



**AVIS DE Mme LAULOM ,  
AVOCATE GÉNÉRALE**

**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

**Avis commun aux pourvois G2114535 et H2115270**

Le pourvoi soulève une question inédite qui est celle de l'application de l'article L. 3324-1 du code du travail, relatif au calcul de la réserve spéciale de participation (RSP) des salariés, et plus particulièrement de la notion de "capitaux propres" à prendre en compte dans la formule de calcul s'agissant d'une succursale française d'une société étrangère.

Une consultation a été effectuée auprès de la Direction générale du Travail. Son avis est joint à la procédure.

Une seconde question est posée par l'avis 1015 adressé aux parties : en application de l'article L. 2262-14 du code du travail, le CSE était-il recevable à invoquer, par voie d'exception, l'illégalité d'une clause d'un accord de participation?

## **1. Rappel des faits et de la procédure**

La société Wipro Limited est une société de droit indien et elle a conclu avec le comité d'entreprise de la succursale un accord de participation le 24 juin 2013. Constatant une diminution de la réserve spéciale, le comité d'entreprise a fait procéder à un audit des comptes par le cabinet syndex. Celui-ci a conclu, dans son rapport remis le 19 mai 2016, que la participation, calculée selon l'accord de 2013, aboutissait à un montant inférieur à celui qui devrait résulter de la formule légale. Le comité d'entreprise a dénoncé l'accord en mai 2017 et a fait assigner le 28 mai 2018, la société devant le TGI de Nanterre, 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.

Le TGI de Nanterre, dans sa décision du 20 juin 2019, a accueilli la demande et condamné la société à verser le surplus de la réserve spéciale de participation à savoir :

- 488 565 euros pour l'exercice 2014/2015 ;
- 484 991 euros pour l'exercice 2015/2016 ;
- 386 234 euros pour l'exercice 2016/2017.

La société Wipro a fait appel de ce jugement. La cour d'appel de Versailles, le 15 avril 2021, a infirmé le jugement. L'arrêt fait l'objet du pourvoi n° H2115270.

De leur côté, le CE et le syndicat CFDT Betor pub 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 de cette somme au titre de l'exercice 2017-2018.

Le TGI de Nanterre a accueilli la demande et, par arrêt du 14 janvier 2021, la cour d'appel de Versailles, statuant en référé, a infirmé l'ordonnance. L'arrêt fait l'objet du pourvoi n° G2114535.

Le pourvoi n° H2115270, dans un moyen unique, divisé en six branches, porte sur l'obligation faite au juge d'interpréter les textes invoqués lorsqu'ils sont nécessaires à la solution du litige, la mise en oeuvre du principe de l'équivalence des avantages en matière de calcul de la RSP et la charge de la preuve en matière de rémunération, lorsque le calcul dépend d'éléments retenus par l'employeur.

Le pourvoi n°G2114535, dans un moyen unique, divisé en deux branches, porte sur l'existence d'un trouble manifestement illicite.

## 2. Sur la notion de “capitaux propres” d’une succursale (pourvoi n° H2115270)

La participation est un dispositif légal prévoyant la redistribution, au profit des salariés, d’une partie des bénéfices qu’ils ont contribué, par leur travail, à réaliser dans leur entreprise. Obligatoire dans les entreprises d’au moins 50 salariés, la participation est mise en place par un accord qui précise les modalités de son application dans les limites du cadre législatif et réglementaire défini aux articles L. 3321-1 et suivants et R. 3322-1 et suivants du code du travail.

Le code du travail définit la formule légale permettant le calcul de la réserve spéciale de participation ainsi que les différents éléments à prendre en considération. L’article L. 3324-2 du code du travail permet d’opter pour une autre formule de calcul mais l’accord doit garantir au salarié la constitution d’une réserve au moins égale à celle résultant de la formule légale (principe dit de l’équivalence des avantages).

La règle de l’équivalence des avantages est d’ordre public. Elle s’applique même si l’accord a été conclu à titre facultatif dans les entreprises de moins de 50 salariés. La règle d’équivalence est respectée dès lors que le montant de la réserve spéciale de participation, calculé sur l’exercice considéré, est au moins égal à celui qui aurait été obtenu sur le même exercice par application de la formule de droit commun.

En l’espèce, l’accord de participation conclu entre la société et le comité d’entreprise, le 24 juin 2013, reprend la formule légale suivante :  $RSP = 1/2 (B - 5\%C) \times (S/VA)$ , où B représente le bénéfice de Wipro et C les capitaux propres (article 4.1 de l’accord).

Ainsi que l’indique Mme la conseillère rapporteure, la formule retenue par l’accord est la formule légale. Elle ne met ainsi pas en oeuvre la possibilité définie à l’article L. 3324-2 du code du travail d’établir un régime de participation comportant une base de calcul et des modalités différentes de celles définies à l’article L. 3324-1. Le code du travail donne des exemples de ces modalités dérogatoires: la base de calcul retenue peut être le tiers du bénéfice net fiscal ou la RSP 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.

La question porte sur la notion même de capitaux propres, utilisée pour le calcul de la RSP. En effet, l’article D. 3324-4, qui définit cette notion, ne peut être appliqué car les succursales installées en France de sociétés étrangères ne disposent pas de capitaux propres.

L’accord définit les capitaux propres de Wipro Limited comme *“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".*

Si l'on compare cette définition à la définition donnée par l'article D. 3324-4, on ne peut que constater leur similitude. La différence vient de l'application d'un coefficient pour rapporter la valeur des capitaux propres de la société dans son ensemble à celle de la succursale. Le coefficient multiplicateur correspond au rapport entre le chiffre d'affaire réalisé par la succursale et le chiffre d'affaire total de la société.

Selon la société, dans la mesure où aucun texte légal ou réglementaire ne fixe de principes permettant de déterminer le montant des capitaux propres servant au calcul de la RSP, l'utilisation de cette méthode s'impose dans la mesure où elle ne contrevient à aucun texte; elle a été négociée et repose sur des critères objectifs et vérifiables. La société se fonde également sur l'existence au jour où l'accord avait été signé d'un document de référence ayant admis l'application de cette même méthode. Il s'agit de l'avis du Centre d'Etudes des Revenus et des Coûts (CERC) du 1 février 1986 qui est un organisme public, créé par un décret n° 66-227 du 18 avril 1966, qui 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.

Le comité d'entreprise considère que la notion de capitaux propres doit être définie en s'appuyant sur le Guide de l'épargne salariale, publié sur le site du ministère du Travail le 17 juillet 2014<sup>1</sup>. Dans une annexe II, consacrée aux cas particuliers des capitaux propres, le guide indique à propos des succursales françaises 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*

---

<sup>1</sup> <https://travail-emploi.gouv.fr/demarches-ressources-documentaires/documentation-et-publications-officielles/guides/article/guide-de-l-epargne-salariale>

que l'établissement stable lui-même assimile ses avances à des dotations en capital et les déclare comme telles sur l'imprimé 2051 déposé."

**Selon le Directeur Général du travail, consulté dans la présente procédure,** "En vertu des dispositions de l'article D. 3324-4 du code du travail, les capitaux propres à retenir 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".

Ces éléments permettent de tenir compte des ressources financières de l'entreprise, et reflètent notamment l'ensemble des apports en capital réalisés par les actionnaires.

Afin de tenir compte de la situation particulière des établissements stables et des succursales, qui ne disposent ni de la personnalité morale, ni d'un patrimoine et de capitaux propres, le guide de l'épargne salariale prévoit des modalités particulières de détermination des capitaux propres pour ces entités, dès lors que, pour financer l'exercice de leur activité, ils disposent en principe de "quasi-fonds propres". Ces modalités de détermination permettent ainsi, conformément à l'esprit de la formule légale et aux dispositions de l'article D. 3324-4 précité, de refléter l'ensemble des apports et dotations en capital qui sont effectivement réalisés au profit de l'établissement stable.

A cet égard, l'ancienne Documentation administrative de base (DB 4 N 1122) et le BOI-BIC-PTT-10-10-20-20 en vigueur (§30) précisent que "le terme de capital recouvre non seulement le produit de l'expression nominale des actions ou parts émises par la société par le nombre de titres composant le fonds social (sous déduction, le cas échéant, de la fraction non appelée du capital) mais également, dans le cas d'établissement autonomes de sociétés étrangères exerçant en France métropolitaine ou dans les départements d'outre-mer, des dotations en capital dont disposent ces établissements".

Il en résulte ainsi que le guide de l'épargne salariale reprend la logique poursuivie par la doctrine administrative en vigueur, qui vise à retenir l'ensemble des avances et dotations attribuées à l'établissement stable, et qui sont effectivement constitutives de ses capitaux propres "fictifs".

Par ailleurs, et même s'il s'agit de deux dispositifs indépendants, la détermination des capitaux propres d'un établissement stable pour les besoins de l'application des règles de lutte contre la sous-capitalisation, dans le cadre du plafonnement des charges financières des entreprises, est réalisée selon les mêmes principes (BIO-IS-BASE-35-40-20, § 210). Ainsi, les capitaux propres d'un établissement stable sont toujours définis de la même manière sur le plan fiscal.

A l'inverse, les modalités de détermination des capitaux propres homologuées par le centre d'études des revenus et des coûts (CERC) ne traduisent nullement les quasi-fonds propres effectivement apportés à un établissement stable ou à une succursale. Dans ce cadre, la formule retient comme point de départ les capitaux propres du siège

*et, afin d'affecter artificiellement une fraction à l'établissement stable, applique une clé d'allocation fonction du chiffre d'affaires des deux entités. Une telle formule ne reflète pas les quasi-fonds propres de l'établissement stable, c'est-à-dire les dotations en capital dont disposent ces établissements (BOI-BIC-PTP-10-10-20-20), et ne permet pas de déterminer les capitaux propres effectifs d'une entité tel que l'article D. 3324-4 du code du travail l'impose.*

*En tout état de cause, si les avis du CERC demeurent un élément de référence intéressant, tout au moins sur les points non résolus par la jurisprudence, ils ne s'imposent nullement au juge ou à l'administration. Ainsi, outre que la solution retenue au cas particulier et homologuée par le CERC ne nous semble pas traduire la volonté poursuivie dans le cadre de la formule légale, pour toutes les raisons rappelées ci-avant, les avis du CERC constituent d'une manière générale des dérogations aux textes ou des adaptations de ces derniers dans des cas précis, qu'il est souvent difficile de connaître, dès lors que ces avis sont rarement publiés ou disponibles dans leur intégralité.*

*Par conséquent, les modalités de détermination des capitaux propres d'un établissement stable prévue par le guide de l'épargne salariale constituent la reprise de la logique poursuivie par la doctrine administrative pour apprécier ces capitaux, aussi bien pour la réserve spéciale de participation, à travers la prise en compte des "dotations en capital dont disposent effectivement ces établissements", que pour le dispositif de lutte contre la sous-capitalisation des entreprises".*

*Enfin, sur la portée du guide de l'épargne salariale de 2014, le DGT ajoute: "Ce guide juridique de l'épargne salariale a été rédigé par l'ensemble des administrations concernées par cette thématique: Direction générale du travail, Direction générale du trésor, Direction de la législation fiscale, Direction de la sécurité sociale. Il reflète l'état du droit en intégrant l'ensemble de la jurisprudence administrative et, à ce titre, permet aux partenaires sociaux de connaître les positions des administrations précitées. Si le guide publié sur le site du ministère du travail depuis le 10 juillet 2014 ne remplace par formellement la circulaire du 14 septembre 2005, il a bien vocation à s'y substituer. Il est 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'Etat, et des professionnels de l'épargne salariale".*

**Je pense ainsi qu'en l'absence de définition légale de la notion de capitaux propres des succursales françaises de société étrangère, c'est bien la notion, telle qu'elle avait été définie par le guide de l'épargne salariale, qui devait être retenue.**

Concernant la portée normative de ce guide, le Conseil d'Etat a fait évoluer sa jurisprudence à l'égard de ce que l'on qualifie souvent de droit ou de normes "souples", c'est-à-dire des documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif. La liste n'est pas exhaustive et la crise sanitaire, qui a vu se démultiplier ce type de documents, notamment les fameuses

questions-réponses, n'est pas pour rien dans cette évolution. Le Conseil d'Etat a ainsi considéré dans son arrêt Gisti du 12 juin 2020, que *“les documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, ..., peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en oeuvre. Ont notamment de tels effets ceux de ces documents qui ont un caractère impératif ou présentent le caractère de lignes directrices”*<sup>2</sup>. En admettant que des documents de portée générale puissent faire l'objet, à certaines conditions, d'un contrôle de légalité, le Conseil d'Etat leur accorde ainsi une normativité.

Dans un arrêt du 8 avril 2022, Syndicat national du marketing à la performance, le Conseil d'Etat a admis l'extension des recours à l'encontre d'une foire aux questions publiées sur internet par une autorité indépendante<sup>3</sup>.

Le Conseil d'Etat accepte ainsi de contrôler les documents internes à l'administration lorsqu'ils sont de portée générale et susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation des tiers et usagers des services. **Tel est bien le cas du guide de l'épargne salariale** qui, selon ses termes, *“a été conçu pour 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”*. Le texte a bien une portée générale et est bien susceptible d'avoir des effets notables sur les droits des salariés, des employeurs et des représentants des travailleurs.

La reconnaissance par le Conseil d'Etat d'une normativité à ces règles ne signifie pas que le juge judiciaire soit tenu par l'interprétation délivrée par l'administration. Saisi d'un litige se rapportant à l'application de la mesure, le juge judiciaire n'est pas lié par la décision du juge administratif. Si le juge judiciaire peut sanctionner le non-respect de la norme prescrite par l'administration, il est également libre de ne pas en faire application.

---

<sup>2</sup> CE, 12 juin 2020, n° 418142, Gisti, Lebon avec les conclusions.

<sup>3</sup> CE, 22 avril 2022, n° 452668, Syndicat national du Marketing à la Performance, Collectif des acteurs marketing digital, (Conclusions E. De Moustier). Selon le Conseil d'Etat, *“par la question - réponse n° 12 mise en ligne le 18 mars 2021 sur le site internet de la CNIL, cette autorité a fait part aux responsables de traitement et personnes concernées de son interprétation de l'article 82 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, quant à la portée et au champ d'application des exemptions à l'obligation de consentement préalable au dépôt des traceurs de connexion, en ce qui concerne les opérations dites d'affiliation. Eu égard à sa teneur, cette prise de position, émise par l'autorité de régulation sur son site internet, est susceptible de produire des effets notables sur la situation des personnes qui se livrent à des opérations d'affiliation et des utilisateurs et abonnés de services électroniques. Il suit de là que la fin de non-recevoir opposée par la CNIL, tirée de ce que cette question-réponse n°12 et son refus de la retirer seraient insusceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, doit être écartée”*.

S'agissant d'une norme qui consiste en une interprétation d'un texte législatif, le juge judiciaire peut tout à fait s'en inspirer. Ainsi, "*sous cette réserve qu'elles ne s'imposent pas au juge judiciaire*", ces normes "*n'en ont pas moins une autorité qui n'est pas négligeable. Cette autorité se manifeste aussi lorsque la norme administrative consiste en une interprétation de textes législatifs*"<sup>4</sup>.

**En application du principe de l'article L. 3324-2 du code du travail<sup>5</sup> et de la règle de l'équivalence des avantages qui en découle, la notion de capital propre, pour le calcul de la réserve spéciale de participation au sens de l'article L. 3324-1 du code du travail, doit donc être définie en prenant en compte les principes du guide de l'épargne salariale.**

Mais pour conclure à la cassation dans les deux pourvois, il faut admettre la recevabilité de l'action du CSE et/ou de l'organisation syndicale dans le pourvoi G2114535.

Il est, en effet, envisagé de rejeter le moyen par substitution d'un motif de pur droit relevé d'office tiré de ce qu'il résulte de l'article L. 2262-4 du code du travail que le signataire d'un accord de participation n'est pas recevable à invoquer, par voie d'exception, l'illégalité d'une clause de cet accord qui, dans le silence de la loi, a déterminé le mode de calcul des capitaux propres d'une succursale, implantée en France, d'une société étrangère.

### **3. La recevabilité de l'action du CSE**

**Le comité d'entreprise pouvait-il se prévaloir par voie d'exception de l'illicéité de l'accord conclu le 24 juin 2013 ? L'article L. 2262-14 lui est-il opposable?**

L'article L. 2262-14 du code du travail, introduit par l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017, a réduit le délai de l'action en nullité de l'accord collectif à deux mois, afin de sécuriser les accords collectifs.

Pour les conventions ou accords conclus avant le 23 septembre 2017 et pour lesquels aucune instance n'a été introduite avant cette date, le délai de deux mois mentionné à l'article L. 2262-14 court à compter de cette date.

---

<sup>4</sup> G. Loiseau, S. Blich, "Les techno-normes", *Droit Social* 2021, p. 484.

<sup>5</sup> Article L. 3324-2 du code du travail, "*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*".

En l'espèce, 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 de la RSP en application de la règle légale. Le CE ne pourrait donc pas se fonder sur l'illicéité de l'accord conclu en mai 2013. Il serait irrecevable à invoquer, par voie d'exception, l'illégalité de la clause de cet accord, qui n'a pas retenu la notion de capitaux propres, telle que définie par le guide de l'épargne salariale.

**On peut néanmoins s'interroger sur l'application de l'article L. 2262-14 du code du travail aux accords de participation conclus avec le CE et aujourd'hui avec les CSE.**

Les accords de participation constituent, en effet, des accords, qui dérogent sur un certain nombre de points, aux accords collectifs de droit commun.

- L'article L. 2262-14 du code du travail est inséré dans la deuxième partie du code du travail relative aux relations collectives de travail, livre deuxième sur la négociation collective, les conventions et accords collectifs de travail. Et l'article L. 2221-1 du code du travail définit ainsi le champ d'application de ce livre: "*Le présent livre est relatif à la détermination des relations collectives entre employeurs et salariés. Il définit les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que de leurs garanties collectives*".

Les accords d'intéressement sont eux insérés dans la 3<sup>ème</sup> partie du code du travail (Durée du travail, salaire, intéressement, participation et épargne salariale), livre 3<sup>ème</sup> (Dividende du travail, intéressement, participation et épargne salariale). Ils ne sont pas qualifiés d'accords collectifs. On peut donc admettre qu'ils n'entrent pas dans le champ d'application de l'article L. 2221-1.

- Les conditions de conclusion des accords de participation obéissent à des règles spécifiques qui sont définies aux articles L. 3322-1 et suivants du code du travail.

L'article L. 3322-6 du code du travail prévoit que l'accord de participation peut être conclu indifféremment "*par convention ou accord collectif de travail*" (qui est bien un accord collectif au sens des articles L. 2221-1 et suivants du code du travail) ou par "*accord entre l'employeur et les représentants d'organisations syndicales représentatives dans l'entreprise*", ou par "*accord conclu au sein du comité social et économique*" ou enfin, "*à 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 social et économique, la ratification est demandée conjointement par l'employeur et une ou plusieurs de ces organisations ou ce comité*".

Il n'y a pas d'ordre de priorité reconnu par la loi entre ces différentes options et l'employeur peut négocier un accord avec un CSE quand bien même l'entreprise serait pourvue de délégués syndicaux, contrairement aux accords collectifs "classiques".

Concernant l'accord conclu au sein du comité d'entreprise, il est conclu entre le chef d'entreprise et la délégation du personnel statuant à la majorité (art. D3345-1, 2°). A défaut de précision particulière, cet accord doit être considéré comme résultant d'une résolution du comité d'entreprise: la majorité des membres titulaires présents lors de la réunion est donc requise<sup>6</sup>. Là encore, l'appréciation du caractère majoritaire est différente pour les accords collectifs conclus par des CSE en application des articles L. 2232-25 et L. 2232-26 du code du travail où le caractère majoritaire s'apprécie en tenant compte du poids électoral du votant.

- Les modalités de dépôt de l'accord sont également différentes. Les accords de participation doivent faire l'objet d'un dépôt auprès de l'autorité administrative (art. L. 3323-4, la Direccte et aujourd'hui la Dreets, du lieu de la conclusion de l'accord). En revanche, l'article L. 2231-5-1 prévoit expressément que les accords de participation ne font pas l'objet de la publication prévue dans la base de données nationale.

- Les règles de dénonciation de l'accord sont également spécifiques. Selon G. Loiseau, P. Lokiec, L. Pécaut-Rivolier et P.-Y. Verkindt, les règles de droit commun de la négociation collective, telles que prévues aux articles L. 2261-10 à L. 2261-13 du code du travail, s'appliquent à la dénonciation de l'accord de participation, mais uniquement lorsqu'il est signé avec les syndicats<sup>7</sup>. *“S'agissant des autres modalités de conclusion de l'accord de participation prévues à l'article L. 3322-6 du code du travail, rien n'est prévu si bien que ce sera aux signataires de prévoir les modalités de dénonciation de l'accord. Le code du travail se contente de prévoir les modalités de notification de la dénonciation”*<sup>8</sup>. Dans le même sens, J. Kovas et L. Gaudemet-Toulemonde considèrent que l'article L. 2261-11 du code du travail ne s'applique pas aux accords conclus avec le comité d'entreprise ou ratifiés par le personnel. Elles en concluent que l'accord dénoncé cesse de produire effet conformément aux modalités de préavis stipulées dans l'accord. A défaut, il cesse immédiatement de s'appliquer<sup>9</sup>.

On peut donc considérer que l'accord d'intéressement, lorsqu'il est conclu avec le comité d'entreprise, ne constitue pas juridiquement un accord collectif au sens des articles L. 2221-1 du code du travail<sup>10</sup>. Il s'agirait d'un accord “spécial”, sui generis

---

<sup>6</sup> Guide de l'épargne salariale, p. 63 et 63.

<sup>7</sup> Dalloz Action, 2021, § 413.183. J. Kovas et L. Gaudemet-Toulemonde s'interrogent sur l'application même de l'article L.2261-11 aux accords de participation conclus avec des organisations syndicales représentatives.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> Dans cette hypothèse, l'article L. 3323-5 du code du travail s'applique: à défaut de nouvel accord, si les conditions d'assujettissement sont toujours réunies, le régime légal s'applique.

<sup>10</sup> En ce sens, JurisClasseur Travail Traité, Fasc. 27-20 : Participation aux résultats, 9 Février 2018, Date de la dernière mise à jour : 5 Octobre 2021, Juliana Kovac et Lucy Gaudemet-

soumis à des règles spécifiques. **L'une des conséquences est que l'article L.2262-14 du code du travail ne s'applique pas et l'action du CSE est recevable.**

**Je conclus donc à la cassation des pourvois H 2115270 et G2114535.**

Si vous considérez que l'article L. 2262-14 du code du travail s'applique aux accords d'intéressement, il conviendrait de rejeter le pourvoi par un moyen de pur droit relevé d'office et il conviendrait alors d'analyser la recevabilité des actions du CSE et de l'organisation syndicale dans le pourvoi G2114535, relatif à la procédure de référé.

#### **4. La recevabilité de l'action du CSE et de l'action de l'organisation syndicale (Pourvoi G2114535)**

Dans ce pourvoi, le CSE et le syndicat CFDT Betor Pub demandaient en référé l'application de la formule légale pour l'exercice 2017/2018 et pour les exercices ultérieurs.

Nous envisageons ici l'hypothèse où l'on admet l'application de l'article L. 2264-14 du code du travail et la survie de l'accord de participation.

La question qui se pose alors est celle de la recevabilité de l'action syndicale en défense de l'intérêt collectif.

Les arrêts du 2 mars 2022 de la chambre sociale ont reconnu au comité d'entreprise, ainsi qu'à un syndicat, la possibilité, lorsqu'une de leurs prérogatives est contestée, de soulever l'illégalité par voie d'exception d'un accord collectif<sup>11</sup>. Néanmoins, la question est restée ouverte s'agissant de l'action d'un syndicat au titre de la seule défense de l'intérêt collectif de la profession au sens de l'article L. 2132-3 du code du travail.

Il me semble que du fait de la spécificité de l'accord d'intéressement conclu avec un comité d'entreprise, il est possible d'admettre cette action, sans d'ailleurs qu'il soit nécessaire de reconnaître de manière générale l'action d'un syndicat au titre de la défense de l'intérêt collectif.

Il résulte de l'article L. 2262-14 du code du travail que le délai de deux mois court à compter "1°. De la notification de l'accord d'entreprise prévue à l'article L. 2231-5, pour les organisations disposant d'une section syndicale dans l'entreprise; 2° De la publication de l'accord prévue à l'article L. 2231-5-1 dans tous les autres cas".

---

Toulemonde, § 109. Voir également sur les différents types d'accords pouvant être conclus par les CSE, F. Rosa, "La nature juridique des accords conclus "au sein" du CSE", *Droit ouvrier*, 2020, p. 632 et G. Auzero, "L'expression du comité social et économique", *RJS* 2021 -Avril.

<sup>11</sup> Soc., 2 mars 2022, pourvoi n° 20-16.002, FP-B+R; pourvoi n° 20-18.442, FP-B+F; pourvoi n° 20-20.077, FP-B, voir la Lettre de la chambre sociale, n° 14.

Or, l'accord de participation est soumis, comme nous l'avons indiqué précédemment, à des règles spécifiques. L'article L. 2231-5 n'a pas vocation à s'appliquer à un accord conclu avec un comité d'entreprise. Et l'article L. 2231-5-1 du code du travail n'est pas applicable aux accords de participation.

Dans sa décision n°2018-761 DC du 21 mars 2018 du Conseil constitutionnel, celui-ci a émis une réserve d'interprétation : *“en troisième lieu, le 2 ° de l'article L. 2262-14 prévoit que, dans tous les autres cas, le délai ne commence à courir qu'à compter de la publication de l'accord collectif dans une base de données nationale. Toutefois, le deuxième alinéa de l'article L. 2231-5-1 du code du travail prévoit que les signataires de l'accord peuvent décider qu'une partie de cet accord ne fera pas l'objet de cette publication. Dans ce cas, le délai de recours contre ces parties d'accord non publiées ne saurait, sans méconnaître le droit à un recours juridictionnel effectif, courir à l'encontre des autres personnes qu'à compter du moment où elles en ont valablement eu connaissance”*.

Cette réserve d'interprétation doit s'appliquer aux accords de participation.

Par ailleurs, la situation des organisations syndicales est très différente de celle des organisations syndicales non signataires d'un accord collectif “classique”, qui doivent être invitées à la négociation collective. Ici, l'accord a été conclu avec un autre agent de négociation que les organisations syndicales, qui sont non seulement des tiers à cet accord, mais également des tiers à la négociation même, sachant également que n'est pas en jeu une action indemnitaire.

**Au regard de la spécificité des accords de participation, lorsque celui-ci a été conclu par un comité d'entreprise, une organisation syndicale, qui par définition ne pouvait pas en être signataire, doit pouvoir soulever l'illégalité par voie d'exception d'un accord collectif au titre de la défense de l'intérêt collectif de la profession.**

Enfin, dans la mesure où nous sommes ici dans une procédure en référé, une dernière question se pose de savoir si la cour d'appel pouvait écarter l'existence d'un trouble manifestement illicite.

La cour d'appel a retenu: *“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. Le trouble manifestement illicite allégué par les intimés n'étant ainsi pas caractérisé avec l'évidence requise en référé, l'ordonnance entreprise sera en conséquence infirmée de ce chef et les intimés déboutés de l'ensemble de leurs demandes, y compris de celle portant sur une provision à valoir sur*

*l'indemnisation de leur préjudice causé par les démarches et relances ayant dû être accomplies".*

Pour les raisons que nous avons indiquées, la cour d'appel ne pouvait pas refuser de prendre en compte le guide de l'épargne salariale et l'existence du trouble manifestement illicite pouvait ainsi être retenue.

**Je conclus donc à la cassation (pourvoi G2114535).**