moindre commencement de preuve « que la ligne « other income »

telle qu'elle figure aux documents comptables de la société inclurait des produits financiers ou encore des produits exceptionnels.

La 5^e branche critique ces mêmes motifs de l'arrêt d'appel, en invoquant, outre la violation de l'article 1315 devenu 1353 du code civil à l'instar de la 4^e branche, la violation de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Cette branche repose sur le droit à la preuve, composante du droit au procès équitable, impliquant que chaque partie ait la possibilité de faire la preuve d'un élément essentiel au succès de ses prétentions.

Le mémoire ampliatif renvoie à des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, ayant « jugé que : « *l'égalité des armes implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris ses preuves - dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* ». (CEDH, 27 octobre 1993, Req. 14448/88, *Dombo Beheer BV c/ Pays Bas*) La Cour de Strasbourg a ensuite consacré formellement le « droit à la preuve » (CEDH 10 décembre 2006 L. L. c/ France, Requête n° 7508/02, § 40 et CEDH 13 mai 2008, N. N et T.A. c. Belgique, Requête n° 65097/01, § 43). ».

Il cite en particulier un arrêt Com., 15 mai 2007, pourvoi n° 06-10.606, Bull. 2007, IV, n° 130 ayant jugé que « *constitue une atteinte au principe de l'égalité des armes résultant du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions* ».

Il fait valoir « *qu'il appartenait à l'employeur, qui seul disposait des éléments de sa propre comptabilité, de justifier que la somme figurant sous le libellé « total revenue » correspondait au chiffre d'affaires de la société, au sens des normes comptables françaises, entendu – ainsi que l'a d'ailleurs relevé la cour d'appel - comme la somme de prix de vente de ses biens et services.* »

Le mémoire en défense rappelle que le comité d'expertise a la possibilité de se faire assister par un expert-comptable dans certaines missions, en vertu de l'article L2325-35 du code du travail dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 22 septembre 2017, notamment en vue de la consultation annuelle sur la situation économique et financière, que l'expert-comptable dispose d'un très large pouvoir d'investigation et peut obtenir communication de documents nécessaires à sa mission.

Or la comité avait préalablement recouru à l'assistance d'un expert, dans le cabinet Syndex, pour apprécier la situation économique et financière de l'entreprise, ce qu'a relevé la cour d'appel, de sorte que le comité par cette expertise disposait des moyens nécessaires pour démontrer l'inexactitude alléguée des données comptables sur lesquelles ont été opérés les calculs de l'employeur. Selon la société, les 5^e et 6^e branches ne sont donc pas fondées.

Il reviendra à notre chambre, au vu de l'ensemble de ces éléments, d'apprécier si l'arrêt rendu par la Cour d'appel, statuant au fond, encourt la censure ou peut être approuvé.

5 - Orientation proposée : FR2

Nombre de projet(s) préparé(s) : 1 dans chaque dossier